

MODULO IV

DERECHO AUDIOVISUAL

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.



DERECHO AUDIOVISUAL¹

Se trata en este módulo el régimen jurídico de las actividades audiovisuales que se prestan a través de cualquier tecnología. Este tratamiento diferenciado, impuesto por muchas leyes de telecomunicaciones, obedece a la presencia de problemática específica del sector audiovisual, la Radio y la Televisión, en tanto que servicios de difusión y medios de comunicación social. El fenómeno de la convergencia en cierta medida está borrando las fronteras para el tratamiento y el estudio específico de estos aspectos, pero no obstante justo es reconocer, hoy por hoy, una autonomía en la exposición didáctica del régimen jurídico que afecta a la Radio y la Televisión.

Pese a lo amplio del contenido del módulo, en este curso se aborda dividiendo el contenido en dos unidades didácticas de la manera que sigue:

- 1) **DERECHO AUDIOVISUAL.** Con exposición de la problemática general, examen de los sujetos y de la empresa audiovisual.
- 2) **CONTENIDOS AUDIOVISUALES.** Exposición del régimen de los contenidos y de los valores constitucionales y derechos que se ejercen con motivo de las actividades audiovisuales.

1.- Las unidades didácticas correspondientes a este módulo han sido redactadas con la colaboración del Dr. Guillermo Escobar Roca.

UNIDAD DIDACTICA 16

DERECHO AUDIOVISUAL

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

- A.- Redes y servicios audiovisuales.
- B.- ¿Medios de comunicación, servicios de difusión o servicios audiovisuales?

II. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO AUDIOVISUAL.

- A.- Justificación y crisis del monopolio.
- B.- Persistencia del servicio público.
- C.- Justificación de los medios públicos.

III. PLURALISMO Y COMPETENCIA EN EL SECTOR AUDIOVISUAL.

- A.- El pluralismo audiovisual como mandato constitucional.
- B.- Derecho europeo.
- C.- Derecho español
 - 1.- Derecho general de la competencia
 - 2.- Radiodifusión
 - 3.- Televisión.

IV. TIPOS DE SERVICIOS AUDIOVISUALES Y FORMAS DE ENTRADA EN EL MERCADO.

- A.- Radiodifusión
- B.- Televisión.
- C.- Otros servicios audiovisuales.

V. LA EMPRESA AUDIOVISUAL

- A.- Concepto y régimen jurídico.
- B.- Función social y estructura interna.

I. INTRODUCCIÓN

A.- REDES Y SERVICIOS AUDIOVISUALES

Entendido en sentido amplio, el Derecho audiovisual comprende las normas reguladoras de los servicios audiovisuales (lo que incluye el régimen de los contenidos), así como de las redes e infraestructuras que les son propias. Sin embargo, el núcleo de este sector del ordenamiento, que conforma su autonomía y peculiar fisonomía, está formado casi exclusivamente por el régimen jurídico de los aludidos servicios, ya que la problemática de las redes e infraestructuras puede hoy considerarse común, salvo especialidades de matiz, a la propia del sector de las telecomunicaciones². Prueba de ello es la opción seguida por el legislador español, quien, pese a regular separadamente, según el modelo tradicional, las telecomunicaciones en sentido estricto (LGT) y los servicios audiovisuales (otras leyes), incluye dentro del primer sector “las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión”.

B.- ¿MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, SERVICIOS DE DIFUSIÓN O SERVICIOS AUDIOVISUALES?

El Derecho comparado utiliza denominaciones diversas para referirse al núcleo duro del Derecho audiovisual: sobre todo tres, medios de comunicación social, servicios de difusión y servicios audiovisuales. Así por ejemplo, el ordenamiento español utiliza el primer término, medios de comunicación social (que incluirían en todo caso a la prensa, ajena a nuestro objeto de estudio), a los meros efectos del reparto de competencias normativas y ejecutivas entre el poder central y los poderes territoriales y utilizó el segundo, servicios de difusión, en la hoy derogada Ley de 1987, definiéndolos como aquellos “servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente”. La ambigüedad y, sobre todo, la amplitud de esta definición, a la vista del actual desarrollo tecnológico, la hace hoy ineficaz a los efectos de delimitar un ámbito normativo de caracteres específicos.

Por ello, parece actualmente imponerse en el panorama comparado el término servicios audiovisuales, más claro y estricto que el de servicios de difusión. El reciente desarrollo tecnológico plantea ahora, de forma más acuciante que en el pasado, el problema de la definición de tales servicios, habida cuenta de la aparición de otros distintos a los tradicionales de radio y televisión. En particular, el problema se presenta cuando existen todavía regímenes jurídicos diferenciados para los servicios de telecomunicaciones y los estrictamente audiovisuales, y es preciso distinguir con nitidez cuáles son éstos, a efectos de delimitar el correspondiente ámbito de aplicación de la norma. En todo caso, cualquier definición de servicios audiovisuales corre el mismo riesgo que acontecía con los servicios de difusión, pues el desarrollo tecnológico puede hacerla obsoleta en cualquier momento. Algunos ordenamientos, como el español, prefieren evitar definir los servicios audiovisuales, trasladando el problema a la determinación, necesariamente renovada y ampliada, de los conceptos de “radiodifusión” y de “televisión”. Más adelante volveremos sobre este problema, especialmente para dilucidar cuál pueda ser el régimen jurídico aplicable a los llamados nuevos medios, que en principio parecen a caballo entre los servicios de telecomunicación y los audiovisuales tradicionales.

2.- Ya hicimos referencia a ello al hablar del fenómeno de la convergencia en el sector de las telecomunicaciones. Vid. UD 1.

II. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO AUDIOVISUAL

A.- JUSTIFICACIÓN Y CRISIS DEL MONOPOLIO

La radio y televisión, al menos en Europa, fueron sectores tradicionalmente reservados al Estado en régimen de monopolio, con la consiguiente prohibición de ejercicio de estas actividades por particulares. Esta circunstancia motivó una creciente crítica doctrinal y política (inicialmente desde sectores liberales, para ir extendiéndose a gran parte del arco parlamentario en los respectivos países), fundada jurídicamente, sobre todo, en el argumento de la restricción injustificada de la libertad de expresión³.

Los Estados defendieron no obstante durante algunos años, con el aval de la jurisprudencia (en España, vid., p. ej., la conocida STC 12/1982, sobre el caso Antena 3), el monopolio en radio y televisión, sobre la base de distintos argumentos, que pueden resumirse en dos principales, hoy en evidente crisis:

- a) **Argumento de la escasez.** Este argumento fue útil especialmente cuando todos los servicios audiovisuales utilizaban el espectro radioeléctrico (ondas hertzianas) para su difusión, realizada además mediante tecnología analógica. El argumento sirve todavía para justificar, con sólidas razones, la limitación del número de operadores en determinadas modalidades de radio y televisión, pero carece evidentemente de fuerza en relación con los servicios audiovisuales por satélite, por cable o con tecnología digital. Si inicialmente sólo un número muy reducido de empresas podían emitir (y, siendo así, podría resultar lógico que fuera el Estado el único ente legitimado para hacerlo), hoy las posibilidades de creación de nuevos canales son casi infinitas.
- b) **Argumento del poder de influencia** del medio de comunicación. Aunque no hay unanimidad en la Sociología de la comunicación sobre el alcance efectivo del poder de influencia social y política de los medios audiovisuales sobre los ciudadanos, nadie duda hoy de la presencia de un poder efectivo y ciertamente importante de aquellos. En un principio, esta circunstancia podría justificar también el monopolio estatal, entendiéndose que con ello se evitarían los peligros derivados de todo poder excesivo y descontrolado, todo ello, claro está, desde la garantía de unos medios públicos independientes y plurales. Ahora bien, el remedio no deja de parecer excesivo (para solucionar un problema se crea otro mayor, la restricción total de las libertades de expresión y de empresa en el sector) y, como sucedía con el argumento anterior, parece difícilmente sostenible en la actualidad: el avance tecnológico (al final, el auténtico detonante del fin del monopolio), convenientemente combinado con normas anticoncentración, permitiría una amplia variedad de emisoras de radio y televisión, con lo cual los riesgos derivados del excesivo poder de influencia quedarían en gran parte diluidos. Además, siempre quedarían en manos del Estado poderes de intervención sobre las empresas en competencia.

B.- PERSISTENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO

Dada la crisis de los argumentos justificadores del monopolio, desde hace algunos años la ruptura del monopolio estatal (liberalización) en el sector se ha generalizado en Europa, y no existe ya ningún país en el cual los particulares tengan totalmente vedado el acceso al mercado de la radio

3.- Sobre ello, vid. Unidad Didáctica 15, II.

y la televisión. Persiste sin embargo la tendencia, derivada en gran medida de la inercia del modelo tradicional (así como de evidentes intereses políticos), a mantener en el sector la impronta del servicio público formal, técnica según la cual estos servicios continúan perteneciendo nominalmente al Estado (el “señor” del servicio), quien puede no obstante “concederlos” a los particulares mediante la oportuna firma del correspondiente contrato de gestión del servicio público o concesión administrativa, fórmula en la cual el Estado ostenta importantes poderes discrecionales, y ello hasta el punto de que, según suele afirmarse, el gestor o concesionario no ostentaría derecho subjetivo alguno sino una mera expectativa de derechos.

Más en concreto, una definición amplia del servicio público formal incluiría, al menos, los siguientes elementos, extraídos de la legislación correspondiente (en España, sobre todo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas): actividad administrativa de prestación, exclusividad regalística, actividad indispensable, prestación regular y continua y finalidades de utilidad general del público.

A la vista de estas características un relevante sector doctrinal defiende la implantación en el sector audiovisual de las mismas reglas que han presidido la reciente transformación del sector de las telecomunicaciones, esto es, no sólo la ruptura del monopolio (algo aceptado hoy de forma unánime) sino también el abandono de la categoría del servicio público formal (despublicación). En especial, se considera que la categoría del servicio público resulta inadecuada a las características propias del mercado de radio y televisión. Por ejemplo, no existe un régimen especial de afectación de bienes, una obligación de prestar el servicio, en las mejores condiciones posibles, un derecho del usuario a exigir la implantación del servicio o a un acceso igualitario, como tampoco una relación de especial sujeción del usuario o un característico régimen de responsabilidad del concesionario. Estos argumentos son atendibles y, de hecho, el servicio público ha desaparecido ya parcialmente en el sector (en España no son ya servicio público la televisión por satélite y algunos servicios audiovisuales prestados en las redes de cable) y es previsible que esta tendencia se consolide en los próximos años.

A nuestro entender, lo realmente grave no es el mantenimiento de la *publicatio* del sector sino la prohibición de entrada en el mercado a nuevos operadores, sin justificación suficiente. Lo primero no conlleva necesariamente lo segundo. Para algunos ámbitos (como la televisión por ondas hertzianas) el argumento de la escasez de frecuencias podría justificar esta limitación, inaceptable en otros. Así por ejemplo, resultaría difícilmente compatible con las libertades de expresión y de empresa que, con la excusa del servicio público o con cualquier otra (como la capacidad de influencia del medio o el interés público en garantizar la viabilidad económica de las empresas) se impidiera a nuevos operadores prestar servicios de televisión por cable.

C.- JUSTIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PÚBLICOS

El régimen vigente en la mayor parte de los países europeos suele denominarse modelo dual. Aun aceptando la persistencia de la técnica del servicio público formal en el sector, este modelo plantea en la actualidad fundamentalmente dos tipos de cuestiones: los problemas de competencia derivados de la convivencia entre empresas públicas y privadas y la justificación de los medios de comunicación públicos, discutibles desde posiciones liberales extremas. Ambas cuestiones están imbricadas, pero pueden ser analizadas separadamente. Comenzaremos con la segunda, dejando la primera para el apartado siguiente de este Capítulo.

¿Tiene hoy sentido la existencia de empresas públicas de radio y televisión? La presencia del servicio público formal bien aceptaría su exclusión, pues éste bien podría ser prestado exclusivamente por particulares, como sucede en otros servicios públicos (en España, p. ej., el gas, la electri-

cidad o el transporte por carretera). Con independencia de los problemas planteados para la libre competencia, que veremos después, el argumento principal que se esgrime contra los medios audiovisuales públicos es su natural tendencia a la politización. Ciertamente, estas críticas tienen buena parte de razón, especialmente en países como España, donde tradicionalmente la televisión pública ha sido utilizada por el Gobierno de turno para intereses partidistas. Sin embargo, consideramos que estos riesgos, nunca eliminables del todo, pueden evitarse en gran parte sometiendo, bien la gestión, bien el control posterior de la misma, a autoridades independientes. La opción mayoritaria en el Derecho comparado (con la excepción del caso español) es precisamente encomendar el control de la actividad de las empresas públicas del sector, en especial de todo lo referente a los contenidos, a entes de Derecho público de designación parlamentaria y con independencia garantizada, sustentada tanto por los requisitos (preparación técnica, incompatibilidades) y duración (más allá de la legislatura) del nombramiento como, sobre todo, por la imposibilidad de cese, salvo por causas tasadas y objetivas.

Además, debe tenerse en cuenta que existen también sólidas razones a favor del mantenimiento de una radio y televisión públicas, gestionadas directamente por el Estado, opción ésta seguida, por otra parte, por la práctica totalidad de los países del mundo. En España, la reciente reforma del Estatuto de Radio y Televisión, realizada bajo la presión de las autoridades comunitarias, puede servir para ejemplificar el catálogo de las funciones que, al menos sobre el papel, pueden cumplir hoy una radio y televisión públicas. Estas funciones, englobadas bajo la categoría “función de servicio público” se enuncian literalmente como sigue:

“La producción y emisión de un conjunto equilibrado de programaciones y canales, generalistas y temáticos, de radio y televisión, que integren programas diversificados, de todo tipo de géneros, con el fin de atender a las necesidades democráticas, sociales y culturales del conjunto de los ciudadanos, garantizando el acceso de la ciudadanía a información, cultura, educación y entretenimiento de calidad.

A estos efectos, las programaciones de RTVE, compatibilizando el objetivo de rentabilidad social con el principio de eficiencia económica, deberán:

- Impulsar el conocimiento de los valores constitucionales.
- Promover activamente el pluralismo, con pleno respeto a las minorías, mediante el debate democrático, la información objetiva y plural y la libre expresión de opiniones.
- Promover el respeto de la dignidad humana y, especialmente, los derechos de los menores, la igualdad de sexos, la no discriminación por motivos de raza, ideología, religión y cualquier otra circunstancia personal o social.
- Impulsar la diversidad cultural y lingüística.
- Ofrecer calidad, diversidad, innovación y exigencia ética.
- Tener por objetivo atender a la más amplia audiencia, asegurando la máxima continuidad y cobertura geográfica, social y cultural.
- Propiciar el acceso de todos a los distintos géneros de programación y a los eventos institucionales, sociales, culturales y deportivos, dirigiéndose a todos los segmentos de audiencia, edades y grupos sociales, incluidas las minorías con discapacidades.
- Favorecer la educación, la difusión intelectual y artística y de los conocimientos cívicos, económicos, sociales, científicos y técnicos, y su desarrollo por medios audiovisuales.
- Asegurar la protección de los derechos del consumidor.
- Fomentar la producción audiovisual española y europea”.

Como fácilmente se advierte, la relevancia constitucional de estas funciones es innegable. Ello podría llevar incluso a sostener que los medios audiovisuales públicos no sólo resultan legítimos, sino que se encuentran impuestos por la Constitución, pues resultaría sumamente dificultoso, por razones económicas y jurídicas, imponer esas funciones a empresas privadas. La supresión de los medios audiovisuales públicos podría acarrear entonces un vicio de inconstitucionalidad por omisión.

III. PLURALISMO Y COMPETENCIA EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

La consecución del pluralismo y la defensa de la libre competencia en el sector audiovisual son dos objetivos que se complementan recíprocamente. Como vamos a comprobar, desde la perspectiva constitucional resulta, en todo caso, más importante el primero de ellos. En este apartado analizaremos ambos puntos de vista, desde la lógica preeminencia del primero, prestando atención a sus manifestaciones normativas más importantes. La regulación especial del acceso a los medios audiovisuales será estudiada con más detalle en otro lugar⁴.

A.- EL PLURALISMO AUDIOVISUAL COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Las Constituciones modernas (así la española, en su art. 1.1), al incorporar como elemento central de su estructura al principio democrático, obligan a un profundo replanteamiento de la vieja concepción liberal de la libertad de expresión. Para el proceso democrático o, lo que es lo mismo, para que la intervención popular en la formación de la voluntad del Estado pueda llevarse a término, el concepto de opinión pública (o, en términos seguramente más clarificadores, de debate público) resulta esencial. Este concepto no era desconocido por el Estado liberal, pero el Estado democrático mantiene y refuerza su importancia, elevándolo a la categoría de elemento constitutivo o esencial de la forma de Estado.

La garantía de un debate público plural, como principio constitucional derivado del Estado democrático, no puede entenderse en términos similares a los propios del Estado liberal, habida cuenta de la transformación sustancial de su contexto constitucional y sociopolítico. En la actualidad encontramos, por un lado, a los titulares de los medios, cada vez más implicados en el fenómeno de la concentración económica y con mayor capacidad de influir en la ciudadanía; por otro, a la gran masa de espectadores (no ya ciudadanos), que consumen pasivamente la información recibida, con escasas posibilidades de participar en el debate público. Como puede advertirse fácilmente, el mercado no garantiza por sí solo la consecución del debate público imprescindible para que los ciudadanos puedan obtener una imagen completa de la realidad (a la hora, p.ej., de escoger adecuadamente entre las distintas opciones políticas): el fenómeno evidente de la concentración de los medios de comunicación en manos de un número relativamente reducido de empresas no refleja el pluralismo de la sociedad y, al competir por la máxima audiencia, tiende a simplificar la discusión y reducir la diversidad. Puesto que la oportunidad para la comunicación es limitada y no todos disponen de los medios para llegar al público, sin la intervención del Estado nos encontraríamos ante un debate controlado por las fuerzas dominantes en la estructura social.

De las consideraciones precedentes puede deducirse que la intervención pública sobre los medios de comunicación es una exigencia constitucional. En España, de los artículos 1.1 (Estado democrático, pluralismo político) y 20.1 d) (derecho del público a recibir información veraz) de la

4.- UD 17.

Constitución cabe derivar un genérico mandato, dirigido a los poderes públicos y en especial al legislador, de garantía del pluralismo en el sector audiovisual, con el fin de corregir las disfunciones sociales del mercado y lograr la consecución del necesario debate público, esencial al menos para la práctica de una elección auténticamente libre entre las distintas opciones políticas. Veremos a continuación cómo el legislador europeo y español ha llevado a la práctica el referido mandato constitucional.

B.- DERECHO EUROPEO

Pese a que existen diversas Directivas sobre cuestiones puntuales (como los sistemas de acceso condicional o las retransmisiones deportivas, que analizaremos en su momento⁵), en la Unión Europea no existe por el momento una normativa general sobre el pluralismo en el sector audiovisual, cuestión polémica que prefiere dejarse en manos de los Estados miembros. El punto de vista adoptado en Europa es, sobre todo, el propio del Derecho de la competencia, aplicándose al sector las normas generales sobre la materia.

Por lo que aquí interesa, el núcleo del Derecho europeo de la competencia se encuentra contenido en el **Reglamento del Consejo 4064/1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas**, modificado por el Reglamento 1310/1997. Según esta norma la Comisión Europea es el órgano competente para autorizar o no las operaciones de concentración de empresas que tengan "dimensión comunitaria", la cual no viene determinada sólo por el carácter transnacional de la operación sino también por una serie de parámetros relativos al volumen de negocios. Por debajo de dichos parámetros el control de la concentración corresponderá, en su caso, a los Estados miembros.

Como consecuencia del importante proceso de concentración en el sector, el Reglamento 4064/1989 viene siendo aplicado, con importancia creciente, al sector audiovisual. Aquí se impone un difícil equilibrio entre dos intereses contradictorios: por un lado, la Comisión no puede impedir la formación de empresas fuertes, capaces de competir en un mercado cada vez más globalizado, lo que favorecería la innovación tecnológica y la calidad de los productos; por otro ha de evitar los peligros que el Derecho de la competencia trata precisamente de evitar: el abuso de la posición de dominio y las dificultades de acceso al mercado para nuevos competidores, de perjudiciales consecuencias para la libertad de opción del consumidor. La línea seguida por las autoridades comunitarias ha sido hasta la fecha la de no oponerse en principio a la creación de grupos audiovisuales fuertes, prohibiendo tan sólo su constitución en los casos de práctica imposibilidad de acceso al mercado por parte de nuevos competidores, lo que suele ser consecuencia de la alianza entre las empresas privadas de televisión de mayor audiencia con las compañías monopolistas de telecomunicaciones (**casos MSG, NSD y Premiére**) o con los primeros productores de programas (**casos HMG y BetaResearch**).

En todo caso, el punto de vista adoptado es tan sólo el de la pluralidad empresarial, no el del pluralismo audiovisual en sentido estricto. Por este y otros motivos la doctrina ha exigido la introducción de una normativa europea específicamente dirigida al sector audiovisual, con objetivos superiores a los meramente económicos. En este sentido, la propia Comisión elaboró, en marzo de 1997, un Proyecto de Directiva sobre la propiedad de los medios de comunicación en el mercado interior, que no encontró el consenso necesario para su aprobación.

Otro problema abordado por la Unión Europea, que afecta más indirectamente al principio del pluralismo, es el de la doble financiación (Presupuestos Generales del Estado e ingresos publicitarios) de los medios públicos, evidentemente perjudicial para el desarrollo de los privados. Aquí los intereses de los Estados miembros son fuertes y, después de años de debates, en 1997 se llegó

5.- UD 17, VI y VII

a una solución de compromiso: mantener la doble financiación de los medios públicos, siempre y cuando el gasto público se destine exclusivamente a la denominada “función de servicio público”, no exigida a los medios privados. Así, según el **Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros**, anexo al Tratado de la Comunidad Europea, las disposiciones del Tratado sobre la libre competencia “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 y 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”.

También la normativa europea sobre conductas abusivas y colusorias se ha aplicado al sector audiovisual:

a) El actual artículo 82 TCE, que prohíbe “la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”, se ha aplicado a empresas audiovisuales en escasas ocasiones. El caso más célebre es el resuelto finalmente por una Sentencia del Tribunal de Justicia de 1995 (**caso Magill**), en el que se consideró contraria al Tratado la reserva de las cadenas de televisión del mercado secundario de las guías semanales de televisión, “excluyendo cualquier competencia en el mercado, puesto que negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía”. Esta jurisprudencia confirma la aplicación, al sector que nos interesa, de la doctrina de las **essential facilities**, según la cual las empresas que cuentan con la instalación o infraestructura indispensable para la prestación de un determinado servicio están obligadas a permitir a sus competidores el acceso a la misma en condiciones no discriminatorias, pues de lo contrario estos no podrían desarrollar su actividad.

b) El vigente artículo 81 TCE, según el cual “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”, se ha aplicado sobre todo al problema de las exclusivas que los titulares de derechos de retransmisión conceden a las cadenas de televisión. En esta materia cabe citar, como **leading case**, la ya antigua Sentencia del Tribunal de Justicia **Coditel II**, de 1982, según la cual las licencias exclusivas sólo resultan prohibidas cuando, por las circunstancias económicas y jurídicas y por las características específicas del mercado, el ejercicio de los derechos exclusivos provoque la creación de barreras artificiales e injustificables, confiera la posibilidad de obtener beneficios excesivos o cuando la duración de la exclusiva resulte desproporcionada.

C.- DERECHO ESPAÑOL

En España las medidas legales encaminadas a garantizar el pluralismo y la competencia pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que favorecen la pluralidad empresarial, normalmente externa (diversidad de empresas, formalmente independientes) y las que tienden a preservar el pluralismo en sentido estricto o pluralismo en la programación o de los contenidos, que en la práctica se traducen básicamente como pluralismo en el interior de cada medio. Conviene recordar una vez más que ambos tipos de medidas no tienen la misma relevancia constitucional: lo realmente importante para la salvaguarda del principio democrático y del derecho del público a recibir información veraz es la garantía del pluralismo de los contenidos, lo que sin duda puede verse reforzado con medidas estrictamente económicas.

En este apartado aludiremos únicamente a las medidas destinadas a garantizar la pluralidad empresarial, dejando para el capítulo siguiente el análisis de las garantías del pluralismo de los contenidos.

Las garantías de la pluralidad empresarial en el sector audiovisual español son de tres tipos:

1.- Derecho general de la competencia

En primer lugar, puesto que de empresas se trata, resulta aplicable la **Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia**. Dadas las peculiares características del mercado audiovisual, a las empresas del sector resultan aplicables tanto las normas sobre el control de las concentraciones económicas como las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia.

La normativa anticoncentración impone notificar a la Administración cualquier “proyecto u operación de concentración de empresas” por el que “se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio”, o cuando “el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de [240 millones de euros], siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a [60 millones de euros]”. La Ley 16/1989 pone en manos de un órgano administrativo específico, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la tarea de elaborar los preceptivos informes sobre estas operaciones, cuya aprobación u oposición final corresponde con gran discrecionalidad al Consejo de Ministros. Sólo en dos ocasiones se ha aplicado este sistema de control a empresas audiovisuales. En ambas el Gobierno aprobó la concentración de medios afines al partido gobernante, anulada en el primer caso por el Tribunal Supremo (**caso Cadena SER-Antena 3 Radio**) y paralizada en el segundo por la Comisión Europea (**caso Telefónica-Canal Plus**). En este momento está pendiente de aprobación un tercer caso, relativo a la fusión de las dos “plataformas” de televisión por satélite existentes en España.

En cuanto a la aplicación de la normativa española sobre conductas abusivas y colusorias al sector que nos ocupa cabe citar de nuevo el típico supuesto de los derechos exclusivos de retransmisión. La decisión más importante en este sentido fue la adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1993 (caso Liga profesional), confirmada posteriormente por los tribunales del orden contencioso-administrativo. En esta ocasión el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que la venta exclusiva de los derechos de retransmisión de los partidos de Liga y Copa durante ocho temporadas a las televisiones autonómicas constituía un abuso de la posición dominante que la Liga Nacional de Fútbol Profesional ostentaba en el mercado español de los derechos de retransmisión de fútbol por televisión. La decisión se fundamentó en que la venta de todos estos derechos en bloque y en exclusiva excluía a otras cadenas del mercado durante un largo período de tiempo, que incluso podía ampliarse si las televisiones autonómicas ejercían sus derechos de tanteo y retracto.

2.- Radiodifusión

La LOT, declarada vigente en este punto por la antigua LGT de 1998, garantiza actualmente la pluralidad empresarial en las dos modalidades de radiodifusión donde se permite la gestión privada del servicio público. En onda media se prohíbe que una misma persona obtenga (o participe mayoritariamente) dos o más concesiones sobre un mismo ámbito territorial de cobertura. En frecuencia modulada, por su parte, se sigue el mismo criterio, si bien se permite la acumulación de un máximo de dos concesiones por un mismo titular, cuando “por el número de las ya otorgadas quede suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica”.

Para impedir que con posterioridad al otorgamiento de la concesión puedan alterarse las reglas referidas la LOT exige que “cualquier modificación en la titularidad de las acciones [...] así como las ampliaciones de capital cuando la suscripción de acciones [...] no se realice en idéntica proporción entre los propietarios del capital social deberá ser autorizada previamente por la Administración”.

Como se advierte, en materia de radiodifusión la pluralidad empresarial se garantiza preferentemente mediante medidas preventivas cuya ejecución corresponde normalmente al órgano que otorgó la concesión.

3.- Televisión

Como más adelante veremos, la normativa sobre televisión se encuentra dispersa en España y existe una gran variedad de regímenes jurídicos. Por lo que aquí interesa la normativa de mayor importancia, dado el claro predominio de la audiencia correspondiente, es la contenida en la Ley 10/1988, de Televisión Privada, reformada en este punto por la Ley 50/1998. Según esta Ley “ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria o que representen más del 49% de su capital social”, añadiéndose que tanto las adquisiciones de una participación significativa en el capital de las sociedades concesionarias como el incremento, directo o indirecto, en dicha participación estarán sujetos a previa autorización administrativa.

Como en el caso de la radiodifusión la garantía de la pluralidad empresarial se articula aquí sobre todo en medidas preventivas ejecutadas por quien otorgó la concesión, si bien aquí la relevancia del “principio de no concentración de medios” (considerado inspirador de la propia Ley) es mayor, pues se va más allá de la mera limitación del número de concesiones: dado que sólo se permiten tres en todo el país, se exige además que cada empresa de televisión nacional por ondas esté participada, al menos, por tres personas, físicas o jurídicas, independientes.

IV. TIPOS DE SERVICIOS AUDIOVISUALES Y FORMAS DE ACCESO AL MERCADO

A.- RADIODIFUSIÓN

1.- Concepto

En España la radiodifusión sonora o radiodifusión en sentido estricto (aquella que corresponde estudiar aquí)⁶ es definida legalmente como “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, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios”.

2.- Modalidades

Atendiendo a la banda de emisión podemos hablar de cuatro modalidades de radiodifusión: onda corta, onda larga, onda media (con limitación a seis canales por dial, pero amplia cobertura y posi-

6.- Téngase en cuenta que en algunas normas (singularmente, en el Derecho comunitario) el término radiodifusión incluye la radio y la televisión.

bilidad de recepción en movimiento) y frecuencia modulada (que admite hasta treinta canales por dial, pero limitada a la cobertura local y con dificultades de recepción en móviles). Por su parte, desde el punto de vista del medio de difusión utilizado podemos hablar de cinco modalidades posibles: difusión analógica terrenal, difusión vía satélite, difusión vía cable, difusión a través de página **web (Web Cast)** y difusión digital terrenal.

El acceso al mercado de la radiodifusión se encuentra en primer lugar condicionado por la escasez del espectro radioeléctrico, problema éste que se solventará en gran medida con la implantación de la radio digital, que será el modelo dominante en un futuro próximo. De conformidad con la previa la asignación internacional de frecuencias, el Estado aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, complementado por los correspondientes Planes Técnicos Nacionales.

En España todas las modalidades de radiodifusión están consideradas servicio público, en dos casos en monopolio (ondas larga y corta) y en el resto en competencia, según el modelo dual (coexisten emisoras públicas y privadas, tanto en onda media como en frecuencia modulada). En consecuencia, para acceder al mercado se hace preciso obtener la correspondiente concesión administrativa para la gestión indirecta o privada del servicio público, a otorgar por el poder central o por los poderes territoriales, según los casos, siempre de conformidad con el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias y con el Plan Técnico aplicable en cada caso.

B.- TELEVISIÓN

1.- Concepto

En España la televisión es legalmente definida como “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”, añadiéndose que “No tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble, en una comunidad de propietarios [...] o en una manzana urbana de fincas colindantes”.

En relación con la transmisión por cable, modalidad en la que pueden plantearse problemas de delimitación con otros servicios, la televisión es definida en el Derecho español, con mayor precisión, como el servicio consistente en la difusión “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”.

Por su parte, a los meros efectos del control de contenidos, la legislación española de trasposición de la Directiva *Televisión sin fronteras* define la televisión como “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 facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares”.

2.- Modalidades

A la hora de establecer una tipología de los servicios de televisión pueden seguirse criterios distintos, tales como el medio técnico de transmisión, el ámbito territorial de cobertura o la naturaleza pública o privada de la empresa audiovisual respectiva. Como ejemplo de regulación de la televisión acudiremos nuevamente al vigente ordenamiento español, que comprende una gran diversidad de regímenes jurídicos, fruto de una “legislación de aluvión”, dispersa y en ocasiones contradictoria. Esta diferenciación de regímenes se realiza combinando varios de los criterios de clasificación antes citados. Aquí nos limitaremos a hacer somera mención de ellos, con expresa alusión, en su caso, al problema que sistemáticamente aquí interesa, el acceso al mercado de operadores privados:

a) **Televisión por ondas terrestres.** Acapara el 95% de la audiencia de televisión en España. Comprende a su vez cuatro regímenes jurídicos diferenciados: pública nacional, pública autonómica, privada nacional y local, objeto cada uno de ellos de una Ley propia. Todos son calificados hoy como servicios públicos en sentido formal.

La televisión pública nacional es gestionada directamente por el “Ente público RTVE”, sujeto al Derecho administrativo, salvo en sus “relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación”, regidas por el Derecho privado. La gestión ordinaria del Ente corresponde a un Consejo de Administración, nombrado por el Parlamento y, sobre todo, al Director General, nombrado por el Gobierno. Dada la acentuada politización del medio no parece correcto considerar a RTVE una autoridad administrativa independiente, pues aunque en la práctica el Gobierno no puede cesar al Director General, éste acepta siempre las “sugerencias” de dimisión que aquél le plantea.

Las televisiones públicas autonómicas son gestionadas por entes públicos similares a RTVE, formalmente titulares de una concesión otorgada por el poder central, fórmula criticada por la doctrina por la perversión del modelo tradicional del servicio público y, sobre todo, por lo que implica de pérdida de la autonomía de los entes territoriales, constitucionalmente reconocida. Para obtener un canal autonómico el Gobierno regional solicita al estatal la concesión, tras la cual se crea un Ente público gestionado a imagen y semejanza de RTVE: un Director General de confianza del Ejecutivo y un casi inoperante Consejo de Administración. Sólo en Cataluña encontramos especialidades dignas de mención, pues allí existe un Consejo del Audiovisual, de designación parlamentaria (con excepción del Presidente, elegido por el Gobierno regional), que controla y sanciona a las televisiones catalanas, con especial atención a las de naturaleza pública.

En cuanto a la televisión privada de ámbito nacional sólo se admiten tres concesionarios, lo que se justifica en la escasez del espectro radioeléctrico. Como sabemos, esta fórmula ha sido considerada inadecuada por la doctrina. En la práctica, sin embargo, no se plantean especiales problemas, pues los tres concesionarios (que se financian casi exclusivamente mediante la publicidad y pueden hoy considerarse consolidados en términos de rentabilidad económica) actúan de hecho con entera libertad, sólo enturbiada por algunos expedientes sancionadores por vulneración de la normativa especial sobre publicidad.

Por último, la televisión local por ondas terrestres es considerada también servicio público. Sólo se admite una concesión (excepcionalmente dos) por municipio, otorgada por la Comunidad Autónoma correspondiente, limitación que resulta discutible, pues en los municipios grandes técnicamente resultaría posible un número mayor. Si desean crear una televisión local, los municipios tienen preferencia sobre los particulares: en este caso, poco frecuente, suele crearse una “entidad gestora” de naturaleza pública, controlada por el Pleno del Ayuntamiento. Si, por el contrario, el concesionario es una empresa privada, la Ley establece unas mínimas obligaciones de tipo formal. Actualmente en España la situación es de claro incumplimiento de la Ley, pues existen multitud de

emisoras (más de una en muchos municipios) emitiendo sin la preceptiva concesión, lo que es tolerado por los poderes territoriales, en parte porque la situación es consecuencia, sobre todo, de su propia inactividad, al no haberse convocado los concursos correspondientes.

b) **Televisión por satélite.** En España es el único servicio de televisión que no es formalmente servicio público. Esto se traduce, sobre todo, en la libertad de entrada en este mercado. Es decir, no hay límite de operadores y basta con obtener una autorización, de naturaleza reglada, que corresponde otorgar al órgano regulador de las telecomunicaciones. Aquí las dificultades de acceso son obviamente económicas y de peso; prueba de ello es que las dos únicas “plataformas” de televisión por satélite han decidido fusionarse, acuerdo aún pendiente de aprobación por las autoridades de la competencia.

c) **Televisión por cable.** Inicialmente el conjunto del sector de las “telecomunicaciones por cable” fue considerado servicio público y se dividió el territorio nacional en demarcaciones, permitiéndose tan sólo un concesionario en cada una de ellas, además de Telefónica, que gozaba de título habilitante *ex lege* en todas. Poco después la primera LGT convirtió a las telecomunicaciones en servicio despublificado, con la consiguiente supresión de las demarcaciones, si bien manteniendo vigente la vieja LTC “para el régimen del servicio de difusión de televisión”, fórmula con la cual no quedaba claro si la televisión por cable conservaba o no su caracterización como servicio público. Pese a la ambigüedad legislativa, la normativa reglamentaria de desarrollo y la práctica administrativa confirmaron el mantenimiento del servicio público de televisión por cable, lo que provoca no pocos problemas de articulación y alguna paradoja, ya que, por ejemplo, una empresa puede disponer de autorización para instalar redes aptas para servicios de televisión pero no puede prestarlos (ni permitir que lo hagan otras empresas) por carecer de la única concesión admitida por demarcación. Al hablar de los otros servicios audiovisuales volveremos sobre esta cuestión.

d) **Televisión digital terrenal.** El Derecho español define este servicio como “aquel en el que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente, utilizando para ello la tecnología digital y los canales radioeléctricos”. Aunque este sistema ofrece menor capacidad que el satélite y el cable tiene la ventaja de que permite el aprovechamiento de las infraestructuras de recepción de televisión analógica ya existentes, sin exigir del usuario la instalación de parábolas. Además, mejora la calidad de la imagen y admite la interactividad. De hecho, está previsto que en un futuro próximo sustituya a la técnica ahora dominante, la televisión analógica por ondas.

La televisión digital terrenal tiene también naturaleza de servicio público, el cual puede prestarse de tres formas: en gestión directa (por RTVE y los Entes similares autonómicos), en gestión indirecta (mediante concesión administrativa) o en régimen especial, aplicable a las tres concesionarias de televisión nacional por ondas, que tienen la obligación legal de emitir simultáneamente los mismos contenidos mediante tecnología analógica y digital.

El Plan Técnico prevé en el futuro la disponibilidad de 392 bandas de frecuencias (con diferentes ámbitos territoriales de cobertura), cada una de las cuales admite a su vez uno o varios “canales múltiples”, y cada canal múltiple, uno o varios “programas” (lo que hoy entendemos habitualmente por canal). La normativa de desarrollo irá precisando cuántos canales múltiples permite cada banda de frecuencia y cuántos programas permite cada canal. Los concursos para la obtención de las concesiones se irán convocando progresivamente, conforme las bandas de frecuencias vayan quedando técnicamente disponibles y la Administración lo considere oportuno, pues rigen aquí criterios de oportunidad. Los concursos de ámbito nacional serán convocados por el Consejo de Ministros y los demás por los Gobiernos autonómicos correspondientes.

3.- Régimen del acceso condicional

Por último, interesa hacer somera mención a una normativa transversal, específica de los denominados servicios televisivos de acceso condicional o de pago, característicos de las modalidades más recientes de televisión (cable, satélite y digital terrenal). Esta normativa se centra en la imposición de requisitos a los aparatos descodificadores, que son de dos tipos:

a) La obligación de inscripción en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional. En el Derecho español cualquier persona física o jurídica que comercialice, distribuya, ceda temporalmente o alquile descodificadores está obligada a inscribirse en este Registro. Esta obligación se interpreta, por imposición de las autoridades comunitarias, como meramente formal, ya que la inscripción se considera declarativa y no constitutiva para la comercialización de los aparatos.

b) El cumplimiento de una serie de requisitos técnicos, que se resumen en la obligación, derivada de la Directiva 95/47/CE, de facilitar el carácter abierto y compatible de los sistemas de acceso condicional, de forma tal que los usuarios puedan recibir a través de un solo descodificador los programas emitidos por cualquier operador en el mercado, para evitar que el aparato se convierta en una barrera de entrada. En caso de que técnicamente los descodificadores no sean compatibles (como sucede en España con las dos “plataformas” todavía existentes de televisión por satélite) los operadores deberán alcanzar un acuerdo, bajo el control del órgano regulador de las telecomunicaciones. La CMT ostenta también competencias en lo relativo al control de los modelos de contrato con los usuarios.

C.- OTROS SERVICIOS AUDIOVISUALES

El avance tecnológico ha permitido la aparición de “nuevos medios” que parecen audiovisuales (emplean imágenes en movimiento, sonidos o ambos conjuntamente) pero no siempre encajan en el concepto tradicional de radiodifusión o de televisión.

Para concretar el catálogo de estos llamados nuevos medios podemos acudir a la relación efectuada por el organismo regulador español, que distingue entre:

a) **Videoconferencia**, definido como un servicio suministrado con tecnología digital que transforma imagen y sonido en datos.

b) **Vídeo bajo demanda**, consistente en un servicio interactivo personalizado que se presta a través de canales punto a punto dedicados, eligiendo el usuario un programa concreto a través de la red, que es ejecutado en un servidor remoto y visualizado en el domicilio del usuario en tiempo real, incorporando funcionalidades típicas de reproductor de vídeo, tales como avance rápido y parada de imagen.

c) **Vídeo casi bajo demanda**, que se caracteriza porque el usuario puede solicitar la visión de un programa predeterminado (que se emite en varios canales con el mismo contenido retardados en tiempo indeterminado unos con respecto a otros), debiendo para ello, en cada caso, mandar una orden al sistema a través del terminal de acceso del usuario, a fin de que el programa se cargue en la cuenta y se produzca un mandato de descodificación del programa que se desea ver.

d) **Vídeo a la carta**, consistente en la difusión de programas audiovisuales en la que el usuario final interactúa con la red para acceder al programa deseado, que le es suministrado en un momento prefijado por la red.

El principal problema jurídico que plantean estos servicios es si se consideran asimilables o no a los servicios audiovisuales tradicionales (radio o televisión), pues de la respuesta que se dé a esta cuestión depende el régimen jurídico aplicable. En España los cuatro servicios audiovisuales antes referidos no han sido considerados por el organismo regulador como servicios de televisión sino como servicios de transmisión de datos disponibles al público. Esta opción, fundada en el argumento de identificar televisión con ausencia de interactividad, tiene una trascendencia jurídica de primer orden, pues para prestar estos servicios basta ahora con obtener una mera autorización de naturaleza reglada, otorgada de forma prácticamente automática por la CMT (no una concesión administrativa, imposible por otra parte en el cable, donde están ya otorgadas todas las concesiones posibles). En todo caso, la cuestión es polémica y se encuentra pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo planteado por la Administración General del Estado (que ha perdido el control de hecho sobre estos servicios) contra esta interpretación de la CMT.

V. LA EMPRESA AUDIOVISUAL

A.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

No existe un concepto jurídico claro de empresa audiovisual. Por nuestra parte podemos definirla como aquella empresa cuyo objeto social es la emisión de programas de radio o de televisión, lo que vendría a identificarse con la idea social de emisora, excluyendo por tanto las empresas de mera producción de contenidos, de naturaleza algo distinta, y que quedarán fuera de nuestro estudio.

Las empresas audiovisuales así entendidas son habitualmente sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada. Algunos ordenamientos (como el español) exigen, al menos para algunas modalidades de empresas audiovisuales (p. ej., en España, para las televisiones públicas autonómicas o para las televisiones privadas por ondas de ámbito nacional), la constitución de sociedades del primer tipo, pues ello permite un mayor control, interno y externo, sobre su actividad. A ello se añaden a veces requisitos específicos, tales como la obligación de que las acciones sean nominativas, la prohibición de entrada de capital extranjero hasta un determinado límite o específicas normas anticoncentración, estudiadas ya en este Capítulo.

Como ya hemos comprobado, toda empresa audiovisual exige normalmente algún tipo de autorización administrativa⁷, bien la mera autorización, bien la concesión administrativa. Su régimen jurídico estará en dependencia de la fórmula exigida en cada caso, cuestión que no podemos abordar aquí, remitiéndonos a la normativa aplicable para las distintas modalidades.

B.- FUNCIÓN SOCIAL Y ESTRUCTURA INTERNA

En este lugar interesa destacar brevemente algunas peculiaridades de las empresas audiovisuales, derivadas de su consideración como medios de comunicación social. Interesa aquí destacar que no estamos en presencia de empresas típicas, orientadas sin más a la producción y distribución de bienes o servicios para la consecución de un beneficio económico, sino que, junto a esta innegable faceta económica, encontramos una importante faceta social e incluso política, la llamada función social de los medios de comunicación, a la cual el Derecho no puede resultar ajeno.

7.- Esta regla no rige en relación con las empresas que operan en Internet (Art. 6 LSSI), pero resulta discutible que las mismas puedan ser consideradas empresas audiovisuales.

En efecto, las empresas audiovisuales desempeñan funciones públicas, de especial trascendencia para el conjunto de la sociedad, tanto a nivel individual como colectivo: en primer lugar, satisfacen derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el de recibir información (constitutivo éste para el sistema democrático), educación y cultura⁸; en segundo lugar, son el punto de encuentro y cauce necesario para la integración social.

Desde el punto de vista jurídico esta realidad se traduce básicamente en dos tipos de consecuencias. En primer lugar, el Estado está legitimado para imponer un mayor control de estas empresas, dada la importancia de los intereses en juego, especialmente desde el punto de vista de los contenidos de la programación a emitir, pudiendo el poder público, bien imponer, bien prohibir determinados contenidos; en el Capítulo siguiente trataremos pormenorizadamente de esta importante cuestión. En segundo lugar, las empresas audiovisuales son empresas en las cuales la ideología está presente de manera especial, circunstancia ésta que, mezclada a la naturaleza propia de toda empresa (la obtención de beneficios económicos como prioridad y la centralización de las decisiones como método habitual de trabajo), no siempre obtiene respuesta fácil desde el punto de vista jurídico. A este problema nos referiremos brevemente a continuación.

En tanto que empresas, al menos parcialmente, informativas⁹, las empresas audiovisuales pueden ser caracterizadas como empresas de tendencia. Se trata de una categoría doctrinal, sin reconocimiento expreso en el Derecho positivo, utilizada para denominar a las empresas destinadas directa y predominantemente a la puesta en práctica de una determinada ideología. Aunque la doctrina acostumbra a calificar en bloque y sin matizaciones a todas las empresas informativas como empresas de tendencia, a nuestro entender tal calificación no es correcta en todos los casos, a menos que optemos por una amplísima definición de esta categoría, que acabaría privándola de toda utilidad. Un método útil para determinar si una empresa audiovisual es una empresa de tendencia es comprobar la presencia de principios editoriales del medio, expresamente manifestados. Se trata de la relación, hecha pública por los propietarios de determinados medios, de los criterios que inspiran su actividad, siempre que éstos se asemejen a la concreción de una ideología más o menos determinada.

Desde el punto de vista constitucional, una empresa audiovisual (o, en rigor, sus propietarios y los cargos de confianza de éstos) ejerce tres tipos de derechos fundamentales:

- a) Como norma general, la actividad de la empresa audiovisual se encuentra cubierta por la libertad de empresa, que se ejerce incluso cuando se opera bajo el régimen propio del servicio público. En aras de la obtención de beneficios económicos, finalidad última de toda empresa, su titular puede organizarla internamente de la forma que crea más conveniente y, sobre todo, orientar su funcionamiento de acuerdo con esa finalidad.
- b) La libertad ideológica pertenece también a los titulares de la empresa informativa, quienes la ejercen en el funcionamiento ordinario de la misma, complementando así la dirección puramente empresarial con una dirección marcada por objetivos distintos, coincidentes con los propios de su ideología.
- c) Se plantea la duda de si la empresa audiovisual en cuanto tal puede ejercer la libertad de expresión. A nuestro juicio este ejercicio sólo resultaría posible en las actividades de programación, más cercanas por su naturaleza a la libertad de expresión que a la libertad de empresa.

8.- A estos derechos podría añadirse un discutible derecho al ocio o al entretenimiento que, no por carecer de reconocimiento jurídico deja de ser reclamado por la ciudadanía.

9.- La típica "empresa informativa" es la prensa. La radio y la televisión no responden estrictamente a esta categoría, por cuanto el porcentaje mayor de la programación suele corresponder al ocio o al entretenimiento y no tanto a la información estrictamente considerada.

Consideremos ahora un nuevo elemento, característico de toda empresa informativa (y, por ende, de toda empresa audiovisual), que condiciona constitucionalmente (al menos sobre el papel) toda su actividad: la presencia de unos profesionales peculiares, que ejercen derechos fundamentales propios, de los que carecen los trabajadores de otras empresas. Especialmente el régimen jurídico del periodista dota a la empresa audiovisual de una impronta característica que no puede soslayarse.

Ante todo, hay que señalar que el periodista que de forma regular presta sus servicios en la empresa audiovisual no es un trabajador más, sino un trabajador que constitucionalmente goza de una autonomía reforzada. No es aceptable considerar a estos profesionales como meros voceros de las ideas del propietario de la empresa, cuyo trabajo quedaría reducido a reproducir en público los dictados de éste. Desde el punto de vista constitucional los periodistas son portadores de derechos fundamentales propios, que ejercen al antes al servicio de la sociedad (del público, si se quiere) que de los intereses particulares de quienes los contrató.

Como consecuencia del reconocimiento, constitucional o legal, de derechos propios de los periodistas (cláusula de conciencia, derecho de autor) o habitualmente ejercidos por éstos (libertad de expresión), la situación de la empresa audiovisual es la del conflicto de derechos, a solucionar jurídicamente mediante el criterio interpretativo de concordancia práctica, que exige la ponderación o equilibrio entre los intereses implicados, de forma tal que ninguno de ellos prevalezca en demasía sobre el otro, pues no hay derechos ilimitados. Desde luego, en el contexto de las relaciones de poder que caracterizan a la empresa audiovisual, especialmente patente en países donde la precariedad laboral de los periodistas es acusada, resulta lógico pensar que éstos tenderán con frecuencia a la práctica de la **autocensura**, renunciando de hecho al ejercicio de sus derechos fundamentales. En estas circunstancias, tal y como ya recogen algunos estatutos de redacción, la doctrina propone una adecuada separación de funciones entre la empresa y los periodistas, cuya natural posición de inferioridad debería encontrar adecuado contrapeso en la fijación de un cierto estatuto privilegiado a favor de los comités de redacción.

UNIDAD DIDACTICA 17

LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

III. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD, LA TELEVENTA Y EL PATROCINIO.

- A.- Planteamiento general.
- B.- Formas prohibidas de publicidad.
- C.- Obligaciones de identificación y colocación de la publicidad.
- D.- Tiempo máximo de emisión de publicidad y televenta.
- E.- Obligaciones relativas a los programas patrocinados.

IV. PROTECCIÓN DE MENORES.

V. PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL: LAS CUOTAS EUROPEAS.

VI. RETRANSMISIONES DEPORTIVAS.

VII. DERECHOS DE ACCESO.

- A.- Planteamiento.
- B.- El acceso de los grupos sociales y políticos.
- C.- El acceso gubernamental.
- D.- El derecho de rectificación.
- E.- Formas especiales de acceso en la televisión por cable.

VIII. LOS CONTENIDOS EN PERÍODO ELECTORAL.

- A.-La publicidad electoral.
- B.-Los espacios gratuitos.
- C.-La información en campaña electoral.

IX. LOS LLAMADOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA PROGRAMACIÓN Y LA FUNCIÓN DE LOS MEDIOS PÚBLICOS.

X. NATURALEZA Y CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES.

BIBLIOGRAFÍA DEL MÓDULO IV

I. INTRODUCCIÓN

Los contenidos audiovisuales son los mensajes transmitidos a través de los servicios audiovisuales, esto es, la radio, la televisión y los llamados nuevos medios, enumerados en una unidad didáctica anterior¹⁰. La programación audiovisual, en el sentido amplio del término (inclusivo no sólo de la planificación general de los espacios sino también del contenido de los mismos), es objeto de atención por el Derecho audiovisual de forma bastante parcial y fragmentaria, es decir, al ordenamiento le interesa tan sólo prohibir contenidos muy particulares (especialmente, determinadas formas de publicidad y la pornografía a determinadas horas) y, de forma todavía más excepcional, obligar a que se emitan determinados mensajes. A esta normativa, dispersa en el Derecho español, nos referiremos a continuación, no sin antes enmarcar el problema, como no podía ser de otra manera, en sus coordenadas constitucionales.

Sobre la función que el ordenamiento ha de desempeñar en materia de programación se enfrentan dos modelos extremos, que conviene de antemano desechar precisamente por su carácter unilateral. Para el primero de ellos, el Estado no debe intervenir en absoluto en la libertad de programación de los operadores, pues cualquier injerencia que fuera más allá del régimen general de la libertad de expresión supondría una injustificable restricción a los derechos fundamentales, que incidiría negativamente en la libre formación de la opinión pública, más si se tiene en cuenta la habitual propensión del poder estatal a orientar políticamente los contenidos audiovisuales. Para el modelo contrario, la función pública de todos los medios audiovisuales, derivada de su servicio al interés general y de la necesidad de salvaguardar los derechos de los usuarios, legitima una amplísima actuación del Estado sobre los mismos, que no puede ser frenada por la configuración individualista de la libertad de unos pocos y en la que, de considerar que tiene apoyo constitucional, predomina su aspecto objetivo o institucional. Pues bien, ni una ni otra postura extrema encuentra fácil acomodo en el orden constitucional positivo: ni la actividad de programación resulta ajena al sistema de derechos fundamentales ni éstos pueden ser concebidos de modo que impidan totalmente el control del Estado, justificable muchas veces por la necesidad de proteger otros derechos y principios constitucionalmente relevantes.

De entrada, debe afirmarse el principio de libertad de programación, entendida como el derecho de los operadores (o, en su caso, de los profesionales a su cargo) a determinar, sin impedimentos injustificados, el conjunto de los productos audiovisuales que desean ofrecer al público. Desde el concepto amplio de programación del que hemos partido esta libertad puede encontrar sustento constitucional, bien en la libertad de expresión (emisión directa de mensajes), bien en la libertad de empresa (planificación general de los espacios). La opción por uno derecho tendrá alguna consecuencia práctica: si bien ambos son igualmente fundamentales y no puede hablarse en rigor de una jerarquía entre ellos, resultará por lo general más sencillo justificar las intervenciones sobre la libertad de empresa, a la vista de la misma posición de este derecho (condicionado en la CE a las “exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”) en la estructura constitucional. En todo caso, esté en juego la libertad de expresión o la libertad de empresa, las intervenciones sobre la libertad de programación deberán encontrarse de un modo u otro justificadas, aunque sólo sea por el necesario respeto al principio de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cuando el Estado imponga obligaciones en materia de programación que impliquen una intervención sobre estos derechos fundamentales (y habrá que ver si toda obligación equivale a una intervención), deberá justificarlo, directa o indirectamente, en otras normas constitucionales.

10.- UD 16.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los contenidos audiovisuales están sujetos, en primer lugar, a los límites generales propios de la libertad de expresión, ya analizados en la UD correspondiente, adonde remitimos¹¹.

En el Derecho español **los ilícitos penales y civiles se agravan** si el medio utilizado es un medio audiovisual. Así:

a) Los delitos de injurias y calumnias se ven penados con mayor gravedad si existió “publicidad” (art. 206 CP), presumiéndose que ésta se da cuando las afirmaciones prohibidas se realizaron “por medio de [...] la radiodifusión” (art. 211 CP), término éste aquí inclusivo de la radio y de la televisión.

b) En caso de obligación de indemnizar civilmente por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, el juez ha de tener en cuenta, para la fijación de la cuantía correspondiente, la “difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” (art. 9.3 LOPH). Esta solución resulta más flexible que la adoptada por el CP, pues admite expresamente la graduación de la sanción.

Siguiendo con el Derecho español, otra especialidad digna de mención de la aplicación del régimen general de la libertad de expresión a los medios de comunicación (lo que obviamente incluye los audiovisuales) es la peculiar **distribución de la responsabilidad**, tanto en sede penal como civil:

a) En los delitos y faltas cometidos “utilizando medios o soportes de difusión mecánicos” se establece un sistema de responsabilidad que puede llegar hasta el propio medio audiovisual. Así, según el artículo 30.2 CP, “los autores [del delito o falta] responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º) Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora”.

b) En sede civil la responsabilidad del medio es mucho más fuerte, pues es de carácter solidario. Aunque nada se dice sobre ello en la LOPH, la jurisprudencia española extiende a todos los ilícitos civiles cometidos a través de los medios de comunicación el régimen de los artículos 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 (aplicable, en principio, únicamente a la prensa) y 212 CP (responsabilidad civil derivada del delito).

III. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD, LA TELEVENTA Y EL PATROCINIO

A.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Todos los contenidos audiovisuales se encuentran sujetos a la normativa general de publicidad. Por su parte, los contenidos televisivos¹² se encuentran además sujetos a normas específicas, mucho más estrictas, derivadas básicamente de las previsiones de la Directiva *Televisión sin fronteras*. A continuación examinaremos conjuntamente todo este complejo normativo, desde el punto de vista del Derecho español.

11.- UD 15, II.

En la medida que entendiéramos que la actividad publicitaria es una actividad informativa cubierta por la garantía del derecho fundamental a la libertad de información las prohibiciones y obligaciones que veremos a continuación deberían justificarse en la necesidad de preservar otras normas constitucionales, lo que en España no parece difícil a la vista de la necesaria veracidad de la información (art. 20.1 d) CE) y del reconocimiento constitucional del derecho a la salud (art. 43) y de los intereses de los consumidores (art. 51).

La Ley española, trasposición exacta de la Directiva citada, entiende por publicidad en televisión “cualquier forma de mensaje televisivo 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”, añadiéndose expresamente que se consideran publicidad “los mensajes dedicados a la autopromoción”, así como cualquier otro “emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”.

Por su parte, por televenta se entiende “la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público para la adquisición o el arrendamiento de toda clase de bienes y derechos o la contratación de servicios, a cambio de una remuneración”.

B.- FORMAS PROHIBIDAS DE PUBLICIDAD

Integrando lo dispuesto en la Directiva y en la normativa española general de publicidad nos encontramos con nueve supuestos de publicidad prohibida:

a) **La que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.** Dentro de esta amplísima fórmula se incluyen expresamente los intereses más sensibles, directa o indirectamente constitucionalizados, tales como la infancia, la juventud y la mujer, las convicciones religiosas o políticas, el derecho a la no discriminación, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente. Asimismo se prohíbe la publicidad que apele al miedo o a la superstición o que pueda fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas, así como la que incite a la crueldad o al maltrato de personas o animales o a la destrucción de bienes culturales o naturales.

b) **La publicidad engañosa,** considerando por tal aquella “que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”, así como “la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

c) **La publicidad desleal,** que a su vez puede ser de tres tipos: 1º) “La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades”; 2º) “La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros distintivos de los

12.- A efectos de la Directiva la televisión es definida como “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 facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares” (art. 3 de la Ley 25/1994).

competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”; 3º) “La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

d) **La publicidad subliminal**, es decir, “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”.

e) **La publicidad encubierta**, esto es, la que suponga “la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza”, presumiéndose tal intención en caso de remuneración y excluyéndose del concepto las presentaciones en acontecimientos abiertos al público cuando la participación del operador de televisión titular de los derechos de emisión “se limite a la mera retransmisión del evento, [sin] desviación interesada para realzar el carácter publicitario”.

f) **La publicidad, directa o indirecta, de cigarrillos y demás productos del tabaco**. Por publicidad indirecta se entiende la 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”.

g) **La publicidad, directa o indirecta, de medicamentos y de tratamientos médicos** que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional, así como la televenta de productos sanitarios.

h) **La publicidad de contenido esencial o primordialmente político**, o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza. Más adelante, al aludir a los contenidos en período electoral, volveremos sobre esta cuestión y sobre las excepciones a esta prohibición.

i) **La publicidad, directa o indirecta, de bebidas con graduación alcohólica superior a 20º**. Si la bebida es inferior a dicha graduación, su publicidad resultará también prohibida si se dirige específicamente a los menores o presenta a éstos consumiendo estas bebidas, si asocia el consumo de alcohol con la mejora del rendimiento físico o con la conducción de vehículos o da la impresión de que el consumo contribuye al éxito social o sexual o sugiere que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos y si estimula el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrece una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, o subraya como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

C.- OBLIGACIONES DE IDENTIFICACIÓN Y COLOCACIÓN DE LA PUBLICIDAD

Como norma general, los espacios publicitarios se emitirán entre los programas, agrupadamente y de forma fácilmente identificable, diferenciada del resto de la programación con medios ópticos o acústicos. No obstante, la publicidad podrá también insertarse dentro de los programas siempre que no perjudique su unidad ni desmerezca su valor o calidad y su emisión se realice teniendo en cuenta las propias interrupciones naturales del programa, su duración y naturaleza, sin perjuicio para los derechos de los titulares de los programas donde la publicidad se inserta.

Por otra parte, dentro de los programas las interrupciones publicitarias deberán estar separadas por un lapso de tiempo de veinte minutos como mínimo, si bien se permite, por una sola vez dentro de cada programa, que dicho lapso pueda ser inferior a veinte minutos y superior a quince, siempre que se haga “para respetar las pausas naturales” del programa, o que pueda ser inferior a veinte minutos si sólo hay dos interrupciones publicitarias dentro del programa. También se permite que el lapso pueda ser inferior a veinte minutos si transcurre entre la emisión de la publicidad o televenta anterior o posterior a un programa y las primeras o últimas interrupciones para insertar publicidad o televenta dentro de aquél.

Por lo que a las condiciones técnicas de emisión de publicidad se refiere, la legislación prohíbe la modificación de los parámetros habituales, especialmente para que los espacios publicitarios no “produzcan en el telespectador un efecto de incremento sonoro notoriamente perceptible, respecto de la emisión inmediatamente anterior”.

Por último, existen reglas especiales sobre la colocación de publicidad en determinados programas, tales como los “compuestos de partes autónomas o que cuenten con intervalos de tiempo entre cada una de las partes”, las emisiones deportivas, los largometrajes cinematográficos o televisivos que no formen parte de una serie o los programas informativos, documentales, religiosos e infantiles.

D.- TIEMPO MÁXIMO DE EMISIÓN DE PUBLICIDAD Y TELEVENTA

En cada canal se permiten hasta tres horas diarias de emisión de programas de televenta. Estos programas, que no podrán ser más de ocho diarios, deberán tener un mínimo de quince minutos de duración ininterrumpida.

Por lo que a la publicidad en general (de cuyo concepto se excluyen ahora los anuncios “de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, y la autopromoción) y a los espacios (no programas) de televenta se refiere, la legislación establece los siguientes tiempos máximos: cada día, el 20% de la emisión y cada hora 17 minutos.

Aunque no se indica expresamente, parece razonable entender que los porcentajes y los minutos señalados toman en consideración cada canal por separado, no el conjunto de la oferta distribuida por un único operador. Otra interpretación pondría claramente en riesgo la finalidad perseguida por la norma: de admitirse el cómputo total el operador podría concentrar la publicidad en los canales de mayor difusión, con lo que los intereses de los usuarios quedarían burlados.

E.- OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS PROGRAMAS PATROCINADOS

Los programas patrocinados son aquellos en los que una persona (cuya actividad principal no sea la fabricación de productos o la venta de servicios cuya publicidad esté prohibida en televisión), llamada patrocinador, contribuye a la financiación de programas de televisión realizados por otra persona, con la finalidad de promover el nombre, la marca, la imagen, las actividades o las realizaciones del patrocinador.

Estos programas (que no pueden ser “diarios sobre noticias” ni programas de “actualidad política”, aunque sí las partes de los mismos dedicadas a la información deportiva y meteorológica) deberán cumplir tres requisitos:

- a) Su contenido no podrá ser influido por el patrocinador, lo que atentaría contra la “independencia editorial” del patrocinador.
- b) Los programas deberán estar claramente identificados como patrocinados mediante el nombre u otros signos del patrocinador, al principio, al final del programa, durante sus interrupciones publicitarias o incluso durante el transcurso del programa, en este último caso siempre que se haga de manera esporádica y sin perturbar su desarrollo.
- c) Los programas y sus identificadores no deberán contener mensajes que inciten a la compra o a la contratación de los productos o servicios del patrocinador o de un tercero mediante referencias concretas de promoción a dichos productos o servicios aunque obviamente dicha incitación resulta posible en los espacios de publicidad que en su caso se inserten en los programas patrocinados.

IV. PROTECCIÓN DE MENORES

El más moderno Derecho de menores presta especial atención a las posibilidades y peligros de los medios audiovisuales para el desarrollo personal de aquellos, si bien centrándose antes en la función promocional del Estado que en la prohibición de determinados contenidos. Así, ya la **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989** dispuso que “Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental”. En parecidos términos se expresa en España la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que establece mandatos algo más concretos de actuación a las Administraciones públicas (desprovistos de sanciones efectivas en caso de incumplimiento) para incentivar “la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores”, velar “porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista” y “garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos no les perjudique moral o físicamente”.

Este último punto de vista, el de la prohibición de determinados contenidos, es el adoptado por la Directiva **Televisión sin fronteras**, desarrollada también en este punto por la legislación española. La normativa distingue normalmente entre programas prohibidos en todo caso (contenidos ilícitos) y programas que sólo se prohíben a horas en las que podrían ser vistos por menores (contenidos nocivos). En esta ocasión la constitucionalidad de estas prohibiciones (nuevas formas de intervención sobre la libertad de programación) resulta fácil de justificar desde el común reconocimiento de “la protección de la juventud y de la infancia” (art. 20.4 CE) como límite directo a la libertad de expresión.

Según el Derecho español “Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni 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”.

En cuanto a los contenidos nocivos se señala que “La emisión de programas susceptibles de perjudicar [levemente, se entiende] el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá rea-

lizarse entre las 22 y las 6 horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos”, añadiéndose que “Cuando tales programas se emitan sin codificar deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración”.

Por último, como garantía adicional, relativa tanto a los contenidos ilícitos como nocivos, se establece que “Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudar la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los telespectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad”.

En la práctica, toda esta normativa se dirige sobre todo contra los programas de carácter pornográfico o similares. En la televisión convencional (por ondas y en abierto) apenas se plantean problemas, pues en casi todos los países una norma no escrita (o, en su caso, fruto de la autorregulación) impide su difusión. De no existir esta norma no escrita seguramente la legislación antes descrita resultaría insuficiente, pues es evidente que cualquier menor podría acceder sin dificultad a estos programas a partir de las diez de la noche, y poco podría hacer para impedirlo una mera advertencia óptica o acústica.

Los programas pornográficos se emiten, sin embargo, ordinariamente, en las televisiones de pago. En este caso el legislador español ha considerado necesario introducir una garantía complementaria a las previstas en la Directiva, si bien articulada jurídicamente tan sólo en relación con la televisión por cable. Según la legislación aplicable, estos programas deberán ofrecerse a los abonados “de forma independiente” y “sin formar parte del paquete básico de contratación”. La primera obligación ha sido interpretada (así, p. ej., en la normativa aprobada en Cataluña) en el sentido siguiente: los operadores deben ofrecer estos programas de forma especialmente codificada o sometida a tecnologías de filtrado, de forma tal que pueda fácilmente impedirse el acceso a ellos de los menores.

Debido a una defectuosa técnica legislativa, en la regulación sobre televisión por satélite y sobre televisión digital no se prevén obligaciones similares. Una vez más, el problema se solventa desde la buena voluntad de los operadores, que normalmente ofrecerán este tipo de programación según la fórmula adoptada por la legislación catalana.

V. PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL: LAS CUOTAS EUROPEAS

Partiendo de la constatación de la influencia social y política de los medios audiovisuales, que llega incluso a incidir sobre la conformación cultural de cada nación, las instituciones europeas (Consejo de Europa y Unión Europea, fundamentalmente) proponen, bajo la evidente influencia de la política cultural francesa, el establecimiento de normas especiales (la llamada excepción cultural) destinadas a limitar la apertura del comercio internacional en el sector audiovisual, con el fin de proteger la industria nacional frente al claro predominio mundial de la norteamericana. Esta política se traduce, en primer lugar, en ayudas directas a la producción audiovisual y, en segundo lugar, en normas específicas sobre la programación en televisión. A este capítulo interesa sobre todo este segundo tipo de medidas.

En esta ocasión la intervención estatal en la libertad de programación (entendida aquí como libertad de empresa) puede resultar de discutible justificación. Ahora bien, entendemos que, al menos en el ordenamiento español, los artículos 3.3 (protección de las lenguas de España), 20.1 b) (derecho a la producción artística, aquí en su vertiente objetiva), 46 (promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España), 93 (integración europea) y 130.1 (desarrollo

de todos los sectores económicos) de la Constitución ofrecen apoyo suficiente a estas restricciones a la libertad de decisión y a las posibilidades de obtención de beneficios de las empresas audiovisuales.

Según la legislación española, transposición una vez más de la Directiva **Televisión sin fronteras**, los operadores deberán reservar el 51% de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas. Para este cómputo no se tendrá en cuenta el tiempo de emisión dedicado a “informaciones, transmisiones deportivas, concursos o juegos, publicidad, teletexto y servicios de teletexto”.

Las obras europeas son aquellas originarias de Estados de la Unión Europea o de Estados que sean parte del Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza y las obras originarias de otros Estados europeos con los que la Unión haya celebrado acuerdos relativos al sector audiovisual. Las obras europeas deberán cumplir, además, uno de los tres requisitos siguientes: estar realizadas por uno o más productores establecidos en alguno de los Estados citados; tener una producción supervisada y controlada por uno o varios productores establecidos en alguno de los Estados europeos; o bien financiar su coste total de producción mediante la contribución mayoritaria de productores establecidos en dichos Estados, en supuestos de coproducción, siempre que ésta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de los mismos. Ahora bien, podrá exceptuarse el cumplimiento de estos requisitos a las obras producidas en el marco de tratados bilaterales, siempre que los coproductores comunitarios controlen de hecho la producción misma.

Dentro de la cuota europea la Directiva permite a los Estados incluir una cuota lingüística. En España, del 51% de difusión obligatoria de obras europeas, más del 25,5% deberá tener como expresión originaria cualquier lengua española y al menos el 10% provendrá de productores independientes, esto es, de empresas no controladas por las entidades de radiodifusión televisiva.

VI. RETRANSMISIONES DEPORTIVAS

La Resolución de 22 de mayo de 1996 del Parlamento Europeo, sobre retransmisión de acontecimientos deportivos, dispuso que los derechos retransmisión de determinados acontecimientos deportivos de interés general deberían concederse a las cadenas que transmiten sin codificar. A raíz de esta Resolución, en el proceso de reforma de la Directiva **Televisión sin Fronteras** el Parlamento Europeo aprobó una enmienda en esta dirección, que quedó finalmente plasmada en el nuevo artículo 3 bis, que prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan listas de acontecimientos que consideren de “gran importancia para la sociedad” y que, por tanto, deberán ser transmitidos en abierto. Estas listas deben adoptarse a su debido tiempo, ser claras y transparentes y notificarse previamente a la Comisión para que ésta pueda verificar su compatibilidad con el Derecho comunitario.

Por otra parte, el citado artículo 3 bis establece un peculiar reconocimiento mutuo de las listas que cada Estado miembro podrá establecer. Según esta disposición, los Estados miembros deberán impedir que las entidades de teledifusión sometidas a su jurisdicción ejerzan los derechos exclusivos que hayan podido adquirir respecto de determinados acontecimientos deportivos, si estos acontecimientos se consideran de gran importancia en otro Estado miembro. En estos casos los Estados miembros están obligados a garantizar que el público de aquel Estado miembro en el que esté listado el respectivo acontecimiento pueda acceder a las imágenes en televisión de libre acceso, con independencia de que el acontecimiento en cuestión sea o no considerado de gran importancia en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción se encuentre el organismo de difusión.

La Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, traspone al derecho español las previsiones referidas en un sentido más restrictivo para los operadores, afectando de forma significativa las posibilidades de explotar derechos de retransmisión sobre acontecimientos deportivos mediante sistemas de acceso condicional. El objetivo principal de la Ley es establecer límites a la retransmisión de acontecimientos deportivos en codificado, lo que se plasma en la calificación de determinados acontecimientos deportivos como de “interés general”, que deberán ser retransmitidos en abierto.

En primer lugar, para salvaguardar el derecho a la información deportiva la Ley española establece un derecho de libre acceso a los estadios de los medios de comunicación, a efectos de poder confeccionar gratuitamente extractos formativos para telediarios de una duración máxima de tres minutos, derecho que no podrá ser limitado en los contratos de cesión de derechos de retransmisión. Si una cadena de televisión quiere emitir resúmenes que excedan la duración máxima de tres minutos, en particular en el marco de programas deportivos, la Ley indica que los titulares de los correspondientes derechos tendrán derecho a una contraprestación económica, que se fijará en función de la duración, cobertura y franja horaria de la emisión, la importancia del acontecimiento deportivo, y del coste de adquisición de los derechos.

Otra novedad que introduce la Ley es el derecho de las televisiones que hayan adquirido los derechos sobre resúmenes a grabar sus propias imágenes. Para ello, la Ley impone al titular de derechos que facilite el acceso de los equipos profesionales necesarios para realizar los programas a cualquier operador o programador interesado.

La Ley 21/1997 va bastante más lejos que la Directiva al regular el acceso de los espectadores a acontecimientos deportivos de “interés general”. En principio, la Ley es aplicable a cualquier acontecimiento o competición oficial, de carácter profesional y ámbito estatal, a los encuentros de las selecciones nacionales y, en general, a cualquier acontecimiento deportivo que tenga especial relevancia y trascendencia social. Para asegurar el acceso de los consumidores a dichos acontecimientos, la Ley establece dos mecanismos:

a) La elaboración de un catálogo de acontecimientos deportivos periódicos pero no frecuentes, que por su relevancia y trascendencia social deberán retransmitirse en emisión abierta en directo y para todo el territorio nacional¹³. Todos estos acontecimientos no podrán, por tanto, retransmitirse en codificado mediante sistemas de acceso condicional.

b) En relación con las competiciones de Liga y Copa, se establece directamente (es decir, sin la mediación de una lista de acontecimientos) que un encuentro de cada jornada será de interés general, por lo que deberá emitirse en abierto, directo y para todo el territorio del Estado. El mecanismo para asegurar este objetivo consiste en conceder a los operadores que emitan en abierto y estén interesados en la retransmisión de un encuentro un derecho preferente de elección frente a los operadores que emitan en codificado.

El polémico artículo 6 de la Ley 21/1997 regula la explotación de derechos de retransmisión en la modalidad de pago por visión. Tras definir el “pago por consumo” como “el abono de las prestaciones económicas fijas y variables establecidas por la recepción individualizada de determinados programas o retransmisiones”, la Ley somete la realización de emisiones en esta modalidad a una obligación de negociación, en los términos siguientes: “Para poder realizar esta retransmisión, los operadores negociarán con los titulares de los derechos, respetando los principios de publicidad

13.- El primero de estos catálogos incluyó, entre otros acontecimientos, determinados partidos de la Copa del Rey, de la Liga de Campeones, de la Recopa y la Copa UEFA; todos los partidos oficiales de la selección nacional; el Tour de Francia; así como algunas competiciones de baloncesto, atletismo y tenis.

y libre concurrencia, las condiciones de la oferta y el abono de una contraprestación económica, que se fijarán teniendo en cuenta los siguientes criterios”: la estabilidad económica de los clubes, la viabilidad de la competición, el interés de los usuarios, las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión, y la importancia del respectivo acontecimiento. Esta disposición debe interpretarse junto a la referencia legal a las “modificaciones contractuales” que pudieran derivarse de la aplicación de este sistema a derechos adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley, que parece prever que se alcancen “acuerdos” entre operadores y titulares. A la luz de esta disposición, puede hablarse de una obligación de los titulares efectivos (es decir, no necesariamente los originarios que pueden ser clubes u organizadores de las respectivas competiciones) de los derechos de retransmisión en la modalidad de pago por visión a negociar con cualquier operador que emita en esta modalidad para “alcanzar acuerdos” a efectos de cederle estos derechos.

VII. DERECHOS DE ACCESO

A.- PLANTEAMIENTO

Aunque es previsible que la situación cambie en un futuro próximo, los medios audiovisuales clásicos, radio y televisión, siguen estando dominados por un reducido número de cadenas generalistas que acaparan la mayor parte de la audiencia. Esta situación resulta perjudicial tanto para el pluralismo audiovisual como para la libre competencia en el sector, al dificultar la entrada de nuevos operadores¹⁴. Para la consecución de estos objetivos el Derecho positivo introduce, de forma parcial y fragmentaria (y muchas veces con una característica ineficacia), la obligación de los operadores de emitir una serie variopinta de programas o contenidos externos, que escapan a su llamada “libertad editorial” y, desde luego, implican un nuevo límite a la libertad de programación.

Alguno de estos derechos de acceso se estudiarán en otras unidades didácticas o en otros apartados de esta misma. Así, también pueden ser considerados formas de acceso el deber de respetar el pluralismo¹⁵ o las normas especiales aplicables durante el período electoral¹⁶. En este apartado aludiremos a las cuatro formas de acceso más típicas: el acceso ordinario de los grupos sociales y políticos, el acceso gubernamental, el derecho de rectificación y determinadas formas de acceso peculiares de la televisión por cable.

B.- EL ACCESO DE LOS GRUPOS SOCIALES Y POLÍTICOS

La Constitución española, en este punto original en el panorama del Derecho comparado, reconoce el “acceso [a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público] de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España” (art. 20.3). Aunque la cuestión es discutible, el precepto parece aplicable a los medios estrictamente públicos y no a los concesionarios de un servicio público, si bien en estos casos también el medio depende nominalmente del Estado.

A partir de aquí, la ambigüedad del precepto resulta manifiesta, y ello ya desde la misma naturaleza de la figura, pues ni siquiera sabemos si estamos en presencia de un derecho subjetivo prescricional de determinados grupos o de una mera norma de mandato a los poderes públicos, que

14.- Sobre el pluralismo y la competencia en el sector audiovisual, vid. UD 16.

15.- Vid. el apartado IX de esta UD.

16 Vid. el apartado VIII de esta UD.

obligaría a éstos a dar entrada, por ejemplo, mediante un tratamiento informativo plural, a dichos grupos, pero sin que éstos pudieran exigir judicialmente las prestaciones correspondientes.

La normativa de desarrollo del artículo 20.3 CE se contiene básicamente en el ERTV de 1980, según el cual “la disposición de espacios en RNE y TVE se concretará de modo que accedan a estos medios de comunicación los grupos sociales y políticos más significativos”, añadiéndose, en lo que parece una concreción de lo anterior, que corresponde al Consejo de Administración de RTVE “determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos sociales y políticos significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución”. Con esta redacción el acceso parece interpretarse como un **derecho subjetivo de antena** (algo que existe en la mayor parte de los países europeos a favor de partidos políticos, sindicatos y confesiones religiosas) antes que como un mandato de actuación administrativa. Sea como fuere, lo cierto es que el Consejo de Administración de RTVE no ha dado, por el momento, cumplimiento a las obligaciones citadas, por lo que en la práctica este derecho no está siendo ejercitado. Nada se prevé legalmente para este incumplimiento, resultando aplicable el régimen común de la inactividad de la Administración. Los “grupos sociales y políticos significativos” no parecen interesados (tal vez debido a la experiencia de la escasa audiencia de estos programas en otros países) en exigir al Consejo el cumplimiento de la ley, pues no tenemos constancia de que se haya planteado ningún recurso sobre el particular.

C.- EL ACCESO GUBERNAMENTAL

La legislación española, siguiendo aquí la tónica dominante en el Derecho comparado, impone a RTVE, a los canales públicos regionales de televisión y a las televisiones privadas por ondas de cobertura nacional el deber de permitir el acceso del Gobierno para difundir, en cualquier momento, “cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público [aquel] estime necesarias, con indicación de su origen”. Esta obligación, que teóricamente podría plantear problemas de constitucionalidad dada la amplitud de la formulación legal, queda en la práctica limitada a supuestos excepcionales. De hecho, lo normal será que el Gobierno, en tales supuestos, utilice otras vías de comunicación, y especialmente los medios públicos, sobre los cuales ostenta materialmente el control.

D.- EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

El derecho de réplica o rectificación es un derecho de difícil clasificación. No resulta claro si ostenta o no la categoría de derecho fundamental (no está reconocido expresamente en las Constituciones) y, en caso afirmativo, tampoco resulta fácil decidir si debe concebirse como una peculiar modalidad de ejercicio de la libertad de expresión, como una técnica de garantía del derecho al honor o como ambas a la vez.

El Derecho español regula este derecho en la Ley Orgánica 2/1984, según la cual “Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”. Se reconoce así una peculiar forma de acceso al medio, limitada a los casos excepcionales de atentado contra los derechos de la personalidad (en el sentido amplio del término) de una persona identificable. El acceso de grupos interesados o indirectamente aludidos por la información o la tutela frente a afirmaciones falsas que no perjudiquen a nadie de forma directa son supuestos que parecen encontrarse fuera del ámbito protegido por la Ley.

El procedimiento de ejercicio del derecho es muy sencillo, aunque seguramente excesivamente generoso para el medio de comunicación, en clara posición de ventaja frente al individuo perjudicado. En el plazo de siete días desde la emisión de la información el aludido puede dirigirse al medio solicitando la rectificación de la misma. El medio, de considerar ajustada a Derecho la petición, “deberá publicar o difundir íntegramente [y de forma gratuita] la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas”. En caso contrario queda en manos del interesado el ejercicio de una acción civil ante los tribunales ordinarios, tras la cual el juez decidirá mediante sentencia si cabe o no la rectificación pretendida. El fallo condenatorio no puede tener otro contenido que la imposición de la rectificación, debiendo el interesado acudir a otras vías si desea, por ejemplo, obtener una indemnización.

Algunas normas específicas sobre televisión hacen referencia en España a esta peculiar forma de acceso. En concreto, la vigente Ley 10/1988, de Televisión Privada, incluye entre las infracciones administrativas sancionables “la violación, declarada en resolución firme, de la normativa sobre [...] ejercicio del derecho de rectificación”. No nos consta ningún caso de imposición de sanciones por este motivo.

Por su parte, el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 1989, enmendado en este punto en 1998, otorga al derecho de rectificación gran importancia, obligando a interpretar extensivamente la normativa estatal aludida. Según leemos en el Convenio, “Cada Parte transmisora se asegurará de que toda persona física o jurídica, sea cual fuere su nacionalidad o su lugar de residencia, pueda ejercer un derecho de réplica o tener acceso a otro recurso jurídico o administrativo equiparable [...]. En particular, velará por que el plazo y las demás preventivas para ejercer el derecho de réplica sean suficientes para permitir el ejercicio efectivo de dicho derecho. El ejercicio efectivo de este derecho o de otros recursos jurídicos o administrativos equiparables deberá estar asegurado tanto desde el punto de vista de los plazos como por lo que se refiere a las modalidades de aplicación”.

E.- FORMAS ESPECIALES DE ACCESO EN LA TELEVISIÓN POR CABLE

La vigente legislación española sobre televisión por cable¹⁷ mantiene dos peculiares formas de acceso a esta modalidad televisiva:

a) **Los canales de distribución obligatoria.** En el Derecho español los operadores de cable tienen la obligación de distribuir a todos los abonados la mayor parte de los canales de televisión emitidos en abierto. Esta exigencia de distribución, habitualmente utilizada en la legislación comparada y conocida como el principio *must carry*, se justifica en la necesidad de ofrecer un servicio más completo a los abonados (haciendo innecesaria para ellos la instalación de antenas receptoras de ondas hertzianas) y, sobre todo, de mantener el equilibrio en el sector audiovisual para que la aparición de los nuevos servicios distribuidos por cable no perjudique en el futuro la situación actual de las televisiones por ondas. La afectación a la libertad de programación de los operadores se encuentra así justificada en la Constitución española en las “exigencias de la economía general” (art. 38) y en la garantía del derecho del público a ser informado (art. 20.1 d) por otras emisoras de televisión.

b) **El porcentaje asignado a los programadores independientes.** En España los operadores de televisión por cable deberán asignar, desde el inicio mismo de sus actividades, un mínimo del 40% del total de la oferta audiovisual distribuida por su red a programadores independientes, los

17.- Es importante recordar que la situación actual es el mantenimiento del servicio público en el sector y la limitación a un único operador en cada una de las demarcaciones territoriales que se constituyeron: UD 16

cuales no podrán ser tratados de modo discriminatorio. Esta nueva intervención estatal sobre la libertad del operador de decidir las personas con las que ha de contratar podría justificarse (aunque ciertamente la aplicación práctica de toda esta normativa no parece servir a este objetivo) en la necesidad de salvaguardar principios y derechos constitucionales, tales como, una vez más, el pluralismo y el derecho del público a recibir información.

Los programadores independientes son definidos como “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 último, habría que llamar la atención sobre una nueva incoherencia del legislador español: parece lógico que las dos formas de acceso previstas para la televisión por cable se extendieran también a la televisión por satélite y a la televisión digital terrenal, donde no existen previsiones al respecto. Pensamos que los objetivos perseguidos por la norma son igualmente necesarios en estas otras modalidades televisivas. No es aceptable el argumento de la posibilidad de entrada de nuevos operadores (recordemos que en el cable sólo se admite uno por demarcación), pues en el satélite y en la televisión digital terrenal las barreras económicas de acceso son muy elevadas.

VIII. LOS CONTENIDOS EN PERÍODO ELECTORAL

Durante el período electoral (que comienza con la convocatoria de las elecciones), y especialmente durante la campaña (en España, los quince días anteriores al de la votación), la necesidad de preservar el pluralismo y la veracidad de la información se hacen especialmente acuciantes. El ordenamiento, consciente de la insuficiencia de las normas generales sobre la materia, suele establecer un régimen jurídico especial sobre los contenidos emitidos durante este período. La justificación constitucional de estas intervenciones a la libertad de programación resulta clara.

A.- LA PUBLICIDAD ELECTORAL

El ordenamiento español sigue el criterio de la admisión general de la publicidad electoral en la radio privada y de la prohibición de la misma en todas las modalidades de televisión. Esta radical diferenciación de regímenes jurídicos se basa en la mayor capacidad de influencia sobre el electorado del medio televisivo. Nada se dice sobre Internet y los nuevos servicios audiovisuales. Veamos más en concreto las distintas previsiones legales:

a) Según la normativa electoral, “Las candidaturas tendrán derecho a realizar publicidad [...] en las emisoras de radio de titularidad privada”, si bien con un límite de gastos: el 20% del total permitido en cada caso¹⁸. Para evitar que las emisoras más fuertes impidan el acceso a determinados partidos (algo que en principio estaría permitido por la libertad de contratación y que resultaría posible en otras formas de publicidad) se establece que “Las tarifas para esta publicidad electoral no serán superiores a las vigentes para la publicidad comercial y no podrá producirse discriminación alguna entre las candidaturas en cuanto a la inclusión, tarifas y ubicación de esos espacios de publicidad, en los que deberá constar expresamente su condición”.

b) Como decíamos, la publicidad electoral en televisión está prohibida. La legislación electoral la prohíbe en “los medios de comunicación de titularidad pública” y leyes especiales en los demás

18.- Debe destacarse que en España, como en otros países europeos, existe un límite legal a los gastos realizados por los partidos en período electoral.

medios “objeto de concesión”. Por defectuosa técnica, el legislador olvidó establecer previsiones similares para la televisión por satélite, por lo que jurídicamente la publicidad electoral en esta modalidad de televisión podría entenderse, *sensu contrario*, permitida. En la práctica las dos “plataformas” españolas han procedido en la práctica como si la prohibición estuviera vigente también para ellas.

c) Por último, la legislación electoral española contiene una prohibición, siempre discutida y muchas veces vulnerada de forma indirecta, de prohibición de todo tipo de publicidad (esta vez, en el amplio sentido del término) el día antes de las elecciones, la denominada jornada de reflexión.

B.- LOS ESPACIOS GRATUITOS

En compensación por la prohibición de publicidad en televisión y en salvaguarda, una vez más, del pluralismo y del derecho del público a recibir información, así como del principio de igualdad de oportunidades entre los partidos en la contienda electoral, absolutamente esencial en el Derecho electoral contemporáneo, se establece la obligación de los medios públicos, radio y televisión, de emitir espacios electorales de forma gratuita. La gratuidad es, sin embargo, limitada, pues no alcanza a cubrir los gastos ocasionados por la preparación del correspondiente espacio, que deberán sufragarse desde el presupuesto ordinario de cada partido.

La legislación electoral regula detalladamente el sistema de reparto, en tiempo y en momento de emisión, de los espacios electorales entre los diferentes partidos políticos. El criterio de reparto es respetuoso con el *statu quo*, desde una visión rigurosamente formal del principio de igualdad, pues se basa en el “número total de votos que obtuvo cada partido [...] en las anteriores elecciones equivalentes”. Este sistema, aceptable en términos constitucionales, tiene el grave inconveniente político, sin duda conocido por el legislador, de dificultar el acceso a la arena política de nuevos partidos y de impedir el avance de los minoritarios.

C.- LA INFORMACIÓN EN CAMPAÑA ELECTORAL

Las normas anteriores, pese a su precisión, parecen todavía insuficientes para impedir la natural tendencia de los medios audiovisuales (no se olvide, empresas de tendencia, en el sentido amplio del término) a influir sobre el electorado. De ahí que se complementen con reglas sobre la información emitida sobre la campaña, normalmente en los espacios de noticias.

Así, la legislación electoral reitera, con diferencias de matiz (“neutralidad” en vez de “imparcialidad”), lo previsto en los “principios inspiradores de la programación” que veremos en el apartado siguiente, señalando que “El respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes”. Leyes posteriores, aplicables también exclusivamente al período electoral, utilizan fórmulas similares (“respeto al pluralismo y a los valores de igualdad”), aunque eludiendo significativamente el término “neutralidad informativa”. Estas leyes se aplican a las televisiones “objeto de concesión”, con lo cual una vez más la televisión por satélite quedaría fuera de este régimen jurídico.

Dada la intrínseca ambigüedad de estas fórmulas (“pluralismo”, “neutralidad” y “valores de igualdad” son evidentemente conceptos difíciles de definir en la práctica) resulta importante atender a las sanciones previstas en caso de incumplimiento de estas obligaciones de programación. Pues bien, la única sanción que el ordenamiento español prevé es la señalada genéricamente en la pro-

pia normativa electoral, según la cual la Junta Electoral competente (órgano independiente, de composición mayoritariamente judicial y cuya función principal es velar por la transparencia del proceso electoral) puede imponer una multa cuya cuantía máxima es 1204 euros si el infractor fue funcionario y 602 euros si se trató de un particular. Existe además un procedimiento de reclamación ante la Administración electoral, fruto de la potestad reglamentaria de ésta, pero dicho procedimiento no tiene naturaleza sancionadora, limitándose la Administración, en su caso, a la adopción de “las medidas necesarias para el restablecimiento de la efectividad de los principios [de respeto al pluralismo y de neutralidad informativa] vulnerados”.

IX. LOS LLAMADOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA PROGRAMACIÓN

En España, la primera norma relevante de Derecho audiovisual dictada tras la aprobación de la Constitución de 1978, el ERTV de 1980, característico de la época del monopolio (que se mantuvo hasta 1988), introdujo una curiosa categoría, los llamados principios inspiradores de la programación, enunciados literalmente como sigue:

- a) La objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones.
- b) La separación entre informaciones y opiniones, la identificación de quienes sustentan estas últimas y su libre expresión, con los límites del apartado 4 del artículo 20 de la Constitución.
- c) El respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico.
- d) El respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución.
- e) La protección de la juventud y de la infancia.
- f) El respeto de los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la Constitución”.

Sin embargo, nada se preveía en el ERTV para el caso de incumplimiento de tales principios, los cuales así se demostraban, efectivamente, “inspiradores”, no fundamento de auténticas obligaciones, jurídicamente exigibles. Como es obvio, con la salvedad de aquellos concretados en la legislación general (p. ej., el derecho al honor), referidos en la UD correspondiente¹⁹.

Con la ruptura del monopolio, la legislación audiovisual que, a modo de aluvión, fue dictándose, incluyó, miméticamente y sin variación alguna, entre las obligaciones de los operadores del resto de las modalidades televisivas (curiosamente, en este caso incluyendo a la televisión por satélite pero no a la televisión por cable, en una nueva incoherencia del legislador) el cumplimiento de estos principios inspiradores, si bien esta vez acompañando su infracción de severas sanciones económicas, que incluso podían acarrear la misma suspensión de la concesión.

El panorama expuesto arroja un balance claramente contradictorio: los principios inspiradores no pueden exigirse a los medios públicos, dada la no previsión de sanciones concretas, pero sin embargo pueden exigirse a los medios privados, con contundencia excesiva, y poniendo así en grave riesgo su libertad de programación (sin duda, parece exagerado y desde luego ingenuo exigir que la programación de un medio privado que sea en todo caso objetiva e imparcial). Se entenderá entonces que hasta ahora en ningún caso se haya exigido la obligación de respeto a los principios inspiradores.

19.- UD 15.

X. NATURALEZA Y CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

En estrictos términos jurídicos, y con la salvedad de la televisión por satélite, toda la normativa sobre contenidos audiovisuales que hemos sintetizado en los apartados precedentes podría considerarse integrada dentro del régimen propio del servicio público. De hecho, los correspondientes contratos de gestión de cada uno de los servicios hacen referencia, bien de forma genérica, bien de forma pormenorizada, al deber del concesionario de cumplir con las obligaciones de programación contenidas en la legislación vigente.

En la práctica, sin embargo, el control de los contenidos audiovisuales no se lleva a cabo dentro de los esquemas característicos del servicio público formal sino como una manifestación más del poder administrativo de policía en la actividad económica²⁰. Es más, si como parece previsible, se produjera la despublificación del sector sustancial nada cambiaría en cuanto al control de la programación, pues persistiría el llamado aspecto material del servicio público, que seguiría dotando de garantía a los bienes protegidos.

En España, la técnica legislativa “de aluvión” ha dado lugar a un ordenamiento de los contenidos audiovisuales extremadamente complejo. Como hemos podido comprobar en nuestro rápido repaso, las obligaciones en este ámbito se encuentran dispersas en varios cuerpos normativos y no son infrecuentes las lagunas (zonas no cubiertas por determinadas obligaciones), seguramente no pretendidas por el legislador. A ello se suman no pocas contradicciones, entre las que destacamos la incoherencia de exigir con mayor contundencia el cumplimiento de fines conectados con la función pública de los medios (los llamados principios inspiradores de la programación) a los medios privados que a los públicos. Se impone entonces inexorablemente no sólo una refundición del disperso material normativo que aporte la necesaria seguridad jurídica para el desarrollo del sector y, sobre todo, para la garantía de los derechos de los usuarios, sino también una clarificación del alcance de determinadas obligaciones y de las sanciones correspondientes, que por su ambigüedad parecen más declaraciones políticas de intenciones que normas jurídicamente aplicables.

El problema del órgano controlador plantea dificultades añadidas, pues la normativa no siempre es clara al respecto, especialmente en lo que atañe a la distribución de funciones entre el poder central y los poderes territoriales: por ejemplo, es frecuente que la normativa estatal remita a la autonómica, y que ésta no haya sido dictada. En general, con alguna notable excepción (como el Consejo de lo Audiovisual de Cataluña), el grueso de las competencias de control reside en órganos políticos, dependientes directa o indirectamente del Gobierno central o autonómico. Hay que tener en cuenta que el poder de influencia de los medios audiovisuales puede hacer pasar, de cara a la opinión pública, como ataque político cualquier intento gubernamental por exigir el cumplimiento de las obligaciones de programación. Desde esta constatación y desde las evidentes “conexiones” entre los medios más poderosos y la “clase política” se entenderá la renuncia habitual del órgano de control a ejercer su función. En resumen, y sin que podamos entrar en detalles, puede afirmarse que, en gran medida como consecuencia de los defectos legales recién apuntados, buena parte de la normativa que hemos referido en los apartados anteriores (en especial, como es obvio, la dotada de mayor ambigüedad) es habitualmente incumplida, sin que el órgano de control haga nada por evitarlo.

20.- Escuela Nacional de la Judicatura

A nuestro entender, resulta necesaria la creación en España de una Administración independiente de lo audiovisual, habitual en todos los países europeos. Aunque el riesgo de politización está siempre presente, podría en gran parte evitarse con la creación de un órgano de designación parlamentaria, formado por expertos independientes y con un mandato inamovible de duración superior al de la legislatura.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD ALCALÁ, L.:** El servicio público de televisión ante el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 1999.
- AA.VV.,** El régimen jurídico del audiovisual, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- AA.VV.,** Democracia y medios de comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ARIÑO, G:** El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada Madrid, IEE, 1987
- BAÑO LEÓN, J.M.:** “La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia”, en S. Muñoz Machado (ed.) Derecho europeo del audiovisual, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J.,** La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión, Ariel, Barcelona, 1990.
- CARLÓN RUIZ, M.** Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías, La Ley, Madrid, 2000.
- CHINCHILLA MARÍN, C.** La radiotelevisión como servicio público esencial, Tecnos, Madrid, 1988.
- ESCOBAR ROCA, G.** “Libertad de expresión, pluralismo y derecho a la competencia en España”, en G. Escobar y E. Villanueva (coords.), Nuevas tendencias del Derecho de la comunicación, UNESCO, México, 2000.
- “La difícil consecución del pluralismo informativo”, La Ley, nº 5181, 2000.
 - El estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación, Tecnos, Madrid, 2002.
 - “La televisión por cable en España: estado de la cuestión”, La Ley, nº 5530, 2002.
- ESCOBAR ROCA, G. “¿Quién debe controlar la televisión?”, en J.F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena (coords.), Régimen de las telecomunicaciones, Tecnos, Madrid, 1998.
- “Los representantes en los medios de comunicación”, Debates constitucionales, nº 1, 1999 (<http://constitucion.rediris.es/revista/Dc/html>).
 - “La libertad de programación y sus límites”, en E. Arnaldo Alcubilla y S. Montejo Velilla (coords.), Telecomunicaciones por cable, La Ley, Madrid, 2000.
- DEBBASH, CH:** Droit de l’audiovisuel. Ed. Dalloz, 4ª ed., París, 1995.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.** El paisaje televisivo en España, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GARCÍA LLOVET, E.,** El régimen jurídico de la radiodifusión, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- GAY FUENTES, C:** La televisión ante el Derecho internacional y comunitario. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.** Régimen jurídico de la televisión privada, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- Televisión y competencia, La Ley, Madrid, 2000.

MONTERO, J.J. y BROKELMANN, H. Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) Derecho europeo del audiovisual, 2 vols., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- Servicio público y mercado. III: La televisión, Civitas, Madrid, 1998.

PÉREZ GÓMEZ, A. El control de las concentraciones de medios de comunicación, Dykinson, Madrid, 2002.

RALLO LOMBARTE, A. Pluralismo informativo y Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROSADO IGLESIAS, G. La televisión pública en España. Régimen jurídico y control, Cedecs, Barcelona, 1999

ROZADOS OLIVAS, J.M. La televisión local por ondas. Régimen jurídico, Comares, Granada, 2001.

SOUVIRON MORENILLA. Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión. Ed. Comares. Granada 1999.

