

Jhenny Rivas Alberti

El Principio del Pluralismo Informativo y Libertad Audiovisual en el Área Televisiva

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

Jhenny Rivas Alberti

El Principio del Pluralismo Informativo y Libertad Audiovisual en el Área Televisiva

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

Cómo citar:

Jhenny Rivas (2020). *El Principio del Pluralismo Informativo y Libertad Audiovisual en el Área Televisiva*. Edición electrónica. Instituto de Estudios Constitucionales.

ISBN: 978-956-401-725-9

Texto con modificaciones y actualizado. Basado en Rivas, Jhenny: "El Principio del Pluralismo Informativo y Libertad Audiovisual en el Área Televisiva". Tesis de Doctorado en Derecho en la Universidad de Zaragoza, España. Mención Sobresaliente Cum Laude. Año 2014

Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2013-2014. Mención Profesionales. Caracas, Venezuela

El presente trabajo ha sido sometido a un proceso de evaluación externa, según las normas y criterios internacionales de calidad para la publicación. La evaluación de los árbitros ha calificado al trabajo para publicación sin cambios.

Las publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales se encuentran sometidas a sistema de arbitraje y son evaluadas por 2 pares expertos externos. La evaluación externa es un proceso ciego. El nombre de los autores y de los evaluadores es de carácter reservado.

© **Jhenny Rivas**

Edición electrónica del Instituto de Estudios Constitucionales

<http://www.estudiosconstitucionales.com/>

Dedicado a

Salvador y Sabrina

*Gracias a mi querido
Alexander por su
ayuda, críticas y apoyo
incondicional*

CONTENIDO:

ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS	14
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. LA OPINIÓN PÚBLICA	18
1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA	19
1.1 El sistema social y los medios de comunicación	21
1.2 Otra aportación jurídica	22
1.3 La opinión pública	26
2 LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	29
2.1 La televisión como medio de comunicación de masas	29
2.2 La influencia de la televisión	31
2.3 Opinión pública y medios audiovisuales	32
2.4 La intervención pública sobre los medios	33
3 EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO INFORMATIVO	35
3.1 El pluralismo en los medios	35
3.2 Del modelo dominante al modelo plural	36
3.3 Mercado común y pluralismo en Europa	38
3.4 El pluralismo informativo en los estados miembros de la Unión	43
4 DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA	46
4.1 La libertad de expresión e información	46
4.2 Límites de la libertad informativa en la jurisprudencia del TEDH	47
4.3 La televisión en el derecho europeo	53
4.4 Pluralismo informativo en la jurisprudencia del TEDH	55
4.5 Derecho a emitir televisión	57
5 EL DERECHO COMUNITARIO	59
5.1 Derechos fundamentales en la Comunidad Europea	59
5.2 El TJCE y la garantía del pluralismo informativo	61
5.2.1 Restricciones de carácter discriminatorio	61
5.2.2 Restricciones de carácter no discriminatorio	63
5.2.3 Pluralismo como principio general del derecho comunitario	66
5.3 Actuación del Parlamento Europeo	68
5.4 Consejo de Europa	69
5.5 Papel de las autoridades nacionales de regulación	71
5.6 Las herramientas regulatorias y la evolución de los mercados	73
CAPÍTULO II. EL PLURALISMO INFORMATIVO EN ALEMANIA	81
1 PARTE GENERAL	82
1.1 Libertad de expresión	82
1.2 Opinión	88
1.3 Libertad de información	90

1.4	Información	90
1.5	Libertad de medios	92
2	PARTE ESPECIAL	94
2.1	Libertad de radiodifusión	94
2.1.1	La organización de la radiodifusión	94
2.1.2	Concepto de radiodifusión	95
2.2	Radiodifusión como factor y medio	102
2.3	Libertad de expresión y de radiodifusión	103
2.4	Distribución de competencias	104
2.5	La televisión pública en Alemania	108
2.6	Admisión del sistema dual	109
2.7	Acuerdo Estatal sobre Televisión (Rundfunkstaatsvertrag)	112
2.8	Sentencia “Directiva Televisión sin Fronteras”	112
2.9	Financiamiento de las empresas de radiodifusión	113
2.9.1	Tasa de radiotelevisión	114
2.10	Servicio esencial de televisión	115
2.10.1	Elementos del servicio esencial	117
2.11	Estado plural	118
2.11.1	Pluralismo interno	119
2.11.2	Normas de organización y procedimiento	123
2.11.3	Exigencias de organización	126
2.12	El modelo dual	128
2.12.1	Programación	128
2.12.2	Contenido de la programación	131
2.13	El Consejo de Radiodifusión	132
2.13.1	Status de sus miembros	133
2.13.2	Composición del Consejo de Radiodifusión	135
2.14	La figura del Intendente	136
2.15	Consejo de Administración	137
2.16	Pluralismo externo	137
2.17	Concentraciones en televisión	138
2.18	Consejo Asesor de Programación	140
2.19	Secreto profesional del periodista	142
3	CONCLUSIONES PARCIALES	144
3.1	El pluralismo en Alemania	144
3.2	Libertad de expresión y libertad de información	146
	CAPÍTULO III. EL PLURALISMO INFORMATIVO EN ESPAÑA	148
1	PARTE GENERAL	149
1.1	La libertad de expresión	149
1.2	Fundamento de la libertad de expresión	154
1.3	Libertad de información	158
1.4	Veracidad	160
1.5	Los derechos de los profesionales de la comunicación	169

1.5.1	El derecho a la cláusula de conciencia	170
1.5.2	Secreto profesional	174
1.6	La garantía institucional de la opinión pública	182
1.7	Rectificación	185
2	PARTE ESPECIAL	188
2.1	Televisión pública	188
2.2	Televisión en España	192
2.2.1	La televisión hasta la Constitución de 1978	192
2.2.2	Televisión como servicio público	209
2.3	Pluralismo	218
2.3.1	Derecho de acceso	226
2.3.2	Pluralismo externo	228
2.4	Televisión privada	233
2.4.1	Regulación Audiovisual. Concentraciones	240
2.4.2	Defensa de la competencia	250
2.4.3	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones	251
2.5	Garantía del pluralismo interno	253
2.5.1	Los contenidos	257
2.5.2	Los principios de la programación	258
2.5.3	Derecho a recibir información	270
2.5.4	Programación en radiotelevisión española y su control	271
2.5.5	Pluralismo y acceso	272
2.5.6	Obligaciones “must carry”	273
2.5.7	Derechos exclusivos	274
2.5.8	Acontecimientos de interés general	277
2.5.9	Estatuto de Radio Televisión Española	277
2.5.10	Consejo de Administración	278
2.5.11	Competencias	279
2.5.12	Consejos Asesores de las Sociedades Estatales	279
2.5.13	Director general del ente público	280
2.5.14	Delegados y Consejos Asesores territoriales	281
2.5.15	Gestión del servicio público	281
2.6	Régimen financiero	282
2.7	Campaña electoral y pluralismo en la radiodifusión	286
2.7.1	Pluralismo informativo. Partidos políticos	287
2.7.2	Comisión de Radio y Televisión	290
2.7.3	Uso de televisoras privadas	291
2.7.4	Medida de control de los consejeros políticos en RTVE	294
2.8	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales	294
2.9	Ley General de la Comunicación Audiovisual. Internet	310
2.9.1	Internet	310
2.9.2	Internet medio de comunicación audiovisual	312
2.10	Radios comunitarias en la Ley General de la Comunicación Audiovisual	319
3	CONCLUSIONES PARCIALES	323

3.1	Políticas de comunicación audiovisual	323
3.2	Desarrollo en el ámbito europeo	324
3.3	Financiamiento del servicio público	326
3.4	Ley General de la Comunicación Audiovisual	327
3.5	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales	329
3.6	Pluralismo interno y pluralismo externo	331
4	OTROS CASOS EUROPEOS	335
4.1	La intervención europea sobre el sistema comunicativo	335
4.2	Incidencia del Modelo Televisivo sobre la Configuración del Mensaje Informativo	337
4.2.1	Creación de la BBC	337
4.2.2	Tratamiento informativo del caso Kelly	339
4.2.3	Tratamiento informativo. Guerra de Irak en TVE	341
4.2.4	Desde el punto de vista cuantitativo	342
4.2.5	Desde el punto de vista cualitativo:	343
4.3	Conclusiones parciales	344
	CONCLUSIONES FINALES	347
	BIBLIOGRAFÍA	354

ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS

BGB	Código Civil de Alemania
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal de Alemania
BVerfGE	Decisiones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania
CCC	Corte Constitucional de Colombia
CCI	Corte Constitucional de Italia
CE	Constitución de España
CEMA	Consejo Español de Medios Audiovisuales
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
ERT	Estatuto de Radiotelevisión
GG	Ley Fundamental de Alemania
JEC	Junta Electoral Central
LOREG	Ley Orgánica de Régimen Electoral
RTVE	Radiotelevisión Española
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Código Penal de Alemania
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCE	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación juegan un papel definitivo en el progreso y desarrollo de la sociedad hacia nuevas formas de organización, ya que la difusión de la información tiene implicaciones en la educación, los modos de pensamiento, la cultura y los estilos de vida.¹ El desarrollo de los medios de comunicación de masas está asociado a las innovaciones técnicas que hicieron posible la ampliación de las potencialidades presentes en medios como la prensa. El impacto y proyección de la radio y la televisión en la sociedad los colocan en el sitio de honor dentro de los medios de comunicación social.

La televisión tiene una particular influencia en el ámbito social, cultural y político. La televisión tiene mayor capacidad de penetración que la prensa escrita, en cuanto llega a capas sociales mucho más amplias y diversas de los lectores de periódicos.

En España, alrededor del 90% de los hogares se informa a través de la televisión. En 2004 se alcanzó un consumo televisivo de 218 minutos diarios por persona. La situación en el resto de los países europeos no es muy diferente. Un adulto alemán dedica más de tres horas al día a ver televisión, con un consumo de 216 minutos diarios.

La televisión, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda este medio de comunicación. La opinión pública no es indiferente a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Si las personas se informan principalmente a través de la televisión, entonces es particularmente necesario garantizar que esa información sea producto del contraste y la pluralidad.

La difusión de información mediante la noticia, le otorga relevancia social al hecho noticioso. Los medios de comunicación se encargan de la selección y jerarquización de las noticias, que constituyen los espacios de circulación de relatos y opiniones con los cuales se alimenta la opinión pública.²

¹ RUIZ W, *Responsabilidad del Estado por los Medios de Comunicación*, pág.41

² GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 39

La presencia de los medios, sus productos y géneros coloca a la información en un espacio privilegiado de las dinámicas socioculturales. La información es factor determinante en la construcción de los valores para la democracia.³

El derecho a estar informado, y el derecho a participar en la toma pública de decisiones, pasan a través de los medios de información. La democracia representativa requiere para su ejercicio de los medios de comunicación de masas, que hacen las veces de mecanismo de intermediación entre el Estado, la sociedad y los ciudadanos en los distintos aspectos de la vida.⁴

Es ampliamente reconocida la función de la televisión en la formación de la opinión pública, afirmando la existencia de un interés general de la colectividad, indirectamente protegido por la Constitución, a la recepción de una información plural.⁵ El pluralismo informativo implica, en un régimen democrático, la existencia de una pluralidad de fuentes de información, libre acceso a las mismas, ausencia injustificada de obstáculos legales a la libre circulación de las noticias e ideas, programación y contenidos dirigidos a distintos sectores.⁶

La opinión pública necesita de tal forma los medios de comunicación para su expresión y conocimiento que, hoy día, es prácticamente imposible que exista sin ellos. El problema radica en saber si se trata de una mediación neutra, fiel, “*reflejo de la opinión pública*”, o si la mediación se convierte en mediatización, reflejo de los intereses de todas aquellas instancias que se ocultan detrás y que se convierten en “*creadores*” de la opinión pública. Los medios como tal no manipulan ni crean la opinión pública, sino aquellos actores que actúan a través de ellos: líderes, grupos de presión, élites políticas y poder en general.

Para que pueda formarse la opinión pública es necesario que existan al menos tres condiciones: (i) Que exista un régimen general de libertad de expresión, entendida esta en un sentido amplio, es decir, que incluya todas las libertades civiles y políticas vinculadas a la libre expresión de ideas y opiniones. Desde la libertad de pensamiento, hasta la libertad de prensa, pasando por el derecho al sufragio y el derecho de reunión y manifestación, (ii) que estas libertades se desarrollen en una sociedad abierta, en un marco

³ GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 38

⁴ VILLANUEVA E, *Ética de la Radio y la Televisión*, pág. 9

⁵ S CCI N°105 1972, S CCI N°225 1974

⁶ S CCI N°105 1972 FJ 4°

de publicidad, de espacio público político, que exista suficiente transparencia, no sólo de la acción del poder, sino también más ampliamente, de todo el proceso de formación de la opinión y de la voluntad política en el ámbito de la sociedad civil, (iii) que la opinión se cree sin perjuicios, que sea el resultado de la pública y libre deliberación de los ciudadanos.⁷

La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto.⁸ Ha señalado el Tribunal Constitucional español que el proceso de formación de la opinión pública, en tanto que actividad previa al ejercicio del derecho al sufragio, ha de considerarse⁹, como “*uno de los pilares de la sociedad libre*”.

El pluralismo informativo resulta una de las condiciones fundamentales para que esa opinión pública pueda formarse en forma idónea. Razones históricas permiten explicar las exigencias de pluralismo informativo en la radiotelevisión, el uso abusivo e indiscriminado de los medios de comunicación de masas para realizar propaganda política por parte de regímenes autoritarios y dictatoriales y sus consecuencias en la violación sistemática de derechos humanos, revelan la necesidad del pluralismo informativo.

Entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información hay una conexión funcional. Es la libertad de información el supuesto de hecho para la formación de la opinión libre, la libertad de radiodifusión y de prensa son supuesto de hecho para la información libre y con ello también para la formación de la opinión libre y al mismo tiempo para la libre difusión de opiniones lo cual lleva consigo también la decisión de la formación de la opinión libre y la libre formación de la opinión pública.¹⁰

⁷ RODRÍGUEZ J, *Opinión Pública. Conceptos y Modelos Históricos*, pág. 18

⁸ FISS O, *La Construcción de una Prensa Libre*, pág. 183

⁹ STC 159 1986

¹⁰ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 20

Capítulo I. LA OPINIÓN PÚBLICA

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La historia de las relaciones entre el Estado y los medios de comunicación evidencia un proceso de emancipación no siempre transparente.¹¹ Con frecuencia, el poder político ha abusado del potencial de los medios en beneficio propio, empleándolos bien para controlar la difusión de ideas que disintiesen del orden social establecido, bien para promocionar su ideología. Constatando este hecho, *Humphreys* considera que la consecución gradual de mayor libertad de expresión por parte de los medios de comunicación de masas es el resultado de su desarrollo comercial, del impulso burgués y de su relevancia en el tejido de las sociedades post-industriales. Para *Siune*, el proceso de emancipación gradual de la radiodifusión televisiva en Europa, ha consistido en la evolución desde un modelo inicial basado en el monopolio de los operadores públicos, tutelados en mayor o menor medida por el Estado, hasta la coyuntura actual, caracterizada por la abundancia de la oferta posibilitada por la tecnología.¹²

La evolución de las formas de gobierno hacia sistemas democráticos durante el siglo XX, el desarrollo tecnológico y el proceso de internacionalización y globalización de los mercados y de los sectores productivos, incluidos los mediáticos, han modificado las formas y la intensidad de la intervención pública.¹³ En el caso del sistema comunicativo, el resultado ha sido que el Estado ha ido adoptando diferentes roles respecto a los medios: propietario, regulador, promotor, inversor, etc.¹⁴ A consecuencia de los cambios socio-políticos y económico-industriales que se han producido a partir de la década de 1970, se ha dado una tendencia marcada: el Estado se ha convertido en posibilitador de la acción de los agentes del mercado comunicativo y las políticas públicas han sido consideradas, por ciertas posiciones ideológicas, no sólo innecesarias sino incluso distorsionadoras del libre mercado y un lastre para la innovación.

En cuanto a las principales referencias históricas de los fundamentos filosóficos y políticos que han configurado los sistemas comunicativos en Europa, *Sibert*¹⁵ define

¹¹ GOLDING P, *New technologies and old problems*, pág. 8-10

¹² SIUNE K, *Is broadcasting policy becoming redundant?*, pág. 19

¹³ GOLDING P, *New technologies and old problems*, pág. 8-10

¹⁴ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 49

¹⁵ GOLDING P, *New technologies and old problems*, pág. 8-10

cuatro modelos del sistema comunicativo en función del modelo de Estado y del rol que la administración pública adopta frente a la sociedad. Entre las características de cada modelo, se incluye el tipo de intervención pública sobre los medios propios de cada sistema político. Así pueden diferenciarse:

(i) *El modelo autoritario*: Es propio de los estados europeos absolutistas. La prensa es el único medio masivo, al servicio del poder y bajo el control absoluto de la estructura y del mercado mediático (licencias, imprenta). Los contenidos se controlan mediante la censura.

(ii) *El modelo totalitario*: Es característico de los regímenes dictatoriales. Las estructuras mediáticas son parte y están al servicio del Estado; la innovación tecnológica y la distribución masiva se emplea con fines propagandísticos y para ejercer el control social. Los contenidos son censurados e instrumentalizados para difundir una ideología.

(iii) *El modelo burgués*: Es promovido por las élites liberales y burguesas europeas. El rol del Estado se limita a garantizar la seguridad y los derechos de los ciudadanos. El control de los medios es competencia del poder judicial. La actividad del sector comunicativo se considera comercial, por lo que se rige por la libre competencia, las principales funciones atribuidas a los medios son entretener, informar y controlar.

(iv) *El modelo de la responsabilidad social*: Surge tras la II guerra mundial. Bajo la influencia de la ideología social demócrata, las políticas públicas intentan conjugar los intereses del mercado y los de la sociedad; se priorizan las funciones educativas y cultural de los medios; se procura garantizar la representatividad social y la participación de las minorías, los medios ejercen como fuente principal de información de la ciudadanía, por lo que son un instrumento para la participación democrática.¹⁶

La aportación de *Siebert, Peterson y Schramm* aún resulta relevante para comprender la influencia del modelo de Estado sobre el sistema comunicativo y las políticas públicas destinadas a éste en determinados momentos históricos. Sin embargo, desde la década de los años 50 se han sucedido numerosos cambios tanto en el sistema político como en el comunicativo que, junto con los avances tecnológicos e industriales y la reestructuración de los mercados mediáticos, han supuesto la necesidad de reconsiderar los modelos propuestos. En Europa se ha mantenido un pulso constante entre el modelo liberal y el de responsabilidad social. En la mayoría de estados europeos, pese a que los argumentos

¹⁶ SIEBERT F, PETERSON T, SCHRAMM W, *Four Theories of the Press*, pág. 65-70

liberales fueron aceptados y llevados a la práctica progresivamente, en los ámbitos de la radiodifusión (radio y televisión) y de las telecomunicaciones se optó generalmente por no dejar su gestión al libre mercado. Los monopolios públicos fueron el rasgo distintivo de los sistemas comunicativos nacionales europeos durante casi tres décadas.

Según apunta *Humphreys*, la reacción ante dicho modelo se proyectó en dos tendencias divergentes.¹⁷ La primera de ellas fue la propuesta “*left libertarian*”.¹⁸ Ésta consideraba que, para convertirse en verdaderas herramientas de participación social, los medios debían liberarse tanto de la concentración de poder que se daba en el libre mercado como de las imposiciones del Estado, materializadas a través del monopolio público. Dicha propuesta ideológica tuvo cierta relevancia en la década de 1960 pero ante su inviabilidad manifiesta, sus partidarios acabaron integrándose en el modelo del monopolio público. Por otro lado, en las décadas de 1980 y 1990, en consonancia con los cambios en la economía internacional y en la ideología política, adquirió relevancia la tendencia “*right libertarian*”, precedente del neoliberalismo actual. Ésta sostenía la necesidad de superar los monopolios públicos y fomentar el no intervencionismo estatal como estrategia para hacer frente a los cambios tanto de los sistemas políticos como de los mercados comunicativos y favorecer el desarrollo tecnológico, industrial y económico.

1.1 El sistema social y los medios de comunicación

En el ámbito de los estudios de comunicación, diversas aportaciones teóricas han analizado las relaciones que se establecen entre el Estado y el sistema comunicativo con el objetivo de definir modelos que permitan una mejor comprensión tanto de las causas como de las consecuencias de tales vínculos. Entre otros elementos, dichos modelos observan el modo en el que las particularidades del sistema político y de la estructura institucional determinan tanto la justificación de las políticas públicas de los medios de comunicación, como los instrumentos de intervención a los que éstas recurren y los objetivos que persiguen.

Sostiene la doctrina que la complejidad de la sociedad requiere una diferenciación de los

¹⁷ HUMPHREYS P, LANG M, *Digital television between the economy and pluralism*, pág. 11

¹⁸ La expresión inglesa “*left libertarian*” equivaldría en español a anarquista o anticapitalista

roles sociales y de las instituciones que los ostentan.¹⁹ Tal idea también es central en la teoría evolucionista de *Parsons*, según la cual la sociedad progresa desde una unidad o núcleo que agrupa todas las funciones requeridas para su mantenimiento hacia una estructura integrada por diversos subsistemas especializados en una o varias funciones.²⁰ Desde la perspectiva funcionalista los medios de comunicación son los encargados de llevar a cabo esa labor integradora, mediante la cual seleccionan los temas de discusión común (*agenda setting*) y posibilitan el debate sobre éstos, creando la opinión pública. De esa manera, los medios reducen la complejidad del sistema social.²¹

Para poder llevar a cabo dicha función adecuadamente, el sistema mediático debe ser independiente del resto de subsistemas sociales, especialmente del político, para el cual los medios determinan una agenda de problemáticas que deben resolverse. Otro motivo es el hecho de que el sistema político tiene poder para condicionar las actividades y la estructura del mercado comunicativo. El desarrollo de esta relación de doble sentido y el grado de diferenciación alcanzado entre ambos subsistemas determinan, junto con otros elementos históricos, económicos y sociales, el modelo comunicativo de cada Estado.²²

1.2 Otra aportación jurídica

Una tercera aportación teórica que contribuye al análisis de, cómo el modelo de Estado y la ideología justifican y determinan el tipo de políticas públicas destinadas a los medios de comunicación es la realizada por *Krebbler*. De forma similar a los modelos anteriores, *Krebbler* identifica en primer lugar cuatro filosofías políticas y describe su posicionamiento frente a la intervención estatal:

- (i) *Autoritaria*: el Estado considera que la elección individual no es adecuada y que la sociedad necesita una protección paternalista.
- (ii) *Intervencionista*: se considera la regulación como una herramienta para la distribución justa de los recursos, la protección de los derechos de los ciudadanos y los

¹⁹ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 76

²⁰ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 77

²¹ SIUNE K, *Is broadcasting policy becoming redundant?*, pág. 18

²² HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 84

valores de la comunidad.

(iii) *Liberal*: justifica la regulación como una medida de corrección de las posibles deficiencias del mercado.

(iv) *Laissez-faire*: presupone que el mercado es el medio adecuado para que los individuos consigan sus intereses. Recurre a la legislación básica para regular las actividades de los medios.

Para cada uno de estos posicionamientos ideológicos, *Krebbber* interrelaciona la percepción del sistema mediático, los valores que prevalecen en las políticas públicas, los argumentos que justifican la intervención pública, los instrumentos a través de los cuales ésta se implementa y la estructura institucional implicada.²³

Para encontrar las lógicas que determinan dicha distribución, *Krebbber* sugiere estudiar la red de relaciones que se establece entre las instituciones (*policy network analysis*). Dicho análisis ha sido definido como “*la identificación de las interacciones, interdependencias y procesos de comunicación entre los partidos políticos, el gobierno, la administración y los grupos de interés*”.²⁴ El nivel de desarrollo de dicha red de interacciones es un reflejo del grado de evolución de cada Estado entre un modelo en el que el poder público mantiene el monopolio de la adjudicación de valor y una organización estatal con procesos de decisión más distribuidos y susceptibles de recoger o satisfacer un mayor número de intereses.

Entre los integrantes de la red de agentes que influyen sobre las políticas públicas, además del gobierno y la administración, *Krebbber* destaca dos casos: en primer lugar, el de la “*comunidad epistémica*”, integrada por profesionales e investigadores de prestigio que, por su conocimiento sobre el ámbito al que se dirigen las políticas públicas, pueden contribuir a mejorarlas. En segundo lugar, los grupos de presión (*lobbies / advocacy groups*), que intentan influir en las instituciones para favorecer sus intereses. Precisamente, la doctrina remarca la pertinencia de valorar en qué medida el clientelismo es una práctica habitual en cada Estado. Además, también destaca los importantes sesgos en las políticas públicas resultantes de las influencias y afinidades de doble sentido que se

²³ KREBBBER D, *Europeanisation of regulatory television policy*, pág. 31

²⁴ KREBBBER D, *Europeanisation of regulatory television policy*, pág. 32

establecen entre el sistema político y el mediático (*paralelismo político*).²⁵

La preponderancia social y económica adquirida por el sector comunicativo y su ritmo de transformación le confieren mayor poder de interlocución frente al sistema político. En consecuencia, su capacidad para influir tanto en el discurso que justifica un estilo de intervención concreto como en el diseño y la aplicación de las políticas públicas se ha incrementado. En consecuencia, los modelos propuestos por *Hallin y Mancini*, además de una notable perspectiva histórica, tienen muy en cuenta dicha reciprocidad entre el sistema político y el comunicativo. De esa manera, reflejan con mayor precisión las tendencias actuales de las políticas públicas destinadas a los medios.²⁶

Hallin y Mancini analizan cuatro dimensiones con las que los sistemas mediáticos pueden compararse entre sí:

- (i) El desarrollo de los mercados mediáticos.
- (ii) El paralelismo político de los medios.
- (iii) El desarrollo profesional del periodismo.
- (iv) El grado y la naturaleza de la intervención del estado sobre el sistema mediático.²⁷

En cuanto al estudio del sistema político la observación comprende:

- (i) El rol del estado en la sociedad.
- (ii) La historia política: democratización y característica del sistema de partidos.
- (ii) El predominio de la autoridad legal racional o del clientelismo.
- (iv) La organización de los grupos de interés de la sociedad.
- (v) La interacción del sistema político con variables económicas.

En cuanto a los modelos de relación entre el sistema mediático y el sistema político que

²⁵ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 26-29

²⁶ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 26-29

²⁷ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 26-29

son característicos de varios estados con cierta proximidad geográfica y políticas similares, encontramos:

(a) *Modelo Mediterráneo o Pluralista Polarizado* (Francia, Grecia, Italia, Portugal y España), caracterizado en cuanto a los elementos del sistema mediático: por prensa elitista y politizada de baja circulación, paralelismo político elevado, pluralismo externo; periodismo de opinión; control parlamentario sobre la radiodifusión; profesionalización débil del periodismo intervención estatal intensa sobre el sistema mediático con subsidios a la prensa; períodos de censura y excesiva desregulación.

(b) *Modelo nórdico o democrático corporativista* (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda, Noruega, Suecia y Suiza), caracterizado en cuanto a los elementos del sistema mediático por una prensa con alta circulación y temprano desarrollo de la prensa masiva; pluralismo externo; prensa partidista con cambio hacia prensa neutral y comercial; control político de la radiodifusión aunque con notable autonomía; profesionalización elevada; autorregulación institucionalizada; intervención estatal intensa pero con protección a la libertad de prensa; subsidios a la prensa y un servicio público de radiodifusión fuerte.

(c) *Modelo Atlántico o Liberal* (Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos y Canadá) caracterizado en cuanto a los elementos del sistema mediático por un temprano desarrollo de la prensa masiva y alta circulación; pluralismo externo (pluralismo interno en el Reino Unido); profesional de radiodifusión; profesionalización elevada; autorregulación no institucionalizada; servicio público de radiodifusión fuerte (Reino Unido).²⁸

Hallin y Mancini sugieren tener en cuenta ciertas consideraciones. En primer lugar, recalcan que se trata de modelos ideales que no se articulan de manera exacta e idéntica en los estados con los que se asocian. En segundo lugar, señalan que los sistemas comunicativos de los Estados no son homogéneos. Éstos suelen presentar diferencias regionales en lo referido a la estructura mediática, su desarrollo histórico, su capacidad económica y sus objetivos culturales. En tercer lugar, *Hallin y Mancini* indican que no todos los elementos o medios de un sistema comunicativo operan bajo las mismas lógicas. Es así como la prensa y la radiodifusión, principales medios de masas, presentan modelos reguladores, organizativos y de explotación diferenciados. Mientras que la prensa se basa en el pluralismo externo y suele presentar cierta orientación política, la radiodifusión se ha desarrollado, *a priori*, en base al pluralismo interno, intentando equilibrar la tipología

²⁸ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 27

y tendencia de sus contenidos.²⁹

Por último, *Hallin y Mancini* también sostienen que los sistemas mediáticos no son estructuras estáticas, sino que se caracterizan por el hecho de estar en constante evolución, tanto interna como de los elementos externos que los condicionan. En ese sentido, apuntan que, como resultado de la liberalización y comercialización de los mercados televisivos europeos iniciada durante la década de 1980, en la coyuntura actual se da un proceso de convergencia de los tres modelos hacia el liberal.

Los medios de comunicación de masas en general, y la televisión en especial, han incrementado, la tendencia a que el proceso de formación de la opinión pública se produzca cada vez más de arriba- poder político y económico- hacia abajo- ciudadanos; esto es, justo al contrario de cómo originariamente se concibió tal proceso. Esto además ha contribuido a un progresivo desplazamiento del Parlamento, como tradicional foro de discusión de los representantes políticos, en beneficio de lo que podemos llamar foros mediáticos.³⁰

Podría argumentarse que ese desplazamiento del Parlamento redundaría en beneficio de los ciudadanos, puesto que de esta forma se acerca a los mismos el debate político. Sin embargo, un razonamiento así no sólo daría por bueno que la formación de la opinión pública discorra de arriba hacia abajo, sino que obviaría las particularidades del actual sistema mediático y las características que de él se derivan.

1.3 La opinión pública

La noción de opinión pública alude al conjunto de opiniones que se forman en la sociedad respecto de aquellos asuntos considerados de relevancia o trascendencia pública.³¹

La opinión pública ha influido históricamente en el ejercicio del poder político; en la antigua Grecia ya existía la expresión “*dogma poleon*” para aludir a la práctica mantenida por los ciudadanos, aquello de condición libre, de intercambiar opiniones sobre el

²⁹ HALLIN D, MANCINI P, *Comparing media systems*, pág. 26-29

³⁰ HERREROS J, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 162

³¹ HERREROS J, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 162

gobierno de la comunidad en un foro público como era el ágora.³² La expresión “*opinión pública*” no comienza a utilizarse como tal hasta los procesos de democratización que tienen lugar en Europa y en EE.UU, entre los siglos XVII y XVIII. Es a partir de entonces cuando la opinión pública es la “*fuerza radical que en las sociedades humanas produce el fenómeno de mandar*”.³³ En Inglaterra, EE.UU y Francia se instauró un sistema parlamentario en el que la opinión pública, formada a partir de las opiniones de aquellos con derecho al sufragio, se constituiría en un elemento clave.³⁴

La opinión pública no sólo se encontraba relacionada con el ejercicio del derecho de sufragio, sino además, con las decisiones adoptadas en el Parlamento. En los primeros modelos democráticos, el Parlamento, como órgano de representación de los ciudadanos, se erige en manifestación de la opinión pública mediante el ejercicio de la potestad legislativa.³⁵ La opinión pública se concreta así en norma jurídica, en la ley emanada del Parlamento.

La opinión pública burguesa era conformada por la discusión espontánea y libre de los individuos. A través de ella era expresada la racionalidad interna y el orden natural de la sociedad. Por su parte, el Parlamento, en cuanto prolongación de esa opinión pública, tendría que ser un órgano donde también se discutiera de forma espontánea y libre.³⁶ La relación que identificaba la libre discusión con la verdad, tendría su equivalencia en aquella otra que identificaba a la ley, obtenida por deliberación parlamentaria, con la “*justicia*”.³⁷

La opinión pública no es una fuerza constante con características permanentes, sino que tiene un carácter dinámico. Se trata de una forma de expresión social diversa y cambiante.³⁸ Debido a que la opinión tiene su origen en distintas esferas de la sociedad, puede adoptar distintas características según las circunstancias, y exhibir distintas formas de expresión.³⁹

³² MONZÓN C, *Opinión Pública, Comunicación y Política*, pág. 21

³³ ORTEGA Y GASSET J, *La Rebelión de las Masas*, pág. 173

³⁴ CABO C, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, pág. 221

³⁵ DE OTTO I, *Derecho Constitucional. Sistemas de Fuentes*, pág. 132

³⁶ DE VEGA P, *La Función Legitimadora del Parlamento*, pág. 232

³⁷ MONZÓN C, *Opinión Pública, Comunicación y Política*, pág. 21

³⁸ MAÑAS B, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 2

³⁹ MAÑAS B, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 3

Son elementos de la opinión pública, su carácter dinámico y conflictivo (discusión); su carácter exterior y público (puntos de vista); dirigida a ciudadanos preocupados por asuntos comunes (público), y con un destinatario claro: El poder.⁴⁰

La esfera pública supone una conjunción de influencias recíprocas entre los ámbitos de la sociedad civil (política, economía, asociaciones); un espacio superpuesto a los otros y que les permite entrar en relación, haciendo viable no sólo la circulación entre ellos, sino la interpenetración y la circulación de intereses, valores y normas.⁴¹

En cuanto a las características de la opinión pública, encontramos:

1. La opinión pública es comunicación producida por el procesamiento de información que se introduce en un clima de opinión.
2. El objeto (tema) de que se trata es siempre de interés grupal.
3. Necesita acceso libre a la información.
4. Tiende a producir efectos que sean visibles en los niveles de decisión y poder y no sólo en la política.⁴²

⁴⁰ MONZÓN C, *La Opinión Pública*. Teoría, Concepto y Métodos, pág. 134

⁴¹ GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 42

⁴² GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 42

2 LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Desde los años 60, los medios de comunicación asumen cada vez más el papel de mediación simbólica, tanto en la cultura como en la política. Se reconoce que los medios de comunicación no sólo son vehículos de expresión sino también creadores de opinión pública.⁴³

La opinión pública necesita de tal forma los medios de comunicación para su expresión y conocimiento que, hoy día, es prácticamente imposible que exista sin ellos. El problema radica en saber si se trata de una mediación neutra, fiel, “*reflejo de la opinión pública*”, o si la mediación se convierte en mediatización, reflejo de los intereses de todas aquellas instancias que se ocultan detrás y que se convierten en “*creadores*” de la opinión pública. Los medios como tal no manipulan ni crean la opinión pública, sino aquellos actores que actúan a través de ellos: líderes, grupos de presión, élites políticas y poder en general.

Los productores, editores y periodistas que construyen noticias sobre temas importantes toman una serie de decisiones cruciales que afectan directamente a la forma en que el público ve el mundo político. Las agencias informativas deciden qué temas tratar y qué temas no tratar, cuáles enfatizar y cuáles acallar. Además de transmitir información política, los medios “*monitorizan*” la respuesta del público hacia determinados temas y acontecimientos políticos, de forma que tienen un papel activo en la formación de la opinión pública. Este papel implicará la lucha por el control del contenido de las noticias.

2.1 La televisión como medio de comunicación de masas

La cultura audiovisual ha ido ganando terreno a la cultura escrita no sólo en cuanto a peso económico sino en su influencia cultural sobre la sociedad. La irrupción y expansión del audiovisual y especialmente de la radio y la televisión, colonizaron ampliamente el tiempo libre sin pasar antes por una consolidación de la prensa y del libro de masas.⁴⁴

⁴³ MAÑAS B, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 5

⁴⁴ BUSTAMANTE E, *La Televisión en Iberoamérica*, pág. 46

Los receptores de la televisión, en Iberoamérica, se ubican en el 92-95 por ciento de los hogares aunque con diferencias notables entre más del 95 por ciento en muchos países (Argentina, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Puerto Rico) hasta apenas el 90 por ciento en Brasil o el 77 por ciento en Panamá. De forma que, según estimaciones internacionales, en 2005 América Latina se dispuso de 99.72 millones de hogares con televisor, frente a los 150,31 de la Unión Europea y a los 122,56 de los de Estados Unidos de América.⁴⁵

A la alta penetración de la televisión se suman los tiempos de visionado habitual. Según una consultora internacional, la media de visionado estaría en 2005 en 212 minutos/día, en los ocho mayores países de América Latina, aunque con diferencias apreciables, por ejemplo, entre los 210 de Chile y los 266 de Argentina o los 222 de Brasil. Por su lado, en España, la audiencia alcanzó diariamente al 88,9 por ciento de la población adulta, con una media de 217 minutos/día, una de las tasas más elevadas de la UE y en Portugal al 199,7 por ciento de la población.⁴⁶

En España alrededor del 90% de los hogares se informa a través de la televisión, en 2004 se alcanzó un consumo televisivo de 218 minutos diarios por persona. La situación en el resto de los países europeos no es muy diferente, un adulto alemán dedica más de tres horas al día viendo televisión, con un consumo de 216 minutos diarios; en Italia, ese consumo se promedia en 230 minutos, situándose Francia en los 240 minutos diarios.⁴⁷

La cifra de horas de exposición a medios digitales y electrónicos crece aún más entre los jóvenes de países occidentales. Un informe de agosto del 2006 emitido por *Ofcom*, la oficina reguladora británica en comunicaciones, señalaba que una creciente cantidad de jóvenes entre 16-24 años están utilizando los servicios *on line*, dedicando alrededor de 72 horas a la televisión.⁴⁸

Además de la audiencia, otros factores ilustran el inusitado peso de la radio y, especialmente, de la televisión, en América Latina muy superior al de la media de los países europeos. Se trata de la temprana e intensiva comercialización de los medios electrónicos, sometidos en el caso de América Latina a una general dominancia de los

⁴⁵ BUSTAMANTE E, *La Televisión en Iberoamérica*, pág. 48

⁴⁶ BUSTAMANTE E, *La Televisión en Iberoamérica*, pág. 57

⁴⁷ SERRANO M, *La Influencia Social de la Televisión: niveles de influencia*, pág. 40

⁴⁸ FUENZALIDA V, *La Función Política de la Televisión*, pág. 30

grupos privados y, en España y Portugal, a radiotelevisión pública abiertas casi completamente a la emisión y financiación publicitaria hegemónicas con años de antelación y niveles mucho más intensivos respecto al resto de la Europa Occidental.⁴⁹

Entre 1996 y 2005, la televisión aparecía como una institución de alta confianza en Latinoamérica, en segundo lugar después de la Iglesia. Sin embargo, parece haberse producido una progresiva declinación en relación con la mayor confianza de los años iniciales. Comparativamente, la radio y los periódicos han superado regionalmente en confianza a la televisión.⁵⁰

2.2 La influencia de la televisión

Al igual que otros medios de comunicación, la televisión opera en un marco específico y que estructura sus posibilidades de funcionamiento y su propia naturaleza como medio de comunicación a partir de un entramado complejo de relaciones.⁵¹ Cualquier estudio sobre la televisión ha de ser forzosamente histórico. No es equiparable la programación de los años noventa con la de los primeros años cincuenta, así como es diametralmente diferente la estructura económica y organizacional de la televisión europea en los noventa de aquella que se desarrolló en los orígenes del medio, influida por la noción de servicio público y en un contexto de expansión económica de construcción de un Estado de bienestar.⁵²

La televisión cumple un papel decisivo en la construcción de los imaginarios sociales y de las identidades culturales, pues contribuye al ejercicio cotidiano de la cultura democrática y al reconocimiento de la historia y el destino nacional. Estos objetivos han de ser preservados por el Estado, en una época como la actual donde los avances tecnológicos en la materia le permiten a los usuarios del servicio televisivo acceder al conocimiento de culturas foráneas con sus propios lenguajes audiovisuales e

⁴⁹ BUSTAMANTE E, *La Televisión en Iberoamérica*, pág. 48

⁵⁰ FUENZALIDA V, *La Función Política de la Televisión*, pág. 33

⁵¹ GIORDANO E, ZELLER C, *Políticas de Televisión*, pág. 19

⁵² GIORDANO E, ZELLER C, *Políticas de Televisión*, pág. 19

interpretaciones de la realidad.⁵³

Las prácticas sociales cotidianas de las mayorías de América Latina y el mundo, se encuentran más ligadas a lo que pasa por la televisión que a la cultura de la Ilustración (el racionalismo y la academia) cuyo soporte es el libro.⁵⁴

La televisión, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. La televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja.⁵⁵

La televisión es un factor de socialización, el principal foro de las modernas democracias, dado su enorme poder instrumental de manipulación de la conciencia colectiva o conformador de la opinión pública.⁵⁶

La televisión ha introducido profundos cambios en el campo de la cultura y ha transformado las maneras de percibir el espacio y el tiempo, convirtiendo lo que ocurre a grandes distancias en algo cercano que atraviesa la cotidianidad, instaurando las experiencias de simultaneidad, instantaneidad, flujo, actualidad.⁵⁷

2.3 Opinión pública y medios audiovisuales

La prensa escrita puede considerarse el único medio con influencia social hasta el siglo XX. Su dominio empieza a ceder hasta que, entrado dicho siglo, aparecen los medios de comunicación audiovisuales. En un principio es la radiodifusión la que toma el relevo como principal referencia informativa para los ciudadanos, pero, tras la primera mitad del

53 C-654/03

54 RODRÍGUEZ V, *La Televisión como un Asunto de Cultura*, pág. 89

55 C-497/95

56 GONZÁLEZ J, *La Libertad de Televisión* (Prólogo), pág. 32 y ss

57 RODRÍGUEZ V, *La Televisión como un Asunto de Cultura*, pág. 93

siglo XX, la televisión ocupa el lugar central.⁵⁸

La televisión pronto atrajo el interés prioritario del Gobierno y de los partidos opositores.⁵⁹ Ello se evidencia en que una parte muy importante de la actividad política que antes se desarrollaba en el ámbito parlamentario, tiene ahora lugar en ese espacio electromagnético.⁶⁰ El gran foro de discusión, más no el único, es la televisión.

La televisión basa gran parte de su éxito en el poder impactante de las imágenes, habiendo contribuido decisivamente a la llamada sociedad de la imagen. El contenido de una información o de una opinión política a menudo pasa a un segundo plano frente a la sugestión de las imágenes.⁶¹

El desarrollo de los medios está asociado indisolublemente a los avances e innovaciones técnicas que hicieron posible la ampliación de las potencialidades informativas presentes en medios tradicionales como la prensa. La presencia de los medios, sus productos y géneros coloca a la información en un espacio privilegiado de las dinámicas socioculturales.⁶²

2.4 La intervención pública sobre los medios

La acción estatal sobre los medios de comunicación encuentra su principal justificación en la voluntad de emplear las capacidades de éstos en favor del *interés público*, concepto a partir del cual se forja el resto de objetivos de dicha intervención.⁶³

Algunos autores se refieren al interés público o general como aquellas cuestiones que pueden resultar posibles amenazas o beneficios para el bienestar del conjunto de la sociedad o partes de ella.⁶⁴

⁵⁸ HERREROS J, *La Formación de la Opinión Pública*, pág. 170

⁵⁹ ALCUBILLA A, *Procesos Electorales y Opinión Pública*, pág. 61

⁶⁰ GARCÍA J, *Comunicación de Masas y Pensamiento Político*, pág. 51

⁶¹ VATTIMO G, *La Sociedad Transparente*, pág. 95

⁶² GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 41

⁶³ HUMHREYS P, *Mass media and media policy in Western Europe*, pág. 113

⁶⁴ VAN CUILENBURG M, *Media policy paradigm shift. Towards a new communications policy*

Golding reconoce la dificultad de concretar con precisión dicho concepto, cuyo alcance depende en buena medida de la ideología política a partir de la cual éste se defina. No obstante, considera que, en líneas generales, dentro del interés público tiene cabida aquello que no resulta perjudicial para el orden público o los diferentes grupos que conforman la sociedad (menores, grupos lingüísticos, comunidades religiosas, minorías étnicas, etc.) También se incluirían aquellos recursos o actividades necesarias para el correcto funcionamiento de esta.⁶⁵

Por otra parte, para matizar las diferentes articulaciones del interés general, *Golding* introduce la idea de los diferentes roles (ciudadano/consumidor) adoptados por los individuos frente a los medios. Sugiere que los valores asociados al interés general pueden variar desde la perspectiva de cada rol e incluso llegar a ser incompatibles.⁶⁶

Finalmente cabe destacar otra aportación de *Siune*⁶⁷, quien sostiene que, dada la multiplicidad de objetivos atribuidos al sistema mediático en favor del interés general (diversidad, igualdad, programaciones equilibradas, independencia, servicio/acceso universal, etc), y atendiendo a la demostrada incapacidad del mercado para satisfacer dichas demandas por completo y de forma equilibrada a través de sus mecanismos, la intervención pública es inevitable para moldear el sistema mediático de acuerdo al interés general y a los valores que se le asocian.

El proceso informativo que propician los medios no es tan lineal ni unívoco si se toma en cuenta que los ciudadanos a su vez procesan los mensajes informativos y mediáticos de maneras diversas y en distintos niveles. No obstante, también cabe advertir que los medios radioeléctricos, han transformado el escenario público en una esfera de notoriedad mediática puesta en muchos casos al servicio de intereses privados.⁶⁸

paradigm, pág. 181-207

⁶⁵ GOLDING P, *New technologies and old problems*, pág. 9

⁶⁶ GOLDING P, *New technologies and old problems*, pág. 10

⁶⁷ SIUNE K, *Is broadcasting policy becoming redundant?*, pág. 21

⁶⁸ GUANIPA M, *Información y Sociedad*, pág. 43

3 EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO INFORMATIVO

3.1 El pluralismo en los medios

El pluralismo es uno de los objetivos que justifican la intervención del Poder Público sobre los medios de comunicación. En tanto que reconocimiento de la multiplicidad de opciones, puntos de vista o doctrinas, el pluralismo afecta tanto los contenidos (libertad de expresión, representatividad política, cultural o social, diversidad de géneros, etc.) como la estructura del sector (propiedad empresarial, libertad de acceso al mercado, libre competencia, acceso a la audiencia, etc.).⁶⁹

Un aspecto esencial de la democracia es el referido al respeto a las minorías y el individuo es la primera y más singular de las minorías. La democracia supone la diversidad política, social, cultural. El concepto de pluralismo se articula bajo esta consideración y por tanto, también su garantía.

El pluralismo en su esencia, muestra la existencia de intereses sociales contrapuestos y con ideas divergentes, y como democrático, propone límites a la divergencia y al conflicto que pueden nacer de la visión diferente que tenga del hombre y la sociedad, y de los intereses parciales.⁷⁰

El pluralismo, es un principio de reconocimiento del sujeto y de los grupos que aspiran a su delimitación por referencia a subjetividades externas al Estado. También incluye, las etnias, las razas, las edades, los sexos, así como el acceso a los medios tanto de las mayorías como de las minorías.⁷¹ Son los poderes públicos quienes deben preservar la igualdad de oportunidades, la libre constitución de la sociedad, el derecho a la disidencia y a la identidad de las minorías.⁷²

El pluralismo aplicado a los medios de comunicación audiovisual se manifiesta en la posibilidad de todo ciudadano por acceder de manera equitativa al máximo de opiniones,

⁶⁹ HUMPHREYS P, LANG M, *Digital television between the economy and pluralism*, pág. 1

⁷⁰ OSORIO H, *Políticas de Información y Derecho*, pág. 110

⁷¹ PEDROZA S, *Concentración de Medios y Pluralismo*, pág. 311

⁷² JIMÉNEZ J, *La Opinión Pública*, pág. 26

ideas e informaciones; el pluralismo es un valor que asegura a los ciudadanos la diversidad informativa. Esta no se refiere exclusivamente a las informaciones políticas si no a todo tipo de programas y contenidos, ya que son todos estos, en su conjunto, los que construyen la imagen de la sociedad que los medios devuelven a sus ciudadanos, imagen que les permitirá forjarse una opinión y asimilar determinados valores. La calidad de la democracia se mide por la pluralidad y libertad en que se desarrolle este proceso.⁷³

El pluralismo informativo consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia de opiniones e informaciones, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro lado, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas.⁷⁴

En un Estado democrático de derecho, todos los ciudadanos deben estar en condiciones de poder recibir la información puesta en el mercado. El derecho a recibir información adquiere una entidad propia, bien como derecho subjetivo, bien en su dimensión objetiva de contenido sustancial del pluralismo.⁷⁵

3.2 Del modelo dominante al modelo plural

La evolución del sistema mediático de un modelo dominante a un modelo plural se caracteriza por la distribución del control del sistema mediático entre diversos grupos de interés de la sociedad y por la existencia de métodos democráticos para determinar su organización y su funcionamiento así como para hacer frente a los cambios necesarios. El número de fuentes de información es elevado y los contenidos se producen de forma libre, por lo que se induce a la creatividad y a la innovación. Los medios no confirman el poder dominante, sino que se erigen como herramienta para su control y además responden a las diversas demandas de una audiencia diferenciada, fragmentada e independiente.⁷⁶

Es por ello que *Humphreys*, considera que una de las principales funciones de las políticas

⁷³ OLALLA T, *Revisión Crítica de las Relaciones entre Pluralismo y Mercado en los Medios Audiovisuales*, pág. 1

⁷⁴ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo*, pág. 274

⁷⁵ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo*, pág. 274

⁷⁶ HUMPHREYS P, *Mass media and media policy in Western Europe*, pág. 4-5

públicas con respecto a los medios debe ser controlar el equilibrio en la distribución de poder entre los agentes del mercado, acercándolo hacia el modelo plural. De ahí que la contraposición al modelo dominante no puede ser la retirada total del Estado, sino que la intervención pública sobre los medios, cuyo objetivo último es el interés general, es pertinente para garantizar tanto el pluralismo externo como el interno.⁷⁷

La intervención pública es absolutamente necesaria para garantizar el pluralismo, por el hecho de que la estructura productiva del sector audiovisual favorece que aquellos que ya cuentan con poder tengan mayores posibilidades de adquirir más.⁷⁸

En este sentido, resulta interesante el estudio sobre los movimientos empresariales acontecidos en el sector audiovisual europeo a principios de la década de 1980. En pleno proceso de armonización y desregulación fomentado tanto por la Comunidad Europea como por sus estados miembros para hacer frente a la hegemonía norteamericana y japonesa, algunos “*barones*” de la prensa se vieron favorecidos frecuentemente por sus conexiones personales con el estamento político, gracias a lo cual expandieron, diversificaron e internacionalizaron sus negocios. De esa manera, el pluralismo que según el neoliberalismo debía dar lugar a la innovación tecnológica; a la aparición de nuevas plataformas de difusión y a la retirada del Estado, pronto se tornó en evidentes movimientos de concentración.⁷⁹

Ya en la década de 1990 y en relación a la digitalización de la radiodifusión terrestre, el pluralismo fue uno de los principales argumentos esgrimidos tanto desde el ámbito político como desde el mercado. Pero no como elemento que legitima la intervención pública, sino como meta que justifica la transformación tecnológica. El incremento del número de canales resultante de la digitalización completaría la evolución hacia un modelo plural iniciada con la liberalización del sector y la introducción de ofertas privadas así como la implantación de otras plataformas de difusión como el cable y el satélite.

Sin embargo, se ha confirmado nuevamente, que las tendencias industriales y los objetivos de los agentes del mercado divergen de los valores vinculados al pluralismo. De forma general, el auge del comercialismo y del entretenimiento en el sistema televisivo ha

⁷⁷ HUMPHREYS P, *Mass media and media policy in Western Europe*, pág. 5

⁷⁸ HOFFMANN-RIEM W, *New challenges to European multimedia policy*, pág. 327-346

⁷⁹ DYSON K, HUMPHREYS P, *Policies for new media in Western Europe*, pág. 98-122

supuesto una homogeneización de los contenidos y de los valores transmitidos.⁸⁰

3.3 Mercado común y pluralismo en Europa

La Unión Europea continúa avanzando en el propósito de crear un mercado común de la televisión basado en una competencia de las televisiones públicas y privadas reguladas por su ordenamiento. Particular trascendencia ha tenido la transposición de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas actividades de radiodifusión televisiva, que impone algunas obligaciones en el contenido de las televisiones públicas y privadas. Estas prescripciones, junto a los preceptos de los Tratados comunitarios directamente aplicables, han incidido con notable eficacia en los ordenamientos de los Estados miembros. Esta tendencia es especialmente visible en materia de normas sobre la competencia, siendo el Tribunal de Justicia de Luxemburgo cada vez más riguroso en las exigencias del artículo 90 del Tratado.

Al mismo tiempo, la Unión Europea ha adoptado medidas para garantizar la protección del pluralismo en la televisión y evitar las concentraciones que pongan en peligro esta finalidad. Por este motivo fue publicado por la Comisión el Libro Verde sobre el pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior, de 23 de diciembre de 1992, para impulsar el debate sobre la necesidad de una intervención comunitaria, pero tras varios años de consulta a los agentes no se ha conseguido aprobar una pretendida Directiva sobre esta materia.

En 2002 se publicó el informe sobre Diversidad de Medios en Europa, preparado por la Dirección General sobre Derechos Humanos y, en concreto, por la División de Medios de Comunicación. En él se conjuga la idea del pluralismo mediático con la consecución de una representación mediática adecuada de la diversidad cultural. El concepto de pluralismo se equipara aquí con el de diversidad y, por eso, el texto insiste constantemente en la diversificación de la propiedad privada mediática. Una situación de monopolio puede ser utilizada para manipular la opinión pública.⁸¹

⁸⁰ DYSON K, HUMPHREYS P, *Policies for new media in Western Europe*, pág. 117

⁸¹ RODRÍGUEZ J, *Derecho de la Información: una Perspectiva Comparada*, pág. 25

En el 2003 el Comité se hizo eco de una recomendación publicada por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales de Europa sobre el estado de los medios impresos regionales en Europa. Además, abogó por la introducción de ayudas estatales a la prensa como un método para fomentar la participación de nuevos actores en estos mercados.

En el año 2005, durante la conferencia ministerial europea sobre políticas de medios de comunicación, se recogió en las conclusiones el entendimiento del pluralismo informativo y de la independencia editorial como condiciones indispensables para un total desarrollo de la libertad de expresión y de información en una sociedad democrática, además se consideró la tendencia cada vez mayor en Europa, a la concentración de los mercados mediáticos y se advirtió de las consecuencias negativas de la misma. Por otra parte, se animó a los Estados miembros a adoptar medidas legales específicas sobre el particular, que refuercen las leyes generales de defensa de la competencia, así como a mantener los servicios públicos de radiodifusión sonora y televisiva como medios plurales; y se calificó el mantenimiento de pluralismo informativo como una cuestión de interés público.

También destaca el documento publicado por la Dirección General de Derecho Humanos, en febrero de 2006, que consiste en un informe sobre la diversidad de contenidos en prensa y televisión en el contexto de un aumento de las concentraciones en los mercados mediáticos; el informe concluye que no es posible encontrar una conexión directa entre la concentración mediática y la diversidad y pluralismo de contenidos, en términos cuantitativos, lo que no significa que no exista conexión entre la propiedad de los medios y dicha diversidad de contenidos.

La información se tiene en cuenta en la Comunidad desde sus inicios, si bien en su sentido "*mercantilista*" (como producto o servicio), más que como objeto de un derecho fundamental. Prueba de ello es la evolución de su tratamiento, lo que se quiere poner aquí de manifiesto.

En el Tratado de *Maastrich*, dentro de las nuevas disposiciones comunes, se encuentra el art. F.2, sobre el nivel de protección de los derechos fundamentales que desea alcanzarse, de cuyo garante es el Tribunal de Justicia.

La Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo, propuso en enero de 1993 una "*segunda instancia*" por encima del ya existente Convenio Europeo, que sugerían fuese la propia Comunidad Europea. Esta propuesta fue publicada en el Informe anual sobre el respeto de los derechos Humanos en la Comunidad Europea, donde también se puso de manifiesto la situación actual y la tendencia seguida en la UE

para la protección de los derechos Humanos. *"La ausencia de un sistema propiamente comunitario de protección de los derechos Humanos – afirma el documento parlamentario – no debe sorprendernos si nos remitimos a los objetivos de las Comunidades y al principio que, desde su origen, guía la construcción europea: unir a los pueblos europeos, creando primero entre ellos una solidaridad de hecho. El derecho comunitario ha creado ante todo unos derechos y unos deberes económicos y sociales; los derechos fundamentales inscritos en los Tratados protegen a los nacionales comunitarios en su actividad económica y social (...). Más allá de los derechos económicos y sociales, los Tratados han atribuido a los nacionales comunitarios determinados derechos que inician el desarrollo de un contenido político de la ciudadanía europea (derecho de voto y elegibilidad del PE, acceso a la función pública, derecho de petición,...)".*

La limitación de la UE en esta materia queda manifestada también en el catálogo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad en Derechos Humanos, que comprende tan sólo los principios inscritos en los Tratados o en el Derecho derivado y los principios generales comunes a todos los sistemas jurídicos que operan como límite de la evolución del derecho comunitario.

En el Libro Verde sobre Pluralismo y concentración de los medios de comunicación social en el Mercado Interior de 1992, la Comisión se hace eco del concepto de pluralismo informativo común a los países europeos que emana del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. *"El concepto de pluralismo – afirma– tiene como función limitar el alcance del principio de la libertad de expresión cuyo objeto es garantizar al público la diversidad informativa".*

Por primera vez la Comunidad aborda un aspecto tan nuclear del derecho a la información, cuyas consecuencias legislativas no van a ser rápidamente implantadas. Este documento, de gran trascendencia para la empresa, tiene a su vez importantes afirmaciones para la consolidación doctrinal en Europa del derecho a la información. Se dice, por ejemplo, que *"el vínculo entre el mantenimiento del pluralismo y el principio de la libertad de expresión no implica que el primero sea un derecho fundamental. Si se estudian los textos o la jurisprudencia se observa que este vínculo tiene un carácter de excepción al principio de la libertad de expresión. Al igual que en algunas obligaciones relativas al contenido editorial (buenas costumbres, imparcialidad, buen gusto, etc...) la función es limitar en determinados casos la aplicación del derecho a la libertad de expresión a sus beneficiarios potenciales".* Citando al TEDH se considera el pluralismo como una excepción cuyo objetivo es la protección de los derechos ajenos (art. 10.2).

Nos parece oportuno aclarar que la noción de pluralismo que maneja la Comisión es muy negativa en el sentido de que está queriendo decir que el pluralismo existe sólo si se impiden los monopolios informativos, lo que es una verdad parcial. Lo que no nos parece sostenible es que las medidas necesarias para la protección del pluralismo deban entenderse como límite a la libertad de expresión; en todo caso, son normas necesarias para garantizarla. Esta cuestión que abordaremos detalladamente más adelante, nos sirve ahora de argumento en la exposición sobre la creciente importancia que adquiere el derecho a la información en la Unión Europea.

Como consecuencia del "*mercado*" que ha instituido la Comunidad y cuyas características son uno de sus objetivos prioritarios, se presta atención a los consumidores, en su carácter de sujetos activos del mismo y, en particular, para lo que a nosotros interesa, destinatarios de la publicidad. Se protege el derecho a la información del consumidor como garantía de sus intereses económicos.

Dentro de las medidas de defensa de los consumidores en el art. 129 A. 1. b) TUE la Comunidad promoverá "*acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada*".

En esta línea de acción la Comisión presentó en 1993 el Libro Verde, relativo al acceso de los consumidores a la justicia y a los litigios de consumo en el mercado único.

A partir de *Maastrich* la "*Política de consumidores*", aunque no tiene naturaleza de Dirección General, sino que es un "*Desk*" dependiente de un Comisario, ha supuesto una aceleración en las normas de protección al consumidor, ya sea desde el punto de vista informativo, del consultivo, como del jurídico. En este último campo lo más destacado es la Posición Común a la que finalmente ha llegado el Consejo de Ministros para la adopción de una Directiva de protección al consumidor en los contratos a distancia, que inició su fase preparatoria en 1992. Ante la generalización de fórmulas – como la venta por correo, por catálogo y ahora especialmente por televisión –, la UE obligará al proveedor – cuando definitivamente se apruebe – a facilitar al consumidor "*por escrito la confirmación de la información (...) bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero a su disposición*" (art. 3.1).

Como ya hemos dicho, a partir del Programa Legislativo de 1993 y de la Declaración Común del Parlamento, Consejo y Comisión hechos públicos en mayo de ese año se

insiste en varias ocasiones en la necesidad de una mayor transparencia de la Comunidad. Concretamente en la Declaración Común, y de modo especial durante la etapa *Delors* de la Comisión, se afirma *"la importancia de reforzar la eficacia del proceso comunitario de toma de decisiones y de hacerlo más transparente respecto a los ciudadanos"*, tal y como se decidió en la Declaración de Birmingham y en el Consejo de Edimburgo de diciembre de 1992 (Punto 1). La información que se recogerá, como se ha dicho anteriormente, cada año *"se dirige tanto a las instituciones comunitarias, como a los Estados miembros, los agentes económicos y los ciudadanos"*.

Después de las importantes críticas al Tratado de *Maastrich* y del primer referéndum danés de 1992, cuyo resultado fue negativo, los funcionarios y representantes políticos de la Comunidad han visto la necesidad de involucrar más a los ciudadanos en la evolución y desarrollo del proceso de la Unión.

En sentido estricto, tan sólo hay una norma sobre libertad de acceso a la información que es tangencial para lo que a nosotros interesa, pues se trata de una Directiva de 7 de junio de 1990, sobre medio ambiente.

La Directiva del Consejo 89/592 estableció los controles que los Estados debían arbitrar para impedir el uso de información privilegiada en el mercado de valores en la compra o venta de los valores afectados. *"Cada Estado miembro dispondrá que todas las personas que, en el ejercicio de su actividad, colaboren o hayan colaborado con las autoridades (administrativas competentes), estén obligadas al secreto profesional. Las informaciones sujetas al secreto profesional sólo podrán transmitirse a personas o autoridades, sean cuales fueren, en virtud de disposiciones legales"* (art. 9).

Como consecuencia del memorándum presentado al Consejo por la delegación alemana, la Comisión ha elaborado una Propuesta de Reglamento del Consejo sobre medidas de seguridad aplicables a informaciones clasificadas que son elaboradas o intercambiadas en el marco de las actividades de la CEE y la CECA, que todavía no ha sido aprobada.

Es interesante esta propuesta porque prueba que la UE va acercándose a la legislación de los Estados nacionales en materia informativa, en algo tan complejo como los secretos oficiales. El término *"información clasificada"* designa todas las formas de información cuya divulgación no autorizada causaría perjuicio a los intereses esenciales de la Comunidad y de los Estados miembros, y que por tal hecho, deben ser protegidas por medidas de seguridad apropiadas (art. 3).

Una última consideración acerca de la crítica al Tratado de *Maastrich*, ya ratificado después de cuatro años de problemas. Si algo se ha puesto especialmente de manifiesto durante el proceso de aprobación en los referendos celebrados, en las discusiones parlamentarias, de los intelectuales, de los medios, entre otros, es la excesiva burocratización que rodea el hacerse de la UE con lo que significa de falta de participación de los ciudadanos y por tanto de representatividad popular; tal es el sentir de la condición que el Tribunal Constitucional alemán en Sentencia de 12/10/93 ha impuesto al proceso de la Unión: el Parlamento alemán debe aprobar todos los acuerdos comunitarios que impliquen una cesión de autonomía. En esa línea debe añadirse que son todavía muy tímidos los intentos de transparencia de las instituciones, de la información pública, de la toma de decisiones, por lo que pensamos que la UE debe ahondar en el acercamiento a la sociedad civil, de la que dimana.

3.4 El pluralismo informativo en los estados miembros de la Unión

En los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la garantía del pluralismo informativo se erige en uno de los principios básicos que ha de presidir la ordenación de los medios audiovisuales.

El principio del pluralismo informativo en los medios audiovisuales ha sido desarrollado en la mayoría de los países europeos por la jurisprudencia constitucional, partiendo de la conexión existente entre el principio democrático y el derecho de comunicación.⁸²

Las libertades de expresión e información, además de reconocer derechos subjetivos, tienen un contenido objetivo, en la medida en que se trata de derechos que juegan un papel esencial en la formación de la opinión pública y para la convivencia democrática.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania; el Tribunal Constitucional español, la Corte Constitucional italiana o el Consejo Constitucional francés han reconocido en su jurisprudencia la importancia de la existencia de unos medios plurales para la libre formación de la opinión pública y, en definitiva, para el buen funcionamiento del sistema

⁸² SCHELLNBERG M, *Landesmediengesetze im Vergleich mit dem Kontrollsystem in Frankreich, Italien un Gross Britannien*, pág. 196

democrático.⁸³

Así, el Consejo Constitucional francés en su sentencia de 27 de junio de 1982 afirmó:

*“es misión del legislador conciliar (...) el ejercicio de la libertad de comunicación, tal como resulta del artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano con (...) los objetivos de valor constitucional como son la salvaguarda del orden público, el respeto de la libertad de los demás y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales contra el cual estos medios de comunicación, por su influencia considerable, son susceptibles de atentar”.*⁸⁴

Por su parte la Corte Constitucional italiana ha destacado la importancia del principio del pluralismo informativo como uno de los valores constitucionales más importantes en el desarrollo de los medios de comunicación.⁸⁵

En su interpretación del artículo 21 de la Constitución italiana, la Corte Constitucional de Italia ha destacado la relevante función de la televisión en la formación de la opinión pública, afirmando la existencia de un interés general de la colectividad, indirectamente protegido por la Constitución, a la recepción de una información plural.⁸⁶ El pluralismo informativo implica, en un régimen democrático, la existencia de una pluralidad de fuentes de información, libre acceso a las mismas, ausencia injustificada de obstáculos legales a la libre circulación de las noticias e ideas.⁸⁷

Para la Corte Constitucional italiana, el pluralismo informativo es uno de los objetivos primordiales de todo ordenamiento democrático, cuya realización efectiva exige actuación positiva del legislador que asegure el pluralismo interno y externo.⁸⁸

Para el Tribunal Constitucional Federal de Alemania la libertad de radiotelevisión (*Rundfunkfreiheit*) del artículo 5.1 de la Ley Fundamental, es una libertad concebida con la función de contribuir a la libre formación de la opinión pública.⁸⁹ De acuerdo con el

⁸³ GAY C, *La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, pág. 251

⁸⁴ Decisión n.82-141 de 27 de julio de 1982

⁸⁵ S/CCI N° 153/1987, S CCI N°826/1988, S CCI N°348/1990, S CCI N° 420/1994

⁸⁶ S/CCI N°105/1972, S CCI N°225/1974

⁸⁷ S/CCI N°105/1972 FJ 4°

⁸⁸ S/CCI N°826/1988

⁸⁹ BVerfGE 57, 295 (320); BVerfGE 31, 315 (337); BVerfGE 73, 118 (158); BVerfGE 74, 297 (324)

Tribunal Constitucional alemán para que la televisión pueda cumplir con su función constitucional el legislador debe establecer los mecanismo que permitan: (i) eliminar cualquier influencia estatal sobre los mismos, (ii) garantizar que las diferentes corrientes de opinión y de pensamiento presentes en la sociedad encuentren, de la forma más completa posible, vías adecuadas de expresión a través de la televisión.

En cuanto a la forma de organización el medio para dar cumplimiento a los principios de independencia y pluralismo, el Tribunal Constitucional de Alemania reconoce un amplio ámbito de evaluación del legislador, específicamente del legislador del *Land*.

Para el Tribunal Constitucional español el pluralismo informativo es principio que inspira la regulación propia de la televisión.⁹⁰

⁹⁰ BONET J, *El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pág. 184-185

4 DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

4.1 La libertad de expresión e información

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos tiene una estructura dogmática semejante a la del art. 5 de la Ley Fundamental alemana. El apartado 1º del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos reconoce tanto el derecho a expresarse e informar como el derecho a recibir información.

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.*⁹¹

Adicionalmente, se reconoce al legislador un amplio margen de maniobra en el establecimiento del régimen jurídico de los medios, incluyendo expresamente la posibilidad de someter a las empresas radiotelevisivas y cinematográficas a un régimen de autorización previa.⁹²

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aclarado que la finalidad del legislador en el desarrollo del régimen jurídico de los medios, y en el eventual establecimiento de un sistema de autorizaciones, debe ser la garantía del pluralismo. Se impone una mayor responsabilidad del Estado a fin de establecer un régimen pluralista de los medios de comunicación que tenga como fin último la garantía del pluralismo en el proceso de formación de la opinión pública.⁹³

Se ha discutido si la posibilidad de creación de un canal de televisión está incluida en el ámbito de protección de los derechos del artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, por tanto, si el régimen de autorizaciones que el Convenio prevé es una forma de limitar el derecho fundamental; o si, por el contrario, la creación de una televisión no

⁹¹ Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 10)

⁹² Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 10)

⁹³ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag*, pág. 282

es una actividad incluida en el ámbito protegido por la libertad de expresión.

Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de resolver la cuestión planteada sobre el monopolio televisivo; entendiéndose que el monopolio austriaco *“limitaba de forma desproporcionada el derecho individual reconocido en el art.10 a comunicar libremente opiniones e ideas por cualquier medio El Tribunal reconoce que la creación de una televisión es una actividad incluida en el ámbito protegido por el derecho del artículo 10”*.⁹⁴

En el apartado 2º del art.10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos se faculta al legislador para establecer límites a estos derechos fundamentales en favor de otros bienes jurídicos:

“2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe comprobarse, en primer lugar, que la injerencia limitativa se establezca en una ley; en segundo lugar, que la medida adoptada sea apropiada para alcanzar de forma efectiva una de las finalidades legítimas previstas en el art.10.2. CEDH y, en tercer lugar, que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática, esto significa, de acuerdo con el Tribunal, que la injerencia responda a una necesidad social imperiosa y que sea proporcionada al fin perseguido.⁹⁵

4.2 Límites de la libertad informativa en la jurisprudencia del TEDH

El 26 de abril de 1979 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la sentencia en el caso *“The Sunday Times C”*, en la que se establecía que el Reino Unido había infringido

⁹⁴ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag*, pág. 283

⁹⁵ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag*, pág. 283

el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde entonces, el TEDH ha sido un decidido defensor de la libertad de expresión allí consagrada, atribuyendo el máximo valor a las opciones positivas de la misma y moderando y conteniendo las inflexiones restrictivas del apartado segundo.⁹⁶

En la sentencia *Handyside*, el TEDH afirmó que, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una "*sociedad democrática*". Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.⁹⁷

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume "*deberes y responsabilidades*", cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado, así como de los destinatarios inmediatos o potenciales de la misma. Para establecer si las restricciones o sanciones procuraban una "*protección de la moral*", que las hiciera "*necesarias en una sociedad democrática*", el Tribunal no podía hacer abstracción de los deberes y responsabilidades del interesado.⁹⁸

La situación y del concreto procedimiento técnico a través del cual se ejerce la libertad de expresión, requerían tratamiento distinto, de acuerdo con las mayores o menores facilidades para la difusión —desde una conferencia para iniciados, hasta un mitin multitudinario o una retransmisión. Tales elementos, así como también los destinatarios, han sido elementos relevantes, al determinar la corrección del ejercicio del derecho, la admisibilidad de restricciones o, incluso a la hora de fijar responsabilidades.⁹⁹

La sentencia "*Radio France C*", de 30 de marzo de 2004, referida a la emisión radiofónica de un mensaje, planteaba el conflicto entre la libertad de información, con sus reglas y opciones y los derechos y titularidades de otros, en concreto, sobre el buen nombre, la fama o el honor de las personas.¹⁰⁰

El señor *Michel Junot*, se querelló, por un delito de difamación, contra el director de publicación de la emisora; contra el responsable de la nota y en contra de la sociedad

⁹⁶ MARTÍN-RETORTILLO L, *La Necesaria Diligencia de los Periodistas*, pág. 138

⁹⁷ TEDH 12-12-1976 *Handyside*

⁹⁸ TEDH 12-12-1976 *Handyside*

⁹⁹ MARTÍN-RETORTILLO L, *La Necesaria Diligencia de los Periodistas*, pág. 140

¹⁰⁰ TEDH 30-03-2004 *Radio France c. Francia*

radiofónica propietaria de la emisora, en calidad de responsable civil.¹⁰¹ Los tribunales impusieron a cada uno de los dos periodistas una multa de 20.000 francos, así como a pagar conjuntamente, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 50.000 francos. A la sociedad radiofónica se le fijó, en concepto de reparación civil, la obligación de transmitir un cierto número de veces un comunicado aclaratorio, redactado por el propio Tribunal, en el que se daba cuenta de la condena, así como de la falsedad de las imputaciones recogidas en la información.¹⁰²

El núcleo de la información se centraba en la participación de los funcionarios franceses en el período “*colaboracionista*”, o de “*la ocupación*” —régimen de Vichy, con el mariscal *Pétain* al frente—, en la detención y deportación de judíos, de Francia y de otros países, que serían luego entregados a las autoridades alemanas y cuyo destino tendría por nombre, en numerosas ocasiones, *Auschwitz* u otros lugares de similar connotación.¹⁰³

A través de Radio Francia se transmitió un breve texto en el que se hacía referencia al Sr. *Michel Junot*, el cual fue reproducido 62 veces, citando siempre al Semanario “*Le Point*” como fuente de información. El texto concreto era el siguiente:

“Según el semanario “Le Point”, un antiguo teniente del Alcalde de París supervisó la deportación en 1942 de un millar de judíos franceses y extranjeros. Michel Junot, que hoy tiene 80 años, era a la sazón subprefecto de Pithiviers. Ha reconocido que organizó la salida de un convoy de deportados hacia Drancy. Afirma haber sido resistente, pero sería revocado por un decreto del General de Gaulle al término de la Guerra, aunque enseguida se reincorporaría a la Administración. Este antiguo teniente desde 1977 a 1995 sostiene en su defensa, al igual que Maurice Papón, que no conocía el destino de los judíos deportados. Michel Junot añade que los delitos de aquella época deberían ser recubiertos por el velo púdico de la historia”.¹⁰⁴

El TEDH partió de la base de que se trataba de una materia digna de la mayor atención informativa. El tema objeto de la información era de evidente e indiscutible importancia y de interés social lograr aclarar todas sus circunstancias y connotaciones.

La actitud de los altos funcionarios franceses durante la ocupación era una cuestión de

¹⁰¹ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹⁰² TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹⁰³ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹⁰⁴ MARTÍN-RETORTILLO L, *La Necesaria Diligencia de los Periodistas*, pág. 145

interés general de las más serias y la difusión de las correspondientes informaciones encajaba plenamente en la misión confiada a los medios, en una sociedad democrática.

Señaló el TEDH que incumbe a la prensa comunicar informaciones e ideas es decir, “*libertad de información*” y “*libertad de opinión*”, sobre cualquier cuestión de interés general. La prensa no debe franquear ciertos límites, en lo que se refiere a la reputación y a los derechos de terceros, actuando con el debido respeto a sus deberes y responsabilidades.¹⁰⁵

A la función de la prensa, que consiste en informar, se añade, como elemento inescindible, el derecho del público a recibir la información. Por todo ello, el margen de intervención de las autoridades nacionales para cercenar dicha libertad debía quedar circunscrito por el interés de la sociedad democrática. Todos estos principios, que fueron construidos pensando en la prensa escrita, se aplican también a los medios audiovisuales.¹⁰⁶

Estando en juego la libertad de prensa, las autoridades francesas sólo disponían de un reducido margen de apreciación para juzgar acerca de la existencia de una “*necesidad social imperiosa*” a la hora de tomar las medidas contra los demandados. En consecuencia, el Tribunal llevó a cabo un detenido examen de la proporcionalidad de las medidas, con respecto al fin legítimo perseguido”.¹⁰⁷

En el caso se analizó si la información se hizo según las reglas profesionales y sin lesionar derechos de terceros. De acuerdo con el análisis del TEDH, el texto habría constituido una síntesis desequilibrada y des-contextualizada del largo reportaje de la revista y de una entrevista televisada, con inexactitudes, que se fueron corrigiendo progresivamente. Finalmente, a la nota se le agregó que *Junot* rechazaba las acusaciones del semanario.

En cuanto a la forma de difusión del mensaje estima el TEDH que en el caso, se estaba a medio camino entre lo grabado y el directo. A pesar de haber grabación, el mensaje estaba destinado a ser repetido en directo a intervalos regulares. Lo que significa, que en la primera transmisión no tuvo el director oportunidad de controlar el comunicado, pero a partir de las siguientes sí.

¹⁰⁵ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹⁰⁶ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹⁰⁷ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

En cuanto a la cuestión de si la restricción respondía a un fin legítimo, se consideró que, en efecto, uno de los fines enumerados en el apartado 2 del artículo 10, a la hora de contemplar las posibles restricciones, es el de *“la protección de la reputación o de los derechos ajenos”*. La reputación, el buen nombre o la fama, es un valor jurídico cualificado, presente con frecuencia, al abordarse la problemática de los límites a la libertad de expresión. El Tribunal recalcó que, *“el derecho a la reputación figura entre los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio, como integrante del derecho al respeto de la vida privada”*. Es decir, que el mismo título quedaría consagrado por partida doble.¹⁰⁸

Los periodistas del caso habían sido acusados del delito de difamación de funcionario público. No es sólo la buena fama de una persona cualquiera, sino que el sistema jurídico ofrece protección calificada a quienes desempeñan la función pública. Se asume que resultaban afectados bienes jurídicos de especial interés para la sociedad. El Gobierno, en sus alegaciones, había recalcado que la injerencia en la libertad tenía por objeto sancionar y reparar una conducta atentatoria al honor de una persona depositaria de autoridad pública. Por eso, al razonar acerca del fin legítimo que se pretendía alcanzar, incluía, junto a la protección de la reputación o de los derechos de terceros, el fin de la *“defensa del orden”*, incluido también en la lista del 10.2.¹⁰⁹

Entre los mecanismos de control de la actuación del Estado se concede señalada importancia a la opinión pública. Por eso, nada más legítimo que la información y la crítica, que pueden alcanzar cotas elevadas. Por su parte, la prueba de la verdad de las imputaciones exonera del delito de calumnia. Pero, cuando no sea el caso, la legítima defensa del Estado y de sus servicios reclama de todos cuidado y respeto ¹¹⁰

Dado el papel de los medios de comunicación en una sociedad democrática, así como la importancia del tema objeto de la información en este caso, se justificaba el más amplio debate público.

En cuanto a los deberes en la actuación periodística destacó el TEDH que, el ejercicio de la libertad de expresión de los periodistas, en lo referente a sus informaciones sobre cuestiones de interés general, queda subordinado a una actuación de buena fe, de forma

¹⁰⁸ MARTÍN-RETORTILLO L, *La Necesaria Diligencia de los periodistas*, pág. 152

¹⁰⁹ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹⁰ MARTÍN-RETORTILLO L, *La Necesaria Diligencia de los Periodistas*, pág. 153

que proporcionen informaciones exactas y dignas de crédito, dentro del respeto a la deontología periodística.

En virtud de estar ante una información y no una opinión, se le exige a los informadores una actuación de buena fe, exactitud de la información y respeto de la deontología periodística. Podría eventualmente admitirse una cierta dosis de exageración o, incluso, de provocación.¹¹¹

El ensamblaje entre la buena fe, información exacta y digna de crédito de un lado y una cierta dosis de exageración resulta una de las más difíciles tareas. Se exige en todo caso, que los periodistas se distancien sistemática y formalmente del contenido de una cita que pudiera insultar a terceros, provocarles o atentar a su honor.¹¹²

El Tribunal establece una diferencia importante al señalar que no existiría infracción del deber de actuar si los boletines objeto de la polémica se hubieran limitado a reproducir, citando su fuente, un artículo minucioso y documentado y una entrevista que iban a aparecer en un semanario serio.¹¹³

El problema consiste en que los boletines añadían algo que no estaba en la información preparada por "*Le Point*". En concreto, la afirmación que se pone en boca del afectado, *Michel Junot*, de que "*reconoce haber organizado la salida de una expedición de deportados hacia Drancy*". Esta no es una dosis de exageración o de provocación permisible en el ámbito de la libertad de prensa. Se trata, más bien, de la difusión de una información inexacta en relación con el contenido del artículo y de la entrevista publicada en "*Le Point*".¹¹⁴

El Tribunal estimó que, la extrema gravedad de los hechos imputados a *Michel Junot* y la circunstancia de que el boletín en cuestión estaba destinado a ser repetido numerosas veces, obligaban al demandante a dar prueba del mayor rigor y de una particular medida.¹¹⁵

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que, tratándose de los "*deberes y responsabilidades*" de un periodista, adquiere plena importancia el impacto potencial del

¹¹¹ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹² TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹³ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹⁴ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹⁵ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

medio de difusión de las informaciones. Al efecto, consideró especialmente pertinente, que la difusión del boletín se había realizado a través de la radio, por las ondas de una emisora con audiencia en todo el territorio nacional.

En fin, dada la gravedad de los hechos imputados a *Michel Junot* y la circunstancia de que el boletín cuestionado, en sus diversas versiones sucesivas, había sido difundido 62 veces desde una emisora de radio con audiencia en todo el territorio francés, el Tribunal estimó que las medidas tomadas contra los demandantes no resultaban desproporcionadas en relación con el fin legítimo perseguido.¹¹⁶

4.3 La televisión en el derecho europeo

La función institucional que el Tribunal de Estrasburgo reconoce a los derechos del artículo 10.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos adquiere una mayor importancia, cuando las libertades de expresión e información se ejercen a través de los medios de comunicación de masas. Así lo expresó en la sentencia “*Sunday Times*” de 1979 referida a la prohibición de publicar en ese periódico un artículo que abordaba el problema de la “*talidomida*” y sus efectos pernicioso sobre los recién nacidos.¹¹⁷ En dicha sentencia el TEDH se refirió a la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, agregando que además esta libertad, bajo reserva de lo previsto en el artículo 10.2 CEDH, es aplicable “*no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que se oponen, chocan o inquietan al Estado o algún sector de la población*”.¹¹⁸

El TEDH destaca la importancia de la tarea de los medios de comunicación, de proporcionar al ciudadano información sobre asuntos de interés público, reconociendo además, la existencia de un derecho a su recepción, el cual sirve de parámetro para apreciar la necesidad y proporcionalidad de medidas restrictivas sobre información.¹¹⁹

¹¹⁶ TEDH 30-03-2004 Radio France c. Francia

¹¹⁷ BONET J, *El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pág. 184-185

¹¹⁸ TEDH 26-04-1979 Sunday Times

¹¹⁹ BONET J, *El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pág. 184-185

Para el Tribunal de Estrasburgo en el asunto “*Sunday Times*”:

*“La injerencia no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad en el sentido del Convenio. No estima, pues, suficientes, bajo el ángulo del artículo 10.2, los motivos de la restricción impuesta a los demandantes. Esta restricción se revela como no proporcional al fin legítimo que persigue; no era necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial”.*¹²⁰

La doctrina fijada en la sentencia “*Sunday Times*” fue confirmada en decisiones posteriores, en las que el TEDH trasladó al sector audiovisual las afirmaciones hechas con relación a la prensa escrita.¹²¹ En la decisión *Jersild contra Dinamarca*, el Tribunal declaró:

*“La Corte reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las garantías que deben ser concedidas a la prensa revisten una importancia particular. Esta no debe franquear los límites fijados, especialmente, con vistas a la “protección de la reputación o de los derechos ajenos”; a ella (a la prensa) le incumbe en cambio comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de interés general. A esta función de comunicación se añade el derecho del público a recibirla (...) Si bien primeramente formuladas para la prensa escrita, estos principios son también de aplicación a los medios de comunicación audiovisuales.”*¹²²

En cuanto a la libertad de expresión y la libertad de información el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado el carácter de libertades esenciales para el proceso de libre formación de la opinión pública y para la democracia.

La presencia de intereses públicos especiales o incluso esenciales en determinadas prestaciones, como ocurre en el caso de la televisión, ha sido el factor determinante para justificar en nuestros días la presencia y continuidad de las autoridades estatales, a través de empresas de su propiedad, en este mercado. Algo que resulta contradictorio con la fuerte tendencia liberalizadora del mercado económico europeo, y que explica la frecuencia con que las empresas de televisión han acudido a la Comisión Europea y al

¹²⁰ TEDH 26-04-1979 *Sunday Times*

¹²¹ TEDH 25-03-1985 de 25 *Barthold*

¹²² TEDH de 23-09-1994 *Jersild contra Dinamarca*

tribunal de Justicia europeo para buscar respuestas a las incoherencias observadas en los mercados televisivos nacionales.

4.4 Pluralismo informativo en la jurisprudencia del TEDH

En la sentencia *Handyside* el TEDH destacó la importancia de garantizar un proceso abierto y plural de formación de la opinión pública para el correcto funcionamiento de la democracia.¹²³ En la sentencia “*Sunday Times*”, además de destacar el importante papel de los medios de comunicación de masas en el proceso de formación de la opinión pública, proclamó la relevancia que para ese proceso tiene el aseguramiento de unos medios de comunicación plurales.¹²⁴

Para el Tribunal de Estrasburgo, el fundamento del pluralismo informativo en la televisión se encuentra, conforme a esto, en el contenido jurídico-objetivo o institucional del artículo 10.1 CEDH y, en la medida en que se trata de un elemento central del orden constitucional democrático, va a gozar de una protección especial.

En la sentencia *Groppera Radio AG y otros*, el TEDH se pronunció con respecto a las medidas adoptadas por el Gobierno suizo destinadas a restringir la difusión dentro del territorio nacional de los programas de una emisión suiza instalada, en fraude a la ley, en Italia.¹²⁵ En acuerdo con la postura sostenida por el Gobierno, el Tribunal admitió que tales restricciones estaban justificadas para la defensa de los derechos de terceros, motivo expresamente mencionado en el artículo 10.2 CEDH y que, según el Ejecutivo, incluía la adopción de medidas destinadas a salvaguardar el pluralismo informativo mediante una distribución justa de las frecuencias disponibles.¹²⁶ Esta garantía del pluralismo informativo sería según el TEDH, uno de los motivos contenidos en el artículo 10.2 CEDH –la defensa de los derechos ajenos– que vendría a legitimar restricciones a las libertades de expresión e información.

En la sentencia “*Informationsverein lentia*” y otros contra Austria, el TEDH analizó la

¹²³ TEDH de 12-12-1976 *Handyside*

¹²⁴ TEDH 26-04-1979 *Sunday Times*

¹²⁵ TEDH 28-03-1990 *Groppera Radio AG*

¹²⁶ PÉREZ A, *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación*, pág. 70

normativa austríaca que establecía un monopolio audiovisual público con el fin, de acuerdo con las autoridades nacionales, de salvaguardar el pluralismo informativo.¹²⁷ El TEDH examinó la conformidad de las normas austríacas con el artículo 10 CEDH siguiendo su tradicional esquema de análisis. En primer lugar, examinó si la negativa a conceder una licencia para emitir televisión suponía una intromisión en la libertad de comunicar información. Confirmada la injerencia en este sentido, el Tribunal analizó su legitimidad conforme a lo previsto en el artículo 10.2 del Convenio. En opinión del Gobierno austríaco, el régimen de monopolio encontraría su justificación en el artículo 10.1 *in fine* Tratado de Derechos Humanos, conforme al cual se autoriza a los Estados a someter a las empresas de televisión a un régimen de autorización previa. El TEDH ya se había referido a la cláusula de autorización en el citado asunto *Groppera* de 1990, en el que, sin embargo, había hecho una interpretación bastante restrictiva:

*“Si bien la última frase del artículo 10.1 tiene como objetivo precisar que es legítimo que los Estados reglamenten, mediante un sistema de autorizaciones, el sistema de la radiodifusión sobre el territorio nacional, sobre todo en sus aspectos técnicos, ello no sustrae, sin embargo, las medidas de autorización a la existencia del apartado 2, sin lo cual se llegaría a un resultado contrario al objeto y a la finalidad del artículo 10 del Tratado Europeo de Derechos Humanos considerado en su conjunto”.*¹²⁸

Por su parte en la decisión *“Informationsverein Lentia”*, el TEDH amplió el ámbito de aplicación de la cláusula de autorización. Tal y como había hecho en la sentencia *Groppera*, el Tribunal estableció que esta cláusula permite a los Estados regular, a través de un sistema de autorización, la forma y el modo en que deban organizarse los medios de comunicación audiovisuales, especialmente en lo relativo a los aspectos técnicos. Sin embargo, la concesión o denegación de una autorización también puede depender de otro tipo de consideraciones, como la naturaleza y objetivos de una futura emisora, sus posibilidades de inserción a escala nacional, local o regional, los derechos y necesidades de un público dado o las obligaciones derivadas de instrumentos jurídicos internacionales.¹²⁹ Resulta entonces que el monopolio estatal en Austria, por el tipo de control que el mismo confiere a las autoridades sobre los medios de comunicación, contribuiría a favorecer la calidad y el equilibrio de los programas, objeto éste que se

¹²⁷ PÉREZ A, *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación*, pág. 68

¹²⁸ TEDH 28-03 *Groppera Radio AG*

¹²⁹ TEDH 24-11-1993 *Informationsverein Lentia* y otras contra Austria

ajusta al artículo 10.1 *in fine* Tratado Europeo de Derechos Humanos.¹³⁰

Adicionalmente, la compatibilidad de tales injerencias se examinan a la luz de las previsiones del artículo 10.2 del Tratado Europeo de Derechos Humanos, conforme al cual deben estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática, además de respetar el principio de proporcionalidad.¹³¹

4.5 Derecho a emitir televisión

Para la jurisprudencia constitucional de Alemania, aunque la libertad de radiotelevisión presenta un componente jurídico-subjetivo, la misma es ante todo una libertad que sirve a la formación de la opinión pública.¹³² Se trata de una libertad al servicio de una función. La misma no está reconocida primariamente en interés del operador de televisión, sino en interés de la garantía de ese proceso; en interés, de todos los ciudadanos.¹³³ A fin de que la televisión pueda cumplir su función constitucional de forma adecuada, el Tribunal alemán exige una actuación positiva del legislador, el cual debe garantizar:

*“que la pluralidad de las opiniones existentes encuentre, de la forma más amplia y completa, vías adecuadas de expresión a través de la televisión y que, de este modo, pueda ser ofrecida una amplia información”.*¹³⁴

Para algunos autores¹³⁵ la cláusula que autoriza a los Estados a someter a las empresas de televisión a un régimen de autorización previa (artículo 10.1 *in fine* Tratado Europeo de Derechos Humanos) no limita el derecho fundamental, sino que más bien faculta a los Estados para organizar su ámbito protegido.¹³⁶

Las medidas adoptadas por los Estados miembros -también aquellas destinadas a

¹³⁰ TEDH 24-11-1993 Informationsverein Lentia y otras contra Austria

¹³¹ TEDH 12-12-1976 Handyside

¹³² BVerfGE 57,295 (320); BVerfGE 83,238 (295 y s); BVerfGE 87,181 (197)

¹³³ BVerfGE 57,295 (320); BVerfGE 83,238 (296); BVerfGE 87,181 (197)

¹³⁴ BVerfGE 57,295 (319); BVerfGE 73, 119 (152), BVerfGE 74,297 (323), BVerfGE 83,238 (295)

¹³⁵ TSAKIRIDIS P, *Das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nach Artikel 10 der EMRK un die Frage seiner Drittwirkung*, pág. 87

¹³⁶ FREY Dieter, *Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG*, pág. 56

garantizar el pluralismo informativo- constituirán, en la mayoría de los casos, una intromisión en el contenido jurídico-subjetivo de la libertad de informar a través de la televisión y, en consecuencia, sólo podrán justificarse cuando se den las condiciones del artículo 10.2 Tratado Europeo de Derechos Humanos. El ejercicio de las libertades de comunicación podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que deberán estar previstas por la ley y constituir medidas necesarias en una sociedad democrática para preservar la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los propios o ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.¹³⁷

¹³⁷ TSAKIRIDIS P, *Das Recht der Meinungsäusserungsfreiheit nach Artikel 10 der EMRK und die Frage seiner Drittwirkung*, pág. 88

5 EL DERECHO COMUNITARIO

5.1 Derechos fundamentales en la Comunidad Europea

Conforme a la jurisprudencia del TJCE sobre la garantía de los derechos fundamentales en la Comunidad, los derechos de la comunicación, tal y como están reconocidos en las Constituciones nacionales de los Estados miembros y en el artículo 10.1 del Tratado Europeo de Derechos Humanos, son principios generales del derecho comunitario y, en consecuencia, el pluralismo informativo, en la medida en que es parte integrante de esos derechos, también queda configurado como principio general del derecho comunitario.¹³⁸

En el año 1992, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo, en esta resolución se reitera el carácter de derecho fundamental de las libertades de expresión e información, además de destacar la responsabilidad que los medios de comunicación poseen en la vida política y cultural de los Estados miembros y ponía de manifiesto la incapacidad de las normas comunitarias de defensa de la competencia para garantizar de forma efectiva por sí solas el pluralismo informativo en los medios de comunicación.¹³⁹

A pesar de la inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, las instituciones comunitarias han sido constantes en su compromiso con los derechos y libertades fundamentales y el TJCE los ha reconocido como parte integrante del ordenamiento comunitario.¹⁴⁰

La jurisprudencia del TJCE sobre los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario fue recogida en el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea:

“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

¹³⁸ MAILLÄNDER P, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, pág. 132

¹³⁹ Considerando A, B y D de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Concentración de los medios de comunicación y el Pluralismo

¹⁴⁰ CHUECA A, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, pág. 5

firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal, como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario".¹⁴¹

Adicionalmente el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, dotó al artículo 6.1 TUE de una nueva redacción:

"La Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros".¹⁴²

Es con la aprobación en el Consejo Europeo de Niza de la Carta de los Derechos Fundamentales (diciembre 2000) que se inicia una nueva etapa en la protección de los derechos fundamentales dentro de la Unión. La Carta dirigida a los órganos e instituciones comunitarias, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (artículo 51.1), está integrada por un total de 54 artículos, en los que se mencionan derechos civiles, políticos, económicos y sociales. La Carta reconoce dentro de estos derechos, en el artículo 11, con una formulación muy similar a la del artículo 10.1 CEDH, las libertades de expresión e información:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan las libertad de los medios de comunicación y su pluralismo".

A pesar de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales y del avance que ello significó para dotar a la Unión Europea de un catálogo de derechos fundamentales, los Estados miembros decidieron darle carácter no vinculante. Posteriormente, en el transcurso del Consejo Europeo celebrado en junio de 2004, los gobiernos de los Estados miembros llegaron a un acuerdo sobre la Constitución Europea, que en su segunda parte

¹⁴¹ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa dispone en el apartado 3º del artículo I-9: "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales"

¹⁴² Tratado de Ámsterdam 2 de octubre de 1997

incorpora la Carta de Derechos Fundamentales. Dicho Tratado debía ser ratificado vía referendo o vía parlamentaria. Sin embargo la victoria del “no” en países como Francia u Holanda, entre otros, no ha permitido su entrada en vigor.

Los Tratados constitutivos siguen siendo el marco normativo de referencia, los cuales se limitan a mencionar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

5.2 El TJCE y la garantía del pluralismo informativo

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE los Estados podrán limitar la libertad comunitaria prevista en los artículos 49 y ss TCE, a través de dos tipos de medidas: (i) medidas discriminatorias respecto de sus nacionales, (ii) medidas no discriminatorias.

5.2.1 *Restricciones de carácter discriminatorio*

El artículo 49 TCCE prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación. En consecuencia, un Estado miembro no podría justificar una restricción discriminatoria de la libertad comunitaria invocando la nacionalidad, afirmación igualmente válida para la televisión fronteriza. Con respecto a esta prohibición de carácter general, los Estados miembros podrán adoptar medidas de carácter discriminatorio que tengan como consecuencia una limitación de la libre prestación de servicios cuando ello venga exigido por razones de orden público, seguridad o salud pública.¹⁴³

Los motivos por los que se podrá limitar la libertad comunitaria – orden público, seguridad y salud pública- constituyen un numerus clausus, no siendo admisibles otras causas distintas a las previstas en el artículo 46.1 TCCE.

¹⁴³ HOLZNAGEL B, *Rundfunkrecht in Europa*, pág. 140

No obstante, es evidente que la indeterminación que caracteriza a estos conceptos confiere a los Estados miembros un amplio margen a la hora de determinar cuándo procede o no aplicar una medida discriminatoria por concurrir alguno de esos motivos, de lo que deriva la necesidad de que la medida adoptada respete el principio de proporcionalidad, siendo el TJCE el órgano competente para controlar estos extremos.¹⁴⁴

La primera vez que el Tribunal aludió al pluralismo informativo como límite a la libre prestación de servicios fue en el Asunto Comisión contra Bélgica de 1992, cuyo objeto era una normativa belga sobre emisiones televisivas destinadas a la comunidad flamenca. La legislación, en cuestión prohibía la transmisión de programas de televisión provenientes de otros Estados miembros si la emisión no tenía lugar en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en el cual el servicio de radiodifusión se hallaba establecido. Para justificar esta limitación a la libre prestación de servicios, el Gobierno Belga alegó objetivos de política cultural, concretamente el mantenimiento del pluralismo en la prensa escrita, que beneficia directamente los ingresos publicitarios de las estaciones nacionales de televisión, la preservación y el desarrollo del patrimonio artístico, así como la viabilidad de las estaciones nacionales. El TJCE consideró que las medidas adoptadas tenían un carácter discriminatorio, cuya única pretensión era la de limitar la concurrencia efectiva a los operadores nacionales para asegurar sus ingresos publicitarios.

*“Los motivos de justificación alegados por el Gobierno belga no caen dentro de ninguna de las expresiones de la libre prestación de servicios previstas en el artículo 56 TCCE (actual artículo 46 TCCE), a saber, motivos de orden público, seguridad y salud públicas”.*¹⁴⁵

Para *Petersen* el TJCE no incluye a la garantía del pluralismo informativo en los motivos que justifican medidas nacionales discriminatorias limitativas de la libertad de prestación de servicios.¹⁴⁶ Esta también fue la postura defendida por la Comisión Europea en el Libro Verde *“Televisión sin Fronteras”*¹⁴⁷ y en el Libro Verde *“Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior”*.¹⁴⁸ Para la Comisión,

¹⁴⁴ TJCE 26-04-1988

¹⁴⁵ TJCE 16-09-1992

¹⁴⁶ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit un EG-Vertrag*, pág. 130

¹⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde Televisión sin Fronteras*, (84) 300 final

¹⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde Televisión sin Fronteras*, (92) 480 final

*“El Pluralismo no se podría invocar para justificar las discriminaciones ya que no guarda relación alguna con estos tres motivos. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Groppera vinculó el pluralismo no ya con motivos de orden público o de seguridad pública, sino con el respeto de los derechos ajenos que no figura en el artículo 56 (actual artículo 46 TCCE) del Tratado.”*¹⁴⁹

Por el contrario, para autores como *Kugelmann*, a pesar de las argumentaciones expuestas por el TJCE en el asunto Comisión contra Bélgica no puede considerarse en forma absoluta que, en otros supuestos, las disposiciones discriminatorias de la misma naturaleza adoptadas por un Estado miembro no encuentren justificación en el artículo 46.2 TCCE. Esta tesis se basa en la importancia del pluralismo informativo en la televisión para el buen funcionamiento de la democracia. Los partidarios de esta tesis afirman que la necesidad de garantizar ese pluralismo podría quedar subsumida dentro del concepto de orden público en el sentido del artículo 46.1 TCCE.¹⁵⁰

5.2.2 *Restricciones de carácter no discriminatorio*

La protección del pluralismo informativo puede constituir un objetivo de interés general que justifique las limitaciones por parte de un Estado a la libre prestación de servicios en la Comunidad.¹⁵¹ Para el TJCE, en caso de no existir armonización de las legislaciones nacionales, un Estado miembro podrá restringir una emisión de televisión procedente de otro Estado miembro y que no se ajuste a sus disposiciones normativas referidas a la protección del pluralismo externo cuando se trate de una restricción aplicable de forma indiscriminada con relación a sus nacionales y siempre que se respeten las siguientes condiciones: (i) limitación justificada por motivos de interés general, (ii) la restricción no es desproporcionada en relación con el objetivo a perseguir.

En este sentido se ha expresado el TJCE:

“Pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general aquellas restricciones a la emisión de mensajes publicitarios (...) necesarias para proteger a los

¹⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior*, pág. 65

¹⁵⁰ KUGELMANN D, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages*, pág. 214 ss

¹⁵¹ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit un EG-Vertrag*, pág. 133

*consumidores contra los excesos de la publicidad comercial o por razones de política cultural, para mantener una cierta calidad de programas”.*¹⁵²

Agrega el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que,

*“el mantenimiento del pluralismo que esta política neerlandesa pretende garantizar está relacionado con la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Tratado Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, libertad que figura entre los derechos fundamentales garantizados por el orden jurídico comunitario”.*¹⁵³

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea las restricciones a la libertad comunitaria introducidas por la legislación neerlandesa no eran necesarias o proporcionadas para la consecución de los objetivos de política cultural alegados y, en consecuencia, tales medidas debían ser declaradas incompatibles con el derecho comunitario.¹⁵⁴

El TJCE se refirió nuevamente a la garantía del pluralismo informativo en la sentencia en la que se resolvió la demanda presentada por la editora austriaca *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlag* contra el editor de publicaciones periódicas establecido en Alemania *Heinrich Bauer Verlag*, a objeto de que se ordenara a este último el cese de la venta en territorio austriaco de publicaciones que ofrecían a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premios, vulnerando, de esta forma, al Ley Contra la Competencia Desleal austriaca.¹⁵⁵

El TJCE reitera la importancia del pluralismo en la prensa:

“el mantenimiento del pluralismo de la prensa puede constituir una exigencia imperativa que justifique una restricción a la libre prestación de servicios. En efecto, este pluralismo contribuye a la salvaguarda de la libertad de expresión tal y como está protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la cual figura entre los derechos fundamentales garantizados

¹⁵² TJCE 25-07-1991

¹⁵³ TJCE 25-07-1991

¹⁵⁴ GAY C, *La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, pág. 125

¹⁵⁵ PETERSEN N, *Rundfunkfreiheit un EG-Vertrag*, pág. 148

por el ordenamiento jurídico comunitario”.¹⁵⁶

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ha resuelto casos específicamente referidos a la cuestión del pluralismo informativo; sin embargo, desde sus primeros pronunciamientos sobre la libertad de información y la libertad de expresión, se ha referido a este concepto en relación con su valor democrático y su necesidad para la conformación de una opinión pública bien informada.

En algunas ocasiones se ha planteado ante el Tribunal asuntos relacionados con el sostenimiento de los monopolios estatales de radiodifusión sonora y televisiva, así como con las solicitudes de licencias para emisoras de radio y televisión, o para la provisión de servicios de telecomunicaciones. Bajo esta premisa, algunas de las ideas esgrimidas por el Tribunal en sus sentencias resultan especialmente significativas. Así ocurrió en los asuntos: *Gropper Radio AG* y otros versus Suiza; *Autronic AG* versus Suiza; y el caso *Informationsverein Lentia* y otros versus Austria.

El Tribunal interpretó en estos casos el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permite la intervención estatal en la regulación de las actividades de radiodifusión sonora y televisiva, así como de telecomunicaciones. El Tribunal afirmó que la libertad de información y la libertad de expresión no deben entenderse únicamente desde la perspectiva del contenido de dicha información, sino también desde la falta de limitaciones “*en los medios de transmisión y recepción, puesto que cualquier restricción impuesta sobre los medios tecnológicos interfiere necesariamente con el derecho a dar y recibir información.*”

Además, pese a que el sistema monopolístico es capaz de contribuir a la calidad y equilibrio de los programas, a través de la supervisión por parte de los poderes públicos y las autoridades, la libertad de información, en una sociedad democrática, permite la difusión de información e ideas de interés general; y dicha tarea no puede culminarse satisfactoriamente sin ser fundamentada en el pluralismo mediático, del cual, el Estado es el máximo garante.

¹⁵⁶ TJCE 26-06-1997 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlag –und Vertriebs Gmbh contra Baner Verlag

5.2.3 *Pluralismo como principio general del derecho comunitario*

Conforme a la jurisprudencia del TJCE sobre la garantía de los derechos fundamentales en la Comunidad, los derechos de la comunicación, tal y como están reconocidos en las Constituciones nacionales de los Estados miembros y en el artículo 10.1 Tratado Europeo de Derechos Humanos, son principios generales del derecho comunitario y, en consecuencia, el pluralismo informativo, en la medida en que es parte integrante de esos derechos, también queda configurado como principio general del derecho comunitario.¹⁵⁷

En aplicación del principio de atribución de competencias del artículo 5.2 TCCE, la Comunidad Europea actuará únicamente dentro de los límites que le atribuye el Tratado y, como ya ha sido apuntado, éste no reconoce una competencia expresa de la Comunidad para la adopción de medidas que aseguren el pluralismo en los medios.¹⁵⁸

A pesar de no existir en los Tratados una norma que respalde la intervención de la Comunidad para la garantía del pluralismo, las instituciones y órganos comunitarios se han pronunciado a favor de aprobar una norma que armonice las divergencias existentes entre las legislaciones nacionales con relación a la propiedad de medios de comunicación.

La protección del pluralismo ha sido tradicionalmente considerada como una competencia interna de los Estados miembros de la Unión Europea hasta que la Unión Europea decidió impulsar la libre competencia empresarial en el espacio comunitario. Sin embargo, las instituciones comunitarias se han visto obligadas a intervenir sobre las concentraciones mediáticas nacionales para evitar que los preceptos relacionados con la política de competencia en el marco europeo pudieran lesionar el pluralismo informativo interno de cada Estado miembro. La capacidad legislativa otorgada a los Estados miembros para mantener el pluralismo mediante sus normativas nacionales sobre concentraciones creaba interferencias en un mercado interior comunitario sin fronteras. Para resolver esta disyuntiva, la Unión Europea ha debido apostar por unas medidas políticas híbridas que conjugaran estos dos principios enfrentados: el derecho a la libertad de mercado frente al derecho del ciudadano a recibir una información plural.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MAILLÄNDER P, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, pág. 132

¹⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*, COM (2003) 270 final de 21 de mayo de 2003, pág. 24

¹⁵⁹ ROJO P, *Pluralismo y Concentración en el Mercado Europeo*, pág. 1

Para comprender la problemática que suponía el efecto de la concentración en el sector de los medios de comunicación sobre el pluralismo de estos medios era necesario delimitar previamente el sentido del término “*pluralismo*”. Fuera del ámbito jurídico, el concepto se utilizaba en sentido amplio y general. A veces se habla de pluralismo al referirse a acciones en favor de la libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información. En este caso, la utilización del término se inscribía en el contexto general de las medidas en favor de los medios de comunicación, cuyos límites eran difíciles de definir. En cambio, en el ámbito jurídico, el concepto estaba presente en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, y era considerado como principio de naturaleza constitucional.

Al tratarse del pluralismo interno, las medidas adoptadas se reflejaban en la organización interna de las empresas de comunicación (cuya estructura de control debía representar a las diversas corrientes de opinión) o bien en el contenido editorial de los informativos y de las emisiones. En el caso del pluralismo externo, las medidas tendían a organizar las relaciones entre las distintas empresas de comunicación con objeto de garantizar cierto grado de autonomía entre las empresas (medidas contra la concentración).¹⁶⁰

Así pues, el concepto de pluralismo podía definirse, tanto por su función como por su objeto, como una noción jurídica cuya función es limitar, en algunos casos, el alcance del principio de libertad de expresión con objeto de garantizar al público la diversidad informativa.

Las operaciones de concentración en el sector de los medios de comunicación no tienen por sí mismas efectos positivos o negativos sobre el pluralismo. Este efecto sólo puede ser valorado en relación con el público y la diversidad informativa que se le ofrece en un determinado lugar. Según el impacto sobre dicho entorno, la concentración puede tener un efecto positivo o negativo sobre el pluralismo. El efecto será positivo si la diversidad informativa ofrecida al público se ve incrementada (concentración que ayuda a evitar la desaparición de medios de comunicación). En cambio, el efecto será negativo, cuando la diversidad informativa ofrecida al público se ve disminuida (concentración que supone la desaparición de medios de comunicación).

Para valorar en qué medida la concentración informativa en Europa podía plantear

¹⁶⁰ ROJO P, *Pluralismo y Concentración en el Mercado Europeo*, pág. 1

problemas al pluralismo era necesario definir lo que se entendía por “*diversidad de la elección informativa*” ofrecida al público en un lugar determinado. La diversidad puede valorarse de distintas maneras: desde el punto de vista del número de emisoras o diarios, desde el punto de vista del número de controladores o de propietarios de los medios.

En el sentido de que el buen funcionamiento del mercado interior requería una reglamentación, esta podría alcanzar simultáneamente el objetivo de mantener el pluralismo frente a la concentración de los medios de comunicación. Por tanto, la intervención de la Comunidad, basada en motivos relacionados con el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, no se contraponía, en sí misma, a la exigencia de interés general de impedir las concentraciones peligrosas para el pluralismo que no abarcaran la mera aplicación del derecho de la competencia.

5.3 Actuación del Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo ha sido constante en su trabajo en materia de pluralismo y concentración de medios de comunicación, éste ha pedido a la Comisión la presentación de propuestas y la adopción de medidas en éste ámbito.¹⁶¹

En la Resolución del año 1990 el Parlamento pedía a la Comisión la presentación de una propuesta para establecer el marco legislativo propio sobre concentraciones y compras de empresas en el sector de los medios de comunicación, así como una legislación antimonopolio

En el año 1992, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo, en esta resolución se reitera el carácter de derecho fundamental de las libertades de expresión e información, destacaba la responsabilidad que los medios de comunicación poseen en la vida política y cultural de los Estados miembros y ponía de manifiesto la incapacidad de las normas comunitarias de defensa de la competencia para garantizar de forma efectiva por sí solas el pluralismo

¹⁶¹ Por ejemplo, con la Resolución del PE de 15 de febrero de 1990, sobre la concentración en el sector de los medios de comunicación (DOCE N° C68, de 19 de marzo de 1990, pág. 137 y ss)

informativo en los medios de comunicación.¹⁶²

Adicionalmente se solicita a la Comisión, entre otros aspectos, la adopción de las medidas indispensables para controlar y limitar las concentraciones de medios de comunicación y, si fuese necesario, la adopción de una Directiva que armonice las disposiciones nacionales sobre la concentración de la propiedad de los medios de comunicación.¹⁶³

Las peticiones del Parlamento Europeo para armonizar las legislaciones nacionales sobre la propiedad de medios de comunicación encontraron finalmente una respuesta en la Comisión a través del Libro Verde “Pluralismo y Concentración de Medios de Comunicación en el Mercado Interior”.¹⁶⁴

5.4 Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización internacional, cuya finalidad es la salvaguarda y promoción de los ideales y principios que constituyen el patrimonio común de sus miembros. El Consejo centra su atención no en aspectos económicos de la televisión sino en su dimensión política y cultural.

La actividad del Consejo de Europa en el sector de los medios de comunicación audiovisuales ha estado encaminada a promover las libertades de expresión e información, tal y como están garantizadas en el artículo 10 del Tratado Europeo de Derechos Humanos, así como a favorecer la libre circulación de informaciones más allá de las fronteras nacionales a través de la existencia de una pluralidad de medios independientes y autónomos.¹⁶⁵

El Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 5 de mayo de 1989 tiene por

¹⁶² Considerando A, B y D de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Concentración de los medios de comunicación y el Pluralismo

¹⁶³ Resolución del Parlamento Europeo sobre la Concentración de los medios de comunicación y el Pluralismo, pág. 47 y ss

¹⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*, COM (2003) 270 final de 21 de mayo de 2003, pág. 24

¹⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General*, COM (2003) 270 final de 21 de mayo de 2003, pág. 24

objetivo según dispone su artículo 1 “facilitar la transmisión transfronteriza y la retransmisión de servicios de programas de televisión entre los Estados miembros”. Para ello, las partes contratantes garantizan la libertad de recepción y se comprometen a no impedir la retransmisión en su territorio de aquellos programas que cumplan los requisitos establecidos en el Convenio. Los programas que se beneficien de la retransmisión tendrán que respetar determinadas normas sobre contenidos, tales como: (i) respetar la dignidad humana y no perjudicar el desarrollo físico, psíquico y moral de niños y adolescentes (artículo 7), (ii) garantizar el ejercicio efectivo del derecho de réplica, (iii) reservar para obras europeas una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión (artículo 10), (iv) prohibición de difundir publicidad engañosa o que atente contra los intereses de los consumidores, quedando absolutamente impedida la publicidad de determinado tipo de productos (artículos 11 al 16).

El Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza ha previsto la creación y el funcionamiento de un Comité Permanente (artículos 20 al 22) y dispone las medidas a adoptar por los Estados miembros en los casos de incumplimiento (artículo 24).

En el Convenio se alude a la obligación de los operadores de informar presentando los hechos fielmente y favoreciendo la libre formación de opiniones, así como el deber de los Estados de esforzarse para evitar que los programas transmitidos por organismos pertenecientes a su jurisdicción pongan en peligro el pluralismo de la prensa escrita y el desarrollo de la industria cinematográfica.¹⁶⁶

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado distintas resoluciones y recomendaciones, cuyo objeto era la salvaguarda del pluralismo informativo en los medios de comunicación: Recomendación 747 (1975), sobre concentraciones en la prensa; Recomendación 834 (1978), sobre amenazas a la libertad de prensa y televisión; Recomendación 1077 (1988), relativa al acceso a los medios de comunicación audiovisuales durante la campaña electoral, Resolución 1120 (1997), sobre la incidencia de las nuevas tecnologías de comunicación e información en la democracia, Recomendación 1506 (2001), relativa a la libertad de expresión e información en los medios de comunicación en Europa; Recomendación 1589 (2003), sobre la misma materia, o la Decisión 1387 (2004), relativa a la monopolización de los medios

¹⁶⁶ Artículo 7.3 y 10 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza

electrónicos y posibilidad de abuso del poder en Italia.

5.5 Papel de las autoridades nacionales de regulación

Los Estados Miembros velarán por que cada una de las misiones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación en las respectivas directivas sea desempeñada por un organismo idóneo.

El proceso de liberalización en el sector audiovisual desarrollado de modo generalizado en Europa a partir de los años setenta comportó la creación de autoridades de regulación para garantizar la existencia de un verdadero mercado allí donde se imponía el monopolio, en particular en el sector de la televisión. Pero casi al mismo tiempo se suscitó el debate en torno a los contenidos de las emisiones en este mercado abierto. Cómo garantizar el pluralismo, cómo hacer realidad la defensa del ejercicio del derecho a la información de una forma que fuera compatible con la protección de otros principios y valores constitucionales, cómo imponer unos contenidos de servicio público.¹⁶⁷

Es común en derecho comparado que las potestades públicas sobre la televisión no se atribuyan al gobierno, sino a corporaciones públicas de composición plural o a autoridades independientes. Sus miembros suelen ser elegidos por mayorías parlamentarias, por una acción combinada de los principales Poderes Públicos o por las fuerzas sociales más representativas.¹⁶⁸

En Alemania, la televisión pública descansa así sobre los entes públicos de radiotelevisión, cuya estructura interna está al servicio de esta libertad. El Consejo de Radiotelevisión – compuesto por representantes de los grupos sociales, políticos, culturales y económicos más relevantes- tiene la misión de garantizar la existencia de una programación imparcial y pluralista en la televisión pública.¹⁶⁹

La dirección efectiva del ente de televisión corresponde al Intendente elegido por el Consejo de Radiotelevisión, ante el que también responde, que asume su representación

¹⁶⁷ TORNO J, Los Organismos Reguladores de lo Audiovisual, pág. 193

¹⁶⁸ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 146

¹⁶⁹ BETANCOR A, *Las Administraciones Independientes*, pág. 53

legal, es responsable de la programación y de la elaboración de los planes financieros. El Consejo de Radiodifusión elige también a un Consejo de Administración, como órgano de control y apoyo del Intendente en las cuestiones técnicas y económicas.¹⁷⁰

En cuanto a la televisión privada destacan los entes públicos estatales que conceden las licencias y controlan la actividad de los operadores privados. Al frente del ente se encuentra un órgano ejecutivo que recibe distintos nombres. En la mayoría de los estados federados existe también un órgano colegiado, al que corresponden las decisiones más importantes, compuesto por representantes de organizaciones políticas, sociales y culturales.¹⁷¹

En el caso de España el ente público de Radiotelevisión acoge en su estructura a un Consejo de Administración compuesto por doce miembros, elegidos para cada Legislatura- la mitad por el Congreso y la mitad por el Senado, mediante mayoría de dos tercios-, entre personas de relevantes mérito profesional. El Director General es nombrado por el Gobierno, oído el Consejo de Administración. Asimismo se prevén unos Consejo Asesores y una Comisión Parlamentaria del Congreso para el Control de la actuación de las sociedades gestoras.¹⁷²

Aunque su naturaleza jurídica es discutida, en opinión de algunos autores Radiotelevisión española, reúne alguno de los rasgos característicos de las administraciones independientes. A este modelo responden también las entidades de de televisión autonómicas.¹⁷³

La televisión privada por su parte depende, directamente de la administración gubernativa competente, que es quien otorga los títulos administrativos habilitantes y ejerce las potestades públicas previstas en el ordenamiento jurídico.

La independencia, ordenada a garantizar la imparcialidad y objetividad de sus decisiones, y ella misma asegurada a través de la necesaria suficiencia competencial y de recursos y de la autonomía de organización, y el carácter sectorial, derivado de la especificidad del marco regulatorio diseñado cuyos objetivos, como veremos más adelante, resisten mal la

¹⁷⁰ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 147

¹⁷¹ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 147

¹⁷² PARADA J, *Derecho Administrativo*, pág. 299

¹⁷³ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 158

identificación unívoca con aquéllos típicos de la regulación de mercados maduros.¹⁷⁴

Ambas aparecen como características peculiares de estas Autoridades cuya naturaleza, por otra parte, resultaba entonces, y todavía ahora en gran medida, extraña a los modos tradicionales de organización administrativa típicamente continental.¹⁷⁵

Tales atributos, por otra parte, habían de tener como contrapartida la exigencia de la mayor eficiencia en el cumplimiento de sus funciones de ordenación de los mercados, que justificará por sí misma, su creación y existencia. La imparcialidad y la transparencia resultan, consiguientemente, correlatos necesarios de la independencia otorgada.

5.6 Las herramientas regulatorias y la evolución de los mercados

Aunque el derecho de competencia puede contribuir al pluralismo, no basta para abarcar todas las situaciones, ya que el mantenimiento de la competencia y del pluralismo constituyen dos objetivos distintos que exigen valoraciones diferentes. Por este motivo los Estados miembros han adoptado reglamentaciones específicas sobre la propiedad de los medios de comunicación, paralelas a las normas nacionales de competencia. Las normativas nacionales persiguen un interés general (garantizar el pluralismo) y, por consiguiente, únicamente la armonización comunitaria de estas normas de interés general podría suprimir las restricciones a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento, causadas por la disparidad de dichas normas.¹⁷⁶

En el sentido de que el buen funcionamiento del mercado interior requería una reglamentación, esta podría alcanzar simultáneamente el objetivo de mantener el pluralismo frente a la concentración de los medios de comunicación. Por tanto, la intervención de la Comunidad, basada en motivos relacionados con el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, no se contraponía, en sí misma, a la exigencia de interés general de impedir las concentraciones peligrosas para el pluralismo que no abarcaran la mera aplicación del derecho de la competencia.

¹⁷⁴ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 16

¹⁷⁵ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 16

¹⁷⁶ LECAROS M, *Una Mirada Ética en Torno al Pluralismo*, pág. 58

Los efectos de la liberalización en términos de precios, variedad de servicios y crecimiento de ingresos, consumo y penetración de todos y cada uno de ellos no tiene parangón, ni para España ni para el conjunto de la UE, con ningún otro sector cuya liberalización haya sido acometida antes.

Con todo, no todos los objetivos establecidos al inicio del proceso han sido alcanzados con la misma intensidad. Si la competencia en servicios ha evolucionado muy rápidamente, no puede decirse lo mismo de la inversión en redes alternativas, esenciales para hacer esa competencia sostenible en el largo plazo sin dependencia regulatoria.

La liberalización del sector audiovisual en España exigió, en un primer momento, la creación de una entidad reguladora del mercado de las telecomunicaciones, cuyas funciones se orientaron a la garantía de la existencia de un verdadero mercado regido por un régimen de monopolio.¹⁷⁷

Queda por responder en qué medida el marco regulatorio adoptado, y la realidad económica desarrollada a su amparo, han servido o no para configurar estas actividades como pilares esenciales del crecimiento económico y cuál es su adecuación a los retos que su evolución plantea.

Necesario, igualmente, es marcar el punto de partida en el que se encontraba el desenvolvimiento de las actividades que hoy han evolucionado hasta configurar a un sector omnicomprendido de todas ellas: las telecomunicaciones, los servicios de Internet y los audiovisuales, hoy comunicaciones electrónicas.

Las telecomunicaciones presentaban entonces en lo que se refiere a las redes fijas una caracterización como servicios públicos en monopolio, frecuentemente público también, monolíticamente integrado en el que se empaquetaban la disponibilidad del acceso y las comunicaciones, entonces casi exclusivamente vocales, así como una total integración entre las redes y los servicios.

Uno de los aspectos más relevantes del marco jurídico comunitario de las telecomunicaciones es el relativo a la estandarización técnica. La finalidad de la misma es hacer compatible entre sí los diferentes equipos de telecomunicaciones fabricados y comercializados en el mercado común, así como garantizar la interconexión entre las

¹⁷⁷ TORNO J, Los Organismos Reguladores de lo Audiovisual, pág. 193

diferentes redes de telecomunicaciones.¹⁷⁸

Por otra parte en el marco general de la armonización de las condiciones de la oferta de red abierta lo constituyó la Directiva 90/387/CEE, que estableció los principios generales para acceder a las redes y a los servicios de telecomunicaciones en un entorno de libre competencia. Se trataba de una Directiva Marco, concretada, posteriormente, a través de otra serie de Directivas y Recomendaciones.¹⁷⁹

Por lo que se refiere a los servicios audiovisuales, la configuración como servicios públicos con un fuerte componente de intervención derivada de su relevancia en la formación de opinión, determinaron su exclusión de la liberalización que se acometía para las telecomunicaciones.¹⁸⁰

En España la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, fue modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre, para adaptarla a la Directiva 90/388 de la Comisión, que establece las líneas de prestación de diferentes modalidades de telecomunicación, fija funciones y responsabilidades de Administración, sectores públicos y privados.¹⁸¹

Frente al impulso de liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea la ley partía de la consideración de las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal ordenando la gestión por medio de la concesión de cesiones y autorizaciones. Recordemos que ya el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 10.1, tras reconocer el derecho de toda persona a recibir y comunicar información sin injerencias de las autoridades públicas y sin fronteras, añadía: "El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa", debido, sin duda, al reconocido carácter estratégico de los medios de comunicación.¹⁸²

En el apartado 2 del artículo 10 ERTVE se añade que el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas

¹⁷⁸ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 263

¹⁷⁹ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 270

¹⁸⁰ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 30

¹⁸¹ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 235

¹⁸² SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 237

necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El marco jurídico adoptado puso, en consecuencia, el acento en los instrumentos regulatorios de intervención directa y reacción anticipada a los problemas que la fuerza misma de los operadores tradicionales -en monopolio no de *iure* pero sí de *facto*- habrían necesariamente de plantear.

Es, por tanto, una etapa en la que los remedios provistos por las normas tradicionales de competencia sirven mal, en solitario, para afrontar las dificultades que el desenvolvimiento de la actividad de los nuevos operadores debían superar; resulta así prioritaria la aplicación de las normas sectoriales específicas, de naturaleza preventiva, de los obstáculos que los operadores tradicionales planteaban para los nuevos entrantes en el mercado, y es por tanto y en definitiva una etapa caracterizada, sobre todo, por la aplicación de soluciones de carácter marcadamente sectorial con una presencia, diríamos complementaria de las normas clásicas de la competencia; dicho de otro modo, una presidida por la prevalencia de la denominada regulación sectorial -con soluciones *ad hoc* y *ex ante*- sobre el derecho horizontal de la competencia.¹⁸³

Esta regulación *ex ante* se basaba en soluciones predefinidas, de aplicación formalmente menos compleja, para eliminar barreras de entrada identificadas previamente y vinculadas, fundamentalmente, a los elementos físicos necesarios para la prestación de los servicios. La apertura de la red del dominante en condiciones que hicieran posible la aparición de competencia se erigía así, en el modelo europeo, como pieza clave del proceso liberalizador.

Son elementos esenciales de ese marco, por tanto, el establecimiento de obligaciones que, exigidas “*a priori*” y por tanto independientes de cualquier comportamiento clasificable según las reglas de competencia, debían garantizar unas condiciones mínimas de partida para el desenvolvimiento de los nuevos operadores, para el cual la intervención preventiva

¹⁸³

CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 32

se ha revelado absolutamente indispensable.¹⁸⁴

Así pues, el mundo del audiovisual tiene su propia dinámica y sus propias reglas fundamentales que hacen que, en un mundo donde la técnica ha hecho desaparecer en buena medida las limitaciones precedentes, el audiovisual tenga que enfrentar su futuro con una profunda reflexión sobre su regulación y los fundamentos de la misma, para lo cual no sirve, si más el modelo de la libertad total aplicable a la prensa escrita, aunque deben someterse a revisión de las reglas que han sido operativas durante la época del monopolio o de la apertura limitada de posibilidades de comunicación audiovisual que se inició durante los años ochenta.¹⁸⁵

Y nos referimos a la definición, en ocasiones demasiado monolítica, de los servicios a regular y de las medidas de intervención a establecer que disfrutaban de un cierto automatismo en su aplicación inicial, como hemos señalado, y que, sin embargo, debió muy pronto ser matizado en cada una de sus aplicaciones prácticas, dando entrada así a lo que será en la revisión del año 2002 una de las piezas claves del marco actualmente en vigor: la valoración con herramientas de contenido fundamentalmente económico y a la luz de las normas del Derecho de la Competencia de la realidad concreta a regular y de los elementos esenciales determinantes de las tomas de posición de los operadores en ellas.

El paquete de disposiciones adoptado a lo largo del año 2002 e incorporado a la legislación española por la LGTel 32/2003, se asienta sobre una mayor preeminencia de las normas horizontales de la competencia en el entendimiento de que, transcurridos seis años desde la liberalización el grado de competencia en los mercados es tal que la intervención regulatoria sectorial, aún permaneciendo necesaria, debe asentarse ya sobre las categorías y soluciones que la teoría y el derecho de la competencia han ido elaborando. Se trataba de evolucionar desde unos mercados fuertemente intervenidos regulatoriamente ex ante, hacia un marco de mayor desregulación con el acento en la intervención correctora a posteriori. La definición de los mercados establecida a la apertura del proceso resultaba ya demasiado simplista. La competencia no había rodado por igual en todos los segmentos, ni para todos los servicios, y la evolución tecnológica determinaba ya que la dependencia de los recursos controlados por el operador dominante no fuera predicable por igual de todos ellos, al tiempo que había permitido la aparición de nuevos servicios,

¹⁸⁴ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 33

¹⁸⁵ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar Sobre el Régimen Jurídico del Audiovisual*, pág. 13

sobre redes igualmente nuevas, en los que la posición de los operadores es, de partida, más equiparable.¹⁸⁶

La disponibilidad de los recursos de red del operador tradicional empieza a compartir peso con los obstáculos propios de la actividad y fuerza comercial de los operadores, que responden bien al tratamiento tradicional del Derecho de la Competencia, pero que exigen una evolución en la mentalidad de todos: operadores entrantes, reguladores, operador tradicional en un momento en el que las variables económicas en las que se desenvuelve la actividad han resultado complicadas.

Se podría decir que ese mayor equilibrio entre ambos tipos de intervención se traduce, en primer término, en una clara diferenciación en el análisis de los mercados finales, por una parte, y de los mercados mayoristas que les sirven, por otra.¹⁸⁷

Porque la realidad en estos mercados venía evolucionando desde su arranque en dos direcciones: por una parte, la convergencia tecnológica en el ámbito de las plataformas de prestación de los servicios y, por otra, la desagregación de la cadena de valor que permite producirlos. La cuestión pro futuro, es ahora la consideración de la adecuación de las herramientas del Derecho de la Competencia para el cumplimiento de los fines de la regulación sectorial.¹⁸⁸

Efectivamente, estando orientada a garantizar el nacimiento mismo de la competencia en mercados que se abren a ella, las herramientas de análisis propias de la doctrina clásica del Derecho de la competencia permiten identificar la necesidad misma y los grados de la intervención necesaria en cada momento pero no pueden, en modo alguno, utilizarse sin consideración a los objetivos propios de la intervención ex ante.

Finalmente, el Parlamento y la Comisión Europea acordaron en los últimos años posiciones comunes en torno al pluralismo informativo, a la necesidad de imponer límites a la concentración de medios, y a la garantía de la radiodifusión comunitaria.

El Parlamento Europeo aprobó en 2008 con amplia mayoría una Resolución sobre "Medios del tercer sector de la comunicación". Se trata de la primera resolución de la

¹⁸⁶ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 34

¹⁸⁷ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 34

¹⁸⁸ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria. La CMT*, pág. 35

Unión Europea que se dedica específicamente a los medios comunitarios.

La resolución del Parlamento Europeo no es vinculante pero es un importante apoyo para los medios comunitarios ya que la Resolución reconoce la labor que desempeñan estos medios y su aporte a la pluralidad y por otra parte pide a los Estados de la UE su reconocimiento legal y medidas de apoyo.

Esta resolución es de especial importancia en diversos países de la UE o en proceso de incorporación donde no se reconoce legalmente a los medios comunitarios y se dificulta su acceso al espectro (países de la Europa del Este).

El contenido de la resolución señalaba que los medios comunitarios (denominados como "tercer sector de la comunicación") son un medio eficaz de fortalecimiento de la diversidad cultural y lingüística, la inclusión social y la identidad local, promueven el diálogo intercultural, contribuyen a alcanzar el objetivo de mejorar la alfabetización mediática de los ciudadanos mediante su participación directa en la creación y la difusión de contenidos, contribuyen a reforzar el pluralismo de los medios de comunicación y fomentar la participación ciudadana en el discurso público.

El Parlamento Europeo pidió a la Comisión y a los Estados miembros que tuvieran en cuenta la Resolución a la hora de definir en sus normativas los medios del tercer sector como medios sin ánimo de lucro, responsables ante la comunidad y abiertos a la participación de la comunidad.

Además recomendó a los Estados miembros que dieran reconocimiento legal a los medios del tercer sector de la comunicación que apoyen más activamente a estos medios y que "pongan a disposición el espectro de frecuencias, analógica y digital, de radio y televisión, teniendo en cuenta que el servicio prestado por los medios del tercer sector de la comunicación no se ha de evaluar en términos de coste de oportunidad o justificación del coste de adjudicación del espectro, sino por el valor social que representa".

La problemática de los medios comunitarios y las posibilidades que ofrecen comienzan a estar en la agenda de los organismos internacionales. Durante 2007 la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo encargó un estudio sobre el Estado de los Medios Comunitarios en la Unión Europea.

También tuvo repercusión la Declaración conjunta sobre la diversidad en la radiodifusión adoptada el 12 de diciembre de 2007 por parte de los Relatores de la Libertad de

Expresión.

Capítulo II. EL PLURALISMO INFORMATIVO EN
ALEMANIA

1 PARTE GENERAL

1.1 Libertad de expresión

Ya en la Constitución de 1849 estaban estatuidos similares derechos. En épocas siguientes la idea de Estado de Derecho libre comenzó a cambiar. Esta tradición continúa hasta la organización del estatuto de 1871 y luego con la inclusión del catálogo de derechos de 1919. Se entiende la libertad de expresión como un presupuesto importante de la función democrática y afirmación de la sociedad política y comprende la formación y la expresión de la opinión de cualquier forma.¹⁸⁹

Para el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en un Estado democrático y libre, el derecho del artículo 5 *GG* es la posibilidad de disputa intelectual permanente entre la fuerza de las opiniones como elemento esencial de la vida.¹⁹⁰ Señala especialmente el Tribunal dentro del artículo 5 *GG* a la libertad de radiodifusión.¹⁹¹

El artículo 5 *GG* contiene varios derechos: el derecho a la libre expresión y a su difusión, la libertad de información, la libertad de prensa, la libertad de información por medio de la radiodifusión (por radio y televisión), la libertad de cine, de arte y de investigación. La libertad de expresión como derecho a la libre difusión de la opinión en palabras, escritura e imágenes, la libertad de información como el derecho de acceso general a fuentes de información.^{192.}

Estos derechos se establecen uno independiente de otro, también entre ellos se establece una conexión interna llegando a solaparse.¹⁹³ Cada uno de estos derechos no son derechos individuales sino variados ámbitos de protección. No obstante también garantizan un derecho subjetivo.¹⁹⁴ En el caso de la libertad de prensa el *BVerfG* ha establecido la relación entre el derecho subjetivo y la función de derecho objetivo (*BVerfGE* 20,

¹⁸⁹ SACHS M, *Grundgesetz Kommentar*, pág. 275

¹⁹⁰ BVerfGE 7,198, 208

¹⁹¹ BVerfGE 35,202, 221f

¹⁹² PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 135

¹⁹³ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 384

¹⁹⁴ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 135

162/175).¹⁹⁵ De esa diferenciación se deriva un deber del Estado para la protección de la prensa y la admisibilidad de medios estatales que garanticen opiniones neutrales independientemente del apoyo que reciban del Estado.¹⁹⁶

Ya se ha dicho que entre cada uno de los derechos del artículo 5 GG hay una conexión funcional. Es la libertad de información del artículo 5 GG el supuesto de hecho para la formación de la opinión libre, la libertad de radiodifusión y de prensa son supuestos de hecho para la información libre y con ello también para la formación de la opinión libre y al mismo tiempo para la libre difusión de opiniones y lleva consigo la decisión de la formación de la opinión libre y la libre formación de la opinión pública.¹⁹⁷ Todas las garantías del artículo 5.1 GG pretenden garantizar la formación libre de la opinión individual y pública.¹⁹⁸

Mientras la libertad de expresión protege la expresión de las ideas y opiniones, la difusión de la opinión representa otro derecho, son bienes jurídicos diferentes.¹⁹⁹ La posibilidad de que mediante los medios de comunicación pueda formarse la opinión representa una condición natural, completa el derecho a la libertad de información la libertad de expresión y la libertad de medios (*BVerfGE* 90, 27/32).

En relación a la expresión de la opinión y la libertad de difusión de la opinión, la libertad de prensa representa un derecho especial.²⁰⁰ La libertad de prensa y la libertad de informar por medio de la radiodifusión amplían la posibilidad de informar y de difundir una opinión. En efecto tienen ellas un carácter instrumental.²⁰¹

El derecho fundamental a la libertad de expresión y su difusión tienen un esencial significado para el proceso de formación de la voluntad en un Estado democrático.²⁰² Igualmente aplica para la prensa, la radiodifusión, la televisión y la libertad cinematográfica (*BVerfGE* 20,56 (97), *Zuschüsse an Parteien*) como a la libertad de información (*BVerfGE* 27,71 (81)- *Leipziger Volkszeitung*; *BVerfGE* 35, 202 (221),

¹⁹⁵ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 135

¹⁹⁶ *BVerfGE* 80, 124 (133f)

¹⁹⁷ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 20

¹⁹⁸ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 21

¹⁹⁹ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 112

²⁰⁰ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 385

²⁰¹ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 385

²⁰² RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 385

Lebach Urteil; BVerfGE 90,27 (32), también BVerfGE 90,60 (87).²⁰³ En cuanto a los medios de radiodifusión, debido a su efecto de difusión, actualidad y fuerza sugestiva adquieren un especial significado.

También sobre la libertad de expresión el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la sentencia *Lüth*²⁰⁴ ha señalado:

“Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado, sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivos, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas de derecho. Las disposiciones de derecho civil también pueden ser leyes generales, en el sentido del artículo 5.2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión del artículo 5 de la Ley Fundamental no sólo protege la expresión de una opinión como tal, sino también los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del artículo 826 BGB, puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso.”

Con esta sentencia se reitera que la expresión de la opinión son en primera línea juicios de valor aplicable igualmente sobre cualquier asunto y sobre cualquier contenido.

Por su parte en la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, “*Der Spiegel*”²⁰⁵:

“Puede destacarse como un asunto importante de la función pública su interés legítimo en influir en la formación de la opinión pública, así como de que se valoren sus expresiones como una réplica frente a una información pública inexacta.”

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha afirmado que la exhortación a un boicot llevada a cabo por un periódico, fundada en motivos político, que se hace

²⁰³ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 386

²⁰⁴ SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 133

²⁰⁵ SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 137

prevalecer básicamente mediante el empleo de recursos económicos, no se encuentra protegida por el derecho a libertad de expresión, y viola el derecho a la libertad de prensa.²⁰⁶

En esta sentencia se considera que el llamado a un boicot que se basa en la manifestación de una determinada opinión, se encuentra protegida por el artículo 5.1 de la Ley Fundamental, cuando se emplea como instrumento de lucha ideológica en un asunto de esencial importancia para la opinión pública, cuando se encuentra fundada no en una controversia privada, sino en una preocupación por los intereses políticos, económicos, sociales o culturales de la generalidad.²⁰⁷

Sin embargo, este mismo llamado a un boicot puede estar fuera de la protección del artículo 5.1 de la Ley Fundamental, cuando quien convoca al boicot se encuentra en una relación de competencia profesional, industrial o comercial, o cuando esa situación no comprende en sí una controversia ideológica.²⁰⁸

En cuanto a las fuentes de información, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado:

“El derecho a revelar una fuente de información no se deriva ni de la libertad de información, ni de la libertad de radio. Sobre las fuentes de información y las modalidades del mismo, deciden quienes cuentan con un derecho de disposición”.²⁰⁹

El derecho fundamental del artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Comprende un derecho al acceso, dirigido contra el Estado, cuando una fuente de información, que cae dentro del ámbito de responsabilidad estatal, se encuentra destinada al acceso del público por motivos legales, pero a los cuales el Estado ha negado el acceso. Las audiencias judiciales son fuente de información, por ejemplo. Sobre su acceso por parte del público decide el legislador en el marco de su competencia para reglamentar el proceso judicial.

En este sentido, el artículo 5.1 de la Ley Fundamental protege, entre otras, la libertad de informar en la radio; a la libertad de radio pertenece al igual que como ocurre con la

²⁰⁶ BVerfGE 25,256

²⁰⁷ BVerfGE 7,198 (212)

²⁰⁸ SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 143

²⁰⁹ BVerfGE 103,44

libertad de prensa por virtud del artículo 5.1 de la Ley Fundamental, la protección de la información desde que se genera hasta la difusión de la noticia y la formación de la opinión.²¹⁰

En cuanto a la libertad de radio el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado:

“El artículo 5 de la Ley Fundamental exige que en las leyes mediante las cuales se organiza la presentación de programas de radio, se permita la participación en la organización, de todas las fuerzas a considerar, se les permita participar en la totalidad de la programación, y que las directrices de carácter vinculante para la programación garanticen un mínimo de equilibrio, objetividad y respeto mutuo”.²¹¹

El artículo 5 de la Ley Fundamental exige en todo caso que ese moderno instrumento para la formación de la opinión no se ponga sólo en manos del Estado o de un grupo societario. Los presentadores de programas radiales deben estar organizados de manera tal que todas las fuerzas que se tengan que considerar, tengan participación, y puedan tener voz en la totalidad de la programación, y que las directrices sobre el contenido de la programación tengan carácter vinculante, en forma tal que aseguren un mínimo de equilibrio en el contenido, objetividad y respeto mutuo. Estos se pueden asegurar sólo si mediante ley esos principios organizacionales y objetivos, se hacen vinculantes.²¹²

Por su parte la sentencia 73,118 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania desarrolló importantes aspectos referidos al sistema dual de radiodifusión (público-privado): con base en la nueva Ley de Medios, la imprescindible provisión básica en asunto de las fijaciones que se hacen en derecho público, cuya programación terrestre debe llegar por tal razón a la totalidad de la población y estar en posibilidad de ofrecer una programación con un amplio contenido. La labor que se le atribuye abarca las funciones esenciales de la radiodifusión para el ordenamiento democrático, así como para la vida cultural en la República Federal. De este modo encuentra su justificación la radiodifusión de derecho público y su especial peculiaridad. Las labores, que de acuerdo

²¹⁰ SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 157

²¹¹ BVerfGE 12,202

²¹² SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 164

con esto le son atribuidas, hacen necesario asegurar los requisitos técnicos, organizacionales, personales y financieros para su cumplimiento.²¹³

En la medida que el cumplimiento de las funciones mencionadas por parte de las emisoras radiales de derecho público, se asegure efectivamente, parece justo establecer requisitos diferentes a los de las emisoras públicas, para la extensión de la programación y la diversidad de la participación en la radiodifusión privada. Es así como las disposiciones que dicta el legislador deben ser idóneas para asegurar y lograr la mayor participación en las radiodifusoras privadas. Para los controles que ejercen los medios (externos), creados para asegurar la diversidad de opiniones, se requiere de un estándar para asegurar la diversidad de opiniones, la posibilidad para todas las corrientes de opinión – aun de las minorías- de contar con un espacio en las emisoras privadas, y la exclusión unilateral de la influencia, en gran medida desigual, que ejercen los establecimientos individuales o los programas, en formación de la opinión pública, principalmente la obstaculización del establecimiento de un poder de opinión predominante. La labor del legislador es asegurar el estricto cumplimiento de esos estándares básicos mediante reglas procedimentales, materiales y organizacionales.²¹⁴

Estos requisitos de la libertad de radio, y los restantes, satisfacen en principio una concepción del ordenamiento, que se expresa en financiamiento privado por medio de la publicidad, y que junto a los requisitos generales mínimos, determina claramente el presupuesto de asegurar la participación y el equilibrio en la programación, las determine un órgano externo, independiente del estado, que se encuentre bajo la influencia de las fuerzas y grupos sociales decisivos, y que establezca disposiciones legales efectivas en contra de la concentración del poder de opinión.²¹⁵

En cuanto a la libertad de radiodifusión y la protección de otros bienes jurídicos el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado:

“Una estación de radio o de televisión puede invocar, en principio, para cada emisión, la protección del artículo 5 de la Ley Fundamental. La libertad de radio cubre tanto la selección del material que se va a presentar, como también la forma que se elija para la

²¹³ BVerfG 73,118

²¹⁴ SCHWABWE J, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pág. 170

²¹⁵ BVerfG 73,118

emisión. Sólo cuando la libertad de radio entra en conflicto con otros bienes jurídicos, pueden entrar en juegos los intereses que se persiguen con la emisión en concreto, la forma y tipo de la presentación, y el efecto que se persigue o se prevé”.²¹⁶

1.2 Opinión

Las opiniones son en todo caso puntos de vista, juicios, valoraciones, concepción, convicción sobre cosas, situaciones o personas y naturalmente juicios de valor. El artículo 5 I de la Ley Fundamental de Alemania protege no sólo las opiniones valiosas. La diferenciación entre la moral o la ética de las opiniones o su efecto sobre otros son relativas, establecer la frontera entre opinión valiosa y opinión no valiosa es difícil y en la mayoría de los casos imposible. (*BVerfGE* 30, 336 (347) *Sonnenfreunde*).²¹⁷ También los juicios de valor sobre una situación, hechos y personas son opiniones en el sentido del artículo 5I 1. El *BVerfG* se refiere a la opinión por medio de elementos como “el criterio, los sentimientos, los juicios, ideas propia, criterios personales.”²¹⁸

Es por ello que la diferencia con la afirmación de hechos, no es la relación entre el sujeto y el contenido de la expresión, sino la relación entre la expresión y la realidad en su primer plano, que es independiente de su opinión subjetiva. Por el contrario la opinión es siempre dependiente de la subjetividad.²¹⁹

La expresión de la opinión son en primera línea juicios de valor aplicable igualmente sobre cualquier asunto y sobre cualquier contenido. Ellas pueden referirse asuntos políticos o no políticos, públicos o privados, razonable o no razonable, valiosas o no valiosas. De otro lado también es discutible si las afirmaciones de hecho caen bajo la libertad de expresión. En ambos casos las diferencias son sencillas de establecer; mientras las afirmaciones de hecho pueden ser ciertas o falsas la expresión de la opinión no es cierta ni falsa.²²⁰ La expresión de la opinión disfruta de protección independientemente de

²¹⁶ BVerfG 35,202

²¹⁷ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 386

²¹⁷ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 388

²¹⁸ GRIM D, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, pág. 1697

²¹⁹ GRIM D, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, pág. 1697

²²⁰ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 134

su valoración, la expresión de la opinión permite conocer otros puntos de vista. La opinión se refiere normalmente a hechos, se apoyan en una valoración sobre los hechos. Las circunstancias, las afirmaciones de hechos pueden ser ciertas o falsas. Esta diferencia gana significado para la extensión de la protección.

El derecho penal vincula en el caso del delito de injuria (art. 186 ff *StGB* y también en el caso del delito de fraude (art. 363 *StGB*) la diferencia entre la expresión de la opinión y la afirmación de hechos.

Cuando las afirmaciones de hecho no están vinculadas a juicios de valor ni son relevantes para la formación de la opinión pública están fuera del ámbito de protección del artículo 5 *GG*. El *BVerfG* ha señalado que las afirmaciones de hecho conscientemente falsas no están comprendidas en el ámbito de protección del artículo 5 *GG*. En cuanto a la deformación consciente de la verdad la misma tampoco se encuentra protegida por el artículo 5 *GG*. El ámbito de protección no depende de la prueba de la verdad ni de la exactitud de los hechos, la libertad de opinión es siempre también la libertad de equivocarse.²²¹

En cuanto a la forma de emitir la opinión es característico el modo verbal, sin embargo la expresión y difusión de la opinión también se puede hacer a través de la escritura o de las imágenes, entre otras muchas posibilidades. Además de la forma cómo se difunde la opinión también está protegido la elección del lugar y el momento.²²²

Por otra parte la expresión y difusión pertenece no sólo al que la expresa, también está protegido que la opinión llegue a sus destinatarios. Los derechos de los destinatarios están protegidos no por la libertad de expresión sino a través de la libertad de información.²²³

El *BVerfG* ha reiterado que el sentido del derecho fundamental a la libertad de expresión está en garantizar la fuerza ideológica de la opinión, como supuesto fundamental de un orden estatal democrático libre.²²⁴ La protección de la expresión, también comprende el efecto de la opinión. Este es el sentido de expresar la opinión “la influencia en la

²²¹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 136

²²² BVerfGE 93, 266 (289)

²²³ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 137

²²⁴ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 136

formación de la opinión”, se puede tratar o no de convencer a otros.²²⁵

1.3 Libertad de información

La libertad de información no tiene antes de la Constitución de 1949 un modelo constitucional en Alemania. Su recepción en la Constitución fue producto de la experiencia entre los años 1933-1945 en el Régimen del Nacional Socialismo que controlaba el flujo de información y amenazaba con la aplicación de sanciones penales por la publicación y difusión de información no conforme al régimen.²²⁶

La libertad de información es un derecho de status negativo. No se fundamenta en una pretensión contra el Estado para la obtención de una determinada información. La Ley regula el acceso de la información del “Bundes”. Esta Ley de Libertad de Información se refiere al derecho subjetivo del ciudadano de acceso a la información de la función pública. En efecto se refiere a datos de personas.²²⁷

1.4 Información

La cualidad de información aplica igualmente si la información se refiere a hechos y también a opiniones, o si se refiere asuntos públicos o privados, entonces hoy también puede tener la cualidad de información por ejemplo un accidente de tránsito.²²⁸

El derecho a la libertad de información garantiza no sólo la protección de la información sino también de su fuente. Generalmente es admisible la fuente cuando la misma es técnica, apropiada y determinada siempre que esa fuente de información no se refiera a un círculo individual de personas.²²⁹ La expresión “fuentes accesibles a todos” en el artículo 5 de la Ley Fundamental se refiere a aptitud técnica y admisibilidad fáctica. El

²²⁵ GRIM D, *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, pág. 1697

²²⁶ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 112

²²⁷ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 113

²²⁸ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 388

²²⁹ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 399

Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado que son fuentes de información generalmente admisibles aquellas que son idóneas técnicamente y determinadas y que pueden proporcionar generalmente información.²³⁰

Una fuente de información es generalmente admisible cuando es idónea y determinada y procura la información no a un grupo de personas determinadas (*BVerfGE* 27,71/83; 90/27/32). La aptitud y determinación de una información es una cuestión fáctica, o como el *BVerfG* formuló tempranamente se trata de cuestiones técnicas y puede el Estado por medio de regulaciones o medidas decidir sobre la idoneidad de diversas fuentes de información.²³¹

Adicionalmente, ha señalado el *BVerfG* que son medios de comunicación de masas la prensa, la radiodifusión la televisión y el cine (*BVerfGE* 90, 27, (32)). Pero también pueden ser medios de comunicación con carácter colectivo los panfletos, volantes, e incluso podría considerarse como idónea una fuente que se encuentre fuera de Alemania. La información que es recibida desde una emisión extranjera es admitida como fuente y objeto de protección de la libertad de información.²³²

La posibilidad de recepción de similares programas de forma independiente por ejemplo a través de una antena parabólica o la posibilidad de recepción de un programa de radiodifusión, por satélite, su adquisición y su utilidad también están comprendidas en el ámbito de protección constitucional. No se consideran como medios de general acceso los escritos que provienen del extranjero cuando los mismos estén dirigidos sólo a una persona (*BVerfGE* 18, 310 (315)), tampoco se consideran como medios de general acceso una comunicación pública de una autoridad por ejemplo en el marco de un proceso administrativo.²³³

El derecho a informar comprende la recepción de información sencilla por ejemplo la recepción de información no pedida por medio del correo por un diario al cual no se ha suscrito, como también la adquisición de información activa (*BVerfGE* 27, 71 (82f)). Esto aplica independientemente del método empleado, por eso también la fotografía de personas en el ámbito público están comprendidas. También están protegidas la libertad

²³⁰ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 112

²³¹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 137

²³² RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 399

²³³ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 400

de elección de la información y con ello también la libertad de información negativa. Esta dimensión del derecho fundamental gana más significado dada la gran influencia de la información y las posibilidades de comunicación. Esto no sólo garantiza la información para un momento, sino la libertad de información que debe ser el fundamento para la libre formación de la opinión.²³⁴

1.5 Libertad de medios

El Tribunal Constitucional estableció desde un principio, que junto a la garantía de derecho subjetivo individual, la libertad de los medios tiene también un contenido objetivo tendente a asegurar la función social de la comunicación pública, se trata de proteger especialmente “la libertad de la información” a través de estos medios de comunicación, es decir, la libertad de la información a través de los medios de comunicación de masas.²³⁵

De acuerdo con una parte de la doctrina, las libertades de los medios no son derechos fundamentales autónomos, sino sólo una manifestación del derecho a la libertad de expresión a través de determinados medios de comunicación.²³⁶ Otro sector doctrinal interpreta que se trata de derechos autónomos con respecto a la libertad de expresión. Frente a esas distintas interpretaciones doctrinales, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha reconocido autonomía a la libertad de los medios sin negar la relación necesaria que existe con los derechos fundamentales garantizados en el artículo 5 GG.²³⁷

Los derechos fundamentales del artículo 5 GG (libertad de comunicación, expresión, información, radiodifusión, cinematográfica) son un elemento constitutivo del Estado democrático, pues son vínculos para la formación de la voluntad democrática.²³⁸ Los medios de comunicación deben garantizar posibilidades de comunicación a todos los grupos sociales (garantía de pluralismo) y deben conceder al colectivo la posibilidad de informarse en forma libre y formarse su opinión.²³⁹

²³⁴ RUDOLF W, *Grundgesetzkommentar*, pág. 400-401

²³⁵ ROSSEN H, *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk*, pág. 352

²³⁶ HOFFMANN-RIEM W, “Artikel 5” *Alternativkommentar*, pág. 473

²³⁷ BVerfGE 54, 129; BVerfGE 12, 205; 57

²³⁸ HESSE K, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, pág. 153

²³⁹ HESSE K, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, pág. 153

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “la(s) garantía(s) del artículo .5.1 GG “sirven para asegurar la libertad en el proceso de formación de la opinión individual y de la opinión pública”. “La formación libre de la opinión se lleva a cabo en el proceso de la comunicación. Este proceso presupone, por un lado, la libertad de expresar y difundir opiniones e informaciones y, por otro, la libertad de conocer esas opiniones e informaciones, es decir, la libertad de informarse. Al garantizar el artículo 5 de la Ley Fundamental la libertad de expresión y la libertad de información como derechos fundamentales, este artículo tiene como objeto, al mismo tiempo, proteger constitucionalmente dicho proceso”.²⁴⁰

Controvertido es si la libertad de medios es un derecho independiente de la libertad de expresión o si refuerza la repetición y el perfeccionamiento de la libertad de expresión. De estas diferentes concepciones depende una valoración distinta de la configuración de la libertad de medios y los efectos que puede producir las disposiciones del legislador.²⁴¹

²⁴⁰ BVerfG 43,130; 7,198 en SCHWABWE J, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, pág. 133-135

²⁴¹ HESEIHAUS S, *Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit*, pág. 741

2 PARTE ESPECIAL

2.1 Libertad de radiodifusión

2.1.1 *La organización de la radiodifusión*

A partir de 1945 se produjo la necesaria reorganización del régimen jurídico de la radiodifusión en Alemania. En los años inmediatamente posteriores a la guerra, la radiodifusión sólo fue utilizada por las fuerzas aliadas, mientras que a los alemanes se les prohibió cualquier tipo de actividad de radiodifusión. Sólo cuando Alemania recupera su soberanía y se aprueba la Ley Fundamental de Alemania, la radiodifusión que hasta entonces habían funcionado conforme a las leyes de las potencias ocupantes, pasaron a ser reguladas por el derecho alemán. Como reacción frente a la utilización propagandística que el nacionalsocialismo había hecho de la radiotelevisión, los principios que inspiraron el nuevo régimen jurídico de este medio en Alemania fueron los siguientes:²⁴²

-La neutralidad política y la independencia de la radiotelevisión frente al Estado; para lo cual, se crearon instituciones autónomas con plena capacidad jurídica que gestionaban los servicios de radio y televisión.

-La orientación de la radiotelevisión pública en la tradición del “*public service*” británico; a lo que hay que añadir que, en este momento, se pensó que la radiotelevisión debía servir también como medio de reeducación y democratización de Alemania.

-La organización descentralizada de la radiotelevisión, de acuerdo con la nueva estructura federal del Estado.

-La vinculación de la televisión a la sociedad mediante un sistema de pluralismo interno, de forma que los grupos sociales más relevantes estuvieran representados en el órgano central de las televisiones e intervinieran en la adopción de las decisiones fundamentales

²⁴² SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 32

de éstas.

-Un sistema de financiación independiente del Estado, basado principalmente en la recaudación de una tasas.

Las primeras actividades de la televisión en Alemania, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, están marcadas como tantas otras cosas, por los efectos de la ocupación y de la división territorial. Inmediatamente después de la guerra, las fuerzas de ocupación occidentales, EE.UU, el Reino Unido y Francia comienzan a crear establecimientos de radiodifusión dentro de sus respectivas zonas de ocupación. Las zonas de emisión se reparten según un concepto federalista. Esta estructura federal de radiodifusión, producto o consecuencia de las zonas de ocupación, se adaptó rápidamente en los *Länder*. Las primeras emisiones comienzan en 1950. La “*Norwest Deutsherrundfunk*” trabaja de acuerdo con las autoridades inglesas y americanas sobre un programa experimental de TV. En 1952 comienzan las primeras emisiones regulares, poco a poco los aliados van retirándose de escena y los alemanes asumen las funciones en materia de radiodifusión.²⁴³

En 1958 el Canciller Adenauer propone una segunda cadena de TV que esté bajo la autoridad del Estado. Este es el inicio de una controversia resuelta finalmente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En 1961, el Tribunal reconoce que los once *Länder* tienen competencia sobre la organización de la TV. Es así como surge ARD como una agrupación de 11 establecimientos de radiotelevisión. Posteriormente se crea ZDF, tanto ARD como ZDF disfrutaban de una doble fuente de financiamiento, la publicidad ampliamente reglamentada y el impuesto directo.²⁴⁴

2.1.2 *Concepto de radiodifusión*

En el caso del acotamiento entre la libertad de expresión y libertad de radiodifusión hay una similar situación a la que ocurre entre la libertad de prensa y la libertad de expresión. De acuerdo con la opinión dominante la libertad de radiodifusión comprende no sólo la cobertura de informes, también abarca la protección de la expresión de la opinión en radio y televisión, como por ejemplo podría resultar de comentarios. Comprende la libertad de opinión, forma de transmisión y de difusión de opiniones. Característicamente “palabra”,

²⁴³ VILA P, La Televisión Hertziana en Europa Occidental, pág. 30

²⁴⁴ VILA P, La Televisión Hertziana en Europa Occidental, pág. 33

imagen, son la modalidad de comunicación por medio de radio y televisión.²⁴⁵

El *BVerfG* ha afirmado, que la libertad de radiodifusión (al igual que ocurre con la libertad de prensa y la libertad de cinematografía entre otras) es algo más que un caso especial de la libertad de expresión; aunque no son sólo una manifestación especial de ésta, tampoco pueden considerarse completamente ajenos a ella.²⁴⁶ La libertad de radiodifusión comprende la información libre y concreta sobre cualquier ámbito de la vida bajo el fundamento del criterio público.

Los derechos reconocidos en el artículo 5 de la Ley Fundamental son derechos de la comunicación y todos tienen por función el proceso de comunicación y por tanto de formación de la opinión pública. La relación entre los distintos derechos de comunicación no impide que la libertad de radiodifusión sea considerada en forma particular con un ámbito de protección propio.²⁴⁷

La primera referencia al pluralismo informativo en los medios de comunicación la encontramos en la sentencia *Spiegel-Schmidt*, relativa a la libertad de prensa. Para el Tribunal Constitucional Federal de Alemania la libertad de expresión se configura como un elemento constitutivo del orden democrático, en la medida en que a través de este derecho fundamental se garantiza la lucha intelectual y la libre discusión de las ideas e intereses. “Únicamente la libre discusión pública sobre asuntos de interés general asegura la formación de la opinión pública, la cual sólo podrá ser alcanzada dentro de un Estado democrático si se garantiza la expresión en libertad de las diferentes opiniones.”²⁴⁸

El *BVerfG* considera la especial situación” en que se encuentra la televisión como medio de comunicación de masas en los procesos de comunicación. Destacando su responsabilidad a fin de garantizar un proceso libre y amplio de formación de la opinión pública.²⁴⁹ La radiodifusión tiene efectos en la formación de la opinión pública no sólo en

²⁴⁵ HESEIHAUS S, *Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit*, pág. 741

²⁴⁶ BVerfGE 54, 129; BVerfGE 12, 205

²⁴⁷ HOFFMANN-RIEM W, “Artikel 5”, *Alternativkommentar*, pág. 483

²⁴⁸ SCHELLENBERG M, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich*, pág. 29

²⁴⁹ BVerfGE 57, 295

el ámbito político y económico sino también en cuanto al entretenimiento y el ocio.²⁵⁰

En un primer momento el *BVerfG* justificaba la posición especial de la televisión dada la escasez de frecuencias las dificultades técnicas y económicas para establecer un canal de televisión. A esta argumentación se adicionó posteriormente la importante influencia de la televisión en el proceso de formación de la opinión pública.²⁵¹

La radiodifusión como moderno medio de comunicación de masas produce por medio de su amplio efecto, influencia y fuerza sugestiva de especial significado.²⁵² Esta posibilidad de influencia gana fuerza debido a que los medios tecnológicos permiten la ampliación y diferenciación de la oferta y de las formas de difusión.²⁵³

Sin embargo, gracias a los grandes avances tecnológicos. Las nuevas técnicas de transmisión ofrecen la posibilidad de difundir programas a través de muchos más canales y, de forma más sencilla y con más facilidades técnicas para poder emitir.²⁵⁴

Tanto la doctrina científica, como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, han reconocido que el término “*Rundfunk*” (radio-televisión) corresponde a un concepto dinámico, abierto y funcional que no se limita a las formas modernas de radio y televisión, sino que abarca una gran pluralidad de servicios de telecomunicación. Junto a los dos servicios que tradicionalmente han formado parte del concepto de “radio-televisión” (*Rundfunk*), -la radio (*Hörfunk*) y la televisión (*Fernsehen*)-, actualmente se entienden también incluidos en dicho concepto nuevos servicios de telecomunicación que han aparecido en los últimos años como consecuencia de los avances tecnológicos.²⁵⁵

Las definiciones de radio-televisión que contienen las Leyes de televisión o las Leyes de medios de los *Länder* coinciden con la definición contenida en el “Acuerdo estatal sobre televisión” (*Rundfunkstaatsvertrag*).²⁵⁶

A los elementos que recoge la definición legal de radio-televisión hay que añadir un

250 HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 22

251 BVerfGE 57, 295

252 BVerfGE 31, 34, 325

253 HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 22

254 BVerfGE 31, 314, (326)

255 SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 43

256 BVerfGE 12, 20, (223)

elemento más: el efecto que produce este medio en la audiencia. Así, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido como carácter determinante el efecto que produce la radio-televisión en el proceso de formación de la opinión pública.²⁵⁷

La emisión de radio-televisión es aquella que se dirige al público en general, a todos los ciudadanos y no a un grupo de personas determinadas. Este elemento caracteriza a la radio-televisión como un medio de comunicación de masas y explica su enorme poder, su capacidad de influencia y, por tanto, la importancia que adquiere en el proceso de formación de la opinión pública. No obstante, en el propio “Acuerdo estatal sobre televisión” se establece que también son radio-televisión ciertas emisiones realizadas en determinadas instituciones, para su difusión sólo en ese lugar, y que sirven al cumplimiento de los fines para los que se ha creado dicha institución; este es el caso, por ejemplo, de emisiones de televisión en hoteles o en grandes almacenes.²⁵⁸

El concepto de radiodifusión se caracteriza por la comunicación hablada por radio y televisión (E 12, 205/226). La radiodifusión se refiere a la transmisión por medio de ondas físicas dirigidas a un número indeterminado de personas en forma inalámbrica o con conexión. No está comprendidas los servicios no dirigidos a un número indeterminado de personas.²⁵⁹

Por otra parte desde algún tiempo se reconocen nuevos servicios similares a la televisión tradicional. Parte de estos nuevos servicios se han incluido en el concepto legal de radio-televisión y en principio, se considera puede aplicarse el mismo régimen de la radiodifusión aunque en algunos casos debe ser regulados por otras normas.²⁶⁰

No es necesario que todas las emisiones de televisión se dirijan a todos los públicos, sino solamente que emitan para un público indeterminado y discrecional.²⁶¹

Por otro lado, y en relación con los avances experimentados en el campo de las telecomunicaciones, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado, a lo largo de toda su jurisprudencia sobre la televisión, que el legislador debe garantizar que ésta pueda cumplir la función que tiene constitucionalmente atribuida la garantía de la formación libre de la

²⁵⁷ SCHERER J, *Das neue Telekommunikationsgesetz*, pág. 600

²⁵⁸ SCHERER J, *Das neue Telekommunikationsgesetz*, pág. 600

²⁵⁹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 140

²⁶⁰ PIEPER K, WIECHMANN P, *Der Rundfunkbegriff*, pág. 82

²⁶¹ SCHERER J, *Das neue Telekommunikationsgesetz*, pág. 600

opinión individual y pública -y que, para ello, debe permanecer siempre atento a las nuevas posibilidades que los avances técnicos ofrezcan, de modo que la televisión (pública) no quede obsoleta y esté en condiciones técnicas de seguir cumpliendo sus funciones.²⁶²

La delimitación del concepto de radiodifusión es importante debido a los deberes propios de la radiodifusión, en particular de la radiodifusión pública, como son información y formación de la opinión pública.²⁶³

De acuerdo con el artículo 5 GG está garantizada la libertad de información por medio de la radiodifusión, el derecho no contiene sin embargo una definición de radiodifusión. El concepto de radiodifusión es muy discutido, pero en todo caso existe unanimidad en que la radio y televisión están comprendidas, sus diferentes modalidades son analizadas en forma individual.²⁶⁴ La definición constitucional de radiodifusión puede sufrir variaciones pues depende de los cambios técnicos, es un concepto dinámico.²⁶⁵

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional el ámbito de protección de la libertad de radiodifusión, abarca la función de la radiodifusión como medio y foro para la formación de la opinión pública.²⁶⁶ La radiodifusión supone la difusión de la expresión en forma pública, no hay radiodifusión cuando el mensaje va dirigido sólo a una persona

El *BVerfG* ha caracterizado el efecto de la difusión como “actualidad y fuerza sugestiva” de la radiodifusión y con ello la posibilidad de una influencia en el público, que puede resultar no sólo de una programación planificada. El contenido de esa programación puede ser para la formación, información, orientación, cultura y entretenimiento.²⁶⁷

Los titulares del derecho fundamental son los responsables de los medios de radiodifusión, esto es, las empresas de radiodifusión públicas y privadas del artículo 5 I, 2 GG y a cuya forma es aplicable el artículo 19.3 GG. Los titulares son también los radiodifusores. Una

²⁶² Parágrafo 4, párrafo 1 RhPflRG.

²⁶³ BRENNER C, *Zur Gewährleistung des Funktionsauftrages durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: eine Konkretisierung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Fernseh-, Hörfunk- und Online-Bereich*, pág. 23

²⁶⁴ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 44

²⁶⁵ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 44

²⁶⁶ BVerfGE 83,238,296

²⁶⁷ MICHEL E, *Rundfunk und Internet zum*, pág. 351

opinión en contra muy difundida señala que son titulares del derecho fundamental no son sólo aquellas personas jurídicas y naturales que se dedican a la actividad; “la libertad de radiodifusión- como la libertad de prensa es un “potencial derecho de todos”.²⁶⁸

Aun la jurisprudencia y la doctrina apuntan con cautela que es aceptable que se trate de un derecho “potencialmente de todos”. Los organizadores de la radiodifusión representan una posibilidad de comportamiento, ellos también cumplen con las características del ejercicio de una profesión a que se refiere el artículo 12.1 GG. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania se ha referido en jurisprudencia reiterada a la naturaleza de derecho subjetivo de la radiodifusión y la garantía de derecho objetivo.²⁶⁹

Conforme es la libertad de radiodifusión primaria una libertad para la formación de la opinión en sus elementos de derecho objetivo y subjetivo, esta libertad actúa bajo las condiciones de medios de comunicación de masas, en esta materia el legislador dispone de una amplia libertad. Se critica a la jurisprudencia del *BVerfG* el hecho de considerar el derecho a la información como un derecho al servicio de la opinión pública a lo cual se agrega que es un derecho de configuración legislativa.²⁷⁰

Por otra parte la libertad de radiodifusión no se presenta como una libertad contra el Estado. Sin embargo sostiene el *BVerfG* que el Estado tiene el deber de suministrar la organización de la radiodifusión, además de suministrar a la población seguridad en la programación de la radiodifusión.²⁷¹

Como la libertad de prensa la de radiodifusión también abarca desde la obtención de la información hasta la difusión de noticias y de opiniones, la radiodifusión del empleo de medios específicos para su transmisión.²⁷² En la organización de la radiodifusión se distingue entre personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público, en ambos casos se exige un especial motivo para su creación como es la protección de un “interés general”.²⁷³

Las personas jurídicas de radiodifusión vinculadas al Estado pueden tener dos formas

²⁶⁸ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 117-118

²⁶⁹ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 118

²⁷⁰ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 119

²⁷¹ IPSEN J, *Staatsrecht II Grundrechte*, pág. 119

²⁷² PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 141

²⁷³ OPITZ M, *Vergaberechiliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks*, pág. 1087

diferentes, a saber: (i) corporación (art. 98 Nr.1 GWB), (ii) personas jurídicas de derecho público preponderantemente financiadas por lo público.²⁷⁴ Son tradicionales las organizaciones de radiodifusión de derecho público. Con respecto a la relación entre personas jurídicas y derechos fundamentales, el *BVerfG* niega el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público. Sin embargo es el propio *BVerfG* quien afirma que en el caso de la libertad de radiodifusión de las personas jurídicas que prestan este servicio, si están dentro del ámbito de protección del derecho de información (E 31/314/322).²⁷⁵

De ahí resulta la especialidad de la institución de la radiodifusión que es simultáneamente titular del derecho fundamental y parte de la autoridad ejecutiva. Los titulares del derecho fundamental son también privados. Este tema fue largamente discutido tanto en doctrina como en jurisprudencia (*Bullinger, Böckeförde/Wieland*) (E 57/295/318). Finalmente el *BVerfG* ha hecho ver que la libertad de radiodifusión no toma en consideración la forma de derecho público o privada, que se trate de actividad comercial o no comercial para el otorgamiento de la concesión.²⁷⁶

La jurisprudencia del *BVerfG* ha vinculado la situación especial de la libertad de radiodifusión con la libertad de prensa. Hasta comienzos de los años 80 resultaba deficiente la disponibilidad de frecuencias y suponía un importante esfuerzo financiero para la organización de la radiodifusión la transmisión de la programación. En los nuevos tiempos esta situación está cambiando, el desarrollo de nuevos medios ha producido una ampliación de los mercados de radiodifusión y se han modificado las condiciones técnicas para la organización y difusión de programación (E 73,118/121). El *BVerfG* ha considerado que la libertad de radiodifusión es una libertad que requiere de configuración legal, regulaciones materiales, organizativas y de procedimiento, a fin de garantizar un proceso de comunicación libre, así como la existencia de diversidad de opiniones y la totalidad de las expresiones.²⁷⁷

²⁷⁴ OPITZ M, *Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks*, pág. 1087

²⁷⁵ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 141

²⁷⁶ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 141

²⁷⁷ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 142

2.2 Radiodifusión como factor y medio

El *BVerfG* ha afirmado que la actividad televisiva debe ser regulada en virtud de los efectos que produce sobre la población y de las posibilidades que ofrece, así como por las consecuencias que pueden suponer el abuso con el fin de influir de forma parcializada en la opinión pública.²⁷⁸ Destaca el Tribunal Constitucional el papel de la televisión como factor en la formación de la opinión pública.²⁷⁹

En el actual sistema dual tienen los titulares de la radiodifusión de derecho público el deber de colaborar con el orden democrático, siendo la radiodifusión imprescindible para la vida cultural del ciudadano debido a que su programación alcanza la casi la totalidad de la población.²⁸⁰

Es así como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania se refiere al fundamento de la responsabilidad especial de la radiodifusión como medio y factor para la libre formación de la opinión pública. La libertad de radiodifusión es una libertad que sirve primariamente a la formación de la opinión.²⁸¹

No es posible garantizar la libertad en la formación de la opinión pública sin asegurar la libertad de este proceso frente al poder del Estado, especialmente, frente a las mayorías políticas del Parlamento y del Gobierno que, de acuerdo con su naturaleza y sus objetivos, tratan de influir en la formación de la opinión pública de los ciudadanos. Un partido político está obligado, por su propia naturaleza, a intentar convencer a los ciudadanos de que su opción política es la mejor de las opciones posibles. La libertad de televisión tiene que servir, sin embargo, exactamente para lo contrario, no para influir en los ciudadanos en un sentido partidista, sino para mantener abierto y libre el permanente proceso de formación de la voluntad popular.²⁸² Es por ello que la libertad de radiodifusión forma bajo la condición de la comunicación de masas un complemento útil y un reforzamiento de la libertad de formación de la opinión pública.²⁸³

²⁷⁸ BVerfGE 31, 314, (325)

²⁷⁹ BVerfGE 12, 205, (260); 73, 118, (152)

²⁸⁰ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 142

²⁸¹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 22

²⁸² SALVADOR M, *El Régimen de la Televisión*, pág. 76

²⁸³ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 22

Como medio, la televisión transmite opiniones e informaciones de terceros; como factor, toma parte activa en el proceso de formación de la opinión. La participación en este proceso tiene lugar porque la televisión no se limita a transmitir noticias, opiniones, programas musicales u otros, sino que elige qué se va a emitir y cómo se va a emitir y, así, puede dirigir la atención del público en una determinada dirección; de esta forma la televisión actúa no sólo como medio de transmisión, sino también como factor en el proceso de la comunicación.²⁸⁴

2.3 Libertad de expresión y de radiodifusión

En el caso del acotamiento entre la libertad de expresión y la libertad de radiodifusión se produce una situación similar a la que ocurre entre la libertad de prensa y la libertad de expresión. De acuerdo con la opinión dominante la libertad de radiodifusión comprende no sólo la cobertura de información, también abarca la protección de la expresión en radio y televisión, como por ejemplo podría resultar de comentarios sobre un determinado tema. Característicamente las opiniones son transmitidas a través de la palabra, la imagen y ello también puede tener como forma de transmisión y difusión la radio y la televisión. De acuerdo con la *BVerfG* la repetición por medio de la libertad de expresión en radio y televisión también está protegida por el artículo 5 I 1 *GG*²⁸⁵

Esta posición del *BVerfG* plantea la dificultad de establecer si la libertad de medios representa un derecho independiente de la libertad de expresión, o si como libertad subjetiva de organización refuerza la repetición y perfeccionamiento de la libertad general de expresión. Con ello resulta una valoración diferente de la configuración de la libertad de medios y de los efectos que pueden producir las disposiciones del legislador. En este punto, interesante es la cuestión del acceso a la radio y televisión. La decisión del *BVerfG* no toca este problema directamente, el límite del ámbito de protección se refiere en todo caso a la admisibilidad de expresión de una opinión.²⁸⁶

²⁸⁴ SALVADOR M, *El Régimen de la Televisión*, pág. 78

²⁸⁵ HESEIHAUS S, *Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit*, pág. 741

²⁸⁶ HESEIHAUS S, *Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit*, pág. 742

Un importante ámbito del derecho público subjetivo sobre la expresión de la opinión lo constituye el componente de la libertad de los medios como un derecho independiente que no se solapa con la libertad de expresión.²⁸⁷

La realidad de los medios de comunicación de masas exige el reconocimiento de derechos fundamentales con una estructura propia diferente a la estructura del derecho a la libertad de expresión. La comunicación de masas es completamente diferente a la comunicación que tiene lugar a través de otros medios. La distinción entre medios obliga a distinguir también entre derechos fundamentales.²⁸⁸

La libertad de radiodifusión toma no sólo el rol de un medio cierto de formación de la opinión pública, sino que es un inminente factor de formación de la opinión pública.²⁸⁹

La Libertad de radiodifusión también ha sido interpretada como un derecho propio frente a la libertad de expresión; especialmente por su significado institucional, por tener un contenido objetivo distinto.²⁹⁰

Para otro sector de la doctrina la libertad de radiodifusión se presenta como un tipo especial de la libertad de expresión, como una manifestación de ésta, pues los medios de comunicación sirven a la difusión de opiniones y de informaciones, actividad incluida en el ámbito protegido por la libertad de expresión. El derecho fundamental a la libertad de expresión, ya sea por la voz, el escrito, la imagen, la prensa o la televisión, protege, en primer término, un derecho subjetivo.²⁹¹

2.4 Distribución de competencias

Durante la década de los años cincuenta se planteó la controversia entre la Federación y los *Länder* por la titularidad de las competencias en materia televisiva. La Ley Fundamental permitía la reorganización de la televisión, evitando la centralización del

²⁸⁷ BVerfG, NJW 1992, 1439= DVBI 1992, 141 (142)

²⁸⁸ HOFFMANN-RIEM W, "Artikel 5" en *Alternativkommentar*, pág. 47

²⁸⁹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 21

²⁹⁰ LERCHE P, *Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen*, pág. 92

²⁹¹ HERRMANN G, *Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, pág. 60

poder y la superación de los antecedentes de Alemania (durante el Tercer *Reich*) en este aspecto²⁹², por esta razón, las competencias sobre los aspectos técnicos se atribuyeron a la Federación, mientras que el resto de competencias relacionadas con esta materia quedaron asignadas a los *Länder*.²⁹³

En virtud de los avances técnicos en este período surgieron nuevas frecuencias de onda corta y onda larga²⁹⁴; lo que permitía otros programas de cobertura nacional adicionales a los transmitidos por ARD. La titularidad de estas frecuencias planteó serias controversias nada fáciles de resolver por lo que la Federación creó una institución de derecho público, la *Deutschlandfernsehen*, (Radiotelevisión alemana), que gestionara este canal.²⁹⁵

El *BVerfG* afirmó la competencia de los *Länder* en materia de televisión, declarando la inconstitucionalidad de la creación de *Deutschlandfernsehen*, adicionalmente afirmó el *BVerfG* la posibilidad de que la Federación en ejercicio de sus competencias en materia de relaciones exteriores pueda crear canales de televisión con señal sólo hacia el extranjero.²⁹⁶

Hacia finales de los años sesenta se crearon dos instituciones destinadas a emitir para el extranjero la *Deutsche Welle* y la *Deutschlandfunk*, adicionalmente, todos los *Länder* crearon mediante un acuerdo interestatal la ZDF (*Zweites Deutschen Fernsehen*)²⁹⁷ para que emitiera la “segunda cadena de televisión de cobertura nacional”.²⁹⁸

Para el estudio de la radiodifusión es imprescindible analizar la distribución de competencias relativas a la televisión entre los estados federados y la Federación, que resulta un dato primordial para el desarrollo de este Derecho. El reparto de competencias viene configurado en la Ley Fundamental de Bonn conforme a dos criterios. Primero, la competencia sobre la ordenación de la televisión no se atribuye a la Federación, sino a los estados federados, toda vez que el artículo 70.1 de la Ley Fundamental otorga expresamente a los estados federados el “derecho a legislar en la medida en que la presente

292 BAUSCH H, *Rundfunk in Deutschland*, pág. 23

293 GÜNTER H, *Rundfunkrecht*, pág. 71

294 WOLF-DIETER R, *Medienrecht*, pág. 8

295 SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág.76

296 STERN K, *Rundfunkrecht und Rundfunkpolitik*, pág. 2

297 La ZDF se regula en el segundo capítulo del Rundfunkstaatsvertrag, de 31 de agosto de 1991, denominado ZDF-Staatsvertrag

298 BAUSCH H, *Rundfunk in Deutschland*, pág. 447

Ley Fundamental no confiera potestades legislativas a la Federación”, y la televisión no se recoge entre las materias de “derecho exclusivo” de la Federación (art. 73 Ley Fundamental ni tampoco entre las materias de “legislación concurrente” (art. 74 Ley Fundamental). Segundo, cada estado federado puede establecer la programación y la organización de las televisiones con independencia del Gobierno federal. De este modo, el hecho de que cada estado federado tenga competencia propia e independiente ha permitido una diversidad de leyes en su contenido, entendiendo los principios y normas constitucionales, entre ellos el pluralismo, de una forma peculiar.²⁹⁹

La razón de este reparto constitucional se encuentra también en las especiales circunstancias históricas que preceden a la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn. Las potencias aliadas tras la Segunda Guerra Mundial pretendían privar al Gobierno federal del control de la televisión adoptando medidas para impedir en el futuro que el Estado pudiera utilizar la radiodifusión como medio de propaganda estatal.³⁰⁰

A partir de las normas que determinan la distribución de competencias entre la Federación y los estados y respetando las exigencias derivadas del artículo 5 GG, se asientan las disposiciones jurídicas pertenecientes a cada estado federado (*Landesrecht*) y a la Federación (*Bundesrecht*), resultando que la normativa aplicable corresponde principalmente a los estados federados.³⁰¹

La controversia sobre la distribución de competencias concluyó con el reconocimiento de que los *Länder* eran también los competentes para regular la tasa de radiotelevisión. Sobre este extremo no se había pronunciado el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 28 de febrero de 1961, sino que lo hizo el Tribunal Federal Supremo, en sentencia de 15 de marzo de 1968. Hasta ese momento, el Ministerio de Correos había continuado ejerciendo las competencias relacionadas con dicha tasa; sin embargo, el Tribunal Supremo reconoció que éstas correspondían ahora a los estados federados, ya que constituyen un elemento fundamental para la organización de la televisión. Tras esta

²⁹⁹ MARTÍ A, *Reflexiones sobre la Incidencia del Pluralismo Televisivo en el Derecho Alemán*, pág. 498

³⁰⁰ BULLINGER M, *Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste*, pág. 1-8

³⁰¹ Cada Estado federado ha dictado al menos una ley sobre el organismo público de televisión y a veces otras leyes que regulan los medios de comunicación social. En el ámbito de la Federación, respetando la Sentencia del TCFA de 28 de febrero de 1961 (BVerfGE 12, 205, pág. 241 y ss.), se aprobó la Ley sobre el establecimiento de las televisiones de alcance federal, de 29 de noviembre de 1960, modificada por la Ley de 30 de abril de 1990

sentencia, los estados federados firmaron en ese mismo año y en el siguiente dos acuerdos estatales en los que se regula el régimen de la tasa de radiotelevisión.³⁰²

El esquema español resulta distinto, de acuerdo con el artículo 149.27 de la CE, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la legislación básica en materia de medios de comunicación social, sin perjuicio de la legislación autonómica de desarrollo.³⁰³

Por otro lado, dentro del Derecho alemán los Convenios estatales aprobados por los estados federados, que regulan distintas materias televisivas desde hace tiempo³⁰⁴, adquieren mayor notoriedad, y en este ámbito tiene especial relevancia el Convenio estatal sobre la nueva ordenación de la radiodifusión (*Staatsvertrag zur Neuordnung des Rundfunkwesens*), de 13 de abril de 1987, modificado posteriormente en aspectos puntuales.³⁰⁵

Con esta norma, el ordenamiento alemán se dota de una nueva ordenación, pero ha ido acompañado de problemas y dificultades de diferente signo que revelan la necesidad de encontrar el razonable equilibrio entre las televisiones públicas y privadas. Cabe afirmar que los problemas y vicisitudes que plantea la televisión en las relaciones entre la Federación y los estados federados no evolucionan de forma distinta a los que pertenecen al ámbito del federalismo en otras materias, y de esta suerte puede comprobarse también la tendencia a la unificación, que es una de las características más acusadas del federalismo alemán. Circunstancia que intensifica la coexistencia del federalismo de ejecución y el federalismo cooperativo.³⁰⁶

Por otra parte, las televisiones privadas aparecen en la década de los ochenta debido a la

³⁰² SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 46

³⁰³ MARTI A, *Reflexiones sobre la Incidencia del Pluralismo Televisivo en el Derecho Alemán*, pág. 498

³⁰⁴ Algunos de estos Convenios estatales firmados por todos los Länder son los que crean la ARD (el Acuerdo sobre la coordinación del primer programa de televisión, de 1959) y la ZDF (Convenio estatal sobre el establecimiento de la institución de Derecho público *Zweites Deutsches Fernsehen*. de 6 de junio de 1961). Otros se refieren a la financiación de las televisiones: el Convenio estatal sobre el equilibrio financiero entre las instituciones de televisión, de 20 de septiembre de 1973; Convenio estatal sobre la regulación de las tasas de televisión, de 5 de diciembre de 1974, y el Convenio estatal sobre el aumento de las tasas de televisión y la modificación del Convenio estatal sobre el equilibrio financiero de las instituciones de televisión, de 1988

³⁰⁵ HESSE K, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, pág. 62

³⁰⁶ JIMÉNEZ-BLANCO A, *Las Relaciones de Funcionamiento entre el Poder Central y los Entes Territoriales (Suspensión, Solidaridad, Coordinación)*, pág. 47

aprobación de las normas legales necesarias en algunos Estados federados, sobre las que ha recaído la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania dando lugar a una doctrina original que somete al legislador a exigencias concretas derivadas del artículo 5 de la Ley Fundamental y delimitando la función pública atribuida a las televisiones públicas.³⁰⁷

2.5 La televisión pública en Alemania

La Ley de 29 de mayo de 1967, en su párrafo 2, párrafo 3 preveía la aplicación de esta Ley también para las instituciones de televisión. Sobre este particular se pronunció el Tribunal Constitucional Federal de Alemania declarando inconstitucional dicha disposición, entre otros argumentos afirma el Tribunal Constitucional: “la función pública que deben cumplir las instituciones de televisión y su posición entre el ámbito estatal y el ámbito privado, además de los principios fundamentales de organización y de financiamiento que deben seguirse para que estas continúen con su función pública. En este sentido, a pesar de que las instituciones de televisión se mueven en el tráfico como sujetos privados, su actividad no puede estar sujeta a un impuesto de ventas, porque no se trata de una actividad comercial, sino del cumplimiento de una función pública”.³⁰⁸

Entre los años setenta y ochenta se plantea en Alemania el debate, sobre la incorporación de la televisión privada, en el desarrollo del debate el legislativo *Saarland* dictó la Ley de Televisión de 1967 que permitía la creación de televisiones privadas siempre que transmitieran en lengua alemana. Pero es realmente con el desarrollo de nuevas tecnologías que se hace más fuerte la exigencia de crear más televisiones de las existentes. En el año 1974 se crea en el ámbito federal la “Comisión para la Creación de un Proyecto de Comunicaciones”, mientras la Comisión aprobó realizar un piloto a fin de probar la viabilidad técnica de nuevos emisores de televisión. Sin embargo, la aprobación de leyes por los *Länder* que creaban televisiones privadas fue un proceso más acelerado.³⁰⁹

³⁰⁷ HESSE K, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, pág. 62

³⁰⁸ RING-WOLF D, *Medienrecht*, pág. 18

³⁰⁹ HESSE A, *Rundfunkrecht*, pág. 25-26

2.6 Admisión del sistema dual

En la sentencia del 16 de junio de 1981 (*Rundfunkurtei*)¹ el *BVerfG* establece que la introducción de la televisión privada es una decisión del legislador, dentro de su amplia potestad de configuración para desarrollar la libertad de televisión. En todo caso afirma el *BVerfG* que el legislador debe cumplir siempre con los extremos que garanticen la libertad de televisión tal como lo establece el artículo 5 *GG*.³¹⁰

La Constitución alemana reconoce expresamente en su artículo 5 la libertad de televisión, a través de esta libertad se garantiza la libertad de formación de la opinión pública. Por ello todas las medidas legislativas destinadas a asegurar esa importante función de la televisión en democracia no se consideran límites al derecho fundamental en el sentido del artículo 5.2 de la Ley Fundamental, en consecuencia las normas materiales, de organización y procedimientos dictadas por el legislador del *Land* para garantizar el pluralismo informativo en la televisión no constituyen una injerencia en la libertad de televisión, más bien al contrario, se trata de normas que pertenecen al ámbito de organización del medio.³¹¹

Con la aparición de la televisión privada, el Tribunal Constitucional alemán se replanteó afirmaciones anteriores sobre la garantía del pluralismo informativo y de las funciones que, dentro de un sistema dual de televisión corresponde a medios públicos y privados. A todo ello se refirió el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1981, en la que analizó la constitucionalidad de la Ley de Televisión Privada de 1967. El Tribunal destacó la función constitucional de la libertad de la televisión de contribuir a la libre formación de la opinión individual y pública.

Para el Tribunal Constitucional, la formación amplia y libre de la opinión a través de la televisión requiere algo más que la garantía de la libertad del medio frente a injerencias de terceros. El cumplimiento de su función constitucional exige, tanto en los medio públicos como privados: “el establecimiento de un orden positivo a través del cual se garantice que la pluralidad de las opiniones existentes encuentre de la forma más amplia y completa, vías adecuadas de expresión a través de la televisión y que, de este modo,

³¹⁰ BVerfGE 57, 295 (329-320 y ss)

³¹¹ SAAVEDRA M, La Libertad de Expresión e Información y la Ordenación Jurídica de la Televisión: el ejemplo alemán, pág. 65

pueda ser ofrecido una amplia información.³¹²

Por lo que respecta a la televisión privada, el Tribunal examinó las disposiciones relativas a la garantía del pluralismo y del equilibrio en la programación, el sistema de financiación, el proceso de adjudicación de concesiones, y las diferentes modalidades de televisión privada que la ley preveía, declarando la inconstitucionalidad de alguno de los artículos cuestionados.³¹³

Posteriormente en la sentencia sobre la Ley de Televisión de 1987, el *BVerfG* declara inconstitucional algunos artículos de la Ley de Medios de *Baden-Württemberg*. El Tribunal Constitucional aplicó la doctrina establecida en las decisiones anteriores a un tipo de televisión diferente: la televisión de ámbito local y regional. Las disposiciones cuestionadas excluían la posibilidad de que las instituciones de televisión gestionasen canales de ámbito local y otros “servicios de comunicación semejantes” y reservaban estas actividades únicamente a los emisores privados. Profundiza en el concepto de “servicio esencial de televisión” (*Grundversorgung*), reaccionando frente a la doctrina científica que había interpretado de forma restrictiva este concepto y que consideraba que la actividad de las televisiones públicas se debía limitar a la prestación del “servicio esencial” en el sentido más estricto.³¹⁴

La misión de las televisiones públicas se concreta en cada ley de creación y no es otra que garantizar el pluralismo de las opiniones y corrientes ideológicas, políticas, científicas y artísticas que existen en la sociedad. En los años ochenta, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estimó inconstitucional la Ley de Radiodifusión Televisiva de *Saarland*, que introduce por primera vez la posibilidad de organizar una televisión privada, argumentando: (i) el legislador del *Land* debe adoptar una regulación positiva garantizando que el pluralismo de las opiniones existentes tenga expresión en la radiodifusión de la forma más amplia y completa posible, de modo que la radiodifusión televisiva no se deje en manos del Estado ni de los grupos sociales dominantes (ii) el legislador puede admitir la radiotelevisión privada y goza de discrecionalidad para establecerla conforme a una estructura de pluralismo interno o externo, Pero en el manejo del pluralismo externo de la televisión privada han de respetar determinados bienes

³¹² SAAVEDRA M, *La Libertad de Expresión e Información y la Ordenación Jurídica de la Televisión: el ejemplo alemán*, pág. 65

³¹³ SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 38

³¹⁴ SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 38

constitucionales como son los límites de la objetividad, veracidad, protección de la juventud, entre otros.³¹⁵

Posteriormente declaró constitucionales la mayoría de los preceptos impugnados de la Ley de Radiotelevisión de Colonia efectuando varias precisiones: (i) el Estado debe asegurar el servicio básico que entendido en una dimensión dinámica, abarca a los nuevos servicios y las nuevas técnicas que podrán adoptarse en el futuro, (ii) el legislador no está obligado a optar exclusivamente entre la televisión pública o privada. Puede prever forma mixtas de televisión pública y privada, (iii) es constitucional la emisión de publicidad en la radiotelevisión pública, siempre que la publicidad no ocupe un lugar predominante en el financiamiento de aquella, (iv) el financiamiento a través de tasas o de recursos presupuestarios facilita las posibilidades de influencia política en la organización de la programación, mientras que el financiamiento por publicidad aumenta la influencia de los intereses comerciales en la programación por lo tanto un financiamiento mixto es apropiado para fortalecer la libertad de configuración, (v) el pluralismo de opiniones es un criterio objetivo para la selección de los titulares de las televisiones privadas sometidos a una autorización y puede ser tenido en cuenta por el legislador valorando la participación de los redactores de la programación.³¹⁶

Con la llegada del canciller *Helmut Kohl* y de los conservadores, en 1982, se decide la apertura de nuevos medios de difusión del sector privado. Se da luz verde a un plan efectivo de TV por cable y un proyecto de cadenas difundidas por satélite. Se organizan reuniones con los ministros que presiden los *Länder* para lograr una armonización y un acuerdo sobre la nueva organización de la televisión en Alemania. Se decide también que la prensa escrita privada pueda acceder fácilmente a este sector a fin de que “no vean amenazada su existencia por este nuevo mercado”.³¹⁷

De acuerdo con el principio de libertad de concesión se garantiza a todos, en el ámbito del ordenamiento jurídico regulaciones suficientes para la actividad de los medios de masa. Este principio tiene su origen directamente en la libertad de medios del artículo 5.1 GG. En el caso de los medios de radiodifusión el principio encuentra además desarrollo legal. El principio de la libertad de concesión significa que el acceso a la comunicación a través de los medios de masa no puede depender de supuestos de hecho personales con efectos

³¹⁵ BVerfGE 85,295 (34)

³¹⁶ BVerfGE 83,238

³¹⁷ VILA P, *La Televisión Hertziana*, pág. 31

preventivos³¹⁸

El ámbito de protección del principio de libertad de concesión en el sector de la actividad de los medios de comunicación de masas, comprende desde la producción hasta la difusión de la información

2.7 Acuerdo Estatal sobre Televisión (Rundfunkstaatsvertrag)

El Acuerdo Estatal sobre Televisión (*Rundfunkstaatsvertrag*) suscrito por los *Länder* en 1987 fue sustituido por el firmado el 31 de agosto de 1991. Este nuevo convenio se suscribe en virtud de la incorporación de los nuevos *Länder* que integraban la República Democrática Alemana y, dada la obligación de transponer la Directiva Comunitaria “Televisión sin fronteras” al Derecho alemán, transposición que se llevó a cabo materialmente en este acuerdo.³¹⁹

Después de la aprobación de este nuevo acuerdo sobre televisión, algunas leyes de los *Länder* se reformaron, sobre todo, con la finalidad de incorporar el contenido de dicho acuerdo a la normativa de cada *Land*.

2.8 Sentencia “Directiva Televisión sin Fronteras”

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania resuelve el conflicto de competencias planteado por el Gobierno de *Bayern* frente a la aprobación de la Directiva “Televisión sin Fronteras” por el Gobierno Federal en el Consejo de la Comunidad Europea, ya que, a juicio del Gobierno bávaro, con ello, la Federación se arrogó una competencia que no le correspondía.³²⁰

³¹⁸ PASCHKE M, *Medienrecht*, pág. 210

³¹⁹ MICHELFELDER S, *Der Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom*, pág. 31

³²⁰ KRESSE H, HEINZE M, *Der Rundfunk: Das jedenfalls auch kulturelle Phänomen - Ein Pyrrhus-Sieg der Länder? -Eine Kurzanalyse des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur EU-Fernsehrichtlinie*, pág. 394

El Tribunal Constitucional reafirma la competencia exclusiva de los *Länder* en materia de televisión y reconoce que el Gobierno Federal, que actúa como gestor de los intereses de los *Länder* en la Comunidad Europea, ha incumplido, en este caso, el principio constitucional de la “lealtad federal” (*Bundestreue*). Sin embargo, a pesar de lo anterior, el Tribunal reconoce implícitamente la obligación de los *Länder* de transponer la Directiva una vez que ésta ha sido ya aprobada por la Comunidad Europea.³²¹

2.9 Financiamiento de las empresas de radiodifusión

En cuanto al fundamento de su situación financiera cuentan los organizadores de los servicios de radiodifusión en Alemania con una especial situación de mercado. El *BVerfG* ha derivado del artículo 5 I 2 *GG* una garantía de financiamiento para la radiodifusión pública, esto está permitido independientemente de su cuota de transmisión y su publicidad. Con ello se condiciona la cuestión de la organización de radiodifusión pública en Alemania en cuanto a sus condiciones de procedencia.³²²

La aceptación de la dependencia financiera del Estado hace lucir como contradictoria la prohibición de “no intervención del Estado” en los medios públicos de radiodifusión. De acuerdo con el *BVerfG* es importante que se tomen las medidas para garantizar la consecución y conservación de la libertad prevista en el artículo 5 *GG*.

Hoy es conocido que el principio de “no intervención del Estado” no sólo comprende la no influencia inmediata en la programación por medio de los órganos estatales sino también la influencia por medio de regulaciones de derecho o medidas organizatorias. De otro lado, no exige la referida prohibición la exclusión completa de la influencia sobre la actividad, la organización de la radiodifusión pública. El motivo del fundamento de esta prohibición está referido fundamentalmente a la programación.³²³

El deber del legislador en cuanto a la configuración también abarca garantizar el financiamiento, la neutralidad de la programación y la organización de los medios de

³²¹ SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 103

³²² OPITZ M, *Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks*, pág. 1087

³²³ OPITZ M, *Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks*, pág. 1087

radiodifusión públicos.

Las fuentes de financiación de la televisión pública en Alemania: (i) el canon de radiotelevisión, (ii) la publicidad y otras fuentes.³²⁴ La mayoría de los ingresos provienen del canon de radiotelevisión, que deberán abonar los ciudadanos por la mera tenencia de un aparato de radio o televisión independiente de su uso. La recaudación del canon corresponde a la “Central para la Recaudación del Canon”.³²⁵ Por su parte la publicidad es la segunda fuente de financiamiento. El Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión establece, entre otras limitaciones: (i) prohibición de interrumpir con mensajes publicitarios las retransmisiones de ceremonias religiosas y programas infantiles, los programas de duración superior a 45 minutos sólo podrán ser interrumpidos una ocasión para la emisión de publicidad, las televisiones públicas en el ámbito nacional ARD y ZDF sólo podrán emitir diariamente 20 minutos de publicidad; a partir de las 20 horas, así como los domingos y días festivos que lo sean para todo el territorio federal, la duración de los espacios publicitarios en televisión en una hora de programación no puede sobrepasar el 20%; prohibición de emitir publicidad en los terceros canales y en la cadena cultural Arte.³²⁶

2.9.1 Tasa de radiotelevisión

En esta sentencia el Tribunal aborda una de las cuestiones más debatidas en relación con el régimen jurídico del medio televisivo: la financiación. Ante el Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo de *Bayern* cuestionó si el procedimiento para fijar la cuantía de la tasa era contrario al principio de la libertad de televisión frente al Estado.

El Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional el procedimiento que regulaba el procedimiento para el establecimiento de la cuantía de la tasa de radiotelevisión, y la conformación de la comisión encargada de establecer las necesidades económicas y financieras de las televisiones, pues dicha comisión estaba formada mayoritariamente por personas pertenecientes a la Administración y, por tanto, no quedaba suficientemente

³²⁴ HESSE A, *Rundfunkrecht*, pág. 178

³²⁵ Artículo 13.1 del Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión.

³²⁶ Artículo 13 y ss del Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

garantizada la independencia de las televisiones frente al Estado.³²⁷

En este caso, el Tribunal se pronunció sobre los principios que deben inspirar la regulación del sistema de ingresos de las televisiones y recordó que una financiación adecuada forma parte de la garantía de existencia y mantenimiento de la televisión pública que el Tribunal había reconocido en su jurisprudencia anterior.³²⁸

Dentro de las críticas que se hacen a la televisión pública organizada con pluralismo interno procede la forma de financiarse. Como es conocido, la tasa de televisión soporta el sistema de pluralismo interno en la programación, de modo que se puede atender a las opiniones y los intereses de todos, también de las minorías, evitando que la pérdida de audiencia disminuya considerablemente los ingresos financieros. Pero la evolución del mercado televisivo ha determinado que las tasas no sean suficientes para cubrir los costos elevados y por ello las televisiones públicas se ven obligadas a conseguir un aumento en las tasas y utilizar la publicidad como medio de financiamiento.³²⁹

2.10 Servicio esencial de televisión

El núcleo de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la libertad de radiotelevisión viene marcado por la idea de que ésta es una libertad al servicio, en cuanto sirve a la formación de la opinión pública libre individual y plural. La Libertad de televisión extiende su protección frente al Estado y es concebida como un derecho de defensa contra las injerencias estatales. Por otra parte sostiene el Tribunal Constitucional que una concepción que se agote en la defensa de una influencia estatal dominante y abandone la televisión a los fines de grupos sociales no satisface las exigencias constitucionales de esta libertad.³³⁰

Con la cuarta sentencia importante sobre televisión (1986) el *BVerfG* se enfrenta a un cambio importante en la realidad técnica (el desarrollo de la televisión por cable y satelital,

³²⁷ FECHNER F, *Fälle und Lösungen zum Medienrecht*, pág. 191

³²⁸ SALVADOR M, *La Libertad de Televisión*, pág. 50

³²⁹ MARTI A, *Reflexiones sobre la Incidencia del Pluralismo Televisivo en el Derecho Alemán*, pág. 499

³³⁰ MARTI A, *Reflexiones sobre la Incidencia del Pluralismo Televisivo en el Derecho Alemán*, pág. 497

entre otros cambios) por lo que además de exigir se cumpla con la garantía de diversidad en la elaboración de la programación, surge la noción de “servicio esencial”, conectando así la función esencial de la radiodifusión con el orden democrático y la vida cultural del país.³³¹

Con esta concepción, el Tribunal Constitucional exige casi de manera igual a los organizadores privados la función básica que garantice la diversidad de opinión en la elaboración y difusión de la programación, el pluralismo interno en la organización de la televisión.³³²

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania calificó la noción de “servicio esencial” como un mandato constitucional. El concepto de “*Grundversorgung*” solamente está vinculado a la función que la televisión debe cumplir en el proceso de comunicación garantizado en el artículo 5 GG. Se trata de un mandato vinculante de rango constitucional.³³³

El servicio esencial que se impone a la televisión es una obligación que se impone a las televisiones públicas como contrapartida a la posición privilegiada que el ordenamiento les reconoce, y aquella misión pública está orientada a la formación de la opinión pública de la sociedad.³³⁴

El servicio esencial debe asegurar que las instituciones públicas de televisión ofrezcan programas para el conjunto de la población que informen de modo extenso y que se realice el pluralismo en las opiniones según la Constitución. Igualmente la televisión pública no puede deformar el proceso de formación de la opinión pública a través de programas que desprecien los intereses de las minorías o a través de programas unilaterales.³³⁵

En Alemania no se calificó a la televisión como servicio público. La doctrina alemana y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han señalado que la función que un medio de comunicación de masas como la televisión, exige la libertad de la televisión frente a la influencia del Estado. El servicio que presta la televisión pública alemana no es un

³³¹ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 96

³³² SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 97

³³³ SCHEBLE R, *Grundversorgung Definition und Umfang*, pág. 383

³³⁴ BVerfGE 35,226

³³⁵ BVerfGE 74, 297, (325)

servicio público es un servicio esencial.³³⁶ Sin embargo, el énfasis se hace en los principios específicos que lo diferencian del resto de los servicios públicos, y que coinciden esencialmente con los elementos que definen al “servicio esencial”.³³⁷

Para el *BVerfG* tres son los elementos que exige el servicio esencial: (i) transmisión técnica que permita la recepción del canal con seguridad, (ii) contenido “standard” de la programación en el sentido de una oferta, de acuerdo con su objeto y la forma de la presentación, (iii) el efecto de seguridad en cuanto a la existencia de diversidad en la representación de las opiniones existentes por medio de la organización y los procedimientos en los entes dedicados a la radiodifusión.³³⁸

2.10.1 *Elementos del servicio esencial*

Para que la televisión pueda cumplir con la función de servicio esencial es necesaria la recepción por toda la población de los programas que se emitan por los canales de televisión. El medio idóneo para cumplir con esta exigencia técnica han sido las ondas terrestres. Otros mecanismos como la televisión satelital o por cable complementan la oferta mas no sustituyen por completo la cobertura de la televisión por ondas terrestres.³³⁹ El servicio de televisión es una prestación que debe llegar a todos por igual.³⁴⁰

Para que la televisión pueda cumplir con su función de “servicio esencial” el contenido de la programación debe ser variado y completo de modo que se haga posible la formación libre de la opinión pública. Por otra parte dentro de este segundo componente también se incluye la triple función que debe cumplir la televisión: informar, entretener y formar.³⁴¹

Los programas deben estar dirigidos a la colectividad en general, con especial atención a la juventud y la infancia, así como a las minorías, esta programación debe mantener unos niveles de calidad, no se trata de incluir programas sólo dirigidos a un público de selecta cultura sino de garantizar un adecuado tratamiento de los contenidos que son transmitidos,

³³⁶ HOFFMANN-RIEM W, *Rundfunk als Public Service ein Überholtes Konzept?*, pág. 21

³³⁷ BVerfGE 73, 118, (152)

³³⁸ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

³³⁹ STARCK C, *Grundversorgung und Rundfunkfreiheit*, pág. 3257

³⁴⁰ BVerfGE 74, 297, (326)

³⁴¹ STARCK C, *Grundversorgung und Rundfunkfreiheit*, pág. 3258

con producciones propias, de productoras independientes e incluso de otros países.³⁴²

En este sentido de acuerdo con la opinión general el Estado debería apartar de los medios de radiodifusión todo intento de ofensa, maltrato y discriminación como ocurría en los tiempos del nacionalsocialismo.

(iii) Para que la televisión pueda garantizar su función de formación de la opinión pública es necesario que se garantice el pluralismo en la programación. El Tribunal Constitucional ha reiterado, que para lograr el pluralismo en la programación son necesarias, junto a normas materiales, normas de organización y procedimiento.³⁴³ Se trata de garantizar que en la programación se verifiquen las diferentes tendencias y opiniones existentes en la sociedad.³⁴⁴

El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto: “La programación de radio y televisión no puede estar dirigida a presentar sólo una de las tendencias de opinión ni a estar al servicio de un partido o grupo, una comunidad de intereses, una religión o concepción ideológica”.³⁴⁵

“Toda programación debe expresar la diversidad de opiniones en la forma más amplia y completa posible. Las fuerzas y grupos políticos, ideológicos y sociales debe tener la oportunidad de expresarse en cada programación. Toda programación debe prever en su nota informativa el tiempo adecuado para el tratamiento de temas controversiales de importancia para la colectividad”.³⁴⁶

En su cuarta sentencia el *BVerfG* dejó sentado que en el ámbito del sistema dual la radiodifusión pública debe cumplir con su finalidad de servicio esencial.

2.11 Estado plural

La democracia ofrece a grupos y asociaciones la posibilidad de producir influencia política o social, de formar una opinión y de producir una influencia. Esta oportunidad de

³⁴² STARCK C, *Grundversorgung und Rundfunkfreiheit*, pág. 3258

³⁴³ BVerfGE 74, 297 (325-326)

³⁴⁴ BVerfGE 74, 297 (324)

³⁴⁵ BVerfGE 74, 297 (324)

³⁴⁶ BVerfGE 74, 297 (324)

influencia y poder no es exclusiva de los partidos políticos, existe influencia también de las instituciones regionales, órganos superiores del Estado, bien como el Parlamento o el Gobierno. También las asociaciones de patronos, sindicatos, Iglesia, organizaciones de observación internacional tienen la posibilidad de obtener y utilizar influencia política y económica sobre la vida social y también sobre el Poder Público.³⁴⁷

Es el pluralismo un concepto fundamental de la democracia, asociado a la posibilidad de que a través del comportamiento del Estado pueda producirse la influencia social, política y económica. Tanto el Parlamento como otros altos órganos del Estado cumplen con el principio del pluralismo en su función de formación de la voluntad política.³⁴⁸

2.11.1 *Pluralismo interno*

La doctrina sobre radiodifusión representa una reacción a las decisiones del *BVerfG*, en el tiempo de la primera sentencia sobre televisión no existía tratamiento ni formulación constitucional sobre el tema. Los conceptos de pluralismo interno, pluralismo externo, diversidad de opinión, encuentran difusión apenas en la tercera sentencia sobre radiodifusión.³⁴⁹

El pluralismo en la radiodifusión encuentra sus antecedentes en la interpretación hecha por los redactores de la Constitución de Weimar y la nueva regulación de la radiodifusión del año 1952. Destacando la necesidad de independencia en la programación y la importancia del Consejo de Radiodifusión.³⁵⁰

En cuanto a la forma de garantizar el pluralismo en la radiodifusión la doctrina ha desarrollado las nociones de pluralismo interno y pluralismo externo. El pluralismo interno se refiere al pluralismo en la organización de las instituciones públicas de televisión.³⁵¹ Mientras que el pluralismo externo garantiza la diversidad de canales de televisión y la regulación en cuanto a las normas de competencia y funcionamiento.³⁵²

³⁴⁷ ZIPPELIUS R, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 184

³⁴⁸ ZIPPELIUS R, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 185

³⁴⁹ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 106

³⁵⁰ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 104

³⁵¹ BVerfGE 74, 297 (324)

³⁵² NIEPALLA P, *Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, pág. 127

La Ley regulatoria de la televisión señala como elementos para garantizar el pluralismo interno:

“el esquema de programación, la composición de la comunidad de productores y las demás regulaciones organizatorias que tengan por objeto garantizar la diversidad de opiniones (*Satz 3 1. Halbs.*). Con relación a este aspecto es que se toma en consideración la medida de la participación de los redactores (*Satz 3 2. Halbs.*)”.³⁵³

“La diversidad de opiniones es un criterio de selección adecuado a la materia. La libertad de radiodifusión está al servicio de la formación libre y amplia de la opinión. Esto sólo puede dar resultado cuando la radiodifusión como una de las más importantes fuentes de información y como factor esencial de formación de la opinión toma en consideración la pluralidad de las opiniones en la forma más amplia y completa posible.”³⁵⁴

El modelo del pluralismo interno tiene su origen histórico en la radiodifusión pública en Alemania. La radiodifusión pública debe cumplir con el equilibrio en el contenido y la fuerza de la diversidad. La observancia de este deber se cumple a través del Consejo de radiodifusión y su composición plural. También los privados podrían estar obligados a garantizar la diversidad de contenido, bien por medio de grupos de control internos o externos.³⁵⁵

De acuerdo con la jurisprudencia del *BVerfG* el legislador debe tomar en cuenta al regular la radiodifusión los siguientes elementos: (i) el legislador debe establecer que en la oferta completa de la programación interna de los *Land* exista diversidad de opinión, de manera tal que la radiodifusión no sea entregada a un solo grupo o fuerza social, (ii) el legislador también debe fijar las bases para garantizar por lo menos equilibrio en el contenido, objetividad y atención recíproca, (iii) el legislador necesita establecer los límites de la supervisión estatal, y regular el acceso de los privados a la radiodifusión.³⁵⁶

En este sentido, es necesario garantizar el pluralismo interno a través de la programación diversa, protegiendo las distintas tendencias.³⁵⁷ Esta concepción de garantizar la

³⁵³ BVerfGE 74, 297 (324)

³⁵⁴ BVerfGE 74, 297 (324)

³⁵⁵ SCHMIDT R, *Von potentiellen und „geborenen Mördern - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit*, pág. 143

³⁵⁶ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 25

³⁵⁷ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 96

diversidad por medio de la representación de los grupos sociales más significativos en la programación fue plasmada por el *BVerfG* en su decisión de 9 de febrero de 1982.³⁵⁸

La regulación del acceso de los privados a la radiodifusión supone para el legislador la inclusión de formas de elección entre los diversos solicitantes, de manera tal de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso. La organización de la radiodifusión no supone una regulación completa del sector pero sí de los aspectos más relevantes.³⁵⁹

Si bien se reconoce que la libertad de televisión protege un derecho de defensa frente al Estado, esto no significa excluir toda actividad estatal en el ámbito de la televisión, sino sólo aquella que suponga una influencia decisiva en el contenido de la programación. Por ello son admisibles ciertas formas de participación y control estatal sobre la televisión, siempre que tal intervención sea limitada y cumpla determinados requisitos previstos de antemano en la ley; por ejemplo, es posible que representantes de los partidos políticos o de ciertos órganos estatales formen parte de los órganos directivos de una institución de televisión, pero siempre de forma que no puedan ejercer una influencia decisiva u ocupar una posición dominante en dichos órganos.³⁶⁰

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que los grupos sociales más relevantes deben estar presentes en la televisión y que ésta debe ofrecerles la posibilidad de expresarse y de participar en la toma de todas aquellas decisiones que afecten a la programación. Aunque no existe un derecho a estar representado en la directiva de las instituciones de televisión.³⁶¹

En cuanto al ámbito de protección de la libertad de televisión, elaborar la programación es la principal actividad protegida y constituye, por tanto, el núcleo del ámbito protegido por el derecho. Se trata de garantizar la libertad en la elección, contenido y desarrollo de la programación, con la única obligación de respetar ciertos principios o criterios establecidos por el legislador, entre los más importantes el “pluralismo y equilibrio en la programación.”³⁶²

En este sentido vale la pena destacar el ejemplo francés ampliamente difundido en Europa

358 BVerfGE 60,53

359 HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 26-27

360 SALVADOR M, *Libertad de Televisión*, pág. 34

361 PIEROTH/ SCHLINK, *Grundrechte-Staatsrecht II*, pág. 157

362 BVerfGE 59, 231, (260). 257

que garantiza el pluralismo informativo interno y externo. La Decisión núm. 82-141 (8), de 27 de julio de 1982, del Consejo Constitucional, recaída sobre la Ley núm. 82-652, de 29 de julio de 1982, sobre la comunicación audiovisual, ostenta el mérito de constituir la primera ocasión en que este órgano proclamó la exigencia de conciliar la libertad constitucional de información con determinados objetivos de valor constitucional como, en particular, “la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales”.³⁶³

Particularmente interesantes resultan las normas francesas sobre el derecho de acceso y tiempos de emisión de los grupos políticos con representación parlamentaria. La Ley francesa sobre libertad de comunicación prevé en su artículo 45-1 que cada Asamblea parlamentaria puede, bajo el control de su Mesa, producir y hacer difundir por vía hertziana o distribuir por cable un programa de presentación y de informe de sus trabajos que podrá versar, igualmente, sobre el funcionamiento de las instituciones parlamentarias y ofrecer un espacio al debate público con respeto a la representatividad de los grupos y formaciones existentes en cada Asamblea.³⁶⁴

Contribuye decisivamente, también, a aproximar la institución parlamentaria al ciudadano la previsión legislativa contenida en su artículo 55 (Ley sobre Libertad de Comunicación) de que las radios y televisiones públicas retransmitan los debates de las Asambleas parlamentarias bajo el control de las Mesas de cada Asamblea. Destaca el recelo del legislador manifestado en estos preceptos respecto a la información parlamentaria transmitida por las radios y televisiones públicas. No en vano la Ley somete esta modalidad de información electoral, por un lado, al control de las Mesas de cada Asamblea y, por otro, al respeto a la representatividad de los grupos y formaciones existentes en cada Asamblea. Dichas medidas persiguen, sin lugar a dudas, abundar en la garantía del pluralismo informativo de los medios de comunicación públicos.³⁶⁵

De igual forma reconoce la Ley la necesidad de informes emitidos por los principales partidos políticos. La formación de una opinión pública libre, se dice, exige una expresión pluralista de las corrientes de opinión y pensamiento a través, precisamente, de los medios de comunicación de masas en tanto instrumentos básicos de interlocución de los partidos políticos con el ciudadano. Por ello, con buen criterio, el artículo 55 de la Ley relativa a

³⁶³ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 99

³⁶⁴ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 125

³⁶⁵ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 125

la libertad de comunicación prevé el otorgamiento de un tiempo de emisión en favor de las formaciones políticas representadas por un grupo en una u otra Asamblea del Parlamento así como de las organizaciones sindicales y profesionales representativas a escala nacional, según las modalidades definidas por el Consejo Superior del Audiovisual.³⁶⁶

El Consejo Superior Audiovisual ha regulado en forma minuciosa la modalidad de programación de los tiempos de emisión otorgados a las formaciones políticas representadas por un grupo en una u otra Asamblea del Parlamento-tras la resolución del Consejo de Estado de 2 de junio de 1994, deben considerarse como tales “las formaciones políticas cuyos electos han constituido efectivamente un grupo parlamentario” (en 1995, Partido Comunista, Partido Socialista, Reagrupamiento por la República y Unión por la Democracia Francesa).³⁶⁷

La regulación efectuada por el Consejo Superior Audiovisual define: qué radios y televisiones públicas deben realizar las emisiones; la duración de los formatos de emisión; la fijación del día de la semana de la emisión, de la hora aproximada e, incluso, antes o después de qué programa deben emitirse; la atribución global y concreta de los tiempos de emisión; que la responsabilidad de la concepción y realización de la emisión corresponde a las formaciones políticas; que éstas pueden optar por la emisión en una sociedad distinta a la prevista si se respetan las normas técnicas definidas; y que la programación de dichas emisiones queda suspendida durante los períodos electorales.³⁶⁸

2.11.2 *Normas de organización y procedimiento*

La televisión pública alemana ha sido organizada mediante un conjunto de instituciones que se encargan de prestar el servicio esencial de televisión. Estas instituciones de televisión son creadas y disueltas por la ley, poseen capacidad jurídica y gozan de autonomía para determinar la programación que desean difundir a través del canal de televisión.³⁶⁹

³⁶⁶ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 126

³⁶⁷ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 126

³⁶⁸ RALLO A, *La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia*, pág. 127

³⁶⁹ NIEBLER J, *Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel zur*

Algunas de las más conocidas instituciones de televisión en Alemania:

Bayerischer Rundfunk

Hessischer Rundfunk

Mitteldeutscher Rundfunk

Norddeutscher Rundfunk

Radio Bremen

Rundfunk Berlin-Brandenburg

Saarländischer Rundfunk

Westdeutscher Rundfunk Köln

La libertad de televisión exige la creación de normas de organización y procedimiento. La libertad de televisión tiene la función de garantizar la libertad en el proceso de formación de la opinión, y no se puede asegurar la libre formación de la opinión individual y pública, si no se asegura la emisión de una programación variada y plural, para lo cual son necesarias, por ser las adecuadas para ello, normas de organización.³⁷⁰

Las instituciones de televisión se han dotado de una organización interna prácticamente idéntica, compuesta por tres órganos principales: (i) el consejo de radiotelevisión, (ii) consejo de administración y (iii) el intendente.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal de Alemania para lograr el pluralismo en la programación, el legislador debe dictar normas de organización que garanticen la representación de los grupos sociales más relevantes en los órganos directivos de la televisión pública, y que aseguren que estos grupos participan en las decisiones relativas a la programación y en el resto de decisiones fundamentales de la institución.³⁷¹

³⁷⁰ *Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag*, pág. 101

BVerfGE 12, 205, (261)

³⁷¹ BVerfGE 31, 314, (327)

La organización de la programación se señala normalmente como pluralismo interno. La actividad con el modelo del pluralismo interno necesita sin embargo de aclarar conceptos, pues el uso de esa expresión en los últimos años ha sufrido una ampliación de su significado. Un ejemplo de modelo para su aplicación se encuentra sin embargo, en la “tercera sentencia sobre televisión”, cuando se establece que el legislador puede regular sobre la organización para lograr el pluralismo interno, a fin de determinar la influencia en el ámbito de las fuerzas internas.³⁷²

Un uso ampliado de la expresión “pluralismo interno” es advertida en la quinta sentencia sobre televisión (1987). Allí se establece la diferencia entre la exigencia de pluralismo interno en el contenido de la programación y la exigencia de pluralismo interno en la organización. Las normas sobre contenido comprenden el deber de equilibrio y diversidad de opinión en programación.³⁷³

El fin principal de esas normas de organización y procedimiento es garantizar la independencia de la televisión frente al Estado y frente a cualquier grupo social que pudiese llegar a tener el poder suficiente como para lograr el control de un sector de la programación por televisión.³⁷⁴

El legislador está obligado a desarrollar este derecho fundamental y a establecer el régimen jurídico de forma que el Estado no gestione directamente la televisión, ni pueda ejercer una influencia directa sobre el contenido de los programas. Además de las normas de organización y procedimiento las referidas al financiamiento también garantizan la independencia de este medio de comunicación.³⁷⁵

En este sentido, la regulación del acceso de los privados a la radiodifusión supone para el legislador la inclusión de formas de elección entre los diversos solicitantes, de manera tal de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso. La organización de la radiodifusión no supone una regulación completa del sector pero si de los aspectos más relevantes. La organización de la programación descansa bajo la protección de la

³⁷² SCHMIDT R, *Von potentiellen und „geborenen Mördern - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit*, pág. 142

³⁷³ SCHMIDT R, *Von potentiellen und „geborenen Mördern - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit*, pág. 142

³⁷⁴ BVerfGE 12, 205, (262)

³⁷⁵ NIEPALLA P, *Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, pág. 128

autonomía de la misma.

La Constitución no establece de forma específica la organización de la radiodifusión. La organización exige garantizar una adecuada formación de la opinión pública, también dependen de la disponibilidad de frecuencias. El modelo de ordenación de la radiodifusión no tiene que ser establecido en forma exacta por el legislador. El legislador puede combinar diferentes modelos, no perdiendo nunca de vista la finalidad del artículo 5 GG.

³⁷⁶

La admisión de la organización de la radiodifusión por medio del legislador no representa *per se* una limitación. El ámbito de la libertad de radiodifusión está entre la organización y la limitación por la ley. Usualmente la ley de limitación interviene de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.2 GG en la libertad de radiodifusión en protección de otros bienes jurídicos.³⁷⁷

En un principio, se consideró que para la emisión de televisión debía crearse una persona de derecho público que pudiera autogobernarse garantizando así su independencia frente a cualquier influencia estatal. Con el desarrollo tecnológico se admitió que no tenía que tratarse necesariamente de una persona jurídica de derecho público, las personas jurídicas derecho privado también pueden gestionar los servicios de televisión siempre que cumplan con las exigencias que ya se habían impuesto a las televisiones públicas.³⁷⁸

A pesar de que la radiodifusión puede cumplir con su función de servicio esencial, porque su programación terrestre alcanza a casi toda la población y porque su cuota de difusión es muy alta, se admite la participación de los privados. En el caso de la radiodifusión privada las exigencias de diversidad en la programación son muy diferentes.³⁷⁹

2.11.3 Exigencias de organización

La organización que requiere la diversidad está asociada a la existencia de la radiodifusión

³⁷⁶ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

³⁷⁷ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

³⁷⁸ NIEPALLA P, *Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, pág. 128

³⁷⁹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

pública.³⁸⁰ La ley de organización permite la realización de los derechos de comunicación individualmente considerados y asegura un orden positivo para el proceso de formación de la opinión pública. También la ley de organización tiene efectos sobre los titulares del derecho fundamental sin que eso pueda ser considerado como una limitación.³⁸¹

El legislador debe tomar en consideración la posición jurídica de los organizadores, de manera tal de poner en orden las diferentes posiciones jurídicas. Así ocurre por ejemplo con la posición individual del organizador de la radiodifusión que dentro del amplio margen de evaluación del legislador permite regularlo, estando vinculado para ello a un examen adecuado de la conducta de los organizadores.³⁸²

En cuanto a la exigencia de organización a fin de garantizar el pluralismo interno destaca la necesidad de incorporar en la estructura interna de la televisión los representantes de los grupos sociales más relevantes. Estos representantes deberán formar parte del órgano que tome las decisiones principales de programación y también de aquel que tenga atribuidas las competencias de control interno.³⁸³

Estos grupos sociales relevantes que deben estar presentes en las instituciones de televisión no son sólo los partidos políticos. Estos últimos también participan en las instituciones de televisión, pero su representación debe ser limitada, de manera que no puedan influir de forma determinante en las decisiones esenciales.³⁸⁴ También pueden formar parte de los órganos centrales de la televisión representantes del Estado, pero siempre que el número de estos representantes no permita a ningún poder público ejercer una influencia determinante sobre el desarrollo de la programación y otras decisiones determinantes.³⁸⁵

El Tribunal Constitucional alemán sólo ha hecho referencia a la necesidad de un órganos en el cual hagan vida los grupos sociales más relevantes y, a las principales competencias que debe tener atribuidas este órgano: la elección, del órgano ejecutivo, la supervisión del cumplimiento de los principios de programación por parte del resto de los órganos y la

³⁸⁰ SCHMIDT R, *Von potentiellen und „geborenen Mördern - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit*, pág. 141

³⁸¹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

³⁸² HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 28

³⁸³ BVerfGE 57, 295; BVerfGE 12, 295

³⁸⁴ BVerfGE 31, 314, (325-328)

³⁸⁵ BVerfGE 12, 205

aprobación del presupuesto de la Institución.³⁸⁶

2.12 El modelo dual

2.12.1 Programación

Con la entrada de la radiodifusión privada en Alemania en el año 1984 surge el sistema de radiodifusión dual. Mientras la radiodifusión pública forma una columna principal, la radiodifusión privada es un complemento fundamental del sistema. Esta apertura permitió la abolición en forma progresiva de la situación especial de los privados en cuanto a su legitimidad para actuar.³⁸⁷

El Acuerdo Estatal de Radiotelevisión enumera los principios generales de programación:

“Las organizaciones de televisión de los estados federados agrupadas en la asociación de organizaciones de televisión de la República Federal de Alemania (ARD), el segundo canal de televisión (ZDF) y todos los operadores que emiten programas de televisión a escala nacional, tienen el deber de observar y proteger la dignidad humana en los programas por ellos difundidos. Deberán contribuir a fortalecer el respeto por la vida, la libertad y la integridad física, por las creencias y la opinión de los otros. Asimismo, se deberán respetar las creencias morales y religiosas de los ciudadanos.”³⁸⁸

Para la televisión pública de los estados federados, los principios generales de programación han sido recogidos en las leyes de televisión del respectivo estado. De igual manera sus programas deberán contribuir a la formación, información y entretenimiento de la generalidad de los ciudadanos y no podrán atentar contra el orden constitucional o las leyes, asimismo, deberán respetar y proteger la dignidad humana y las creencias religiosas e ideológicas de terceros, así como promover la defensa de la libertad, igualdad la paz y el entendimiento.³⁸⁹ La defensa del pluralismo informativo también es un

³⁸⁶ BVerfGE 12, 205

³⁸⁷ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 29

³⁸⁸ Artículos 2 y 3 del Acuerdo Estatal de Radiotelevisión

³⁸⁹ BULLINGER M, *Freiheit und Gleichheit in den Medien*, pág. 256

principio de la televisión pública regional.

En el caso de la televisión privada regional o local las leyes de los estados reiteran los principios del Acuerdo Estatal de Radiotelevisión para la televisión privada nacional: respeto del orden constitucional, de la dignidad humana, de las creencias religiosas y morales, de las disposiciones para la protección del honor de las personas, así como el deber del profesional de la información de comprobar la veracidad y el origen de la misma. El pluralismo informativo en la televisión privada se garantiza, según el modelo del pluralismo externo. Sin embargo, existen algunas referencias a favorecer cierto nivel de pluralismo interno en los medios gestionados por particulares.³⁹⁰

Entre las obligaciones que se derivan para los operadores, sobre los principios de programación encontramos:³⁹¹

Prohibición de emitir programas perjudiciales para la juventud conforme a lo previsto en el Acuerdo Estatal para la Protección de la Juventud en los medios (artículo 4).

El derecho de todo operador de televisión a emitir de forma gratuita informaciones sobre acontecimientos públicos y de interés general (artículo 5).

Reglas relativas a la retransmisión de forma codificada y a cambio de remuneración de acontecimientos de gran relevancia para la sociedad. (artículo 5).

Obligación de reservar la mayor parte de los espacios dedicados a películas, series y documentales a la difusión de obras europeas. (Artículo 6).

Disposiciones relativas al contenido de las emisiones publicitarias y al patrocinio (artículos 7 y 8).

Obligaciones de información de los operadores públicos y privados de televisión. (artículo 9).

³⁹⁰ Artículos 25 del Acuerdo Estatal de Radiotelevisión
³⁹¹ Acuerdo Estatal de Radiotelevisión

Previsiones relativas a los programas de información y encuestas de opinión (artículo 10).

La televisión pública debe garantizar en su programación de la forma más completa posible la pluralidad de opiniones de la sociedad y, además, deberá lograr presentar las diferentes tendencias de opiniones existentes. El equilibrio entre la pluralidad de opiniones manifestadas es la exigencia fundamental que debe cumplir el conjunto de la programación de la televisión pública.³⁹²

De acuerdo con el Tribunal Constitucional alemán debe garantizar con su programación equilibrio, objetividad y respeto a las personas y grupos especialmente vulnerables. El órgano central de los canales de televisión, para hacer cumplir los principios de programación es el “Consejo de Radiotelevisión”, es el órgano competente para la supervisión.³⁹³

En el año 2003 se introdujo un párrafo en el artículo 11 del Acuerdo Estatal, relativo a la finalidad de la televisión pública, como medio y factor del proceso de formación de la opinión individual y pública:

“A través de su oferta de programas, la televisión pública deberá ofrecer una visión amplia sobre los acontecimientos internacionales, europeos, nacionales y regionales que se produzcan en los principales ámbitos de la vida. Deberá contribuir al entendimiento internacional, a la integración europea y a la cohesión social en la Federación y los *Länder*. Su programación deberá servir a la formación, información y entretenimiento. Deberá ofrecer especialmente aportaciones culturales”.³⁹⁴

También el artículo 11.3 del Acuerdo Estatal establece la obligación de la televisión pública nacional de informar de acuerdo con los principios de objetividad y neutralidad y ofrecer una programación plural y equilibrada.

De acuerdo con la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional alemán en el sistema dual la prestación del llamado “servicio esencial” de televisión se garantiza, en primer lugar, a través de un modelo de pluralismo interno y que el modelo de pluralismo externo

³⁹² BVerfGE 57, 295

³⁹³ BULLINGER M, *Freiheit und Gleichheit in den Medien*, pág. 257

³⁹⁴ Artículo 11. Acuerdo Estatal de Radiotelevisión

desempeña un papel de complemento.³⁹⁵

El Tribunal Constitucional de Alemania establece un mandato al legislador que le obliga a permanecer atento a los avances y desarrollos que tengan lugar en el ámbito de la televisión. De acuerdo con la doctrina del Tribunal constitucional el legislador tiene el deber de adaptar progresivamente la legislación relativa a la televisión, tomando en consideración los avances técnicos que permitan la universalidad de la emisión de la programación, los cambios económicos, sociales y políticos, siempre garantizando la estabilidad de la televisión pública.³⁹⁶

2.12.2 *Contenido de la programación*

En cuanto a la radiodifusión ha afirmado el *BVerfG* que la elección y organización de un programa siempre tiene una tendencia determinada, al igual que la decisión sobre qué va?, o sobre que no debería transmitirse, que interesa o que no interesa a los escuchas, qué cosas podrían transmitirse sin causar daño para la formación de la opinión pública.³⁹⁷

La oferta de la radiodifusión debe comprender la idea de servicio y de programación, también la garantía de desarrollo y permanencia de la programación en la radiodifusión de derecho público³⁹⁸ En el caso de los titulares de radiodifusión de derecho privado la limitaciones consisten en que el legislador deja a criterio de cada *Land* la necesidad de que se establezca la diversidad de opiniones por medio de muchos prestadores (pluralismo externo) o la diversidad de opiniones por medio de exigencias en la organización y contenido (pluralismo interno).

Estos requisitos resultan más exigentes para la radiodifusión de derecho público que de derecho privado, aunque en el caso de los privados tampoco pueden estar por debajo de los requerimientos constitucionales (E 83, 238/310). El *BVerfG* (E 83/238/296, 97,228/257) exige que el legislador de los *Land* regule: (i) la prohibición de monopolio de la información, (ii) un mínimo de equilibrio del contenido, (iii) en el caso de los titulares públicos-privados de radiodifusión, organización con diversidad de tendencias

³⁹⁵ BVerfGE 73, 118

³⁹⁶ BULLINGER M, *Freiheit und Gleichheit in den Medien*, pág. 257

³⁹⁷ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 135

³⁹⁸ BVerfGE 74, 297 (327)

sociales y políticas.³⁹⁹

El Acuerdo Estatal, además de los principios incluidos en el artículo 3, enumera en el artículo 41 las directrices generales de programación que tiene que respetar las televisiones privadas nacionales. Las televisiones privadas deben:

“respetar el orden constitucional. Los canales de televisión respetarán la dignidad humana, así como las creencias morales, religiosas e ideológicas de los demás. Favorecer la unidad nacional y el entendimiento internacional, e impedirán cualquier forma de discriminación. Deben ser respetadas las disposiciones de las leyes generales y las normas para la protección del honor personal”.⁴⁰⁰

El pluralismo informativo en la televisión privada se garantiza, fundamentalmente, según el modelo del pluralismo externo. Sin embargo, en el Acuerdo Estatal se establecen algunas obligaciones para la televisión nacional privada, destinadas a favorecer un cierto nivel de pluralismo interno: en la televisión privada se deberá respetar el pluralismo de las opiniones de los grupos políticos, ideológicos y sociales significativos. También deben ser respetadas las opiniones de la minoría. Se reconoce la posibilidad de ofrecer canales temáticos. Una cadena privada de televisión no podrá influir de forma desproporcionada sobre la formación de la opinión pública.⁴⁰¹

2.13 El Consejo de Radiodifusión

El Consejo de Radiodifusión está previsto en la Ley de Radiodifusión como un grupo de control interno por la materia, en frente de este Consejo destaca el trabajo del intendente con funciones de asesoría, que sin embargo no toca el contenido de la programación. Además de su deber de control y supervisión destaca su deber de auditoría, presentar resultados e informar.⁴⁰²

³⁹⁹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 142

⁴⁰⁰ Artículo 41. Acuerdo Estatal de Radiotelevisión

⁴⁰¹ PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, pág. 142

⁴⁰² KRISTOFF R, *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk*, pág. 132

La tarea del Consejo de Radiodifusión en palabras del *BVerfG* es:

“controlar que todos los grupos y fuerzas políticas, ideológicas y sociales de relevancia puedan encontrar de forma adecuada vías de expresión en el conjunto de la programación, que el canal no sirva a los intereses de un partido o grupo concreto, a una comunidad de intereses, a una confesión o a una ideología determinada y que en la información que se haga llegar al público se reflejen, de forma adecuada y correcta, las opiniones de las personas, grupos o instituciones afectadas”.⁴⁰³

El Consejo de Radiodifusión debe cumplir con tres funciones: (i) debe proporcionar una relación de legitimidad democrática con los receptores del servicio de televisión, (ii) la potencial competencia de los grupos de interés en la radiodifusión por medio de una participación paritaria que garantice neutralidad, (iii) la radiodifusión debe proporcionar las condiciones previas que permitan el cumplimiento de sus deberes. Punto esencial es el efecto cultural del servicio público de televisión.⁴⁰⁴

El Consejo de Radiodifusión podría incluso llegar a delegar funciones en el intendente y esto depende del sentido que se le dé a las competencias de organización del Consejo.⁴⁰⁵

2.13.1 *Status de sus miembros*

Los miembros del Consejo de Radiodifusión son procuradores de los intereses de la generalidad. Ello significa que el deber de los miembros del Consejo de radiodifusión, a pesar de que representan los intereses, de un grupo que es mayoría, es que no haya interferencia en la programación que beneficie exclusivamente a dichas organizaciones o grupos de interés.⁴⁰⁶

La composición plural del Consejo de Radiodifusión debe expresar el interés de la generalidad, mostrando el antagonismo entre las informaciones y evitando el peligro de la influencia unilateral en la organización de la programación. Los miembros del Consejo

⁴⁰³ BVerfG 60,53 (66 y ss)

⁴⁰⁴ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 104

⁴⁰⁵ KRISTOFF R, *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk*, pág. 133

⁴⁰⁶ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 47

de Radiodifusión no están sujetos a instrucciones en sus tareas.⁴⁰⁷

Sobre el criterio a tomar en consideración para decidirse por un grupo u otro, el *BVerfG* aludió en la citada sentencia al criterio de la relevancia social, el cual deja al legislador un amplio margen de maniobra a la hora de fijar la composición del Consejo de Radio televisión. Este amplio margen de actuación comprende:

“la competencia para determinar el criterio de la relevancia social para la determinación de las fuerzas sociales que deberán estar en él presentes, la determinación de los grupos a tomar en consideración y conforme a ello adoptar una decisión justificada y ponderada”.⁴⁰⁸

En cuanto a la competencia de organización de la programación en la radiodifusión, el *BVerfG* exige efectivamente la influencia del Consejo de Radiodifusión. Esta efectiva influencia estaría garantizada entonces cuando el Consejo de Radiodifusión no sólo aconseja y controla sino también puede determinar la organización de la programación.⁴⁰⁹ También la cuarta sentencia del *BVerfG* se ha pronunciado en este sentido.

El deber del Consejo de Radiodifusión es garantizar el proceso de formación libre de la opinión, con lealtad, siendo la diversidad un objetivo y un objetivo en toda la programación.⁴¹⁰ El Consejo de Radiodifusión es el órgano principal de la televisión pública alemana, es por ello que a él corresponde: el nombramiento de todos o parte de los miembros del Consejo de Administración y su cese, el nombramiento y el cese del Intendente, la elaboración de los estatutos internos de la institución de televisión

En el caso de la radiodifusión privada dispone de un órgano externo de control de la programación con una posibilidad de influencia esencialmente débil.⁴¹¹

En las leyes de radiodifusión de los *Länder* no se encuentran disposiciones sobre las competencias de organización en la programación del Consejo de Radiodifusión. En estas regulaciones hay por el contrario referencias al intendente y su responsabilidad sobre la organización de la programación. En estas regulaciones sólo el intendente responde por

⁴⁰⁷ BVerfGE 60,53,66; 83, 238, 334

⁴⁰⁸ BVerfGE 83, 238 (334)

⁴⁰⁹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 52

⁴¹⁰ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 96

⁴¹¹ BVerfGE 73, 118, 170

la programación.

La independencia de los miembros del Consejo de Radiodifusión se mide por medio de las disposiciones sobre incompatibilidad establecidas en las leyes sobre radiodifusión, en esas disposiciones se establecen que no pueden ser miembros del Consejo de Radiodifusión integrantes de la organización de radiodifusión pública, de las organizaciones de radiodifusión privada y de los medios de *Länder*. Los miembros del Consejo no pueden ser miembros de la Comisión Europea, del gobierno nacional o estatal.⁴¹²

El tiempo de duración del Consejo Radiodifusión varía de acuerdo con la organización del Consejo, entre 4 y 6 años.

El número de los miembros del Consejo de Radiodifusión puede oscilar entre 5 y 9, en el caso de MDR tiene 5 miembros y para WDR y *Hessischen Rundfunk* 9 miembros, quienes ostentas más miembros son ZDF con 14 y SWR con 15.⁴¹³

El *BVerfG* ha afirmado que un miembro del Consejo de Radiodifusión puede ser excluido del Consejo en caso de comportarse en forma contraria a la garantía de diversidad. Desarrolla el Tribunal Constitucional alemán el concepto de un control de diversidad en la elaboración de la programación por medio de una figura que otorgue confianza a la generalidad.⁴¹⁴

2.13.2 *Composición del Consejo de Radiodifusión*

Las leyes de los estados federados que regulan la televisión pública han creado consejo de radiodifusión integrados por representantes de los grupos sociales, políticos, culturales, económicos, religiosos, más significativos. Adicionalmente, a fin de evitar la posible influencia estatal las leyes de televisión han previsto que la designación de los miembros del órgano corresponda directamente a los representantes de los grupos legitimados.⁴¹⁵

⁴¹² SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 97

⁴¹³ KRISTOFF R, *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk*, pág. 133

⁴¹⁴ SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 96

⁴¹⁵ HESSE A, *Rundfunkrecht*, pág. 157

La jurisprudencia ha afirmado la no existencia de un derecho subjetivo a formar parte del consejo de radiodifusión, en la medida en que los grupos sociales y políticos integrantes del órgano no actúan en interés del colectivo al que pertenecen, sino en interés y representación del público televidente.⁴¹⁶

2.14 La figura del Intendente

El Intendente es el órgano ejecutivo de la Institución de televisión y su tarea fundamental es la dirección y representación de la misma.

Cuando la ley se refiere a la responsabilidad en la programación habla del intendente, pero de ningún modo indica que la competencia de la programación sea monopolizada por el intendente. Hay una responsabilidad interna frente al Consejo de Radiodifusión.⁴¹⁷

Este órgano es elegido por el Consejo de Radiodifusión mediante acuerdo adoptado por mayoría simple o mayoría calificada, según la ley, por un período que varía entre cinco y nueve años, con posibilidad de ser reelegido

La referencia a la responsabilidad trae como consecuencia que el intendente tenga una función de orientación en la concepción de la programación que lleva a cabo el Consejo de Radiodifusión. Esta concepción de la programación en la radiodifusión sólo se puede realizar bajo la divisa “diversidad por medio del pluralismo interno”.⁴¹⁸

A pesar de la función central del Consejo de Radiodifusión, ejerce el intendente una importante competencia de asesoría en la organización de la programación. Mientras el intendente asesora, el Consejo tiene la comprensión del orden en la programación.⁴¹⁹

⁴¹⁶ FECHNER F, *Medienrecht*, pág. 227

⁴¹⁷ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 52

⁴¹⁸ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 52

⁴¹⁹ HAHN C, *Studien zum deutschen und europäischen Medien Recht*, pág. 54

2.15 Consejo de Administración

El Consejo de Administración es el órgano encargado de la dirección económica de los canales de televisión, el Consejo está integrado entre seis y quince miembros, elegidos en su totalidad por el Consejo de Radiodifusión, o bien en su mayoría por el Consejo de Radiodifusión y el resto por órganos estatales o por los trabajadores de la institución.⁴²⁰

La principal función que las leyes de televisión pública asignan al Consejo es la vigilancia de la dirección económica realizada por el Intendente. El intendente está obligado a presentar ante el Consejo de Administración el presupuesto antes de enviarlo para su aprobación definitiva en el Consejo de Radiodifusión, así como a presentarle, las cuentas anuales, el balance y la memoria de actividades.⁴²¹

2.16 Pluralismo externo

A partir de la sentencia del 16 de junio de 1981 el *BVerfG* empezó a utilizar la expresión “pluralismo externo”. De acuerdo con esta decisión el pluralismo en la televisión privada podía ser alcanzado mediante el pluralismo interno como ocurría con la televisión pública o a través de otra forma de organización. A pesar de la posibilidad de elección entre un modelo u otro, los medios privados también debían garantizar en todo caso el pluralismo informativo.⁴²²

De igual manera en la cuarta sentencia sobre televisión el *BVerfG* se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas anticompetencia de Baja Sajonia. En dicha sentencia el tribunal caracteriza al sistema dual y señala las funciones que corresponden al componente público y privado.

En cuanto a la Ley de Televisión de Baja Sajonia, el Tribunal señaló que las normas destinadas a proteger y garantizar el pluralismo informativo eran insuficientes: el legislador está obligado constitucionalmente a dictar las disposiciones necesarias para impedir la formación de tales posiciones de dominio. Las normas contenidas en la Ley de

⁴²⁰ FECHNER F, *Medienrecht*, pág. 227

⁴²¹ FECHNER F, *Medienrecht*, pág. 227

⁴²² SCHUSTER D, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, pág. 182

Televisión de Baja Sajonia para tal fin no lo han conseguido de forma plena.”⁴²³

Es así como el legislador federal que tiene atribuida la competencia en materia de televisión ha desarrollado normativas en las que se han concretado normas que impiden la concentración de medios de comunicación de masas que impidan la libre formación de la opinión pública.⁴²⁴

En 1997 se establece con carácter nacional un nuevo cuadro normativo dirigido a proteger el pluralismo informativo en la televisión privada, en esta nueva regulación se incorporó un esquema que tomaba en consideración los índices de audiencia, de manera de establecer un criterio cierto para estudiar la influencia del medio de comunicación en la formación de la opinión pública.⁴²⁵

2.17 Concentraciones en televisión

Con el acuerdo estatal de 1997 se sustituye al acuerdo de 1991 y se establecen importantes y efectivas medidas para evitar el monopolio en la televisión, es así como un grupo de comunicaciones puede controlar un número ilimitado de cadenas de televisión o poseer el 100% del capital de una determinada cadena siempre y cuando no consiga una influencia dominante sobre la opinión pública.⁴²⁶

Artículo 26 del Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión:

“Cuando el conjunto de las cadenas cuyo control se atribuye a un operador de televisión obtenga un porcentaje de audiencia anual superior al 30%. Cuando el porcentaje de audiencia se sitúe en el 25% pero la empresa en cuestión tenga una posición dominante en otro sector de los medios de comunicación o en un mercado conexo, o cuando tras la realización de una valoración global de sus actividades en el sector de los medios de comunicación sea posible determinar la capacidad de influencia que ejerce sobre la

⁴²³ BVerfGE 73,118 (172)

⁴²⁴ SCHELLENBERG M; *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechts Vergleich*, pág. 38

⁴²⁵ MAILÄNDER P, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, pág. 300

⁴²⁶ Artículo 26.1 Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

opinión pública se corresponde a la de una empresa con una audiencia televisiva del 30%.”

Por su parte el artículo 27 del Acuerdo Estatal establece que: “para la determinación de los índices de audiencia serán tomados en consideración todos los canales de televisión de habla alemana de la televisión pública y privada que tengan difusión en todo el territorio alemán. Los cálculos sobre los índices de audiencia corresponden a empresas especializadas que se contraten a tales efectos”.⁴²⁷

El segundo aparte del referido artículo 27 del Acuerdo Estatal desarrolla las consecuencias jurídicas para un grupo que según los estudios de audiencia ejercen una influencia dominante en la opinión pública, en tal caso a la empresa de televisión no le serán concedidas futuras licencias ni podrán adquirir nuevas participaciones en otras empresas operantes en el sector.⁴²⁸

Además de las medidas a futuro para evitar la expansión de la concentración mediática se exige a las empresas de acuerdo con el Estatuto Estatal de Radiotelevisión: reducción de las participaciones en empresas de televisión hasta que el índice de audiencia conjunta se sitúe por debajo del 30%. En los supuesto en que un operador de televisión consiga una audiencia del 25% pero se considere que ejerce una influencia dominante sobre la opinión pública debido a su presencia en otros medios de comunicación, el operador podrá optar entre deshacerse de participaciones en empresas de televisión o eliminar sus participaciones en otros medios de comunicación hasta que desaparezca la influencia dominante.⁴²⁹

Adopción por la empresa privada de televisión de una de las dos medidas previstas en el Acuerdo Estatal para garantizar el pluralismo informativo: (i) la cesión de un tiempo de transmisión a favor de terceros independientes, (ii) el nombramiento de un Consejo Asesor de Programación. Se le imponen al operador privado de obligaciones propias del pluralismo interno.⁴³⁰

⁴²⁷ Artículo 27 Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

⁴²⁸ Artículo 26.3 y 27 Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

⁴²⁹ Artículo 26.3 y 27 Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

⁴³⁰ Artículo 26.3 y 27 Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

2.18 Consejo Asesor de Programación

En los casos en los que se demuestre que una empresa privada de televisión ejerce influencia determinante sobre la opinión pública, se puede exigir de acuerdo con la ley respectiva que el órgano regulador de la radiodifusión designe un Consejo Asesor de Programación, encargado de velar por la garantía de pluralismo interno dentro de la cadena de televisión.⁴³¹

El Consejo, asesora a los responsables de la cadena de televisión, gestores, accionistas, programadores acerca de la ordenación de la programación con el fin de favorecer el pluralismo informativo, en todo caso se debe garantizar que los principales grupos sociales se hallen representados en su seno.⁴³² El Consejo Asesor ejerce funciones de supervisión y control, es por ello que debe ser informado de los cambios que afecten la estructura del canal de televisión, modificaciones en el contenido de la programación y horarios.

Cuando el Consejo Asesor está en contra de los cambios en la programación, los organizadores de los medios de comunicación sólo podrán introducirlos con el voto favorable del Consejo de Administración, y en caso de no existir, con el voto favorable de por lo menos el 75% de los miembros de la Asamblea General.⁴³³

Además de las disposiciones del Acuerdo Estatal sobre Televisión los estados federados han aprobado sus propias leyes que regulan el sector de la radiodifusión y audiovisual para empresas privadas, el modelo utilizado en buena parte de estas leyes para garantizar el pluralismo es el del pluralismo externo. En el caso de la Leyes de *Thüringen* y *Mecklenburg-Vorpommern* se establece que en los casos en que no exista una oferta lo suficientemente amplia de canales de televisión –que se fijan en tres- las empresas privadas podrán ser obligadas a respetar exigencias propias del pluralismo interno.⁴³⁴

Además del modelo que toma en consideración el índice de audiencia para determinar la existencia de una influencia dominante sobre la opinión pública, algunos estados federados han preferido utilizar la fórmula de la territorialidad conforme a la cual la

⁴³¹ HESS W, *Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkvertrag*, pág. 682

⁴³² HESS W, *Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkvertrag*, pág. 681

⁴³³ Artículo 32.2 del Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión

⁴³⁴ HESS W, *Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkvertrag*, pág. 682

influencia dominante de una cadena se presume cuando dentro de su territorio de difusión no existan tantos canales como los de origen privado. En cuanto a las consecuencias de comprobar la posición dominante la mayoría de las leyes federales establecen las mismas soluciones que el acuerdo Estatal de Radiodifusión. Por su parte los Estados de *Hamburgo, Bremen, Mecklenburg- Vorpommnen, Thüringen y Berlin* han limitado las concentraciones en el sector de la televisión a través de los criterios tradicionales basados en la imposición de límites al número de licencias que un operador de televisión pueda detentar o a la participación accionarial o control de los derechos de voto⁴³⁵

El panorama resulta más complicado cuando no se trata de concentraciones monomedia sino de concentraciones multimedia. Así, por ejemplo en la Ley del Estado de *Hamburg* se prevé que el operador que solicita una concesión para emitir televisión que ya posea una influencia dominante en el mercado de la prensa diaria solamente podrá obtener una concesión en ese ámbito territorial y participar con más del 50% del capital o de los derechos de voto cuando adopte medidas para garantizar el pluralismo interno: la cesión de espacios a favor de terceros independientes o la creación de un Consejo Asesor de Programación.⁴³⁶

En su labor de control dentro de ámbito territorial de la normativa “*antitrust*” las instituciones de los medios son asistidas por dos órganos: (i) la Comisión de Control de la Concentración en el Sector de los Medios de Comunicación mejor conocida por sus siglas en alemán KEK y la Conferencia de Directores de las Instituciones de los Medios (siglas en alemán KDLM).⁴³⁷

De amplia trayectoria en Alemania y las cuales han producido la doctrina más importante en materia de competencia en medios audiovisuales.

⁴³⁵ HESS W, *Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkvertrag*, pág. 682

⁴³⁶ BOHL C, *Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien. Wirtschaftsrecht der internationalen Telekommunikation*, pág. 67

⁴³⁷ BOHL C, *Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien. Wirtschaftsrecht der internationalen Telekommunikation*, pág. 67

2.19 Secreto profesional del periodista

La Ley Federal de 25 de julio de 1975 (BL, relativa a los “derechos a negarse a testificar de aquellas personas relacionadas con la prensa y la radiodifusión” (Ley que reforma algunos preceptos de las leyes de Enjuiciamiento Criminal y Enjuiciamiento Civil, así como de la ordenanza tributaria, relativos al secreto de las personas relacionadas con ciertas profesiones), ampara, por lo que aquí nos interesa, el secreto profesional de los periodistas en un procedimiento criminal. Según esta nueva Ley, pueden negarse a testificar en un proceso penal todas aquellas personas que intervengan o hayan intervenido en la preparación, confección y difusión de publicaciones periódicas o en programas de radio y televisión. Estas personas pueden negarse a declarar sobre la persona del autor o del informante de artículos o documentos, así como sobre las informaciones recibidas profesionalmente en la medida de que se trate de artículos, documentos e informaciones con destino a la redacción de su trabajo profesional.⁴³⁸

Con objeto de que por vías indirectas se pudiera conocer el nombre del informante, la Ley considera inadmisibles el embargo o confiscación de los documentos, cintas, etc., que se encuentren en poder de las personas que intervinieron en el proceso de elaboración de la información, de la redacción, del editor, del impresor o de la emisora de radio o televisión.

El Tribunal Constitucional, por otra parte, había mantenido con anterioridad a esta Ley, en la Sentencia de 28 de noviembre de 1973, que el secreto profesional tenía un respaldo en la Ley Fundamental. A este respecto decía la Sentencia que «la libertad de prensa garantizada en la Constitución comprende, igualmente, como condición esencial de su funcionamiento, una cierta protección de la relación de confianza entre la prensa y los informadores privados. Esta protección es indispensable, ya que la prensa no puede pasar de comunicaciones privadas, y esta fuente de informaciones no fluye abundantemente si los titulares de la información no pudieran contar con el respeto del secreto profesional.

Aquí, pues, el Tribunal destaca y recuerda la vertiente institucional del secreto profesional de los periodistas a la que se había referido en la sentencia *Der Spiegel*.

⁴³⁸ GÓMEZ-REINO E, *El Secreto Profesional de los Periodistas*, pág. 615

3 CONCLUSIONES PARCIALES

3.1 El pluralismo en Alemania

La situación actual de Alemania nos muestra que existen 2 canales públicos de televisión nacionales en abierta, ARD y ZDF, con financiamiento de canon más publicidad con horario *prime time* de 3 horas. En cuanto a las características de su mercado existe fragmentación de audiencias, debido a un elevado número de canales y a la penetración del cable. Aún así la cuota de pantalla está dominada por cuatro operadores, dos públicos y dos privados. En cuanto a las limitaciones de la publicidad no hay limitaciones en horario *prime time* (a partir de las 20 horas), ni los domingos, ni festivos, no más de 20 minutos por hora.

En Alemania, la Ley Fundamental, entre sus artículos no susceptibles de revisión, asegura la libertad de expresión como un derecho de todos los ciudadanos, y garantiza también la accesibilidad de las fuentes. El Estado, de acuerdo con la Constitución, mantiene una neutralidad respecto a los contenidos televisivos. El Estado delega la responsabilidad de la radioteledifusión a los Estados Federados (Decisión de la Corte Constitucional de 1961). Son los Estados Federados quienes autorizan, organizan la financiación y establecen normas sobre el contenido de las cadenas. La federación se reserva las competencias de telecomunicaciones y su reglamentación técnica, así como las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual. Para garantizar el pluralismo territorial y cultural, entre las distintas cadenas de los Estados, existe un acuerdo para subvencionar a los más pequeños para que puedan tener sus propias emisoras frente a los grandes (aunque esto actualmente, y debido a motivos económicos, está muy cuestionado).

Alemania presenta un total de 186 noticias, con un reparto casi igual entre pública y privada (50,5% y 49,5% respectivamente). A pesar de que de nuevo, cobra mayor importancia la noticia local, en un 59,1% de los casos proceden del propio país (el porcentaje es bastante superior en la cadena pública) tienen un lugar relevante las noticias procedentes tanto de la UE, como de EEUU o el resto del mundo (esto en porcentajes muy similares).

Respecto al gobierno de Alemania, su presencia es también superior a la de la oposición, dato que se refuerza significativamente en la cadena pública. La oposición apenas tiene

presencia y los enfoques de estos protagonistas son más bien neutros.

Para el Tribunal Constitucional Federal de Alemania la Libertad de Radiodifusión no es una libertad reconocida primeramente en interés del titular del derecho, sino en interés, sobre todo, del proceso de libre formación de la opinión pública. Es por ello que las normas dictadas por el legislador para asegurar la libertad en el proceso de formación de la opinión pública no constituyen límites al ejercicio del derecho fundamental y que, en consecuencia, las previsiones para la garantía del pluralismo informativo no suponen una injerencia en la libertad de televisión. Se trata, más bien, de normas de organización, cuya función es la de contribuir a la garantía de la libertad de la televisión.

Por su parte, el pluralismo interno en Alemania descansa sobre las llamadas instituciones públicas de televisión, cuya estructura interna está al servicio de la libertad de radiodifusión. El Consejo de Radiotelevisión – compuesto por representantes de los grupos sociales, políticos, culturales y económicos más relevantes- tiene la misión de garantizar la existencia de una programación imparcial y pluralista en la televisión pública.

De otro lado la figura del Intendente (elegido por el Consejo de Radiodifusión), aunque algunas veces controversial, se muestra como fórmula segura para garantizar el pluralismo en la televisión, apoyado por el Consejo de Administración en cuestiones técnicas y económicas.

También existe en la mayoría de los *Länder* un órgano colegiado, al que corresponden las decisiones más importantes, compuesto por representantes de organizaciones políticas, sociales y culturales. En algunos *Länder* los miembros de este órgano son elegidos por el Parlamento mediante mayoría cualificada.

En Alemania los ingresos de la Televisión Pública provienen al abono de un canon de radiotelevisión y donde los ingresos privados por publicidad están sometidos a importantes restricciones.

En cuanto al pluralismo externo, tras la reforma de 1997, el Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión suprimió los tradicionales límites anticoncentración por el denominado criterio de la audiencia, un criterio, sin duda más adecuado al nuevo entorno mediático. Este criterio, permite determinar con mayor rigor cuándo un operador de televisión ha alcanzado una influencia dominante sobre la opinión pública.

En Alemania el legislador se ha esforzado en lograr un difícil equilibrio, entre el pluralismo y la libre competencia, sin que ello obstaculice la dirección de la empresa, ni impida un adecuado grado de concentración, necesario tanto para que las empresas puedan multiplicar y cualificar sus servicios, como para la formación de sólidos grupos de comunicación, también convenientes para la promoción y defensa de la identidad nacional y europea.

La función institucional de los medios de comunicación audiovisuales adquiere una importancia esencial en los momentos previos a las elecciones, pues es a través de la televisión como el ciudadano, y futuro votante, va a conocer las alternativas y los programas de gobierno de las distintas formaciones políticas. Consciente de ello, el legislador alemán ha reservado a los partidos políticos espacios gratuitos de acceso a la televisión pública durante la campaña electoral.

Existen ciertos formatos informativos (debates electorales, entrevistas) que consiguen acaparar la atención de los ciudadanos en mucha mayor medida y que tienen mayores posibilidades de formar la opinión pública y dirigir la intención de voto. Destaca el debate celebrado en Alemania con ocasión de las elecciones al *Bundestag* de 2005, con fuerte repercusión en la opinión pública según los principales analistas de medios.

3.2 Libertad de expresión y libertad de información

Tanto la doctrina alemana como el Tribunal Constitucional han afirmado que el derecho fundamental a la libertad de expresión y su difusión tienen un esencial significado para el proceso de formación de la voluntad en un Estado democrático. Igualmente aplica para la prensa, la radiodifusión, la televisión y la libertad cinematográfica como a la libertad de información. En cuanto a los medios de radiodifusión, debido a su efecto de difusión, actualidad y fuerza sugestiva adquiere un especial significado.

El artículo 5 de la Ley Fundamental exige en todo caso que ese moderno instrumento para la formación de la opinión no se ponga sólo en manos del Estado o de un grupo societario. Los presentadores de programas radiales deben estar organizados de manera tal que todas las fuerzas que se tengan que considerar, tengan participación, y puedan tener voz en la totalidad de la programación, y que las directrices sobre el contenido de la programación tengan carácter vinculante, en forma tal que aseguren un mínimo de equilibrio en el contenido, objetividad y respeto mutuo. Estos se pueden asegurar sólo si mediante ley

esos principios organizacionales y objetivos, se hacen vinculantes.

Capítulo III. EL PLURALISMO INFORMATIVO EN ESPAÑA

1 PARTE GENERAL

1.1 La libertad de expresión

La libertad de imprenta fue una de las principales demandas de las revoluciones liberales burguesas, de la Ilustración. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) recogía en su artículo 11: “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano podrá hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. Con el reconocimiento de la libertad de imprenta se pretendía proteger la libertad de expresión como derecho personal, subjetivo, del individuo ante al poder, un derecho que se puede incluir dentro de los llamados derechos de primera generación como “derecho-resistencia” frente al Estado y que trataba de garantizar parcelas de libertad frente al poder del Estado Absolutista.⁴³⁹

Como señalaba John Stuart Mill “es de esperar que han pasado ya los tiempos en que era necesario defender la “libertad de prensa” como una de las seguridades indispensables contra un gobierno corrompido y tiránico”.⁴⁴⁰

No obstante, la libertad de expresión ha de seguir siendo considerada uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático en la medida que coadyuva de forma necesaria a la configuración de una opinión pública libre y plural. La libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información son dos instituciones básicas que han de reunir toda democracia.⁴⁴¹ Las mismas se requieren, en primer lugar, para que los ciudadanos puedan participar efectivamente en la vida política y adquirir una comprensión ilustrada de las acciones y políticas gubernamentales posibles.⁴⁴²

La Constitución española de 1978 se sitúa en la misma línea que otros textos constitucionales de nuestro entorno, en los que la proclamación de la libertad de expresión

⁴³⁹ NAVARRO V, *La Autoregulación de la Practica Informativa*, pág. 179

⁴⁴⁰ STUART J, *Sobre la Libertad*, pág. 75

⁴⁴¹ DAHL R, *La Poliarquía, Participación y Oposición*, pág. 13

⁴⁴² CATALA A, *Libertad de Expresión y Poderes Públicos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su Recepción por el Tribunal Constitucional*, pág. 365

también acoge pretensiones de tutela y garantía de valores diversos, unos relacionados con los derechos inalienables de la persona (ejemplo: libre desarrollo de la personalidad, la auto-realización), y otros más próximos a los principios o los presupuestos de sostenimiento del sistema político democrático (como la dignidad de la persona o el pluralismo).⁴⁴³

El art. 20 C.E, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira la Constitución, el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos.⁴⁴⁴

En este sentido ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”.⁴⁴⁵

El carácter esencial de la libertad de expresión en un régimen democrático ha sido puesto de manifiesto desde un primer momento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia *Handyside* de 1976 afirmara:

“La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 son válidas no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.⁴⁴⁶

La libertad de expresión en sentido amplio se refiere al derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento. En la sentencia 61/1981 del Tribunal

⁴⁴³ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 301

⁴⁴⁴ STC 159/1986

⁴⁴⁵ STC 104/1986

⁴⁴⁶ TEDH 12-12-1976 *Handyside*

Constitucional español se realiza una caracterización de los derechos a una comunicación libre, como derechos preferentes de libertad, sin desmérito de su dimensión institucional y su contribución a la actuación del sistema democrático.⁴⁴⁷

La libertad de expresión se acota conceptualmente porque el mensaje objeto de la misma son los pensamientos, ideas y opiniones (incluidas, como pensamiento e ideas, las creencias, y, como opiniones los juicios de valor). La comunicación del mensaje puede, al amparo de esa libertad, hacerse por cualquier medio y sin que quede restringida por razón del medio utilizado (palabra, escrito o cualquier otra forma de difusión). Esa comunicación puede tener destinatarios determinados o una pluralidad indeterminada de éstos.⁴⁴⁸ El Tribunal Constitucional español ha manifestado que mientras la libertad de expresión “tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor”, el derecho de información “versa, en cambio, sobre hechos”, se trasmite “en un caso la idea y en otro la noticia o el dato”.⁴⁴⁹

Ha existido y existe en la doctrina constitucional española una incardinación de los autores que abordan el estudio del art. 20 CE en dos grupos. A unos se les denomina “monistas”, por entender que el apartado a) y d) del art. 20.1 CE reconocen un mismo derecho, de tal forma que el derecho a la información es una consecuencia de la libertad de expresión. Un segundo grupo, denominado “dualista”, entiende que son dos los derechos, y distintos, los que se reconocen en los apartados citados, si bien tienen una directa implicación y en ocasiones es difícil diferenciar su alcance. Sin embargo, entendemos que son dos y distintos los derechos que se reconocen en los apartados a) y d) del art. 20.1 CE. Pero la diferenciación no es meramente doctrinal o académica, sino que tiene implicaciones en todas las manifestaciones de estos derechos, de tal forma que sus límites, sus contenidos y la interacción con otros derechos, son diferentes. En la libertad de expresión lo sustancial es la opinión, la idea o la creencia. En la libertad de información el objeto es la información veraz, que versa siempre sobre hechos. De esta forma el tratamiento jurídico de una y otros es completamente distinto.

El concepto “hechos” tiene una significación amplia, son actos, acontecimientos, sucesos, datos, actuaciones, actitudes, incluso cabe incluir en él otras informaciones ya publicadas.

⁴⁴⁷ SOLOZÁBAL J, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, pág. 165

⁴⁴⁸ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 393-394

⁴⁴⁹ STC 61/1998

Cuando el informador tiene constancia de un hecho lo recoge y difunde, esto es lo que también conocemos como noticia. La pretensión de dar a conocer los hechos tiene una directa implicación con el conocimiento, por ello el informador ha de actuar con objetividad, es decir, aquél ha de despojarse de todo elemento subjetivo para aprehender el hecho tal como es y comunicarlo tal y como lo ha aprehendido. La objetividad tiene una delimitación jurídica, y se manifiesta en que el informador no altera el hecho.⁴⁵⁰

La delimitación entre hechos y opinión tiene una clara y trascendente repercusión jurídica, y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español en su sentencia 107/1988 entiende que “esta distinción entre pensamiento, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada sentencia 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea y opinión que se expresa”.⁴⁵¹

De esta forma la libertad de opinión o la de manifestar creencias, sin pretender sentar hechos o afirmar datos objetivos, no tiene más límite que la expresión injuriosa u ofensiva, o que resulte innecesaria para expresar aquélla. Por el contrario, la información tiene como límite constatable la veracidad. Pero el problema suele darse en verificar o deslindar los elementos valorativos (opiniones) y los informativos (hechos). Es muy común realizar una valoración, o comentario, e incluso manifestar una opinión al respecto de un hecho o de una información. Vivimos en el denominado mundo de la información y la noticia, pero ésta no se nos presenta nítida, está inserta en un contexto, directa o indirectamente

⁴⁵⁰ REBOLLO L, *Límites a la Comunicación Pública*, pág. 234

⁴⁵¹ STC 107/1998

existe una pretensión en su uso. Este deslinde de opiniones y hechos requiere del establecimiento de determinadas técnicas. El Tribunal Constitucional viene optando en estos casos de delimitación por atender al elemento predominante en ellas, de forma tal que si la información se utiliza como excusa para realizar una opinión, se entiende que lo comunicado se identifica con una valoración personal de quien difunde la noticia, y no puede considerarse el relato de un hecho o la dación de una información, y viceversa.⁴⁵²

En el derecho a una comunicación libre, o libertad de expresión en sentido amplio, se muestran, con mayúscula claridad, los dos aspectos de todo derecho fundamental. Mientras la dimensión individual relaciona la libertad de expresión con el principio de la dignidad humana. Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre es tratado indignamente y vejado en su auténtica condición como ser comunicativo y locuaz.⁴⁵³ La dimensión subjetiva, es decir, el derecho subjetivo fundamental a la información como derecho de libertad está reconocido en el artículo 20.1.a) y d) CE y confirmado por la doctrina constitucional: “El derecho fundamental del artículo 20.1.a) y d) no tiene por qué ser reconocido expresa y formalmente por la Administración.”

Y ello porque, tal y como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas e impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos”.⁴⁵⁴ Es esta una concepción puramente liberal que no supone modificación o limitación de las libertades activas del emisor de mensajes y, menos aún, en función de fines políticos, pues son éstas las que se muestran como condición de la democracia y de la garantía del receptor. El ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información en su faceta activa de informar tiene como consecuencia una pluralidad de mensajes en constante intercambio, un mercado de las ideas en libre discusión.⁴⁵⁵

De otra parte, el significado político de la libertad de expresión reside en su imprescindibilidad en el sistema democrático, sin libertad de expresión, sin comunicación

⁴⁵² REBOLLO L, *Límites a la Comunicación Pública*, pág. 239

⁴⁵³ SOLOZÁBAL J, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, pág. 166

⁴⁵⁴ STC 77/1982 FJ 1º

⁴⁵⁵ VILLAVERDE I, *Estado Democrático e Información: el Derecho a Ser Informado*, pág. 17

política en libertad, no hay democracia. La dimensión objetiva o institucional de este derecho ha sido subrayada por la jurisprudencia constitucional “las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera necesaria al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales”.⁴⁵⁶ Y ésta es la razón que prefigura el contenido jurídico del derecho subjetivo de libertad “al servicio del instituto de la opinión pública”⁴⁵⁷

Ahora bien, como ha señalado Solozábal⁴⁵⁸, no se ha profundizado lo suficiente sobre la relación entre ambas dimensiones. Menéndez Villaverde trata de conciliar ambas dimensiones proponiendo que de la libertad de expresión se deriva una funcionalización procedimental de las libertades contenidas en ella, basada en la libertad de decisión individual. El disfrute de la libertad a expresarse, a informar o a informarse es el "procedimiento" que establece la C.E para realizar su principio democrático.⁴⁵⁹

1.2 Fundamento de la libertad de expresión

En la propuesta de *Rawls* sobre su Teoría de la Justicia, en torno a la libertad, en general, y a la de expresión, en particular; *Rawls* afirma que las partes en la posición original adoptan las libertades básicas del hombre con base en una concepción moral de la persona, como ser libre e igual. La autonomía de la persona como sujeto moral- en el sentido kantiano- debe preservarse mediante la libertad de pensamiento, porque ante tantas concepciones del bien, sólo si puede el hombre conocerlas es como podrá llegar a optar por la que parezca mejor.⁴⁶⁰

Es así como se asigna un fundamento a las libertades básicas del hombre en torno a la dignidad y, en concreto, a la idea kantiana de que la libertad de expresión es la libertad de

⁴⁵⁶ STC 121/1989 FJ 2º

⁴⁵⁷ STC 159/1986

⁴⁵⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J, *Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en Materia de Libertad de Expresión*, pág. 240

⁴⁵⁹ VILLAVARDE I, *Estado Democrático e Información: el Derecho a Ser Informado*, pág. 59

⁴⁶⁰ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 305

hacer uso público de la propia razón.⁴⁶¹

Por su parte *Dworking* ha señalado que el derecho a la libertad de expresión es un principio que deriva de la idea de la dignidad de la persona y de su derecho a un trato que no desmerezca esa dignidad: “Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se puede callar, contra su voluntad, condenándolo al mismo aislamiento y empobrecimiento espiritual”.⁴⁶²

Se trata pues de la idea de dignidad como núcleo de la existencia humana que se gesta en Europa durante el Renacimiento y se consolida con la Ilustración, cuando el hombre comienza a situarse a sí mismo en el centro de la reflexión y a representar un papel protagonista en el mundo.⁴⁶³

La reivindicación de la dignidad humana comienza, no obstante, por un aspecto muy concreto que es, precisamente, la libertad de conciencia, de pensamiento. Todo derecho fundamental tiene su raíz en una falta previa de libertad contra la que se dirige, y la dictadura del pensamiento que, partiendo de la edad media han llegado, a través del absolutismo, hasta el totalitarismo de nuestros días.⁴⁶⁴

Esta vinculación en cuanto al origen de la libertad de expresión con la reivindicación de la libertad de conciencia obedece a la visión individualista del mundo característica del Renacimiento que se desarrolló frente a la opresión proveniente, primero, de la Iglesia y después del poder político.⁴⁶⁵

Esta libertad constituye la primera reivindicación natural del hombre frente a la dictadura del pensamiento que imponía la Iglesia en todos los órdenes de la vida. En primer lugar, el hombre reclamó la garantía de su propia libertad de conciencia y expresión religiosa, a cuyo pasado histórico estuvo unida la libertad de expresión en el mundo occidental.⁴⁶⁶

Progresivamente la libertad de expresión se va configurando como libertad política y

⁴⁶¹ RAWLS J, *Sobre las Libertades*, pág. 105

⁴⁶² DWORKING R, *Los Derecho en Serio*, pág. 295

⁴⁶³ MÜNCH VON I, *La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional*, pág. 11

⁴⁶⁴ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 307

⁴⁶⁵ ANSUÁTEGUI F, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, pág. 94

⁴⁶⁶ ANSUÁTEGUI F, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, pág. 212

como derecho individual frente a injerencias del poder, como un derecho de resistencia. El desarrollo de la concepción liberal de los derechos fundamentales es genuinamente norteamericano, sin embargo hay una variedad de corrientes que superan al liberalismo clásico. La libertad de expresión, como bien se conoce, se reconoce a escala constitucional en la Primera Enmienda del “*Bill of Rights*”. Esto significa que, ante todo, participa de esta doble condición de libertad individual fundamental y de principio rector del sistema democrático de convivencia.⁴⁶⁷

Quienes contemplan la libertad de expresión desde la perspectiva de los derechos como potestades subjetivas y han atribuido a la misma diversos cometidos, todos ellos vinculados con la condición humana: la libertad de expresión promueve la autorrealización individual, y así, cada vez que un hombre elige libremente el mensaje que quiere comunicar para persuadir a los demás está definiendo y expresando su individualidad, promocionando su libertad.⁴⁶⁸

El Hombre como ser libre exige respetar las condiciones en que pueda desarrollar su personalidad, auto-realizarse y para ello es indispensable contar con la libertad de expresión, sin la cual no puede existir la libertad general para manifestar sin trabas la propia voluntad y las creencias personales, para expresar las opiniones sobre cualesquiera asuntos que a cada uno le sean vitales.⁴⁶⁹

En realidad la aportación más importante a la concepción liberal de la libertad de expresión en Estados Unidos ha venido de la mano de aquellos autores que han ofrecido una lectura política de la libertad consagrada en la Primera Enmienda en conexión con la contemplación del individuo como ciudadano, como sujeto gobernante en un sistema democrático.⁴⁷⁰

En efecto, algunos autores sostienen que los padres de la Constitución norteamericana, trataban de garantizar al ciudadano el nivel de libertad de expresión tradicionalmente reconocido en el “*Common Law*”, impidiendo con esta enmienda la aparición de leyes que impusieran nuevas restricciones a la palabra o el escrito, pero manteniendo las limitaciones legales existentes y, en todo caso, la ausencia de censura previa por el

⁴⁶⁷ CRUZ P, *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*, pág. 43

⁴⁶⁸ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 313

⁴⁶⁹ ANSUÁTEGUI F, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, pág. 94

⁴⁷⁰ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 314

gobierno.⁴⁷¹

La estricta concepción de la libertad de expresión tendría su fundamento histórico en la formulación política que Milton dio en el siglo XVI a la referida libertad, apuntando como su finalidad la garantía del interés público por el debate de asuntos políticos y abogando, por la ausencia de censuras o licencias para publicar dichos asuntos.⁴⁷²

Otras opiniones sugieren que con la Primera Enmienda, Madison buscaba no sólo mantener sino ampliar los estrechos márgenes de la libertad de expresión para fortalecer aún más el debate sobre asuntos públicos y, entre otros objetivos, impedir la aplicación de un delito por el que se condenaba la manifestación de cualesquiera informaciones u opiniones críticas con el poder al considerar que afectaban la legítima autoridad de sus representantes.⁴⁷³

Por su parte la Corte Suprema de Norteamérica comenzó a diferenciar los legítimos ámbitos del activismo judicial en defensa del procedimiento democrático incluyendo expresamente la garantía del libre debate, de lo que era exclusiva competencia de la política gubernamental, esto es, la intervención sobre otros derechos basada en concretas políticas sociales y económicas.⁴⁷⁴

Por su parte *Meiklejohn* contemplaba a la libertad de expresión sobre todo como libertad política preferente del ciudadano y, por tanto, con proyección superior al clásico entendimiento del derecho sólo como potestad subjetiva individual.⁴⁷⁵

Por su parte *Rawls* en su teoría de la justicia destaca el papel de las libertades políticas básicas, entre las que incluye, precisamente, la de expresión. En este sentido, señala como márgenes centrales de la libertad básica de pensamiento el uso público libre e informado de nuestra razón para poder juzgar la justicia de la estructura básica y su política social. Es por esto que resulta imprescindible que el hombre pueda conocer todos los argumentos que se esgrimen, todas las razones que se aducen en el discurso político de un régimen

⁴⁷¹ TEDFORD T, HERBECK D, *Freedom of Speech in the United States*, pág. 1

⁴⁷² MILTON J, *Aeropagítica*, pág. 90-91

⁴⁷³ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 314

⁴⁷⁴ SALDAÑA M, *En Defensa de la Libertad de Prensa*, pág. 278

⁴⁷⁵ LAPORTA F, *El Derecho a Informar y sus Enemigos, Claves de Razón Práctica*, pág. 14

democrático.⁴⁷⁶

1.3 Libertad de información

Reconociendo la dificultad de llegar a un concepto incuestionable de democracia, coincidimos con *Fiss*⁴⁷⁷ en que la democracia es un ejercicio de autogobierno colectivo. Este ejercicio requiere que el pueblo elija a los cargos públicos y que el Estado sea receptivo a los deseos y a los intereses del pueblo. Para ejercer su soberanía, los ciudadanos dependen de determinadas instituciones que les informan sobre las posiciones de los candidatos a ocupar cargos públicos. Esta información también es necesaria para el análisis, la evaluación y la crítica de las políticas practicadas por los gobiernos. Este cometido lo desempeñan los medios de comunicación de masas (incluyendo periódicos, radio, televisión e internet).⁴⁷⁸

El artículo 20 de la CE consagra un derecho fundamental de comunicación de amplia extensión y protege la manifestación y difusión de opiniones, así como las actividades de la persona que realiza la comunicación. Las libertades relativas a los medios de difusión se delimitan con arreglo a la forma de difusión, sin afectar al contenido de las informaciones, por ello puede distinguirse entre la libertad de televisión, prensa y cine, con un objeto específico para cada uno de ellas.

La especificidad de la libertad de información frente a la libertad de expresión deriva de la naturaleza de su objeto. En este caso el mismo no es exclusivamente producto de un proceso psicológico del sujeto emisor o transmisor (pensamientos, juicios, opiniones, creaciones artísticas o científicas) sino la información. Esto es, hechos sucesos, datos, acotables al margen de la subjetividad del emisor o transmisor del mensaje, y más específicamente los hechos “noticiables”.⁴⁷⁹

En definitiva, el elemento nuclear diferenciador de la libertad de información respecto de

⁴⁷⁶ RAWLS J, *Sobre las Libertades*, pág.148

⁴⁷⁷ FISS O, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, pág. 90

⁴⁷⁸ LÓPEZ P, MORILLO M, *Derecho a la Información y Democracia en el Marco de la Globalización Neoliberal: Bibliotecas*, pág. 15-56

⁴⁷⁹ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 396

la expresión radica en su objeto: si ésta última tiene como objeto, la idea, la de aquella es la noticia o el dato⁴⁸⁰, el conjunto de hechos considerados noticiables, la noticia, siendo el valor protegido por esa libertad el interés de todos en conocer los hechos de actualidad que pueden tener trascendencia pública.⁴⁸¹

El artículo 20.1 d) de la CE pareciera asociar la libertad de información a la actividad de los medios de comunicación y a los profesionales de la información. Sin embargo, la libertad de información es un derecho fundamental predicable de cualquier persona. “Son estos derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas y opiniones o de la comunicación de información las ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio.”⁴⁸²

El derecho a recibir información se irradia a las relaciones jurídicas entre particulares que se desprenden del concepto de información constitucional y también como consecuencia de los medios elegidos por quien desea informarse ejerciendo su derecho fundamental hacerlo. La información que desea recibirse puede afectar a un particular (secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, derecho al honor, protección de datos personales, o la publicidad de la información deseada).⁴⁸³

Son tres las facetas en las que se manifiesta el derecho a recibir información en el derecho privado. En primer lugar, el derecho a recibir información es un derecho fundamental de libertad de todos y cada uno de los individuos que debe ser respetado por los restantes particulares: eficacia del derecho a recibir información frente a terceros. En segundo lugar, en ocasiones el derecho a recibir información necesita que otro particular actúe como fuente de información. Y en tercer y último lugar, el derecho a recibir información, a través de la garantía institucional del pluralismo impondrá ciertos deberes a los particulares y determinados límites en sus derechos para garantizar el libre ejercicio de aquel derecho fundamental. No debe perderse de vista que también el derecho a recibir información puede verse limitado por los derechos fundamentales de terceros (derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones) o, simplemente, no poseer eficacia en ciertos casos (el particular no tiene por qué convertirse en fuente de información por el solo hecho

480 STC 176/1995

481 SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 396

482 STC 12/1982

483 VILLAVERDE I, *Estado Democrático e Información: el Derecho a Ser Informado*, pág. 225

de que otro particular pretenda ejercer el derecho del apartado d) del art. 20.1 CE).⁴⁸⁴

Adicionalmente, es necesario establecer la íntima conexión habida entre las dos últimas facetas de la irradiación del derecho a recibir información en el derecho privado (ejercicio del derecho a recibir información frente a un tercero exigiéndole cierta información y el ámbito de la garantía institucional del pluralismo) y la posible presencia de derechos de prestación a cargo de particulares.

La opinión e información sobre personas de notoriedad pública plantea también la problemática que existe cuando la crítica se proyecta sobre las instituciones públicas y sobre quienes temporalmente actúen en representación de las mismas.

El TC ha abordado esta cuestión con una perspectiva respetuosa para con el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico; en este sentido, el derecho de crítica a los representantes públicos se vincula al derecho fundamental a la libertad ideológica, que autoriza el más amplio margen en su ejercicio, “aparte de que sea o no coincidente con lo establecido por la Constitución y demás ordenamiento jurídico, o sea contrario a los valores y bienes jurídicos que en ellos se consagran, siempre con exclusión de la violencia para imponer los propios criterios, pero admitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada”.⁴⁸⁵ Como también ha puesto de relieve el TEHD, la libertad de expresión y el derecho a la información, como fundamentos esenciales de una sociedad democrática, “comprende no sólo las informaciones inofensivas o indiferentes o aquellas que sean favorables; también incluye las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, puesto que así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”. La consecuencia es la necesidad, siempre, de una interpretación restrictiva de los límites en el ejercicio de la libertad ideológica y del derecho a expresarla.⁴⁸⁶

1.4 Veracidad

El art. 20.1 d) de la Constitución española reconoce dos derechos íntimamente conectados

⁴⁸⁴ VILLAVARDE I, *Estado Democrático e Información: el Derecho a ser Informado*, pág. 225

⁴⁸⁵ STC 20/1990

⁴⁸⁶ TEDH 08-07-1986

que se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, “la colectividad y cada uno de sus miembros”. Por ello resultan vulnerados los derechos reconocidos en el art. 20.1 d) C.E. tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no respondan a la verdad, siempre que ello suponga cercenar el derecho de la colectividad a recibir sin restricciones o deformaciones, aquellas que sean veraces.⁴⁸⁷

En cuanto a la diligencia del periodista y de su medio de comunicación en la indagación de la veracidad de lo comunicado ha de recordarse que información veraz en el sentido del art. 20.1 d) CE significa información “comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias”⁴⁸⁸

En todo caso le es exigible al profesional de la información una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal obligación, “sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia o características concretas de la información que se comunica, dependiendo necesariamente de las circunstancias que concurran en el caso de que se trate. La contrastación de la noticia no es, pues, un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas”.⁴⁸⁹

Según ha señalado el Tribunal Constitucional español, para poder apreciar si la diligencia empleada por el informador es suficiente, a efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la “veracidad”, deben tenerse en cuenta diversos criterios. En primer lugar, el nivel de diligencia exigible adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere⁴⁹⁰

Ha de valorarse también la trascendencia de la información, criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la

⁴⁸⁷ STC 168/1986

⁴⁸⁸ STC 105/1990 FJ 5

⁴⁸⁹ STC 52/2002 FJ 7

⁴⁹⁰ STC 52/2002 FJ 7

trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado de contraste; no se detienen ahí los cánones a utilizar en la precisión de la frontera entre la actividad informativa y el derecho al honor, pues constituye también un criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información.⁴⁹¹

También es relevante cuál es el objeto de la información, si la ordenación y presentación de hechos, que el medio asume como propios, o la transmisión neutral de manifestaciones de otro.⁴⁹²

Por otra parte, otras circunstancias pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido del informador en la búsqueda de la verdad, tales como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, entre otros elementos.⁴⁹³

La comunicación que la Constitución protege es, ciertamente, la que transmite información veraz.⁴⁹⁴ En este sentido, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional español, desde la STC 6/1988, que el “requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información”, para negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones.⁴⁹⁵

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español. “ningún deber de diligencia quebranta el informador al transmitir inalterado un dato contenido en la sentencia que es objeto de la noticia. Información veraz en el sentido del art. 20.1 d) CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias”.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ STC 52/2002 FJ 7

⁴⁹² STC 52/2002 FJ 7

⁴⁹³ STC 52/2002 FJ 7

⁴⁹⁴ STC 240/1992

⁴⁹⁵ STC 6/1988

⁴⁹⁶ STC 46/2002

La información rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.⁴⁹⁷

En cuanto a la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, que resultan innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, “teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 C.E”.⁴⁹⁸

El requisito de la información relativo a la veracidad de la información ha de interpretarse como la exigencia de que el informador haga su trabajo con diligencia, contrastando información, considerando los medios disponibles y el tipo de noticia. La exigencia de una veracidad absoluta dificultaría de un modo extremo la labor periodística; pero, el engaño intencional en la transmisión de una información no está amparado constitucionalmente.⁴⁹⁹

La veracidad a que se refiere el Art. 20.1 d) de la CE no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la “realidad incontrovertible” de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados. Tal como ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional español:

“El requisito constitucional de veracidad de la información art. 20.1 d) C.E, no está ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con

⁴⁹⁷ STC 46/2002

⁴⁹⁸ STC 105/1990

⁴⁹⁹ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 61-78

fuentes informativas de solvencia”.⁵⁰⁰

Además, que el “específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso, el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor”.⁵⁰¹

El nivel de exigencia al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere, pero es indudable que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma.⁵⁰²

Esta cobertura de la información errónea pero no maliciosa se produce en EE.UU y Alemania, allí confiriendo la carga de la prueba al demandante y no al acusado, aunque otorgándole facilidades para la realización de la misma.⁵⁰³ La situación en Inglaterra es diferente. Aquí se reconoce un derecho a la crítica moderada en todo tipo de materias, también en cuestiones políticas. Pero en cambio no existe cobertura para la difamación resultante de una alegación de hechos falsos. De modo, por ejemplo, que los jueces no han reconocido que la prensa tenga el privilegio de publicar “información de buena fe en un asunto de interés público” si resulta que tal información es falsa.⁵⁰⁴

La exigencia de veracidad en la información actúa en esencia como límite de la misma. A juicio del Tribunal Constitucional, la imposición de contrastar de forma suficiente las noticias, supondría unas restricciones sobre el ejercicio profesional del periodismo, intolerables, descontando que la verdad, entendida como adecuación de la información a la realidad, es en su forma absoluta imposible, dado que la única verdad absolutamente

⁵⁰⁰ STC 144/1998

⁵⁰¹ STC 144/1998

⁵⁰² SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 61-78

⁵⁰³ SOLOZÁBAL J, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, pág. 170

⁵⁰⁴ SOLOZÁBAL J, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, pág. 170

racional es el silencio.⁵⁰⁵

La interpretación dada por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional establece unos cánones de lo que es información veraz. Para el Tribunal Constitucional, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, y sí estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Para el citado Tribunal el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique como hechos simples rumores, o peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva para el Tribunal Constitucional información veraz en el sentido del art. 20.1 d) de la CE “significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”.⁵⁰⁶

Para la doctrina, el enfoque constitucional de la veracidad requiere promover o estimular la pluralidad informativa. Sólo la variedad de fuentes garantiza al público una información tendente a la objetividad. El derecho a la información veraz depende, por tanto, de la aseguración del pluralismo informativo. La información única es susceptible de ser manipulada o de que obedezca a intereses concretos. La plural información obedece a intereses diversos, manifiesta el pluralismo y evita la irradiación de la imposición dogmática. De esta forma, en la medida en que se facilita la información, se favorece el pluralismo en todos sus ámbitos, con ello está más próxima la información veraz.⁵⁰⁷

Esta argumentación es complementaria a la diligencia requerida al informador. Pero ocurre que el procedimiento de rectificación, dada la necesidad de su celeridad, y para evitar perjuicios a quien lo ejercita, no se convierte en un juicio de veracidad de los hechos. Manifiesta el Tribunal Constitucional que “la sumariedad del procedimiento verbal, de la que es buena muestra que sólo se admitan las pruebas pertinentes que puedan

⁵⁰⁵ REBOLLO L, *Límites a la Comunicación Pública*, pág. 233

⁵⁰⁶ STC 105/1990

⁵⁰⁷ REBOLLO L, *Límites a la Comunicación Pública*, pág. 234

practicarse en el acto, exime sin duda al Juzgador de una indagación completa tanto de la veracidad de los hechos difundidos o publicados como de la que concierne a los contenidos en la rectificación, de lo que se deduce que, en aplicación de dicha Ley, puede ciertamente imponerse la difusión de un escrito de réplica o rectificación que posteriormente pudiera revelarse no ajustado a la verdad. Por ello, la resolución judicial que estima una demanda de rectificación no garantiza en absoluto la autenticidad de la versión de los hechos presentada por el demandante, ni puede tampoco producir, como es obvio, efectos de cosa juzgada respecto de una ulterior investigación procesal de los hechos efectivamente ciertos”. No cabe la menor duda de que con el derecho a la rectificación, incluso en el caso de que su contenido no se ajuste a la verdad, no se limita el ejercicio del art. 20.1 d) de la CE. La divulgación de dos versiones de unos mismos hechos no menoscaba el derecho a la información veraz, es el procedimiento de una información plural, favorece más que perjudica el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad. Por otro lado, previene la posible lesión de los derechos que al sujeto objeto de la información corresponden, y por último, el ejercicio del derecho de rectificación no supone que la información dada por el medio de comunicación no sea veraz, de la misma forma que no se le obliga a rectificar la información dada, porque la inserción de la rectificación no supone una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado.⁵⁰⁸

De lo anterior se deduce que el derecho de rectificación no tiene como objetivo único la reparación del daño causado por una información, esta circunstancia se determinará en el correspondiente proceso civil o penal. De igual forma no se insta únicamente el procedimiento cuando existe un posible e inminente perjuicio o lesión de un derecho del aludido en la información. En el derecho de rectificación se yuxtaponen pretensiones objetivamente delimitadas por nuestro ordenamiento jurídico, por un lado la de obtener la verdad de los hechos referidos en una información dada en un medio de comunicación, y de otro, proteger los derechos presuntamente lesionados por aquélla.

Además, y como el propio Tribunal Constitucional ha reiterado, el derecho de rectificación no impide la averiguación de la veracidad de la información por otros procedimientos. En última instancia, el hacer radicar en el proceso de rectificación la constatación de la verdad también impediría al sujeto pasivo de la información dar su versión de los hechos, que en última instancia es uno de los objetivos primordiales de este

⁵⁰⁸

derecho.

En definitiva, la información veraz no es la que coincide con la verdad absoluta, ni la que se aproximará a la verdad judicial, porque ésta está por determinar. La información veraz es la rectamente obtenida, y en la que el informador puso toda su diligencia y medios a su alcance. Es la información constatada y comprobada, la que se obtiene en fuentes de solvencia, ya sean éstas informativas o no. La información veraz es en definitiva la obtenida de acuerdo a un procedimiento profesional, a los cánones del periodismo.⁵⁰⁹

Cuando la información veraz hace referencia a una persona, y pueda para ella suponer un descrédito, o pueda lesionar los derechos que contempla el art. 18.1 CE, se requiere del informador una mayor intensidad en la diligencia para contrastar la información, se requiere mayor objetividad. Con base en los criterios manifestados, no entrarían en el ámbito de la información veraz los simples rumores, las meras invenciones o insinuaciones, la insidia, la injuria o la calumnia, el menosprecio, la animosidad, o el insulto.

Adicionalmente, es necesario hacer referencia a la noción de reportaje neutral, a cuyo respecto, el Tribunal Constitucional español establece con carácter definitorio la exigencia de determinados requisitos, de acuerdo con los cuales el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticias y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas.⁵¹⁰ De modo que se excluyen el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.⁵¹¹

El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tenga en el conjunto de la noticia. De modo tal que en caso de reelaboración de la noticia no hay reportaje neutral.⁵¹²

Cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad de su contenido; si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de su responsabilidad. De tal

⁵⁰⁹ REBOLLO L, *Límites a la Comunicación Pública*, pág. 235

⁵¹⁰ STC 41/1994

⁵¹¹ STC 190/1996, 52/1996

⁵¹² STC 144/1998

manera, que en los casos de reportaje neutral propiamente dicho la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido.⁵¹³

La mayor o menor proximidad de una información al reportaje neutral determinará una diferente responsabilidad por el contenido de las declaraciones de tal manera que, si no se cumplen los requisitos señalados, o existiendo son imperfectos, ello hará que se produzca un alejamiento de la exoneración de la responsabilidad.⁵¹⁴ Cuando quien difunde un mensaje no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión, no cabría hablar de reportaje neutral.⁵¹⁵

De acuerdo con el Tribunal Constitucional español: “en aquellas ocasiones en las que el medio de comunicación social no hace sino reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito, divulgando lo que así ha transcrito, no sólo actúa como soporte y medio de difusión de las opiniones o informaciones transmitidas por ese tercero, a cuya responsabilidad deben imputarse por entero, sino que, además, el medio de comunicación ejerce su derecho a comunicar libremente información veraz con tal reproducción de las declaraciones de otro. Así pues, lo relevante en estos casos no es si el medio de comunicación ha obrado como simple canal de difusión de lo que otros han dicho (SSTC 159/1986, 15/1993, 336/1993, 4/1996 y 3/1997), o si, es el propio medio de comunicación quien realiza una entrevista que luego publicará, incluso en el caso de que medie un pago en metálico por ello, sino la neutralidad del medio de comunicación en la transcripción de lo declarado por ese tercero.

Por tanto, estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, “siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido

⁵¹³ STC 232/1993

⁵¹⁴ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 69

⁵¹⁵ STC 136/1999

o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público.”⁵¹⁶

En definitiva la condición de veracidad de un texto informativo hará prevalecer el derecho a la información veraz. Esta protección confiere gran seguridad a los responsables de difundir la información, y se traduce inevitablemente en una mayor libertad de información, que a su vez fortalece la seguridad y acrecienta la libertad informativa y el pluralismo.⁵¹⁷

1.5 Los derechos de los profesionales de la comunicación

La fuerza normativa de la Constitución atribuye eficacia directa a estos dos derechos integrados en el derecho a comunicar información del artículo 20.1.d de la CE. No es necesaria, pues, la *interpositio legislatoris* para que puedan ser alegados ante jueces y tribunales. A diferencia de la gran mayoría de derechos fundamentales reconocidos, y a pesar de los años de vigencia de la Constitución, el legislador aún no ha hecho prosperar ninguna iniciativa legislativa al respecto.

El debate desarrollado durante los últimos años ha girado en torno a la necesidad o no de legislar en esta materia. En éste sentido, determinados sectores doctrinales han considerado que el Estado debería haber mostrado una mayor beligerancia, y la mejor manera de hacerlo consistía en concretar mediante ley orgánica el régimen jurídico de estos dos derechos de los profesionales de la información con el fin de asegurar más su ejercicio. Contrariamente, importantes sectores empresariales han defendido reiteradamente que no hacía falta legislar para asegurar su ejercicio efectivo: la mejor ley de prensa -afirman, incluso hoy día- es la que no existe.⁵¹⁸

Sin embargo, la intervención del Estado en esta materia si es necesaria. Y no debería ser una intervención exclusivista, sino que debería complementarse con las diversas formas de autorregulación que la experiencia práctica pueda ofrecer. La necesaria concreción mediante la acción del legislador puede suponer un plus de seguridad jurídica que

⁵¹⁶ STC 134/1999, 22/1995

⁵¹⁷ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 70

⁵¹⁸ CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 48

facilitaría un ejercicio más efectivo de ambos derechos. Es probable que esta necesidad se manifieste más en el caso de la cláusula de conciencia por la falta de una tradición jurídica al respecto, mientras que por lo que se refiere al secreto, la escasa conflictividad podría aconsejar dejar las cosas como están.

1.5.1 *El derecho a la cláusula de conciencia*

La función de la cláusula de conciencia siempre ha sido, primordialmente, la de armonizar el derecho del empresario a modificar la tendencia del medio del que es titular y la libertad ideológica del periodista, de forma que el cambio en el ideario empresarial no sitúe a aquél en el dilema de tener que aceptar el cambio, traicionando su propio sistema de valores, o de tener que correr el riesgo de ser sancionado o despedido por desobediencia a las instrucciones que, en relación con la tendencia, le imparta el empresario.⁵¹⁹

El primer texto jurídico al que hay que acudir para comprender cuáles son las características peculiares de este derecho es la propia Constitución. Con todo, el enunciado constitucional del art. 20.1.d) CE es bastante impreciso, pues sólo se limita a efectuar un mandato al legislador para que regule "el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional".

Pero, no sólo es la Constitución la norma a la que hay que acudir para comprender el significado de la cláusula de conciencia. También es necesario la LO 2/1997, Reguladora de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información. Tardó diecinueve años en aprobarse, pero, a pesar de ello, puede decirse que, aún hoy, es la única norma jurídica de carácter estatal y de rango legal que resulta aplicable a los profesionales de la información.

Junto con la Constitución y la ley de desarrollo, existen, por lo demás, otros instrumentos, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes del proceso informativo, que también deben examinarse si se quiere obtener una visión lo más completa posible del derecho. Son, además de los convenios colectivos, los Estatutos de Redacción y los ya mencionados Códigos Deontológicos, documentos que, respectivamente, regulan las relaciones profesionales entre los periodistas y la empresa editora del medio y las reglas

⁵¹⁹ BLANCO C, *El Derecho a la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información*, pág. 68

éticas que deben regir la actividad de informar. Y es que, que deba acudir a ellos no es algo casual. Más bien al contrario, porque, durante los diecinueve años de inactividad legislativa que transcurrieron desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la aprobación de la ley orgánica, fue la iniciativa profesional, plasmada en los Estatutos de Redacción sobre todo, la que dotó de contenido, aunque de modo provisional, a la crítica prevista constitucionalmente. Su papel es, pues, fundamental a los efectos que interesan, puesto que, a través de ellos, puede conocerse qué es lo que los protagonistas del proceso informativo, empresarios y profesionales, entendían por cláusula de conciencia en aquellos años previos a la aparición de la ley.⁵²⁰

Su reconocimiento en España se basa en la protección de la conciencia del periodista puesta en inmediata y directa relación, no con su libertad de expresión o con su dignidad, imagen u honor profesionales, sino con el ejercicio del derecho a informar verazmente y a ser informado, unos derechos éstos que, a su vez, significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”.⁵²¹

El objeto de la cláusula de conciencia es la protección de la libertad ideológica, el derecho de opinión y esencialmente la ética profesional del periodista. La eficacia directa del artículo 20 de la CE determina que se trate de un elemento constitutivo del contrato de trabajo o de cualquier relación jurídica que vincule al periodista con una empresa informativa, con independencia de la voluntad de las partes.

La cláusula pretende proteger al periodista de las lesiones que eventualmente pudiera producirle una decisión de la empresa periodística.

La titularidad del derecho a la cláusula de conciencia. Los titulares activos de este derecho son los periodistas. Por periodista no sólo debe entenderse a los redactores; en principio, también cabe incluir a los colaboradores permanentes o a los fotógrafos. En general, deben formar parte de este colectivo todos aquellos que desempeñen la profesión informativa de modo permanente o con una periodicidad acordada y sometida a retribución estable. En

⁵²⁰ CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 48

⁵²¹ BLANCO C, *El Derecho a la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información*, pág. 92

este sentido, y asumiendo el carácter absolutamente abierto de cualquier definición de la condición de periodista, entiendo que puede resultar funcional considerar como una posible aproximación la siguiente: desempeñar la profesión periodística significa intervenir en el proceso de producción informativa con poder decisorio sobre el contenido del mensaje informativo.

La cláusula de conciencia, en resumidas cuentas, se convierte así, además de derecho fundamental, en la garantía institucional que concede la Constitución para lograr, al tiempo, la libertad *en* los medios (o pluralismo informativo interno) y la integridad del proceso informativo, algo que, qué duda cabe, resulta del todo imprescindible para que pueda existir un verdadero estado de debate abierto y plural.

En cuanto al sujeto pasivo del derecho pareciera existir acuerdo en admitir que los sujetos pasivos de este derecho no son las empresas públicas; al menos, no de forma indiscriminada. Es evidente que no surgen dudas cuando se trata de empresas privadas (de gestión privada, más exactamente, tratándose de un medio audiovisual) en que el derecho a la tendencia es parte integrante de la libertad de empresa: el ideario del medio de comunicación se expresa en su línea editorial. Sin embargo, la cuestión no es tan obvia cuando el medio de comunicación es público. En este caso, no debería existir *strictu sensu* una tendencia, puesto que el punto de referencia con el que operan dichos medios se concreta en el principio constitucional del pluralismo político con el deber explícito de respetarlo, acogiendo de forma equitativa todas las expresiones ideológicas.⁵²²

Evidentemente, este régimen aplicable a la radiotelevisión pública no significa que las de gestión o titularidad privada puedan soslayar el principio del pluralismo informativo. La fuerza normativa y la eficacia jurídica de la Constitución también vinculan a la prensa privada, con el fin de evitar que su funcionamiento interno y la definición del producto informativo sea impermeable a los valores y principios constitucionales. El derecho a la tendencia permite un margen de maniobra más amplio para la configuración de la línea informativa y, por lo tanto, de la política informativa; sin embargo, en ningún caso habilita para la práctica del doctrinarismo.

En la medida en que el conflicto que da lugar a reivindicar la cláusula de conciencia está definido por variables de orden deontológico-profesional, sería conveniente que los

⁵²²

CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 195

propios actores implicados -el periodista y la redacción de la cual forma parte- se erigieran en una especie de primera instancia de naturaleza privada para evaluar el caso planteado por el periodista o conjunto de periodistas.

En segundo lugar, es también un dato significativo del desarrollo correcto de la previsión constitucional la inclusión en el art. 2.1.a) LO 2/1997 de la posibilidad de extinguir el contrato por "cambio sustancial" de la "línea ideológica" (esto es, del ideario que inspiró la actuación del medio ante el público y ante sus operarios) o de la "orientación informativa" (es decir, de la política informativa o forma de entender el periodismo) en el medio. De modo tal que, cuando se produzca cualquiera de estos hechos, el profesional podrá actuar de aquella forma, garantizándose tanto el percibo de una indemnización (art. 2.2) como el mantener intacta su independencia de criterio, puesta en relación con su derecho a transmitir libremente información.⁵²³

A modo de conclusión sobre la libertad de conciencia podemos decir, que las empresas informativas tienen una línea ideológica editorial, y ello condiciona la labor de los profesionales que como periodistas desarrollan su labor profesional en ellas. En este ámbito ha de entenderse el derecho constitucional a la cláusula de conciencia, derecho que se ejerce frente al medio de comunicación para defender la libertad ideológica del periodista.⁵²⁴

La cláusula de conciencia permite al periodista la posibilidad de finalizar su contrato de trabajo por voluntad propia pero con la indemnización de un despido improcedente, cuanto se demuestre que la línea editorial o la orientación ideológica del medio han cambiado notoriamente y el periodista se sienta afectado de una forma negativa en su dignidad profesional o en su ideología.

La cláusula de conciencia tiene su origen con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, en Italia y Austria se reconoce en 1910; estos antecedentes históricos han subrayado el derecho del periodista a desvincularse de la empresa informativa por cambios ideológicos del medio de comunicación.

La Constitución Española en su art. 20.1.d) CE reconoce expresamente este derecho

⁵²³ BLANCO C, *El Derecho a la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información*, pág. 92

⁵²⁴ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 159

desarrollado por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. El Tribunal Constitucional establece su aplicación directa⁵²⁵. Los cambios sustanciales de los principios editoriales y decisiones de gestión pueden afectar al periodista, sin perjuicio del control jurisdiccional de su derecho ante los tribunales.

La Ley 2/1997 está compuesta por tres únicos artículos. El art. 1 define la cláusula de conciencia como un derecho constitucional que tiene por objeto garantizar la independencia de su labor profesional. El art. 2 establece el derecho a solicitar la rescisión del contrato con la empresa informativa cuando se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica, o cuando la empresa se traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización no inferior a la pactada contractualmente, o en su defecto, no inferior a la de despido improcedente. El artículo 3 de la ley dice que los profesionales de la información podrán negarse motivadamente a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

El periodista mediante la cláusula de conciencia defiende su independencia y obtiene, como mínimo, un despido con la indemnización de un despido improcedente. Y no es necesario que conste expresamente en el contrato, pues como derecho constitucional se entiende cláusula tácita, es decir, que tendrá efecto aunque no aparezca en el contrato particular.

El problema es valorar qué cambios de dentro del medio de comunicación, son cambios ideológicos incluíbles. En la práctica la cláusula de conciencia se convierte en un modo en que el periodista logra un despido con indemnización, y asimismo, permite que el empresario finalice un contrato con un coste no significativo para el volumen de su empresa.

1.5.2 *Secreto profesional*

La labor profesional de un periodista tiene una faceta intelectual y una moral. El Consejo

⁵²⁵

STC 199/1999

de Europa define el secreto profesional como el derecho de los periodistas a negarse a revelar la identidad de sus fuentes y a declarar ante los jueces, ante la empresa, a terceros o a las autoridades públicas o judiciales.

Dicho concepto se basa en que el periodista para que pueda informar tiene que estar informado, y para conseguir información veraz muchas veces necesita emplear fuentes confidenciales, no siendo ético revelar las fuentes incluso posteriormente.⁵²⁶

El periodista tiene que estar informado en pro del interés colectivo y del ejercicio integral de su labor; en ocasiones la utilización de fuentes confidenciales es un requisito para obtener determinadas informaciones, surgiendo la obligación del periodista de no revelar la fuente, ya sean personas, documentos o cualquier soporte de sus informaciones, sin revelar el autor de su información y sin entregar dichos documentos o material informativo.

La sociedad ha de estar informada, y con el fin de asegurar el derecho a la información. El periodista asume dicha responsabilidad, el secreto es la discreción de la identidad de la fuente, y puede considerarse un derecho del informante.

La exigencia del secreto profesional responde a un doble orden de motivaciones. En efecto, aquél se fundamenta, por un lado, en el interés de los propios particulares que confían a un profesional, determinados hechos confidenciales, pero, por otra parte, tiene su origen en el interés del correcto ejercicio de una profesión que presenta una proyección o dimensión de interés de orden público.⁵²⁷

El Código Internacional de Ética Periodística de la UNESCO, de 21 de noviembre de 1983, reconoce el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes y a no trabajar contra sus convicciones, en su principio IV.

El Código internacional de ética periodística de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 13 de marzo de 1952, recoge dicho derecho: y a nivel de normativa estatal, surgen las primeras normas. En Italia es la Ley 69, de 3 de febrero de 1963; en Alemania la Ley Federal de 25 de mayo de 1975 y en el Reino Unido, la *Contempt of Court Act* de 1981; mientras que, en España no hay precedentes hasta la Constitución de 1978, en cuyo

⁵²⁶ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 157

⁵²⁷ GÓMEZ-REINO E, *El Secreto Profesional de los Periodistas*, pág. 612

art. 20.1.d se reconoce el derecho al secreto profesional como un derecho fundamental, al tiempo que el mismo texto constitucional en el art.24.2 CE exonera de la obligación de declarar.

La Unión Europea considera que la protección del secreto profesional constituye un requisito esencial de la libertad de actuación profesional de los periodistas, y la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo aprobó una propuesta de 8 de enero de 1994 en este sentido (DOCE, n° C44, de 14/02/1994).

El secreto profesional de los periodistas se articula desde, el punto de vista técnico-jurídico, por una parte, como un derecho a no revelar las fuentes de conocimiento y, por otra, como un deber de no hacerlo cuando el informador así se lo ha impuesto al profesional en el ejercicio de su actividad.

El art. 20.1.d) CE reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión: "La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades". Un derecho fundamental, que garantiza la opinión pública libre en un Estado democrático donde son los periodistas los que investigan para ofrecer las noticias a los ciudadanos.

a) No todos los secretos profesionales tienen el mismo carácter. El derecho de los periodistas al secreto profesional ha constituido una reivindicación tradicional en la prensa escrita y audiovisual. Buena prueba de este estado de opinión favorable lo constituyen los conflictos en que los periodistas han sido protagonistas al haber alegado ante la autoridad judicial el derecho al secreto sobre sus fuentes de información.⁵²⁸

El Consejo de Europa nos aporta una primera aproximación conceptual a esta modalidad de secreto, como fruto de los debates celebrados en esta institución europea en octubre de 1974 el secreto: "es el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales".

El común denominador de los demás secretos profesionales es que no se pueden desvelar los hechos conocidos y la fuente o persona que los ha transmitido. En cambio, la función lógica del secreto profesional de periodista es descubrir esos hechos, darles publicidad por los diversos medios de difusión, pero manteniendo, en todo caso, en secreto la fuente

⁵²⁸

CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 197

de donde proceden.⁵²⁹

Del mismo modo que la cláusula de conciencia, el fundamento del derecho al secreto profesional reside, en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido, que facilita un ejercicio más integral del derecho a la información. El derecho a la información tiene un destinatario colectivo que es el cuerpo social; la sociedad es el titular pasivo de un derecho fundamental, del que el periodista es un titular activo cualificado y agente transmisor.

Asimismo, el secreto profesional se basa en el interés subjetivo del periodista de no revelar la identidad del sujeto productor de la noticia, con el fin de preservar su identidad en ésta y en ocasiones futuras. Sin embargo, preservar la integridad de la fuente no significa que la justificación del secreto periodístico sea la salvaguarda de la intimidad de aquél que transmite la información.

Desde esta perspectiva, el secreto profesional adquiere una vertiente institucional de la que carecen los demás secretos profesionales, de suerte que la información en un sistema democrático se sustenta en el principio de libertad, tanto activa, de informar, como en el interés de la colectividad a recibir información. Por ello, la normativa del secreto profesional de los periodistas ha de partir de la premisa de que cuando se habla de los derechos del periodista, el problema adquiere una inequívoca naturaleza *iuspublicista* porque en esta actividad se implican derechos que afectan al buen orden de la sociedad.⁵³⁰

La combinación de los dos factores, subjetivo y objetivo, del derecho a la información concreta el fundamento del derecho al secreto profesional como un derecho integrante de aquél y vinculados ambos al principio democrático.

En cuanto a los límites materiales del secreto profesional encontramos que el secreto periodístico no podrá ser alegado, por ejemplo, respecto a materias que, con arreglo a las previsiones legales vigentes, hayan sido declaradas válidamente como secretas y, por lo tanto, no susceptibles de ser objeto de difusión. Si el periodista ignora la decisión administrativa que clasifica una materia como secreta y difunde su contenido total o parcialmente, incurrirá en responsabilidad penal por el descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativo a la defensa nacional (art. 135 bis c del Código Penal) y

⁵²⁹ GÓMEZ-REINO E, *El Secreto Profesional de los Periodistas*, pág. 613

⁵³⁰ OTERO M, *Justicia y Secreto Profesional*, pág. 33

no podrá pedir la cobertura del secreto profesional, ya que en este caso no opera: el periodista comparecerá ante el órgano judicial como inculpado, no como testigo. Asimismo, y siempre que la calificación como materia secreta haya sido publicada, como es preceptivo, en el Boletín Oficial español, tampoco podrá alegar -obviamente- ignorancia sobre dicha circunstancia, que se justifica por el principio de publicidad de los actos de los poderes públicos.⁵³¹

Naturalmente, la existencia de este límite o, más propiamente, de este ámbito exento en el ejercicio del secreto profesional, definido por la existencia de materias calificadas como secretas, no impide ni la eventual denuncia que los medios de comunicación puedan efectuar del contenido de la Ley de secretos oficiales o de su uso abusivo por parte del Gobierno, ni los controles que en el ámbito de sus respectivas funciones puedan ejercer la jurisdicción ordinaria y las Cortes Generales.⁵³²

El derecho a mantener discreción o reserva sobre determinadas personas o materias que afectan a las fuentes informativas no puede tener como consecuencia una declaración judicial del periodista que, sin faltar a la verdad, la altere con reticencias o inexactitudes. Ante la duda de producir tales efectos, el periodista que desee mantener el secreto profesional deberá optar por el silencio si no quiere correr el peligro de levantar falso testimonio (art. 332 del CP).

El periodista deberá evitar que su actitud en defensa del secreto profesional pueda suponer -como decíamos antes- el encubrimiento de un delito (art. 17 del CP); en este sentido, si como fruto de su actividad profesional llegase a poseer los instrumentos materiales del delito tendrá que hacer entrega de los mismos al juez instructor. El derecho al secreto debe ser compatible con el deber de auxilio a la justicia, sin que ello suponga desvelar la identidad de las fuentes de que dispone.

Otro punto de gran interés es la relación que se plantea entre el secreto profesional y el derecho a comunicar información veraz. Como es sabido, el Código penal acepta la *exceptio veritatis* en los supuestos de presuntos delitos por calumnias y también por injurias, cuando las hipotéticas expresiones o acciones ejecutadas, en descrédito o

⁵³¹
⁵³²

CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 201
CARRILLO M, *Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado*, pág. 202

menosprecio de una persona, se refieran a funcionarios públicos sobre hechos que conciernan al ejercicio de su cargo, o cuando se tenga derecho a perseguir aquellos tipos de delitos que son perseguibles de oficio.

Desde otra perspectiva un periodista, ante un procedimiento penal, puede encontrarse en dos situaciones jurídicas: la de imputado, por haber cometido un presunto delito a través de los medios de comunicación; y la de testigo, del que pueden derivarse responsabilidades penales como desobediencia, obstrucción a la justicia o falso testimonio. Es decir, el secreto profesional, en principio, es operativo únicamente para eximir al periodista de los delitos de desobediencia, obstrucción a la justicia y falso testimonio, porque el único contenido del secreto profesional es la facultad de negarse a revelar las fuentes de información en el momento de emisión del testimonio.⁵³³

Igualmente, quien falta a la verdad en el testimonio, comete delito de falso testimonio, en cuyo caso tampoco tiene virtualidad el secreto periodístico, porque para preservar el secreto de la fuente basta el silencio, no es necesario emitir ninguna clase de testimonio. Por tanto, la virtualidad del secreto profesional en este campo, esto es, cuando comparece en calidad de testigo, es impedir que se le procese por delito de desobediencia. No obstante, ello no significa que no se le pueda castigar también por el delito de obstrucción a la justicia si previamente ha persistido en no acudir al llamamiento judicial, porque como se ha indicado, el delito de desobediencia y el de obstrucción a la justicia, en la medida en que afectan de formas distintas al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, no son excluyentes. Cuestión diferente supone el hecho de que el correcto ejercicio del secreto periodístico, lo que excluye es la antijuridicidad del delito de desobediencia.

En este sentido se han resuelto en España diferentes casos, cuyo denominador común es la alegación del secreto profesional por parte del periodista que es llamado a declarar como testigo. Así, la publicación anticipada de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto *Rumasa*, en el diario *El País*, de 20 de mayo de 1988. El entonces director del periódico, Juan Luis Cebrián, fue citado como testigo para que revelara la fuente que le había entregado la sentencia publicada. Puesto que se intentaba averiguar el origen de la noticia prosperó su alegación del secreto profesional.

⁵³³ OTERO M, *Justicia y Secreto Profesional*, pág. 45

En segundo lugar, la publicación en el periódico El País por el periodista Javier G. sobre una investigación policial que se está haciendo a un juez motivada por la forma en que se está llevando a cabo la instrucción del caso "El Nani". El fiscal cita a Javier G. en calidad de testigo, en su intento de averiguar quién ha ordenado esa investigación. Javier G. aporta una fotocopia de la orden en que se da el mandato de investigar al juez, pero al preguntársele quién le ha proporcionado la citada fotocopia, se acoge al secreto profesional, admitiéndole el fiscal expresamente su silencio.

Tercer supuesto, el director de El Faro de Ceuta, publica una información consistente en un documento facilitado por un senador. Se abren diligencias para tratar de averiguar la persona que ha facilitado ese documento y el director de El Faro alega secreto profesional. El juez no lo admite -improcedentemente- y dicta auto de prisión contra el mismo.

No obstante, estará exento siempre y cuando se le cite como testigo no como responsable de algún delito. Ello significa que si el informador es citado ante un tribunal como responsable del contenido de una información (las figuras delictivas que normalmente se le suelen imputar, son la calumnia, la injuria, la apología del terrorismo, etc.) no podrá alegar el secreto profesional cuando por ampararse en el mismo, se impida indagar la veracidad de la información. La alegación resultará, pues, inoperante. En este caso, el periodista habrá de asumir la responsabilidad civil o penal que derive de esa información.⁵³⁴

Por el contrario, el periodista, cuando es citado en calidad de testigo, la única obligación que tiene es la de probar que la información es veraz, por virtud del art. 20.1.d), teniendo el secreto profesional en este caso plena eficacia y en este sentido, probará la veracidad de la información con todos los medios que tiene a su alcance pero sin la obligación de revelar la fuente. Por eso, parece quedar fuera de toda duda que el secreto profesional debe ceder cuando conste fehacientemente que la fuente ha falseado dolosamente la información.

Dos ejemplos permiten clarificar esta idea. El primero de ellos, tuvo como protagonistas a *Europa Press* y *EFE*, agencias que difundieron la noticia de que la policía española consideraba a Francisco Javier G., (víctima de un atentado de los GAL) miembro de la dirección y del comité ejecutivo de ETA. La información fue recibida telefónicamente en

⁵³⁴ OTERO M, *Justicia y Secreto Profesional*, pág. 45

ambas agencias por los periodistas Agustín Ll. y Guillermo T, respectivamente, quienes transcriben literalmente el contenido de la información recibida. El sumario, iniciado en virtud de querrela por delito de calumnia, cita a los directores de las agencias, Antonio Herrero de Europa Press y Ricardo Utrilla de EFE en calidad de imputados. Uno de los directores, Ricardo Utrilla, al ser preguntado por la fuente de información, correctamente no alega el secreto profesional, puesto que él comparece como imputado, sino que manifiesta que no había sido informado del hecho de autos, por lo que difícilmente podría facilitar la identidad de la fuente, pero asume personalmente la responsabilidad de la noticia. Por su parte, a Guillermo T, redactor jefe, se le cita en calidad de testigo, el cual se acoge al secreto profesional, negándose a identificar a la presunta fuente policial que suministró la noticia:

La exculpación de los directores de las agencias, puesto que fueron procesados, descansaba en la *exceptio veritatis*, de suerte que debían probar o bien que la víctima era efectivamente un terrorista, o bien, que la noticia procedía de fuentes policiales. Así, al negarse a revelar las fuentes, renunciaban a la prueba de la veracidad de la información, que no guarda ninguna relación con la alegación del secreto profesional. El auto, sin embargo, confunde el ámbito del secreto profesional, cuando manifiesta: "tal derecho -el derecho al secreto profesional- ha de ceder necesariamente cuando la información periodística atenta en forma tan grave al honor y a la integridad moral de las personas y no se acredita, en forma alguna, la veracidad de aquella". El juez, por tanto, transforma un límite a la libertad de información en un límite al secreto profesional, cuando resulta inaplicable a este caso.

Tema diferente se plantea si el periodista por no querer revelar la fuente no puede probar su veracidad, que exige el art. 20. 1. d), como deber de diligencia del informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, tal como lo ha previsto el Tribunal Constitucional español.

El periodista tiene derecho a no revelar sus fuentes, pero este derecho no se extiende al contenido de la información. Dentro de este ámbito, el secreto profesional comprende el derecho a no proporcionar las circunstancias de hecho si se corre el peligro de desvelar la fuente. En este sentido, le ampara a no entregar las notas, apuntes, cintas magnetofónicas o cualquier otro tipo de soporte material en que se recogió la información. Igualmente, tal derecho impide el registro de los locales de la empresa periodística, cuando esa entrada tienda a descubrir las fuentes de información:

El secreto profesional no tiene, pues, operatividad como excusa al deber de declarar en el

proceso penal, primero: cuando el periodista es el autor de la publicación. Segundo: cuando ha de prestar declaración ante el juez en calidad de imputado. Tercero: no ampara la obligación de denunciar un hecho que presente los caracteres de delito aunque lo haya conocido por razón de su oficio.

1.6 La garantía institucional de la opinión pública

De las funciones que se han atribuido a la libertad de expresión es quizás, la función de ilustración, tanto sobre asuntos de relevancia pública como en cuanto garantía del intercambio de ideas u opiniones, la más importante y la que mayor calado aporta en el enfrentamiento de esta libertad con otros derechos o intereses.⁵³⁵

La libertad de expresión favorece que los ciudadanos accedan a la información necesaria para que sus decisiones sean libres y fundadamente tomadas, permite controlar a los poderes públicos, proponer cambios sociales, económicos o políticos, expresar el disenso y garantizar, en definitiva, el pluralismo de opiniones. Sin duda, la democracia manifiesta un interés por la libertad de expresión incluso superior a la que reivindicamos como particulares.⁵³⁶

La aparición de los medios de comunicación no ha hecho sino aumentar las expectativas por las libertades de expresión y de información, puesto que la actividad de dichos medios reúne, al menos en teoría, las condiciones óptimas para que dicha función se cumpla: la información puede llegar a más y más variada audiencia, dar acceso a los particulares y, en especial, a los grupos minoritarios a la tribuna pública para manifestar el disenso, contribuir al control de los poderes públicos con más garantías de inmunidad y eficacia que las que tendría un particular.⁵³⁷

Uno de los aspectos más significativos en los cambios experimentados por la libertad de expresión ha sido atribuirle un papel protagónico específico a la comunicación de información veraz por medios de difusión como principal vehículo privilegiado para la comunicación de la opinión pública, institución esencial en un sistema democrático plural.

⁵³⁵ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 331

⁵³⁶ LAPORTA F, *El Derecho a Informar y sus Enemigos*, pág. 14

⁵³⁷ VIVES T, *La Libertad como Pretexto*, pág. 34

Mediante el intercambio y el debate de informaciones y opiniones relevantes, la libertad de empresa cumple su rol de ser funcional a uno de los valores democráticos fundamentales: el pluralismo.⁵³⁸

Por su parte la libertad de información se caracteriza, sobre todo, por su trascendencia social. Aun cuando sus defensores reconozcan el interés individual en la difusión de informaciones, supeditan su protección a la garantía de tutela del interés colectivo, de manera que la relevancia pública de éstas – y no sólo de su veracidad- se convierte en un elemento definitorio del contenido del derecho. Es así como para algunas teorías funcionales la opinión pública llega a mostrarse como un instituto que garantiza el pluralismo, valor esencial en democracia, y a cuya conformación se ordena la libertad de información.⁵³⁹

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español: “La libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20 C.E., al elemento que en ellos aparece como preponderante”.⁵⁴⁰

De igual manera ha hecho referencia el Tribunal al derecho a comunicar que tienen todas las personas El derecho a comunicar información corresponde a todas las personas y no sólo de aquellos que lo hacen de manera profesional como es el caso de los periodistas.⁵⁴¹

En cuanto a la noción de relevancia pública ha afirmado el Tribunal Constitucional español:

“Para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será

⁵³⁸ VALLDECABRES M, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, pág. 333
⁵³⁹ BASTIDA F, *El Régimen Jurídico de la Comunicación Social*, pág. 10
⁵⁴⁰ STC 6/1988
⁵⁴¹ STC 6/1988

preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático.⁵⁴²

En cuanto a la protección de una prensa libre, tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente.⁵⁴³

El relato puro, objetivo y aséptico de hechos está constitucionalmente protegido, es aceptable y compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática (TEDH, Caso *Handyside*, Sentencia 7 de diciembre de 1976, núm. 65), pues la divergencia subjetiva de opiniones forma parte de la estructura misma del aspecto institucional del derecho a la información. Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Lingens* (Sentencia de 8 de julio de 1986), a la prensa incumbe y es su misión publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público, y el público tiene el derecho de recibirlas, por lo que no es aceptable la opinión según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector.⁵⁴⁴

542 STC 171/1990

543 STC 171/1990

544 STC 171/1990

1.7 Rectificación

Sus antecedentes históricos remiten al Decreto de 13 de marzo de 1953 relativo a la prensa periódica, en donde se establecía que toda persona física o jurídica que se considerase perjudicada en su honra, fama o intereses legítimos “por cualquier texto o dibujo inserto en una publicación periódica o a quien se hubieran atribuido hechos falsos o desfigurados o que siendo verdaderos por igualdad de nombres o circunstancias puedan inducir a confusión, tendrán derecho a replicar, complementar o aclarar dicha información, siempre que en dicha publicación periódica no lo haya hecho por sí de una manera espontánea o satisfactoria”.⁵⁴⁵

Este derecho se recogió bajo la configuración y denominación lingüística de derecho de réplica en la Ley de Prensa de 1966, regulándose en sus artículos 58 y siguientes; y denominándose en el mismo texto legal como derecho de rectificación cuando se trataba de la facultad de la Administración para remitir notas de prensa a los órganos informativos para corregir informaciones.⁵⁴⁶

En el año 1977, mediante el Real Decreto Ley 24/1977, de 1 de abril, se derogó la facultad de suspensión que se había atribuido a la Administración y la de secuestro de la autoridad judicial conforme a la regulación de la libertad de expresión. Pero no será hasta el año de 1984, mediante la Ley Orgánica 2/1984, cuando aparecerá el derecho de rectificación como una garantía de protección de la verdad en la comunicación pública.⁵⁴⁷

El derecho de rectificación, que consiste en la facultad otorgada a toda persona, natural o jurídica, de “rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio” (art. 1 L.O. 2/1984), es sólo un medio de que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor o en cualesquiera otros derechos o intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos.⁵⁴⁸

El derecho de rectificación puede definirse como una garantía de veracidad de la

⁵⁴⁵ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 106

⁵⁴⁶ GONZÁLEZ T, *El Derecho de la Réplica y Rectificación en Prensa, Radio y Televisión*, pág. 53

⁵⁴⁷ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 105

⁵⁴⁸ STC 168/1986

información sólo ejercitable por la persona interesada, es un derecho a la información pasiva, y se encuadra dentro de la defensa civil del derecho al honor.⁵⁴⁹ Un sistema de protección del derecho de expresión y de los derechos de la personalidad; como el medio del que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor o en cualesquiera otros derecho o intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos.⁵⁵⁰

La finalidad de este derecho es desmentir una información errónea o falsa; es por lo tanto, un medio de garantía de la veracidad de la información que ha de entenderse como referido a la reputación y al honor del afectado.⁵⁵¹

La rectificación, judicialmente impuesta, en los términos que establece la Ley Orgánica 2/1984, de una información que el rectificante considera inexacta y lesiva de sus intereses, no menoscaba el derecho fundamental proclamado en el art. 20.1 d) C.E., ni siquiera en el caso de que la información que haya sido objeto de rectificación pudiera revelarse como cierta y ajustada a la realidad de los hechos. El ejercicio del derecho de rectificación tampoco limita el derecho de la colectividad y de los individuos que la componen a recibir libremente información veraz, pues no comporta una ocultación o deformación de la que, ofrecida con anterioridad, lo sea o pueda serlo. La difusión de informaciones contrapuestas que no hayan sido formalmente acreditadas como exactas o desacreditadas como falsas, con efecto de cosa juzgada, no puede lesionar el derecho reconocido en el art. 20.1 d) C.E.⁵⁵²

La Ley 2/1984 dispone que toda persona tiene derecho a que se rectifique la información de hechos que le aludan, considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicios. El derecho se ejercita remitiendo escrito de rectificación al medio de comunicación de que se trate (prensa, radio, televisión), limitado a los hechos, de extensión similar a la información publicada, y dentro de los siete días naturales posteriores a dicha información (artículo 2). El medio de comunicación ha de publicar íntegramente la rectificación, sin apostillas, ni comentarios, con relevancia similar a la

⁵⁴⁹ BERMEJO J, *Alcance y Límite del Derecho de Rectificación, en Derecho Europeo del Audiovisual*, pág. 712

⁵⁵⁰ SANJURJO B, *Manual de Derecho de la Información*, pág. 105

⁵⁵¹ GABERÍ J, *Los Procesos Civiles de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen*, pág. 517

⁵⁵² STC 168/1986

primitiva información, de forma gratuita y dentro de los tres días siguientes o en el número inmediatamente posterior (artículo 3).⁵⁵³

Si no lo hiciera el afectado puede ejercitar la acción de rectificación ante el Juez de primera instancia de su domicilio, en el plazo de siete días y sin necesidad de abogado. El Juez, si se considera competente, convocará a las partes para la celebración de juicio verbal, dictando sentencia el mismo día del juicio o al siguiente. La sentencia denegará u ordenará publicar la rectificación y no es susceptible de recurso.⁵⁵⁴

⁵⁵³ BARTOLOMÉ J, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, pág. 176

⁵⁵⁴ BARTOLOMÉ J, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, pág. 176

2 PARTE ESPECIAL

2.1 Televisión pública

Desde el nacimiento de la televisión, la reflexión sobre el régimen jurídico audiovisual, limitado básicamente a la televisión, estuvo dominado por la cuestión de la escasez de las ondas. En estas condiciones eran pocos los países en que no se produjo una clara decantación de la regulación hacia sistemas públicos de ordenación de la actividad televisiva que absorbía la totalidad del fenómeno audiovisual.⁵⁵⁵

Los cambios en el contexto político, económico y tecnológico han modificado la estructura y dinámicas de las televisiones europeas, en los que gana peso un sector privado caracterizado por la concentración e internacionalización empresarial. Los ingresos comerciales han ido ganando peso en el conjunto del sistema- representa el 66% de los ingresos totales de la televisión.⁵⁵⁶

El modelo de la BBC, por ejemplo, ha servido de inspiración a casi todos los países de Europa, España incluida, pero los resultados han sido en cada país sensiblemente distintos. En España, la Ley básica del sector, el Estatuto de Radiotelevisión de 1980 y tras ellas las leyes de televisiones públicas regionales y locales, han traído consigo una fuerte relación con el Gobierno central, autonómico o municipal.⁵⁵⁷

Por su parte, el proceso de liberalización ha reducido el peso económico del sector público, aunque este sigue manteniendo una posición destacada en el conjunto del mercado televisivo, si no en el número de canales, sí en términos de audiencia y recursos económicos. Veintidós de las cincuenta mayores compañías de televisión en Europa son televisiones públicas, con la BBC del Reino Unido, las alemanas ADR y ZDF, la italiana RAI y las francesas France 2 y France 3, en posiciones destacadas.⁵⁵⁸

Destacaba la televisión española TVE, como el servicio público con mayor dependencia

⁵⁵⁵ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar Sobre el Régimen Jurídico del Audiovisual*, pág. 13

⁵⁵⁶ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 30

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ J, *Modelos Comparados de Regulación de lo Audiovisual*, pág. 99

⁵⁵⁸ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 31

de los ingresos comerciales, y más concretamente de la publicidad- supone el 83% de los ingresos-, una situación que fue calificada como anómala en el contexto europeo, corregida con la aprobación de ayudas de más de 570 millones de euros en 2006, en el marco de la reforma de la Radio Televisión Española.⁵⁵⁹ Sobre este aspecto volveremos más adelante al comentar la Ley General de Comunicación Audiovisual.

El régimen audiovisual ha sido diferente del de la prensa no sólo en los países europeos, sino también en los EEUU, en los que la regulación de la radio y la televisión pareció inspirarse en pautas que propiciaban una mayor iniciativa de los particulares.⁵⁶⁰ No obstante, también en los EEUU la escasez de las ondas colocaba a los particulares de licencias de radiodifusión en una situación distinta de la que disfrutaban los titulares de los medios de prensa escritos, estas diferencias se reflejaban no sólo en un régimen de audiencias públicas para la concesión o renovación de licencias, sino en una predeterminación de los contenidos de los programas en función de las preferencias del público, que obligaba a tomar en consideración para respetar las funciones que a la televisión y a la radio se entendía correspondían en una sociedad democrática y moderna.⁵⁶¹

La limitación de las ondas parecía suponer una justificación de esa regulación interventora que se introducía incluso en el modelo americano, en lo más profundo de la actividad; esto es, hasta en el contenido y en la forma de la programación. Pero no era esa la única forma de intervención pública en la televisión, singularmente en los países europeos, pues en éstos, en efecto, también se producía a través de la reserva de la actividad al Estado mediante la figura del servicio público.⁵⁶²

Fruto de los avances tecnológicos, progresivamente se eliminaron las barreras de acceso a los canales de distribución de tipo tecnológico y de requisitos de capital, por lo que los gobiernos de los diferentes países europeos recibieron durante los años setenta y ochenta fuertes presiones por parte de diferentes grupos políticos, industriales, y del mundo de la comunicación, encaminadas a conseguir licencias de apertura de nuevos canales de TV

⁵⁵⁹ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 33

⁵⁶⁰ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 13

⁵⁶¹ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 13

⁵⁶² QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 13

de tipo comercial.⁵⁶³

Estos movimientos forzaron finalmente a los distintos gobiernos europeos que se vieron obligados a modificar su legislación y a permitir un incremento de la oferta televisiva hertziana autorizando la puesta en marcha de nuevas emisoras de TV de carácter comercial, financiadas por la publicidad o bien por las suscripciones.⁵⁶⁴

En la actualidad la multiplicación de posibilidades de hacer televisión es real, y ello es especialmente claro en el caso del cable, sin embargo, queda por resolver por qué no se le ha aplicado sin más el régimen de la prensa escrita, con las regulaciones más liberales.⁵⁶⁵

Ese modelo, a pesar de la ampliación de posibilidades de emisión, no se ha extendido a la televisión por cualquier medio y ello encuentra su probable explicación en el hecho de que la televisión presenta algunas características que le hacen acreedora a un tratamiento diferenciado respecto del aplicable a la prensa.

La explicación debe partir de la capacidad de penetración infinitamente mayor que tiene la televisión respecto de la prensa, en cuanto que llega a capas sociales mucho más amplias y diversas. El que ello sea así, y la limitación de las ondas en un principio, ha determinado que los hábitos de intervención en la actividad televisiva se hayan seguido manteniendo a pesar de las modificaciones que la técnica ha introducido en las posibilidades de acceso a canales de televisión.⁵⁶⁶

En Europa el enfoque del sector audiovisual ha englobado algo más que la simple necesidad de garantizar el funcionamiento del mercado: los gobiernos europeos han reconocido siempre claramente la naturaleza específica del sector y su función social. Por consiguiente, una de las preocupaciones de las políticas europeas de radiodifusión ha sido la de educar e informar al espectador, más allá de consideraciones meramente comerciales.⁵⁶⁷

Los medios audiovisuales de la segunda mitad del siglo XX tienen que hacer frente a los problemas de sociedades desarrolladas; sociedades que, en la mayor parte de los casos,

⁵⁶³ VILA P, *La Televisión Hertziana*, pág. 37

⁵⁶⁴ VILA P, *La Televisión Hertziana*, pág. 37

⁵⁶⁵ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 15

⁵⁶⁶ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 16

⁵⁶⁷ AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 4

están organizadas sobre bases democráticas fundamentadas en el sufragio universal y en la democracia representativa.⁵⁶⁸

Pero el problema de la financiación y la importancia que ha ido adquiriendo la inversión publicitaria han puesto en cuestión la finalidad formativa que se atribuía al modelo de televisión europeo. Se ha implantado un sistema televisivo mixto, en el que han coexistido televisiones públicas con televisiones privadas, estableciéndose entre ellas un sistema de competencia más que de complementariedad. De tal manera que la política europea en materia de comunicación se ha ido acercando cada vez más a una posición económica-empresarial.⁵⁶⁹

En todo caso en la Comunidad Europea es la preocupación, en una democracia avanzada, por el pluralismo y la garantía de participación en los medios de difusión de la opinión y de la información. No es suficiente garantizar la libertad de información y expresión en el plano formal, sino que de la segunda guerra mundial y de la experiencia del nazismo se desprende la preocupación de garantizar, para evitar la propaganda manipuladora, que esa expresión sea plural y expresiva de la diversidad social.⁵⁷⁰

Los medios de comunicación social deben estar al servicio del bien común para edificar y sostener la comunidad humana en los diversos sectores. La información como instrumento de participación democrática debe asegurar el pluralismo real y por tanto el acceso de los ciudadanos a las formas que ofrecen estos medios.⁵⁷¹

El marco regulador de la radio y la televisión en algunos países europeos como España, se ha construido sobre el concepto de servicio público, justificado esencialmente por el interés del Estado en ejercer el control directo sobre la gestión de estos medios de difusión audiovisual con el argumento técnico de los límites del espacio radioeléctrico.⁵⁷²

La aparición en el mercado de la televisión privada y de las nuevas tecnologías (cable, digital terrestre) no ha modificado esta forma de entender la radio y la televisión. El debate sobre la televisión pública está vivo en toda la Unión Europea. En su favor se han manifestado tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea. El Protocolo del Tratado

⁵⁶⁸ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 17

⁵⁶⁹ AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 5

⁵⁷⁰ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 17

⁵⁷¹ ECHAIDE A, *La Situación Democrática en España*, pág. 322

⁵⁷² AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 9

de Ámsterdam prevé el mantenimiento del servicio público de radio y televisión como la fórmula para garantizar el cumplimiento de las necesidades democráticas, sociales y culturales de los ciudadanos. Al mismo tiempo, el Derecho comunitario otorga las atribuciones a cada Estado miembro para que defina qué es servicio público y cómo debe financiarse. De tal manera que no se impone ningún modelo, sino que se deja a los Estados un amplio margen para la articulación de un sistema de televisión que corresponda a las exigencias de interés general.⁵⁷³

2.2 Televisión en España

2.2.1 *La televisión hasta la Constitución de 1978*

La historia de la televisión aparece ligada en las democracias de la segunda mitad del siglo XX, con la preocupación por el pluralismo; la escasez de ondas y las inversiones necesarias para poner en pie tal actividad llevaron a Europa a monopolios de derecho que se veían como la forma de asegurar la misión y el papel de garantizar el pluralismo y el acceso del mayor número posible de radiodifusores. Esta coyuntura histórica marca la televisión desde su nacimiento y condiciona su evolución.⁵⁷⁴

El punto de partida de la intervención administrativas en las transmisiones por radio se encuentra en la Ley de 26 de octubre de 1907 (“Gaceta” de 28 de octubre), en virtud de la cual: “Se autoriza al Gobierno para que por medio de un Real Decreto, que publicará dentro del plazo de cuatro meses, contados desde la promulgación de esta Ley, proceda a plantear o desarrollar, valiéndose de entidades nacionales, los servicios de radiotelegrafía, cables y teléfonos” (art.1º).

Los gastos que origine la prestación de estos servicios “se cubrirán con los productos propios de la misma concesión”. A continuación se establece que se podrá imponer “como carga especial de alguna concesión” la entrega inmediata al Estado de la línea o servicio que en dicho Real Decreto se declare de interés nacional. Por último, la ley establecía que

⁵⁷³ AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 10

⁵⁷⁴ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 18

“las concesiones de estos nuevos servicios se harán en pública subasta” (art. 3.º). Dentro del plazo previsto en la Ley se dictó el Real Decreto de 24 de enero de 1908 por el que se aprobaban las bases para el establecimiento en España del servicio radiotelegráfico. (En la misma fecha se aprobó el Reglamento del citado servicio.)⁵⁷⁵

El Real Decreto mencionado establecía, como regla primera, la siguiente:

Artículo 1º. Se considerará comprendido entre los monopolios del Estado, relativos al servicio de toda clase de comunicaciones eléctricas, el establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a la llamada "telegrafía hertziana", "telegrafía", "radiotelegrafía" y demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir.”

Estas normas son el fundamento del monopolio del Estado sobre la actividad radiodifusora. Aparecen citadas repetidamente en los preámbulos de disposiciones posteriores, alguna de ellas tiene rango de ley, pero en general se trata sólo de normas reglamentarias. En todo caso, la legalidad del Real Decreto de 24 de enero de 1908, al establecer el monopolio del Estado sobre toda clase de comunicaciones eléctricas inventadas o que puedan inventarse, ha sido discutida siempre por la doctrina, pues no sólo no tiene amparo en la Ley de 1907, sino que además infringe la Constitución de 30 de junio de 1876, entonces vigente.⁵⁷⁶

A partir de entonces una serie de disposiciones dan por supuesta la existencia del monopolio de la radiodifusión, aunque no aclaran ni su alcance ni la posición de los particulares frente al mismo: la Real Orden de 9 de marzo de 1914 emplaza a todos cuantos tengan instalaciones de telegrafía sin hilos para que las desmonten en el plazo de quince días.⁵⁷⁷

Los Reales Decretos de 19 de julio de 1914 y de 8 de febrero de 1917 amplían, por una parte, los supuestos en que se admite que los particulares participen en el ejercicio de las actividades monopolizadas, pero al mismo tiempo interpretan extensivamente el alcance del monopolio, de modo que se incluye en él la radiotelefonía y la radiodifusión de sonidos

⁵⁷⁵ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 193

⁵⁷⁶ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 19

⁵⁷⁷ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 20

e imágenes. La última de estas normas justifica la inspección por el Estado de las instalaciones autorizadas a particulares para “velar por el interés y el orden público, por los derechos del monopolio de comunicaciones que corresponde al Estado, por el cumplimiento de las disposiciones vigentes en la materia y por la observancia estricta de las condiciones de cada concesión”.

Por su parte el Real Decreto de 13 de enero de 1920 regula el otorgamiento de autorizaciones para instalaciones temporales, transmisoras o receptoras, destinadas a usos científicos. Este Real Decreto extiende, pues, el ámbito de aplicación de la Ley de 1907 a un supuesto no contemplado por ella, la radiotelefonía; por tanto, no sólo a la transmisión de “señales”, sino también, la transmisión de “voces o sonidos”. Lo cual significa, en definitiva, que a partir de entonces se asimilan los sistemas de “radiotelegrafía” y de “radiotelefonía”, de lo cual se va a deducir que el monopolio cubre todo el ámbito de la “radiodifusión”.⁵⁷⁸

A partir del año 1923 comienzan a dictarse normas directamente destinadas a regular la radiodifusión en sentido propio. El Real Decreto de 27 de febrero de 1923, sobre “organización de las instalaciones radioeléctricas y radiotelefónicas”, dispone en su artículo “1.º Todas las instalaciones radioeléctricas constituyen un monopolio del Estado, y desde la publicación de este Real Decreto quedan terminantemente prohibidas aquellas estaciones transmisoras y receptoras, o simplemente receptoras, que no sean debidamente autorizadas por el Ministerio de la Gobernación o, en su nombre, por el director general de Comunicaciones”.

Como consecuencia de esta declaración, el artículo 2º del Real Decreto califica como clandestinas todas las estaciones radioeléctricas privadas que se hallen actualmente establecidas. Pero, seguidamente, “se exceptúan solamente las concedidas con carácter temporal o permanente al amparo del Real Decreto de 13 de enero de 1920, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto de 8 de febrero de 1917 sobre instalaciones radioeléctricas, sin que le sea permitido destinarlas a otros fines que aquellos para los que fueron objeto de la concesión, ni hacer variación alguna en su montaje”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 194

⁵⁷⁹ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 194

Este Real Decreto, cuyo preámbulo contiene un curioso argumento⁵⁸⁰ (expone cómo “el Gobierno español no puede hacer dejación de sus derechos a reglamentar la radiotelefonía evitando que se cree una situación anárquica parecida, aunque en pequeño, a la creada en los Estados Unidos: perturbadora de los servicios ya establecidos, lesiva para los intereses del Tesoro y perjudicial para la propia conveniencia del público en general”), consolida una dualidad de situaciones, según hemos visto: por un lado, todas las instalaciones radioeléctricas en general, y por otro, las que entonces se hallaban concedidas a particulares con carácter temporal o permanente.

Por otro lado, el artículo 7º del Real Decreto disponía que: “El Estado podrá explotar el servicio radiotelefónico mediante concesión o por sí mismo.” La Real Orden de 14 de junio de 1924, que aprobó el Reglamento para el establecimiento y régimen de estaciones de cuarta categoría (radiodifusión), estableció una dualidad de regímenes, oficial y privado. Se consideran estaciones oficiales (art. 2º), además de las que presten un servicio gestionado directamente por el Estado, aquellas otras que el Estado tiene arrendadas para servicios públicos. Son particulares las demás”.⁵⁸¹

Las estaciones particulares pueden instalarse “libremente por los particulares o corporaciones sin concesión de monopolio alguno” (art. 12), de manera que la concesión por parte del Estado tenía por objeto exclusivamente asignar una longitud de onda determinada (art. 21), fijar el tiempo de la transmisión (art. 13) y someterlas a la inspección y reconocimiento del Cuerpo de Telégrafos. En consecuencia, la Administración -como ha indicado la doctrina-⁵⁸² renunció por esta Real Orden al ejercicio del monopolio. Sin embargo, el régimen de libertad de la Real Orden de 14 de junio de 1924 desaparece al dictarse el Real Decreto de 26 de julio de 1929 por el que se crea el Servicio Nacional de Radiodifusión.

El Servicio Nacional de Radiodifusión no llegó a adjudicarse, entre otras causas por la oposición que encontró el criterio de puro arbitrio administrativo establecido para la adjudicación del concurso. Pero, en todo caso, la norma que se acaba de comentar tiene el interés de mostrar que en aquel momento se mantenía la concurrencia de un monopolio, el Servicio Nacional de Radiodifusión, gestionado mediante la técnica de la concesión, y las estaciones particulares, si bien es cierto que se intentaba impedir esa concurrencia

580 QUADRA-SALCEDO T, *El Servicio Público de la Televisión*, pág. 74

581 ROZADOS M, *La Televisión Local por Ondas*, pág. 17

582 QUADRA-SALCEDO T, *El Servicio Público de la Televisión*, pág. 75

negando a las emisoras privadas su fuente de ingresos más característica.⁵⁸³

Inmediatamente después de proclamada la República, un Decreto de 25 de abril de 1931 derogó el Real Decreto de 26 de julio de 1929 atribuyéndose la competencia en esta materia al nuevo Ministerio de Comunicaciones creado con fecha 15 de abril de 1931. La Ley de 18 de agosto de 1931 confirmó esta derogación.

Sin embargo, la idea de crear un servicio nacional de radiodifusión perdura, reapareciendo en la Ley de 9 de marzo de 1932 que reorganiza los servicios de telecomunicación. La base 3.a de esta ley dispone: “Dada la índole nacional y de soberanía de los servicios de telecomunicación, el Gobierno procederá, en las condiciones y tiempo posible, a revertir a la función estatal todas las concesiones que existen actualmente. El Gobierno podrá en cualquier momento, por razones de orden público o seguridad del país, incautarse en todo o en parte de los servicios que hayan sido objeto de concesión dando cuenta a las Cortes.”⁵⁸⁴

Hay que tener en cuenta que, según la base 2.a, la radiodifusión figuraba entre los servicios de telecomunicación (radiodifusión y todos aquellos de comunicación o transmisión a distancia establecidos o que en lo sucesivo se establezcan”).⁵⁸⁵

Poco después, una Orden de 8 de abril de 1932 autorizaba al ministro de la Gobernación “para que por medio de la Dirección General de Telecomunicación saque a concurso el suministro e instalación de las estaciones radioeléctricas que han de constituir la red nacional de comunicación del Estado, y el arriendo de las emisoras cotidianas de programas artísticos, municipales, radiación de obras teatrales, conferencias, lectura y diversos motivos de entretenimiento, cuyos gastos de adjudicación del suministro y el arriendo de emisiones se sufragarán con los productos de los ingresos obtenidos por licencias y cuotas de radioyentes, de la publicidad radiada y de otros ingresos del mismo servicio, con arreglo al pliego de condiciones formulado por la citada Dirección General”.⁵⁸⁶

⁵⁸³ ROZADOS M, *La Televisión Local por Ondas*, pág. 18

⁵⁸⁴ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 197

⁵⁸⁵ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 197

⁵⁸⁶ ROZADOS M, *La Televisión Local por Ondas*, pág. 19

Por otro lado, junto a las emisoras de la red nacional, se prevé la instalación de estaciones radiodifusoras de pequeña potencia, de carácter local, por particulares. El Decreto de 8 de diciembre de 1932 faculta a la Dirección General de Telecomunicación para autorizar la instalación de estaciones radiodifusoras de pequeña potencia de carácter local (art. 1.º), pero sometidas, entre otras, a las siguientes condiciones: sólo una por cada localidad (cond. 3.a), si bien, posteriormente se matiza este límite por Decreto de 10 de enero de 1934 y Orden de 9 de mayo de 1934; características técnicas mínimas establecidas por la norma (cond. 4.a), y supuestos de caducidad tasados, incluyéndose entre ellos el que “el Estado instale en la misma localidad una estación radiodifusora de la red nacional” (cond. 7.a).⁵⁸⁷

Así se llega a la Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934, la norma legal básica durante muchos años, en la materia, tanto para la radiodifusión sonora como de imágenes. Su artículo 1.º “El servicio de radiodifusión nacional es una función esencial y privativa del Estado y al Gobierno corresponde desarrollar el servicio estableciendo una o más emisoras de onda extracorta para la radiodifusión extrapeninsular, y especialmente para los países de habla castellana, y las estaciones radioemisoras que admita el número de frecuencias reservadas a España en el régimen internacional para el mismo en un plazo de tres años a contar de la fecha de promulgación de esta Ley con un mínimo de dos estaciones por año. El suministro y montaje de estas emisoras se realizará con arreglo a los preceptos de la Ley de Contabilidad en la Hacienda Pública”.

A continuación, el 2.º párrafo de este artículo trata de resolver el problema de la competencia estatal y regional en la materia⁵⁸⁸, declarando que “queda a salvo lo que establece la Constitución en su artículo 15, núm. 13, que dispone que corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las Regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, de los servicios de radiodifusión, y queda a salvo también el artículo 5º, núm. 11, del Estatuto de Cataluña, según el cual la Generalidad ejecutará la legislación del Estado en el servicio de radiodifusión, salvo el derecho del Estado a coordinar los medios de comunicación en todo el país. El Estado podrá instalar servicios propios de radiodifusión y ejercerá la función de los que funcionen por

⁵⁸⁷ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 198

⁵⁸⁸ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 199

concesión de la Generalidad”.

Por otro lado, se intenta garantizar la neutralidad del servicio, disponiendo que: “Art. 5.º Para garantizar la neutralidad ideológica del servicio se establecerá el arriendo, previo pago de la tarifa correspondiente, por un tiempo diario que se determinará conforme a las normas reglamentarias, a entidades concesionales o jurídicas, para hacer propaganda con arreglo a las Leyes.”

La interpretación de la Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934 permite hacer algunas consideraciones: ⁵⁸⁹

-En primer lugar, es evidente que tal ley mantiene una situación caracterizada por la coexistencia de: a) una radiodifusión nacional que se define como servicio esencial y privativo del Estado, y b) un conjunto de estaciones de pequeña potencia de carácter local que no forman parte de este servicio ni sus emisoras son propiedad del Estado.

-En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la insistencia de la Ley de 1934 en el carácter de servicio nacional y “función especial y privativa del Estado” que se atribuye al servicio de radiodifusión se debe al intento de establecer con claridad la competencia del Estado en esta materia en relación con la competencia de las regiones autónomas. Tanto la Ley de Bases de 9 de marzo de 1932 como la ley que se examina constituyen un intento de recuperación de competencias por parte del Estado en relación con las regiones autónomas, concretamente con Cataluña.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931 incluía la radiodifusión entre las materias sobre las cuales podía concederse a las regiones autónomas la ejecución de las leyes (artículo 11 en relación con el art. 15, número 13), pero, por otra parte, la misma Constitución atribuía en exclusiva al Estado español la legislación y ejecución directa en materia de radiocomunicación (art. 14, número 13).⁵⁹⁰

Pues bien, el acuerdo de la Comisión Mixta del Estatuto de Cataluña de 9 de mayo de 1934 (punto 3º) decía que “corresponderá a la Generalidad, en régimen de monopolio o

⁵⁸⁹ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 199

⁵⁹⁰ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 199

red nacional, la ejecución del servicio de radiodifusión y los derechos del Estado en territorio catalán”. Ante tal situación, la Ley de 1934 intenta recuperar la competencia del Estado en esta materia. Por ello, su artículo. 6 señalaba: " Dada la índole nacional y de soberanía de los servicios de telecomunicación, el Gobierno procederá en las condiciones y tiempo posible a revertir a la función estatal todas las concesiones que existan actualmente”.

Algún sector de la doctrina⁵⁹¹ interpreta la expresión “revertir a la función estatal” -distinta de la expresión, que la ley no utiliza, de revertir la concesión al Estado- en el sentido de que lo que el legislador quiere ordenar es que el otorgamiento de concesiones es función del Estado y no de las regiones autónomas.⁵⁹²

- Por último, hay que indicar que ya en el año 1934 el concepto de radiodifusión comprende tanto la difusión de sonidos como la difusión de imágenes (tal como resulta de la definición de radiodifusión del Convenio de Radiotelecomunicaciones de Madrid de 1932, aprobado en la misma fecha que la Ley de Radiodifusión, el 26 de junio de 1934), razón por la cual cuando se dicta el Reglamento del Servicio Nacional de Radiodifusión, aprobado por Decreto de 22 de noviembre de 1935, su artículo 1.º establece que:

“Art. 1º Se considerarán comprendidos entre los servicios de radiocomunicación del Estado que corresponden a la Subsecretaría de Comunicaciones (Servicios de Telecomunicación) el establecimiento y explotación de los de radiodifusión de sonidos e imágenes ya en uso o que puedan inventarse en el porvenir”. Es en esta época cuando empiezan a ensayarse en España las primeras pruebas de televisión. Según algunos autores, en el año 1934 se realizaron algunas pruebas en la Sala Werner de Barcelona con aparatos construidos en Cataluña.⁵⁹³

Se efectuaron también algunas transmisiones desde el *Tibidabo* hasta el recinto de la exposición de *Montjuich*. Sin embargo, hasta el año 1951, en que se crea el Ministerio de Información y Turismo (Decreto-ley de 19 de junio de 1951), no se financia la efectiva instalación de la televisión en España. El Decreto de 15 de febrero de 1952 sobre organización del Ministerio de Información y Turismo atribuye a la Dirección General de Radiodifusión la competencia para proponer la organización más adecuada de la

⁵⁹¹ QUADRA-SALCEDO T, *El Servicio Público de la Televisión*, pág. 67

⁵⁹² MARTIN R, *Ordenación del Sector Público en España*, pág. 541

⁵⁹³ MARTIN R, *Ordenación del Sector Público en España*, pág. 541

televisión. Esta es la primera norma que prevé oficialmente el establecimiento de la televisión en España. En 1953 se traza un plan general de instalaciones y el 28 de octubre de 1956 se inaugura el servicio diario de programas de televisión.

La base legal de la actuación administrativa en esta materia continúa siendo la Ley de la República de 1934 que continuó vigente después de la guerra civil. El Bando de 28 de julio de 1936 sobre declaración de estado de guerra estableció en su artículo 9.º la suspensión del funcionamiento de las estaciones de radio (“queda prohibido, hasta nueva orden, el funcionamiento de todas las estaciones radioemisoras particulares de onda corta o extracorta, considerándose a los infractores como rebeldes, a los fines del Código de Justicia Militar”), pero en nada se modificaba el régimen jurídico hasta entonces vigente, como lo prueba el que la Orden de 25 de diciembre de 1936 sobre licencias para uso de aparatos transistores se remite, en su último párrafo, a la Orden de 5 de diciembre de 1934 y Orden de 13 de mayo de 1935. Ciertamente podía pensarse que la Ley de 26 de junio de 1934 había quedado derogada por oposición a las normas fundamentales del nuevo régimen (hay que tener en cuenta que esa ley, por ejemplo, garantizaba la neutralidad ideológica del servicio), pero lo cierto es que se la ha considerado vigente hasta la nueva regulación introducida después de la Constitución, constituyendo la norma habilitante de la intervención administrativa en la materia.

El preámbulo del Decreto de 14 de noviembre de 1952 lo recuerda para evitar dudas: “Vigente la Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934 en todo aquello que no ha sido modificado por las normas fundamentales del nuevo régimen español, las disposiciones administrativas que se dictaron.” Dicha ley, pues, pretende ser la base legal de la exclusiva del Estado en materia de televisión, exclusiva declarada explícitamente, por primera vez, en el Decreto de 3 de octubre de 1957, por el que se dictan normas de funcionamiento del organismo de Administración Radiodifusora Española (ARE), cuyo artículo 3.º, letra c), dice que corresponde a esta Administración: “c) La realización en exclusiva de las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de la televisión nacional.” La “exclusiva” de la Administración sobre la televisión perdura, expresa o implícitamente, hasta nuestros días, a través de las distintas normas que han ido reorganizando esta actividad administrativa.⁵⁹⁴

Así aparece expresamente mencionada en el Decreto de 29, de diciembre de 1960, que

⁵⁹⁴ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 202

traspasó a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión las competencias de la ARE, y lo mismo en los sucesivos Decretos orgánicos del Ministerio. Posteriormente, el Decreto de 11 de octubre de 1973, de reorganización del Ministerio de Información y Turismo, atribuye a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión la siguiente competencia: “Art. 6.1. Corresponde a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión la ordenación, fomento y vigilancia de cuantas actividades impliquen difusión, distribución, recepción y reproducción de programas sonoros o de sonido e imagen, destinados mediata o inmediatamente al público, sea cual fuere el procedimiento de transmisión.

En consecuencia, tendrá a su cargo: la determinación del régimen jurídico y técnico, la promoción y el control del servicio público de radiodifusión de sonidos e imágenes, cualquiera sea el titular o el sistema de gestión en que se efectúe; la representación de dicho servicio en los organismos internacionales a través y de acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores; la exclusividad de las emisiones radiadas en onda corta y las de información nacional e internacional, las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de este medio en sus diversos sistemas de transmisión; la ordenación y el ejercicio de las profesiones relativas a la radiodifusión y la protección al administrado en orden a garantizar la mejor recepción de emisiones y programas”. Este mismo Decreto crea el organismo “Radiotelevisión Española” (RTVE) como un “servicio público centralizado”. Estas son las normas que regulan la televisión en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978.⁵⁹⁵

El Estatuto aprobado por la Ley de 10 de enero de 1980 se refiere, a todas las formas de televisión actual y futura. Cuando se aprueba no hay más televisión en España que la estatal, pero se concibe la apertura de nuevos canales a favor de las Comunidades Autónomas, en términos que esta primera norma no se ocupa de desarrollar. La regulación global del sistema de televisión está inspirada en un principio básico que ilumina todo el texto de la Ley de 1980. Es el siguiente: “La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado”. (Artículo. 1.2).⁵⁹⁶

La Televisión en España ha sido hasta 1988 un servicio público gestionado en régimen de monopolio por el Estado y regulado por la Ley 4/1980, de 10 de enero, que aprueba el

⁵⁹⁵ SAINZ F, *La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional*, pág. 203

⁵⁹⁶ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 37

Estatuto de la Radio y Televisión, si bien ese monopolio público se descentralizó a través de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora de la tv autonómica, y que ha propiciado que las Comunidades Autónomas de País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia y Madrid tenga tv propia, contando las dos primeras, con dos canales uno. La quiebra del monopolio público se produce con la aprobación de la Ley 10/1988 de 3 de mayo, de Televisión Privada, que prevé la gestión indirecta del servicio público de tv por particulares, en concreto, tres canales.⁵⁹⁷

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones inicia el camino para la privatización de las telecomunicaciones, al establecer servicios que se puedan prestar en un régimen liberalizado, aunque se habrá de esperar a reformas posteriores, con la nueva Ley de Liberalización de 1997, para completar el proceso.

De otro lado la Ley de Televisión Privada, mantenía la definición de la televisión como servicio público, pero éste se abre a la prestación indirecta por parte de empresas privadas mediante concesión administrativa. La oferta se limitó a tres cadenas, de cobertura española, con posibilidades de desconexión regional por un tiempo siempre inferior a las emisiones nacionales. La regulación legal está inspirada en la idea de servicio público que caracteriza la ordenación del sector desde el Estatuto de 1980. Esta Ley de Televisión Privada regulaba en realidad la gestión indirecta del servicio público de la televisión, cuya titularidad corresponda al Estado. El derecho a disfrutar de un canal nacional de televisión, que es realmente el objeto fundamental del texto legal, ya que no regula otras modalidades de televisión, requiere una concesión administrativa.

El proceso de liberalización continúa con la aprobación, en 1989, del nuevo marco regulador de Retevisión, compañía pública integrada en RTVE que monopolizaba los servicios de transmisión de la señal televisiva. Esta norma estableció la separación entre la actividad televisiva (producción y programación) y la transmisión, separando Retevisión de RTVE, como paso previo a la formación de un segundo operador de telecomunicaciones que se sume a Telefónica en el plan de liberalización previsto.⁵⁹⁸

El paquete de canales con los que actúa la televisión estatal en España está básicamente constituido por los dos que operaran por vía hertziana (TV1 y TV2). Además cuenta con algunos canales vía satélite que emiten a través de una sociedad mercantil constituida con

⁵⁹⁷ BASTIDA F, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, pág. 180

⁵⁹⁸ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 44

este fin específico, a una “plataforma digital” como socio minoritario.⁵⁹⁹

En los años noventa, la legislación se centra en la regulación de las nuevas modalidades tecnológicas de transmisión radiotelevisiva. La regulación de las emisiones por satélite y cable supone el reconocimiento, por primera vez, de emisiones televisivas que ya no son consideradas, y son también el primer exponente de un marco legal que se va a caracterizar por la dispersión normativa en función de las tecnologías.⁶⁰⁰

La Ley de Telecomunicaciones por Satélite (Ley 37/1995), es la primera Ley en que la televisión deja de considerarse servicio público y supone una primera ampliación del campo de acción de las empresas privadas de televisión.

En 1995 se aprueban las leyes de cable y de la televisión local, abriendo nuevos espacios para el desarrollo de la iniciativa privada en el negocio televisivo y de las telecomunicaciones. A partir de la segunda mitad de los noventa, la legislación incluye también aspectos relacionados con el funcionamiento de las televisiones, con la adaptación de la Directiva de Televisión sin Fronteras, que incide en aspectos como la procedencia de la programación, el tiempo de emisión publicitaria y otras medidas sobre contenidos televisivos.⁶⁰¹

Configurada como un servicio público, la prestación de éste se articulaba con arreglo a la técnica concesional. La ley estableció que por cada ámbito territorial se otorgase una única concesión aunque, como excepción, podrían darse un máximo de dos concesiones en un solo ámbito territorial, cuando esto no resultara incompatible con las disponibilidades del espectro radioeléctrico. Los municipios podían decidir acometer por sí mismos la gestión del servicio de televisión local por ondas terrestres. Y, en cuanto a las televisiones locales por ondas hertzianas que estuvieran emitiendo con anterioridad al 1 de enero de 1995, se estableció un régimen transitorio durante el que se podía obtener la correspondiente concesión. Si en ese plazo no la obtenían, deberían dejar de emitir en ocho meses. A principios de 1999 el gobierno presentó una enmienda a la ley de televisión local de 1995, para liberalizar el sector.⁶⁰²

⁵⁹⁹ MUÑOZ S, *Derecho Europeo del Audiovisual*, pág. 259

⁶⁰⁰ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 44

⁶⁰¹ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 44

⁶⁰² AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 24

En esos momentos existían en España aproximadamente 900 emisoras locales terrestres, de las que sólo estaban legalizadas 270. Con la reforma de esta ley, la televisión local por ondas terrestres dejó de ser definida como un servicio público, por lo que para su puesta en marcha ya no es necesario obtener una concesión administrativa sino que basta con una mera autorización. Además, no existe un límite en el número de emisoras que pueden existir en cada municipio, pues puede haber tantas como de hecho permita el espacio radioeléctrico.⁶⁰³

Por otra parte el criterio tecnológico también será la causa de una nueva regulación para las emisiones digitales terrestres (Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado 1998. Disposición Adicional 44, y Real Decreto 2169/1998), que incorpora como principales novedades, más allá de lo tecnológicos, las siguientes:

La ampliación de la oferta privada de cobertura estatal: con dos canales en abierto nuevos; una paquete de frecuencias reservado para televisión de pago; y, en conjunto la ampliación de las bandas de uso de los diferentes canales para incluir servicios complementarios.

La apertura de los mercados autonómicos a la iniciativa privada y la ampliación de canales para las corporaciones autonómicas públicas.

La aprobación de la Ley 10/2005 de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo supone el punto de partida para una revisión del conjunto del sistema privado de televisión, junto con otras disposiciones que complementan dicha ley.⁶⁰⁴

La regulación de la televisión digital terrestre tiene un impacto significativo en los mercados regionales y locales, donde la perspectiva de ampliación del número de canales se traducirá en un mayor interés por irse situando ya en el mercado de la televisión analógica, tanto por parte del sector público como del sector privado. A partir de 1998, hay una nueva oleada de creación de televisiones públicas autonómicas, que introducirán nuevos modelos de gestión del servicio público. Al mismo tiempo, los grandes grupos de comunicación españoles empezarán a invertir en los mercados regionales y locales de

⁶⁰³ AGUADO G, *Retos de la Televisión en Europa*, pág. 25

⁶⁰⁴ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 45

televisión, con la puesta en marcha de cadenas de televisión local.⁶⁰⁵

La digitalización es una forma de codificar la señal, en este caso de televisión, y atendiendo al tipo de transmisión puede hablarse de tres tipos de televisión digital. La televisión digital terrenal, la televisión por cable y la televisión por satélite. En los tres tipos de transmisión, la señal digital transmite una información compuesta de audio y vídeo. La señal digital se comprime en una secuencia de bits más pequeña sin que el usuario perciba grandes diferencias. Cuando la señal llega al receptor, mediante una instalación individual o colectiva, se descodifica, descomprime y convierte a formato analógico por medio de un descodificador siendo la señal resultante la que reciben nuestros televisores actuales.⁶⁰⁶

La digitalización supone una auténtica revolución en el mundo de la televisión. Permite un aumento considerable de la calidad de las imágenes y el sonido. Da lugar a un mejor aprovechamiento del ancho de banda facilitando la optimización en el uso del espectro radioeléctrico. En el espacio que ocupa un canal analógico caben hasta doce canales digitales. Además de imágenes y sonido, la televisión digital puede servir como plataforma para el envío y recepción de datos de carácter personal posibilitando así nuevas modalidades de emisión y servicios interactivos, incluido el acceso a Internet. La tecnología permitirá adaptar los contenidos audiovisuales a cada usuario. La televisión digital permite prestar, junto al servicio tradicional de televisión que todos conocemos nuevos servicios como son el pago por visión, video sobre demanda, televisión interactiva y servicios de telecomunicaciones en general. Puede considerarse a la televisión digital por tanto, como el inicio de una evolución en materia de servicios audiovisuales.⁶⁰⁷

En España destacan dos concesiones de televisión digital terrestre, TDT, de cobertura nacional, Veo Televisión (Unedisa/El Mundo) y Net Televisión (Prensa Española), reguladas por una normativa dispersa en diferentes textos legales: - Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. - RD 2169/1998, de 9 de octubre, que aprueba al Plan Técnico Nacional de la televisión Digital Terrenal. Orden de 9 de octubre de 1998, que aprueba el Reglamento Técnico de prestación de servicios de Televisión Digital Terrestre.

⁶⁰⁵ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 45

⁶⁰⁶ CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 27

⁶⁰⁷ CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 28

A través del satélite el acceso a la televisión digital puede hacerse por las plataformas digitales, Canal Satélite Digital y Vía Digital, pendientes ahora de su proceso de fusión. Otra forma de acceso es a través del cable de fibra óptica.⁶⁰⁸

La Televisión Digital Terrenal es la sucesora natural de la televisión analógica, gracias al éxito de las bases de estandarización de la codificación y a las ventajas tecnológicas y sociales que supone la digitalización, enfocadas mayormente a un número más elevado de canales que podrán ofrecer un mayor pluralismo de información.⁶⁰⁹

Como ya hemos comentado anteriormente, el Gobierno español desarrolló el Real Decreto 2169/1998, 9 de octubre sobre el Plan Técnico nacional de televisión Digital terrestre y la Orden del Reglamento Técnico para la prestación del servicio y publicó las bases del concurso para adjudicar los catorce canales de Televisión Digital Terrenal de pago. Finalmente fue concedida a fecha 18 de junio de 1999 al máximo candidato, Onda Digital, sociedad liderada por Retevisión-, con una serie de obligaciones a cumplir como la inclusión de programas educativos gratuitos, la inversión de 300.000 millones de pesetas y el inicio de las emisiones a partir del 15 de noviembre, garantizando una cobertura de la población nacional de 77% a final de 1999 y la oferta de 14 programas temáticos de televisión con 32 horas semanales de difusión en abierto. Esta nueva licencia estaba regulada por la Ley de Televisión Privada. En la Disposición Adicional 44 Ley de Televisión Privada, se establece la necesidad de dar concesiones tan pronto como técnicamente sea posible, estableciéndose como servicio público.

Además de la regulación de las nuevas modalidades de televisión digital, la revisión legislativa de finales de los noventa introduce también cambios en la regulación de la televisión privada nacional y del servicio público. En cuanto a la televisión privada, se van eliminando progresivamente, las limitaciones a la concentración de la propiedad y las obligaciones de transparencia en la propiedad que contemplaba la Ley de Televisión Privada de 1988, como medidas de garantía del pluralismo televisivo.⁶¹⁰

Los objetivos de pluralismo y libre competencia motivan algunas disposiciones de la Ley de 1988 de Televisión Privada. Dicha Ley limitaba la participación en el capital social de las empresas televisivas al 25% del capital, tanto a empresas españolas como extranjeras;

⁶⁰⁸ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 45

⁶⁰⁹ CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 28

⁶¹⁰ BERGES L, DE MATEO R, *Los Retos de la Televisión Pública*, pág. 48

impedía participar en más de una sociedad y establecía la obligatoriedad de acciones nominativas (art.19)

Estas limitaciones se irán eliminado a partir de la Ley (50/1988), con la autorización de negociación de acciones en mercados secundarios y la elevación del límite accionarial hasta el 49% del capital social (artículo 96).

Finalmente, teniendo presente estas consideraciones y superando la dimensión estrictamente constitucional del derecho a la creación de medios de comunicación, hay que recordar la evolución que ha sufrido el sector audiovisual en los últimos tiempos, a través de una amplia batería de leyes, sujetas a constantes modificaciones, y finalmente derogadas, para quedar resumidas en tres normas fundamentales: la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Este marco normativo es el resultado de un importante esfuerzo de racionalización de un sector que, hasta ahora, se había caracterizado por la falta de una ley general, por la dispersión normativa y por la proliferación de leyes dictadas en atención a dos criterios: el sistema técnico de transporte de la señal y el ámbito de cobertura.

La Ley 7/2010 es sin duda la clave para entender el nuevo régimen jurídico. Sus elementos fundamentales son los siguientes:

- Deroga toda la normativa anterior (entre otras: la Ley 4/1980, del Ente Público RTVE, la Ley 46/1983, de regulación del tercer canal de televisión, las Leyes 31/1987 y 11/1991, reguladoras del sector radiofónico, la Ley 10/1988, de Televisión Privada, la Ley 37/1995, de televisión por satélite, la Ley 41/1995, de televisión local por ondas terrestres, o las Leyes 60/1997 y 10/2005, reguladoras de la TDT), manteniendo únicamente vigente la regulación de la televisión por cable (Leyes 12/1997, 11/1998 y 32/2003).
- Prevé nuevas formas de comunicación audiovisual como son la televisión en movilidad y la televisión en alta definición, que se unen a las ya existentes (televisión digital terrestre, televisión por cable, televisión digital por satélite y comunicación audiovisual radiofónica).
- Modifica formalmente el régimen de servicio público que, sin embargo, mantiene su esencia anterior. Así, los servicios de comunicación audiovisual se consagran como servicios de interés económico general y quedan sujetos a comunicación previa (si se trata de segmentos liberalizados) o a licencia previa otorgada mediante concurso (el

equivalente a las antiguas concesiones de televisión privada), si se utiliza el espacio radioeléctrico a través de ondas hertzianas. En este marco hay que recordar que ahora, igual que antes, todo el sector audiovisual (excepto la televisión por cable) está publicado, cabiendo formas distintas de gestión, que básicamente podrá ser directa por los poderes públicos (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) o indirecta (antes concesiones de televisión privada, ahora licencias) por particulares.

- Para el caso concreto del servicio de interés económico general de comunicación audiovisual de titularidad estatal, la gestión directa se encomienda a la Corporación RTVE, regulada, la Ley 17/2006 y por la Ley 8/2009, de financiación de CRTVE.

- La Ley establece que las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos y los órganos de Gobierno Local se encargarán, según el caso, del control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público. En lo que hace a las Cortes Generales, hay que destacar la existencia de una Comisión mixta para el control parlamentario de la, regulada por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 27 de febrero de 2007, sobre la regulación del control parlamentario ejercido por la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado de Control Parlamentario de la Corporación RTVE y sus Sociedades, y por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 12 de noviembre de 2007, sobre el ejercicio de las funciones atribuidas a las Cortes Generales mediante la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal.

Asimismo, se estará vinculado a los Mandatos-Marco, que prevé el artículo 4 de la Ley 17/2006, y que son el instrumento elegido para concretar los objetivos generales y las líneas estratégicas del servicio público esencial de la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado de Control Parlamentario de la Corporación RTVE. El primer Mandato-Marco fue aprobado por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado de 11 y 12 de diciembre de 2007.

- Crea un Consejo Estatal de Medios Audiovisuales: un organismo público de los de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como autoridad independiente supervisora y reguladora de la actividad de los medios de comunicación de titularidad estatal o que estén bajo su competencia. Sobre el cual volveremos más adelante.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010), del 1 de abril de 2010 se dicta en el marco de la transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007.

La Ley General de Comunicación audiovisual deroga 12 leyes y parcialmente otras 6, traslada además, al ordenamiento español la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, de diciembre de 2007, que a su vez reemplaza la Directiva de Televisión sin Fronteras, elaborada para un mundo analógico- y actualiza los contenidos de ésta, para incorporar la realidad de la televisión digital y los servicios audiovisuales on-line.⁶¹¹

Esta ley debe entenderse también, inmersa en el proyecto de reforma audiovisual del Gobierno emprendida en la legislatura anterior con la aprobación de la Ley 17/2006 de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal y complementada con la Ley de Financiación de la Corporación RTVE.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca la Constitución española, los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. Principios inspirados en la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, control independiente a través de organismos reguladores y garantía y protección de derechos.

2.2.2 *Televisión como servicio público*

En España, el nacimiento de la televisión supuso la aparición de un servicio público férreamente controlado por el Estado. Al conceptuarse como tal, servicio público esencial, la gran mayoría de las normas que regulan el más influyente de todos los medios de comunicación están impregnadas de un clarísimo sentido intervencionista que apenas si ha dejado espacio para un mayor desarrollo empresarial y social de la televisión. Lo que podría haber sido un fructífero pluralismo multicolor de ofertas y canales, se ha quedado en un panorama audiovisual final y selectivamente enriquecido por el satélite y el cable, cuya fuerza expansiva no ha conseguido frenar ningún Gobierno. Ha sido, esa, al final una victoria de la tecnología sobre el derecho.⁶¹²

⁶¹¹ FUENTE C, *La Transparencia informativa de las empresas de medios en el marco de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, pág. 102

⁶¹² CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 22

El concepto de servicio público de la televisión es necesario considerarlo de manera especial, ya que resulta esencial en la regulación de este servicio. Esta concepción de la televisión como servicio público ha sido cuestionada por el Tribunal Constitucional destacando la Sentencia 12/1982, de 31 de marzo que desestimó el amparo interpuesto por Antena 3 en el que solicitaba el reconocimiento de su derecho a prestar el servicio de televisión en todo el territorio nacional invocando el artículo 20 de la Constitución referente al derecho fundamental a la información. La Sentencia desestimó el recurso argumentando que la televisión privada no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución pero tampoco impedida, por lo que se debe facilitar su creación pero mediante la decisión política expresada en una ley. Ese fue el punto de partida para la aprobación en 1988 de la Ley de televisión privada.⁶¹³

Por otra parte la sentencia 206/1990 del Tribunal Constitucional español señaló: “la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad. Así pues, configurada genéricamente por el legislador la televisión como un servicio público esencial, cuya prestación en régimen de gestión indirecta requiere, como consecuencia de dicha conceptualización, la previa obtención de una concesión administrativa, y resultando constitucionalmente legítima aquella calificación, decae el que constituía elemento esencial de la argumentación de las demandantes de amparo, pues no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E. la necesidad de obtener una concesión administrativa para que los particulares puedan desempeñar la actividad de difusión televisiva de ámbito local mediante cable” [F.J. 5].⁶¹⁴

En este sentido, la televisión siempre ha estado vinculada a la noción de servicio público. Este es también el régimen que sigue reflejando en nuestros días el cuerpo de normas que componen la regulación del medio, con la única excepción de la televisión por satélite. Esta tendencia del legislador al mantenimiento de un régimen fuertemente intervencionista como el servicio público ha contado con el apoyo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.⁶¹⁵

⁶¹³ CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 22

⁶¹⁴ STC 206/1990

⁶¹⁵ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 29

Siguiendo la tradición histórica de monopolio estatal, el artículo 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, que aprueba el Estatuto de la Radio y Televisión (ERTV), califica a la televisión como un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado. Es así como las distintas modalidades de televisión han sido publicadas. El régimen jurídico que se establece en la Ley 46/1983, reguladora del Tercer Canal de Televisión parte de su consideración como servicio público estatal. Por su parte el objeto de la Ley 10/1988 de “Televisión Privada” no es sino “la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión, cuya titularidad corresponde al Estado”.⁶¹⁶

El ordenamiento jurídico español configura con carácter general la radiodifusión sonora y la televisión como servicios públicos de titularidad estatal. Así lo proclama el Estatuto de la Radio y Televisión (ERTV) (“servicios esenciales cuya titularidad corresponde al Estado”, dicen sus artículo 1º y 2º) lo cual es refrendado por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (artículos 1.2; 25 y 26) invocando la reserva de servicios a favor del sector público legitimada por el artículo 128.2 de la Constitución.⁶¹⁷

Desde esta perspectiva lo publicado es la actividad de “difusión” (artículos 25 y 26 de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones), la llevada a cabo por tales medios en cuanto a “medios de comunicación social” (artículo 1.1 ERTV). La legalidad ordinaria ha venido así a confirmar esa doble perspectiva y, sobre ella, a publicar la radio y la televisión en tanto que medios de comunicación social.⁶¹⁸

En cuanto a la reforma de la radio y la televisión públicas llevada a cabo por la Ley 17/2006, mantiene la noción de servicio público. La definición del objeto de ese servicio público, que en sí misma no es nueva, ya que, en términos muy parecidos, había sido introducida mediante la Ley 24/2001, como una modificación del artículo 5.1 del Estatuto de la Radiotelevisión de 1980 y con la clara finalidad, como tendremos ocasión de ver, de cumplir con las exigencias de la Unión Europea en materia de ayudas estatales.

Como novedad establece la Ley que el objeto del servicio público no es sólo la emisión o difusión de programas, sino también su producción y edición (art. 2.2). Más adelante insistirá en esta idea y la concretará, por un lado, exigiendo que “la mayoría” de los programas difundidos en las cadenas generalistas sean de producción propia (art. 7.5) y,

⁶¹⁶ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 30

⁶¹⁷ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 19

⁶¹⁸ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 20

por otro, prohibiendo la cesión a terceros de la producción y edición de los programas informativos y de aquellos otros que expresamente determine el mandato marco.⁶¹⁹

Es por ello que la ley considera como propio de la noción de servicio público que la programación sea, en su mayor parte, de producción propia y, además, fija un límite o frontera infranqueable que parece representar la esencia misma del servicio público: los informativos han de producirse y editarse por la propia Corporación RTVE, sin que puedan cederse a terceros.

En cuanto a la función de servicio público – definida en el artículo 3- la misma se cumple con el conjunto de programas emitidos por la radio y la televisión; esto es, la Ley no distingue entre programas de servicio público y programas comerciales, sino que exige que, de forma global, el conjunto de canales, con su programación, cumplan la función de servicio público, satisfaciendo las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento, y haciéndolo según determinados principios y valores.⁶²⁰

Adicionalmente, la Ley remite a dos instrumentos de aprobación periódica la definición concreta de los objetivos de la función de servicio público. Se trata del denominado mandato-marco, aprobado por las Cortes para un período de nueve años, y del contrato-programa, acordado entre el Gobierno y la Corporación RTVE cada tres años (art. 4). Más exactamente, el mandato marco deberá establecer objetivos generales, mientras que el contrato-programa establecerá —respetando esas líneas generales— “los objetivos y obligaciones específicas que deben cumplir los diferentes canales de radio y televisión, y servicios conexos e interactivos así como sus programaciones”.⁶²¹

Es el caso de la Ley 41/1995 de Televisión Local por Ondas Hertzianas, también es el caso de la Ley 42/1999, de Telecomunicaciones por Cable. Esta norma ha sido derogada por la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, que las despublica, declarándolas “servicio de interés general que se prestan en régimen de competencia”.⁶²²

Sin embargo la Ley General de Telecomunicaciones no se aplica al régimen básico de

⁶¹⁹ CHINCHILLA C, *La Reforma de la Radio y Televisión y Pública*, pág. 304

⁶²⁰ CHINCHILLA C, *La Reforma de la Radio y Televisión y Pública*, pág. 304

⁶²¹ CHINCHILLA C, *La Reforma de la Radio y Televisión y Pública*, pág. 305

⁶²² LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 31

radio y televisión, que sigue rigiéndose por su regulación específica.

Con todo esta norma tiene un efecto parcialmente liberalizador, al aplicarse a la infraestructura de red que se utilicen como soporte de los servicios de televisión, lo que hace que dichos servicios pasen a prestarse en régimen de libre concurrencia, sin perjuicio del período transitorio que la norma establece.⁶²³

Finalmente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual define el servicio público de comunicación audiovisual como: “un servicio esencial de interés económico general que tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual. Asimismo los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria.”⁶²⁴

En este mismo sentido señala la Ley General de Comunicación Audiovisual que el “servicio público de comunicación audiovisual tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinados a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación.”⁶²⁵

Por otra parte, se deriva de la prestación del servicio público el derecho de acceso que, según la Constitución, debe quedar garantizado en los medios de comunicación social dependientes del Estado y otros entes públicos. La Ley se limita a decir que el acceso, para garantizar la expresión de la pluralidad social, ideológica, política y cultural de la sociedad española, se producirá a través de dos formas: global, esto es, a través de la participación de los grupos sociales y políticos significativos en el conjunto de la programación de RTVE, y directa, es decir, mediante espacios específicos para estos grupos. La Ley encomienda al Consejo de Administración —previo informe favorable de

⁶²³ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 32

⁶²⁴ Artículo 40. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁶²⁵ Artículo 40. Ley General de la Comunicación Audiovisual

la autoridad audiovisual— la aprobación de las Directrices para el ejercicio del derecho de acceso (art. 28.4). Al mismo tiempo, establece que, en el plazo de seis meses a partir de la constitución de la Corporación RTVE, el Consejo de Administración tendrá que elaborar un Reglamento del derecho de acceso, también con el informe previo de la autoridad audiovisual, que, en este caso, sin embargo, no se dice que haya de ser favorable (disposición transitoria sexta).⁶²⁶

Otra de las novedades de la Ley General de Comunicación Audiovisual es el reconocimiento del derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica en condiciones plenas de interactividad, las emisiones en cadena de los servicios de comunicación radiofónicos y los servicios de comunicación audiovisual comunitarios concebidos únicamente sin finalidad comercial. La Corporación RTVE garantizará la disponibilidad de los medios técnicos y humanos necesarios para la realización de los espacios para el ejercicio del derecho de acceso.

En el sector audiovisual, la regulación del servicio público de la televisión se realiza a escala nacional.⁶²⁷ En los Estados miembros, la misión del servicio público de televisión ha estado relacionada, con la garantía de pluralismo informativo, de los valores democráticos, de las diferentes ideologías políticas, de la educación y del entretenimiento, y con el acceso universal a cierta programación.⁶²⁸

La declaración de servicio público esencial, cuya titularidad correspondía al Estado se justificaba, en que la “televisión es un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer”.⁶²⁹

La noción de servicio público ha sido tratada en diversos foros institucionales. Así, durante la Conferencia Ministerial europea sobre la política de comunicación de masas, celebrada en el seno del Consejo de Europa reunido en Praga los días 7 y 8 de diciembre

⁶²⁶ CHINCHILLA C, *La Reforma de la Radio y Televisión y Pública*, pág. 305

⁶²⁷ El Protocolo núm.32 del Tratado de Ámsterdam sobre el Sistema de la Radiodifusión Pública confirma esta situación

⁶²⁸ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 438

⁶²⁹ FERNÁNDEZ G, *El Paisaje Televisivo en España*, pág. 21

de 1994, se elaboró una Declaración, que abordaba el futuro inmediato del servicio público de la televisión, entre sus conclusiones destaca: “los Estados participantes se obligan a desarrollar un servicio público de la radiodifusión fuerte, en un entorno caracterizado por una oferta de servicios de programas de más en más concurrencial y por un contexto tecnológico en mutación rápida”.⁶³⁰

Este compromiso estaba acompañado por dos importantes premisas: (i) tanto los operadores públicos como privados tienen la posibilidad de proporcionar el servicio público de la televisión; (ii) los Estados se comprometen a desarrollar todos los mecanismos necesarios para garantizar a los operadores (públicos y privados) el ejercicio de la misión de servicio público.⁶³¹

Por su parte el Parlamento Europeo consideró que deben tomarse las medidas necesarias para asegurar la continuidad de las televisiones públicas y sus funciones básicas y, por otra parte, asegurar que las televisiones públicas adecúen su programación a las funciones del servicio público. Adicionalmente, el Parlamento Europeo instaba a los Estados miembros que, en relación con las televisiones públicas, garantizaran unos mecanismos de financiación que fomenten la consecución de los objetivos de interés público.⁶³²

La posición de la Comunidad Europea permite en opinión de doctrina reconocida realizar las siguientes consideraciones, la primera es que la noción de servicio público, no está vinculada a un régimen jurídico determinado. Sobre todo no impone el establecimiento de un régimen contractual entre la administración titular del servicio y los gestores privados, que sólo puedan asumir su función mediante la obtención de una concesión.⁶³³ El servicio público afecta la actividad de las cadenas, y en particular, a su programación que debe conseguir objetivos de preservación, fomento y desarrollo de valores de interés general.⁶³⁴

La segunda es que las instituciones comunitarias europeas se separan de las conclusiones establecidas en la reunión de Praga (1994), que aceptó que las misiones de servicio

⁶³⁰ Declaración aprobada por unanimidad en la Cuarta Conferencia Ministerial Europea sobre la Política de Medios de Comunicación, organizada por el Consejo Europeo de Praga, los días 7 y 8 de diciembre de 1994

⁶³¹ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 440

⁶³² PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 440

⁶³³ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 156-157

⁶³⁴ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 156-157

público pueden ser prestadas tanto por los canales públicos como privados. Lo cual se aproxima a la idea de servicio universal que se maneja en los sectores de telecomunicaciones y correos; que alude a objetivos a alcanzar respecto del contenido y la calidad del servicio y la accesibilidad del mismo.

Sobre el particular se han pronunciado algunas voces especializadas, así si la divulgación, de la cultura y de servicios de entretenimiento son los tres contenidos básicos que debe respetar cualquier televisión que aspire a legitimarse como un servicio público, las cadenas privadas también pueden cumplir con tales objetivos.⁶³⁵

La postura comunitaria podría “explicarse por el apoyo europeo a que los gobiernos nacionales puedan mantener su tradicional control, más o menos intenso según los Estados, de un medio de comunicación tan penetrante como es la televisión”.⁶³⁶

Por lo que respecta al acuñamiento de la noción de servicio público se discute si la actividad de los medios de comunicación de titularidad pública debe regirse efectivamente por un criterio de servicio público, para la Prof. Carlón “las especialidades de los medios de comunicación públicos respecto de su régimen de organización, control y acceso derivan directamente del artículo 20.3 CE -en atención a su consideración de medios públicos-sin que sea precisa la intermediación de la técnica de servicio público para su materialización”.⁶³⁷

Para que las Administraciones Públicas creen sus propios medios de comunicación social -de radio o televisión o, por qué no, de prensa: recordemos las SSTC 6/1981 y 86/1982 no es necesario que se califique previamente la actividad como un servicio público en sentido formal.⁶³⁸ La propia normativa comunitaria en la materia, aun asumiendo la existencia de “organismos públicos de radiodifusión”, los reconduce a la órbita del concepto comunitario de “servicios de interés económico general”, sin prejuzgar la técnica concreta que en cada Estado miembro les dé cobertura, siempre y cuando se respeten sus propias previsiones, sobre todo, en materia de financiación.

⁶³⁵ GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, pág. 189

⁶³⁶ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 157

⁶³⁷ CARLÓN M, *Los Servicios de Difusión como Plataforma de las Libertades de Expresión e Información en la Encrucijada entre Servicio Público y Mercado*, pág. 275

⁶³⁸ CARLÓN M, *Los Servicios de Difusión como Plataforma de las Libertades de Expresión e Información en la Encrucijada entre Servicio Público y Mercado*, pág. 276

La Prof. Carlón parte de la incoherencia que supone la aplicación de calificaciones y, sobre todo, regímenes jurídicos radicalmente distintos para una misma actividad en función de la tecnología empleada: ondas o cable. La existencia de una radio y televisión públicas no tiene que implicar, necesariamente, que la actividad en cuestión tenga que ser declarada “formalmente” como servicio público y, menos aún, que esa calificación tenga que mantenerse tanto si la actividad se desarrolla por empresas o entes públicos como si se desarrolla por empresarios. Para el caso de la actividad privada puede ser calificada como servicio económico de interés general.⁶³⁹

La única modalidad que se sitúa fuera de la órbita del servicio público es la telecomunicación por satélite, que liberaliza la prestación de los servicios de telecomunicaciones que utilicen satélites, incluidos los de televisión. Esta solución normativa se justifica por la marcada dimensión transnacional de este tipo de televisión.⁶⁴⁰

Otras voces sostienen que incluso cuando se acepten o no que debe existir una radio y televisión públicas, la calificación de servicio público es acertada, en términos de técnica jurídica, pues puede considerarse acertado calificar de este modo a una actividad de carácter prestacional, que satisface necesidades esenciales de la sociedad y que lo hace con carácter universal, y desde la objetividad, la neutralidad, la no dependencia política y la calidad.⁶⁴¹

En cuanto a la gestión del servicio público es de hacer notar que cada vez se hace más plural. Este es el caso de la televisión digital terrenal, prevista en la disposición adicional 44 de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta norma ha sido desarrollada, por una parte, por el Real Decreto que aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal; y, por otra, por la orden de 9 de octubre de 1998, que aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal.⁶⁴² De esta norma resaltan dos aspectos: (i) La opción por el sistema de transmisión digital que habrá de implantarse de manera progresiva (y siempre considerando la posibilidad de que los actuales concesionarios renueven su título habilitante). A estos efectos, se ordena una primera fase en la que los gestores, públicos y

⁶³⁹ CARLÓN M, *Los Servicios de Difusión como Plataforma de las Libertades de Expresión e Información en la Encrucijada entre Servicio Público y Mercado*, pág. 280

⁶⁴⁰ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 33

⁶⁴¹ CHINCHILLA C, *La Reforma de la Radio y Televisión y Pública*, pág. 306

⁶⁴² LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 33

privados, simultanearán la emisión de ambos tipo de señales, por un período igual al de la renovación de la concesión; (ii) en segundo lugar, se amplía el número de concesiones para la gestión indirecta del servicio, que serán las que resulten técnicamente posibles “según la disponibilidad del espectro radioeléctrico” y con arreglo a los planes técnicos aprobados por el Gobierno (Disposición Adicional 44.4 Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).⁶⁴³

De acuerdo con la Ley General de la Comunicación Audiovisual los objetivos generales de la función de servicio público se establecerán normativamente para un periodo de nueve años. Su desarrollo y concreción para todos y cada uno de sus canales, se llevará a cabo para plazos inferiores, mediante la suscripción por el Estado y las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia, de los correspondientes contratos programa, identificándose de manera expresa los contenidos de servicio público, en particular habrán de concretarse los porcentajes de géneros de programación, que deban emitirse en los canales gestionados por un mismo prestador.⁶⁴⁴

2.3 Pluralismo

La consecución de un grado óptimo de pluralismo informativo debe entenderse en su íntima vinculación con una praxis saludable del derecho a recibir información, esto es, la difusión y posterior recepción de una información plural ideológicamente diferente o variada; de ahí que la elaboración y aprobación de las denominadas leyes anti-concentración constituya un asunto que sobrepasa con mucho el ámbito estrictamente mercantil, para adentrarse en otros ámbitos como es el *iusinformativo*; especialmente, si tenemos en cuenta, que no se puede considerar la información como cualquier otro bien o servicio disponible en el mercado.

La Constitución española de 1978 reconoce de manera directa el hecho pluralista. Así, en el artículo 1.1 CE se propugna el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, después de definir el modelo de Estado como Social y Democrático de Derecho, definición que incorpora necesariamente la aceptación del

⁶⁴³ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 34

⁶⁴⁴ Artículo 41. Ley General de la Comunicación Audiovisual

pluralismo.⁶⁴⁵

El orden constitucional de las sociedades plurales pretende fundamentar la unidad que asegura la persistencia del Estado como unidad política de acción, pero al mismo tiempo establecer “metas y límites al poder estatal de decisión y actuación”, garantizando asimismo la “relación fundamental entre individuos, sociedad y estado”.⁶⁴⁶

El acceso a los medios públicos de comunicación constituye genéricamente una forma de procurar la participación, directa o indirecta, de los sujetos pasivos del proceso comunicativo en la explotación, en la gestión y, en su sentido más propio y genuino, en la programación de estos medios. Los actores pasivos del proceso cambian su posición, mediante la materialización del acceso, convirtiéndose ocasionalmente en sujetos activos de forma directa o influyendo sobre ellos por su efecto participativo, de manera que se amplía el abanico de ideas y opiniones en el foro público de discusión y se incrementa la pluralidad comunicacional. Los textos legales que regulan la actividad de los medio de radiodifusión de titularidad pública recogen en términos generales, normas dedicadas a la participación y el acceso de los grupos, tanto referidas a la gestión como a la programación.⁶⁴⁷

Basada en la subsidiariedad del servicio que los contenidos de los medios pueden aportar a la actividad y especialmente como paradigma de iniciativas garantes de pluralismo, la gestión pública de radio y televisión encuentra en la participación y el acceso un instrumento idóneo para su moderna e irreversible concepción de actividad mediática en competencia. Y aún más, el acceso se perfila como un mecanismo indispensable en esta categoría de prestación pública para garantizar el pluralismo funcional interno al que por su propia esencia, está obligado.⁶⁴⁸

Desde el punto de vista jurídico no existe una definición unánime del concepto de pluralismo. Usualmente, el pluralismo se relaciona con: el carácter pluralista de las corrientes de pensamiento y de opinión (Ley francesa de 30 de septiembre de 1986), la información (Ley italiana de 6 de agosto de 1990 o Ley española de 27 de julio de 1991), la prensa escrita (Ley luxemburguesa), o los medios de comunicación (Reglamento núm.

⁶⁴⁵ PÉREZ J, *El Marco Constitucional del Pluralismo*, pág. 31

⁶⁴⁶ NUEVO P, *La Constitución Educativa del Pluralismo*, pág. 6

⁶⁴⁷ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 13

⁶⁴⁸ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 13

4064/89 CEE del Consejo, relativo al control de las operaciones de concentración).⁶⁴⁹

Tanto la Comisión en sus decisiones impugnadas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, como los propios pronunciamientos jurisprudenciales, dejan de un lado – quizá intencionalmente- la cuestión del pluralismo informativo, en la mayoría de las ocasiones porque el propio caso enraíza con el mercado del entretenimiento televisivo y no con el de la información periodística; no obstante no resulta difícil deducir que, a través de la búsqueda de pluralidad de ofertas televisivas, se asegura una mayor pluralidad ideológica, con su respectiva influencia sobre la población, puesto que se asegura una mayor pluralidad ideológica, con su respectiva influencia sobre la población, puesto que se asegura la posibilidad de entrada de nuevos operadores en los distintos mercados, que no siempre apuesten por un contenido exclusivamente lúdico.⁶⁵⁰

Para algunos autores⁶⁵¹, el concepto de pluralismo tiene varias acepciones, asociado, en general, a tres objetivos. Primero, la pluralidad o la diversidad del contenido; es decir referido a la sustancia del material de comunicación. Segundo, la pluralidad o la diversidad de las fuentes; esto es, la variedad de productores de programas, editores o propietarios. Tercero, la pluralidad o diversidad de acometidos que se refiere a la variedad de servicios ofrecidos que seleccionan el material directamente en función de la audiencia.⁶⁵²

Para García Roca, el pluralismo informativo externo implica “preservar la concurrencia de una pluralidad de instrumentos de comunicación potencialmente contrapuestos y no homogenizados”.⁶⁵³ En forma similar Quadra-Salcedo señala que el pluralismo externo es “la existencia de una concurrencia libre y pluralista de ideas y corrientes de opinión que diferencie a unos concesionarios de otros”.⁶⁵⁴

Desde una perspectiva democrático-procedimental el pluralismo consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública.⁶⁵⁵ De otro, en la

⁶⁴⁹ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 508

⁶⁵⁰ RODRÍGUEZ J, *Derecho de la Información: una Perspectiva Comparada*, pág. 24

⁶⁵¹ MARSDEN C, VERHULST S, *Convergence in European Digital TV Regulation*, pág. 18

⁶⁵² MARSDEN C, VERHULST S, *Convergence in European Digital TV Regulation*, pág. 18

⁶⁵³ GARCÍA J, *¿Existe un Derecho a Crear Televisión?*, pág. 157

⁶⁵⁴ QUADRA-SALCEDO T, *Comunicación y Corporaciones Locales*, pág. 146

⁶⁵⁵ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo, Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y*

posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas. La concentración de medios de comunicación será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo.⁶⁵⁶

Por su parte la Comisión Europea ha señalado que el pluralismo informativo externo sólo será posible cuando se pongan a “disposición del público distintos medios de comunicación que en conjunto representan la diversidad al exponer uno de los elementos de la misma cada uno por separado”.⁶⁵⁷

La noción de pluralismo debe ser entendida como una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos (puntos de vista y opiniones) a disposición del público.⁶⁵⁸

El concepto de pluralismo informativo externo se compone de tres notas características: (i) la existencia del mayor número de medios, (ii) el hecho de que sean contrapuestos o independientes entre sí, y c) el acceso efectivo de los ciudadanos a las fuentes de información contrapuestas.⁶⁵⁹

En realidad el pluralismo informativo no supone siempre la existencia del mayor número de canales televisivos, sino el mayor número de fuentes de información contrapuestas accesibles al público o a los públicos, donde el aumento de canales de televisión no implica la existencia de fuentes de información contrapuestas.⁶⁶⁰

La pluralidad de medios de comunicación social, con diversos enfoques y orientaciones, la existencia de una prensa libre, es una garantía institucional de la democracia, ya que estos medios son el vehículo a través del cual se concreta y materializa la libertad de expresión. De manera tal que las condiciones de funcionamiento de los medios de

Mercado, pág. 274

⁶⁵⁶ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo, Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y Mercado*, pág. 274

⁶⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior*, pág. 18

⁶⁵⁸ Consejo de Europa Comité de Ministros, Recomendación N° (99) 1; Medidas de Promoción del Pluralismo en los Medios

⁶⁵⁹ APREZA S, *Veracidad y Pluralismo Informativo en el Medio Televisivo: Una Tarea Pendiente*, pág. 63

⁶⁶⁰ APREZA S, *Veracidad y Pluralismo Informativo en el Medio Televisivo: Una Tarea Pendiente*, pág. 66

comunicación social deben adecuarse a los requerimientos de la libertad de opinión y de información, ello excluye los monopolios públicos o privados sobre tales medios, como la protección efectiva de la libertad e independencia de los periodistas en el ejercicio de sus funciones.⁶⁶¹

Tales principios y su concreción práctica exigen libertad y pluralidad de empresas periodísticas, así como la defensa del secreto profesional periodístico, lo que requiere una regulación jurídica de la empresa periodística y de la actividad periodística en ella, entre otros aspectos.

Desde la perspectiva de una democracia procedimental, que proclama el pluralismo como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), no es suficiente que el mercado de las ideas y de la información, esté abierto (posibilidad jurídica de un pluralismo externo y presunción de inconstitucionalidad de los monopolios de medios de comunicación social); es necesario que sea abierto (presunción de inconstitucionalidad de oligopolios y legitimidad de la intervención estatal para forzar el pluralismo externo o para propiciar un pluralismo interno cuando no se produce de manera espontánea). Además es necesario la posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión y de manifestaciones culturales, al margen de su rentabilidad económica; es preciso que ese mercado creado por el pluralismo activo (el producido por los que emiten las ideas y la información) llegue a todos los consumidores, que son en definitiva los sujetos llamados a participar en el proceso democrático. A esto se suma la legitimidad de la existencia de medios de comunicación estatales en función de su contribución a mantener abierto el mercado de las ideas y posibilidad de imposición de obligaciones de servicio público a medios de comunicación privados, así como de entrega a éstos de subvenciones públicas condicionadas a tal fin.⁶⁶²

Es común que en defensa del pluralismo se critique la concentración de medios, sin embargo no debe olvidarse que la mayor concentración es el monopolio y éste tradicionalmente ha estado en manos del Estado, al menos en lo que respecta a la televisión. Sólo tardíamente el monopolio público de la televisión ha tenido que justificar su existencia. Se trata para algunos de un “monopolio natural” en virtud de la declaratoria

⁶⁶¹ NOGUEIRA H, *El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Chileno y Comparado de Iberoamérica y Estados Unidos*, pág. 30

⁶⁶² BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo, Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y Mercado*, pág. 275

de dominio público del espacio radioeléctrico.⁶⁶³

El artículo 20 de la CE impone al Parlamento la obligación de regular la “organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y la garantía institucional de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Para ello, el Congreso de los Diputados cuenta con una Comisión del control Parlamentario de Radio y Televisión Española que sólo realiza un control político y no jurídico.

En todas las legislaciones de los Estados miembros sobre el sector audiovisual existen normas sobre la concentración de medios, que tienden a evitar el dominio de los mismos por uno o pocos grupos de comunicación. Se trata de impedir que la sustitución de los antiguos monopolios públicos se produzca en beneficio de empresarios privados.⁶⁶⁴

Existen dos preocupaciones concurrentes en la regulación de la concentración de medios: la primera es de carácter constitucional y trata de preservar el pluralismo que, es uno de los principios que desde las leyes fundamentales se imponen a los legisladores ordinarios a efectos de ordenar el acceso a los medios, su creación y control, e incluso la programación que los canales de televisión difunden.⁶⁶⁵

La apertura a todos los interesados de oportunidades para establecer medios, es el pluralismo denominado externo. La exigencia de que las emisoras de televisión incluyan en sus parrillas programas que representen a las diferentes tendencias políticas, ideológicas, culturales, minoritarias, es lo que se denomina pluralismo interno. Ambas manifestaciones del pluralismo tienen un respaldo constitucional. Y, con diferente eficacia, ambas tratan de ser protegidas, entre otras fórmulas, con la regulación de las concentraciones.⁶⁶⁶

El cumplimiento de las exigencias de pluralismo interno y externo garantizan la libre

⁶⁶³ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo, Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y Mercado*, pág. 276

⁶⁶⁴ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 205

⁶⁶⁵ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 205

⁶⁶⁶ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 205

formación de la opinión pública en un régimen democrático.⁶⁶⁷

El pluralismo mediático es un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, en la medida en que ese pluralismo permite crear una de las condiciones de realización de una democracia consolidada como la existencia de una opinión libre e informada. El pluralismo puede tener una doble expresión, por un lado consiste en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública; por el otro en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas.⁶⁶⁸

La pluralidad de fuentes informativas contrapuestas, y la apertura a las diversas corrientes de opinión e ideas garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas. Sólo de esta manera es posible disponer de la materia prima necesaria para formar su opinión, a los efectos de su posterior manifestación o difusión, iniciándose el proceso de debate y de toma de posturas.⁶⁶⁹ Es así como los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos.⁶⁷⁰ El pluralismo informativo es un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, en la medida en que ese pluralismo permite crear una de las condiciones de realización de una democracia consolidada como es la existencia de una opinión pública libre e informada.⁶⁷¹

Este pluralismo no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”.⁶⁷²

A la luz de lo anterior se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando: a) la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo

⁶⁶⁷ ORTEGA L, *Las Divergencias entre el Régimen Jurídico de lo Audiovisual por Razón de las Técnicas de Transmisión o Difusión*, pág. 136

⁶⁶⁸ CARBONNEL M, *Construir el Pluralismo*, pág. 287-288

⁶⁶⁹ APREZA S, *Veracidad y Pluralismo Informativo en el Medio Televisivo: Una Tarea Pendiente*, pág. 63

⁶⁷⁰ HABERMAS J, *Facticidad y Validez*, pág. 440

⁶⁷¹ MUÑOZ A, ROSPIR J, *La Democracia Mediática*, pág. 13

⁶⁷² CARBONELL M, *Construir el Pluralismo*, pág. 288

menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla; b) dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de, “creación de la noticia”, y c) que el producto informativo refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno sólo o de pocos de los participantes en los circuitos público de deliberación e intercambio.⁶⁷³

Si esas tres condiciones no se dieran o se dieran de forma deficiente, probablemente estaríamos en presencia de una concentración mediática, ya sea en cuanto a los sujetos que reciben la información, a los que la crean o a los productos que llegan al público, lo cual jugaría en contra del valor que para el Estado democrático, como ya se ha mencionado, supone la existencia de una opinión pública bien informada.

La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto.⁶⁷⁴

En la actualidad los peligros para el libre acceso a la información de los ciudadanos se sigue encontrando, cuando menos en democracias que aún se están consolidando, en las limitaciones y obstáculos que se ponen desde el Poder Público. Pero junto con ese peligro, hay otros que se han levantado con una enorme fuerza en los últimos años. Se trata de la concentración mediática, sobre todo en su dimensión empresarial.

La concentración empresarial de los medios, se ha producido de tres formas distintas: a) horizontal, es decir, sobre un mismo medio de comunicación, b) vertical, por el acaparamiento de medios de comunicación de distinta naturaleza (radio, televisión, prensa, cable, satélite), c) transversal, por una mezcla de la propiedad de medios de comunicación con agencias publicitarias, de información, de promoción musical, etc.⁶⁷⁵

Ha señalado el Tribunal Constitucional español que el proceso de formación de la opinión pública, en tanto que actividad previa al ejercicio del derecho al sufragio, ha de

⁶⁷³ CARBONELL M, *Construir el Pluralismo*, pág. 288

⁶⁷⁴ FISS O, *La Construcción de una Prensa Libre, Libertad de Expresión y Estructura Social*, pág. 183

⁶⁷⁵ CARBONELL M, *Construir el Pluralismo*, pág. 290

considerarse⁶⁷⁶, como “uno de los pilares de la sociedad libre y democrática”.

En las concepciones democráticas del pluralismo hay que distinguir dos versiones distintas y de diferente alcance. Una de carácter institucional (también llamada democrática funcional) y otra de carácter democrático procedimental. En cuanto a la concepción institucional el pluralismo se entiende como un pilar fundamental de la sociedad democrática y a ella deben servir las libertades de expresión e información.⁶⁷⁷

Los medios para conseguir el pluralismo informativo pueden ser muy variados, en todo caso corresponde al legislador y en última instancia a los tribunales constitucionales decidir cuál es la mejor forma para alcanzarlo. Es por ello que puede considerarse que lo mejor es desde un sistema dual (público-privado) de televisión, estando el legislador obligado a preservar una televisión pública (donde se garantice el pluralismo interno) al tiempo que se regula la creación de medios por particulares (pluralismo externo) hasta el monopolio público de televisión organizando en su seno un pluralismo interno.

En su vertiente institucional el pluralismo informativo se identifica con la formación de una opinión pública libre. La opinión pública libre es aquella que se forma en los valores liberal-democráticos, no en valores contrarios o contraculturales, que han de quedar silenciados o, cuando menos, marginado en el proceso de formación de la opinión pública.⁶⁷⁸

Entre los objetivos audiovisuales que se exponen a lo largo de la jurisprudencia comunitaria resaltan la búsqueda del pluralismo informativo y la calidad de las programaciones.⁶⁷⁹

2.3.1 *Derecho de acceso*

El Tribunal Constitucional español ha reconocido en este derecho de acceso un instrumento esencial para la democratización del sistema mediático público, mediante la

⁶⁷⁶ STC 159/1986

⁶⁷⁷ BASTIDA F, *Pluralismo y Medios de Comunicación Audiovisuales*, pág. 65-75

⁶⁷⁸ BASTIDA F, *Pluralismo y Medios de Comunicación Audiovisuales*, pág. 65-75

⁶⁷⁹ MUÑOZ M, *El Futuro de la Televisión Pública*, pág. 202

remoción de los impedimentos a que están obligados los poderes públicos.⁶⁸⁰

Controvertido es si se pueden hacer a los medios de radiodifusión privados exigencias en cuanto a las garantías de pluralismo y acceso. La doctrina ha visto la posibilidad de una doble lectura, por una parte, restrictiva, al considerar incluidos en esta categoría tan solo los medios audiovisuales cuya gestión se realiza por un organismo de titularidad pública bien estatal, autonómico o municipal, y otra lectura extensiva según la cual, la titularidad estatal señalada en el precepto se amplía a todos los medios titulares de concesión administrativa para explotar el servicio mediante gestión privada indirecta, interpretación que haría extensible la concepción de medios dependientes del Estado a la totalidad de los medios audiovisuales, con excepción de los que efectúen su transmisión vía satélite cuya actividad no está comprendida dentro de la consideración del servicio público radiotelevisivo.⁶⁸¹

La doctrina española entendió en un primer momento que por medios dependientes del Estado o de cualquier ente público sólo cabría deducir su lectura restrictiva, esto es, aquellos medios cuya gestión correspondía directamente a organismos públicos.⁶⁸² Sin embargo, la evolución en el sistema audiovisual en el que, desaparecido el monopolio radiotelevisivo, y consolidado el sistema mixto de gestión directa e indirecta de la actividad, incluso con un desequilibrio favorable a la segunda de ellas, hace variar radicalmente la concepción de acceso pasando de la garantía de pluralismo interno en los medios que monopolizaban la gestión en la que el acceso se justificaba prioritariamente a argumentos más ligados, a la propia esencia de la libertad de expresión y como garantía protegible en todo por los poderes públicos en todo el sistema mediático.⁶⁸³

Una interpretación más amplia ha permitido justificar que se extienda la obligación de soportar el acceso a medios privados que gestionan el servicio mediante concesión administrativa explicando pues, tal posibilidad en el reconocimiento indiscutible de la titularidad pública y el carácter indirecto de su gestión que constituye por ahora la raíz gestora en este tipo de actividad.

Adicionalmente, de la regulación de 1988 sobre televisión privada es posible deducir tal

⁶⁸⁰ RALLO A, *Pluralismo Normativo y Constitución*, pág. 159

⁶⁸¹ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 258

⁶⁸² MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 258

⁶⁸³ PANIAGUA E, VIDAL J, *Derecho Audiovisual*, pág. 197

consideración pues en el preámbulo de la Ley de Televisión Privada y especialmente en su artículo 9, se evidencia la prioridad dada para ejercer la actividad a los potenciales concesionarios que garanticen una expresión pluralista de ideas y de corrientes de opinión ofertando las condiciones más ventajosas para el interés público que genera esa pluralidad.

Excluida la publicidad electoral y garantizando el pluralismo informativo en tiempo de elecciones por las Juntas Electorales correspondientes, no hay nada en la referencia legal que impida el acceso propio, continuo, de los grupos políticos y sociales a la televisión privada.⁶⁸⁴

Por otra parte también la posibilidad de ampliar la aplicación del derecho de acceso a los medios concesionarios privados puede derivarse de la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en las ocasiones que ha tenido para pronunciarse sobre el tema. El Tribunal Constitucional ha equiparado a las entidades gestoras y a las empresas concesionarias de servicios públicos con la propia Administración⁶⁸⁵, así como no ha dudado en no reconocer como indispensable la existencia de medios públicos para el ejercicio del derecho, admitiendo la posibilidad de incluir en su doctrina una potencial aplicación del derecho de acceso a las entidades privadas.⁶⁸⁶

En consecuencia, la garantía de pluralismo y el derecho de acceso también se hacen extensibles a los medios privados de radiodifusión aunque es evidente no se exige con la misma intensidad. La Ley General de Comunicación Audiovisual hace referencia a la existencia de medios de comunicación tanto públicos como privados y las obligaciones que son comunes a ambos.

2.3.2 *Pluralismo externo*

La Directiva Europea de la Televisión sin Fronteras, que desde 1989 marca el rumbo de la política comunitaria de la libre competencia, ha sido reemplazada por un nuevo concepto regulador más amplio, que trasciende también al ámbito convergente de los medios y servicios audiovisuales. Sigue siendo uno de sus ejes centrales el principio de la libre competencia, junto a la invocación a la diversidad y pluralidad, aunque en términos

⁶⁸⁴ PANIAGUA E, VIDAL J, *Derecho Audiovisual*, pág. 197

⁶⁸⁵ STC 86/1992

⁶⁸⁶ STC 69/97

no sólo de la lógica económica sino también de la democracia es necesario mayor desarrollo y profundidad. Así, en la Unión Europea se abren nuevos debates sobre el pluralismo en los medios de comunicación y la alfabetización digital.⁶⁸⁷

Las políticas comunitarias para la industria universal se vertebran esencialmente sobre cuatro ejes: (i) la creación de un mercado audiovisual efectivo, que trascienda las fronteras nacionales de sus miembros y permita amortizar mejor los costes de producción. La clave de esta estrategia es crear un marco que permita la libre circulación de los productos audiovisuales. La reorganización del mercado se efectúa principalmente a través del proceso de centralización del capital y de la integración de la televisión privada en grupos multimédios y en estructuras económico-financieras muy potentes, (ii) el desarrollo de las nuevas tecnologías de comunicación que afectan a la transmisión de imágenes, especialmente a la técnica de televisión de alta definición y a la implantación del cable y del satélite. La estrategia europea en este terreno se ha orientado a facilitar el proceso coordinado de desreglamentación y privatización de la industria de telecomunicaciones y a potenciar la creación de un mercado efectivo que asegure la demanda para estas inversiones, (iii) el desarrollo de una industria de programas de origen europeo ha sido otro factor en que la Unión Europea ha basado política televisiva, (iv) una normativa común para la protección de cine europeo, mediante la imposición a las televisiones de cuotas de pantalla que limitan la emisión de películas y series extracomunitarias.⁶⁸⁸

Se mantiene el principio de control del país de origen pero la Directiva Europea de Medios Audiovisuales sin Fronteras empuja a los Estados a reformar sus respectivas legislaciones.

La creación de un marco general de actuación para el mercado audiovisual a través de la Comisión Europea no es óbice para que pervivan situaciones significativamente diferenciadas en los sistemas televisivos de los diferentes países, al tiempo que la política audiovisual de cada uno de los estados posee ritmos y prioridades específicas.⁶⁸⁹

En este contexto de la convergencia digital surge la Directiva Europea de los Servicios Audiovisuales, que sustituye a la conocida como “Televisión sin Fronteras” (89/552/CE), aprobada en 1989 y renovada sucesivamente en dos ocasiones posteriores. Esa orientación de la convergencia marca el cambio, ampliando el concepto de televisión al de servicios

⁶⁸⁷ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 4

⁶⁸⁸ GIORDANO E, ZELLER C, *Políticas de Televisión*, pág. 43

⁶⁸⁹ GIORDANO E, ZELLER C, *Políticas de Televisión*, pág. 43

audiovisuales sin fronteras. También a efectos conceptuales y reglamentarios diferencia entre servicios lineales (emisión continuada de programas de flujo) y no lineales (vídeos y televisión bajo demanda, de catálogo, es decir cuando los usuarios acceden y descargan lo que les interesa); la combinación de los modelos de flujo y del sistema editorial, en definitiva.⁶⁹⁰

La nueva normativa comunitaria se presenta como una respuesta a la evolución tecnológica para la creación en Europa de condiciones de competencia equitativas para los servicios audiovisuales emergentes. Sus principios enunciativos se orientan a favor de la libre competitividad, la diversidad cultural, la protección de los menores, la defensa de los consumidores, el pluralismo en los medios de comunicación, la lucha contra la incitación al odio racial o religioso, la apertura a nuevas formas de publicidad, la promoción de obras europeas y producciones independientes así como la recomendación a los Estados miembros para que se garanticen la independencia de las autoridades de regulación audiovisual.⁶⁹¹

La revisión de la Directiva de la Televisión sin Fronteras fue iniciada por la Comisión Europea el 13 de diciembre de 2005. Tras un primer examen en mayo de 2006, el 13 de noviembre de ese mismo año el Consejo Europeo aprobó el proyecto de la nueva Directiva. Los tres ejes de esta reforma de la Directiva de la Televisión sin Fronteras son: garantía y preservación de viejos y nuevos derechos afectados por el crisol de la convergencia y los diversos modos de expresión y difusión, nuevas formas de comunicación y publicidad que demandan los mercados.

La nueva Directiva mantiene una filosofía regulatoria de “mínimos” en pro del desarrollo competencial de los Estados, es decir, establecidas las grandes líneas maestras, corresponde a los siguientes escalones jurídicos- estatales y autonómicos o locales- aplicar las trasposiciones de la norma comunitaria a sus respectivas leyes.

La preocupación del Consejo de Europa, de colectivos profesionales y cívicos sobre la concentración, el pluralismo y la diversidad también trata de reflejarse en el espíritu de la nueva Directiva aunque, en los aspectos esenciales e instrumentales, no trasciende más allá de la declaración intencional. La recomendación del Consejo de Europa (2000) sobre el pluralismo en los medios de comunicación insta a los Estados a establecer autoridades

⁶⁹⁰ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 2

⁶⁹¹ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 3

de regulación del sector de la radiodifusión que sean independientes del poder político y económico, elegidas de manera democrática y transparente, dotadas de independencia financiera, con poderes y competencia para concesión de licencias, vigilancia, seguimiento y regulación de las obligaciones de los radiodifusores en general; así como la asunción de las funciones propias de los órganos de control de los entes públicos, respetando siempre su independencia editorial y autonomía institucional.⁶⁹²

La tesis europea dominante es la de la separación, la del modelo del Consejo Audiovisual de Francia y la sostenida por el Libro Verde de la Convergencia de 1997. El modelo convergente es el británico, representado a través del OFCOM (2003), que integra en una única institución a las distintas actividades relacionadas con las comunicaciones.⁶⁹³

Los medios de comunicación social presentan una doble dimensión: por un lado, son manifestación de libertades, económicas y de expresión; y, por otro, son vehículo del derecho a la información, constituyendo una pieza maestra para el mantenimiento de una opinión pública libre. Es por ello que la concentración empresarial también deba ser contemplada desde un doble ángulo: la defensa de la competencia y la protección del pluralismo informativo.⁶⁹⁴

En el caso de los medios de comunicación social la concentración empresarial adquiere caracteres particulares. No está en juego sólo la salud del mercado, sino también las libertades de expresión e información. La concentración vertical puede ser utilizada para favorecer de manera intencional a las propias empresas de televisión, en perjuicio del abanico de competidores y, con ello, de la diversidad informativa. La propiedad acumulada de empresas de televisión, cadenas de radio y periódicos – aun sin afectar a las reglas de la competencia-, puede conducir a una drástica reducción del número de agentes independientes, necesarios para la formación de una opinión pública libre.⁶⁹⁵

La mayoría de los estados europeos dispone de órganos independientes de regulación audiovisual, aunque siguiendo tres modelos distintos. El primero de ellos es el del Consejo Audiovisual francés, que es el que tomaron las Comunidades de Cataluña, Navarra y Andalucía para la aprobación de sus respectivos órganos autonómicos. Otras

⁶⁹² CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 3

⁶⁹³ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 9

⁶⁹⁴ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 241

⁶⁹⁵ MIRANDA L, *Las Concentraciones Económicas Derecho Europeo y Español*, pág. 57

Comunidades Autónomas españolas han incluido en la reforma de sus Estatutos de Autonomía la previsión de creación de sus Consejo Audiovisuales. La Ley General de Comunicación Audiovisual española del año 2010 crea el Consejo Audiovisual sobre el que volveremos más adelante.

El segundo modelo es el convergente de la Oficina de Comunicaciones (OFCOM británica), ya mencionado.⁶⁹⁶

En materia de defensa de la competencia, la autoridad a la que España corresponde decidir si se controla o no una concentración es, el Ministerio de Economía, y la autoridad a la que corresponde aprobar una concentración es el Gobierno, que decide de forma discrecional, sin estar vinculado por el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia.⁶⁹⁷

La política comunitaria aborda la competencia, el pluralismo y la diversidad a través del liberalismo económico de la defensa de la competencia. El sector de la comunicación es observado y vigilado a través de los procesos de concentración empresarial y comercial. Uno de los indicadores empleados para ese seguimiento son los índices de concentración, que son fórmulas matemáticas que se emplean para medir que número de empresas tienen mayor o menor cuota de mercado.

El índice C1, C2, C3, determina el grado de concentración que posee el primer operador, el primero y el segundo juntos y el primero, segundo y tercero juntos. El Índice *Herfindahl* (*IF*) mide las cuotas de cada una de las empresas y el Índice *Adelman*, también denominado NE, vinculado al anterior, determina el número de empresas que se necesitan en un mercado para alcanzar el grado de concentración.⁶⁹⁸

Los países con mayor índice de concentración responden a dos modelos relacionados con una liberalización divergente de sus mercados: por una parte aquellos que la realizaron y donde una o dos compañías públicas aún conservan una posición hegemónica (Austria, Suecia, Noruega); y por otra, aquellos que la realizaron mucho antes y que, al mismo tiempo, no ponen trabas a las operaciones de concentración de carácter privado (Italia y Alemania). En los mercados menos concentrados (España, Gran Bretaña, Francia) destaca

⁶⁹⁶ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 3

⁶⁹⁷ GONZÁLEZ J, *Modelos Comparados de Regulación del Audiovisual*, pág. 103

⁶⁹⁸ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 9

la pérdida progresiva de cuota de mercado de los canales públicos y la fragmentación del sector privado. Estos datos no alcanzan, sin embargo, a los mercados audiovisuales de la televisión de pago y de la radio privada donde los índices de concentración son más evidentes.⁶⁹⁹

El pluralismo está relacionado con la concentración, pero también con la diversidad de los contenidos y la accesibilidad de las distintas expresiones. El concepto sobre el que pivota el pluralismo es la diversidad de contenido editorial, formatos, géneros y programas. La relación entre concentración y pluralismo es indirecta, “una política del pluralismo basada únicamente en leyes anticoncentración puede ser ineficaz al no abarcar el pluralismo en sus aspectos de diversidad de contenidos.”⁷⁰⁰

Por lo tanto la observación del pluralismo y la diversidad no sólo hay que ampliarlo más allá de su territorialidad, propiedad y tecnología de distribución, especialización de contenidos y formatos sino también a las buenas prácticas de su responsabilidad editorial frente a sus grupos de interés y a la sociedad en general. Es decir, incluir dentro del ejercicio de la responsabilidad social empresarial la medición y evaluación de sus niveles de pluralismo y diversidad, como garantía de calidad frente a la sociedad.⁷⁰¹

La Ley de Televisión Privada (1988) parecía entender que el pluralismo externo que supone la irrupción de nuevas televisiones es insuficiente y ello requiere, en consecuencia, la garantía de un pluralismo interno, Pero éste es sólo un criterio prioritario. Si bien no se establece en ningún momento la obligación expresa de tomar en consideración en relación a una determinada controversia todos los puntos de vista, de permitir la expresión de todas las opiniones.⁷⁰²

2.4 Televisión privada

El objeto de Ley de Televisión Privada era regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado. La gestión indirecta del

⁶⁹⁹ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 12

⁷⁰⁰ LLORENZ C, *La Política Audiovisual de la Unión Europea*, pág. 7

⁷⁰¹ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 13

⁷⁰² Ley de Televisión Privada

servicio, conforme a lo dispuesto en la Ley, la llevan a cabo sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa, fijándose el número de concesiones en tres: Canal Plus, Antena 3 y TeleCinco fueron las concesionarias. En la gestión de la televisión por ondas, el plazo de concesión para los tres operadores de televisión es de 10 años renovables, la renovación se produjo el 10 de marzo de 2000.⁷⁰³

La televisión Privada no vino necesariamente impuesta por la Constitución española, aunque ésta tampoco se opone a ella. Su implantación no es una exigencia jurídica, sino más bien una decisión política que se adopta dentro del marco de la Constitución y de la ley. Puesto que en el ordenamiento jurídico español la televisión se configura como un servicio esencial de titularidad estatal, su gestión puede ser realizada de manera directa por el propio Estado o de manera indirecta por los operadores que obtengan la oportuna concesión administrativa.⁷⁰⁴

La Ley de Televisión privada partía de la premisa que toda actividad televisiva tiene el carácter de servicio público, no sólo la encomendada a la Administración Pública. Dado que no modifica el modelo del Estatuto de Radiotelevisión diseñado en términos de monopolio público, se limita a abrir la gestión del servicio público a los particulares, o mejor, a las empresas.⁷⁰⁵

Esta Ley parecía entender que el pluralismo externo que supone la irrupción de nuevas televisiones es insuficiente y ello requiere, en consecuencia, la garantía de un pluralismo interno, Pero éste es sólo un criterio prioritario. Si bien no se establece en ningún momento la obligación expresa de tomar en consideración en relación a una determinada controversia todos los puntos de vista, de permitir la expresión de todas las opiniones.⁷⁰⁶

La aparición de la televisión privada en 1990 rompe la situación de monopolio de TVE e implanta un nuevo modelo de competencia, que transforma radicalmente el sistema de producción audiovisual, la política publicitaria y las técnicas de programación de las cadenas. Al mismo tiempo se desarrolla la medición de audiencias y surge la investigación

⁷⁰³ CREMADES J, *Televisión Presente y Futuro*, pág. 25

⁷⁰⁴ HELLÍN P, ROJO P, SAN NICOLÁS C, *La Televisión Digital Terrestre*, pág. 69

⁷⁰⁵ MALARET E, *La Financiación de la Televisión Pública y Privada*, pág. 178

⁷⁰⁶ Ley de Televisión Privada

aplicada.⁷⁰⁷

Desde la promulgación de la Ley de Televisión Privada de 1988, el mercado de televisión en España experimentó su particular proceso de desregulación, un fenómeno que en buena parte de los países europeos se había producido con anterioridad y que supuso el paso del monopolio público televisivo a la apertura de la competencia. Se trata, eso sí, de una competencia controlada, limitada por los poderes públicos, que someten la actividad televisiva a un régimen de concesiones administrativas. De este modo, la televisión en España no deja de considerarse un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado, que autoriza su gestión indirecta por parte de las empresas privadas que han obtenido las correspondientes licencias. Este esquema quedó aplicado a las tres televisiones privadas de ámbito nacional que aparecieron en 1990.

En 1990 inician sus emisiones Antena 3 y Telecinco, que se incorporan a la competencia por la audiencia y la publicidad con las dos cadenas de televisión estatales (TVE 1 y 2) y los seis entes de televisión autonómica, que operan en las comunidades autónomas de Cataluña, País Vasco, Madrid, Valencia, Andalucía y Galicia. En el mismo año, con Canal Plus se produce en España el inicio de la televisión de pago.⁷⁰⁸

De igual forma las emisoras de televisión local crecen en número en estos años, pero su cambio esencial consiste en que dejan de ser mayoritariamente iniciativas comunitarias sin ánimo de lucro para dirigirse a una mayor profesionalización y comercialización de sus actividades, aunque en ese momento con una escasa participación en el mercado publicitario. La televisión por cable pasa a ser un sector no regulado, desde su experiencia de los videos comunitarios y las pequeñas redes locales, a ser regulada a escala nacional y concedida en diversos concursos públicos.⁷⁰⁹

La gestión indirecta del servicio público de televisión se inspira en los mismos principios que la gestión directa por el Estado. Las personas que pueden ser concesionarias de televisión privada en España pueden ser sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (así eran los primeros concesionarios: Canal Plus, Antena 3 y Tele 5). Estas sociedades pueden tener como único y exclusivo objeto social la gestión indirecta del servicio público de la televisión o bien pueden prestar otros servicios con tal de que lleven

⁷⁰⁷ ARTERO J, *El Mercado de la Televisión en España: Oligopolio*, pág. 100

⁷⁰⁸ ARTERO J, *El Mercado de la Televisión en España: Oligopolio*, pág. 10

⁷⁰⁹ ARTERO J, *El Mercado de la Televisión en España: Oligopolio*, pág. 10

contabilidades separadas.⁷¹⁰

En el año 2002 se produce un cambio en la Ley de Televisión Privada. En esta ocasión los límites sobre la propiedad se amplían hasta un cien por cien, de tal manera que un único accionista podrá ser el dueño absoluto de una cadena de titularidad privada en España. La medida fue incluida en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del 2003. Algunas de estas modificaciones suponen un paso más en la desregulación del sector audiovisual, ya que amplía las posibilidades de concentración de medios para los grandes accionistas. Poco después, y a través de enmiendas a dicha Ley, se introdujeron una serie de incompatibilidades respecto a la participación en sociedades concesionarias dentro del ámbito audiovisual. Entre las limitaciones destacaba la que hacía referencia a estar presente en una televisión de ámbito nacional sería incompatible con la posibilidad de participar también en otra sociedad concesionaria. Asimismo, también se afirmaba que la titularidad en una concesión autonómica impedía tener acciones en otra de ámbito local, y en el caso de concesión en una demarcación local, también inhabilitaba para participar en otra sociedad de la misma demarcación. Por último, se limitaba la participación en sociedades concesionarias de distintos ámbitos autonómicos y locales en razón de la población, lo que haría teniendo en cuenta el equilibrio entre el pluralismo informativo y el acceso a la titularidad de los medios.⁷¹¹

Por su parte el papel de los reguladores del mercado televisivo en estos primeros quince años resulta también fundamental. En efecto, los poderes públicos posibilitan en última instancia la apertura a la competencia con sus reformas legales. Sin embargo, el marco jurídico de la televisión en la España democrática, diseñado en los primeros años ochenta y reformulado desde mediados de los noventa, se caracterizó por su afán intervencionista en cuanto a la determinación de quién podía participar en el mercado, con el sistema de concesiones. Este intervencionismo no se aplica en el control de los contenidos emitidos por los concesionarios del servicio público, con excepción de las disposiciones relativas a la publicidad y las cuotas de emisión de producción europea.⁷¹²

Con la desregulación y la transformación del sistema televisivo en Europa, se pasa de un modelo de servicio público (con origen en el Reino Unido) a otro de competencia en el mercado (que nace en Estados Unidos). España adopta un modelo peculiar, ya que la

⁷¹⁰ HELLÍN P, ROJO P, SAN NICOLÁS C, *La Televisión Digital Terrestre*, pág. 70

⁷¹¹ LABIO A, *Comunicación, Periodismo y Control Informativo*, pág. 48

⁷¹² ARTERO J, *El Mercado de la Televisión en España: Oligopolio*, pág. 11

titularidad de la televisión es pública, pero la lógica de funcionamiento es mercantil. Entre los factores desencadenantes del proceso desregulador se identifican: (i) la crisis energética de los años setenta, que provoca una crisis financiera también en las televisiones públicas; (ii) la aparición de nuevas tecnologías, que abren nuevas oportunidades de negocio a la iniciativa privada, (iii) la crisis de identidad del servicio público, con la población cada vez más exigente que demanda más diversidad y menos control político, que al no tener el monopolio de la información tiende a favorecer a las empresas privadas.⁷¹³

La apertura creciente de la actividad televisiva a las empresas privadas en países, como eran casi todos los europeos, que inicial y tradicionalmente habían construido su sistema de televisión sobre la base de fuertes monopolios, determina la aparición de una problemática que presenta perfiles novedosos respecto de aquella concepción inicial, como es la relativa al pluralismo y la concentración.⁷¹⁴

Las concentraciones entre empresas no producen por sí mismas un efecto positivo o negativo sobre el pluralismo de los medios de comunicación.⁷¹⁵ Dicho efecto solamente puede ser apreciado en un contexto más amplio, que incluye al público afectado y a la diversidad informativa que se ofrece al mismo en un determinado lugar.⁷¹⁶

Es así como podría ser beneficiosa la concentración para el pluralismo si la diversidad informativa se ve aumentada (por ejemplo, si la concentración amplía la zona de difusión) o mantenida cuando debería disminuir (por ejemplo, cuando una concentración evita el cierre de diarios o emisoras).⁷¹⁷ Por el contrario, ésta será perjudicial si limita la diversidad de controladores de los medios de comunicación (por ejemplo, si desaparecen diarios o cadenas de televisión).⁷¹⁸

En concreto en otros países las regulaciones tomaban en consideración no sólo la concentración respecto a un solo medio, sino respecto a varios medios de comunicación,

⁷¹³ ÁLVAREZ J, IWENS J, *El Futuro del Audiovisual en España*, pág. 212

⁷¹⁴ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 51

⁷¹⁵ MARSDEN C, VERHULST S, *Convergence in European Digital TV Regulation*, pág. 19

⁷¹⁶ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 508

⁷¹⁷ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 509

⁷¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior. Valoración de la necesidad de una acción comunitaria COM (92) 480 final, de 23 de diciembre de 1992

como es el caso de la legislación francesa, donde se considera en conjunto la televisión, la radio y la prensa con la intención de dar respuesta global a los problemas que plantea la concentración, que no son otros que los que tienen que ver con la garantía del pluralismo de las fuentes de comunicación en una sociedad democrática.⁷¹⁹ Ello constituye, por otra parte, la razón de ser de la existencia de una disciplina pública sobre el sector del audiovisual con el objetivo de garantizar ese deseado pluralismo.⁷²⁰

Con el objeto de promover o mantener el pluralismo informativo, las legislaciones nacionales de los Estados miembros contienen una serie de técnicas que tienen como objetivo o bien el contenido de las emisiones, o bien la estructura de la propiedad de las empresas. Estas últimas consisten, básicamente, en limitar la propiedad de los medios de comunicación desde un 25 % en el caso de Francia, Grecia y Portugal), hasta un 50% (Alemania).⁷²¹

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión se pueden distinguir elementos comunes en cuanto a la regulación del mercado audiovisual: (i) la limitación de la acumulación de la propiedad en un mismo medio (monomedia) o en varios medios (multimedia), que tiene por objeto evitar que un mismo operador controle o tenga influencia en varios medios de un mismo tipo; y, (ii) la limitación de la participación en el capital de las empresas de televisión, que limita la parte máxima de capital o el acceso al mismo que pueda estar en manos de un mismo accionista. A fin de diluir la influencia que podría tener un accionista en la diversidad del contenido de los programas.⁷²²

Sin embargo, las normas adoptadas en función de la escasez de frecuencias disponibles, resultan actualmente inapropiadas en el nuevo entorno digital, en el que el aumento del número de canales disponibles y la proliferación de nuevos operadores de televisión hace cada vez más difícil determinar la relación existente entre una concentración y el pluralismo. Esto podría ocurrir por ejemplo cuando una sola empresa detenta el control

⁷¹⁹ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 51

⁷²⁰ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 51

⁷²¹ En Alemania, el Acuerdo Federal sobre Radiodifusión, de 31 de agosto de 1991, establece en su artículo 21.1 que la licencia para difundir en todo el territorio federal un programa de contenido general o específicamente informativo sólo puede concederse a una empresa de radiodifusión en la que ninguna de las personas interesadas posea más del 50% de las partes de capital y del derecho de voto o ejerza de otra manera una influencia dominante comparable

⁷²² PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 512

íntegro de varios canales temáticos minoritarios con un índice de audiencia del 2%, difícilmente podría hablarse de una concentración con efectos negativos sobre el pluralismo informativo.⁷²³

Otros criterios que se han manejado parten de elementos como la audiencia a la que se dirige la programación o los ingresos obtenidos por la empresa. El primero de ellos toma en consideración la audiencia que controla cada empresa de televisión a través de todos sus canales disponibles. Se trata de fijar un determinado porcentaje, por encima del cual se entiende que la concentración afectaría al pluralismo.⁷²⁴

Este criterio se correspondería con la cuota de 10% de producción de obras europeas que establece la Directiva sobre Televisión sin Fronteras.⁷²⁵

De ambos métodos, parece que el de la audiencia, aún cuando pareciera impreciso, se adaptaría mejor al objetivo de medir el efecto de las concentraciones sobre el pluralismo, ya que tomaría como referencia el consumo de los medios.⁷²⁶

Por otra parte, junto a las medidas referentes a la propiedad de los medios de comunicación, la mayor parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros contemplan, en mayor o menor grado, una serie de exigencias destinadas a la transparencia; esto es, a la identificación de todos los operadores y de sus actividades.⁷²⁷

Así pues, para determinar actualmente quién o quienes ejercen el control sobre una empresa es necesario recurrir a otros criterios, además de los tradicionales (el control de los activos de una empresa o la posibilidad de influir en la composición de una empresa, por ejemplo, nombrando al Consejo de administración).⁷²⁸ En otras circunstancias será

⁷²³ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 512

⁷²⁴ GIBBONS T, *De/re-regulating the system: the British experience*, pág. 170

⁷²⁵ La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de ciertas disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva

⁷²⁶ GIBBONS T, *De/re-regulating the system: the British experience*, pág. 171

⁷²⁷ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 514

⁷²⁸ El artículo 3 del Reglamento sobre concentraciones establece que “ a efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos u otros medios, que por sí mismos o en su conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, en particular: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las

necesario tener en cuenta la financiación del medio, la capacidad de nombrar a la redacción, las cláusulas contractuales establecidas entre las partes o, incluso, la existencia de contratos de suministro de programación.

Adicionalmente, será necesario establecer normas de transparencia relativas a la recolección e intercambio de información y a la utilización y tratamiento de los datos.

Otros de los riesgos actuales para el pluralismo proviene del control que las grandes empresas tienen sobre las infraestructuras. La pluralidad de canales no impide que una gran empresa controle la provisión de instalaciones básicas. Tampoco impide que una empresa controle determinados puntos de acceso claves, tales como los derechos de retransmisión en exclusiva de programas de interés social, los sistemas de acceso condicional, la gestión de bienes y la facturación.⁷²⁹

En el sector audiovisual la competencia entre distintas empresas privadas no es un objetivo que interese sólo en la perspectiva de un correcto funcionamiento del mercado, sino que interesa también en la perspectiva de la garantía del derecho a recibir información veraz y asegurar el libre, plural y equilibrado flujo de información, formación y cultura en una sociedad democrática.⁷³⁰

2.4.1 *Regulación Audiovisual. Concentraciones*

Dos son los principios que justifican el control de las concentraciones de medios de comunicación: (i) la libre competencia, (ii) pluralismo informativo. La gran mayoría de los tribunales constitucionales han reconocido en sus sentencias el valor constitucional de los mismos, y han entendido que el legislador está obligado, con carácter general, a respetar y proteger dichos principios.⁷³¹

Los poderes públicos tienen el deber de organizar el sector de los medios de comunicación de manera que el conjunto de las normas aplicables garantice de forma suficiente ese

decisiones de los órganos de una empresa”

⁷²⁹ PÉREZ B, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, pág. 516

⁷³⁰ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 52

⁷³¹ PÉREZ A, *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación*, pág. 34

pluralismo informativo.

Para garantizar el pluralismo informativo, sobre todo en el sector audiovisual, los poderes públicos han optado por crear medios de comunicación públicos. Estos medios pueden, en teoría, realizar una aportación muy valiosa al pluralismo informativo, sobre todo si su sistema de organización y financiación garantiza su independencia frente al gobierno, lo cual no siempre es posible. Los medios de comunicación públicos tienen o deberían tener la ventaja de que su fin último no es el lucro empresarial, sino la satisfacción del interés general. Ello permite imponerles obligaciones que resultaría difícil exigir a medios de comunicación privados, en especial el derecho de acceso de distintos grupos sociales y políticos, la realización de programas que atiendan a las necesidades de las minorías, y la obligación de procurar que la información sea, en la medida de lo posible imparcial. Todas esas medidas favorecen la diversidad de contenidos y de puntos de vista dentro de un mismo medio.

La cuestión de la relevancia de los mercados, junto con la dimensión económica de la concentración en los casos de fusiones mediáticas, ha dejado de un lado, casi de forma constante, la perspectiva *iusinformativa* de estos casos, no sólo por la falta de normas comunitarias de referencia que remitan expresamente a este asunto, sino por lo que caso podríamos entender como una intención implícita de no adentrarse en el trasfondo pluralista de estos casos.

Esta dificultad se ha puesto de manifiesto a la hora de publicar reglamentos o directivas específicas sobre el tema; de hecho, históricamente sólo ha habido un intento por parte de la Comisión Europea de abordar legislativamente el asunto, a través de una propuesta de Directiva de 1996; dicho intento fracasó debido principalmente al empeño de aquellos actores interesados en que la Comisión Europea no vinculase el entramado económico-financiero de los mercados mediáticos con una cuestión clave, la del pluralismo informativo.⁷³²

Los particulares amparándose en sus libertades de comunicación y de empresa, pueden crear medios de comunicación privados. Al hacerlo, no sólo ejercen un derecho subjetivo, sino que colaboran a reforzar el pluralismo, aumentando las opciones informativas de que disponen los ciudadanos, así como el número de puntos de vista representados en los

⁷³²

RODRÍGUEZ J, *Derecho de la Información: una Perspectiva Comparada*, pág. 255

medios de comunicación social. Sin embargo, los poderes públicos deben velar porque el ejercicio que hagan de los particulares de esas libertades no vaya en detrimento del pluralismo informativo.⁷³³

Por ejemplo, cuando el número de medios de comunicación de un determinado tipo sea limitado, han de garantizarse el acceso en condiciones de igualdad a quienes deseen poner en práctica los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de ese tipo de medios de comunicación, o cuando, han de garantizar una igualdad de trato en las condiciones de acceso al título habilitante necesario para la prestación de servicios audiovisuales.

Ese principio de igualdad de trato no sólo debe estar previsto en las normas, sino que también debe presidir la aplicación de las mismas, de manera que la adjudicación de los títulos habilitantes se desarrolle atendiendo a criterios objetivos y no partidistas. El importante papel que desempeñan los poderes públicos en esta materia no se limita al procedimiento que se sigue para otorgar los títulos habilitantes, sino que también determinan el número de títulos que se otorgan, la duración de los mismos, o en qué condiciones se renuevan las licencias que conceden, medidas todas ellas que también inciden en el pluralismo externo.

Concedidas las oportunas licencias, se reconocen normalmente a los propietarios de los medios de comunicación audiovisuales la posibilidad de transmitirlos o, al menos, de variar la composición accionarial de las sociedades concesionarias. Existe el peligro de que, por la vía de adquisición del control de empresas de comunicación presentes en un determinado territorio, un grupo de comunicación adquiera una influencia dominante en la opinión pública de dicho territorio. También existe la posibilidad de que una empresa adquiera una posición dominante en una o varias fases de la cadena de producción (infraestructura de difusión, contenidos más demandados por el público, sistemas de acceso condicional), y que ello le permita dominar el mercado hasta el punto de poder impedir a determinadas empresas el acceso al mismo.

En la medida en que esas prácticas empresariales pueden poner en peligro el pluralismo, resulta necesaria la intervención de los poderes públicos para controlar esos procesos de concentración en el sector de los medios de comunicación. El grado de intervención de

⁷³³

PÉREZ A, *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación*, pág. 38

los poderes públicos en esta materia depende de varias circunstancias, como la situación fáctica del sector en cada país, o el nivel de protección del pluralismo informativo que garantiza el conjunto de las normas vigentes en ese territorio.

La regulación de la televisión privada se regía en España hasta la entrada en vigencia de la Ley General de Comunicación Audiovisual por la Ley Orgánica 10/1988 de Televisión Privada. Sólo las sociedades anónimas creadas con el único y exclusivo objeto social de la gestión indirecta del servicio público de la televisión, pueden ser susceptibles de recibir concesiones para explotar señales de televisión privada.⁷³⁴

De acuerdo con la Ley General de Comunicación Audiovisual los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos. La prestación de estos servicios requiere de comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y previa al inicio de la actividad. Cuando dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestres necesitarán licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente (Consejo Estatal Audiovisual).

En cuanto a la distribución de competencias: en el ámbito de cobertura estatal la competencia para el otorgamiento de las licencias, incluidas las de radiodifusión digital terrenal y onda media corresponde al Gobierno, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas. A tal efecto, el Gobierno establecerá, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, los mecanismos de colaboración y cooperación que aseguren la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación de licencias audiovisuales en el ámbito estatal.⁷³⁵

Para la prestación del servicio de comunicación televisiva las licencias de ámbito local podrán dar cobertura a uno o a varios municipios limítrofes y, en su caso, a un ámbito insular completo.

Toda la legislación sobre televisión privada estaba llena en España de limitaciones al

⁷³⁴ VILLANUEVA E, *Derecho Comparado de la Información*, pág. 257

⁷³⁵ Artículo 22. Ley General de la Comunicación Audiovisual

control por parte de un único grupo empresarial de las sociedades que gestionan canales de televisión.⁷³⁶ A este tipo de prevenciones correspondía la prohibición, establecida en la Ley de Televisión Privada de 1988, de que ningún accionista pueda controlar más del 25 por 100 del capital de una sociedad titular de un canal de televisión; también la prohibición de que los grupos no europeos que participan en el capital de una empresa concesionaria de un canal pueden superar, acumuladamente, el 25 por 100 del capital.⁷³⁷

Por su parte la Ley General de Comunicación Audiovisual establece como requisitos para ser titular de una licencia:

“1. En el caso de personas físicas, tener la nacionalidad de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o la de cualquier Estado que, de acuerdo con su normativa interna, reconozca este derecho a los ciudadanos españoles.

2. En el caso de personas jurídicas, tener establecido su domicilio social en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en cualquier Estado que, de acuerdo con su normativa interna, reconozca este derecho a las empresas españolas.

3. El titular debe tener un representante domiciliado en España a efectos de notificaciones.

4. En el caso de personas jurídicas, la participación en su capital social de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo deberá cumplir el principio de reciprocidad.

Además, la participación individual de una persona física o jurídica nacional de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo no podrá superar directa o indirectamente el 25% del capital social. Asimismo, el total de las participaciones en una misma persona jurídica de diversas personas físicas o jurídicas de nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo deberá ser inferior al 50% del capital social.”⁷³⁸

También son medidas destacables, que tienden asegurar el pluralismo en la programación de las emisoras de televisión, las prescripciones que imponen a los operadores de canales

⁷³⁶ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 211

⁷³⁷ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 211

⁷³⁸ Artículo 26. Ley General de la Comunicación Audiovisual

de televisión, o a los titulares de concesiones de cable, la incorporación a sus emisiones de programas producidos por productores independientes.⁷³⁹

La obligación general para las televisiones está establecida en la Ley 25/1994 que incorpora la directiva 89/552/CEE, sobre radiodifusión televisiva. En el artículo 6 se obliga a los prestadores del servicio público de televisión a reservar un mínimo del 10 por 100 del tiempo que deben dedicar a la emisión de obras europeas (que debe ser el 51 por 100 del tiempo total de la emisión: artículo. 5.1) a obras europeas de productores independientes de las entidades de televisión de las que más de la mitad deberán corresponder a obras producidas en los últimos cinco años.⁷⁴⁰

De igual forma, en el caso de los operadores de cable, la Ley de Telecomunicaciones por Cable, les imponía la obligación de distribuir mediante su red de programas audiovisuales propiedad de programadores independientes, en los términos que establezca la legislación de las Comunidades Autónomas (artículo 10). Según el artículo 11.1 d), el mínimo que debe destinarse a programas de productores independientes es el 40 por 100 del total de la oferta audiovisual distribuida por la red del operador (175).⁷⁴¹

Es así como en la legislación de telecomunicaciones por cable la cuestión se regulaba de forma diferente, dada la previsión de establecimiento de demarcaciones, que implica ya de por sí una forma de competencia, si bien no sobre el mismo ámbito territorial; esta última sólo se da mediante la previsión de que telefónica pueda optar para actuar como segundo operador de cable a través de sociedades separadas de la gestora de servicio telefónico de la que hasta hace poco era operador monopolista.⁷⁴²

Con la Ley de Televisión Privada los concesionarios de cada demarcación no podían participar o ser titulares del capital de una o más sociedades adjudicatarias de concesiones de servicio de telecomunicaciones por cable que conjuntamente alcancen a más de un millón y medio de abonados en el territorio español. Ello significaba, en definitiva, que no había límite a la participación dentro de cada sociedad concesionaria de acuerdo a lo que establecía en la Ley de Televisión Privada, aunque sí lo había a la participación en

⁷³⁹ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 212

⁷⁴⁰ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 213

⁷⁴¹ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 213

⁷⁴² QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 53

más de una sociedad concesionaria.⁷⁴³

También la Ley General de la Comunicación Audiovisual contiene regulaciones sobre el mercado audiovisual televisivo protectoras del pluralismo externo, de acuerdo con el artículo 10:

1. Las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

2. No obstante ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición.

3. La superación del 27% de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación significativa no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma.

4. Las participaciones sociales o los derechos de voto de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo estarán sujetas al cumplimiento del principio de reciprocidad. De producirse un incremento en las participaciones que, a la entrada en vigor de la Ley, ostenten las personas físicas y jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo, el porcentaje total que ostenten en el capital social del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva deberá ser, en todo momento, inferior al 50% del mismo.”⁷⁴⁴

Se prohíbe la posibilidad de adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de acuerdo con los siguientes supuestos:

“a) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su

⁷⁴³ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 53
⁷⁴⁴ Artículo. 36 Ley General de la Comunicación Audiovisual

conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex.

b) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiplex.

c) Ninguna persona física o jurídica titular o participe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres prestadores privados distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo.”⁷⁴⁵

Además de las prohibiciones establecidas para fomentar el pluralismo de acceso a medios, hay que tener en cuenta también la aplicación a las concentraciones de las normas sobre defensa de la competencia.

Unas de las más significativas referencias a la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta materia está referida al informe de 1996, en relación con la notificación voluntaria de una operación de concentración entre Telefónica y Canal Plus, que consistía en la creación de una sociedad constituida por ambas entidades para operar en el mercado de la televisión por cable ofreciendo servicios multimedia interactivos. La concentración económica no estaba en la creación de la empresa en común, sino en los pactos estratégicos establecidos por las dos sociedades matrices para la creación de la empresa en común, sino en los pactos estratégicos establecidos por las dos sociedades matrices para la “creación, distribución y operación de servicios de televisión de pago y otros servicios interactivos sobre la base de la aportación por cada una de sus experiencias y fortalezas, recurriendo -si se considera necesario en cada caso- a la incorporación de terceros a dicho proyecto.”⁷⁴⁶

El Tribunal concluyó en su informe que había en los diferentes acuerdos tanto prácticas restrictivas de la competencia como concentraciones contrarias al mercado, ya que los pactos habían de tener “el efecto de dificultar la aparición en España de algún inversor privado interesado en convertirse en competidor de telefónica en el negocio de la

⁷⁴⁵ Artículo 36.5 Ley General de la Comunicación Audiovisual
⁷⁴⁶ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 214

operación de cable y cerrar el mercado a posibles competidores.”⁷⁴⁷ De los actuales suministradores de decodificadores a Canal Plus, lo que habría de suponer “una enorme rémora en los servicios globales de telecomunicaciones, manteniendo el aislamiento de las empresas españolas en general, y sus dificultades para beneficiarse de la globalización de los mercados.”⁷⁴⁸

En cuanto a la televisión local por ondas terrestres para optar al otorgamiento de una concesión de televisión la Ley establecía una serie de condiciones especiales que ha de reunir el solicitante, en el caso que la gestión vaya ser llevada a cabo por particulares.⁷⁴⁹ En cuanto a la nacionalidad, en el caso de las personas naturales habrán de poseer la nacionalidad española o comunitaria y, en cuanto a las sociedades y entidades sin ánimo de lucro, la nacionalidad española.⁷⁵⁰

En cuanto al régimen en materia de difusión por satélite , en la medida que está liberalizado –al menos en lo que no se refiere a los concesionarios de tercer canal o privados- debería implicar un régimen distinto que no ha sido abordado, sin embargo, en lo que a concentración y transparencia de la titularidad de las acciones se refiere, salvo la remisión que al 19.3 de la Ley de Televisión Privada se ha hecho en la Ley 17/1997, de 3 de mayo, en lo relativo a la participación máxima en el capital social; participación que la Ley de acompañamiento en los presupuestos para 1999 ha elevado al 49 por 100.⁷⁵¹

Tras la entrada en vigor de la Ley General de Comunicación Audiovisual, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procederá a transferir al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el Registro de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, el Registro de Empresas Radiodifusoras y las inscripciones contenidas en el Registro creado en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como todos los expedientes que contengan las autorizaciones administrativas para el servicio de difusión de televisión por satélite y sus modificaciones, otorgadas para la prestación de este servicio de difusión.⁷⁵²

⁷⁴⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia, Informe 26 de febrero de 1996

⁷⁴⁸ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 214

⁷⁴⁹ ROZADOS M, *La Televisión Local por Ondas*, pág. 174

⁷⁵⁰ ROZADOS M, *La Televisión Local por Ondas*, pág. 174

⁷⁵¹ QUADRA-SALCEDO T, *Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual*, pág. 53

⁷⁵² Disposición transitoria tercera

En cuanto a los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimos de lucro la Ley General de comunicación audiovisual dispone:

“1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial.

2. La Administración General del Estado debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.

3. La prestación de este tipo de servicios requiere licencia previa. En dicho título se establecerán las condiciones que aseguren su naturaleza sin ánimo de lucro, pudiendo establecerse el uso compartido de un mismo canal así como las condiciones de dicho uso.

4. La adjudicación de la licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico disponible para la prestación del servicio. La Administración General del Estado habilitará el dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.

5. La licencia en ningún caso podrá perder su carácter original de servicio de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro y no podrá ser objeto de transmisión ni arrendamiento.

6. Las entidades prestadoras de estos servicios deberán justificar la procedencia de sus fondos, así como el desglose de gastos e ingresos, si los hubiere. La autoridad audiovisual establecerá un sistema de evaluación de gestión financiera y un registro”.⁷⁵³

La ruptura del antiguo equilibrio competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se produce a partir de la aprobación de la Ley 22/2005 de Comunicación Audiovisual y la Ley Orgánica 6/2006 del Estatuto de Cataluña, por una parte, y la Ley 17/2006 de Reforma de los Medios de Comunicación Públicos del Estado, que sustituye a la Ley 4/1980 de Radio Televisión por otro. Es así como, Cataluña se atribuye competencias plenas en materia de comunicación audiovisual y dominio sobre el espacio radioeléctrico de su ámbito de cobertura territorial mientras que la nueva Ley de Medios

⁷⁵³

Artículo 32. Ley General de la Comunicación Audiovisual

de Comunicación Públicos del Estado pierde la condición de norma básica, que tenía la Ley 4/1980, sobre el desarrollo y planificación competencial de carácter autonómico. En medio quedaba la Ley 46/1983, conocida como del Tercer Canal; y la radiotelevisión autonómica, que teóricamente seguía sujeta a la concesión del Estado, a través de ese tercer canal, precisamente.⁷⁵⁴ La Ley General de Comunicación Audiovisual deroga la Ley del Tercer Canal.

El reconocimiento institucional y/o creación como órgano de carácter independiente de los Consejos Audiovisuales ha quedado plasmado en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde ya existía, como en Navarra, y se ha incorporado el mandato legal de creación en Valencia. También figura como institución independiente en el nuevo Estatuto de Andalucía.

2.4.2 *Defensa de la competencia*

La defensa de la competencia en España se reparte entre la Administración gubernativa y algunas Administraciones independientes. A estos efectos, el Tribunal de Defensa de la Competencia recibe competencias horizontales, mientras que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que en materia de televisión asume un papel protagonista, tiene reconocida específicas funciones en relación con las telecomunicaciones y el sector audiovisual.⁷⁵⁵

El marco jurídico audiovisual, establecido a partir de la Constitución de 1978, a través de las leyes 4/1980 de RTVE y 46/1983 del Tercer Canal con las Leyes Orgánicas de 1979-1981 de los primeros Estatutos de Autonomía, no daban respuesta a todas las situaciones que progresivamente se fueron presentando.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, se adscribe orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia. Su consideración de Administración independiente resulta fundamentalmente de la inamovilidad de sus miembros: su Presidente y sus Consejeros son nombrados por el Gobierno por un período de cinco años, renovable por una sola vez; además sólo pueden ser destituidos por las causas preestablecidas en la Ley,

⁷⁵⁴ CAMPOS F, *La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales*, pág. 20

⁷⁵⁵ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 158

que no permiten un juicio de oportunidades en la decisión de destitución.⁷⁵⁶

2.4.3 *Comisión del Mercado de Telecomunicaciones*

Desde que en los años 80 la Comisión Europea iniciara, con los primeros Libros Verdes, el largo recorrido que culminaría con la *despublicatio* de las actividades de telecomunicaciones, la necesidad de la existencia en cada Estado Miembro de una Autoridad Nacional de Regulación ha sido considerada pieza clave de todo el armazón regulatorio que había de dar cuerpo al proceso.⁷⁵⁷

El marco regulador comunitario exigía, desde el origen, la garantía de independencia de las Autoridades Nacionales de Regulación si bien, en un primer momento, configurada ésta a la medida del propio proceso de liberalización, esto es, como separación de las funciones de regulación y explotación; independencia, por tanto, respecto de los operadores cuya actividad había de ser el objeto de la regulación misma, hasta entonces frecuentemente confundidas ambas en el mismo sujeto, dado el carácter de monopolios públicos de la mayor parte de los operadores.⁷⁵⁸

Forzoso sin embargo es señalar cómo, desde bien temprano, la independencia aparecería también como garantía de una actuación desprovista de consideraciones de naturaleza más coyuntural, típicas de la intervención del poder político y, en consecuencia, aquél concepto inicial, más limitado, de la independencia vendría a quedar integrado también por la separación entre las competencias de determinación del marco regulatorio, responsabilidad de aquél, y su administración autónoma.⁷⁵⁹

La televisión sigue básicamente configurada en el ordenamiento jurídico español como un servicio público reservado al sector público, en concreto a la titularidad del Estado. De dicha configuración, seguida sin fisuras por el entero bloque que regulan a la televisión en sus distintas modalidades⁷⁶⁰, sólo escapan determinados supuestos que conforme a la

⁷⁵⁶ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 159

⁷⁵⁷ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria*, pág. 14

⁷⁵⁸ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria*, pág. 15

⁷⁵⁹ CALVO G, *Diez Años de Experiencia Regulatoria*, pág. 16

⁷⁶⁰ Adicionalmente de ERTV y la LOT, Ley 46/1983, del Tercer Canal; Ley 10/1988, de Televisión Privada; Ley 41/1995, de Televisión Local por Ondas Terrestres; Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por Cable; Ley 66/1997 (Disposición Adicional 44), para la Televisión Digital

LOT no constituyen “televisión”⁷⁶¹ y la televisión por satélite, expresamente destipificada como tal servicio público por la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite.

Esa configuración de la televisión como servicio público de titularidad estatal tiene su más definido alcance en lo que respecta a la de cobertura nacional difundida por vía hertziana terrestre, pues ha sido esta modalidad de televisión sobre la que, presidido por la Ley 4/1980, RTVE, se ha construido el entero régimen jurídico de la televisión en nuestro país, incluido el reconocimiento del acceso a la actividad por parte de entidades privadas.⁷⁶²

El ERTV no sólo reservó al Estado la titularidad de la televisión en cuanto servicio público, sino que también le atribuyó en exclusiva la gestión del mismo a través del ente público RTVE. El Estado quedó así convertido en el único gestor posible de la televisión de cobertura nacional (la televisión de cobertura autonómica quedó abierta desde el propio ERTV y luego por la Ley 46/1983, del Tercer Canal, a la explotación por la correspondiente Comunidad Autónoma).⁷⁶³

Por su parte la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, regulaba la explotación por particulares del servicio público de televisión hertziana terrestre la cobertura nacional.

Tras la entrada en vigor de la Ley General de Comunicación Audiovisual, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procederá a transferir al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el Registro de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, el Registro de Empresas Radiodifusoras y las inscripciones contenidas en el Registro creado en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como todos los expedientes que contengan las autorizaciones administrativas para el servicio de difusión de televisión por satélite y sus modificaciones,

Terrenal. Incluso la Ley 25/1994, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva Comunitaria 89/552/CEE, recogió expresamente y como un dato de partida esa configuración de la televisión como servicio público

⁷⁶¹ Conforme a la LOT no constituye televisión, y por ende servicio de televisión, la emisión o transmisión de imágenes por instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público presten servicio en un vehículo, un inmueble, una comunidad de propietarios o una manzana de fincas colindantes (artículo 2)

⁷⁶² SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 169

⁷⁶³ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 169

otorgadas para la prestación de este servicio de difusión⁷⁶⁴.

2.5 Garantía del pluralismo interno

En un principio, las libertades de expresión y de información tienen el componente subjetivo de garantía constitucional para todos los ciudadanos. Posteriormente, estos derechos fundamentales adquieren una nueva dimensión: el componente social u objetivo. Sin la libertad de comunicar opiniones o informaciones (y por tanto de poder recibir las) quedarían vacíos de contenido los demás derechos que la Constitución consagra, ya que el artículo 20 de la Constitución española no sólo protege un interés individual, sino que reconoce estos derechos como garantía para que pueda formarse una opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político y social.⁷⁶⁵

La pantalla de una televisión pública autónoma debe ser fiel al principio del pluralismo. Los programas de información y debate deben recoger la diversidad de puntos de vista relevantes de cada sociedad. De ello dependerá la credibilidad que el público tenga en el medio, y parte importante de sus niveles de audiencia.⁷⁶⁶

El pluralismo político y social es el factor determinante de la sociedad democrática y se manifiesta a través de la opinión pública que, por definición, debe ser plural. Hay tantas opiniones públicas como sean las diversas concepciones que los distintos sectores sociales tengan de una determinada realidad cambiante. La opinión de la gentes por la natural evolución social y libre en la sociedad actual no sólo supone la no injerencia del poder, sino también la pluralidad de los medios de comunicación.⁷⁶⁷

El pluralismo informativo en los medios de comunicación social tradicionales (prensa, radio y televisión) en algunos casos resulta incompleto y por tanto insatisfactorio. La importante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 (Sala 3.^a; ponente, Menéndez Pérez) (LA LEY, 2000, 7439), relativa a la concentración de facto de las

⁷⁶⁴ Disposición Transitoria Tercera. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁷⁶⁵ DE CARRERAS L, *Las Normas Jurídicas de los Periodistas. Derecho Español de la Información*, pág. 47

⁷⁶⁶ RINCÓN O, BARBERO M, *Televisión Pública del Consumidor al Ciudadano*, pág. 131

⁷⁶⁷ DE CARRERAS L, *Las Normas Jurídicas de los Periodistas. Derecho Español de la Información*, pág. 47

emisoras de radio cadena SER y Antena 3, operada mediante la creación de Unión Radio en 1993, pone bien de manifiesto estas deficiencias: pese al considerable esfuerzo realizado en defensa del pluralismo informativo, la sentencia revela, con claridad, las importantes limitaciones de la normativa vigente para dar solución a un problema esencial de nuestro Estado democrático: la libre formación de la opinión pública, imprescindible al menos para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a decidir con plenitud en el proceso electoral, entre otros.⁷⁶⁸

Evitar la manipulación informativa y expresar la diversidad política, religiosa, étnica, generacional, de sexos y de regiones de un país son las claves que diferencian a una televisión pública de una televisión gubernamental y de los sesgos propios de los canales privados.⁷⁶⁹

Son medios para garantizar el pluralismo interno en la radiodifusión que involucra sobre todo a los medio públicos: la participación externa en sus órganos de gestión y asesoramiento. Esto se canaliza institucionalmente a través de la representación de los grupos relevantes de la sociedad en los organismos públicos que gestionan la actividad mediante la incorporación a su estructura de órganos colegiados tanto como Consejo de Administración de control o vigilancia interna de la actuación gestora, cuanto como Consejos Consultivos, Consejos Asesores, Consejos de Radio, Juntas de Programas, Juntas RTV, u otras denominaciones con funciones asesoras y consultivas más o menos vinculantes.⁷⁷⁰

La garantía del pluralismo interno se concibe como aquellas exigencias mínimas del sistema democrático que garantiza la presencia en cada medio de comunicación de diferentes opiniones, asegurando a la opinión pública la confrontación de ideas. Los mecanismos que se prevén para garantizar este pluralismo interno son:

(i) El derecho de réplica a las comunicaciones oficiales del Gobierno. Como contribución al pluralismo interno, la oposición política tiene el derecho de réplica, en condiciones similares a la comunicación gubernamental, cada partido en proporción a su representatividad en los órganos legislativos.

(ii) El derecho de acceso y tiempos de emisión de los grupos políticos con representación

⁷⁶⁸ ESCOBAR G, *La Difícil Consecución del Pluralismo Informativo*, pág. 2

⁷⁶⁹ RINCÓN O, BARBERO M, *Televisión Pública del Consumidor al Ciudadano*, pág. 131

⁷⁷⁰ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 39-40

parlamentaria en los medios públicos. Consiste en que los Parlamentos tienen derecho a difundir los debates e intervenciones parlamentarias, bajo una detallada normativa sobre horas de emisión, tiempos, emisoras afectadas.

(iii) Los tiempos de palabra de las personalidades políticas: la regla de los tres tercios (utilizada en Francia). Consiste en que los medios audiovisuales públicos, en relación con la información política —dado que siempre se parte del favoritismo hacia el partido gobernante—, deben dedicar un máximo de un tercio al tiempo de palabra del Gobierno, otro tercio a la mayoría parlamentaria y el tercero a la oposición. Se trata de un instrumento que permite concretar de forma objetiva y más o menos razonable la exigencia genérica de pluralismo informativo.

Las formas de este tipo de participación procuran, la intervención externa de la base representativa que extiende su competencia desde la esfera de la gestión de los medios hasta la de la propia producción y programación, incluyendo, también en algunas ocasiones, el control de la actividad de los medios a través de la supervisión y aprobación de determinadas decisiones de la dirección ejecutiva.⁷⁷¹

La Directiva Televisión sin fronteras pretendió armonizar determinados contenidos de la programación de las televisiones a nivel comunitario con una doble finalidad: proteger y fomentar la cultura europea y proteger también a los consumidores. A ello hay que añadir la construcción de un mercado comunitario, en el cual tanto las señales de televisión cuanto los programas puedan circular libremente en el seno de la Comunidad, sin ningún tipo de limitación desde el punto de vista de la emisión y recepción.⁷⁷²

Por esa representación, distintas esferas de la realidad social participan, en teoría activamente en las decisiones que afectan al horario y la duración de las emisiones, a las parrillas de programación, a las características de las misiones educativas, culturales o deportivas, a la introducción de contenidos que puedan interesar a sus representados y no sean tenidos en cuenta por los profesionales y a otros factores de planificación o producción de los medios cuya opinión y consulta es obligatoriamente previa independientemente del grado de su vinculación.⁷⁷³

⁷⁷¹ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 40

⁷⁷² GÓMEZ-REINO E, *El Derecho Europeo de lo Audiovisual y su Influencia en los Derechos Nacionales*, pág. 282

⁷⁷³ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 40

En Europa el acceso a la programación de los medios audiovisuales ha venido originalmente justificado por dos causas prioritarias: el pluralismo de las fuentes de información (la diversa jurisprudencia constitucional europea así ha reconocido como consecuencia directa e inexcusable del reconocimiento de la libertad de expresión) y en su efecto inmediato como equilibrio, compensación, contrapeso o indemnización, al sistema monopólico predominantemente de gestión pública.⁷⁷⁴

La evolución a sistemas mixtos de explotación del servicio ha derivado las formas de garantía de esta puridad de fuentes de información hacia la prevención de las concentraciones de medios manteniendo la reserva del ejercicio del acceso a los medios subsistentes de naturaleza pública.⁷⁷⁵

La Ley General de Comunicación Audiovisual establece los límites a los prestadores de servicio público audiovisual de titularidad pública, en los siguientes términos:

1. Los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública no podrán participar en el capital social de prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual.
2. La gestión de los prestadores de servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública deberá realizarse conforme a criterios de transparencia empresarial.
3. Los criterios rectores de la dirección editorial del prestador de servicio público de comunicación audiovisual se elaborarán por un órgano cuya composición refleje el pluralismo político y social del ámbito de su cobertura.
4. En el ámbito de cobertura estatal, el Estado no podrá reservar o adjudicar a los prestadores de titularidad pública más del 25 por ciento del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de televisión en el ámbito estatal, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional correspondiente.

En el caso de las emisoras radiofónicas de ámbito estatal, el Estado no podrá reservar a los prestadores de titularidad pública estatal más del 35% del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de radiodifusión, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional

⁷⁷⁴ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 41

⁷⁷⁵ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 40

correspondiente.⁷⁷⁶

2.5.1 *Los contenidos*

Ya se ha mencionado la capacidad de los contenidos para crear opinión pública, fomentar el pluralismo y promover la cultura. Además, son una vía tanto para reflejar la diversidad social como para transmitir valores y conocimientos. Tampoco se puede obviar su potencial para entretener e influir en los hábitos de consumo de la ciudadanía.

Como resultado, y especialmente en el caso de la televisión, la actuación estatal se ha centrado con frecuencia en controlar que los contenidos ofrecidos se ajusten a la norma moral básica de la sociedad y sean respetuosos con los diferentes grupos que la integran (culturales, lingüísticos, étnicos o religiosos, etc.). Así mismo, se ha intentado fomentar el pluralismo y la diversidad, tanto de géneros audiovisuales como de las opiniones y de las realidades sociales representadas.

Para ello, tal y como indica *Gibbons*⁷⁷⁷, la intervención pública destinada a los contenidos se ha materializado de diversas formas. En primer lugar, en la regulación, que establece normas y requisitos que los productos audiovisuales deben cumplir para respetar y satisfacer los intereses de los ciudadanos. Así, se ha regulado la programación marcando horarios infantiles, limitando o prohibiendo determinados contenidos o estableciendo cuotas mínimas de emisión de producciones nacionales, europeas o de ciertos géneros. Además, la publicidad ha sido regulada en lo referido a las técnicas formales y discursivas empleadas, a su duración, a los productos anunciados o a su público objetivo. En segundo lugar, la acción pública ha recurrido a la creación del servicio público de radiodifusión, cuya misión, de manera sintética, es garantizar la satisfacción del interés general mediante una oferta plural, diversa y representativa.

El acceso a los medios de radiodifusión requiere también en su objeto, de una apriorística restricción condicionada por la prelación de contenidos de interés público, así como por una fórmula basada en la representación de intereses colectivos relevantes. Es así, como los temas políticos son de inexcusable tratamiento en una esfera pública de ideas, en cuyo contexto la opinión pública plural y libre es elemento esencial de la convivencia

⁷⁷⁶ Artículo 42. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁷⁷⁷ GIBBONS T, *De/re-regulating the system: the British experience*, pág. 76-77

democrática y, dentro de la amplitud de los intereses sociales.

Los contenidos religiosos o los de colectivos económicos o laborales requieren, en la misma medida, de un tratamiento mediático contrastado, diverso, autónomo al que han de obligarse imperativamente los gestores públicos de la actividad motu proprio o *ex lege*, permitiendo su acceso y difusión.⁷⁷⁸

Por otro lado, conviene no olvidar los planes de incentivo diseñados por la Administración para fomentar la producción, especialmente de aquellos contenidos que pese a su valor social no resultan rentables. Estos programas no se han dirigido exclusivamente a los operadores públicos y frecuentemente han sido articulados como medidas para contribuir al desarrollo de las industrias nacionales de producción, siendo los agentes privados los principales beneficiados. Se ha de procurar la difusión de tendencias sociales del más variado origen.⁷⁷⁹

2.5.2 *Los principios de la programación*

En lo que respecta a la radiotelevisión explotada directamente por el Estado, corresponde al ente público Radio Televisión Española adoptar las decisiones oportunas sobre programación de acuerdo con el juego de equilibrio propio de su peculiar organización.⁷⁸⁰

La Ley General de Comunicación Audiovisual desarrolla el concepto de responsabilidad editorial, entendida como el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados. La programación se rige también por esa responsabilidad editorial.⁷⁸¹

Aunque el gobierno puede, mediante las llamadas “directrices de programación”, fijar periódicamente las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de

⁷⁷⁸ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 68

⁷⁷⁹ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 40

⁷⁸⁰ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 407

⁷⁸¹ Artículo 4 Ley General de la Comunicación Audiovisual

Radiotelevisión y, previa consulta al Consejo de Administración de Radiotelevisión, hacerlas cumplir (artículo 21 del Estatuto de Radiotelevisión), es el Consejo de Administración- de composición representativa- el que, en teoría con el informe de los Consejos Asesores de cada medio, ha de fijar los principios básicos y las líneas generales de programación y el plan de actuación de cada uno de los entes públicos.⁷⁸²

El Estatuto de Radiotelevisión entendió básicamente resuelto el régimen de la programación con esa atribución competencial, partiendo de la configuración de la radiotelevisión como un servicio público de la Administración del Estado, sujeta al cabo a las decisiones del servicio y de la autonomía funcional de Radiotelevisión como ente público gestor y su pluralismo organizativo interno (dentro de un sistema de equilibrio).

En el caso de la televisión privada la Ley de Televisión privada, además de sujetar la actividad televisiva de las entidades concesionarias a los principios recogidos en el artículo 4 del Estatuto de Radiotelevisión y de establecer la oportuna previsión sobre la difusión obligatoria de informaciones oficiales (artículo 16), establecía para aquéllas las siguientes exigencias en cuanto a la programación:⁷⁸³

-Cobertura nacional de los programas, así como emisión de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el plan técnico nacional de televisión privada.

-Obligación de emitir programas televisivos durante un mínimo de 4 horas diarias y 32 semanales.

-La programación emitida deberá respetar los porcentajes de producción propia del concesionario, de los países de la Unión Europea y en expresión originaria española que recogía en su artículo 14, y las limitaciones a la emisión publicitaria en función del total de la programación recogidas en su artículo 15, previsiones de ésta sustituidas por lo dispuesto en la Ley 25/1994, sobre actividades de radiodifusión televisiva.

-Obligación de archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos y registrar los datos relativos a tales programas, así como a su origen y a las peculiaridades de la labor de producción, a efectos de facilitar la inspección por las autoridades competentes y su consulta por los particulares

⁷⁸² SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 407

⁷⁸³ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 413

conforme a la regulación general en la materia (artículo 14.6 Ley de Televisión Privada).

La Ley General de Comunicación Audiovisual establece en cuanto a la libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual, lo siguiente:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a fijar la dirección editorial mediante la selección de los contenidos y la determinación de los horarios.
2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a organizar sus contenidos a través de un canal o de un catálogo de programas.
3. La libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual se ejercerá de acuerdo a las obligaciones que como servicio de interés general son inherentes a la comunicación audiovisual y a lo previsto en la normativa en materia audiovisual.
4. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual facilitarán el acceso a la documentación, instalaciones y equipos a las autoridades competentes para el cumplimiento de la normativa vigente.⁷⁸⁴

Como exigencia directa de las libertades de expresión e información y de la libertad de empresa, los organismos de televisión gozan de la libertad de programación. Esta libertad ha de ser ejercida, no obstante, con respeto a los restantes derechos, principios y valores reconocidos por el ordenamiento jurídico, nacional y comunitario. Ello explica que se impongan a las empresas de televisión requisitos en relación a los contenidos.⁷⁸⁵

Los mensajes transmitidos por televisión tienen efectos de gran alcance debido a su enorme potencia comunicadora (audiencias masivas que asimilan pasivamente un alud de mensajes heterogéneos), su capacidad para asimilar elementos de otros medios (teatro, radio, música) de reconocida eficacia comunicacional e integrarlos en sus sustancias expresivas, por ello es lógico que se persigan, se traten de regular los contenidos de la televisión.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Artículo 10. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁷⁸⁵ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 205

⁷⁸⁶ LÓPEZ A, *Televisión e Información: Análisis de los Criterios de Televisión de Calidad en los Informativos de las Cadenas Nacionales*, pág. 4

La primera norma relevante del Derecho audiovisual español tras la Constitución, el ERTV de 1980, característico de la época del monopolio (que se mantuvo, como es sabido, hasta 1988), introdujo una curiosa categoría, los llamados principios inspiradores de la programación, enunciados literalmente como sigue: ⁷⁸⁷

- “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”.

Nada se preveía en el ERTV para el caso de incumplimiento de tales principios, los cuales se demostraban así, efectivamente, “inspiradores”, no fundamento de auténticas obligaciones, jurídicamente exigibles⁷⁸⁸

Particular mención merece el artículo 4 del Estatuto de Radio Televisión en el que se recogen los principios inspiradores de la actividad de radio y televisión, concretamente en sus apartados c) y d) que incluyen el respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico y el respeto a los valores de igualdad recogidos en la Constitución española.

Por su parte el artículo 24 del Estatuto de Radio Televisión, recoge la ejecución legal del mandato constitucional del artículo 20.3 de la Constitución respecto a la garantía del acceso de los grupos de interés a los medios públicos. Prescribe el precepto que para posibilitar el acceso, sean tanto el Consejo de Administración como el Director General

⁷⁸⁷ ESCOBAR G, SANTAOLALLA F, *El Derecho de la Televisión. Situaciones y Perspectivas en la Comunidad de Madrid*, pág. 2

⁷⁸⁸ BOUZAT G, *Libertad de Expresión y su Estructura Social: El Derecho a Réplica*, pág. 87

del ente quienes procuren esta disposición de espacios ajustándose a los criterios que el artículo establece en su párrafo final.

Esta atribución conjunta no deja de tener peculiar lectura si se le interpreta sistemáticamente con la función asignada en el artículo 8.1 K) del mismo Estatuto que asigna al Consejo de Administración la competencia de determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos políticos y sociales significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Aunque la distribución de competencias referida a la organización del acceso en ambos preceptos pueda presentar cierta imprecisión respecto del solapamiento de atribuciones asignadas a cada órgano del ente (en el artículo 24 la disposición de este tipo de espacios se asigna conjuntamente al Consejo y al Director General, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en el artículo 8.1 K) se atribuye en exclusiva al Consejo la determinación del porcentaje de horas destinadas al acceso fijando los criterios de distribución entre los que pueden acceder).⁷⁸⁹

Para el caso del acceso a los medios de titularidad privada serían las propias condiciones del pliego de concesión para la gestión indirecta del servicio las que fijaran las pautas requisitorias o meritorias respecto a la difusión de programas de acceso.⁷⁹⁰

En el campo de la televisión hertziana de cobertura nacional la Ley de Televisión Privada, declaraba aplicables a este ámbito los principios de la programación recogidos en el artículo 4 del Estatuto de Radiotelevisión, añadiendo previsiones nada irrelevantes en cuanto a su virtualidad.⁷⁹¹ La Ley General de Comunicación Audiovisual se refiere a los principios de la programación tanto para los operadores públicos como privados (artículos 4 y 10 entre otros).

Así, como condicionantes del otorgamiento de la propia concesión, en cuya adjudicación debe atenderse entre otros criterios a la “necesidad de garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión”, valorándose prioritariamente entre las ofertas “las garantías ofrecidas por los concurrentes a fin de salvaguardar la pluralidad de

⁷⁸⁹ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 188

⁷⁹⁰ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 268

⁷⁹¹ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 424

ideas y corrientes de opinión.⁷⁹²

Con la ruptura del monopolio, la legislación audiovisual que, a modo de aluvión, fue dictándose después, incluyó entre las obligaciones de casi todos los operadores del resto de las modalidades televisivas, miméticamente y sin variaciones significativas, el cumplimiento de estos principios inspiradores, si bien acompañando ahora su infracción de severas sanciones económicas e incluso de la misma suspensión de la concesión.⁷⁹³ El panorama así expuesto en España arrojaba, para algunos autores⁷⁹⁴, un balance claramente contradictorio: pues parecía que los principios inspiradores no pueden exigirse a los medios públicos, dada la no previsión de sanciones concretas, pero sin embargo podían exigirse a los medios privados, con contundencia excesiva, poniendo en grave riesgo su libertad de programación, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

La Ley General de Comunicación Audiovisual establece el derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual (artículo 12) en los siguientes términos:

“1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración.

Dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo.

2. Cuando un prestador apruebe un código por sí solo, o bien en colaboración con otros prestadores, o se adhiera a un código ya existente, deberá comunicarlo tanto a las autoridades audiovisuales competentes como al organismo de representación y consulta de los consumidores que correspondan en función del ámbito territorial de que se trate. Para los prestadores de ámbito estatal, dicho órgano es el Consejo de Consumidores y Usuarios. La autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y

⁷⁹² SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 424

⁷⁹³ Sobre la eventual identificación de esta sanción con el secuestro administrativo, vid., mutatis mutandis, las consideraciones expuestas en G. ESCOBAR ROCA, “Informe sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, 2002, en: www.mienten.com

⁷⁹⁴ ESCOBAR G, SANTAOLALLA F, *El Derecho de la Televisión. Situaciones y Perspectivas en la Comunidad de Madrid*, pág. 3

de no haber contradicciones dispondrá su publicación.

3. Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

4. Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”.

El respaldo a la autorregulación en Europa encuentra uno de sus primeros antecedentes en la Resolución del Consejo de Europa de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores. En dicha resolución se recomienda a los Estados la creación de organismos de autodisciplina y la cooperación de éstos con los organismos públicos y las asociaciones de consumidores. A partir de entonces son numerosas las disposiciones en las que se reconoce la legitimidad de los sistemas de autorregulación y, más específicamente, el establecimiento de códigos de conducta y de órganos y procedimientos para el control de su cumplimiento.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea de 9 de marzo de 1999 sobre los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia pone de manifiesto de nuevo la utilidad de los sistemas de autorregulación para contribuir a lograr un equilibrio entre los intereses del mercado y la industria y los intereses públicos y de los consumidores.

Las Conclusiones del Consejo, de 27 de septiembre de 1999, sobre el papel de la autorregulación en vista del desarrollo de nuevos servicios de medios de comunicación profundizan en esta idea planteando esquemas de colaboración entre la autorregulación y los poderes públicos reguladores al señalar: “La autorregulación podría resultar de utilidad para complementar la normativa y contribuir a la consecución del equilibrio correcto entre la facilitación del desarrollo de mercados abiertos y competitivos y el logro de objetivos de interés público”.

La Directiva 2007/65/CE de servicios de comunicación audiovisual, señala: “Así pues, la autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí. Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de la legislación y los mecanismos judiciales

o administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de esta Directiva. No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la Directiva, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional. La corregulación, en su mínima expresión, sirve de “vínculo jurídico” entre la autorregulación y el poder legislativo nacional, con arreglo a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención por parte del Estado en el caso de que no se realicen sus objetivos. Sin perjuicio de las obligaciones formales de los Estados miembros en lo relativo a la incorporación a la legislación nacional, la presente Directiva fomenta la utilización de la corregulación y la autorregulación. Esto no obliga a los Estados miembros a crear regímenes de corregulación o autorregulación ni afecta a las iniciativas de corregulación o autorregulación existentes ya implantadas en los Estados miembros y que funcionan de forma efectiva o las pone en peligro”.⁷⁹⁵

Y en coherencia con las reflexiones incluidas en la exposición de motivos el artículo 3.7 de esta norma hace un llamamiento a los Estados a la promoción de la autorregulación en el ámbito audiovisual señalando: “Los Estados miembros estimularán los regímenes de corregulación o autorregulación a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos. Estos regímenes deberán gozar de amplia aceptación entre los principales interesados en los Estados miembros de que se trate y prever medios para una aplicación efectiva”.

Por último, debe señalarse que este llamamiento general a la autorregulación en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, se ve completado en su artículo 3 por el llamamiento específico a la autorregulación a través del desarrollo de códigos de conducta sobre la comunicación comercial audiovisual inadecuada que acompañe a los programas infantiles.

Ya la Comunidad de Madrid había eliminado en parte la incoherencia referida, situando en pie de igualdad a las televisiones públicas y privadas, pues todas forman igualmente parte de su ámbito de aplicación (art. 3.2). Los viejos principios inspiradores del ERTV, a los que se añade alguno nuevo, en cierto modo ya implícito en el propio ERTV, se convierten ahora en “principios generales” de la programación (art. 7), término que reconoce su mayor fuerza vinculante. A los referidos principios generales se suma, en

⁷⁹⁵

FERNANDO M, La Consolidación de la Autorregulación en España, pág. 74

precepto distinto, al modo de cláusula residual (todos los principios del art. 7 encuentran, directa o indirectamente, acomodo en la CE), reiterando el artículo 17.4 de la Ley 25/1994, la obligación de “las emisiones de televisión [...] de respetar, en todo caso, los preceptos constitucionales” (art. 9.2).

A partir de aquí, la tarea del intérprete es doble: en primer lugar, precisar el alcance normativo de cada uno de los principios de la programación y permitir su aplicación en el complejo contexto real.⁷⁹⁶

En cuanto a la regulación comunitaria sobre los contenidos audiovisuales está articulada en torno a dos grandes categorías de disposiciones⁷⁹⁷. Unas de carácter negativo, que imponen una serie de restricciones relativas a: la protección de los menores y el orden público, la publicidad, el patrocinio y la telementa, o, la protección del honor y de la dignidad humana.⁷⁹⁸ Y, otras de carácter positivo, referidas a: la libre circulación de las emisiones televisivas en el interior del mercado comunitario, la promoción de la distribución y de la producción de las obras europeas; o, la transparencia en cuanto al origen de las obras europeas. No obstante, esta regulación está pensada y elaborada para un entorno analógico y no para el nuevo entorno digital, en el que la naturaleza, el origen y el contenido de los programas son difíciles de controlar, debido a la proliferación.

En cuanto a los grupos de acceso a la radio y televisión además de su importancia social, existen otros requisitos para determinar la trascendencia de ciertos grupos y la importancia de su difusión: Satisfacer unas necesidades culturales, religiosas o espirituales, sociales o políticas que justifiquen la transmisión de sus mensajes como de utilidad y trascendencia pública. Representar una corriente de opinión popular de importancia suficiente para acceder, según el nivel pretendido por el órgano de radio y televisión.

Atribuida la participación en las emisiones de los respectivos medios públicos y adjudicados los horarios de los espacios autogestionados por los grupos de interés así

⁷⁹⁶ ESCOBAR G, SANTAOLALLA F, *El Derecho de la Televisión. Situaciones y Perspectivas en la Comunidad de Madrid*, pág. 4

⁷⁹⁷ Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la Televisión sin Fronteras, modificada por la Directiva 97/36/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997

⁷⁹⁸ Por ejemplo, el artículo 22 de la Directiva sobre Televisión sin Fronteras señala que “los Estados miembros velarán por que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad”. Asimismo, el artículo 12 señala que la publicidad televisada no deberá atentar contra el respeto de la dignidad humana, ni incluir elementos de discriminación.

como cerrados los acuerdos entre ellos y los responsables técnicos de los órganos mediáticos, corresponde a los órganos internos de las distintas sociedades determinar su procedimiento de garantía y observancia sobre lo pactado y especialmente sobre la disponibilidad de los medios técnicos y humanos necesarios para su eficaz realización.⁷⁹⁹

Se establecen así mecanismos tanto de autoregulación como de control externo.

Los instrumentos y mecanismos básicos de la autorregulación son: los Códigos Deontológicos, los Estatutos de Redacción, los Defensores del Lector u Ombudsman y los Consejos de Prensa o de la Información. Todos ellos tienen en común una serie de características como el ser creados a iniciativa de los propios agentes involucrados en el proceso informativo y siempre al margen del poder público, el carecer de poder coactivo y apoyarse únicamente en la autoridad moral y el reproche público. Aquellas sociedades o medios de comunicación que se dotan de instrumentos de autorregulación demuestran un grado de madurez, de responsabilidad y, en definitiva, de compromiso por la calidad de la información y respeto a los ciudadanos como sujetos receptores que contribuye firmemente a tener una sociedad avanzada, mayor de edad.⁸⁰⁰

Las principales funciones de la autorregulación se podrían sintetizar en las siguientes:

- a) Formular públicamente las normas éticas que deben guiar la actividad de los medios de comunicación. La publicación de estas normas implica también un compromiso de cumplimiento, lo que permitirá a la sociedad el poder exigirlo cuando se pueda producir alguna desviación.
- b) Contribuir a que se den las condiciones laborales, profesionales y sociales que hagan posible el cumplimiento normal de las exigencias éticas y deontológicas de la comunicación. Es decir, favorecer la existencia de mecanismos que posibiliten la aplicación de los criterios éticos de la profesión frente a las exigencias del mercado o de la propia empresa, como es uno de los objetivos de los estatutos de redacción.
- c) Poner en conocimiento de la opinión pública aquellos casos en los que se produzca incumplimiento de los criterios deontológicos. Esta función debe permitir denunciar las faltas y corregir los errores, evitando que vuelvan a producirse en un futuro.

⁷⁹⁹ MONTORO A, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, pág. 272

⁸⁰⁰ NAVARRO V, *La Autorregulación de la práctica Informativa*, pág. 182

d) El estudio, la discusión y el juicio de las actuaciones éticas conflictivas que se dan en los medios permite que los profesionales y el público puedan aprender y avanzar sobre el respeto a los derechos fundamentales y sobre los valores morales de esta actividad.

La autoregulación no debe pretender sustituir al Derecho, pero resulta evidente que cumple importantes funciones complementarias de éste y presenta ciertas ventajas. Entre ellas se puede se podría destacar:

— El Derecho necesita apoyarse en las normas éticas o deontológicas, por lo que su publicación y conocimiento general resulta imprescindible (la publicidad es uno de los rasgos definitorios de la norma jurídica). Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, señala en su artículo 3 que “los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio”.

— La jurisprudencia también se apoya en estas normas éticas para valorar la acción de los periodistas en determinados supuestos, por ejemplo, para valorar si se debe proteger una información, por ser “veraz” [art. 20.1.d) de la Constitución Española], por entender que el periodista ha actuado con “diligencia” al averiguar y contrastar suficientemente la información. Esa diligencia deberá valorarse teniendo en cuenta los cánones profesionales.

— La autorregulación, basada en mecanismos e instrumentos mucho más adaptables a cada caso y especializada, además, en la evaluación de los problemas específicos de la comunicación, permite resolver con gran precisión y de forma rápida, lo que alivia la sobrecarga de los tribunales de justicia. Además, con un menor coste económico y sin eliminar el recurso último a los tribunales en los casos más graves o en los que no se alcanza el acuerdo entre las partes.

— La autorregulación también presenta una importante ventaja frente a la coactividad del Derecho. Esto es así porque la autorregulación siempre parte de una adhesión o compromiso voluntario del sujeto, que parte de la madurez, la libertad y la responsabilidad, por lo que queda lejos de entenderse como instrumento de censura por parte del poder.⁸⁰¹

Es de recordar que muchas de las instituciones profesionales dedicadas al control ético de

⁸⁰¹ NAVARRO V, *La Autorregulación de la practica Informativa*, pág. 184

las transmisiones informativas han sido criticadas por albergar un cierto matiz de autocensura. No en vano, el Informe Mundial “Libertad de información y censura” realizado en 1991 por el Centro Internacional sobre Censura incluye (art. 13) a este tipo de organizaciones en el capítulo dedicado a los métodos directos o indirectos de censura de la información. Aunque, la inclusión sea algo exagerada y parece más bien que lo está como advertencia del riesgo real que ofrecen estos organismos sociales al poder actuar como auténticos censores. En el mismo sentido, se ha advertido que, por ejemplo, las iniciativas para el establecimiento de un Consejo de Prensa en España deben evitar, entre otras cosas, que el Consejo introduzca elementos de censura previa, que se protejan intereses corporativos y que las resoluciones del Consejo puedan imponer un determinado techo informativo en función de intereses políticos más o menos consensuados.

Junto a los instrumentos o sistemas institucionales que posibilitan la autorregulación de los medios de comunicación ya mencionados, se destaca el autocontrol que tiene otra importante misión como es el de establecer que cada profesional se exija, independientemente de la existencia o no de organismo de autocontrol, un comportamiento ético adecuado a la responsabilidad que tiene adquirida con el público, al cual representa y al que informa.

La autorregulación ha recibido también importantes críticas que podemos agrupar en dos. Las primeras, aquellas que proceden, básicamente, de ciertos sectores profesionales y editoriales, y las segundas, aquellas que proceden de aquellos que propugnan un papel de más protagonismo para las instituciones del Estado.

Entre los primeros están aquellos a los que algunos sistemas de autorregulación de la actividad informativa levanta suspicacias, ya que ven en éstos un intento o deseo de control o imposición de unos valores o principios o de homogeneización moral por parte de algún sector más o menos representativo que podría pretender constituirse en una especie de policía o guardián de los valores morales.

Por eso, se advierten⁸⁰² de que no hay que caer en la tentación de querer imponer un canon de perfección exclusivo que pretenda servir de modelo para todos los casos y circunstancias. Este importante riesgo debe prevenirse con un alto nivel de autocritica, de conciencia de las propias limitaciones, buscando altos niveles de participación y

⁸⁰² NAVARRO V, *La Autorregulación de la practica Informativa*, pág. 198

transparencia, exquisita imparcialidad y pluralismo.

Entre el segundo grupo de críticas están aquellos que sostienen que el Estado, un Estado Social y Democrático, no puede hacer dejación de sus obligaciones, entre las que se encuentra, de forma destacada, defender el pluralismo.

2.5.3 *Derecho a recibir información*

Además del tema de la autorregulación, conviene destacar la perspectiva de quien recibe la información, de la libertad informativa que va más allá del enfoque clásico que protege al sujeto activo que quiere participar en el debate público y al que hay que proteger de las injerencias del Estado. Se trata de poner el énfasis en el derecho del público a recibir esa información. Este planteamiento defiende la necesaria “intervención del Estado en el establecimiento de condiciones normativas que aseguren no sólo las condiciones a las que se ha de adecuar el emisor de la información, sino también aquellas que preservan al destinatario de la misma”.

Así, la libertad de expresión en el Estado democrático no sólo debe proteger la posición de quien participa en el proceso de comunicación pública para expresarse, también debe extender su protección a quien participa pasivamente, escuchando lo que los demás tienen que decir.

“Se protege el mensaje emitido en cuanto manifestación individual de una voluntad de expresar ideas o difundir informaciones, pero también en cuanto proceso de formación de una comunicación pública libre “sin la cual serían formas huera las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”.⁸⁰³

Esta garantía del derecho del público a recibir información es la que justifica la intervención del Estado en el proceso de comunicación y la imposición de restricciones al sujeto activo. Por citar algunos ejemplos de restricciones podemos citar la legislación que obliga al medio de comunicación a rectificar sus informaciones, la que protege al profesional de la información en casos de cambio de línea editorial, la que limita la

⁸⁰³

STC 6/1981

concentración de empresas buscando mayor pluralismo, o la que impone a las cadenas privadas de televisión la obligación de emitir espacios informativos.

También ese mismo derecho a recibir información es el que justifica que “la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hayan hecho eco de la relevancia que ha ido adquiriendo progresivamente y de su mayor reivindicación por el público”.

2.5.4 Programación en radiotelevisión española y su control

La libertad de información implica en el caso de los medios de comunicación social, en tanto que sujetos cualificados, organizados, que la ejercitan, el necesario equilibrio entre la orientación de la empresa, la línea editorial y la conformación de los contenidos para la organización profesional de ésta. Todo ello, no obstante, en el marco de la prevalencia de la orientación prefijada por los titulares de la empresa de comunicación tal y como ponen en manifiesto instituciones que, como la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, tratan de salvaguardar la llamada libertad interna de información.⁸⁰⁴

Cuando la empresa de comunicación es un servicio público organizado, dependiente de los poderes públicos, esa correlación no puede producirse en los mismos términos, sino que se hace preciso un régimen especial que evite los riesgos que conlleva la dependencia del medio de comunicación del Poder Ejecutivo (y del grupo político que en un momento determinado lo ostente), asegure el pluralismo que se considera inexcusable en todo medio de comunicación social dependiente de los entes públicos (artículo 20.3 de la Constitución española), y establezca los oportunos controles del cumplimiento de tales exigencias.⁸⁰⁵

El Consejo de Administración fija, a propuesta del Director General, los principios básicos y las líneas generales de la programación; el Director General del ente público ordena la programación de acuerdo con tales principios; y los Directores de los medios la ponen en práctica en tanto que responsables de la misma.⁸⁰⁶

El Estatuto de Radiotelevisión reconoce también al Gobierno algunas competencias en la materia. El Gobierno puede hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o

⁸⁰⁴ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 38

⁸⁰⁵ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 38

⁸⁰⁶ HERREROS J, *Libertad de Información y Derechos a la Información*, pág. 357

comunicaciones oficiales de interés público estimen necesarias con indicación de su origen. Esta intervención no es, sin embargo, especialmente significativa sobre la posible mediatización de la independencia y neutralidad de Radiotelevisión española en su programación.

De sumo interés es el hecho de que el Gobierno pueda “fijar periódicamente las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de Radiotelevisión y, previa consulta al Consejo de Administración, hacerlas cumplir”.⁸⁰⁷

Esas directrices que puede marcar el gobierno podrán tener como objeto aspectos formales (cobertura, horarios de emisión) naturalmente vinculado a los rasgos esenciales de todo servicio público (continuidad, igualdad, adaptación constante, entre otros). Pero sin llegar en ningún caso a la directividad sobre los contenidos que predeterminen efectivamente los programas. Las decisiones sobre la programación pertenecen al ámbito de la propia organización interna de Radiotelevisión española. Otra cosa es que el hecho de la orientación gubernamental de la programación pueda verse propiciada a través del Director general del ente, sobre el que el Gobierno tiene facultades decisivas como las de su nombramiento y destitución.⁸⁰⁸

2.5.5 *Pluralismo y acceso*

El respeto del pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico es uno de los principios en que deben inspirarse los medios de comunicación social dependientes del Estado y por tanto Radiotelevisión española (artículo 4). Pero además el pluralismo es especialmente reforzado por la Constitución cuyo artículo 20.3 prevé que por ley deberá garantizarse el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o del cualquier ente público, de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

El Estatuto de Radiotelevisión determina que la disposición de espacios en Radionacional de España y Televisión española se concretará de modo que accedan a estos medios los grupos sociales y políticos más significativos, a cuyo fin el Consejo de Administración, de acuerdo con el Director general del ente, en el ejercicio de sus respectivas competencias

⁸⁰⁷ Artículo. 21 Estatuto de Radio Televisión española

⁸⁰⁸ HERREROS J, *Libertad de Información y Derechos a la Información* pág. 358

(en la determinación y distribución semestral del porcentaje de horas de programación destinadas a tales grupos, el Consejo de administración; en la ordenación de la programación, el Director general) tendrán en cuenta criterios objetivos tales como representación parlamentaria, implantación sindical, ámbito territorial de actuación y otros similares (artículos 24 y 8 K del Estatuto de Radiotelevisión española).

La actividad de Radiotelevisión española debe inspirarse en los principios que enumera el artículo 4 del Estatuto de Radiotelevisión, éstos hallarán su campo característico en la programación de Radionacional española y Televisión española. El control del cumplimiento y respeto de tales principios lo confía el Estatuto al Consejo de Administración del ente público como una de sus competencias fundamentales. Pero además de este mecanismo “interno de control”, el Estatuto regula el control parlamentario directo de Radiotelevisión española.

El Estatuto atribuye a una comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados el control de la actuación de Radionacional española y Televisión española, especialmente en lo que respecta a su gestión presupuestaria, cometido que dicha Comisión extiende al caso de Radiotelevisión española. Pero no hay duda de que la programación de tales medios constituye objeto preferente de dicho control parlamentario.

2.5.6 Obligaciones “*must carry*”

La difusión de programaciones de televisión tendrá normalmente lugar a través de acuerdos comerciales entre sus titulares y los de los medios de transmisión (redes de cable o plataformas digitales), que contraten la emisión de contenidos a través de sus sistemas. No obstante, en caso necesario, una de las técnicas de que disponen los Poderes Públicos para favorecer el pluralismo y, con ello, la competencia en el sector, es la imposición a las empresas de televisión de obligaciones “*must carry*”.

Su establecimiento está justificado en los casos de limitación del número de operadores, bien por restricciones legales, o bien por la imposibilidad de extender suficientemente la competencia a la televisión en alguna de sus modalidades. En el supuesto de escasez del número de canales disponibles, podría establecerse una jerarquía de los tipos de programaciones que tengan entrada en la red, garantizando al mismo tiempo un trato no

discriminatorio.⁸⁰⁹

Las obligaciones “*must carry*” están presentes en la Ley de Telecomunicaciones por Cable, que impone dos tipos de exigencias. En primer lugar, el concesionario, como mínimo, debe reservar el 40% del total de la oferta audiovisual distribuida por la red a programadores independientes (artículo 10 y 11.1, d) Ley de Telecomunicaciones por Cable), a los que ha de dispensar un trato no discriminatorio (artículo 11,1, c). En la misma línea, la Ley 17/1997 obliga a los operadores de servicios de acceso condicional, con independencia del medio de transmisión empleado, a reservar al menos el 40% de su capacidad de transmisión a los programadores independientes, siempre que su demanda “sea suficiente y de calidad adecuada” (artículo 7, c).⁸¹⁰

Desde esta perspectiva se aprecia la trascendencia de la obligación que se impone al operador de cable, al servicio del pluralismo en el medio.

2.5.7 *Derechos exclusivos*

Los derechos exclusivos de emisión son un componente mercantil más a través del que se desarrolla la competencia entre las distintas empresas de televisión. Se trata de prácticas comerciales relevantes, no sólo para la televisión, sino también para los propios acontecimientos transmitidos.

La Comunidad Europea exige que la regulación se haga conforme con la libre prestación de servicios. La lista de acontecimientos relevantes no sujetos a derechos exclusivos que elaboren los Estados pueden ser considerados restricciones a esta libertad comunitaria, por lo que su admisión pasa porque no sean discriminatorias, estén basadas en razones de interés general y sean proporcionadas a los objetivos que tratan de satisfacer. Por otra parte, los derechos de exclusividad pueden también disminuir el derecho del público a acceder a la información que en el ámbito comunitario se protege a través del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

De ahí que la libertad de empresa deba ser contrapesada con este derecho. Se trata de encontrar el punto de equilibrio entre las legítimas prácticas comerciales de los operadores

⁸⁰⁹ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 190

⁸¹⁰ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 191

de televisión y el interés público, que exige garantizar un amplio acceso de la población a acontecimientos de interés general.⁸¹¹

A los fines de lograr una normativa armonizadora, que permita restricciones proporcionadas, justificadas y no discriminatorias, sin establecer barreras a libre prestación del servicio en este ámbito, se adoptó la Directiva 97/36, que introduce una regulación relativa a lo que se entiende por acontecimientos relevantes.

Por otra parte, las legislaciones nacionales han tratado también de dar respuesta a la problemática de los derechos exclusivos mediante tres tipos de medidas: (i) imposición de la obligación de transmitir en abierto determinados eventos; (ii) reconocimiento del derecho de terceros operadores a emitir resúmenes; (iii) preferencia a favor de las televisiones en abierto para la transmisión de determinadas programaciones.⁸¹²

En España destacó en su momento el artículo 16 de la Ley del Tercer Canal, dirigido a garantizar que la adquisición de derechos exclusivos por parte de los organismos de televisión gestores de los terceros canales no significara restricciones para el público nacional. Posteriormente se aprobó la Ley Reguladora de Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, también derogada por la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Además, destaca el hecho de que las cláusulas de exclusividad no pueden restringir la transmisión de hechos noticiables. La concentración de la información en una única fuente perjudicaría la difusión general de acontecimientos relevantes para la sociedad. El respeto a la libertad comercial de los titulares de derechos televisivos debe equilibrarse con la libertad de información. La composición de ambos intereses se consigue con el reconocimiento del derecho a la emisión de un breve reportaje informativo y con una adecuada regulación de los acontecimientos de interés general.⁸¹³

Se reconoce a todos los medios de comunicación el derecho a dar noticias – mediante reportajes cortos- de los acontecimientos sujetos a causas de exclusividad. Esta solución fue asumida por el Consejo de Europa, en su recomendación de 11 de abril de 1991. En esta se incluye el derecho a emitir un breve reportaje sobre acontecimientos de relevancia

⁸¹¹ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 194

⁸¹² BERMEJO J, *Derechos Fundamentales, Información y Deporte*, pág. 66

⁸¹³ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 196

pública, que se definen como aquellos que son considerados por una o más empresas de televisión de otros Estados como de interés especial para su público.⁸¹⁴

La Ley General de Comunicación Audiovisual regula y ordena todo lo que existía hasta ahora sobre derechos de exclusividad en los siguientes términos, y partiendo de la idea de acontecimiento de interés general:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a contratar contenidos audiovisuales para su emisión en abierto o codificado, reservándose la decisión sobre el horario de emisión, sin perjuicio de lo establecido en la normativa reguladora de las competiciones deportivas de carácter profesional.
2. El derecho de emisión en exclusiva no se ejercerá de tal modo que prive a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos calificados de interés general para la sociedad.
3. El derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias. Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición, si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento, conjunto unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo, en diferido y con una duración inferior a tres minutos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento.

4. En el supuesto de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la

⁸¹⁴ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 255

retransmisión en directo.”⁸¹⁵

2.5.8 *Acontecimientos de interés general*

La Directiva 97/36 de la Comunidad Europea reconoce a los Estados la potestad de adoptar las medidas necesarias para asegurar que los organismos de televisión sometidos a su jurisdicción no retransmitan en exclusiva, a través de sistemas que no sean de libre acceso, acontecimientos que se consideren de interés público. Se trata de evitar con ello que una parte importante del público quede privada de la posibilidad de acceder a dichos eventos en la televisión en abierto, en directo o en diferido.⁸¹⁶

Para ello es necesario el establecimiento de una lista de acontecimientos nacionales e internacionales que el Estado considere de gran relevancia para la sociedad. Estos acontecimientos han de ser de interés para el público de la unión, de un Estado miembro o de una parte importante de éste.⁸¹⁷

La potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, el cual debe fijar mediante decisión motivada un catálogo con vigencia bienal donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal. Al hacerlo, se determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo, o en caso necesario, por razones de interés público, total o parcialmente en diferido.⁸¹⁸

2.5.9 *Estatuto de Radio Televisión Española*

Inicialmente, el Estatuto de Radio y Televisión confirió al ente público Radio Televisión Española el ejercicio del conjunto de las competencias sobre radiodifusión y televisión correspondientes al Estado en cuanto titular exclusivo del servicio público, es decir, tanto

⁸¹⁵ Artículo 19. Ley General de Comunicación Audiovisual

⁸¹⁶ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 198

⁸¹⁷ LAGUNA J, *Televisión y Competencia*, pág. 199

⁸¹⁸ Artículo 20. Ley General de la Comunicación Audiovisual

las de ordenación como de gestión del mismo.

Aunque posteriormente las funciones de Radio Televisión española quedaron ya restringidas a la de la gestión directa del servicio, que constituye su auténtica misión.

El ente público Radio Televisión Española se configura por la Ley de 4/1980, como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, sujeta exclusivamente al propio Estatuto de Radio Televisión y sus disposiciones complementarias, y que en sus relaciones jurídicas externas, las adquisiciones patrimoniales y la contratación se rige sin excepciones por el derecho privado. El ente público de Radiotelevisión, en lo que respecta a su funcionamiento, administración general y alta dirección, puede distinguirse una organización central y una organización “territorial”. La primera constituida por el Consejo de Administración de Radiotelevisión española, los consejos asesores de cada una de sus sociedades estatales, y el Director general del ente público. La segunda por los correspondientes delegados territoriales y los consejos asesores de cada Comunidad Autónoma.⁸¹⁹

2.5.10 *Consejo de Administración*

El artículo 7 del Estatuto de Radiotelevisión regula el Consejo de Administración, compuesto por doce miembros elegidos por cada legislatura, la mitad por el Congreso y la mitad por el Senado, mediante mayoría de 2/3 de la cámara, entre personas de relevantes méritos profesionales.⁸²⁰

El Consejo de Administración de Radiotelevisión española es el órgano colegiado de supervisión y control interno del ente público, en especial en lo que respecta al cumplimiento de los principios generales del Estatuto de Radio y Televisión y a su neutralidad y pluralismo. Sujetos a régimen de incompatibilidades, cesan en su cargo al término de la correspondiente legislatura. La presidencia es puramente funcional y se ejercerá de forma rotativa entre sus miembros. (Artículos 8,1, 3 y 5 Estatuto de Radio Televisión Española).

⁸¹⁹ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 27

⁸²⁰ MUÑOZ S, *Servicio Público y Mercado*, pág. 40

2.5.11 *Competencias*

El Consejo de Administración tiene competencias organizativas y administrativas:

- Emitir su parecer, por mayoría de dos tercios, sobre el nombramiento del Director General del ente público, ser notificado previamente del nombramiento de éste así como de los directores de las sociedades estatales gestoras de los servicios de radiodifusión y televisión; aprobar las plantillas de Radiotelevisión española y de sus sociedades y el régimen de retribuciones de su personal; y aprobar el anteproyecto de presupuesto de Radio Televisión española y de sus sociedades.
- Consultivas: de carácter preceptivo, sobre los proyectos de disposiciones en materia de publicidad que dicte el gobierno, y de carácter facultativo en los asuntos que el Director General del ente someta a su consideración.
- Sobre la programación: velar por el cumplimiento de los principios generales del Estatuto de Radio Televisión y en especial de los recogidos en su artículo 4, aprobar, a propuesta del director general del ente público, el plan de actividad de éste, fijando los principios básicos y las líneas generales de la programación, así como el plan de actuación de las distintas sociedades del ente; dictar normas sobre la emisión de publicidad por Radiotelevisión española; determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos políticos y sociales significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20.3 de la Constitución; resolver los conflictos que puedan suscitarse en relación con el derecho de rectificación; y determinar anualmente el porcentaje de producción propia que deberá incluirse en la programación de cada medio (artículo 8 Estatuto de Radiotelevisión).

2.5.12 *Consejos Asesores de las Sociedades Estatales*

Para cada una de las sociedades estatales gestoras de los medios dependientes de Radiotelevisión española, esto es, Radio Nacional española y Televisión española, el estatuto previó la existencia de un Consejo de Administración del ente público. Este Consejo Asesor será convocado al menos semestralmente por el Consejo de Administración y emitirá opinión o dictamen cuando le fuera expresamente requerido por dicho Consejo y en todo caso respecto de las competencias que sobre programación ostenta éste (artículo 9.2 Estatuto de Radio Televisión).

La composición de Cada Consejo Asesor, de carácter representativo, prevista por el Estatuto es heterogénea: cinco miembros en representación de los trabajadores de la

correspondiente sociedad estatal designados por las centrales sindicales más representativas; cinco designados por el Instituto de España; cinco representantes de la administración Pública designados por el Gobierno, y otros cinco de otras tantas Comunidades Autónomas designados por éstas de manera que se garantice la presencia sucesivas de todas ellas en cada Consejo Asesor, más dos representantes de las asociaciones de radioyentes y telespectadores (Artículo 9.1 y Disposición Adicional 5ª del Estatuto de Radiotelevisión).

2.5.13 *Director general del ente público*

Es el órgano ejecutivo del ente público, al que corresponde la efectiva dirección de Radiotelevisión y de sus sociedades.

El Director tiene como funciones: cumplir y hacer cumplir las disposiciones que rijan la Radiotelevisión así como los acuerdos adoptados en materia de su competencia por el Consejo de Administración; someter a la aprobación de éste el plan anual de trabajo y la memoria económica anual, así como los anteproyectos de presupuesto del ente público y de sus sociedades; y autorizar los pagos y gastos del ente público y de estas últimas.

Impulsar, orientar, coordinar e inspeccionar los servicios de Radiotelevisión española y de las sociedades estatales y dictar las disposiciones, instrucciones y circulares relativas a su funcionamiento y organización interna, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Administración.

Le compete la ordenación de la programación de conformidad con los principios aprobados por el Consejo de Administración. El Director General es nombrado por el Gobierno, oído el Consejo de Administración (artículo 10.1). Este es un cargo político-ejecutivo, que puede ser visto por el Gobierno como de especial importancia y perentoriedad. El mandato del director coincide con la legislatura, es de cuatro años. En todo caso puede ser sustituido por el Gobierno, de oficio, o a propuesta del Consejo de Administración. En el primer caso deberá ser oído este último, y la resolución motivarse en la imposibilidad física o enfermedad, superior en su duración a seis meses continuos, incompetencia manifiesta, actuación contraria a los criterios, principios u objetivos enumerados en los artículos 3 y 4 del Estatuto, o condena por delito doloso. En el segundo la propuesta del Consejo de Administración deberá adoptarse por mayoría de dos tercios

de sus miembros y fundarse en las circunstancias antes mencionadas.⁸²¹

2.5.14 *Delegados y Consejos Asesores territoriales*

El Estatuto de Radiotelevisión contempla la existencia de una organización “territorial” del ente público compuesta, en cada Comunidad Autónoma, por un Delegado territorial y un Consejo Asesor Territorial.

El Delegado territorial en cada Comunidad Autónoma es nombrado por el Director General del ente público oído el órgano representativo que con esos fines se constituya en la Comunidad. El Delegado estará asistido por ese Consejo Asesor. Los Consejo Asesores son órganos desconcentrados de Radiotelevisión española, y por tanto pertenecientes a la organización del Estado. De acuerdo con el Tribunal Constitucional español esos Consejos eran un “órgano asesor representativo de los intereses de las Comunidades Autónomas que lleva al seno de la organización estatal el sentir de estos intereses”.⁸²²

2.5.15 *Gestión del servicio público*

La gestión del servicio público de radiotelevisión, corresponde al ente público Radiotelevisión española como tal, el cual la llevará a cabo través de sus servicios comunes y conforme al régimen de un ente público sujeto al derecho privado salvo en los que se derive de las previsiones específicas de la legislación de su creación (el propio Estatuto de Radiotelevisión).

Por lo que respecta a la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión, esto es, empresarial, correspondía a dos entidades instrumentales del propio ente público configuradas como sociedades anónimas: Radio Nacional de España y Televisión Española. Ambas sociedades anónimas de capital integralmente estatal, representado por acciones nominativas.⁸²³

El Estatuto de Radio Televisión prevé el necesario establecimiento en los estatutos de

⁸²¹ Artículo 12 Estatuto de Radiotelevisión

⁸²² STC 107/1982 y 285/1988

⁸²³ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 35

dichas sociedades estatales del cargo de administrador único que, coincidiendo con el director del medio, ostenta facultades de administración y sobre la programación ciertamente condicionadas por la naturaleza instrumental respecto del ente público Radiotelevisión española que esas sociedades tienen, así como por la relación de dependencia a que el Director de cada medio queda sujeto respecto de los órganos centrales del ente público.

Por otra parte, aunque los directores de los medios son los responsables de su programación lo que les otorga capacidad de decisión en la materia, están sometidos, además de la programación que fije el Consejo de Administración del ente, a la supervisión del director general y a la ordenación de la programación que a éste corresponde.

De acuerdo con la Ley General de Comunicación Audiovisual: se encomienda a la sociedad mercantil estatal Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. la gestión directa del servicio público de la Radio, televisión, servicios conexos e interactivos y de información en línea de titularidad estatal en los términos que se definen por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de Radio y Televisión de Titularidad Estatal y por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

Cumplido este procedimiento la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. comenzará a prestar directamente el servicio público de la radio, televisión, servicios conexos e interactivos y de información en línea de titularidad estatal.⁸²⁴

2.6 Régimen financiero

La televisión en Europa se implanta y desarrolla como televisión pública y en un contexto de monopolio. Una televisión estructurada al margen del mercado; concebida al servicio de las necesidades democráticas y culturales. La televisión se configura como medio y factor en la formación de una opinión individual y pública libre; el desarrollo de las libertades y de la democracia dependen del funcionamiento de los medios de comunicación y la televisión debe contribuir en la tarea de hacer posible la libre formación

⁸²⁴ Disposición adicional quinta

de la opinión pública. La televisión pública nació y vivió durante un largo período con vocación de servicio público; su tarea, su cometido no requería una explicación detallada, era inherente a su condición de televisión pública.⁸²⁵

En los tiempos confusos del posmonopolio la televisión pública no sólo sobrevive, sino que en la actualidad su existencia tiene incluso un fuerte anclaje en el derecho comunitario originario. La televisión pública, su función y su financiamiento constituyen el objeto del Protocolo 32 del Tratado de Amsterdam (1997).⁸²⁶

La ruptura del monopolio y la emergencia de las televisiones comerciales han situado la cuestión de las formas y métodos de financiamiento como eje del debate actual. La búsqueda de un nuevo equilibrio entre televisión pública y televisión privada requiere resolver de manera satisfactoria este elemento del régimen jurídico.⁸²⁷

El patrimonio de Radiotelevisión, tienen la consideración de dominio público en cuanto afecto al servicio público de radiotelevisión, estando exento de toda clase de tributo y gravámenes. Consecuentemente, la enajenación de los bienes y derechos que lo constituyen requiere su previa desafectación por el Ministerio de Economía y Hacienda, adquiriendo entonces la condición de patrimoniales privados de Radiotelevisión o de la sociedad estatal de que se trate.

Radiotelevisión española se financió con cargo a los presupuestos generales del Estado y mediante los ingresos y rendimientos de las actividades que realice. Televisión española mediante subvenciones consignadas en los presupuestos generales del Estado, la comercialización y venta de sus productos, una participación limitada en el mercado de la publicidad y, en su caso, mediante una tasa o canon sobre la tendencia de receptores podrán asimismo emitir obligaciones conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 3era del Estatuto de Radiotelevisión.⁸²⁸

El presupuesto de Radio Nacional española y Televisión española, el de cada filial, se elaboró y gestionó bajo el principio de equilibrio presupuestario y conforme a las reglas establecidas en el Real Decreto 1615/1980 dictado en cumplimiento y desarrollo del

⁸²⁵ GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en Europa*, pág. 198

⁸²⁶ MALARET E, *La Financiación de la Televisión Pública y Privada*, pág. 155

⁸²⁷ MALARET E, *La Financiación de la Televisión Pública y Privada*, pág. 155

⁸²⁸ Artículo. 32 Estatuto de Radiotelevisión española

Estatuto de Radiotelevisión.

La gestión presupuestaria de Radiotelevisión y sus sociedades estuvo sometida, además de al control por parte de los servicios de contabilidad e intervención del Estado en lo que se refiere a la gestión económica, contracción de créditos y aprobación del gasto, al Tribunal de Cuentas y a la rendición periódica de cuentas ante la Comisión de control parlamentario del Congreso de los Diputados prevista por el artículo 24 del Estatuto de Radiotelevisión.⁸²⁹

El Estatuto de Radiotelevisión se refiere expresamente a “la comercialización y venta de sus productos y por ello a la participación de Televisión Española S.A en el mercado de la publicidad es necesariamente limitado (artículo 32.2 C).⁸³⁰

De acuerdo con la Ley General de Comunicación Audiovisual la regulación del financiamiento de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual se realizara de acuerdo con el respectivo ámbito de competencia, en los siguientes términos:

1. El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales determinarán normativamente, para su ámbito de competencia, el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual. Dicho sistema deberá ser compatible con la normativa vigente en materia de competencia.
2. Los servicios de interés económico general de comunicación audiovisual radiofónica, televisiva, conexos e interactivos de titularidad estatal no admitirán ninguna forma de comunicación comercial audiovisual, ni la emisión de contenidos audiovisual en sistemas de acceso condicional, sin perjuicio de las excepciones que su normativa específica de financiación establezca.⁸³¹

De acuerdo con la Ley General de Comunicación Audiovisual: la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones gestionará la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico y la Dirección General del Tesoro y Política Financiera ordenará el pago del importe del porcentaje sobre el rendimiento de la aludida tasa a la Corporación de Radio y Televisión Española, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen.

3. La Corporación RTVE podrá obtener ingresos, sin subcotizar los precios de su

⁸²⁹ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 37

⁸³⁰ MALARET E, *La Financiación de la Televisión Pública y Privada*, pág. 175

⁸³¹ Artículo 43. Ley General de la Comunicación Audiovisual

actividad mercantil, por los servicios que preste y, en general, por el ejercicio de sus actividades, incluyendo la comercialización de sus contenidos, tanto de producción propia como de producción mixta o coproducción, siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad o de teletienda en cualquiera de sus formas, incluido el patrocinio y el intercambio publicitario de productos o programas, ni se trate de ingresos derivados del acceso condicional que no estén autorizados conforme a la Ley General de Comunicación Audiovisual. No obstante, se permitirán los patrocinios y el intercambio publicitario de eventos deportivos y culturales, que se enmarquen dentro de la misión de servicio público de la Corporación, sin valor comercial y siempre que tengan este sistema como única posibilidad de difusión y producción.⁸³²

4. Excepcionalmente podrán emitirse competiciones deportivas con contrato de patrocinio u otras formas comerciales cuando éstas formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir. Asimismo, y en función de lo establecido en el artículo 9.1.k) de la Ley General de Comunicación Audiovisual, la Corporación RTVE podrá aceptar patrocinios, siempre que éstos sólo sean difundidos a través de los canales internacionales de televisión. Los ingresos derivados de lo establecido en los dos párrafos anteriores se minorarán de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.⁸³³

5. A partir de la entrada en vigor de la Ley General de Comunicación Audiovisual la Corporación RTVE no podrá emitir publicidad, teletienda y, en su caso, programas de acceso condicional, excepto en los supuestos a los que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley.⁸³⁴ Sin embargo, cuando las emisiones de publicidad, teletienda y programas de acceso condicional tengan su origen en contratos celebrados por la Corporación RTVE que se hayan perfeccionado con terceros en una fecha fehaciente anterior a la entrada en vigor de esta Ley, las actividades de publicidad, teletienda y programación de acceso condicional se desarrollarán en los términos establecidos en los respectivos contratos, aunque sin que éstos puedan ser prorrogados en ningún caso. Estos ingresos se minorarán de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.⁸³⁵

⁸³² Disposición final tercera. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸³³ Disposición final tercera. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸³⁴ Disposición transitoria primera. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸³⁵ Disposición transitoria primera. Ley General de la Comunicación Audiovisual

2.7 Campaña electoral y pluralismo en la radiodifusión

La campaña electoral es básicamente un ejercicio de comunicación, un especial momento jurídico- político en que la importancia de la información, de la comunicación entre las partes implicadas en el proceso electoral – partidos, candidatos y electores- es el elemento clave.⁸³⁶

Es constitutivo del orden democrático garantizar la libre discusión de ideas e intereses, la libre formación de la opinión pública; en un marco pluralista, los grupos políticos y sociales más significativos participan en la formación de la opinión pública en un período jurídicamente delimitado, el de la campaña electoral.⁸³⁷

En el momento de la campaña electoral es necesario que se puedan ejercer la libertad de expresión y comunicación para que pueda existir un proceso electoral democrático. El fenómeno de la campaña conlleva inevitablemente la confrontación de los derechos e intereses de las distintas partes implicadas: partidos políticos, candidaturas, candidatos, electores, periodistas, titulares de los medios de comunicación, responsables de las empresas demoscópicas. La obligación del legislador es la de identificar un punto intermedio entre las diversas partes implicadas de tal forma que el conjunto finalmente resulte el adecuado al modelo constitucional.⁸³⁸

La democracia se vincula inexorablemente al pluralismo social, a una concepción plural de la realidad social. La Constitución española ha recogido tal condición democrática ya en su artículo 1.1, considerando el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, y así lo hace también en relación a los medios públicos de comunicación proclamando en el apartado tercero de su artículo 20 la garantía del “acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

El precepto garantiza el acceso, pero es limitativo en cuanto a quién o a quiénes disfrutarán de tal derecho, pues lo atribuye a los grupos sociales y políticos significativos sin especificar más.

⁸³⁶ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 111

⁸³⁷ ALCUBILLA A, *Procesos Electorales y Opinión Pública*, pág. 175

⁸³⁸ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 119

El Tribunal Constitucional español en su sentencia 63/1987, otorgaba la facultad de concretar quiénes eran los sujetos de tal derecho de acceso a los medios de comunicación, para cada caso, al legislador:

“Este derecho de acceso será en cada caso articulado por el legislador, pero ni éste queda libre de todo límite constitucional en dicha configuración ni la eventual vulneración de sus determinaciones por los aplicadores del derecho podrá decirse constitucionalmente irrelevante en orden al ejercicio eficaz de las libertades consagradas en el artículo 20, pues estas libertades habrán de realizarse a través de estos medios, del modo que quiere la Constitución en el apartado tercero del mismo precepto, de tal modo que la degeneración discriminatoria o arbitraria por carente de fundamento legal, del acceso que la ley haga posible, entrañará el consiguiente menoscabo del derecho del grupo así afectado – de quienes a su través pretenden difundir las propias ideas y opiniones- a la libertad que la Constitución garantiza.

En la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se ha optado por repartir los espacios en función de los votos obtenidos en las anteriores elecciones por cada una de las candidaturas concurrentes, pero hay otros factores que van a modular la participación en tales espacios. Por un lado la distribución de los espacios de propaganda entre las candidaturas la hace la Junta Electoral Central, pero a propuesta de una Comisión de Radio y Televisión, integrada por un representante de cada partido, federación o coalición que cuente con representación en el Congreso de los Diputados, que cuenten con voto ponderado para la adopción de sus acuerdos.⁸³⁹

2.7.1 *Pluralismo informativo. Partidos políticos*

La Constitución española configura el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español que se expresa a través de los partidos políticos, ya que éstos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular.⁸⁴⁰ La voluntad popular se manifiesta especialmente en los procesos de participación política, sobre todo en las elecciones. Las libertades de la comunicación (libertad de expresión y libertad de información) consagradas en los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la

⁸³⁹ Artículo 65 Ley Orgánica del Régimen Electoral General

⁸⁴⁰ Artículo 6 CE

Constitución garantizan la formación de una opinión pública libre, condición *sine qua non* del pluralismo político y requisito del funcionamiento del Estado democrático.⁸⁴¹

El período electoral, entendido como el período de tiempo comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día de la votación, es un período especialmente protegido y en el que operan una serie de garantías y restricciones con el fin de procurar una efectiva competición entre los partidos políticos que concurren a las elecciones y de permitir la libre formación de la voluntad política de la sociedad y el respeto al pluralismo político.

Por ello se establece un período de tiempo denominado campaña electoral en el que los candidatos, partidos, federaciones, y agrupaciones de electores llevan a cabo una serie de actividades tendentes a lograr la captación de votos. La campaña electoral tiene una duración de quince días, dando comienzo el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria y terminando a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación (día de reflexión).⁸⁴²

A tenor de lo dispuesto en la LOREG sólo pueden realizar actos de campaña electoral las entidades políticas que concurren a las elecciones, sin perjuicio de que las entidades políticas que no participan en las elecciones ejerzan la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 CE.

Durante el período electoral se establece que los medios de comunicación de titularidad pública en su acción informativa respetarán el pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa. Esta obligación se extiende también a las televisiones privadas⁸⁴³. Además, se fijan unas reglas específicas referentes a la difusión de propaganda electoral, publicidad electoral, régimen de sondeos.

Hay que tener en cuenta, además, que se prohíbe la difusión de propaganda electoral durante el período comprendido entre la convocatoria de las elecciones y la iniciación legal de la campaña (la “precampaña”) y, también, una vez haya terminado ésta. Esta prohibición no afecta a las actividades que realizan habitualmente los partidos en el ejercicio de las funciones constitucionalmente reconocidas, sino únicamente a los actos

⁸⁴¹ STC 136/1999

⁸⁴² Art. 51 LOREG; y art. 11.2 Ley Electoral de la Comunidad de Madrid

⁸⁴³ Ley de Televisión Privada

que contengan una expresa petición de voto.⁸⁴⁴

No obstante, es habitual que los partidos políticos con anterioridad al comienzo de la campaña electoral realicen actos políticos, hasta tal punto que las diferencias entre las actividades de los partidos antes y después de comenzada la campaña electoral son prácticamente inexistentes.⁸⁴⁵ Estos actos o jornadas organizados por los partidos políticos no pueden ser impedidos, salvo que constituyan en sí mismos actos de propaganda electoral en los que de manera expresa se pida el voto.⁸⁴⁶ En principio, se considera que estos actos constituyen actividades habitualmente realizadas por los partidos políticos en el ejercicio de la función que constitucionalmente tienen atribuida⁸⁴⁷ y, además, la Junta Electoral Central, en reiteradas ocasiones, ha considerado que en estos casos debe primar la libertad de expresión de los partidos políticos y que el respeto a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución exige una interpretación estricta de cualquier limitación o excepción a la misma. Por lo tanto, “cualquier actividad que desarrolle un partido político antes del inicio de la campaña electoral que no contenga una petición expresa del voto a los ciudadanos, no constituye propaganda electoral sino que se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión.”⁸⁴⁸ Por otro lado, durante el período electoral los poderes públicos que convocan las elecciones suelen realizar una campaña de carácter institucional con el fin de informar a los ciudadanos sobre la fecha de votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámites que hay que seguir para efectuar el voto por correo.⁸⁴⁹ En el caso de elecciones a la Asamblea de Madrid, el órgano encargado de llevar a cabo la campaña institucional es el Consejo de Gobierno Regional.⁸⁵⁰

La campaña institucional ha de respetar los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral, así como el principio de igualdad entre los actores electorales.⁸⁵¹

⁸⁴⁴ Acuerdo de la JEC de 4 de noviembre de 1985

⁸⁴⁵ SOLOZÁBAL J, *Debate sobre la Reforma del Régimen Electoral en la Reforma del Régimen Electoral*, pág. 168

⁸⁴⁶ Acuerdos de la JEC de 28 de octubre de 1985 y de 30 de noviembre de 1998

⁸⁴⁷ Acuerdo de la JEC de 11 de mayo de 1987

⁸⁴⁸ Acuerdo de la JEC de 4 de noviembre de 1985

⁸⁴⁹ Según lo dispuesto en los Acuerdos de la JEC de 29 de abril de 1991, de 8 de octubre de 1998 y de 4 de febrero de 1999, sólo puede realizar la campaña institucional a que se refiere el art. 50.1 LOREG el poder público que haya convocado el proceso electoral.

⁸⁵⁰ ALCUBILLA A, *Procesos Electorales y Opinión Pública, en Parlamento y Opinión Pública*, pág. 197.

⁸⁵¹ Art. 1 Instrucción de la JEC de 13 de septiembre de 1999 sobre el objeto y los límites de las

Además, se exige que se distinga con nitidez los mensajes institucionales de los mensajes de propaganda electoral, por lo que no se admite la utilización en la campaña institucional de leyendas, slogans o elementos que coincidan o sean semejantes con los utilizados por las entidades políticas, para evitar, de este modo, la confusión en el electorado.⁸⁵²

La campaña institucional se realiza mediante espacios gratuitos en los medios de comunicación de titularidad pública del ámbito territorial del proceso electoral de que se trate.⁸⁵³

2.7.2 Comisión de Radio y Televisión

Esta Comisión es la competente para realizar la propuesta de distribución de los espacios electorales ante la Junta Electoral, siendo en cualquier caso la Junta Electoral la que acuerda tal distribución.⁸⁵⁴

Uno de los aspectos más controvertidos de esta comisión es su composición. Sus miembros son representantes de cada partido, federación o coalición que concurriendo a las elecciones convocadas cuente con representación en el Congreso de los Diputados. Tales representantes, uno por cada entidad política, cuentan con un voto ponderado en función de la composición de la Cámara. La elección del presidente la realiza la Junta Electoral de entre los miembros de la Comisión.⁸⁵⁵

Cuando el ámbito de difusión de la programación del medio de titularidad estatal tenga un carácter regional o local (caso de las programaciones regionales que las televisiones estatales difunden en la mayoría de las Comunidades Autónomas), la Junta Electoral puede delegar en las Juntas Electorales Provinciales su distribución y, en ese caso, también se designará una comisión para proponer la distribución que se constituirá teniendo en cuenta la representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del

852 campañas institucionales
Art. 3 Instrucción de la JEC de 13 de septiembre de 1999 y Acuerdos de la JEC de 8 de julio de 1989, de 26 de mayo de 1993, de 4 de junio de 1993, de 12 de junio de 1994 y de 31 de enero de 2000

853 Art. 50.1 LOREG y Acuerdo de la JEC de 10 de mayo de 1995

854 Artículo 65 Ley Orgánica del Régimen Electoral General

855 SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 128

ámbito territorial que corresponda.⁸⁵⁶

Los tiempos que corresponden a cada formación política en los medios de radiodifusión son tema central de una campaña electoral y muchas veces el elemento fundamental en torno al que gira la actividad propagandística de la mayoría de aquéllas debido a la gran influencia que tales medios ejercen sobre el elector. La legislación electoral española de carácter general y también la autonómica se ha decantado por un baremo de los tiempos que a cada fuerza política que concurre a las elecciones corresponde en función de una serie de condicionantes.

Para aplicar los baremos se tienen en cuenta dos hechos distintos, uno referido a las elecciones anteriores y otro referido a las que están por celebrarse una vez concluya la campaña electoral. Respecto a las primeras, se van a conceder espacios en función de la representación y el porcentaje de votos obtenidos en las anteriores elecciones. Respecto al proceso electoral en marcha, se va a exigir además la concurrencia, la presentación de candidaturas, en un número mínimo de circunscripciones.⁸⁵⁷

La distribución de espacios hace referencia a cada uno de los medios de comunicación – radio y televisión públicas- y además en todos los ámbitos de programación con que éstos cuentan. Sin embargo, la aplicación de este principio no resulta siempre sencilla por las diferencias que se producen entre los resultados obtenidos por unas candidaturas constituidas por partidos políticos que concurren a unas elecciones en coalición, pero que en las siguientes se presentan por separado o formando parte de otra coalición de partidos. En tales circunstancias es la Junta Electoral que a través de su doctrina ha ido configurando cómo se debe aplicar el reparto en cada una de las distintas situaciones.⁸⁵⁸

2.7.3 *Uso de televisoras privadas*

El Tribunal Constitucional español ha calificado a la comunicación pública cuando es libre como institución política fundamental.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 128

⁸⁵⁷ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 133-134

⁸⁵⁸ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 135

⁸⁵⁹ STC 12/1982

La televisión es hoy en día el instrumento fundamental para la formación de la opinión y de la voluntad política en el seno de la sociedad. La televisión es un medio de consideración de especial referencia: “la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar- en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales para la colectividad.”⁸⁶⁰

El preámbulo de la Ley de Televisión privada de 1988 se inicia diciendo que la “televisión es, en nuestro ordenamiento jurídico y en los términos del artículo 128 de la Constitución, un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado.

Para el caso de la publicidad en prensa periódica y en emisoras de radio de titularidad privada, el artículo 58 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral, establece la igualdad de trato publicitario en las empresas privadas, regula el acceso a estos medios de comunicación imponiendo a tales medios la no discriminación en tarifas o ubicación de esos espacios. La introducción de este precepto supone que la regulación de las campañas no sólo produce obligaciones para los medios públicos sino que también hay un mandato hacia personas jurídicas privadas.⁸⁶¹

En el caso de las televisiones privadas ha sido regulado por el legislador de forma distinta. Nada prevé en este sentido la Ley Electoral. En el momento de su aprobación no existían tales televisiones.

Sin embargo el pluralismo que se exige en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral a los medios de comunicación de titularidad pública se requiere también a los privados. Hay sin embargo, una diferencia, mientras a las televisiones privadas se les exige respeto a los valores de igualdad, a los emitentes públicos lo que se les pide es respeto a la neutralidad informativa.⁸⁶²

Cuando a las televisiones privadas se les está haciendo el requerimiento de respeto a los valores de igualdad, entendemos que ello se hace en referencia a un trato igual entre todas las candidaturas que concurren a las elecciones convocadas, en cuanto al tiempo y

⁸⁶⁰ STC 206/1990

⁸⁶¹ GONZÁLEZ J, *Televisión y Democracia. La Inconstitucionalidad del Estatuto de la Televisión*, pág. 153

⁸⁶² SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 153

oportunidades de intervención en los programas, pero quizá no necesariamente en el trato informativo, esto es, la neutralidad informativa reclamada en el artículo 66 antes citado para los medios públicos. Aunque también es posible que lo que se le esté exigiendo sea lo mismo que a las públicas.

En la Ley Orgánica del Régimen Electoral se utiliza el término “período electoral”. Con ello el legislador probablemente lo que pretende es hacer más extensivo el período de preservación al pluralismo en los medios de radio y televisión privada, para que tal garantía sea factible desde el momento mismo de la convocatoria electoral, aun antes por tanto del momento de inicio de la campaña electoral.⁸⁶³

Tal consideración por parte de la norma podría interpretarse como una intromisión en la libre manifestación de opiniones y de información que deben tener tales medios privados de comunicación. La intervención en este tipo de medios, que no se produce en otros de titularidad privada como las radios o la prensa, es explicable, por el especial papel que desempeñan las televisiones en las relaciones sociales, que hace que no se les considere un medio más.⁸⁶⁴

En cuanto a los principios que deben regir la campaña electoral se distinguen:

- Las informaciones deben tener un carácter imparcial, objetivo y veraz.
- Distinción entre información y opinión; dentro de los límites del artículo 20 de la Constitución.
- Respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico.
- Respeto al honor, fama y vida privada.
- Protección de la juventud y la infancia.
- Respeto a los valores de igualdad (artículo 14 de la Constitución).
- Promoción de intereses locales, “impulsando para ello la participación de grupos sociales de tal carácter con objeto de fomentar, promover y defender la cultura y la convivencia

⁸⁶³ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 155

⁸⁶⁴ SOLER M, *Campañas Electorales y Democracia en España*, pág. 155

local”.

Se trata de garantizar durante la campaña electoral el principio de igualdad y el pluralismo informativo, en la formación del proceso de opinión pública.

2.7.4 *Medida de control de los consejeros políticos en RTVE*

La aprobación por parte del Consejo de Administración del canal público Radio Televisión Española (RTVE) de que sus miembros puedan tener acceso al sistema de producción de los informativos y, por tanto, la posibilidad de un control previo de la información, desató gran polémica en España. La medida fue propuesta por la consejera representante del Partido Popular (PP) Rosario López Miralles y votaron a favor del acuerdo los otros tres consejeros de este grupo, así como el representante de los nacionalistas catalanes de Convergencia i Unió (CiU). En la votación se abstuvieron los del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) y los independentistas catalanes de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC). En contra de esa medida votaron los representantes de Izquierda Unida y del sindicato Unión General de Trabajadores (UGT). Sin embargo, tras anunciarse la aprobación de esta medida, dirigentes de los partidos manifestaron estar en contra del acuerdo.

Con esta polémica decisión se permitía a los consejeros de la radio-televisión pública española, nombrados por los partidos políticos, supervisar el trabajo de los periodistas, teniendo los consejeros políticos de Radio Televisión Española (RTVE) acceso directo al trabajo de los periodistas de los servicios informativos en todo momento, mediante el programa informático que los redactores utilizan para escribir sus noticias (sistema de producción de los informativos (iNews)).

Sin embargo, ante las fuertes críticas la medida fue anulada por el Consejo de Administración de Radiotelevisión, sin llegar a aplicarse.

2.8 Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

El porqué de estos organismos está relacionado directamente con las características del sector en el que van actuar. En el sector audiovisual, están presentes tanto intereses

privados como públicos. Se trata de una actividad económica desarrollada por gestores públicos y privados y que éstos disfrutaban de libertades económicas como la libertad de empresa y que, además, la relación entre gestores públicos y privados deben desarrollarse de acuerdo con la lógica del mercado, o sea, con la lógica de la libre competencia. Por otro lado, los gestores deben respetar aquellos objetivos que han justificado la intervención de la actividad.⁸⁶⁵

Estas circunstancias determinan que el organismo debe ser, en primer lugar, un organismo de control, para garantizar el respeto de los intereses que justifican la intervención de la actividad.

La creación de un consejo audiovisual de ámbito estatal se ha convertido sin duda en una de las cuestiones más interesantes y a la vez más controvertida del régimen de la intervención administrativa sobre los medios audiovisuales. El Consejo de Ministros aprobó, en junio de 2005, el Plan de reforma del sector audiovisual, que incluía tres anteproyectos de ley: el de la Ley de la radio y la televisión de titularidad estatal, el de la Ley general audiovisual y el de la Ley de creación del Consejo estatal de los medios audiovisuales.⁸⁶⁶

Un Consejo Audiovisual debe ser la verdadera plasmación de la autorregulación en materia audiovisual, frente al mero intervencionismo estatal y frente al gremialismo o corporativismo de los acuerdos entre cadenas que en muchas ocasiones intentan hacerse pasar por autorregulación. La autorregulación es un concepto liberal-democrático que supone la participación activa de la sociedad civil en la toma de decisiones, pero no debe olvidarse que la sociedad civil está formada por la oferta y por la demanda. Por ello, es necesario que se establezcan medidas adecuadas para la participación de la ciudadanía (es decir, de los espectadores/receptores) y no sólo de las empresas, de los profesionales y de los expertos.⁸⁶⁷

Genéricamente se han definido como funciones de un Consejo Audiovisual:

La de velar por los contenidos del sector audiovisual. Se trata de una de las cuestiones más polémica, ya que desde los sectores más liberales se entiende que es una injerencia

⁸⁶⁵ BETANCOR A, *Los Organismos Reguladores de lo Audiovisual*, pág. 212

⁸⁶⁶ ORRIOLS M, PONS F, *La Futura Regulación de un Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales*, pág. 2

⁸⁶⁷ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN, *El Consejo audiovisual*, pág. 1

del poder político contra los medios de comunicación. Las funciones de control de tipo formal u objetivo, como por ejemplo la vigilancia del tiempo máximo dedicado a publicidad, número máximo de cortes de una película, la contraprogramación, la alteración de los horarios o programación anunciados, entre otros, no plantea excesivos recelos. Sin embargo, lo relacionado con contenidos, donde el margen para la subjetividad es amplio, es aún cuestionado.

Garantizar el pluralismo de los medios, la objetividad y transparencia de la información y el cumplimiento de la misión de servicio público de los distintos medios audiovisuales.

Uno de los compromisos electorales contraídos en 2004 por el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español presidido por Rodríguez Zapatero era una profunda reforma del sistema de medios audiovisuales españoles, que abarcaba desde la reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal hasta el diseño de un nuevo marco jurídico audiovisual que acabara con la situación de dispersión normativa.⁸⁶⁸

El escenario legislativo audiovisual español necesitaba de una reforma urgente, y esto es compartido por el conjunto de la industria audiovisual; de forma que la propuesta legislativa parte de una acción bifronte, la generación de un marco legislativo general, de carácter básico y que por tanto es de aplicación directa a la radio y la televisión públicas y privadas, para las distintas coberturas (estatal, autonómica o local) e independiente de las formas de transmisión y difusión del servicio, que se concreta en una Ley General Audiovisual a la que acompaña el anteproyecto de Ley de Creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Es esta última propuesta legislativa en la que se concreta el compromiso de creación de la autoridad Audiovisual independiente de la que España había carecido.

La carencia de una autoridad independiente para el sector audiovisual reviste una especial gravedad desde el momento en que España comparte con los demás Estados de la Unión una misma concepción de la democracia y del ejercicio de una serie de derechos y libertades que de ella se derivan; comunión política, judicial y social que se revaloriza a medida que caminamos hacia su consolidación constituyente. Inserto en este proyecto, como uno de los denominadores comunes de esta realidad, está la protección y establecimiento de garantías en el ejercicio de determinados derechos y libertades

⁸⁶⁸ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 1

mediante distintos instrumentos jurisdiccionales o mediante organismos de carácter institucional, como es el caso de los Consejos de Audiovisual para un ámbito tan sensible como son los derechos y libertades de comunicación pública en el marco de la televisión y otros medios audiovisuales.⁸⁶⁹

Estas autoridades independientes del sector audiovisual se encuentran configuradas como organismos independientes de los diferentes Gobiernos y, por supuesto, de las empresas titulares de los medios de comunicación.

La Comisión europea había reiterado a lo largo de mucho tiempo la necesidad de enfoques separados para regular la infraestructura de transmisión de los servicios audiovisuales y los contenidos: los servicios que proporcionan contenidos audiovisuales se deben regular sobre la base de su naturaleza, no según el medio por el que llegan al usuario. La Comisión considera que, probablemente, determinadas cuestiones que deben tenerse en cuenta en la reglamentación, como la diversidad cultural y lingüística, los aspectos relacionados con el acceso a los contenidos audiovisuales, la protección de los menores y la publicidad son aspectos susceptibles de generar problemas dada su condición de derechos constitucionales, como ocurre en España; lo que justificaba abordar el debate social sobre estos extremos, teniendo en cuenta la fuerte repercusión del sector audiovisual en los ámbitos social, cultural y educativo.

El Consejo Audiovisual español debía observar junto a los criterios ya expresados, la realidad autonómica española, en la que ya se encontraban experiencias válidas de regulación independiente de este sector como son los casos de Cataluña, Navarra o Andalucía. En este mismo sentido, teniendo en cuenta los procesos ya iniciados en otros países, como es el caso británico (creación de OFCOM como fusión de OfTel y la ITC), se debe atender a la realidad del proceso de convergencia entre los sectores del audiovisual y de las telecomunicaciones que aconseja esfuerzos de coordinación entre los distintos organismos de regulación de estos sectores convergentes.⁸⁷⁰

Dada la relevancia constitucional de los derechos en juego en el Audiovisual, los mecanismos de elección de los miembros de este Consejo Audiovisual, su naturaleza

⁸⁶⁹ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 2

⁸⁷⁰ ORRIOLS M, PONS F, *La Futura Regulación de un Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales*, pág. 3

jurídica que debían garantizar su independencia, sus competencias y funciones, así como la capacidad de sanción en caso de incumplimiento de sus acuerdos por parte de los radiodifusores o proveedores de los contenidos audiovisuales constituyen una propuesta integral de creación de este organismo, un organismo para todos en España.⁸⁷¹

La Conferencia Europea del Sector Audiovisual, organizada conjuntamente por la Comisión y la Presidencia británica de la UE y que tuvo lugar en Birmingham en abril de 1998, concretó propuestas de regulación respecto de los contenidos audiovisuales a lo que acompañaba la creación en 1997 de un Grupo de Alto Nivel sobre la Política Audiovisual por el Comisario Marcelino Oreja. En octubre de 1998, este Grupo publicó un informe titulado “La era digital” que recoge entre sus recomendaciones la de señalar que corresponde a los Gobiernos decidir si es preciso establecer un organismo regulador para los aspectos técnicos y otro para los aspectos de contenido, o bien un organismo regulador unificado para ambos tipos de normas. Ahora bien, si hay más de un órgano regulador, tendrán que cooperar entre sí y con las autoridades responsables de la competencia.⁸⁷²

El 10 de noviembre de 1999, la Comisión también inició un extenso examen del marco reglamentario relativo a la infraestructura de comunicaciones electrónicas. En la Comunicación titulada “Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados: Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones”, la Comisión propone crear un nuevo marco regulador que cubra todas las redes de comunicaciones y los servicios asociados al acceso a esta infraestructura. Esta Comunicación, en la que se recogen los principios a tener en cuenta para la regulación de ese sector, señala para el caso del audiovisual los siguientes aspectos:⁸⁷³

-Que el principio de proporcionalidad en el grado de intervención reglamentaria no debería ser mayor de lo necesario en el sector audiovisual.

⁸⁷¹ ORRIOLS M, PONS F, *La Futura Regulación de un Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales*, pág. 3

⁸⁷² Comunicación de la Comisión de 14.12.1999 al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital (COM(1999) 657 final). http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/legispdffiles/av_es.pdf

⁸⁷³ Los resultados detallados de la Conferencia se encuentran en http://europa.eu.int/eac/bg-intro_en.html

-La necesaria separación de las legislaciones relativas a la transmisión y al contenido.

-La oportunidad de tener en cuenta los objetivos de interés general y el enfoque reglamentario a nivel europeo.

-El reconocimiento del papel de la radiodifusión pública y la necesidad de transparencia de su financiación.

-Que la autorregulación supone un proceso complementario a la regulación desde la Autoridad competente.

A raíz de las distintas consultas realizadas a nivel europeo, la Comisión fijó varias directrices para el desarrollo de los organismos reguladores en el sector audiovisual europeo:

-Los organismos reguladores no deben depender del Gobierno ni de los operadores.

Los aspectos relativos al contenido son esencialmente nacionales por naturaleza, puesto que están directa y estrechamente relacionados con las necesidades culturales, sociales y democráticas de una sociedad determinada; por tanto, de conformidad con el principio de subsidiariedad, la reglamentación de los contenidos es una responsabilidad primaria de los Estados miembros.

La convergencia tecnológica requiere una mayor cooperación entre los reguladores implicados (infraestructuras de comunicación, sector audiovisual, competencia).

Los organismos reguladores pueden contribuir al desarrollo y aplicación de medidas de autorregulación. En este aspecto, la Comisión examinó la utilidad de establecer un foro específico a nivel europeo de cooperación entre reguladores, operadores y consumidores en el sector audiovisual.

En este contexto se debe destacar la Recomendación del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la independencia y las funciones de las autoridades reguladoras para el sector de la difusión, por la que recomienda a los gobiernos lo siguiente.⁸⁷⁴

⁸⁷⁴

Esta posición coincide con el contexto de la Unión Europea, en el Cuarto Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 89/552/CEE “Televisión sin Fronteras” de 6 de enero de 2003

1. Establezcan, si aún no lo han hecho, autoridades reguladoras independientes para el sector de la difusión.
2. Incluyan provisiones en su legislación y medidas en sus políticas que encomienden poderes a las autoridades reguladoras del sector de la difusión que les permitan llevar a cabo sus tareas, como dicta la ley nacional, de una manera independiente y transparente, de acuerdo con las directrices que se establecen en el apéndice de esta recomendación.
3. Presenten estas directrices ante las autoridades reguladoras del sector de la difusión, las autoridades públicas y los grupos profesionales a los que concierne, además de ante el público en general, a la vez que aseguran el respeto efectivo de la independencia de las autoridades reguladoras con respecto a cualquier interferencia en sus actividades.
4. Para el desempeño de las funciones a encomendar a estas autoridades reguladoras del sector de la difusión, de forma independiente, se señala por el Consejo de Europa en esta recomendación como directrices de marco legislativo general, que los estados miembros deben asegurar el nombramiento y el funcionamiento sin obstáculos de las autoridades reguladoras del sector de la difusión a través de la creación de un marco legislativo de carácter general. Las normas y procedimientos que rijan o afecten el funcionamiento de las autoridades reguladoras deben afirmar y proteger su independencia claramente.

Junto a lo anterior, el Consejo de Europa señaló igualmente que en la Ley se deberá establecer, de forma clara y concisa, los deberes y poderes de las autoridades reguladoras del sector de la difusión, los medios por los cuales serán responsables, los procedimientos para el nombramiento de sus miembros y los medios por los que serán financiados. Para ello, desarrolla toda una serie de criterios que han de ser tomados en cuenta por los Gobiernos en relación con el nombramiento, composición y funcionamiento de los Consejos del Audiovisual: independencia económica, poderes y competencias, así como respecto del régimen de responsabilidad en el que incurren estas autoridades nacionales de regulación del sector audiovisual.⁸⁷⁵

La polémica suscitada alrededor el Libro Verde sobre la Convergencia, alcanzó entre otras conclusiones la necesidad de mantener la diferenciación o regulación separada de los

que a su vez reitera lo ya dicho en 1999[1] respecto del papel de los organismos reguladores nacionales del audiovisual

⁸⁷⁵ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 2

servicios de telecomunicaciones y los del audiovisual por diversas consideraciones. Fundamentalmente, se estima que esta separación regulatoria deviene de los distintos objetos jurídicos a proteger; así, en el caso de los servicios de telecomunicaciones serían los principios derivados del derecho de la competencia, mientras que en el caso de los servicios audiovisuales, sin menoscabo de los anteriores, el principal objeto jurídico a proteger son los valores constitucionales inherentes a la actividad de comunicación social que implica la prestación de servicios audiovisuales.⁸⁷⁶

Es imperativo evitar someter un mismo servicio a dos conjuntos de normativas con objetos diferentes y deberá respetar ciertos principios y fomentar la competencia, el pluralismo y el acceso libre y no discriminatorio. Podrá tener en cuenta otros objetivos, más específicos, de interés público, definidos esencialmente a nivel nacional.

El marco regulador deberá favorecer el desarrollo de servicios digitales y una transición sin problemas a un medio totalmente digital, así como deberá fomentarse la cooperación a nivel europeo entre los órganos reguladores nacionales, a fin de garantizar el entendimiento mutuo y cierto grado de coherencia.⁸⁷⁷

El 1 de abril de 2011 entró en vigencia la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Esta tiene por objeto regular la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos.⁸⁷⁸

La Ley establece el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, para conseguir esta comunicación audiovisual plural se garantiza el pluralismo externo a través de la diversidad de medios, tanto públicos, comerciales como comunitarios. Además se garantiza la diversidad en los contenidos y programación pues los mismos deben reflejar el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad. Además, todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de “una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes

⁸⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, COM/97/623 final, 3.12.1997

⁸⁷⁷ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 3

⁸⁷⁸ Artículo 1. Ley General de la Comunicación Audiovisual

con la organización territorial del Estado. Esta prestación plural debe asegurar una comunicación audiovisual cuya programación incluya distintos géneros y atienda a los diversos intereses de la sociedad”.⁸⁷⁹

Este pluralismo se exige particularmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública.⁸⁸⁰

También se hace referencia al deber de los prestadores de una comunicación que se elabore con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información (esto es confrontación de fuentes, diligencia en la búsqueda) y que respete el pluralismo político, social y cultural.⁸⁸¹ Destaca el establecimiento del derecho que tienen todas las personas a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión.⁸⁸²

En cuanto al derecho de participación en el control de los contenidos audiovisuales, señala la Ley General de Comunicación el derecho de toda persona física o jurídica a solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación. En todo caso, la autoridad competente, si lo considera oportuno, dictará recomendaciones para un mejor cumplimiento de la normativa vigente.⁸⁸³ De otro lado se ubica la libertad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a fijar la dirección editorial mediante la selección de los contenidos y la determinación de los horarios, organizar sus contenidos a través de un canal o de un catálogo de programas.⁸⁸⁴

La Ley General de la Comunicación Audiovisual crea el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Estará adscrito al Ministerio de la Presidencia.⁸⁸⁵

⁸⁷⁹ Artículo 4.1 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸⁰ Artículo 4.1 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸¹ Artículo 4.5 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸² Artículo 4.6 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸³ Artículo 9.1 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸⁴ Artículo 4.6 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸⁵ Artículo 44 Ley General de la Comunicación Audiovisual

Antes de la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, se perfilaba como una de las características de este ente su autonomía frente al gobierno. Sin embargo, su adscripción al Ministerio de la Presidencia puede ser un elemento que no permita el logro de este objetivo.

De acuerdo con la Ley el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como autoridad independiente supervisora y reguladora de la actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia, tiene por finalidad velar y garantizar el cumplimiento de la libre comunicación audiovisual en materia de radio, televisión y servicios conexos, el cumplimiento de los derechos y obligaciones de prestadores y usuarios, en particular en relación con los menores, la transparencia y el pluralismo del sector audiovisual, la independencia e imparcialidad del sector público estatal de radio, televisión y servicios conexos e interactivos, y el cumplimiento de la misión de servicio público que le sea encomendada.⁸⁸⁶

En cuanto al régimen jurídico aplicable el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se regirá además: a) Por las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que le sean de aplicación. Anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda y lo remitirá al Ministerio de la Presidencia, para su elevación al Gobierno y su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, b) Por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, c) Por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y en lo no previsto en ella, por el Derecho privado en sus adquisiciones patrimoniales, d) Por las normas de Derecho laboral en materia de medios personales. La selección del personal, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, e) Por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por la normativa que le sea de aplicación en el ejercicio de sus funciones pública.⁸⁸⁷

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, los productores audiovisuales, los proveedores de contenidos y los titulares de canales, podrán someter sus controversias al conocimiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales o a los órganos que a tal

⁸⁸⁶ Artículo 45 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸⁷ Artículo 46. Ley General de la Comunicación Audiovisual

fin creen las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, con sujeción a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.⁸⁸⁸

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá:

1. Dictar las disposiciones y actos precisos para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley y para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Las disposiciones adoptarán la denominación de “Instrucción” cuando tengan carácter vinculante, y de “Recomendación” en caso contrario.
2. Requerir a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual los datos necesarios para comprobar el cumplimiento de sus obligaciones. La información obtenida será confidencial y no podrá ser utilizada para fines distintos a los previstos en la legislación audiovisual.
3. Realizar inspecciones, a cuyo efecto, el personal dependiente del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales tiene la condición de autoridad pública.
4. Requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo.
5. Adoptar las medidas provisionales necesarias para garantizar la eficacia de sus resoluciones en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
6. Instruir y sancionar las conductas tipificadas como infracciones en esta Ley cuando se produzcan en el mercado audiovisual estatal ⁸⁸⁹

En cuanto a su organización, documentos previos a su creación hacían referencia a que debía estar formado por un número suficiente y no excesivo de consejeros (entre 9 y 12 miembros), elegidos por mayoría parlamentaria, por un período superior al de la legislatura y deberá tomarse en cuenta su vinculación con el sector.⁸⁹⁰

De acuerdo con la Ley General de la Comunicación el Consejo Estatal de Medios

⁸⁸⁸ Disposición Transitoria Segunda. Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁸⁹ Artículo. 48 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁹⁰ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 4

Audiovisuales estará formado por la Presidencia, la Vicepresidencia y siete consejerías cuyos titulares serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes. No obstante lo anterior, si en la primera designación de los consejeros, transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de 3/5, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta.⁸⁹¹

Corresponde a la Presidencia del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales ejercer las siguientes funciones:

- a) La representación legal del Organismo.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo.
- c) Dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos.
- d) Disponer los gastos y ordenar los pagos que correspondan.
- e) Celebrar contratos y convenios.
- f) Desempeñar la jefatura superior del personal.
- g) Ejercer las facultades que el Consejo le delegue de forma expresa.
- h) Presidir el Comité Consultivo.
- i) Ejercer las demás funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente.

Corresponde a la Vicepresidencia: sustituir a la Presidencia en los casos de vacante, ausencia o enfermedad y ejercer las funciones que le sean delegadas, así como en los casos de dimisión del Presidente hasta el nombramiento por el Congreso de los Diputados de su sustituto con la mayoría requerida por esta Ley.⁸⁹²

Sobre el mandato de sus integrantes refiere la Ley que los integrantes del Consejo tendrá

⁸⁹¹ Artículo 49 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁹² Artículo 49.Ley General de la Comunicación Audiovisual

una duración de seis años, no renovable. Si durante el período de duración de su mandato se produjera el cese, su sucesor será nombrado por el tiempo que reste. El Consejo se renovará parcialmente cada tres años, por grupos de cuatro y cinco de sus integrantes, alternativamente.⁸⁹³

La condición de miembro del Consejo será además incompatible con el mantenimiento de intereses económicos, directos o indirectos, tanto en el sector específico de la comunicación audiovisual como en la industria productora o distribuidora de contenidos para el mismo y sus industrias auxiliares, así como en el sector de las telecomunicaciones o de servicios de sociedad de la información. Dichas incompatibilidades serán exigibles durante su mandato y hasta dos años después de la fecha de su cese.⁸⁹⁴

También los documentos previos a la creación del Consejo desarrollaban la idea de un Comité Asesor en el que participaran representantes de las organizaciones sociales y ciudadanas, que elaborarán informes perceptivos en materia de normativa publicitaria y contenidos.⁸⁹⁵

El artículo 51 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual crea el Comité Consultivo como órgano de participación ciudadana y de asesoramiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Este Comité Consultivo estará presidido por el Presidente del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales que no dispondrá de voto en relación con sus informes. El número de miembros del Comité y la forma de su designación se determinará reglamentariamente. Los miembros serán designados en representación de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal, de las organizaciones representativas del sector de la producción audiovisual y de los anunciantes, de los sindicatos más representativos del sector a nivel estatal, de asociaciones de defensa de los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual, con representación acreditada en ámbito estatal, así como del Consejo de Consumidores y Usuarios.⁸⁹⁶

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales contará con patrimonio propio e

⁸⁹³ Artículo 50 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁹⁴ Artículo 50 Ley General de la Comunicación Audiovisual

⁸⁹⁵ GARCÍA A, *Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*, pág. 4

⁸⁹⁶ Artículo 51. Ley General de la Comunicación Audiovisual

independiente del patrimonio de la Administración General del Estado, que será determinado reglamentariamente.

1. Los recursos del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales estarán integrados por:

a) Los bienes y valores que constituyen el patrimonio y los productos y rentas del mismo y las tasas proporcionadas y equitativas que perciba por la realización de sus actividades o la prestación de sus servicios.

b) Las transferencias que, con cargo al Presupuesto del Estado, efectúe el Ministerio de la Presidencia.

2. Los ingresos de cada ejercicio se destinarán a:

a) Cubrir pérdidas de ejercicios anteriores.

b) El mantenimiento de su actividad y de los bienes que integran su patrimonio.

3. El control económico y financiero del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se llevará a cabo mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas.⁸⁹⁷

Durante el mes de junio del año 2011 el Gobierno español en Consejo de Ministros aprobó un acuerdo para impulsar la constitución efectiva del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), previsto en la Ley General de Comunicación Audiovisual, como autoridad independiente con competencias reguladoras sobre la actividad audiovisual de cobertura estatal. Este acuerdo recogió el compromiso del Gobierno para realizar los trámites que permitan el nombramiento de los miembros del CEMA, la constitución efectiva del organismo y la aprobación de las normas reguladoras de su actividad mediante un Real Decreto sobre su estructura orgánica y un reglamento de régimen interior. Según el Ejecutivo, la creación del CEMA "supone una garantía de independencia y neutralidad que permite la libre competencia, la transparencia y el pluralismo en el sector audiovisual", así como la homologación del marco regulador audiovisual español con el resto de países de la Unión Europea.

⁸⁹⁷

Artículo 52. Ley General de la Comunicación Audiovisual

El Gobierno, en virtud del acuerdo aprobado se comprometió a llevar a cabo los contactos necesarios con los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados para la elección del presidente y los seis consejeros del CEMA entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual.

Por otro lado, correspondía al Ministerio de la Presidencia remitir al CEMA el proyecto de Real Decreto de estructura orgánica para que emita informe previo a su aprobación por el Consejo de Ministros. De forma transitoria, el Consejo ejercerá sus funciones asistido por la Subdirección General de Medios Audiovisuales de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y hará uso de las competencias que, hasta la aprobación de la Ley 7/2010, correspondían a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Asimismo, el Ministerio prestará el apoyo necesario para la constitución efectiva del CEMA, para su funcionamiento ordinario y la gestión de los servicios, hasta que el nuevo órgano disponga de medios propios.⁸⁹⁸

En cuanto a las modificaciones en el resto del ordenamiento jurídico que ordena la Ley General de la Comunicación Audiovisual, y que persiguen garantizar el pluralismo tanto interno como externo destaca:

-La Disposición final segunda, mediante la cual se modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, en los siguientes términos:

-Se atribuye a la Corporación de Radio y Televisión Española, S. A., Corporación RTVE, la gestión del servicio público de radio y televisión en los términos que se definen en esta Ley. (Apartado 1 del artículo 3). El conjunto de las producciones y emisiones de radio y televisión efectuadas por la Corporación RTVE deberá cumplir con las obligaciones integradas en la función de servicio público definida en la Ley (apartado 4 del artículo 3).

-La Corporación RTVE podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con las actividades y funciones de aquella, incluidas las de servicio público. La adquisición o pérdida de la participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Corporación RTVE en el capital social de dichas sociedades requerirá la previa autorización del Consejo de Ministros. (Apartado 2 del artículo 7).

-La Corporación RTVE no podrá ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determine el mandado marco. (Apartado 5 del artículo 7).

-Dos de los miembros del Consejo a elegir por el Congreso, lo serán a propuesta de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en la Corporación. (Apartado 2 del artículo 11).

-Determina el procedimiento interno aplicable por la Corporación RTVE para el ejercicio del derecho de acceso reconocido en el artículo 20.3 de la Constitución. (letra “o”) del apartado 4 del artículo 16).

-Los Consejos Informativos son los órganos internos de participación de los profesionales de la información de la Corporación RTVE para velar por su independencia y la objetividad y veracidad de los contenidos informativos difundidos. (Apartado 1 del artículo 24).

-La producción y programación de la Corporación RTVE deberá ajustarse al cumplimiento de sus funciones de servicio público (Apartado 1 del artículo 25).

-La Corporación RTVE garantizará la disponibilidad de los medios técnicos y humanos necesarios para la realización de los espacios para el ejercicio del derecho de acceso. (Apartado 3 del artículo 28)

-La Corporación RTVE tendrá un patrimonio propio. Los bienes y derechos de la Corporación RTVE serán en todo caso de dominio privado o patrimoniales (artículo 29).

-En cuanto a la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación estatal del espacio radioeléctrico: Será elaborada con la participación de las Comunidades Autónomas a través de instrumentos de cooperación previstos en la legislación general. A estos efectos, el Gobierno recabará informes de las Comunidades Autónomas a la hora de habilitar bandas, canales y frecuencias para la prestación de servicios.⁸⁹⁹

⁸⁹⁹ Disposición adicional segunda Ley General de la Comunicación Audiovisual

2.9 Ley General de la Comunicación Audiovisual. Internet

2.9.1 *Internet*

A raíz de la sentencia del Juzgado de lo Penal No. 16 de Madrid (Sentencia de 18 de diciembre de 2009) se ha puesto de nuevo sobre el tapete la consideración de internet como un medio de difusión audiovisual, en dicha sentencia se afirma en relación con la versión digital de un periódico, que “Internet no es medio de comunicación social en sentido estricto, sino universal”, esta es solo una mención circunstancial de la sentencia que poca o ninguna influencia tuvo sobre las resultas de la misma. Sin embargo, la afirmación del Tribunal permite nuevamente reflexionar sobre el tema.

Tal como hemos desarrollado en otros apartes de esta investigación la Constitución española (CE) reconoce el “derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión” (CE, art. 20), respetando en todo caso como límites el “derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Definir internet no es parte de esta investigación, pero si nos interesa delimitar si en determinados supuestos, es un medio asimilable a los tradicionales medios audiovisuales de comunicación social y necesitado por tanto de las mismas garantías que permiten el oportuno equilibrio entre la libre expresión e información con otros derechos y su consecuente sujeción a un régimen jurídico similar al de los tradicionales medios audiovisuales.⁹⁰⁰

Para ello vamos a abordar el modo peculiar de la transmisión de información por Internet y la eventual consideración de ese modo de difusión para, a partir de ahí, precisar su función como medio audiovisual de comunicación social en el contexto de la convergencia tecnológica y su oportuna caracterización jurídica en tanto que tal.

El artículo 20.1.d) CE reconoce el derecho a comunicar y recibir información a través de cualquier medio de difusión. La difusión del mensaje es así el elemento que define a los

⁹⁰⁰ LÓPEZ M, *Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?*, pág. 34-43

medios de comunicación social desde la perspectiva de los derechos fundamentales.⁹⁰¹

En Internet se transmite a través de la llamada red de conmutación de paquetes, frente al paradigma dominante de las telecomunicaciones conocidas con anterioridad, la red de conmutación de circuitos. Ello significa que para poder transmitir la información en Internet es necesario que la misma se trocee en paquetes con identidad propia, que permiten conocer su origen y destino, así como el lugar que ocupan dentro de la información a transmitir, lo que posibilita recomponer el mensaje original en el lugar de destino. Los paquetes viajan individualmente, pueden ir por rutas diferentes y circular en los dos sentidos de una conexión, pero siempre con un destino servidor-interactor. En cambio, el sistema de transmisión tradicional suponía un camino fijo y permanente entre ambos extremos de la comunicación, mientras estaba establecida.⁹⁰²

En este sentido, a pesar de no ser internet un medio de difusión que pueda ubicarse en la clasificación tradicional de medios de difusión, si existe difusión desde el momento en que la información transmitida por Internet puede llegar simultáneamente a una pluralidad de receptores (en el sentido de público).

Aunque parezca una paradoja, esto es posible gracias a que técnicamente la comunicación se establece en un acto singular de comunicación, a pesar de que Internet es un medio global que llega a un gran número de interactores. Cada individuo hace una petición a un servidor de información y este le facilita la información solicitada a él y solo a él. Los servidores pueden atender simultáneamente a varios interactores a la vez, pero siempre de manera individual. Pueden en este sentido darse tres tipos de comunicación entre el interactor y el servidor: a) personalizada, en la que el receptor -interactor- obtiene una información distinta del resto de los interactores, adaptada a sus preferencias o intereses; b) genérica, como en la prensa escrita, en la que cada receptor o interactor recibe exactamente la misma información al efectuar una determinada petición, y c) directa, en cuyo caso todos los interactores que están conectados simultáneamente obtendrán, como en la radio o en la televisión, contenidos idénticos que no podrán ser recuperados instantes después.⁹⁰³

⁹⁰¹ SOUVIRÓN J, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales*, pág. 3

⁹⁰² LÓPEZ M, *Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?*, pág. 34-43

⁹⁰³ LÓPEZ D, *Los Códigos de Conducta: solución idónea frente a la elevada desprotección de la vida privada en internet*, pág. 44

2.9.2 *Internet medio de comunicación audiovisual*

Conforme a todo lo expuesto y partiendo de que en Internet la comunicación se establecerá en todo caso uno a uno (entre un servidor y cada uno de los posibles múltiples interactores) y de que no toda transmisión por Internet será difusión (por ejemplo, la comunicación personalizada), debemos determinar las diferentes modalidades de transmisión que ofrece Internet, a fin de conocer en qué supuestos la misma puede ser asimilable a los medios audiovisuales de comunicación social tradicionales, a efectos de aplicarle un mismo régimen jurídico.⁹⁰⁴

Atendiendo a las diferentes posibilidades que ofrece internet, hay que distinguir entre los cinco supuestos siguientes:⁹⁰⁵

- Internet como medio de comunicación individual o de grupo restringido (como ejemplo convencional, el correo electrónico, además de las posibilidades abiertas por los foros, chats, etc.). En este caso, el emisor no transmite una información programada, ni en su conjunto ni tampoco en cada uno de los mensajes -ni, por lo demás, hay tampoco en origen un objetivo de transmisión al público en general sino restringida-, al funcionar en este caso Internet como mero lugar de encuentro individual (correo electrónico) o colectivo (foros, chats, redes sociales). A ello hay que añadir que en el supuesto de Internet como medio de comunicación de grupo restringido, el usuario no es más que un sujeto que se expresa en un grupo formado previa autorización de un tercero, el administrador o en su caso el prestador de servicios, que es quien tiene en último término el control sobre los contenidos, así como sobre la publicidad que muestran.

- Internet como archivo de información accesible. Tal información puede ser sonora, de imágenes, escrita, etc., pero lo característico es que esa información está organizada como un archivo al que se puede acceder en cada uno de sus componentes. No hay por tanto una programación de la información difundida.

- Internet como soporte para la difusión de los medios audiovisuales clásicos (radiodifusión sonora y televisión) de modo simultáneo al de su difusión por sus vías convencionales. En este caso nos hallamos ante una difusión al público y de carácter

⁹⁰⁴ LÓPEZ M, *Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?*, pág. 34-43

⁹⁰⁵ CRIADO J, *Redes Sociales Digitales y Administraciones Públicas*, pág. 109

programado (la programación de su difusión por dichas vías convencionales).

- Internet como soporte o modalidad específica de difusión de los medios audiovisuales clásicos (radiodifusión sonora y televisión), pero de contenidos ya previamente difundidos por las vías convencionales de estos (ondas, cable, etc.) y que se vuelcan en la Red con el carácter por tanto de archivos. Por ello, aunque en origen tales emisiones de radio o televisión fueran emisiones programadas, con su vuelco en Internet (como archivo) dejan ya de tener este carácter programado.

- Internet como medio autónomo de difusión audiovisual. En este caso, Internet aparece como soporte o modalidad de difusión de contenidos audiovisuales (por ejemplo de radiodifusión sonora o televisiva), pero llevada a cabo directa o exclusivamente por Internet. Por eso mismo tales contenidos no tienen en este caso carácter de archivo. A su vez, este supuesto de difusión por Internet podría tener dos subvariantes: a) la llevada a cabo por una empresa u organismo ya dedicado a la difusión de radio o televisión por las vías convencionales, pero que utiliza Internet para difundir un contenido diferente, y b) la llevada a cabo por un organismo, entidad o persona que solo realiza difusión por Internet.

Así las cosas, sólo puede considerarse internet como medio audiovisual en los supuestos de la radio y la televisión difundidas por Internet de modo simultáneo a su difusión por la vía convencional y el de la difusión audiovisual efectuada por Internet como medio autónomo. Son sólo estos supuestos los que podrían considerarse incluidos en el concepto de medios de difusión del artículo 20.1.d) de nuestra Constitución y a los que se le podría aplicar la regulación general de medios audiovisuales.

En la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, norma básica del sector y por la que se traspone la Directiva 2007/65, de Servicios de Comunicación Audiovisual. La principal novedad de la Ley es la sustitución del concepto de radiodifusión y televisión que mantenía el Estatuto de Radio y Televisión de 1980 por el de servicio de comunicación audiovisual, concepto que asimila la difusión de información por los medios tradicionales a determinados supuestos de difusión por Internet e incorpora además para el resto de los supuestos algunas normas básicas a partir de la diferencia que estos últimos mantienen con los medios tradicionales.

La nueva Ley define como “servicios de comunicación audiovisual” aquellos cuya “responsabilidad editorial corresponde a un prestador de servicios y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como

emitir comunicaciones comerciales” (artículo.2.2). Por otra parte, da esta definición de “prestador de servicios de comunicación audiovisual”: “la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas” (artículo. 2.1)

De este modo son cuatro los elementos que deben concurrir para que estemos ante un servicio de comunicación audiovisual: a) una persona que tenga el control efectivo sobre los contenidos y su organización; b) un público (receptor) al que se ofrece el servicio; c) la finalidad de informar, entretener o educar mediante los correspondientes programas y contenidos, y d) la utilización de redes de comunicaciones electrónicas para la transmisión.

Concretamente, y por lo que ahora nos ocupa, la transmisión de programas y contenidos a través de Internet quedaría ya legalmente incluida en la noción de servicio público de comunicación audiovisual, a los que se aplica la Ley General de Comunicación Audiovisual. La Ley General de Comunicación Audiovisual, por lo demás, añade un matiz importante al establecer una clarificación de modalidades del servicio de comunicación audiovisual a partir de las previsiones de la Directiva 2007/65, a la que se vinculan determinadas diferencias en el régimen aplicable. Así, además de especificar como peculiar servicio de comunicación audiovisual la comunicación audiovisual televisiva o radiofónica en movilidad (aquella que se presta para el visionado o audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil), distingue en su artículo 2 entre:

- El servicio de comunicación audiovisual televisiva o radiofónica: aquel que se presta para el visionado o audición simultánea de programas sobre la base de un horario de programación. Modalidad esta a la que la Directiva se refiere como “servicios lineales” y en los que incluye, a título de ejemplo, la televisión analógica y la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet (*live streaming*) y la difusión *web* (*webcasting*).

- El servicio de comunicación audiovisual televisiva o radiofónica a petición: aquel que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador de servicios de comunicación.

La diferencia conceptual alcanza pleno sentido y mayor claridad que en la -Ley General de la Comunicación Audiovisual -en la regulación y términos de la Directiva. En esta, en efecto, los servicios lineales quedan equiparados, en cuanto a su régimen, a los medios tradicionales de radiodifusión; mientras que los servicios no lineales suponen un tipo de

comunicación diferente con especialidades en su régimen, a fin de que cumplan con una serie de obligaciones y principios generales aplicables a todo servicio de comunicación audiovisual. Sin embargo, en la Ley General de Comunicación Audiovisual las diferencias de régimen, aun cuando existen, son más difíciles de identificar con una simple lectura.⁹⁰⁶

Según la Directiva 2007/65, de Servicios de Comunicación Audiovisual, los Estados miembros deben velar porque todos los servicios de comunicación audiovisual cumplan con: el deber de informar de manera fácil y accesible sobre quién es el prestador del servicios; la prohibición general de que los servicios de comunicación audiovisual contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad; el deber de que los servicios sean gradualmente accesibles a las personas con una discapacidad visual o auditiva; el deber de que las comunicaciones comerciales sean fácilmente reconocibles, no utilicen técnicas subliminales y se abstengan de atentar contra el respeto a la dignidad humana y de fomentar cualquier discriminación o comportamientos nocivos para la salud, la seguridad o la protección del medio ambiente, quedando expresamente prohibida cualquier forma de comunicación comercial aplicada al tabaco y de bebidas alcohólicas dirigidas a menores, así como de productos medicinales que solo puedan obtenerse mediante receta médica. Igualmente se recogen una serie de requisitos para los servicios o programas patrocinados y se prohíbe el emplazamiento de productos. A partir de ahí, la Directiva recoge una serie de disposiciones especialmente aplicables a los servicios no lineales y otros exclusivamente aplicable a los lineales.⁹⁰⁷

En primer término, la Directiva, concreta dos disposiciones únicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición (no lineales). La primera, impone a los Estados la obligación de velar porque estos servicios que se encuentren bajo su jurisdicción se faciliten únicamente de manera que se garantice que los menores no verán ni escucharán aquellos servicios que puedan dañar gravemente su desarrollo físico, mental o moral. La segunda disposición impone asimismo a los Estados miembros la obligación de velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores de servicios de comunicación bajo su jurisdicción fomenten, cuando sea factible y por los medios adecuados, la producción de obras europeas y el acceso a las mismas, quedando obligados los Estados a informar a la Comisión Europea sobre la aplicación de este precepto.

⁹⁰⁶ CRIADO J, *Redes Sociales Digitales y Administraciones Públicas*, pág. 109

⁹⁰⁷ LÓPEZ M, *Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?*, pág. 34-43

En segundo término, la Directiva realiza una regulación exhaustiva de determinados contenidos cuando su difusión la realizan organismos de radiodifusión televisiva, concepto este vinculado a los servicios lineales. Así, desde el capítulo II quarter al VI se recogen disposiciones sobre los derechos exclusivos y los resúmenes informativos de acontecimientos de gran importancia para la sociedad; la promoción de la distribución y de la producción de obras europeas; medidas concretas en relación con la publicidad, vinculadas en este caso a la duración de los espacios, así como la regulación de la televenta. Igualmente se recogen como preceptos específicos sobre la protección de los menores, la prohibición de emitir cualquier programa que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita, salvo que por la elección de la hora o mediante toda clase de medidas técnicas se garantice que los menores no verán ni escucharán dichas emisiones. De otra parte, la Directiva realiza un reconocimiento expreso al Derecho de réplica frente a todo organismo de radiodifusión televisiva, siendo los Estados miembros los que han de adoptar las disposiciones necesarias para establecer este derecho y determinar el procedimiento para su ejercicio.

La Ley General de Comunicación Audiovisual incluye determinados supuestos de la comunicación a través de Internet conceptuados como un servicio de comunicación audiovisual, es decir, como medio de comunicación social. Lo hace conforme al mismo criterio que se mantiene en la Directiva, aunque no resulta tan precisa en sus términos, quizá porque la Ley en tanto que norma básica de todo el sector audiovisual regula tanto al régimen de explotación como de contenidos, lo que la hace más compleja. Los sitios web de titularidad privada y los que tengan por objeto contenido audiovisual generado por usuarios privados

Concretado el ámbito de aplicación, la Ley General de Comunicación Audiovisual, en el título II, donde se detallan una serie de derechos del público y obligaciones de los prestadores de servicios, incorpora la normativa básica para la comunicación audiovisual en sentido omnicompreensivo, es decir, en todas sus modalidades, por tanto se incluyen la difusión por Internet y los catálogos de programas.

Así, en el título II la Ley incorpora la mayoría de las previsiones sobre contenidos que se recoge en la Directiva, pero a diferencia de lo que hacía la Directiva, la Ley no distingue *a priori* cuáles son aplicables a los servicios lineales y cuáles a los no lineales. Sin embargo, de la lectura de cada artículo y en su interpretación conforme a la Directiva se puede detectar qué previsiones son generales, aplicables a todo servicio de comunicación audiovisual, cuáles específicas de los servicios de comunicación audiovisual a petición

(no lineales) y cuáles específicas de los servicios de comunicación audiovisual televisiva o radiofónica (lineales). A modo de ejemplo, la Ley en su artículo 5 establece de modo general que “todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual incluya una programación en abierto que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía” y prevé de modo expreso que los servicios de comunicación audiovisual televisiva (lineales) deben reservar un tanto por ciento del tiempo de emisión a obras europeas, mientras que en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición, el ofrecido por un prestador de servicios de un catálogo de programas (no lineales) deberá reservar un tanto por ciento del catálogo. Igualmente, en materia de protección de menores, el artículo 7 precisa las obligaciones concretas de los prestadores de un servicio de comunicación audiovisual a petición (no lineal); por ejemplo, expresamente dice: “todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, incluidos los de petición, utilizarán, para la clasificación por edades de sus contenidos, una codificación digital que permita el ejercicio del control parental (...), cuando se realice el servicio de comunicación audiovisual mediante un catálogo de programas, los prestadores deberán elaborar catálogos separados para aquellos contenidos que no deban ser de acceso a menores”.⁹⁰⁸

Como hemos visto, en materia de contenidos, y en atención a la transposición de la Directiva, la Ley General de la Comunicación Audiovisual resulta aplicable a todo servicio de comunicación audiovisual, tanto el que se presta para el visionado o audición simultánea de programas sobre un horario de programación (lineales), como los servicios de comunicación audiovisual a petición (no lineales). Sin embargo, en cuanto al régimen de explotación, aspecto al que no hace referencia la Directiva, la Ley General de Comunicación Audiovisual puede plantear en principio confusión, pues no deja claro si se aplica a todas las modalidades de servicios de comunicación audiovisual o solo a los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos (artículo. 22), dejando fuera a los servicios de comunicación audiovisual a petición.

Pues bien, antes de la constitución del Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual, podríamos plantearnos la duda de si los servicios de comunicación audiovisual a petición tenían el mismo régimen de explotación que el de los servicios lineales. Pero tras la constitución del Registro por acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de 10 de junio de 2010, el régimen de

⁹⁰⁸ CRIADO J, *Redes Sociales Digitales y Administraciones Públicas*, pág. 110

explotación queda plenamente clarificado: todos los servicios de comunicación audiovisual, incluidos por tanto los servicios de comunicación audiovisual a petición, deben de notificar fehacientemente el inicio de su actividad a la autoridad audiovisual e inscribirse en el registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.⁹⁰⁹

Tras la aprobación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, resulta claro que en Internet se puede acceder a diferentes modalidades de servicios de comunicación audiovisual y que les serán aplicables las mismas normas que a cualquier otro medio de comunicación audiovisual, en la medida en que efectivamente pueda considerarse un medio audiovisual de comunicación social. Quedando expresamente excluidos del concepto los servicios de comunicación audiovisual que no sean ofrecidos por un prestador de servicios de comunicación audiovisual a un público en general, expresamente los sitios web que se utilizan para comunicación personal o de grupo restringido y aquellos que tienen por objeto contenido audiovisual generado por los usuarios, es decir, los medios de comunicación individual, así como los medios de comunicación colectivos de uso restringido que como tal no compiten por la misma audiencia que los medios de comunicación audiovisual tradicionales. Está claro que Internet como tal es un medio de comunicación; podríamos decir que Internet como tal es una red de contenidos, de mensajes, de información; es por tanto un medio de comunicación universal.

No podemos aplicar las mismas reglas a todo y ello principalmente por la necesidad de conservar la libertad que ofrece la Red manteniendo el equilibrio entre derechos y deberes que aseguran la democracia. Así, tal y como afirma la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, “la definición de servicios de comunicación audiovisual debe abarcar los medios de comunicación de masas en su función de informar, entretener y educar al público general y debe incluir las comunicaciones audiovisuales comerciales, pero debe excluir toda forma de correspondencia privada, como los mensajes de correo electrónico enviados a un número limitado de destinatarios. La definición debe excluir asimismo todos los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal. Como ejemplos cabe citar los sitios web que contienen elementos audiovisuales con una función exclusivamente auxiliar, elementos gráficos animados, pequeños anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no

⁹⁰⁹ LÓPEZ M, *Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?*, pág. 34-43

audiovisual, lo que no impide que cuando se ofrezcan de forma paralela diferentes tipos de servicios que puedan distinguirse claramente, deba aplicarse a cada servicio su régimen específico.⁹¹⁰

2.10 Radios comunitarias en la Ley General de la Comunicación Audiovisual

Los medios del tercer sector de la Comunicación o alternativos pueden definirse como medios de comunicación no lucrativos y responsables ante la comunidad a la que pretenden servir. También conocidos como medios comunitarios o medios de comunicación sin ánimo de lucro, tienen como función principal realizar un servicio a su comunidad y reúnen las siguientes características:

1. Están gestionados por organizaciones sociales privadas que buscan una finalidad social. En su mayoría, están dirigidos por ciudadanos comprometidos y creativos, interesados por las tareas sociales.
2. Orientados a satisfacer las necesidades de comunicación y a habilitar el ejercicio del derecho a la información y libertad de expresión de las personas integrantes de comunidades determinadas, sean éstas territoriales, etnolingüísticas o de intereses, ante las cuales son responsables.
3. Crean cohesión, dan identidad, fomentan comunidades y preservan la diversidad cultural y lingüística. Abiertos a la participación lo más amplia posible respecto la propiedad del medio y el acceso a la emisión, así como a las diversas decisiones de programación, administración, operación, financiación y evaluación.
4. Contribuyen al objetivo de mejorar los conocimientos de los ciudadanos sobre los medios a través de su participación directa en la creación y distribución de contenidos.
5. No deben tener fines de lucro ni realizar proselitismo religioso ni político.

La actividad de estos medios apareció por primera vez en América Latina en la década de los cuarenta como movimiento de protesta en una mina de cobre y, más adelante, se

⁹¹⁰ CRIADO J, *Redes Sociales Digitales y Administraciones Públicas*, pág. 110

desarrolló en Norteamérica en los años cincuenta.

A Europa Occidental saltaron en los años sesenta y setenta con la intención de ofrecer contenidos alternativos en contraste con los canales públicos de radiodifusión que tenían que seguir normas estrictas sobre contenidos fijadas por el Estado. Con la liberalización de las telecomunicaciones en los años ochenta, algunas iniciativas del Tercer Sector de la Comunicación obtuvieron personalidad jurídica. Desde entonces, el sector ha ido adquiriendo mayor reconocimiento de forma lenta pero segura en Europa Occidental.⁹¹¹

Sin embargo, una de las principales debilidades es la falta de reconocimiento legal en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, a diferencia de los medios privados y comerciales. Uno de los ejemplos positivos es el Reino Unido, donde sí están reconocidos jurídicamente.

En junio de 2008 el Parlamento Europeo elaboró el “Informe sobre los medios del tercer sector de la Comunicación”. Un año más tarde, en 2009, la Comisión Europea debatió una comunicación sobre los indicadores del pluralismo de los medios y mencionó a los medios del tercer sector como una alternativa a la pluralidad informativa. Tener una situación jurídica oficialmente reconocida es importante para el desarrollo de los medios del tercer sector, puesto que les permite ganar importancia entre los responsables de la formulación de políticas y entablar relaciones con posibles anunciantes u organismos de financiación. Sobre la base de las normas actualmente en vigor, los Estados miembros deberían hacer uso de la posibilidad de definir las obligaciones de transmisión en sus ordenamientos jurídicos para incluir a estos medios.

Dichas obligaciones deben ser razonables de acuerdo con los objetivos claramente definidos de interés general. Estos objetivos incluyen, entre otras cosas, libertad de expresión, pluralismo mediático, diversidad cultural y lingüística e inclusión social. La diversidad cultural y el pluralismo mediático pueden ser utilizados por las autoridades nacionales para evaluar la necesidad que tienen los operadores de incluir servicios de radiodifusión específicos en sus redes. En el entorno digital, también es importante garantizar que las herramientas, como las guías electrónicas de programación, incluyan en sus listados los medios alternativos disponibles.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual ha supuesto un espaldarazo a las radios

⁹¹¹ CALVO E, *Las Radios Comunitarias tras la Nueva Ley de Comunicación Audiovisual*, pág. 2

comunitarias que, durante años, han sido incluidas en el mismo saco que las conocidas emisoras "pirata", empresas con fines comerciales que emiten sin licencia. Si bien este reconocimiento supone el punto de partida para poder seguir trabajando, plataformas como AMARC (Asociación Internacional de Medios Comunitarios), ReMC (Red Medios Comunitarios), o Radios Lliures, han llamado la atención ante una posible normativa que coarte la labor de este tipo de medios. Y no es para menos puesto que el proyecto de Real Decreto que establece el reglamento técnico sobre el cual deben funcionar, presenta algunos problemas o restricciones. Uno de los más importantes es el límite de la potencia de emisión que se establece en el artículo 10. Muchas radios comunitarias trabajan con una potencia de entre 250 y 500w, sin embargo, el reglamento establece una potencia de 5w para poblaciones de más de 100.000 habitantes (lo que supone un alcance de 1 km), y 1w para las más pequeñas debido a la saturación del actual espectro de radiofrecuencias, lo cual les permitiría llegar sólo al 20% de la población del término municipal desde el que emitan.⁹¹²

La Ley prohíbe la emisión de publicidad en medios comunitarios; sin embargo, aún no se han dispuesto mecanismos de control adecuados lo que deja en lugar indeterminado la utilización de contenidos publicitarios para obtener fondos para las asociaciones.

Otro punto muy criticado de la Ley es el establecimiento de un tope para los gastos por explotación, que para las emisoras radiofónicas se ha establecido en 50.000 euros anuales. Este tope económico, que ningún otro tipo de asociación sin ánimo de lucro sufre, influye directamente en la capacidad de inversión de las asociaciones en la mejora de los contenidos, ya que a pesar de no estar legisladas hasta el momento, sí que deben hacer frente a los mismos gastos que cualquier otra plataforma: gastos de alquiler, agua, luz, materiales, equipos técnicos, sueldo de personal contratado. Además de la consecuente cuota a la SGAE (43 euros/mes) si emiten música o contenidos con derechos de autor. Con el objetivo de evitar este último sobre coste muchas de las emisoras comunitarias optan por los contenidos bajo licencia *copyleftcreative commons*.

Los llamados medios del tercer sector o medios alternativos constituyen una oferta informativa al margen de los medios convencionales caracterizados por su parcialidad y sus objetivos comerciales. Con más de medio siglo de historia, estos medios se han erigido en la voz de los sectores más marginados por lo que se presentan como plataformas

⁹¹² CALVO E, *Las Radios Comunitarias tras la Nueva Ley de Comunicación Audiovisual*, pág. 3

alternativas realmente democráticas. La saturación de frecuencias ha hecho que muchos de ellos encuentren en Internet el cobijo ideal.⁹¹³

⁹¹³ CALVO E, *Las Radios Comunitarias tras la Nueva Ley de Comunicación Audiovisual*, pág. 3

3 CONCLUSIONES PARCIALES

3.1 Políticas de comunicación audiovisual

A lo largo de estas páginas hemos resaltado la importancia estratégica de la preservación de los servicios públicos audiovisuales en la era digital con el fin de contribuir a sostener la diversidad, el pluralismo democrático y los valores socioculturales insuficientemente atendidos. Es un hecho incuestionable que las políticas de comunicación se ven afectadas por el fuerte impacto de la crisis económica y la presión liberalizadora internacional.

El marco europeo de las políticas de comunicación audiovisual, se ha caracterizado por un difícil equilibrio del ámbito económico de competencia dentro del marco dual de la radiodifusión y por la salvaguarda de los valores democráticos y socioculturales. Sin embargo, deben reconocerse los esfuerzos encaminados a lograr el tan anhelado pluralismo, con el desarrollo de tres sucesivas Directivas: Directiva de la Televisión sin Fronteras (1989/552/CEE), de Servicios de Medios Audiovisuales sin Fronteras (2007/65/CEE) y de Servicios de Comunicación (2010/13 UE), así como de las respectivas Comunicaciones de la Comisión Europea (2001/c/320/04, IP/2009/1072), sobre el régimen de las ayudas estatales a la radiodifusión pública.

El balance de la política audiovisual europea es bastante más favorable a la liberalización que a la salvaguarda del modelo de radiodifusión pública.

En cuanto a los cambios en la regulación española pueden diferenciarse distintas etapas desde que se renovó en el año 2000 con firme voluntad reguladora, luego se produjo la liberalización total de los límites de participación establecidos por la Ley de Televisión Privada, la deficiente planificación y concesión de las televisiones digitales terrestres, el nuevo sistema de financiamiento de RTVE de 2009 y el modelo audiovisual radial que consagra la Ley de Comunicación Audiovisual del año 2010.

La realidad es que los años en que las políticas de comunicación formaban parte de la posibilidad de un gran acuerdo mundial han quedado atrás. El orden mediático que se quiso instaurar para lograr mayores simetrías y menores concentraciones, mayor democratización y menos discriminación en el escenario en ascenso de las comunicaciones, ha sido sobrepasado por el debilitamiento de lo público, los desbordamientos de la soberanía producidos por las transformaciones tecnológicas, el

afianzamiento de los procesos de desregulación y el crecimiento de la importancia económica de las comunicaciones.

El desarrollo tecnológico hace que las posibilidades técnicas hayan dejado de ser una barrera efectiva para la televisión. El acotamiento de áreas geográficas de difusión de la señal – nacionales, regionales o locales- permite ya un importante nivel de diversificación en el medio. A la tradicional transmisión hertziana terrestre se une la televisión por satélite. La extensión por cable en Europa trae consigo la posibilidad de difundir innumerables canales de televisión. A esto se agrega la televisión digital, que permite multiplicar por decenas el número de canales que puedan transmitirse.

El siguiente paso puede ser la difusión de televisión propiamente dicha por internet, cuyas posibilidades – en muchas dimensiones- nos sitúan ya en el umbral de una nueva sociedad. El desarrollo tecnológico y una adecuada estructura normativa permiten alcanzar un pluralismo real en la oferta televisiva.

En el caso de la televisión –sin duda el medio más influyente política, comercial y culturalmente durante las últimas décadas en buena parte del mundo–, la construcción de su propia fisonomía digital a través de la TDT –televisión digital terrestre– y la integración de sus contenidos en las redes son los hechos contemporáneos más trascendentes. Ambas migraciones digitales de la televisión, que se superponen a la ya realizada en años anteriores por la televisión de pago, coinciden en una reelaboración profunda de los esquemas operativos del medio, en una metamorfosis tan intensa que todavía no permite imaginar su identidad futura.

Es así como el modelo tradicional de la televisión se ve sacudido por apremiantes exigencias tecnológicas y regulatorias en la producción, distribución, recepción y evaluación del significado político y comercial de las audiencias; pero también por competidores que brotan de su propia clientela.

3.2 Desarrollo en el ámbito europeo

Originalmente la Unión Europea no tenía competencia sobre los medios de radiodifusión. Cuando el Tratado fundacional de la Unión Europea fue firmado en 1957, la norma sobre los medios de radiodifusión de servicio público estaba estrictamente regulada a nivel nacional como un monopolio, así como vinculada a una esfera pública. Fue en 1974

cuando la Unión Europea obtuvo la jurisdicción sobre la radiodifusión frente a una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, que fue llamado a intervenir e investigar en un caso de difusión en Italia.

En la llamada sentencia *Sacchi* se dio competencia a la Unión Europea sobre la radiodifusión al establecer que la transmisión de señales de televisión constituirá un servicio, y confirmó que las restricciones a la competencia eran aceptables para fines de interés público.

Las políticas de liberalización comercial de la televisión transfronteriza multicanal, a partir de la década de 1980 pusieron en evidencia la tensión entre los aspectos económicos y socioculturales de la radiodifusión.

El contenido de las políticas comunitarias son en gran medida el reflejo del enfrentamiento entre el Consejo y la Comisión Europea que provocó que los instrumentos aprobados en 1989 por el Consejo Europeo (Televisión Transfronteriza) y la Directiva para la Televisión sin Fronteras tuvieran que ser suavizados y armonizados con el fin de que los países pertenecientes a ambas organizaciones no se vieran obligados a cumplir normas contradictorias.

Aunque la política de radiodifusión de la Unión Europea ha promovido principalmente la liberalización en lugar de la armonización, los asuntos sobre el carácter público de la política democrática social, cultural y pública no han estado totalmente ausentes. Pero estos se han abordado sobre la base de las medidas de “políticas blandas” (recomendaciones, directrices, difusión de modelos). Son un medio para la adaptación de la diversidad en oposición a la uniformidad de las políticas europeas.

En la década de los noventa también fallaron las iniciativas comunitarias para abordar el pluralismo en los medios de comunicación y la regulación del control de la propiedad en lo que se refiere a la concentración empresarial. Las razones de este suceso podrían ser las siguientes: (i) los principales grupos de medios de comunicación se opusieron abiertamente a la adopción de normas paneuropeas en este ámbito, con el argumento de que los principales obstáculos para un mercado único son de índole cultural y lingüístico pero no de reglamentación, (ii) hubo dificultades prácticas reales para tratar de elaborar un marco común ya que cualquier límite podría tener consecuencias diferentes para los distintos mercados nacionales, (iii) dada su jurisdicción limitada sobre los derechos humanos y el pluralismo, las propuestas de la Comisión Europea, especialmente las actuaciones producidas en 1997, enmarcaron la necesidad de regular la concentración de

los medios de comunicación como una cuestión de mercado interior.

3.3 Financiamiento del servicio público

En cuanto a las normas sobre ayudas estatales, desde 1992 los grupos de medios de comunicación comenzaron a presentar denuncias ante la Comisión Europea, en un intento de limitar el alcance de la emisión de servicio público y de restringirla a las áreas en las que el mercado no puede servir en absoluto o a un nivel socialmente deseable.

Inicialmente, los operadores comerciales cuestionaban la doble financiación de los servicios públicos de radiodifusión que combinen fondos públicos en particular las tasas de servicio y los ingresos comerciales (principalmente publicidad).

También se ha criticado la expansión de los medios de comunicación de servicio público más allá de la comunicación convencional, particularmente el lanzamiento de canales temáticos, la sobrecompensación del servicio público se mantiene hoy en día en discusión.

Sin embargo, se admite inclusive la creación de canales temáticos siempre que cumplan con la finalidad de servicio público, tal como ocurrió con el canal *Phoenix* y *Kinderkanal* de Alemania.

Cuando la empresa pública de televisión desarrolla cometidos de carácter comercial, debe establecer garantías adicionales, como la contabilidad separada. Se puede decidir entre una financiación enteramente pública o una mixta. Cuando la financiación es enteramente pública, este sistema permite llevar a cabo una programación que atendiera objetivos de interés general. Se ha dicho, además, que tendría la ventaja añadida de reservar el mercado publicitario a las empresas privadas, lo que podría permitir el desarrollo de un mayor número de canales de televisión, por tanto incrementar el pluralismo en la oferta. La mayor parte de los Estados combinan recursos públicos con limitados ingresos publicitarios.

La Comisión Europea ha pedido paralizar la tasa que obligaba a las cadenas competidoras de RTVE a pagar un porcentaje de sus ingresos para financiarla, al suponer que la publicidad que no se incluya en RTVE se dirigirá hacia otros canales, aunque también se incluyó en la medida a las empresas de telecomunicaciones. De este modo las cadenas privadas con emisión en abierto (Antena 3, Telecinco, La Sexta, Cuatro) deberían pagar

un 3% de sus ingresos; Digital y otras cadenas que pudieran haber de pago, aportarían un 1,5% de sus ingresos; mientras que las empresas de telecomunicaciones (*Ono, Telefónica, Jazztel, Ya.com*, etc) estarían obligadas a aportar un 0,9% de sus ingresos.

El poder legislativo tiene todas las prerrogativas sobre la financiación de la televisión pública. Que usen o no esta facultad para acercarla a una cierta visión de mayorías sociales, eliminando la financiación a través de la publicidad, es una decisión legítima pero inestable y no sostenible en el largo plazo. Una televisión pública, para garantizar su independencia, necesita no sólo de la voluntad de un gobierno o de varios sucesivos. Necesita tener un perímetro de independencia financiera que no garantizan mayores limitaciones para la emisión de publicidad. Es un asunto de independencia, de cumplir con las necesidades de servicio público, para la sociedad, en las que se basa la propia idea de una televisión pública.

3.4 Ley General de la Comunicación Audiovisual

En la Ley General de la Comunicación Audiovisual se da un papel preponderante a la televisión privada que pasa a ser un prestador del servicio de comunicación audiovisual en régimen de licencia en un mercado. Servicio que se considera de interés general y que requiere comunicación previa a la autoridad audiovisual y, en el caso de servicios mediante ondas hertzianas terrestres necesitan licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente.

Desaparece el concepto de servicio público para los operadores privados, sustituido por el de “interés general”. Las antiguas concesiones se tornan en licencias. El servicio público debe, pues, dejar paso a una libertad articulada por normas de policía administrativa – que ordenen- pero también que permitan en cada ámbito territorial un desarrollo de la actividad tan amplio como sea posible.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual parte de las siguientes ideas:

Proteger a los operadores privados invitándole a su fusión.

Reducir el rol de RTVE y su doble financiación, se prohíbe la comunicación comercial y la emisión de acceso condicionado, de cara a dejar más espacios a los operadores privados que artificialmente había generado el propio regulador público. Sus beneficiarios reclamaban la minorización de RTVE también como antesala del encogimiento de la TV

pública autonómica (ya derogada por la Ley de Terceros Canales).

(iii) Pareciera reducir el pluralismo animado por procesos de desconcentración.

Además, en la Ley General de Comunicación Audiovisual, encontramos:

Homogenización del conjunto de normativas dispersas.

Creación del Consejo Estatal de Medios, así como un Comité Consultivo.

Registro de prestadores de servicio de televisión.

Inclusión de algunos derechos del público (diversidad cultural y lingüística, entre otros).

La Ley General de la Comunicación Audiovisual tras su aprobación en el Congreso el 18 de marzo de 2010 (tras seis años de debate) entró en vigor un mes y medio después, el 1 de mayo. En ella se recogen los siguientes aspectos:

i) Fija el marco regulador del sector audiovisual y se compromete a crear el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), un organismo regulador que tendrá carácter sancionador y competencias sobre la concesión y retirada de frecuencias.

ii) Establece el derecho de los operadores a poner en marcha canales de pago, limitándolo a un 50 por ciento de los canales concedidos a cada licencia.

iii) Prohíbe la emisión de pornografía o violencia gratuita en abierto.

iv) Prohíbe la publicidad de alcohol y los anuncios de cirugía estética.

v) Prohíbe los anuncios de esoterismo en horario infantil y refuerza el control parental en las emisiones de pago.

vi) Prohíbe la reciprocidad en las emisiones de cadenas autonómicas en comunidades limítrofes.

vii) Creará una Agencia Estatal de Radiocomunicaciones que persiga a las radios piratas, unas 3.000 (a diferencia de las comunitarias, aquéllas sí buscan el lucro).

viii) Limita la emisión de publicidad a 20 minutos cada hora.

ix) Permite que las cadenas privadas en abierto no tengan que dar gratis su señal a las plataformas de cable y satélite (sólo afectará a TVE y las cadenas autonómicas).

x) Establece que el 60% de la obligación de financiación deberá dedicarse a películas cinematográficas. De este importe, al menos el 50 por 100 deberá aplicarse a obras de productores independientes.

xi) Respecto a la exclusividad en los derechos de eventos, como los partidos de fútbol, la Ley protege el derecho a la información de todos los ciudadanos como "derecho prioritario" y fija límites a la exclusividad en función de criterios de interés general.

xii) Además, los anunciantes no podrán vender sus productos dentro de series o programas infantiles, lo que se conoce como "emplazamiento de producto".

Algunas de las nuevas medidas legislativas suscitan una intensa confrontación de intereses, aunque deben ser todavía consolidadas, como la aportación de las empresas de telecomunicaciones y proveedores de acceso a internet a la financiación de RTVE, o incluso la participación de los operadores en la financiación de películas españolas.

3.5 Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

Es común en el derecho comparado que las potestades públicas sobre la televisión no se atribuyan de manera exclusiva al gobierno, sino a corporaciones públicas de composición plural o autoridades independientes.

Las críticas a los Consejos Audiovisuales se resumen en:

Las Administraciones Públicas deben limitarse a administrar el espacio radioeléctrico, pero sin querer ser juez y parte. En todo caso, el control debe limitarse a los medios de titularidad pública.

No es necesario que exista un organismo como el Consejo Audiovisual para la radio y la televisión, ya que la prensa escrita no tiene ni necesita este control específico.

Los Consejos Audiovisuales no pueden entrar a calificar los contenidos de las informaciones, eso sólo es propio del poder judicial. Los límites a las libertades informativas están sólo en las normas civiles y penales y debe ser el afectado quien recurra a los tribunales.

Las competencias de control sobre los contenidos es un nuevo intento del poder político para someter a los medios de comunicación incómodos.

El sistema de selección de los miembros de los Consejos Audiovisuales no garantiza la independencia de sus miembros. Las minorías políticas quedan desamparadas.

Defensa de los Consejo Audiovisuales:

(i) España era, junto a Luxemburgo, era el único país de la Europa Occidental que no disponía de un Consejo Audiovisual. La Recomendación 23/2000 del Consejo de Europa instaba a todos los Gobiernos de los países miembros a “establecer, si aún no lo han hecho, autoridades reguladoras independientes en el sector audiovisual” y “establecer normas en las propias legislaciones nacionales, así como medidas políticas, que concedan a las autoridades reguladoras poderes que les permitan llevar a cabo sus misiones de una forma efectiva, independiente y transparente”.

(ii) La justificación de la existencia de estos organismos reguladores sólo para los medios audiovisuales (radios y televisiones) radica en que éstos utilizan, mediante licencia, un recurso escaso de titularidad pública, el espacio radioeléctrico, por lo que son considerados como servicio público, sometidos, por tanto, a cierto control por parte de la Administración.

(iii) Los Consejos Audiovisuales nunca hacen censura previa, sólo intervienen sobre programas ya emitidos.

(iv) Las resoluciones, incluidas las sancionadoras, son siempre recurribles ante los tribunales de justicia, que tienen la última palabra.

(v) La norma general es que los Consejos Audiovisuales se ocupen tanto de cuestiones organizativas (concesión de licencias, convocatorias de concursos, vigilancia de los derechos de los consumidores y usuarios, etc.) como de contenido de las informaciones. Así, por ejemplo, señalan que el Consejo Superior del Audiovisual en Francia ha sancionado a cadenas televisivas (públicas y privadas) por restringir el acceso de algunos grupos políticos a sus informativos y la británica OFCOM ha sancionado con fuertes multas a emisoras de radio local que emitían contenidos ofensivos para los ciudadanos de religión musulmana.

(vi) La elección de los miembros de los Consejos Audiovisuales en Derecho comparado siempre depende de los órganos ejecutivos y/o legislativos de los diferentes Estados. Por tanto, un sistema similar al empleado para otros entes y organismos como el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial o la Dirección y Consejo de RTVE.

La institución del Consejo Audiovisual tampoco está exenta de lecturas divergentes: para

unos, su naturaleza “independiente” será una garantía del cumplimiento de las normas; podría convertirse además, si sigue el modelo del Consejo catalán, en un auténtico referente del conocimiento sobre el mercado de la televisión y sus contenidos. Sin embargo, otros miran al organismo con cierta desconfianza y declaran que puede representar un obstáculo para el ejercicio de la libertad editorial de los operadores televisivos.

Así pues, en el ámbito normativo, es necesario observar con atención el impacto efectivo de la Ley General de la Comunicación Audiovisual y su grado de cumplimiento con la mediación de la autoridad estatal, así como el papel siempre sujeto a revisión crítica y política de las televisiones públicas, y los equilibrios que puedan alcanzarse con relación a los derechos de propiedad en las redes digitales

3.6 Pluralismo interno y pluralismo externo

Los distintos Tribunales Constitucionales coinciden en el reconocimiento formal del principio del pluralismo informativo, pero la eficacia de dicho principio es menor en España, que en Alemania, para cuyos Tribunales Constitucionales, el principio del pluralismo informativo es realmente un parámetro de constitucionalidad. Así, esos Tribunales han llegado a declarar inconstitucionales determinadas normas relativas a los medios de comunicación privados porque no establecían límites efectivos a la concentración en el sector de los medios de comunicación, y porque no garantizaban una protección adecuada del pluralismo informativo. El Tribunal Constitucional español se ha limitado a enunciar el principio del pluralismo informativo, sin derivar de ello mayores consecuencias prácticas.

Los medios públicos audiovisuales, pueden en teoría realizar una aportación muy valiosa al pluralismo informativo, sobre todo si su sistema de organización y financiación garantiza su independencia frente al Gobierno. Los medios de comunicación públicos tienen, o deberían, tener la ventaja de que su fin último no es el lucro empresarial, sino la satisfacción del interés general. Ello permite imponerles obligaciones que resultaría difícil exigir a medios de comunicación privados, en especial el derecho de acceso de distintos grupos sociales y políticos, la realización de programas que atiendan a las necesidades de las minorías, y la obligación de procurar que la información sea, en la medida de lo posible, imparcial. Todas esas medidas favorecen la diversidad de contenidos y de puntos de vista dentro de un mismo medio (pluralismo interno).

La función de la televisión pública requiere una redefinición que toque, en primer lugar, a las legislaciones sobre radiodifusión. Existe un acuerdo, desde el punto de vista académico y normativo, sobre la necesidad de que los canales públicos asuman la defensa del pluralismo, fundamento de cualquier sistema democrático. No obstante, todavía hoy se mantienen controversias sobre las definiciones de pluralismo y la manera adecuada de medirlo. Respecto al marco jurídico del pluralismo, las legislaciones democráticas contemplan en sus distintos niveles normativos el pluralismo informativo como cauce de expresión de las diversas manifestaciones de la sociedad. Algunos países elevan el pluralismo al rango constitucional, otros lo hacen en la normativa interna de los medios, pero en cualquiera de los casos, el pluralismo informativo se asocia a dos conceptos fundamentales: representatividad y oferta plural. Por oferta plural se entiende que los medios tienen que plantear una oferta variada, no monopolística, como requerimiento básico del mercado de ideas plural.

La multiplicidad de canales, operadores, productores, etc., parece ser la garantía de este pluralismo en el panorama europeo (pluralismo externo). El pluralismo como representatividad supone atender a las distintas sensibilidades sociales permitiendo su acceso a los contenidos de los medios (pluralismo interno). En el caso de los medios, habría que dar cabida por tanto a todas las voces sociales que integran la comunidad en la que se opera. Debido al origen de las televisiones europeas, este concepto suele reflejarse en la necesidad de que todas las voces del espectro político tengan representación en la programación de las cadenas de radio y televisión.

Por otra parte se constata, la inexistencia de normas sobre propiedad cruzada de medios de comunicación que serían, las que según el panorama mediático español, resultarían más acordes para controlar las concentraciones empresariales y que la liberalización del sector sigue pasando por el control y la concesión administrativa del Estado. Esto no es contradictorio con el hecho de que la empresa informativa, como cualquier otra, debe estar regida por la lógica del mercado; y, aunque los objetivos económicos no se cumplan como se fijó en un principio, debe primar esa finalidad por encima de cualquier otra, pues las ayudas externas acaban condicionando el mensaje y, además, como refuerzo deberían estar los medios públicos.

La concentración implica un recorte en la pluralidad de la información y en la heterogeneidad de los contenidos. La propia previsión constitucional del pluralismo y la existencia de órganos de la competencia y jurisprudenciales, son mecanismos tendentes a evitar situaciones de dominio, aunque sus resoluciones carezcan de la efectividad necesaria ya sea por dilación, ya por la interpretación flexible del concepto de pluralidad

y de los factores que en ella inciden, ya por el sistema de concesiones imperante.

Finalmente es necesario reiterar que en 2008 operaban en España hasta 32 grupos privados con ingresos superiores a los 10 millones de euros procedentes de medios de comunicación. Se han identificado hasta 13 grupos que facturaban más de 100 millones de euros en España a través de su actividad en este sector de las industrias culturales.

De los 17 grupos con más de 100 millones de euros de ingresos procedentes de medios de comunicación en España, 5 grupos (cuatro en Barcelona y uno madrileño) conservaban a principios de 2009 la propiedad bajo control familiar tradicional: el grupo Godó, controlado por la familia Godó; el grupo formado por las publicaciones de *Hola*, en manos de la familia Sánchez Junco; el grupo Planeta, controlado por la familia Lara; el grupo Prensa Ibérica, de la familia Moll; y el grupo Zeta, controlado por la familia Asensio. En el caso de Planeta, la filial propietaria del paquete de acciones de Antena 3 Televisión, Planeta DeAgostini, tiene su propiedad compartida al 50% entre Planeta y otro grupo familiar, el italiano DeAgostini.

De estos 17 grupos, algunos tenían la participación de control en manos de una familia pero al cotizar en bolsa han dejado de ser grupos familiares tradicionales. A principios de 2009, hasta 9 grupos cotizaban en alguna bolsa, 6 extranjeros y 3 españoles. En total, no obstante, los grupos españoles que cotizaban en bolsa en ese momento eran cinco, pues a Telefónica, Vocento y Prisa cabía añadir la filial de Mediaset (Gestevisión Telecinco) y la de Planeta (Antena 3 Televisión). Sogecable había dejado de cotizar en julio de 2008. La mitad de los grupos con más de 100 millones de ingresos en España procedentes de medios de comunicación cotizaba, pues, en esa fecha, en los mercados de capitales.

Por otro lado, la posibilidad de fusiones entre operadores de televisión reaviva el debate sobre el pluralismo, mientras que los eventuales alquileres de frecuencias, y sobre todo, la renuncia de muchos operadores regionales y locales a sus licencias de emisión, suscitan en general numerosos interrogantes sobre los límites de la oferta televisiva multicanal en términos de su viabilidad económica. La cuestión de cuántos canales caben razonablemente en cada mercado –incluidos los de titularidad pública– es otro de los asuntos que suele concitar el discurso de los expertos en cuanto a las relaciones entre la regulación y la economía de los medios.

A pesar de los controles de competencia y las normas que protegen el pluralismo el control de los medios de comunicación de masas privados se mantiene en manos de unos selectos grupos económicos con tradición en la materia.

4 OTROS CASOS EUROPEOS

4.1 La intervención europea sobre el sistema comunicativo

En la década de 1980, las políticas públicas europeas de los sectores del audiovisual y la comunicación se vehicularon a través de 3 líneas de trabajo: en primer lugar, se buscó la articulación del mercado audiovisual común por medio de la armonización legislativa, cuya pieza fundamental fue la Directiva de Televisión sin Fronteras (D 89/552/CEE). En segundo lugar, se desarrolló una intensa política industrial en el ámbito tecnológico a través de planes de I+D (ESPRIT, RACE) así como mediante la estandarización técnica y la planificación de redes (MAC, ISDN, GSM). Por último, se pusieron las bases para desarrollar el programa MEDIA de apoyo a la industria de contenidos audiovisuales. Estas tres líneas de actuación denotan el carácter dirigista de las políticas comunitarias en este período.

Dicha tendencia intervencionista, que *Michalis*⁹¹⁴ califica de defensiva, se vio contrarrestada por diversos factores. Por un lado, los estados miembros ofrecieron resistencia y reaccionaron a la intervención comunitaria. Intentaron mantener su soberanía sobre aquellas materias que consideraban estratégicas para alcanzar sus objetivos particulares. Además, buscaron la manera de emplazar sus intereses en la agenda comunitaria y pretendieron capitalizar los beneficios del I+D y del crecimiento de los sectores del audiovisual y de las telecomunicaciones apoyando y protegiendo a sus empresas nacionales. Por otro lado, la rápida evolución tecnológica del mercado de la radiodifusión superó con frecuencia a los procesos legislativos y a los mecanismos de intervención comunitarios. Ante la ineficacia de las directivas referentes a la transmisión por satélite y como resultado del fracaso de proyectos como el de alta definición, las instituciones comunitarias dieron un paso atrás en el ámbito de la estandarización, dejando dicha actividad en manos de los agentes del mercado. Finalmente, también cabe mencionar el influjo de la liberalización procedente de Estados Unidos y la necesidad imperante de que las empresas europeas mejorasen su competitividad para poder hacer frente al nuevo contexto internacional. El cambio de escenario tecnológico, político-económico e ideológico que se produjo en el tránsito entre la década de 1980 y la de 1990

⁹¹⁴ MICHALIS M, *Governing European Communications*, pág. 45

propició la migración de las políticas públicas hacia un estilo no intervencionista, de corte neoliberal.⁹¹⁵

En la década de 1990, además de apoyar a la industria de creación de contenidos mediante el desarrollo del programa MEDIA, las políticas audiovisuales se centraron especialmente en completar la articulación del mercado común. Para ello, las instituciones comunitarias recurrieron tanto a la aplicación y renovación de la directiva de televisión sin fronteras como al desarrollo de la política de la competencia. Ésta última permitió a la Comisión Europea actuar con mayor independencia respecto al Parlamento y al Consejo, lo que consolidó su protagonismo. No obstante, el dilatado, complejo y malogrado proceso legislativo destinado a regular la concentración en el sistema mediático en aras del pluralismo demostró que, una vez se hubo iniciado la liberalización del sector audiovisual, la aplicación de medidas dirigistas resultaba prácticamente imposible. Ello se corroboraba con lo acontecido con las políticas de estandarización y el proyecto de alta definición, finalmente abandonado en 1993.⁹¹⁶

La liberalización de las telecomunicaciones y del audiovisual incidió notablemente sobre la estructura del sistema televisivo. Posibilitó la entrada de nuevos agentes y favoreció la creación de un mercado de la radiodifusión multiplataforma. Por su parte, la puesta en marcha del proyecto de “Sociedad de la Información” conllevó la progresiva convergencia de los sectores mencionados. Ello no afectaría sólo a sus mercados y a sus productos, sino que supondría la necesidad de replantearse la orientación de las políticas comunitarias y los instrumentos empleados para su desarrollo buscando mayor coordinación entre las diversas líneas de intervención. Al mismo tiempo, la “Sociedad de la Información” aportaba nuevos argumentos para justificar las políticas europeas.⁹¹⁷

Al lado de esta evolución surgen los grandes temas objeto de controversia, en primer lugar se discute si el concepto de televisión pública en Europa está en crisis. Una crisis que afecta a distintos ámbitos: el económico-financiero, el político y el sociocultural.⁹¹⁸

La ruptura de los monopolios tradicionales y la consiguiente competencia con las televisiones privadas, junto con el desarrollo del satélite y el cable, obligan a las

⁹¹⁵ MICHALIS M, *Governing European Communications*, pág. 43

⁹¹⁶ LEVY A, *Europe's digital revolution. Broadcasting regulation*, pág. 58

⁹¹⁷ LEVY A, *Europe's digital revolution. Broadcasting regulation*, pág. 58

⁹¹⁸ BUSTAMANTE E, *La Televisión Económica, Financiación, Estrategias y Mercados*, pág. 57

televisión pública a repensar sus funciones, a reorganizar sus estructuras, a incorporar las nuevas técnicas y a adecuar a las nuevas circunstancias los antiguos sistemas de financiamiento.⁹¹⁹

La televisión pública debe cumplir una serie de objetivos clásicos entre los que podríamos mencionar los siguientes:

- Universalidad: que parte de la idea de libre acceso al servicio por parte de la población. Asimismo, este concepto afectaría a la emisión de unos contenidos televisivos dirigidos a todo tipo de públicos: a las audiencias mayoritarias y a las minoritarias.
- Responsabilidad cultural: basada en los principios tradicionales de informar, educar y entretener.
- Independencia frente al poder político, dado que es un servicio público.⁹²⁰

4.2 Incidencia del Modelo Televisivo sobre la Configuración del Mensaje Informativo

4.2.1 *Creación de la BBC*

En 1935 se crea la *British Broadcasting Corporation* (BBC), la televisión pública británica que comienza sus emisiones regulares en noviembre de 1936. Si bien, hay que señalar que durante la Segunda Guerra Mundial canceló sus emisiones para reanudarlas en 1946.

La BBC “se configuró conforme a la tradición de servicio público tal y como éste se había desarrollado para la radio. Cuando en 1956 comenzó a operar un servicio de televisión independiente (privada), ésta, a pesar de financiarse como empresa comercial, con publicidad, se organizó también siguiendo los mismos principios del servicio público. Esta naturaleza híbrida de la televisión privada comenzó a cuestionarse desde el momento

⁹¹⁹ GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, pág. 30

⁹²⁰ GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, pág. 30

en que aparecieron las nuevas alternativas del cable y del satélite, hasta que la *Broadcasting Act* de 1990 estableció las bases para la liberalización del sector”.⁹²¹

De ahí que la BBC se viera obligada a revisar sus objetivos y a reclamar un estatus especial para sobrevivir en el nuevo entorno. La BBC fue establecida por la *Royal Charter* (Carta Real) que estipula un sistema de gobierno y control democrático y privativo y que se renueva cada diez años.

Esta Carta Real fija los objetivos de servicio público, sistema de financiación y mecanismos parlamentarios de gestión de la televisión pública británica. Los canales de televisión pública en el Reino Unido son los dos canales gestionados por la BBC, denominados BBC 1, dirigido a la inmensa mayoría y BBC 2, dirigida a públicos minoritarios. Además, en el sector independiente, existe un canal de servicio público denominado *Channel 4* con unos planteamientos semejantes a los de la BBC 2.

En el sistema de nombramientos y destituciones, existe un pacto tácito entre el Ejecutivo y el Consejo de gobernadores basado en la tradición de no intervención gubernamental, garantizando de este modo, una amplia autonomía.⁹²² El Consejo de Gobernadores está compuesto por doce miembros entre los que se deberá designar un Presidente, un Vicepresidente y tres Gobernadores en representación territorial de Escocia, Gales e Irlanda del norte.⁹²³ El Consejo de Gobernadores es la cúpula del organigrama de la corporación y la máxima autoridad en todos sus ámbitos. Son legalmente responsables de asegurar que se cumplan los objetivos establecidos en la Carta real.

Pero la gestión efectiva de la BBC recae sobre el Director General, nombrado por el Consejo de Gobernadores y el Consejo de Administración (*Board of Management*). En los primeros tiempos de la corporación, se mantuvo la opinión de que los Gobernadores no debían implicarse en cuestiones de detalle, especialmente si con ello ponían en peligro el desarrollo de su visión de servicio público. En 1932, se logró un acuerdo del entonces Presidente, *John Whitely*, según el cual, las responsabilidades de los Gobernadores debían fijar las grandes líneas políticas y financieras, pero dejando la ejecución de esa política y la administración del servicio en manos del Director General y su equipo. Este acuerdo se conoce con el nombre de *Whitely Document*. Los Gobernadores suelen ponerse a

⁹²¹ GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, pág. 32

⁹²² GONZÁLEZ J, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, pág. 46

⁹²³ ROEL M, *TVE versus BBC*, pág. 546

disposición del *staff* de profesionales y, con harta frecuencia, más que voceros de los críticos de la BBC, para lo que les reclama es para defender en público a la Corporación.

4.2.2 *Tratamiento informativo del caso Kelly*

David Kelly era un prestigioso científico británico experto en armas biológicas que asesoraba al Ministerio de Defensa británico. El científico se vio envuelto en el epicentro de una tormenta mediática que enfrentó a la BBC con el ejecutivo de Tony Blair que culminó con el fatal desenlace del suicidio de Kelly el 18 de julio de 2003, al filtrarse su nombre a la prensa con el visto bueno de Tony Blair. En sus informaciones, la BBC reveló que Londres había exagerado el informe sobre las armas de destrucción masiva de Irak para justificar la guerra. Se señalaba que el líder iraquí, *Sadam Hussein*, podía usar armas de destrucción masiva en cuarenta y cinco minutos.⁹²⁴

Un portavoz del Ministerio de Defensa británico afirmó que Kelly no había sido amenazado con la suspensión o el despido por hablar con los periodistas de la BBC, pero se le dejó claro que había roto con las normas de su departamento al mantener contacto no autorizado con periodistas. *Kelly* fue la fuente principal del periodista de la BBC, *Andrew Gilligan*, dato que filtró el gobierno de *Blair* y que finalmente confirmó en un comunicado oficial la BBC.⁹²⁵

El juez *Hutton* fue el encargado de abrir una investigación sobre el caso. Así, el 29 de enero de 2004, se dan a conocer las conclusiones de la investigación. En ellas se exonera al Gobierno de *Tony Blair* y se critica duramente a la BBC.⁹²⁶

En su informe el Juez Hutton expresó las siguientes conclusiones:

- La acusación de *Gilligan* de que el informe fuera maquillado se entiende como que fue embellecido con información de los servicios secretos que se sabía que era falsa y poco fiable y esa alegación es infundada.
- La acusación principal de *Andrew Gilligan* de que el Gobierno sabía que la afirmación

⁹²⁴ ROEL M, *TVE versus BBC*, pág. 550

⁹²⁵ El Mundo, 19 de junio de 2003

⁹²⁶ ROEL M, *TVE versus BBC*, pág. 551

de los 45 minutos era falsa o cuestionable antes de insertarla en el informe estuvo infundada.

- Aunque el periodismo de investigación es parte fundamental de la vida en una sociedad democrática, los medios de comunicación no deben hacer falsas acusaciones contra la integridad de los demás, incluidos los políticos.

- El sistema de control editorial de la BBC es defectuoso, ya que permitió la emisión de la noticia de *Gilligan* sin analizarla.

- La dirección de la BBC no prestó la atención debida a la queja presentada por el Gobierno sobre la polémica noticia y la defendió sin comprobar sus fuentes.

La publicación del informe Hutton tiene consecuencias inmediatas sobre la BBC, el presidente y el Director General de la BBC dimiten, al igual que *Andrew Gilligan* autor material de la información que aseguraba que el gobierno había exagerado sus informes sobre Irak para justificar la guerra, se procede a la revisión de la línea editorial.⁹²⁷

Tras las dimisiones se puso en marcha una investigación interna. Se concluye que el sistema editorial era el adecuado pero que *Gilligan* no lo siguió. Las conclusiones del caso *Kelly* despiertan objeciones acerca de la independencia de la BBC frente al Gobierno, el cumplimiento de las normas de transparencia y veracidad.

La independencia de la BBC con respecto al Gobierno se puso de manifiesto en diversas ocasiones a lo largo de su historia. En 1935 el *Ullswater* Comité dispuso en sus conclusiones que, incluso en tiempo de guerra, la BBC debía expresar sus propias opiniones antes que las del gobierno, abogando por la independencia política y por la veracidad de las informaciones.

En 1957 el *White Paper*, a raíz de la crisis del Canal de Suez, “reconoció la calidad informativa de la cadena pública. Aseguraba que la imparcialidad y objetividad de la BBC eran bienes nacionales de gran valor y que su independencia debían mantenerse”. Pero ninguno de los acontecimientos o enfrentamientos vividos entre la BBC y el Gobierno tuvieron las repercusiones del caso *Kelly*.

⁹²⁷ ROEL M, *TVE versus BBC*, pág. 552

A pesar de todas las repercusiones, la actuación de la BBC, su forma de afrontar la crisis vivida, les permitió, en opinión de algunos, reforzar su credibilidad. Finalmente, la autocrítica les lleva a iniciar una nueva etapa, pero conscientes de la necesidad de independencia de la televisión pública británica frente al poder político. Y ello, a pesar de las presiones recibidas.

4.2.3 *Tratamiento informativo. Guerra de Irak en TVE*

Durante la cobertura informativa de la guerra de Irak, se discutió en España, la incidencia del poder político sobre la línea editorial de los Servicios Informativos de TVE. Diversos trabajadores de TVE constituyeron el Comité Antimanipulación de los Servicios Informativos de TVE con objeto de difundir a los trabajadores del Ente, al Consejo de Administración, a la comisión de Control Parlamentario y a la opinión pública (dado que son accesibles a través de Internet) informes sobre casos concretos de vulneración de los principios de veracidad, objetividad e imparcialidad:

“El Comité hace especial mención en sus informes a las omisiones a las que fueron sometidas las corresponsalías de TVE en París, Berlín y Moscú. Entre los hechos denunciados merecen destacarse la supresión de las declaraciones del Ministro de Exteriores francés, considerando positivamente la destrucción de los misiles *Al Samud*, y las de su homólogo ruso, advirtiendo sobre la posibilidad de ejercer el derecho a veto en la ONU, así como la omisión de la crónica enviada el 24 de marzo por el corresponsal en Moscú, en la que desmentía oficialmente la venta de armas a Irak por parte de Rusia. Pero quizá una de las omisiones más clamorosas fue la de la referencia a que hubiera mujeres y niños entre los muertos de la masacre del ejército de los Estados Unidos en un control de carretera, pese a que la Redacción sí había incluido este dato. También se denuncia, en este sentido, las presiones constantes para no utilizar las imágenes más duras de las víctimas civiles”.⁹²⁸

Entre otros informes sobre el tratamiento informativo de la guerra de Irak destaca el informa de AIDEKA⁹²⁹, quien realizó un estudio sobre los contenidos informativos difundidos a lo largo del período de guerra, tanto desde la perspectiva cuantitativa como

⁹²⁸ FERNÁNDEZ F, VILLAR F, *La Televisión Española y la otra Guerra de Irak*, pág. 2-3

⁹²⁹ Disponible en <http://www.comunica.org/chasqui/82/fernandez82.htm>

cualitativa, entre las principales conclusiones del informe destacan:

4.2.4 Desde el punto de vista cuantitativo

El reflejo del desarrollo militar de la guerra fue el contenido informativo que ocupó más tiempo: 44,5%. Escaso tiempo dedicado a los motivos de la guerra (1,68%) y a la evolución política durante el conflicto: 0,68%. La referencia a las armas de destrucción masiva, uno de los principales argumentos de la guerra, sólo ocupó el 0,29% del total del tiempo analizado. Reducida presencia en TVE de la crisis diplomática entre Estados Unidos y Europa: 0,21%.

Declaraciones a favor de la guerra ocuparon casi el doble que las contrarias. Algo que contrasta con las encuestas de opinión difundidas en otros medios de comunicación.⁹³⁰

Adicionalmente, señala el referido informe la distribución del tiempo informativo superior entre los representantes de instituciones y organizaciones políticas partidarios de la intervención bélica. “De proyectarse la distribución de tiempo televisivo de declaraciones de representantes y líderes políticos al Parlamento, es como si el Partido Popular tuviera las tres cuartas partes de los diputados, mientras que el resto de partidos sólo hubieran obtenido una cuarta parte.”⁹³¹

Desmesurada dedicación del informativo a los incidentes respecto a sedes y miembros del Partido Popular. Más del doble que el espacio dedicado a las propias manifestaciones. Declaraciones de los colectivos sociales partidarios de la guerra tres veces superior al tiempo dedicado a los contrarios. Desigual dedicación al tiempo dedicado al fallecimiento de José Couso y Julio Anguita, al que se le dedicó cuatro veces más de tiempo que al primero. No se contabilizaron rendiciones de los soldados angloamericanos –casi cinco minutos dedicados a las rendiciones de los soldados iraquíes-. Tampoco hubo declaraciones sobre la intervención de los presidentes de Francia o Alemania, países

⁹³⁰ Este estudio es el resultado de un proyecto de investigación interdisciplinario, en el que han participado profesores de los departamentos de Sociología y Didáctica General, Didácticas Específicas y Organización de Instituciones educativas de la UNED; de Periodismo y Comunicación Audiovisual de la Universidad Carlos III de Madrid; y de Metodología de las Ciencias del Comportamiento de la Facultad de Psicología de la Universidad de Málaga.

⁹³¹ FERNÁNDEZ F, VILLAR F, *La Televisión Española y la otra Guerra de Irak*, pág. 2-3

contrarios a la intervención bélica.⁹³²

4.2.5 Desde el punto de vista cualitativo:

(i) Los informativos de televisión, teniendo en cuenta el ERT o los principios básicos de programación de TVE y la propia Constitución española deben garantizar la objetividad, veracidad e imparcialidad, la libertad de expresión, el respeto al pluralismo. Principios que, en ocasiones, se vulneraron en las emisiones del mencionado programa informativo.

(ii) Se negó la voz a los colectivos contrarios a la guerra. Escasos testimonios de víctimas civiles iraquíes.

(iii) Se identificó a quienes participaban en manifestaciones con quienes recurrían a métodos de terrorismo callejero.

(iv) Tratamiento dado a los fallecimientos de Julio Anguita y José Couso. En el caso del primero fallecido por el ataque iraquí, se le adjudicó más tiempo (4 veces) que al segundo, muerto como consecuencia del fuego de un carro de combate norteamericano.

(v) Se mostraron imágenes de prisioneros iraquíes, a pesar de que en las conclusiones de la Convención de Ginebra se indica que deberán protegerse de la exposición pública.⁹³³

Así las cosas, es necesario destacar que en un régimen democrático la necesaria posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión y manifestaciones culturales, al margen de su rentabilidad económica o de su conveniencia política resulta indispensable.⁹³⁴

Es necesaria la legitimidad de la existencia de los medios de comunicación estatales en función de su contribución a mantener abiertos el mercado de las ideas. Para una sociedad democrática abierta, lo importante es la formación libre de la opinión pública. Un público bien informado no es el que recibe información conveniente o adecuada a la garantía de determinados valores; simplemente es el que está en condiciones de recibir la mayor y

⁹³² FERNÁNDEZ F, VILLAR F, *La Televisión Española y la otra Guerra de Irak*, pág. 3

⁹³³ Disponible en <http://www.comunica.org/chasqui/82/fernandez82.htm>

⁹³⁴ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo. Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y Mercado*, pág.279

más diversa información posible.⁹³⁵

El descrédito del servicio público de la televisión y su manipulación gubernamental han servido de argumento tanto para los que criticaban la falta de pluralismo interno en la televisión pública, como para los que ansiaban acceder a la explotación de un medio, hasta hace algún tiempo, reservado en exclusiva al Estado.

4.3 Conclusiones parciales

El concepto de pluralismo utilizado por el Consejo de Europa incluye todas las dimensiones del pluralismo que afectan a los medios de comunicación. También es especialmente oportuna porque esta institución actúa en el mismo ámbito geográfico seleccionado en este estudio.

Como respuesta a la preocupación en la UE sobre la creciente concentración de los medios de comunicación y sus posibles efectos en la libertad de expresión y el pluralismo informativo, en 2007 la Comisión Europea estableció su planteamiento en tres etapas (*Three-step approach*) sobre el pluralismo en los medios de comunicación y creó un Grupo de Trabajo específico para el seguimiento de estos temas. Esta iniciativa respondía al compromiso de la UE de proteger el pluralismo, el acceso a la información y a la libertad de expresión, expresado en el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

En cuanto al criterio imperante en la Unión Europea, cabe recordar que el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los estados miembros, firmado como anexo del Tratado de Ámsterdam, reconoce "que el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación".

La Unión Europea, implícitamente al menos, no hace más que reconocer que hay una

⁹³⁵ BASTIDA F, *Concentración de Medios y Pluralismo. Acordes y Desacuerdos entre Pluralismo y Mercado*, pág. 280

parte de las programaciones, la llamada de servicio público, que no va a ser prestada por el sector privado.

Dentro del análisis de documentos como el Libro Verde destaca el caso de Italia y en particular de Silvio Berlusconi y la situación de los medios de comunicación en Italia que fue el eje de un acalorado debate en el Parlamento Europeo, donde una gran parte de los eurodiputados, liderados por el centro y la izquierda, exigieron una directiva comunitaria que proteja el pluralismo informativo en la UE, con especial referencia a Italia.

Esa directiva será garantía para que los derechos de los medios se respeten en todos los países de la Unión.

A pesar de que la protección del pluralismo, ha sido tradicionalmente considerada como una competencia interna de los Estados, la Unión Europea decidió, desde hace mucho, impulsar la libre competencia empresarial en el espacio comunitario. Las instituciones comunitarias se han visto obligadas a intervenir sobre las concentraciones mediáticas nacionales para evitar que los preceptos relacionados con la política de competencia en el marco europeo puedan lesionar el pluralismo informativo interno de cada Estado miembro. Es así como, la Unión Europea ha debido apostar por unas medidas políticas híbridas que conjugan estos dos principios enfrentados: el derecho a la libertad de mercado frente al derecho del ciudadano a recibir una información plural.

Las reglamentaciones relativas a la propiedad de los medios tienen en común haber sido adoptadas en un contexto político cargado y haber sido concebidas en función de la coyuntura nacional del momento. La consecuencia de esta dimensión política es la creación de unos marcos normativos de aplicación vulnerables que a menudo no correspondían con la realidad del sector y, además, estos eran bastante dispares unos de otros, como consecuencia lógica de las distintas situaciones.

Tanto la BBC de Londres como TVE de España han sido duramente criticadas en distintas ocasiones por mantener líneas informativas favorecedoras del Gobierno de turno, no permitiendo la difusión de las distintas corrientes de pensamiento o perspectivas de una misma problemática, tal como ocurrió con las transmisiones de la guerra en Irak.

La Comisión Europea anunció durante el año 2011 la creación de un Centro por el Pluralismo y la Libertad de Medios de Comunicación en Florencia (Italia) que comenzó a funcionar en diciembre del mismo año con el objetivo de promover medios de comunicación "muy libres y diversos" y mejorar el pluralismo informativo en Europa.

Bruselas subvencionará el centro con 600.000 euros.

El centro se encargará de la importante tarea de formular y probar ideas sobre la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación que puedan enriquecer las políticas y el debate públicos tras recordar que la libertad de expresión depende en parte de unos medios de comunicación libres y diversos.

Según el Ejecutivo comunitario el centro impulsará actividades específicas como son la investigación teórica y aplicada mediante estudios políticos y fruto de la observación del pluralismo de los medios y organizará debates y actividades educativas y de formación como seminarios académicos y escuelas de verano. El centro difundirá sus resultados con el objetivo de promover nuevas ideas para mejorar la calidad y pluralismo informativo.

Otras cuestiones que deberán estudiar son, por ejemplo, la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y sus consecuencias para el pluralismo y la libertad, las amenazas legales y la función e independencia de las autoridades reguladoras.

El artículo 11 de La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, exige el respeto a la libertad y pluralismo de los medios de comunicación porque constituyen "el cimiento de toda sociedad libre y democrática y son esenciales para los valores democráticos y sociales subyacentes de la UE".

CONCLUSIONES FINALES

1. Las personas se informan principalmente a través de la televisión. Tiene la televisión una capacidad de penetración mayor de la que pueda tener la prensa escrita, en cuanto llega a capas sociales mucho más amplias y diversas, es por esto que no existen leyes de prensa pero si de televisión. En España alrededor del 90% de los hogares se informa a través de la televisión, en 2004 se alcanzó un consumo televisivo de 218 minutos diarios por persona. La situación en el resto de los países europeos no es muy diferente, un adulto alemán dedica más de tres horas al día viendo televisión, con un consumo de 216 minutos diarios. Dado que las personas se informan principalmente a través de la televisión es necesario garantizar que esa información sea producto del contraste y la pluralidad.

2. La multiplicación de las posibilidades de emisión por ondas, por cable o por satélite no ha cambiado las bases teóricas sobre las que se ha construido hasta bien reciente la regulación de la actividad televisiva. Los Estado siguen hoy presentes como tales en la actividad audiovisual, aunque ya no en el concepto de monopolio, y siguen interviniendo en la determinación de quiénes son los habilitados para desarrollar la actividad legislativa y audiovisual, sea a título de concesionario o autorizado, pero en un régimen muy próximo al concesional.

Esta situación se debe, entre otras posibles causas, a las peculiaridades que presenta el mundo de lo audiovisual y a su impacto decisivo en la formación de la opinión pública. Este efecto de la televisión ha llevado a que los Estados consideren deben tener alguna intervención, en garantía de que la actividad privada sirva a algunos objetivos de interés general, como es garantizar el pluralismo, vital en una sociedad democrática.

3. El debate, las deliberaciones son parte del proceso de formación de la opinión pública, tratándose de temas de interés general, el pluralismo informativo garantiza que en dicho proceso los ciudadanos tengan acceso a diversidad de fuentes, ideologías, corrientes de pensamiento, sectores sociales, grupos de interés, ello en definitiva permitirá que en los procesos de toma de decisiones, destacan los procesos electorales entre ellos, exista una opinión pública formada con transparencia.

Ese proceso de formación de la opinión pública, es protegido en la medida en que los textos constitucionales hacen referencia al pluralismo como parte del ejercicio de la

libertad de información y expresión. La expresión de ideas, opiniones creencias, la transmisión de hechos a través de diversas fuentes que permitan su contraste son idealmente ejercidos en pluralismo.

No basta garantizar la libertad de expresión e información en el plano formal, es necesario que esa expresión sea plural y expresiva de la diversidad social.

4. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha reconocido en la libertad de medios además de un derecho subjetivo un contenido objetivo tendente a asegurar la función social de la comunicación pública. Se trata de proteger especialmente “la libertad de la información” a través de estos medios de comunicación, es decir, la libertad de la información a través de los medios de comunicación de masas.

En este sentido, es aceptado por la jurisprudencia alemana que los derechos fundamentales del artículo 5 GG (libertad de comunicación, expresión, información, radiodifusión, cinematográfica) “son un elemento constitutivo del Estado democrático, pues son vínculos para la formación de la voluntad democrática”. Es por ello que los medios de comunicación deben garantizar posibilidades de comunicación a todos los grupos sociales (garantía de pluralismo) y deben conceder al colectivo la posibilidad de informarse en forma libre y formarse su opinión.

5. El art. 20 de la Constitución española, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira la Constitución, el cual presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos.

En este sentido, ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”.

6. Las políticas europeas de comunicación audiovisual, marcadas por el difícil equilibrio del ámbito económico de competencia dentro del modelo dual, de la radiodifusión y por la salvaguarda de los valores democráticos y socioculturales, se han desarrollado a través de tres sucesivas Directivas: Televisión sin Fronteras (1989), de Servicios de Medios

Audiovisuales sin Fronteras (2007) y de Servicios de Comunicación Audiovisual (2010), así como de dos respectivas Comunicaciones de la Comisión Europea (2001 y 2009) sobre el régimen de las ayudas estatales a la radiodifusión pública. En este contexto y luego de analizados dichos instrumentos puede afirmarse que el balance de la política audiovisual europea es bastante más favorable a la liberalización que a la salvaguarda del modelo de radiodifusión pública. Con evidente priorización de los intereses económicos sobre los socioculturales.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión se pueden distinguir elementos comunes en cuanto a la regulación del mercado audiovisual: (i) la limitación de la acumulación de la propiedad en un mismo medio (monomedia) o en varios medios (multimedia), que tiene por objeto evitar que un mismo operador controle o tenga influencia en varios medios de un mismo tipo; y, (ii) la limitación de la participación en el capital de las empresas de televisión, que limita la parte máxima de capital o el acceso al mismo que pueda estar en manos de un mismo accionista. A fin de diluir la influencia que podría tener un accionista en la diversidad del contenido de los programas.

7. El pluralismo aplicado a los medios de comunicación audiovisual se manifiesta en la posibilidad de todo ciudadano de acceder de manera equitativa al máximo de opiniones, ideas e informaciones; el pluralismo es un valor que asegura a los ciudadanos la diversidad informativa. Esta no se refiere exclusivamente a las informaciones políticas si no a todo tipo de programas y contenidos, ya que son todos estos, en su conjunto, los que construyen la imagen de la sociedad que los medios devuelven a sus ciudadanos, imagen que les permitirá forjarse una opinión y asimilar determinados valores.

Los cambios que se están dando en la producción, oferta y usos comunicativos relativizan el rol de una TV pública, puesto que compite por la atención desventajosamente con otras ofertas de ocio, comunicación o TV. Más allá de las evaluaciones cuantitativas que puedan hacerse de la audiencia de estas televisoras es necesario tomar en consideración su función social. Así, los cambios que propone la Ley General de Comunicación Audiovisual convierten a la televisión pública en una televisora de servicio público en su sentido más propio, que, entre otros aspectos, pueda hacer realidad el multilingüismo que apunta el artículo 3.3 de la Constitución española hasta ahora incumplido, dada la obligación de emitir contenidos audiovisuales producidos por las distintas comunidades autónomas.

8. Con la Ley General de Comunicación Audiovisual de España la dispersión en la regulación audiovisual a la que tanta veces se refirió la doctrina ha sido considerablemente

superada. En una sola ley se regula tanto la televisión privada como la pública y se crea un maco general para la prestación del servicio, con las particularidades a que haya lugar.

9. Tanto en Alemania como en España sus respectivos ordenamientos jurídicos han establecido organismos de televisión que resultan idóneos, en ambos casos se garantiza, la representación institucional, de los grupos relevantes de la sociedad en los organismos públicos que gestionan la actividad de televisión. El Consejo de Radiodifusión, el Intendente y el Consejo de Administración en Alemania son buena muestra de ello. En España el Consejo de Administración, Director General, Delegados y Consejos Asesores Territoriales también cumplen con esta función.

No obstante lo anterior, siempre es posible reconocer las medidas de presión o intentos de control que puede ejercer el Poder del Estado sobre la televisión pública un buen ejemplo de ello lo encontramos en el intento de acceso previo por parte de los Consejeros políticos de TVE a los contenidos que serían difundidos por este canal, que afortunadamente no fue aplicado y finalmente desechado.

Cómo garantizar la independencia de los cargos de televisión pública respecto de quienes los designan, siempre será un tema controversial sin embargo, no debería dejarse de considerar la posibilidad de que el director general del organismo de radiodifusión público, aunque nombrado por el gobierno, lo fuera después de un examen en algunas de las cámaras, de un debate en las mismas, e incluso de una propuesta de más de un candidato que reúne un quórum predeterminado de votos favorables después de dos votaciones. En realidad estos mecanismos sirven para imponer una cierta conciencia de la necesidad de servir a esa neutralidad buscando apoyos más amplios posibles.

10. En cuanto a la programación, en la televisión pública alemana se aplica el criterio de la diversidad de opiniones como válido para la selección de materias. La libertad de radiodifusión está al servicio de la formación libre y amplia de la opinión. Esto sólo puede dar resultado cuando la radiodifusión como una de las más importantes fuentes de información y como factor esencial de formación de la opinión toma en consideración la pluralidad de las opiniones en la forma más amplia y completa posible. Y ello se ha logrado en virtud de la aplicación de la Ley Reguladora de la Televisión en Alemania, a saber: “el esquema de programación, la composición de la comunidad de productores y las demás regulaciones organizatorias que tengan por objeto garantizar la diversidad de opiniones”.

En España la Ley General de Comunicación Audiovisual combina los sistemas de

autorregulación y regulación externa, ello luce favorecedor y permite a los prestadores del servicio diseñar sus propios mecanismos para lograr la función de servicio social al tiempo que conocen de antemano las obligaciones a las que están sometidos en la programación para niños, personas discapacitadas y pluralismo lingüístico. Es así como los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración.

La Ley General de Comunicación Audiovisual hace importantes referencias a la pluralidad en la programación a través de medios tanto públicos como privados y comunitarios. Debe ser considerado como un avance la mención a que la programación de estos canales de televisión refleje el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad. En protección al pluralismo también se desarrollan mecanismos para asegurar que la comunicación audiovisual se preste a través de una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado. El pluralismo en la programación también supone la inclusión de distintos géneros en atención a los diversos intereses de la sociedad, especialmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública.

Vemos pues que se hace especial referencia los prestadores de titularidad pública como destinatarios de estas obligaciones en la programación, sin embargo ello no puede llevar a afirmar que tales principios no se apliquen a los prestadores privados de televisión.

Así las cosas, tanto en Alemania como en España el pluralismo en los canales públicos de televisión se garantiza fundamentalmente a través del pluralismo interno, esto es en la organización y programación.

11. A los fines de lograr una televisión pública de calidad, sustentable e independiente de las decisiones políticas, el sistema mixto de financiamiento resulta el más adecuado. A través de ingresos previstos en el presupuesto nacional y de publicidad, siempre estableciendo un porcentaje máximo de participación de la televisión pública en el mercado publicitario.

También por medio de la combinación entre tasa por servicio y publicidad tal como ocurre en Alemania. La eliminación de la publicidad comercial de las televisoras públicas crea una dependencia del Ejecutivo nada deseable y que pudiera atentar contra el principio del pluralismo informativo.

La regulación de la publicidad en la televisión pública, en la ley General de Comunicación Audiovisual española, conforme a los criterios establecidos por el derecho comunitario persigue la regulación de la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también con una normativa reguladora básica para impedir excesos y distorsiones en las televisoras públicas.

12. En cuanto a las normas sobre competencia en el servicio de televisión resulta importante destacar los esfuerzos impulsados desde el derecho comunitario para lograr reglas claras en materia de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones y en particular de la televisión, con ello se protege también al llamado pluralismo externo, regulado en la Ley de Televisión Privada y ahora en la Ley General de Comunicación Audiovisual, en diferentes disposiciones se garantiza el pluralismo y la libre competencia en el mercado radiofónico y televisivo dada la importancia que tienen estos medios en la formación de la opinión pública.

Así, se reconoce el derecho a poseer participaciones significativas en varios prestadores de servicios estatales de comunicación, pero se limita ese derecho si en el momento de la fusión o compra de acciones se acumula más del 27% de la audiencia.

Haber optado por el criterio de audiencias a la hora de evaluar posiciones de dominio, luce favorecedor de acuerdo con las soluciones recogidas por la más reciente legislación en la materia audiovisual de los países europeos.

Recordemos que con el apagón analógico se abre un amplio margen de negocios en el mercado audiovisual por lo que estas normas sobre competencias seguramente deberán ser revisadas y mejoradas.

Las normas sobre competencia en el sector audiovisual deben incluir el control que las grandes empresas tienen sobre las infraestructuras. La pluralidad de canales no impide que una gran empresa controle la provisión de instalaciones básicas. Tampoco impide que una empresa controle determinados punto de acceso clave, tales como los derechos de retransmisión en exclusiva de programas de interés social, los sistemas de acceso condicional, la gestión de bienes y la facturación. Todo en protección del pluralismo externo en la televisión.

13. La Ley General de Comunicación Audiovisual incorporó los exhortos hechos por la Comisión europea acerca de la necesidad de enfoques separados para regular la infraestructura de transmisión de los servicios audiovisuales y los contenidos. En el

entendido que los servicios que proporcionan contenidos audiovisuales se deben regular sobre la base de su naturaleza, no según el medio por el que llegan al usuario.

En cuanto a la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, el mismo supone el cumplimiento de uno de los mandatos comunitarios de vieja data y respecto del cual España era uno de los pocos países que se mantenía en mora, su estructura y funciones se adecúa a grandes rasgos con lo que durante mucho tiempo se explicó debía ser su contenido. En particular en lo que se refiere al Comité Consultivo como órgano de participación ciudadana y de asesoramiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales; el mismo puede llegar a garantizar la participación de colectivos y asociaciones de ciudadanos , grupos de usuarios, entre otros.

Y por otra parte en la designación de sus miembros elegidos por mayoría cualificada de tres quintos del Congreso de los Diputados, lo cual ofrece una adecuada plataforma para el ejercicio independiente de sus funciones.

14. En la Ley General de Comunicación Audiovisual española se verifican los principios de titularidad europea y de reciprocidad. En este sentido, se amplía hasta 15 años el período de concesión de licencia, y se establece la renovación automática si se cumplen determinados requisitos, reconociendo la posibilidad de arrendar o ceder licencias en determinadas condiciones, lo cual puede resultar beneficioso para el desenvolvimiento del mercado audiovisual. También se incluye un derecho de los titulares de las licencias regulando el acceso condicional o de pago, limitándolo a un 50% de los canales concedidos a cada licencia para garantizar una extensa oferta de televisión en abierto.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Alcalá Leopoldo, *El Servicio Público de Televisión ante el Siglo XXI*, Dykinson, Madrid 1999
- Aguado Guadalupe, *Retos de la Televisión en Europa*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid 2005
- Aguirre Román Javier Orlando, “Reconstrucción del Derecho a la Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional: concepto, escenarios y límites”, *Opinión Jurídica* Nº 12, Medellín 2007
- Alcubilla Arnaldo E., “Procesos Electorales y Opinión Pública, en Parlamento y Opinión Pública”, *Revista de las Cortes Generales* Nº34, Madrid 1995
- Álvarez Monzoncillo José María, Iwens Jean Luc, *El Futuro del Audiovisual en España*, Fundesco, Madrid 1992
- Ansuátegui Roig Francisco, *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1994
- Apieza Salgado Socorro, *Veracidad y Pluralismo Informativo en el Medio Televisivo: Una Tarea Pendiente*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2004
- Artero Muñoz Juan Pablo, *El Mercado de la Televisión en España: Oligopolio*, Ediciones Deusto, Barcelona 2008
- Bartolomé Cenzano José Carlos de, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003
- Bastida Freijedo Francisco Javier, *Concentración de Medios y Pluralismo. “Acordes y Desacuerdos” entre Pluralismo y Mercado*, Responsa Iuris peritorum, Vol. II, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2001
- Bastida Freijedo Francisco Javier, *Medios de Comunicación Social en Democracia y Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002
- Bausch Hans, *Rundfunk in Deutschland*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1980
- Berges Laura, De Mateo Rosario, *Los Retos de la Televisión Pública*, Colección Periodística, Zamora 2009
- Bermejo Vera J., “Derechos Fundamentales, Información y Deporte”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 51, Madrid 1997
- Bermejo Vera J., *Alcance y Límite del Derecho de Rectificación*, en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1997
- Betancor Rodríguez Andrés, “Los Organismos Reguladores de lo Audiovisual”, *El Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- Betancor Rodríguez Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid 1994
- Blanco Carolina, *El Derecho a la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información*, Editorial Bomarzo, Albacete 2009
- Bohl Christoph, *Konzentrationskontrolle in den elektronischen Medien. Wirtschaftsrecht der internationalen Telekommunikation*, Band 44, Nomos, Berlin 2000
- Bonet J., *El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1994
- Bouzat Gabriel, “Libertad de Expresión y su Estructura Social: El Derecho a Réplica”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 3, mayo-agosto, Madrid 1989
- Brenner Cristian, *Zur Gewährleistung des Funktionsauftrages durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: eine Konkretisierung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Fernseh-, Hörfunk und Online Bereich*, Tenea, Berlin 2002
- Bullinger Martin, *Freiheit und Gleichheit in den Medien*, Band 11, Baden- Dätwill, Baden- Baden, 1980
- Bullinger Martin, “Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste”, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht AfP 1*, Düsseldorf 1996
- Cabo Martín Carlos de, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Volumen II, PPU, Barcelona 1993
- Calvo Elvira, “Las Radios Comunitarias tras la Nueva Ley de Comunicación Audiovisual”, *Revista Derecom*, Facultad de Ciencias de la Comunicación Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2010
- Calvo Gloria, “Diez Años de Experiencia Regulatoria. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructura en Red*, Nº33, Septiembre, Madrid 2008
- Campos Freire Francisco, “La Nueva Directiva Europea sobre los Medios Audiovisuales”, *Revista de Comunicación y Nuevas Tecnologías* Nº 9, Santiago de Compostela 2007
- Carbonnel Miguel, “Construir el Pluralismo, en Derecho a la Información y Derechos Humanos”, *Estudios en Homenaje a Mario de la Cueva*, Universidad Nacional Autónoma de México, Doctrina Jurídica Nº 37, Ciudad de México

2000

- Carlón Matilde, “Los Servicios de Difusión como Plataforma de las Libertades de Expresión e Información en la Encrucijada entre Servicio Público y Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 134, Navarra 2007
- Carrillo Marc, “Expresión e Información: dos derechos entre la sociedad y el Estado”, *Revista Catalana de Derecho Público* Nº 12, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Catalunya 1996
- Catala I Bas Alexandre H, “Libertad de Expresión y Poderes Públicos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su Recepción por el Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Nº 156, Sep-Dic, Madrid 2001
- Chinchilla Marín Carmen, “La Reforma de la Radio y Televisión y Pública de Titularidad Estatal: La Ley 17/2000, de 5 de junio”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 174, septiembre-diciembre, Madrid 2007
- Chueca Sancho A, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona 1989
- Comisión Europea, *Libro Verde Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior* : http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_es.htm
- Cremades Javier, “Televisión Presente y Futuro”, *Revista de Contratación Electrónica* Núm. 38, Mayo, Cádiz 2003
- Criado Grande Juan Ignacio, “Redes Sociales Digitales y Administraciones Públicas”, *Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, Nº 90, Madrid 2011
- Cruz Villalón Pedro, “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 25, Madrid 1989
- Dahl Robert, *La Poliarquia, Participación y Oposición*, Tecnos, Madrid 1989
- De Carreras Serra Lluís, *Las Normas Jurídicas de los Periodistas. Derecho Español de la Información*, Editorial UOC, Barcelona 2008
- De Otto Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistemas de Fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona 1987
- De Vega Pedro, “La Función Legitimadora del Parlamento”, *Parlamento y Opinión Pública*, Tecnos, Madrid 1995
- Domínguez Vilá Antonio, “El Derecho de la Televisión (Situación y Perspectiva del Modelo Jurídico de la TV en España)”, *Teoría y Realidad Constitucional* Nº 14, UNED, Madrid 2004
- Dworking Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona 1984
- Dyson K, Humphreys P, “Policies for new media in Western Europe: Deregulation of broadcasting and multimedia diversification”, *The politics of the communications revolution in Western Europe*, K. Dyson & P. Humphreys (eds.), London 1986
- Echaide Torres Ángel, *La Situación Democrática en España*, Madrid 2007
- Escobar Roca Guillermo, *La Difícil Consecución del Pluralismo Informativo*, Diario La Ley, Ref.º D-248, Tomo 7, Madrid 2000
- Escobar Roca Guillermo, Santaolalla Fernando, *El Derecho de la Televisión. Situaciones y Perspectivas en la Comunidad de Madrid*, Dykinson, Madrid 2005
- Esteve Pardo José, *Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1984
- Fechner Frank, *Medienrecht*, UTB Nº 12, Stuttgart 2011
- Fernández Beltrán Francisco, Villar Moreno Fernando, “La Televisión Española y la otra Guerra de Irak”, *Revista Latinoamericana Chasqui* Nº 82, Quito 2004
- Fernández Farreres G, *El Paisaje Televisivo en España. Características e Insuficiencias del Ordenamiento de la Televisión*, Editorial Aranzadi, Pamplona 1997
- Fernández Isabel, Santana Fernanda, *Estado y Medios de Comunicación en la España democrática*, Alianza Editorial, Madrid 2000
- Fernando María del Rosario, “La Consolidación de la Autorregulación en España”, *Estudios sobre Consumo*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid 2008
- Fiss Owen, *La Construcción de una Prensa Libre, Libertad de Expresión y Estructura Social*, Ciudad de México 1997
- Fiss Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona 1999
- Frey Dieter, *Fernsehen und audiovisueller Pluralismus im Binnenmarkt der EG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin 1999
- Fuente Carmen, “La Transparencia Informativa de las Empresas de Medios en el Marco de la Ley General de la Comunicación Audiovisual”, *Retos Empresariales en un Nuevo Entorno*, Centro Universitario, La Coruña 2010
- Gaberí Llobregat J, *Los Procesos Civiles de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen*, Ed. Bosch, Barcelona 2007
- García Castillejo Ángel, “Una Laguna Fundamental del Sistema Democrático, El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales”, *Cuadernos de Comunicación e Innovación* Nº68, Madrid 2006
- García Fajardo J.C, *Comunicación de Masas y Pensamiento Político*, Pirámide, Madrid 1992
- García Llovet Enrique, García de Enterría Eduardo, *El Régimen Jurídico de la Radiodifusión*, Ed. Marcial Pons, Madrid,

1991

- García Roca J, “¿Existe un Derecho a Crear Televisión?”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Nº 10, Madrid 1996
- Gay Fuentes C, *La Televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, Marcial Pons, Madrid 1994
- Gibbons T, “De/re-regulating the system: the British experience”, *The prospects for television in a digital world*, University of Luton Press, Luton 1998
- Giordano Eduardo, Zeller Carlos, *Políticas de Televisión: la Configuración del Mercado Audiovisual*, Icaria Editorial, Barcelona 1999
- Golding P, “New technologies and old problems: Evaluating and regulating media performance in the Information Age”, *The media in questions. Popular cultures and public interests*, K. Brants, J Hermers & L. van Zoonen (eds), London 1998
- Gómez-Giraldo Juan Carlos, Hernández Juan Camilo, *Libertad de Expresión en Colombia entre la Amenaza y la Manipulación*, Vol.12 Nº 1, Universidad de la Sabana, Bogotá 2009
- Gómez-Reino Enrique, “El Derecho Europeo de lo Audiovisual y su Influencia en los Derechos Nacionales”, *El Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- Gómez-Reino Enrique, “El Secreto Profesional de los Periodistas”, *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Enero-Diciembre, Madrid 1983
- González Ballesteros Teodoro, *El Derecho de la Réplica y Rectificación en Prensa, Radio y Televisión*, Reus, Madrid de 1981
- González Encinar José Juan, “Modelos Comparados de Regulación de lo Audiovisual” *El Régimen Jurídico Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- González Encinar José Juan, “Televisión y Democracia. La Inconstitucionalidad del Estatuto de la Televisión”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Nº 7, Murcia 1995
- González Encinar José Juan, *La Televisión Pública en la Unión Europea*, McGraw- Hill, Madrid 1996
- Grim Dieter, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H Beck, München 1995
- Günter Herrmann, Matthias Lausen, *Rundfunkrecht*, C.H. Beck, München 2004
- Habermas Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Valladolid 1998
- Hahn Caroline, *Studien Zum deutschen und europäischen Medien Recht, Die Aufsicht des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks*, Peter Lang Verlag, Mainz 2009
- Hallin D, Mancini P, *Comparing media systems: Three models of media & politics*, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Hellín Ortuño Pedro, Rojo Villada Pedro Antonio, San Nicolás César, *La Televisión Digital Terrestre en Murcia*, Comunicación Social Ediciones, Sevilla 2009
- Herreros López Juan M, “La Formación de la Opinión Pública”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 14, UNED, Madrid 2004
- Herreros López Juan M, “Libertad de Información y Derechos a la Información”, *El Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- Herrmann Günter, *Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen 1975
- Heselhaus Sebastian, “Neue Entwicklungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit”, *NVwZ*, C.H Beck, München 1992
- Hess W, “Medienkonzentrationsrecht nach dem neuen Rundfunkvertrag”, *Archiv für Presserecht* 680, Düsseldorf 1997
- Hesse Albrecht, *Rundfunkrecht*, Valhen, München 2003
- Hesse Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, C.F Müller, Heidelberg 1990
- Hoffmann-Riem Wolfgang, “New challenges to European multimedia policy”, *European Journal of Communication*, vol. 11(3), Sage Journals, Londres 1996
- Hoffmann-Riem Wolfgang, “Kommentierung von Artike l 5 , Abs . 1 und 2 (Meinungs- und Medienfreiheit) und von Artike l 8 (Versammlungsfreiheit) des Grundgesetzes” , *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG)*, Nomos, Baden-Baden 1984
- Hoffmann-Riem Wolfgang, *Rundfunk als public service – ein überholtes Konzept? Aufgaben und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Fernsehens*, Universität Hamburg, Hamburg 1991
- Holzngel Bernd, *Rundfunkrecht in Europa*, Mohr, Tübingen 1996
- Huertas Jiménez Luis Fernando, “Los Canales de Televisión Parlamentarios”, *Parlamento y Comunicación: (nuevos retos)*, Tecnos, Pamplona 2004
- Humphreys P, Lang M, “Digital television between the economy and pluralism”, *Changing channels: The prospects for television in a digital world*, J. Steemers (ed.), Luton 1998
- Humphreys P, *Mass media and media policy in Western Europe*, University Press, Manchester 1996

- Ipsen Jörn, *Staatsrecht II Grundrechte*, Luchterhand, Osnabrück 2007
- Jiménez Sánchez José J, “La Opinión Pública”, *Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, Granada 2004
- Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz Antonio, *Las Relaciones de Funcionamiento entre el Poder Central y los Entes Territoriales (Suspensión, Solidaridad, Coordinación)*, Universidad Carlos III, Madrid 1985
- Kreber D, *Europeanisation of Regulatory Television Policy*, Nomos, Baden-Baden 2001
- Kresse Herrmann, Heinze Matthias, “Der Rundfunk: Das jedenfalls auch kulturelle Phänomen, Eine Kurzanalyse des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur EU- Fernsehrichtlinie“, *Archiv für Presserecht*, Düsseldorf 1995
- Kristoff M Ritlewski, *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht, Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk*, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaft, Band. 39, Mainz 2009
- Kugelman D, *Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG- Vertrages*, Duncker & Humblot; Auflage, Berlin 1999
- Labio Bernal Aurora, *Comunicación, Periodismo y Control Informativo*, Anthropos Editorial, Barcelona 2006
- Laguna de Paz José Carlos, *Televisión y Competencia*, Editorial La Ley- Actualidad, Madrid 2000
- Laporta Francisco Javier, “El Derecho a Informar y sus Enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Nº 72, Madrid 1997
- Lecaros María José, “Una Mirada Ética en Torno al Pluralismo”, *Veracidad y Objetividad: desafíos éticos en la sociedad de la información*, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia 2003
- Lerche Peter, *Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen*, Metzner, Berlin 1970
- Levy David, *Europe’s digital revolution. Broadcasting regulation, the EU and the nation state*, Thomson Reuters, London 1999
- Llorenz Maluquer Carles, “La Política Audiovisual de la Unión Europea”, *Revista de Comunicación y Nuevas Tecnologías* Nº 14, Santiago de Compostela 2007
- López García Mabel, “Internet ¿Medio de Comunicación Audiovisual?”, *Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, Nº 90, Madrid 2011
- López Jiménez David, “Los Códigos de Conducta: solución idónea frente a la elevada desprotección de la vida privada en internet”, *Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, Nº 90, Madrid 2011
- López Narváez Froylán, “Concentración de Medios y Pluralismo”, *Estudios en Homenaje a Mario de la Cueva*, Doctrina Jurídica Nº 37, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2000
- López Pedro, Morillo Calero María Jesús, “Derecho a la Información y Democracia en el Marco de la Globalización Neoliberal: Bibliotecas, Archivos y Medios de Comunicación de Masas”, *Información, conocimiento y bibliotecas en el marco de la globalización neoliberal*, Trea, Gijón 2005
- López Téllez Antonio, “Televisión en Información: Análisis de los Criterios de Televisión de Calidad en los Informativos de las Cadenas Nacionales”, *Comunicar* Nº 025, Huelva 2005
- Mailänder P, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, Nomos, Baden-Baden 2000
- Malaret García Elisenda, *La Financiación de la Televisión Pública y Privada en el Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- Mañas Ramírez Beatriz, “La Formación de la Opinión Pública: Encuestas y Medio de Comunicación”, *Sala de Prensa* Nº 130 febrero, Ciudad de México 2011 (versión digital)
- Marsden C, Verhulst S, *Convergence in European Digital TV Regulation*, Ed. Blackstone Press, Londres 1999
- Martí del Moral Antonio, “Reflexiones sobre la Incidencia del Pluralismo Televisivo en el Derecho Alemán”, *Revista de Administración Pública*, Núm.151, Madrid 2000
- Martin Mateo Ramón, *Ordenación del Sector Público en España*, Civitas, Madrid 1974
- Martín-Retortillo Baquer Lorenzo, “La necesaria diligencia de los periodistas (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de marzo de 2004, en el caso Radio France c. Francia)”, *Revista de Administración Pública*, Núm.165, Madrid 2004
- Michalis M, *Governing European Communications*, Lexington Books, Plymouth 2007
- Michel E.M, “Rundfunk und Internet Zum”, *Archiv für Presserecht* 681 Nº 1, Düsseldorf 1997
- Michelfelder Stephan, *Der Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 31. 8. 1991*, UFITA 1, München 1991
- Milton John, *Aeropagítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 1976
- Mir Puigpelat Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*, Civitas, Madrid 2000
- Montoro Fraguas Antonio, *El Derecho de Acceso a la Radio Televisión Pública*, Dykinson; Madrid 2007
- Monzón Arribas Cándido, *La Opinión Pública. Teoría, Concepto y Métodos*, Tecnos, Madrid 1987
- Monzón Arribas Cándido, *Opinión pública, Comunicación y Política. La Formación del Espacio Público*, Tecnos,

- Madrid 1996
- Münch /Kunig, *Grundgesetzkommentar, Präambel. Art 1-19, 5*, Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2000
- Münch Von Ingo, “La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional”; *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 5, Madrid 1982
- Muñoz Machado Santiago, *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1997
- Muñoz Machado Santiago, *Servicio Público y Mercado III. La Televisión*, Ed. Civitas, Madrid 1998
- Muñoz Mercedes, “El Futuro de la Televisión Pública: El Interés Público, La Calidad y el Pluralismo como Requisitos Imprescindibles”, *Veracidad y Objetividad, Desafíos Éticos en la Sociedad de la Información*, Fundación Coso, Valencia, 2003
- Muñoz-Alonso Ledo Alejandro, Rospir Juan Ignacio, “*La Democracia Mediática*”, *Democracia Mediática y Campañas Electorales*, Ariel, Barcelona 1999
- Navarro Marchante Vicente J, “La Autoregulación de la practica Informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 84, Madrid 2008
- Niebler Julia, *Die Stärkung der Regionalfensterprogramme im Privaten Rundfunk als Mittel zur Sicherung der Meinungsvielfalt durch den Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag*, Peter Lang Verlag, Mainz 2008
- Niepalla Peter, *Die Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, C.H Beck, München 1990
- Nogueira Alcalá Humberto, “El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Chileno y Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 6 Vol. 01, Talca 2000
- Nuevo López Pablo, *La Constitución Educativa del Pluralismo*, Netbiblo, La Coruña 2010
- Olalla Ferrán Tomás, “Revisión Crítica de las Relaciones entre Pluralismo y Mercado en los Medios Audiovisuales”, *Revista de Estudios de la Comunicación*, País Vasco, 2004
- Opitz Marc, “Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks”, *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H. Beck, München 2003
- Orriols Sallés Maria Angels, Pons Cánovas Ferran, “La Futura Regulación de un Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales”, *Revista Catalana de Derecho Público*, Nº 34, Mayo, Catalunya 2007
- Ortega Álvarez Luis, “Las Divergencias entre el Régimen Jurídico de lo Audiovisual por Razon de las Técnicas de Transmisión o Difusión”, *El Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona 2000
- Ortega y Gasset José, *La Rebelión de las Masas*, Edición Espasa Calpe, Madrid 1993
- Osorio Meléndez Hugo, *Políticas de Información y Derecho*, Konrad Adenauer, Santiago de Chile 1997
- Paniagua Linde Enrique, Vidal Beltrán José María, *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid 2007
- Parada Vásquez José Ramón, *Derecho Administrativo*, Vol.I, 11a edición, Marcial Pons, Madrid 1999
- Paschke Marian, *Medienrecht*, Springer Lehrbuch, 3. Auflage, Hamburg 2009
- Pedroza De La Llave Susana, “Concentración de Medios y Pluralismo, el Marco Jurídico del Canal de Televisión Mexicano”, *Serie Doctrina Jurídica* Nº 37, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2000
- Perelló Javier, “Información, Conocimiento y Bibliotecas en el Marco de la Globalización Neoliberal”, *Anales de Documentación*, Murcia 2006
- Pérez Chuliá Begoña, *El Régimen Jurídico del Sector Audiovisual y de las Telecomunicaciones. Un Desafío para Europa*, Editoriales Comares, Granada 2002
- Pérez Francesch Juan Luis, “El Marco Constitucional del Pluralismo”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nº 3, Barcelona 1993
- Pérez Gómez Alberto, *El Control de las Concentraciones de Medios de Comunicación*, Editorial Dyckinson, Madrid, 2002
- Petersen Nikolaus, *Rundfunkfreiheit und EG-Vertrag*, Nomos, Baden-Baden 1994
- Pieper Antje Karin, Wiechmann Peter, “Der Rundfunkbegriff”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Bayern 1995
- Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, C.F Müller, Heidelberg 2006
- Quadra Salcedo Tomás de la, *El Servicio Público de la Televisión*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1971
- Quadra-Salcedo Tomás de la, “Comunicación y Corporaciones Locales”, *Régimen Jurídico de la Comunicación Local*, Marcial Pons, Barcelona 2002
- Quadra-Salcedo Tomás de la, “Informe Preliminar sobre el Régimen Jurídico Audiovisual”, *El Régimen Jurídico del Audiovisual*, Marcial Pons, Madrid 2000
- Rallo Lombarte Artemi, “La Garantía del Pluralismo Informativo en Francia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 59, Madrid 2000
- Rawls J, *Sobre las Libertades*, Paidós, Barcelona 1990
- Rebollo Lucrecio, *Límites a la Libertad de Comunicación Pública*, Dykinson, Madrid 2008
- Rincón Omar, Barbero Martín, *Televisión Pública del Consumidor al Ciudadano*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Bogotá 2001
- Ring Wolf-Dieter, *Medienrecht*, Vol.II, Rehm, Heidelberg 1999

- Ripollés Serrano María Rosa, “Parlamento y Medios de Comunicación Social”, *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Nº 29 (septiembre-diciembre), Madrid 2006
- Rodríguez J, *Derecho de la Información: una Perspectiva Comparada*, Editorial Dykinson, Madrid 2007
- Rodríguez Uribes José Manuel, *Opinión Pública. Conceptos y Modelos Históricos*, Marcial Pons, Barcelona 1999
- Roel Vecino Marta, “TVE versus BBC. Dos Modelos Informativos Enfrentados”, *III Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información*, Fundación Coso, Valencia 2004
- Rojo Villada Pedro Antonio, “Pluralismo y Concentración en el Mercado Europeo”, *Global Media Journal*, Murcia 2004
- Rossen Helge, *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk*, Nomos, Baden-Baden 1988
- Rozados Oliva Manuel Jesús, *La Televisión Local por Ondas*, Editorial Comares Granada 2001
- Rudolf Wendt, Münch /Kunig, *Grundgesetzkommentar*, C.H. Beck, München 2000
- Ruiz Orejuela Wilson, *Responsabilidad Extracontractual del Estado por los Medios de Comunicación*, ECOE Ediciones, Bogotá 2008
- Saavedra M, “La Libertad de Expresión e Información y la Ordenación Jurídica de la Televisión: el ejemplo alemán”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada 1984
- Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, C.H Beck, München 2007
- Sainz Moreno Fernando, “La Regulación Legal de la Televisión Privada en la Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 2, Madrid 1981
- Saldaña Díaz María Nieves, “En defensa de la Libertad de Prensa: La Areopagítica de John Milton”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 125, Madrid 2004
- Salvador Martínez María, *La Libertad de Televisión. El Modelo Alemán*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid 1998
- Sanjurjo Rebollo Beatriz, *Manual de Derecho de la Información*, Dikynson, Madrid 2010
- Scheble Roland, “Grundversorgung Definition und Umfang”, *ZUM* Nº6, Bayern 1995
- Schellenberg M, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich*, Nomos, Baden-Baden 1997
- Schellnberg M, *Landesmediengesetze im Vergleich mit dem Kontrollsystem in Frankreich, Italien un Gross Britannien*, Tenea, München 1997
- Schellnberg M, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich-Rundfunk Staatsvertrag*, Nomos, Baden- Baden 1997
- Scherer Joachim, “Das neue Telekommunikationsgesetz”; *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H Beck, München 2004
- Schmidt Reimund, “Von potentiellen und "geborenen Mördern" - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsfreiheit,” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, C.H Beck, München 1992
- Schmidt Rolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Bremen 2006
- Schuster Detlev, *Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung*, Duncker & Humblot, Berlin 1990
- Schwabe Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer, Medellín 2003
- Serrano Martín, “La Influencia Social de la Televisión: niveles de influencia”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Nº 16, octubre-diciembre, Madrid 1982
- Siebert F.S, Peterson T, Schramm W, *Four Theories of the Press. The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility, and Soviet Communist Concepts of What the Press Should Be and Do*, Urbana, University of Illinois Press, Chicago 1956
- Siune K, “Is broadcasting policy becoming redundant?”, *The media in question. Popular cultures and public interests*, K. Brants, J. Hermers & L.van Zoonen (eds.), Londres 1998
- Soler Sánchez Margarita, *Campañas Electorales y Democracia en España*, Publicaciones de la Universidad de Jaume I, Valencia 2001
- Solozábal Echavarría J.J, *Temas Básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales*, Tomo III, Civitas, Madrid 2001
- Solozábal Echavarría Juan J, “Acercas de la Doctrina del Tribunal Constitucional en Materia de Libertad de Expresión”, *Revista de Estudios Políticos* Nº. 77, Madrid 1992
- Solozábal Echevarría Juan J, *Debate sobre la Reforma del Régimen Electoral en La Reforma del Régimen Electoral*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994
- Souvirón Morenilla José María, *Derecho Público de los Medios Audiovisuales: Radiodifusión y Televisión*, Editorial Comares, Granada 1999
- Starck Christian, “Grundversorgung und Rundfunkfreiheit”, *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H Beck, München 1992
- Stein Torsten, “Garantías Constitucionales en el Derecho de Propiedad Alemán”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer y Ciedla, Buenos Aires 1998
- Stern Klaus, *Rundfunkrecht und Rundfunkpolitik*, Universidad Köln, Band 5, C.H Beck München 1969

- Stuart Mill John, *Sobre la Libertad*, Alianza, 1994
- Tedford Thomas, Herbeck Dale, *Freedom of Speech in the United States*, Strata Publishing, Carolina del Norte 2001
- Tsakiridis Panagiotis, *Das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nach Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Frage seiner Drittwirkung*, DISS, Basel 1987
- Valldecabres Ortiz María Isabel, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004
- Van Cuilenburg Mcquail, "Media policy paradigm shift. Towards a new communications policy paradigm", *European Journal of Communication*, vol. 18(2), SAGE, Londres 2003
- Vattimo Gianni, *La Sociedad Transparente*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1996
- Velasco J.C., *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona 1996
- Vila Fumas Pere, *La Televisión Hertziana en Europa Occidental*, Ediciones UPC Catalunya 1998
- Vila Fumas Pere, *La Televisión Hertziana*, Ediciones UPC; Barcelona 1995
- Villanueva Ernesto, *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Iberoamericana, Konrardenauer, Ciudad de México 2002
- Villanueva Ernesto, *Ética de la Radio y la Televisión, Reglas para una Calidad de Vida Mediática*, Universidad Iberoamericana, UNESCO, Ciudad de México 2000
- Villaverde Menéndez Ignacio, *Estado Democrático e Información: el Derecho a Ser Informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo 1994
- Vives Antón Tomás Salvador, *La Libertad como Pretexto*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995
- Zippelius Reinhold, *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*, 15. Auflage, C.H. Beck, München 2007