

Medios audiovisuales: libertad encerrada

ÁLVARO CORDERO TABORDA

Opositor a Notarías Academia del Ilustre Colegio Notarial de Castilla y León

CARLOS LORA GONZÁLEZ

Abogado, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

1. La libertad de prensa en España: breve contextualización constitucional y legal de uno de los pilares de la democracia

La libertad para informar se configura, en todas las democracias occidentales, como uno de los pilares del sistema que, junto a la división de poderes, la igualdad ante la Ley y el respeto de la propiedad privada, permite el desenvolvimiento de la vida en sociedad con pleno respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La popularmente llamada “libertad de prensa” no solo constituye una proyección más de la genérica libertad de expresión sobre un ámbito concreto o un espacio determinado sino que, por encima de eso, se erige como elemento nuclear del sistema democrático, actuando de contrapeso al actuar cotidiano del poder político. En consecuencia, ningún sistema político es realmente democrático si resulta imposible informar de lo que ocurre en su día a día libremente.

En España, la libertad de prensa encuentra su fundamento constitucional en el art. 20.1-d) de la Constitución Española (en adelante, “CE”) en los siguientes términos: “se reconocen y protegen los derechos: [...] a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. El precepto se enmarca en los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la sección primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, no pudiendo su ulterior desarrollo legislativo alterar su conte-

nido esencial y siendo susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”).

No obstante, el precepto no confiere a la libertad de prensa la dimensión que, como elemento nuclear del sistema democrático que es, debería tener, en la medida en que introduce al tiempo diversas modulaciones que matizan notablemente la extensión de este derecho. Primeramente, la adjectivación de su objeto como necesariamente “veraz” plantea problemas a la hora de delimitar su contenido esencial. De entre las muchas posibles interpretaciones, nuestro TC ha optado por una dimensión subjetiva, es decir, que el informante actúe con diligencia y haya contrastado la información de forma adecuada, teniendo en cuenta las características de la noticia y los medios disponibles¹, caracterización general que, no obstante, ha dado lugar a una amplia casuística. No puede olvidarse, sin embargo, que, en este orden de cosas, los límites a la veracidad se ventilan exclusivamente en sede de Derecho Civil (fundamentalmente, por lo relativo a la protección al honor y a la intimidad) y de Derecho Penal (en los casos de injurias o calumnias), no resultando posible al Ejecutivo su empleo como restricción del ejercicio de la libertad de prensa.

De mayor relevancia práctica es la segunda modulación introducida por el apartado 3 del mismo artículo 20 CE en favor del Gobierno y relativa a la posibilidad de que sea titular de cuantos medios de comunicación públicos desee. En otras palabras, el Ejecutivo podrá controlar directamente –si bien sometido a control parlamentario²–, los medios de comunicación que desee, si bien tiene no puede obviar en su actuación la llamada a la pluralidad con que cierra el precepto; premisa que, en realidad, es un “brindis al sol”, en la medida en que no se articulan mecanismos jurídicos para garantizar su respeto por la Administración. Sobre los medios de comunicación de titularidad pública se entrará con algo más de extensión en las líneas que siguen.

Con estos mimbres no es de extrañar que el desarrollo legislativo que se ha dado a la libertad de prensa haya acotado enormemente su espacio³.

¹ Vid., entre otras, SSTC 6/1988, 240/1992, 47/2002 y 75/2002.

² Control que puede verse diluido en los casos en que el Ejecutivo gobierne con mayoría absoluta, cuestión en la que, por haber sido tratada abundantemente por los constitucionalistas, no se va a entrar en este lugar.

³ No debe olvidarse, no obstante, que el art. 53 ce restringe el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales a que su contenido esencial permanezca inalterado. Así las cosas, si el TC, hasta ahora, no ha declarado contraria al art. 20 ce las sucesivas regulaciones en materia de libertad de prensa, lo que pone de manifiesto, nuevamente, la limitada concepción que, ya desde la propia redacción contenida en la Carta Magna, se tiene de tan importante libertad. Y probablemente no lo haya hecho porque asocia el sector de la información a servicio esencial del art. 128.2 ce, de forma que el problema no está tanto en la calificación (la STC 26/1981 lo define como “actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en

Así las cosas, tras una andadura marcada por la dispersión normativa, la Ley 7/2010, de 15 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (“LGCA” o la “Ley”, en adelante) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre contienen hoy la regulación vigente. De “reforma de la reforma” podría ser calificada, pues si en la década de los 80 y 90 del pasado siglo se inició una vorágine legislativa hacia la concepción de los medios de comunicación como servicio cotidiano de información y ocio⁴, la tecnología digital ha introducido un nuevo elemento en la ecuación de la transmisión de información por medios audiovisuales (esto es, por radio y televisión). En definitiva, estamos ante una reforma de entidad, pues nos sitúa en un nuevo escenario, físico, jurídico, económico y social.

Desde un punto de vista físico, la explotación analógica estaba condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico frente a una tecnología digital que permite comprimir la señal no sólo sin pérdida, sino con aumento de su calidad. Las nuevas tecnologías ya no dependen necesariamente de las ondas hertzianas, lo que condiciona la regulación, por ser el espectro radioeléctrico de dominio público y otros medios de difusión no⁵.

A nivel jurídico, la LGCA ha dado lugar a una normativa codificada⁶, queriendo –aunque, finalmente, sólo se logre tímidamente– avanzar en el camino de la liberalización: el Estatuto de la Radio y la Televisión de 1980 calificaba en su art. 1.2 de servicios públicos esenciales de titularidad estatal todo lo relacionado con la transmisión de información; con el “tercer canal”, en 1983, este podía ser otorgado a las comunidades autónomas en régimen de concesión; en 1988, con la Ley de Televisión Privada, se abría la puerta a la gestión privada del sector; y, por último, con esta nueva normativa de 2010, el concurso público se circunscribe a la obtención de licencia (y no concesión)⁷ para utilizar las ondas hertzianas terrestres. No obstante, el vigente régimen merece nuestra crítica en la medida que en él se mantiene un control administrativo prácticamente total que, de una forma u

comunidad”, sean o no indispensables para los ciudadanos) como en la consecuencias que deriva de la misma: intervención.

⁴ Ejemplos de ello son, entre otros, el Estatuto de la Radio y de la Televisión de 1980, la Ley reguladora del tercer canal de televisión de 1983, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones en 1987 o la Ley de Televisión Privada de 1988. En 1995 se reguló la telecomunicación por satélite.

⁵ Regulación del espacio radioeléctrico que puede ser calificada de “estricta”, a pesar de encontrarse también inmersa en un proceso de en progresiva liberalización tras la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y distribución en torno al Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF) y un Registro de Concesionarios.

⁶ No en vano, la ley deroga nada menos que doce leyes en su totalidad y seis parcialmente.

⁷ Sustitución de la figura jurídica que no es más que continuación de las predecesoras inmediatas, las concesiones de TDT, por Real Decreto 944/2005, de 29 de julio.

otra, impide la creación libre de organizaciones para la comunicación sin la aquiescencia de la Administración⁸.

Desde la perspectiva económica también se ha producido una modificación de contexto que, no obstante y a nuestro juicio, continúa siendo insuficiente para garantizar una plena libertad de prensa. Las limitaciones técnicas traían consigo un modelo de reducida oferta, pública y privada, escasamente sostenible en régimen de mercado y que, si no hubieran sido corregidas, habrían desembocado, visto el camino andado hasta aquí por el legislador, en un modelo exclusivamente público en el que el poder controlara, ya sin cortapisas ni espacios para la iniciativa privada, los canales de comunicación. La apertura, aunque discreta, a la libre competencia en el sector, ha permitido la sostenibilidad de medios privados que permitan a los ciudadanos actuar en libertad, aunque con limitaciones, en el mundo de la comunicación. No obstante, estas restricciones aún presentan algunas consecuencias indeseables: el establecimiento de gran cantidad de requisitos de carácter regulatorio-administrativo trae consigo la necesidad de una gran infraestructura, cerrando las puertas a la creación de organizaciones dedicadas a la comunicación a los grandes círculos de acumulación de capital, que pueden, incluso, costear las pérdidas del sector gracias a los réditos que les proporcionan otros negocios, promovidos al ciudadano, precisamente, desde aquel medio de comunicación, cerrando, en consecuencia, un círculo de rentabilidad de todo punto inaccesible para la pequeña y mediana empresa.

Por último, no es desdeñable el cambio de escenario social motivado por la aparición de las herramientas que la red proporciona. El ciudadano tiene acceso inmediato a una red de libre búsqueda, eficiente en la medida en que alguien demande sus servicios y en el que es el consumidor quien manda⁹.

Aparte de la abundante injerencia administrativa que se ha contextualizado *ut supra*, no puede finalizarse esta instantánea de la libertad de prensa sin reparar en las cuestiones relativas a los derechos de propiedad privada y libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE, respectivamente). Y esto porque, precisamente, son la clave de que el ejercicio de cualquier libertad sea posible, de suerte que, en este sentido, la propiedad no es más que el instrumento

⁸ Ninguna duda deja la Ley cuando, en su art. 3.1, somete necesariamente a sus disposiciones, sin excepción, a todo prestador de servicios de comunicación, ondas hertzianas constantes o no. Gracias a Dios –concédasenos la licencia–, la prensa escrita y el mundo de Internet ha quedado a salvo del control gubernamental. Quizá la decadencia en que ha entrado la primera y la imposibilidad de poner “puertas al campo” en el segundo caso haya ayudado a mantener un resquicio de luz en la libertad de prensa en España.

⁹ Cuestión distinta es su contrastabilidad y su objetividad, elementos clave en la formación de una opinión pública libre, que, sin embargo, muchas veces no son tan tenidos en cuenta por el ciudadano. Importa el qué se dice, no quién lo dice ni dónde se dice.

mediante el cual uno puede actuar conforme a su propio plan de vida. Por ello, las limitaciones que ambos derechos encuentran en el mundo de la comunicación –y de una manera especial en el mundo de la publicidad, que es la fuente de ingresos que permite la existencia de organizaciones dedicadas a la transmisión de información– son de considerar (y criticar) en el estudio de la libertad de prensa en la democracia española en el momento actual.

2. La regulación jurídico-pública: una prensa que tiene mucho de intervención y poco de libertad

Centrándonos propiamente en la regulación actual, muy marcada por la injerencia administrativa, es de destacar en primer lugar el importante cambio terminológico que se introduce con la LGCA: con anterioridad, la prestación de servicios de información era considerada un auténtico servicio público, vinculada al interés general y, por tanto, legitimando a la Administración para controlarla.

Así las cosas, la Ley pretendía poner fin a esta situación, al menos en la medida en que en su art. 22 fundamentaba la razón de ser de los prestadores de servicios audiovisuales “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 democrático”. No obstante, hay que lamentar que aquél “revolucionario” objetivo no haya pasado de ser una bonita declaración de intenciones.

En realidad, el propio art. 22 LGCA se contradice a sí mismo cuando, antes de hacer la declaración citada, califica a los servicios de comunicación audiovisual como de interés general: el legislador, al tiempo que daba un paso atrás en la mediatización de la libertad de prensa por el poder político, cerrando la puerta de su consideración como servicio público, dio dos hacia adelante abriendo la ventana a la intervención gubernamental en el sector siempre que los prestadores del servicio actuaran de forma contraria a los intereses generales. La *vis* atractiva del poder Ejecutivo, tan desgraciadamente característica de nuestras modernas democracias –al menos, de las de la Europa continental¹⁰–, nuevamente se presenta legitimada legalmente

¹⁰ Una aproximación a lo que sería deseable –o, al menos, más respetuoso con la libertad de prensa– quizá sean los modelos anglosajones, donde la libertad de prensa lo puede prácticamente todo y, en consecuencia, la sociedad dispone de un importante instrumento en sus manos para controlar la acción del poder político. No obstante, tampoco hablamos de modelos perfectos en la medida en que reproducen algunos de los vicios de los modelos continentales, fundamentalmente por lo que a la titularidad de medios de comunicación públicos se refiere, sobre la que se entrará más adelante.

como la puerta abierta a la constricción del ejercicio de un derecho fundamental. En idéntica dirección, la Ley contradice aquella declaración de principios inicial de servir a la libertad de prensa cuando, a la hora de regular la posibilidad de que existan medios de comunicación de titularidad directa pública, vuelve a aludir a la noción de servicio público para referirse a ella, en la rúbrica del art. 40. Es claro que la voluntad del poder político, lejos de avanzar en la consolidación y ampliación de la libertad de informar y ser informado que teóricamente asiste a los ciudadanos, pretende seguir teniendo un control importante del sector, permitiéndole, entonces, controlar uno de los fundamentales contrapesos democráticos a su actividad. Continúa, en definitiva, el mercado de la información sometido a un profundo control gubernamental.

2.1. La cuestión de las licencias para transmitir información a través del espacio radioeléctrico: una infundada limitación de nocivas consecuencias

Como ya hemos apuntado, el instrumento para poder explotar un medio de comunicación de masas (esto, radio y televisión) “cuando dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestre” son las licencias (cfr. art. 22.3)¹¹. El principal argumento sostenido a su favor desde los poderes públicos es el carácter demanial del espacio radioeléctrico –inembargable, imprescriptible e inalienable (cfr. art. 132.1 CE), y del que la Administración no puede desprenderse– que no puede ser explotado más que en las condiciones por ellos señaladas. No obstante, es preciso hacer dos reflexiones en torno a esta calificación.

En primer lugar, en la esencia de la categoría jurídica de bien de dominio público subyace la categoría económica de bien público, aquel caracterizado por ser objeto de un consumo no rival¹² y no excluyente¹³. En con-

¹¹ Básicamente, el régimen contenido en la lgca no difiere en gran medida del régimen regulado por la Ley para otro tipo de licencias no audiovisuales, y se caracteriza, fundamentalmente, por una mediatización amplísima del acceso a la posibilidad de emitir mediante ondas hertzianas. No obstante, el problema en este caso es mucho más significativo que en el caso de otro tipo de licencias administrativas, puesto que no estamos hablando de cuestiones relativas a mera gestión patrimonial sino de auténticas limitaciones del poder Ejecutivo al ejercicio de libertades por parte de los ciudadanos, construidas sobre intereses distintos del respeto a la libertad de los demás. En último término, el hecho de que la Administración deba controlar el uso del espacio radioeléctrico, principal medio hoy en día transmisor de información, es la entrega de un cheque en blanco a la Administración para que, cuando quiera y como quiera, impida a los ciudadanos conforme a nuestra conciencia.

¹² Esto es, que pueda ser consumido por varios usuarios al mismo tiempo.

¹³ Lo que significa que su utilización no puede ser discriminada a través del mecanismo de precios.

secuencia, los bienes demaniales –y así la calificación como tal del espacio radioeléctrico– tendrán sentido como institución en la medida en la que, desde un punto de vista económico, reúnan esas dos características.

En segundo lugar, las licencias se configuran como los medios a través de los cuales se pretende una racional y eficaz organización de su consumo y en consecuencia tendrían sentido en la medida en que son los instrumentos adecuados para posibilitar un consumo organizado de las ondas hertzianas, sobre la base de una pretendida disfunción del mecanismo de precios.

Dos consideraciones a realizar en este punto: ni es cierto que sean el mejor medio para asignar el uso del espacio radioeléctrico ni, si este último extremo fuera cierto, sería razón suficiente, siquiera desde un punto de vista ético, para tolerar la restricción del ejercicio de una libertad tan necesaria en democracia como es la libertad de prensa. En relación a la primera cuestión, la teoría económica ha demostrado desde hace décadas que es posible hacer una asignación eficiente de los bienes públicos a través de los mecanismos de mercado –particularmente, de los precios–; y, en concreto, han surgido explicaciones y propuestas perfectamente viables de instrumentalizar dicha asignación mediante derechos de propiedad privada sobre el espacio radioeléctrico mucho más respetuosas con la libertad de los ciudadanos que los sistemas publicistas¹⁴. Otra cosa es que estas teorías sean contrarias a los intereses de los *lobbies* políticos de nuestro tiempo, que emplean mucha energía en intentar mantener su *status quo*. Por otro lado, y aun si fuera económicamente imposible la asignación más eficiente del uso del espacio radioeléctrico más que vía licencias, tales instrumentos no serían éticamente aceptables en la medida en que sitúan a los criterios subjetivos del poder político la decisión acerca de quién puede y quién no transmitir información en una sociedad concreta: los hombres que ostenten cada momento el poder político pueden condicionar el ejercicio de la libertad de prensa de sus demás conciudadanos.

2.2. Medios de comunicación públicos y manipulación informativa: una rémora histórica sin sentido actual

La LGCA dedica su Título IV (arts. 40 y ss.) a contemplar la posibilidad de que las Administraciones Públicas de cualquier nivel territorial sean titulares de medios de comunicación. Es más: estos medios públicos podrán explotar en

¹⁴ En particular, por citar alguna, son de reseñar las aportaciones que al respecto han realizado COASE, R. y HERZEL, L. y su “modelo de uso exclusivo” del espacio radioeléctrico, que puede consultarse en muchos manuales de Economía Política.

exclusiva hasta el 25% del espacio radioeléctrico –lo que es lo mismo: hasta ese 25% puede quedar excluido, incluso, del juego de licencias administrativas–, sin más condición que “satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y [a] preservar el pluralismo en los medios de comunicación” (cfr. art. 40.1.II LGCA); esto es, sin más limitaciones que las que, en cada momento, graciosamente quiera autoimponerse la Administración titular del mismo¹⁵.

Esta normativa puede ser calificada de regulación peligrosa, puesto que no es ya que el poder político, por la sola razón de serlo, tenga derecho a que los agentes informadores comuniquen necesariamente en alguna proporción lo que les es señalado por este, sino que, a la inversa, se impide que todas aquellas otras actuaciones (todas aquellas otras verdades de las cosas) no accedan, si así no lo desean, a los canales de información. En definitiva, se pone en manos de quien está, cada momento, en el poder una preciosa herramienta que, convenientemente usada, puede mantenerle en él. En lenguaje llano: quien gobierna tiene, en no escasa medida, la exclusividad de transmitir su mensaje, dificultando enormemente que otros puedan llegar a hacerlo, característica esencial primera de un sistema democrático.

Tales consecuencias podrían ser evitadas si se permitiera a los ciudadanos –consumidores del servicio, en definitiva– controlar su actuación a través del mecanismo de precios¹⁶. Lamentablemente, la situación de la televisión pública no ha abundado en esa dirección: paradigmáticamente, cuando en el año 2010 el Gobierno de España decidió suprimir la publicidad de RTVE, el sostenimiento financiero de la corporación se construyó exclusivamente sobre el presupuesto público que, no olvidemos, se nutre a golpe de impuestos. En otras palabras, ahora no sólo tenemos un canal cuyos contenidos se determinan a capricho del poder, sino que los consumidores no pueden hacer que si el canal no gusta, por manipulador, se hunda económicamente. Así las cosas, la televisión pública estatal se ha convertido en

¹⁵ Es cierto que el art. 42 lgca se titula “límites para los prestadores de servicio público audiovisual de titularidad pública”; sin embargo, se refiere a limitaciones exclusivamente jurídico-materiales (y, en particular, relativas a cuestiones mercantiles) y no a auténticas limitaciones jurídico-públicas que conduzcan a garantizar la libertad de prensa de los ciudadanos.

¹⁶ Básicamente, el mercado de la comunicación funciona del modo que sigue: los medios diseñan una parrilla de programación, la cual es valorada por los consumidores, que optan por gastar su tiempo en aquellos canales o emisores que más les aporta. A su vez, las empresas de comunicación reciben ingresos dinerarios, normalmente por vía de publicidad, mientras que los anunciantes sólo estarán dispuestos a pagar más dinero si más personas son receptoras de sus anuncios. Así pues, los medios necesitan diseñar programas que aporten mucho valor a los consumidores para que éstos conecten masivamente con sus cadenas, subiendo la demanda de publicidad en ellos.

un altavoz propagandístico del gobierno de turno que todos los ciudadanos estamos obligados a mantener¹⁷.

2.3. Una última nota acerca de los consejos de control audiovisual

Para finalizar el capítulo relativo a la injerencia administrativa en el ejercicio de la libertad de prensa, es necesario referirnos brevemente a los mecanismos de control audiovisual que existen a todos los niveles territoriales de nuestras Administraciones. La reforma de 2010 introdujo en la LGCA la figura del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como Administración independiente, a la que se atribuía, en su art. 47, un elenco de funciones tan amplio que abarcaba, prácticamente, la totalidad de actuaciones posibles en el sector de la comunicación, vigilando, en definitiva, que se cumplan las prescripciones contenidas en la LGCA –tan amplias y favorables, como se ha dicho, para con el Ejecutivo–.

Por si esto fuera poco, en el año 2013 este Consejo, de espíritu relativamente independiente, se disolvió, sin que esta desaparición implicara la extinción de sus funciones -como habría sido deseable-, sino que las mismas se distribuyeron en diversos órganos del Poder Ejecutivo, otorgándosele, en consecuencia, una absoluta carta blanca en el control audiovisual sin parangón en el ya de por sí intervenido marco comparado¹⁸.

3. Actividad audiovisual y derecho privado

Cuando el codificador español plasmó en el art. 1254 de nuestro Código Civil (“cc”, en adelante) que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” no fue, ni tampoco pudo serlo, consciente de la amplitud que

¹⁷ Por falta de espacio, hemos hablado exclusivamente de la televisión pública estatal, pero el argumento será el mismo para aquellas radios y televisiones titularidad de comunidades autónomas o municipios que supriman la publicidad y se financien con exclusivo cargo al erario público, y no será de aplicación a las que sigan permitiendo decidir a los consumidores mediante el mecanismo de precios.

¹⁸ Esta figura no es exclusiva del Estado central. Antes al contrario, ha sido desarrollada con profusión por parte de muchas Comunidades Autónomas, llegándose a extremos poco compatibles con la sola idea de Estado democrático de Derecho que, en principio, define a España (cfr. art. 1.1 ce). Ejemplo paradigmático de ello lo constituyen las actuaciones que en los últimos años ha desarrollado el conocido como Consejo Audiovisual Catalán (CAC), que llegó incluso a elaborar una lista negra de personas que aparecían en los medios criticando las políticas de los gobiernos nacionalistas de Convergència i Unió. Estas realidades orwellianas, sin embargo, no son descartables en un futuro si se continúa avanzando, en materia de comunicación, por la senda de la intervención política y de la restricción, poco a poco, de la libertad de prensa y del ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.

este último vocablo plantearía en el futuro¹⁹, en el seno de un Derecho de Contratos que sufre el fenómeno descodificador y la aparición de normas de carácter administrativo que transforman el escueto límite “ley, moral y orden público” (cfr. art. 1255 cc) en un pozo sin fondo.

Desde la perspectiva del Derecho Privado, las cuestiones relativas a la libertad de empresa, la libertad de financiación y la competencia²⁰ como pilares para un pluralismo no sólo empresarial sino ideológico, son los aspectos fundamentales del mercado audiovisual.

3.1. Libertad de empresa: editorial, de autorregulación y de nivel de diligencia exigible

Tres son las cuestiones que, derivadas de la libertad de empresa, es preciso tratar en consonancia con la LGCA, a saber: la línea editorial, los códigos de autorregulación y la diligencia profesional.

En primer lugar, la libertad editorial se concreta en seleccionar libremente el contenido y determinar los horarios de programación (cfr. art. 10). Contenido y franja horaria que tienen el límite general de la ley, la moral y el orden público (cfr. art. 1255 cc) y el especial representado por los denominados legalmente “derechos del público”²¹. No obstante, dentro de los mismos encontramos diversas gradaciones, algunas de ellas discutibles. Así, por un lado se prevé el derecho de las personas a ser informadas de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión (cfr. art. 4.6) sin ningún tipo de sanción en caso de contravención ni ningún parámetro concreto que permita delimitar este derecho; por otro, se recoge el derecho a la diversidad lingüística en la programación en abierto que refleje la “diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía” (cfr. art. 5.1.I), con cuotas a cubrir²² que, caso de ser incumplidas, son consideradas

¹⁹ La obligación contemplada como instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica hubo de someterse a revisión a través de leyes especiales. Así, nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos, pensado para una economía agraria y de pequeños comerciantes en las que las obligaciones eran casi siempre pecuniarias o de dar cosas específicas, no regulaba apenas el comercio de bienes de consumo en masa, ni las prestaciones de servicios técnicos propias del nuevo tráfico, limitando las consecuencias jurídicas que podrían traer los cambios tecnológicos.

²⁰ Entendida como pugna por la eficiencia, como expresivamente indica ALONSO SOTO, R. en: Uría-Menéndez, Curso de Derecho Mercantil. Vol. I. Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 174.

²¹ Denominación interesante en tanto en cuanto la norma centra el límite en el respeto a la persona, buscando limitar y/o prohibir todo lo que la perjudique en todas sus facetas y dimensiones, humanas y espirituales.

²² Así, el art. 5.2 prevé que el 50% de esa cuota quede reservada para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas y, en todo caso, el 10% del tiempo de emisión estará reservado a obras europeas de productores independientes del prestador de servicio y la mitad de ese 10% debe haber sido

infracciones muy graves²³ (cfr. art. 57.3). Nótese, además, que el art. 5.1.II faculta a las CCAA con lengua propia a aprobar normas adicionales a este respecto, con el fin de promover la producción audiovisual en lengua propia.

En este contexto, nos parece criticable una regulación que, por un lado, sobreprotege las cuotas lingüísticas y que puede constituir una verdadera bomba de relojería en las CCAA con lenguas cooficiales –donde es notorio que la política de inmersión lingüística puede desbordar la esfera necesaria para convertirse en una imposición lingüística–, acudiendo al Derecho Administrativo sancionador –con la agilidad con que se desenvuelve– y que, por otro, no prevé ningún régimen de infracción y sanción específico frente a las vulneraciones del derecho fundamental de información veraz que, caso de no serlo, dará lugar a los procedimientos generales previstos por el Ordenamiento jurídico²⁴, acciones civiles que, por muy sumarias que puedan serlo, poseen una eficacia y alcance limitado, pues pretenden proteger los derechos de la personalidad y no tutelar una protección para que los destinatarios de esa información no se vean engañados o manipulados²⁵. Lo mismo puede decirse con respecto a aquellas informaciones que se presentan como juicios técnicos, que en sí mismos no vulneran los derechos de ningún sujeto pero que constituyen falsedades fácilmente rebatidas por cualquier experto en la materia.

En segundo lugar es preciso detenerse en la autorregulación, concretada en el derecho del prestador de servicios a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración (cfr. art. 12). Estos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones, pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo. En todo caso, permiten regular parcelas atinentes a la libre voluntad y no de carácter imperativo²⁶ y

producida en los últimos cinco años. El tiempo de emisión a que se refiere este número se computará con exclusión del dedicado a informaciones, manifestaciones deportivas, publicidad, servicios de teletexto y teletvenda.

²³ Nótese, en todo caso, que las multas recorren la franja comprendida entre los 500.001 hasta 1.000.000 de euros en comunicación audiovisual televisiva y los 100.001 a 200.000 euros para los radiofónicos y posibilidad de revocación de la licencia (cfr. art. 60.1).

²⁴ Es decir, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

²⁵ La citada STC 240/1992 considera que la inveracidad o inexactitud parcial de la información como consecuencia de error ha de circunscribirse a supuestos de actitud negligente e irresponsable, pero el caso se centra en informaciones constitutivas de vulneración del derecho al honor de un sujeto determinado.

²⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 13 de octubre de 2014. Aunque el Código de autorregulación fije criterios orientativos para la clasificación de programas televisivos apela, en la calificación por edades, a la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

han de ser comunicados a las autoridades audiovisuales competentes y al organismo de representación y consulta de los consumidores que corresponda (en el ámbito estatal, el Consejo de Consumidores y Usuarios), a efectos meramente informativos y nunca de control. El precepto recuerda el límite de la defensa de la competencia, probablemente frente a prácticas colusorias.

Por último, el nivel de diligencia profesional también puede ser objeto de gradación en los códigos de conducta, lo que permite que su incumplimiento pueda dar lugar a la extinción del contrato del trabajador por indisciplina o desobediencia, (cfr. art. 54.2-b) del Estatuto de los Trabajadores, “ET” en adelante), en cuanto que dichos códigos pueden enmarcarse en las órdenes e instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (cfr. art. 20.2 ET), siempre bajo los principios de proporcionalidad y buena fe. Como contrapartida, el periodista posee la cláusula de conciencia reconocida en el art. 20.1-d) CE y desarrollada por LO 2/1997, de 19 de junio y en cuyo art. 3 se prevé que los periodistas puedan negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio²⁷.

3.2. El problema de la financiación: un exceso de regulación que conduce al oligopolio

Televisión y radio constituyen sectores sujetos a regulación específica en materia de derecho de establecimiento respecto a no residentes en un Estado miembro de la UE (art. Único de la Ley 18/1992, de 1 de julio, transponiendo la Directiva 1988/361/CEE), debiendo cumplir los requisitos exigidos por los órganos competentes fijados en la normativa sectorial y, una vez cumplidos, observar el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril. Regulación, por tanto, que contrapesa la libertad comunitaria de establecimiento con el interés nacional en controlar el capital extranjero en un sector clave²⁸ en cuanto formador de opinión pública. Cuestión distinta es hasta qué punto se compadece con la esencia de la libertad de prensa esta excepción; en cualquier caso, el análisis de la legislación de inversiones extranjeras es capítulo aparte.

²⁷ Institución de protección de la libertad de información, en tanto en cuanto, como reconoce la Sentencia del TC 225/2002, garantiza un espacio propio en su ejercicio frente a la imposición incondicional de la empresa de comunicación.

²⁸ Clasificado con los números 58 al 63 cnae, “Información y comunicaciones”, el flujo de inversiones exteriores directas ha sido decreciente en los últimos años, con 674 millones de euros en 2013, escasa si lo comparamos con otros sectores, si bien las cifras no permiten conocer la inversión realizada a través de entidades de tenencia de valores extranjeros (etve). Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda.

La autofinanciación de las empresas de comunicación se fundamenta, básicamente, en el recurso a la publicidad, bien a través de canales propiamente comerciales (cfr. art. 13) o a insertar en los comunes publicidad (cfr. art. 14) con sujeción a la Ley 34/1988, de 11 de julio, General de Publicidad, donde la protección al consumidor, procedente de Directivas comunitarias, se impone²⁹: publicidad engañosa, desleal, agresiva y subliminal son calificadas como ilícitas³⁰, en una regulación en la que libertad y responsabilidad (auto-responsabilidad) deberían ser las dos caras de una misma moneda.

Para los canales comerciales, la Ley concede gran libertad, siempre que se identifique fácilmente como comercial. Para los comunes, se establecen diversas limitaciones³¹ que, sin embargo, deja libertad en los servicios radiofónicos, conexos e interactivos –¿el poder público no los considera tan de interés general? ¿Quizás por no ser, aún en el caso de los interactivos, tan mayoritarios?–. No podemos compartir las limitaciones de franjas de publicidad que, en sí mismas consideradas (esto es, sin detenernos en si lo que anuncian es bueno o malo, más o menos conveniente) por un lado facilitan la financiación y por otro no perjudican al consumidor, que puede cambiar de canal.

Cuestión específica la plantea lo que el art. 14.3 denomina “publirreportajes” o “telepromociones”: anuncios televisivos insertados en programas de televisión, frecuentemente realizados por alguna de las personas que en ellos intervienen, y que obligan a insertar la palabra “publicidad” de forma permanente en pantalla. Existe una delgada línea en aquellos supuestos en que un experto, en el contexto del programa, declara su preferencia por tal o cual producto comercial, siempre que el hilo argumental verse sobre esta materia y no se traiga a colación de forma abrupta, entendiendo que la delimitación tiene que estar en si media o no contraprestación por parte de la empresa productora del mismo.

Excepción a todas luces injustificada es la prohibición de insertar publicidad en las retransmisiones televisivas de acontecimientos deportivos a excepción de mensajes aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido, salvo que los mensajes permitan seguir el desarrollo del acontecimiento (cfr. art. 14.4.III). Los encuentros deportivos pueden constituir una

²⁹ También podría entrarse en la adecuación de las políticas de protección al consumidor a la propia idea de libertad; no obstante, también este punto sería objeto de un escrito específico en la materia.

³⁰ También la protección de la salud adquiere relevancia, prohibiendo la emisión de anuncios por televisión de bebidas alcohólicas con graduación superior a 20°.

³¹ Así, se limita la emisión de publicidad a doce minutos por cada hora de reloj, mientras que los espacios de publicidad durante la emisión de largometrajes y programas informativos sólo pueden interrumpirse una vez por cada treinta minutos.

fuente extraordinaria de financiación para los medios audiovisuales que de esta manera queda limitada, máxime en los casos de acontecimientos participados por sociedades mercantiles (como los equipos de fútbol profesionales), que hacen del juego deportivo su objeto de lucro y que, por tanto, deberían poder negociar libremente sobre el volumen de negocio que pueden llegar a mover durante un encuentro deportivo, siempre que no alteren las reglas del deporte³².

Recurso de financiación relevante es también el patrocinio (cfr. art. 16), previsto para todo tipo de programas a excepción de los informativos de actualidad³³. El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial ni incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a estos. No obstante, la independencia no debe ser necesariamente vista en términos de objetividad: es muy posible que un patrocinio tenga por objeto lograr una determinada orientación en el discurso que se adopta en el programa. Es legítimo, de hecho, disponer de los propios recursos para lograr los propios fines, si esto se hace de forma voluntaria y sin violentar los derechos de terceros; ya tendrán opción los consumidores, eligiendo el canal que ver o la emisora que escuchar, de mostrar al “independencia” en abstracto, pues, que entendemos no existe, sí en concreto, en el sentido de no poder imponer una determinada línea editorial al programa, decisión exclusiva del grupo editorial.

3.3. ¿Libre competencia o ilusión oligopólica?

En otro orden de cosas, es sabido que es objetivo comunitario consagrado en el art. 101 TFUE y la legislación armonizada, principalmente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que tiene frágil reflejo en el sector debido al régimen monopolístico público, en un primer momento; su paso a una competencia restringida, después; y su tímida liberalización, últimamente. La Administración era consciente de los problemas que podría suscitarle en el futuro sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos, por lo que en los títulos habi-

³² Parece que nos encontramos ante una de esas rémoras en la realidad jurídica del deporte que se resiste a desaparecer. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, supuso el tránsito de los equipos participantes en competiciones oficiales de ámbito estatal del régimen de asociación al de sociedad anónima. O dicho de otra forma, de ser entidades esencialmente sin ánimo de lucro a tenerlo como elemento natural.

³³ Una vez más, velando por la protección del consumidor en momentos de especial vulnerabilidad.

litantes se previó la cláusula de no indemnización por la entrada de nuevos competidores que rompieran el equilibrio económico-financiero³⁴.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de posicionarse en varios dictámenes y, en general, rechaza tales indemnizaciones no sólo porque en los títulos se contiene la citada cláusula, sino porque los prestadores de servicios no han acreditado una alteración del equilibrio global que presidió su celebración. Además, las Directivas que paulatinamente llevaron a cabo la transición daban una pista sobre el carácter temporal al prever que la cuestión sería analizada de nuevo años más tarde, en unos sectores en que la tecnología no ha hecho más que avanzar³⁵. En otros supuestos, compensa el posible perjuicio suscitado por la introducción de nuevos competidores con la obtención de unos beneficios en la práctica que hicieron crecer el negocio más allá de los límites que pudieron preverse en su momento. No obstante, el régimen de autorizaciones ha seguido dando que hablar, pues la Directiva 2002/20/CE contempla la posibilidad de que a los derechos de uso de radiofrecuencias se asocie “cualquier compromiso contraído por la empresa que ha obtenido el derecho de uso de un procedimiento de selección competitiva o comparativa”, lo que provoca que las condiciones no sean similares entre los adjudicatarios de las mismas, si bien, respecto a quienes no obtuvieron sus títulos habilitantes en una misma licitación, la abundancia de licitaciones posteriores o su escasez, su mayor o menor facilidad, constituyen un riesgo que debe asumir el que concurre a la licitación, sobre la base de los principios de seguridad jurídica y de riesgo y ventura. En cualquier caso, es deseable que todas las licencias disponibles se adjudiquen en una sola licitación, evitando una dualidad de niveles de exigencia, principio que recoge la citada Directiva (cfr. art. 7.1).

³⁴ Existieron excepciones, que no son objeto de este estudio, como en el sector de la telefonía móvil, cuando la entrada de nuevos competidores no viniera exigida por el Derecho Comunitario.

³⁵ Así, la Directiva 90/388/cee, de 28 de junio de 1990, advertía en el Considerando 22 que la Comisión Europea volvería a examinar dos años más tarde cualquier derecho especial o exclusivo subsistente, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico.