

LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES: ¿POR QUÉ Y CÓMO REGULAR?

Luis Javier MIERES MIERES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justificación de la legitimidad de las obligaciones positivas o de interés público en la configuración de los contenidos audiovisuales*. III. *Asegurar la calidad democrática de la información*. IV. *Promover una programación de calidad*. V. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La ponencia general presentada por el profesor Ernesto Villanueva plantea una pregunta que estimo esencial en la regulación de los medios audiovisuales: ¿qué debe regular la ley en materia de programación y qué debe ser producto de códigos deontológicos programáticos? Su tesis es que “el derecho debe únicamente establecer normas mínimas que eviten un atentado al derecho a la vida privada, la paz, la moral y el orden público, entendidos en un sentido restrictivo y como medidas *sine qua non* en un régimen democrático, así como toda medida que promueva el odio y la discriminación racial, étnica, sexual, de preferencias sexuales, social y cultural”. Los códigos deontológicos, en cambio, actúan como complemento de la regulación establecida por el Estado al fijar “normas que promuevan proactivamente contenidos de gran calidad, lo que no debe confundirse con programas de alta cultura”.

El objeto de la presente ponencia trata esta cuestión fundamental del derecho de los medios de comunicación: por qué y cómo regular los contenidos audiovisuales; esto es, los contenidos de la programación ofrecida por los operadores de televisión.

* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

La legislación puede imponer a los operadores de televisión dos tipos de obligaciones que limitan su libertad de programación: obligaciones positivas o de servicio público en la configuración de los contenidos a fin de obtener una ciudadanía informada, ilustrada e integrada; y obligaciones negativas o prohibiciones en garantía de derechos de terceros que operan como límites de la información que puede ser lícitamente transmitida. Mediante ambas técnicas se trata de que los mensajes transmitidos por los medios electrónicos tengan una determinada calidad democrática: información plural, veraz, y respetuosa con bienes constitucionalmente protegidos y especialmente vulnerables (derechos de la personalidad, protección de los menores). El mercado de los servicios audiovisuales no es un mercado cualquiera, es además un foro en el que se genera un bien público: la información, esencial para el funcionamiento de un sistema democrático. Esta consideración nos lleva a exponer cuáles son las razones que justifican la intervención del Estado en ese, como dijo el juez Holmes, “mercado de las ideas”.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS O DE INTERÉS PÚBLICO EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

El punto de partida para el análisis de la legitimidad de la imposición por el Estado de obligaciones positivas a los operadores de televisión es la función democrática de la libertad de información. Es un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas la afirmación de que la garantía de la libertad de expresión e información es un presupuesto del funcionamiento del sistema democrático. La libertad de información tiene un doble aspecto: es un derecho de libertad frente al Estado cuyo ámbito de protección lo constituye la posibilidad de comunicar y recibir información sin injerencias de los poderes públicos. Pero, al tiempo, a través de esta libertad se garantiza una institución política fundamental de la democracia representativa, la opinión pública libre. La libertad de la opinión pública posibilita que los representados puedan hacer oír su voz en todo momento e influir en la agenda política de los representantes durante el mandato.¹ Que los ciudadanos estén informados de un modo amplio sobre los asuntos de interés público es presupuesto necesario de la corrección de los mecanismos de responsabilidad política de los representantes.

1 Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, p. 112.

Como afirma Bernard Manin, la opinión pública es “esa voz colectiva del pueblo que, aun sin poder vinculante, siempre puede llegar más allá del control de los que están en el gobierno”, por ello “el sistema representativo es un sistema en el que los representantes nunca pueden afirmar con completa confianza y certeza ‘nosotros el pueblo’”.²

Esta dimensión institucional de la libertad de información ha sido reconocida por los diferentes tribunales constitucionales europeos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán entiende que este derecho es “sencillamente constitutivo” del orden constitucional democrático,³ el Tribunal Constitucional español, por su parte, ha afirmado:

el artículo 20 de la Norma Fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuesta (STC 159/1986, FJ 6o.).

La función democrática de la libertad de información es especialmente intensa cuando se trata de los medios audiovisuales. La televisión constituye no sólo un medio, sino también un factor en la formación de la opinión pública. Es la principal fuente de información y distracción de las sociedades contemporáneas. No sólo cada hogar tiene un aparato de televisión, sino que el tiempo diario que cada ciudadano dedica a ver televisión es considerable (por ejemplo, en 1998 en Europa, el ciudadano medio dedicaba 205 minutos al día a ver la televisión, seis minutos más que el año anterior).⁴ Por otra parte, el medio televisivo tiene una especial

2 Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, p. 215.

3 BVerfGE 7, 198, 208 (caso Lüth): “Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstitutierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselment ist. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt”.

4 Comunicación de la Comisión 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, p. 8.

fuerza sugestiva en los espectadores, al presentar los acontecimientos como reales, y define no sólo lo que vemos, sino cómo lo vemos, al proporcionar conceptos y clasificaciones políticas, sociales, étnicas y geográficas de los hechos e informaciones que transmite.

Estas características específicas de los medios audiovisuales han sido tomadas en cuenta por los Estados a la hora de configurar una regulación de la prestación de estos servicios de difusión más intensa y basada en principios distintos del régimen de la prensa escrita. Ver y oír no es lo mismo que leer. Sobre esta base, la jurisprudencia ha construido los argumentos que han justificado ese trato normativo diferenciado: la mayor penetración de la televisión (“pervasiveness” es el concepto utilizado por el Tribunal Supremo Norteamericano en su sentencia *FCC vs. Pacific Foundation*, 438 U.S 736 —1978—) y el poder de captación sobre el telespectador. Estas singularidades de los medios audiovisuales les confieren un mayor poder de influencia en la formación de la opinión pública. Los operadores prestan un servicio de indudable interés público. Por ello, la intervención del Estado puede resultar necesaria a fin de preservar el pluralismo informativo en los contenidos que se transmitan a través de esos medios. Y ello es así aunque hayan decaído las razones tecnológicas basadas en la escasez del medio de transmisión (el espectro radioeléctrico) que han justificado tradicionalmente la intervención pública en el sector.

En efecto, la técnica tradicional utilizada para articular la intervención pública sobre el sector audiovisual ha sido la declaración de la actividad de televisión como servicio público de titularidad estatal. El Estado se reserva la titularidad del servicio de modo que los particulares carecen de un derecho previo a crear medios audiovisuales. La posibilidad de acceder al mercado depende de un previo acto público de autorización.⁵ En España, el Tribunal Constitucional ha considerado, conforme a la Constitución, este régimen de regulación del servicio de televisión con base en la siguiente argumentación:

5 El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé expresamente la compatibilidad del reconocimiento del derecho de libertad de expresión e información con un régimen de autorización previa. En su apartado primero se establece: “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 a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o televisión a un régimen de autorización previa”.

...la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar la igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del artículo 20, CE. Desde esta perspectiva, las limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (artículo 7.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) son un refuerzo de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado, cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6o. B).

De la argumentación del tribunal se derivan dos razones justificatorias del régimen de servicio público: garantizar la satisfacción de “una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural” y asegurar el acceso en condiciones de igualdad de los operadores privados a la utilización de un bien limitado. De estas dos razones, la primera es de carácter normativo, no dependiente de circunstancias empíricas derivadas de la mejora tecnológica de los soportes de difusión, y se proyecta directamente sobre la regulación de los contenidos transmitidos. El control del acceso a través de la técnica del servicio público puede no estar justificado en un futuro más o menos próximo, pero la imposición de determinadas obligaciones en relación con los contenidos sí, siempre que sigamos considerando la libertad de información como un elemento consustancial a un Estado democrático. Por ello, es conveniente diferenciar servicio público y obligaciones de servicio públi-

co o interés general. La suerte del primero no alcanza, necesariamente, a las segundas.⁶

En efecto, hoy, asegurar el pluralismo de la información en el mercado audiovisual es el fin constitucional que legitima la limitación de la libertad de programación de los operadores de televisión. La libertad de programación se integra en el ámbito protegido por el derecho a comunicar información y tiene una clara dimensión de libertad negativa: consiste en la prohibición de toda injerencia o influencia no sólo estatal, sino en general, externa, en la elección, contenido y configuración de la programación.⁷ Imponer determinadas obligaciones a los operadores para asegurar que produzcan una información con determinadas calidades democráticas (información que exponga los puntos de vista relevantes, que trate asuntos de interés público o de interés comunitario, que sea veraz y objetiva) constituye sin duda una limitación de la libertad de información de los operadores para asegurar y proteger la libertad de información de la colectividad. En esta paradoja radica, como afirma Owen Fiss, la ironía de la libertad de información: “el Estado puede ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión, puede hacer cosas terribles para socavar la democracia; pero también cosas maravillosas para fomentarla”.⁸

Ahora bien, establecido el fin legítimo que puede perseguir el Estado en la limitación de la libertad de información de los medios audiovisuales, debe analizarse si las medidas resultan necesarias. El juicio de necesidad de la intervención estatal depende de si el mercado audiovisual genera por sí el tipo de información constitucionalmente deseada. Algunos sostienen que la intervención del Estado es innecesaria. Gracias a la tecnología digital se ha ampliado la oferta audiovisual, el ciudadano como consumidor puede elegir el tipo de programación que desee, de acuerdo con sus propios intereses y la pluralidad de operadores de televisión asegura el pluralismo (externo) de la información. Los servicios de televi-

6 En este sentido, Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado. La televisión*, Madrid, Civitas, 1998, vol. III. Tras un análisis de la jurisprudencia constitucional española sobre la materia afirma: “El error básico de toda esta jurisprudencia consiste en confundir dos conceptos de servicio público que no son idénticos. Uno de ellos es el servicio público como prestación sometida a un régimen jurídico especial establecido, sobre todo, en la legislación de contratación administrativa. El segundo es el servicio público como objetivo, como contenido y como límite de la programación de los canales de televisión” (p. 140).

7 Así, por ejemplo, BVerfGE 59, 231, 258: “Rundfunkfreiheit ist in ihrer zunächst wesentliche Bedeutung Programmfreiheit in Sinne eines Verbots nicht nur staatlicher, sondern jeder fremden Einflubnahme auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung der Programme”.

8 Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 110.

sión son, además, variados: televisión de pago, interactiva (video a la carta o video bajo demanda), canales temáticos, por lo que se diluye el carácter peculiar de la televisión en su forma tradicional (emisión en abierto, programación generalista, cobertura estatal y nula interactividad), y con ello, no se singulariza frente al resto de medios de comunicación como un factor preeminente en la formación de la opinión pública.⁹

Este diagnóstico de la situación del mercado audiovisual es, ciertamente, optimista y tal vez a medio o largo plazo las cosas puedan ser así. Pero hoy, a pesar de los efectos de la llamada revolución digital, el mercado audiovisual manifiesta una serie de disfunciones que impiden que se genere de un modo espontáneo el tipo de información que un Estado democrático precisa para su correcto funcionamiento. En efecto, según Cass Sunstein,¹⁰ pueden determinarse varios “fallos del mercado” audiovisual que hacen necesaria la intervención estatal.

En primer lugar, en el mercado audiovisual los espectadores son el producto. Con la salvedad de los sistemas “pay-per-view”, los operadores de televisión ofrecen público a los anunciantes que pagan por obtener espacios en la programación. Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los programas más valorados son los que proporcionan una gran audiencia o se dirigen a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrecen al espectador-consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas “serios” o que tratan temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos. Los espectadores no tienen la posibilidad de hacer valer sus preferencias mediante el pago de un precio.

En segundo lugar, existe una tendencia a la homogeneidad en la programación. El análisis de los intereses de la audiencia para determinar qué tipo de programas pueden tener éxito es costoso y sus resultados no siempre fiables, salvo que se trate de un análisis detallado. Por ello los operadores de televisión utilizan como parámetro de conducta en la toma de decisiones sobre los contenidos de la programación la observación de

9 Ésta es la argumentación de Bullinger, Martin-Mestmäcker, Joachim, *Multimedienste. Struktur und Staatliche Aufgaben Nach Deutschem und Europäischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

10 Sunstein, Cass, R., “Television and the Public Interest”, *88 California Law Review*, núm. 499, 2000, pp. 514-517.

la conducta de los otros. Un programa de éxito genera un efecto de emulación de la fórmula que ha obtenido el favor de la audiencia. La uniformidad de contenidos y fórmulas de programación supone una limitación de la capacidad de elección de los espectadores.

Finalmente, la información es un bien público. Generar información de calidad supone un coste elevado y las posibilidades de hacer pagar por su uso son limitadas. La información una vez hecha pública puede ser utilizada por cualquiera, porque sobre ella no existe un derecho de propiedad que permita discriminar y someter a condiciones el uso posterior a la divulgación. Por ello la tendencia será infraproducir información de calidad y sobreproducir información “barata”.

A la vista de estos fallos del mercado audiovisual, la intervención del Estado para asegurar el pluralismo está en principio justificada. Sin embargo, un argumento fuerte en contra de la intervención estatal en los contenidos audiovisuales es afirmar que ello es contrario al principio liberal de neutralidad del Estado, porque imponer determinados estándares de información o programación en los medios audiovisuales es una medida típicamente paternalista. Fomentar y promover desde el Estado determinado tipo de información o programación que se considera buena para los ciudadanos supone una injerencia en la autonomía individual.

La crítica es seria y prueba de ello es la inseguridad de los legisladores a la hora de definir las obligaciones positivas o de servicio público que se imponen a los operadores de televisión. Se asume comúnmente que la libertad de información es valiosa porque con ella se garantiza la institución de la opinión pública libre, pero cuando el Estado pretende fortalecer la democracia fomentando determinados contenidos audiovisuales se duda si por ser democrático, puede dejar de ser liberal. Una vía de superación de la objeción puede ser la diferenciación entre información y programación.

III. ASEGURAR LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DE LA INFORMACIÓN

Exigir que la información cumpla determinados requisitos de corrección democrática no es lo mismo que imponer contenidos específicos en la programación audiovisual. En efecto, el Estado no deja de ser neutral si exige que las informaciones que difundan los operadores de televisión deban ser veraces, objetivas e imparciales, que deban separarse de las opi-

niones y que deban presentar los distintos puntos de vista relevantes. Estos principios suelen concretarse en diversas técnicas: el derecho de réplica y de rectificación, el derecho de antena a favor de determinados grupos, etcétera. Puede discutirse si la imposición de los correlativos deberes a los operadores privados supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de programación, pero de lo que no cabe duda es que estas medidas están directamente vinculadas con la promoción del pluralismo y no implican una opción del Estado sobre *qué* debe informarse, sino sobre *cómo* hay que hacerlo.

Para ilustrar este extremo es útil recordar las vicisitudes de la *fairness doctrine* norteamericana.¹¹ Como se sabe, la Federal Communications Commission (FCC) impuso desde 1959 a los operadores privados de radiodifusión ciertos deberes de honestidad o imparcialidad informativa. Se exigió a los radiodifusores que al tratar temas de relevancia pública lo hicieran de una manera equilibrada, presentando los distintos puntos de vista. Al efecto, se reconoció un derecho de réplica en favor de aquellos que hubieran sido perjudicados por una información u opinión previamente difundida, y de aquellos candidatos sobre los cuales se hubieran difundido comentarios hostiles. Estas obligaciones de servicio público en la elaboración de informaciones por los radiodifusores fueron consideradas constitucionales por el Tribunal Supremo en 1969, en su sentencia *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, con el argumento de que satisfacían un fin legítimo como el derecho del público a ser informado adecuadamente sobre asuntos de interés público y no lo hacían de modo desproporcionado. En 1987, la FCC decidió suprimir la referida doctrina al considerar, que si bien su fin era legítimo, los resultados que se obtenían con ella eran contrarios a lo pretendido. Se consideró que la *fairness doctrine* desalentaba a los operadores a informar sobre asuntos de interés público que fueran controvertidos y promovía, en la práctica, la difusión de una expresión e información neutra que no contribuía a la vitalidad del debate público. La consecuencia de la supresión de las exigencias de interés público fue la expansión de la libertad editorial de los operadores, cuya voz no iba ya a ser limitada en beneficio de la de aquellos que quisieran ser oídos en el foro público de la televisión.

11 Al respecto, Fiss, Owen, *op. cit.*, pp. 78-82. Asimismo, Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 375-379.

Sin embargo, el debate sobre la necesidad de estas obligaciones positivas en la elaboración de información no ha cesado. Recientemente, el Tribunal Supremo en la sentencia *Arkansas Educational Television Commission vs. Forbes*¹² se ha pronunciado sobre si existe un derecho constitucional de acceso de terceros a espacios televisivos. La sentencia desestima la pretensión de un candidato (Ralph Forbes), a las elecciones al Congreso, de participar en un debate político organizado por una televisión pública que lo había excluido por considerar que su candidatura carecía de una expectativa seria en la contienda electoral. El tribunal falló en contra de la pretensión del candidato excluido afirmando que “in most cases, the First Amendment of its own force does not compel public broadcasters to allow third parties access to their programming”. Sin embargo, la sentencia introduce una excepción a esta regla: existe un derecho de los candidatos a acceder a un debate cuando el medio haya denegado la oportunidad de participar basándose en su desacuerdo con los puntos de vista del candidato. Para el tribunal, por tanto, el medio puede negar el acceso a candidatos con base en razones imparciales y objetivas, pero cuando actúa parcialmente, los candidatos excluidos tienen derecho a participar en el foro que les ha sido cerrado discriminatoriamente. Para algunos, esta sentencia, a pesar de las limitaciones del caso (debate electoral en una televisión pública), puede marcar un punto de inflexión en el debate sobre la justificación y necesidad de imponer obligaciones positivas en la elaboración de informaciones por los operadores de televisión, públicos y privados.¹³

En el ámbito europeo, el compromiso con la exigencia de que la información debe tener una determinada calidad democrática forma parte del acervo común de los ordenamientos de los distintos países. Así lo pone de manifiesto el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, del 5 de mayo de 1989, celebrado en el seno del Consejo de Europa, y ratificado por España en enero de 1998. Su artículo 7.3 dispone: “El radiodifusor cuidará de que las noticias televisadas presenten fielmente los hechos y los acontecimientos y favorezcan la libre formación de opiniones”. Las dos técnicas tradicionales que han servido para asegurar el cumplimiento de esta obligación son el derecho de rectificación y el dere-

12 118 S. Ct. 1633 (1998).

13 En este sentido, Fiss, Owen, “Censorship of Television”, *93 Northwestern University Law Review*, núm. 1215, 1999, en especial, 1236.

cho de réplica. El derecho de rectificación habilita a toda persona, física o jurídica, que se considere afectada por una información que juzgue errónea o inexacta a exigir a la dirección del medio de comunicación la rectificación de la información difundida.¹⁴ La limitación de los sujetos titulares del derecho a aquellos que sean afectados o perjudicados por el error o inexactitud de la noticia se explica porque el bien jurídico inmediatamente protegido es el derecho o interés legítimo¹⁵ conculcado por la información. Ahora bien, no cabe duda de que este derecho sirve también al derecho colectivo, a una información que presente “fielmente los hechos y los acontecimientos”. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional: “El derecho de rectificación... supone... un complemento a la garantía de la opinión pública libre que establece también el citado precepto constitucional [artículo 20.1.d: derecho a recibir información veraz], ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, al interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquél derecho fundamental protege” (STC 168/1986, del 22 de diciembre, FJ 5o.).

El derecho de réplica, por su parte, se proyecta sobre la expresión de opiniones e ideas. Las opiniones no son ni verdaderas, ni falsas, sino más o menos plausibles o convincentes. La fuerza de una opinión depende de que exista un debate abierto a las voces disidentes. El derecho de réplica limita el monopolio de los medios sobre el foro que es la televisión y obliga a que se permita el acceso a la voz discrepante. El artículo 8o. del Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza impone a los Estados parte la obligación de asegurar a toda persona las garantías que posibiliten su ejercicio, al igual que el artículo 23.1 de la Directiva “Televisión sin Fronteras”, en su nueva redacción, y ello es expresión del consenso europeo sobre la legitimidad constitucional de este límite a la libertad de los medios de decidir el contenido de su propio mensaje.¹⁶

14 La regulación española al respecto se contiene en la Ley Orgánica 2/1984, del 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

15 No necesariamente siempre el derecho al honor. Supongamos una noticia en la que se afirme erróneamente que determinado local ha sido clausurado por contravenir las disposiciones administrativas sobre contaminación acústica. En este caso, el propietario del local resulta afectado en sus intereses legítimos (potencial pérdida de clientela) y tiene derecho de rectificación.

16 La situación contrasta con la interpretación del Tribunal Supremo Norteamericano, quien en su famosa sentencia *Miami Herald vs. Tornillo* de 1974 consideró inconstitucional una ley de Florida que reconocía un derecho de réplica.

Otra técnica al servicio del objetivo de que la colectividad tenga acceso a una información de calidad democrática es el reconocimiento de un derecho a tiempo de antena en favor de determinados grupos. La Constitución española establece en su artículo 20.3 que “la ley garantizará el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público de los grupos sociales y políticos significativos”. El Tribunal Constitucional ha interpretado que este precepto reconoce un auténtico derecho de acceso a tiempo de antena en la programación de los medios públicos en favor de los grupos sociales y políticos significativos cuya configuración legal corresponde al legislador, que deberá establecer una regulación que no incurra en discriminación o arbitrariedad en la delimitación de los concretos grupos y las causas de denegación. La lesión de este derecho por su denegación discriminatoria o arbitraria supone una lesión mediata del derecho a la libertad de expresión.¹⁷ La concreción legal de este derecho, sin embargo, salvo en el periodo electoral donde existe una regulación detallada, es prácticamente inexistente. El legislador ha atribuido al Consejo de Administración de Radio Televisión Española la competencia para fijar los criterios de ejercicio del derecho de acceso en los espacios de los medios audiovisuales públicos (artículo 24 de la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión), y hasta la fecha esa regulación sigue inédita.¹⁸

El Estado, en definitiva, puede imponer determinadas obligaciones positivas a los medios audiovisuales para asegurar que la información sea plural y libre, y no monopolizada por aquellos que tienen el control editorial del medio. Pero con estas medidas no se obliga a que los medios informen sobre asuntos de interés público, sino que de hacerlo, tienen de-

17 STC 63/1987, del 20 de mayo. En palabras del Tribunal: “Este derecho de acceso, en otras palabras 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, de la manera que quiere la Constitución en el apartado 3 del mismo precepto, de tal modo que la denegación 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 [artículo 20.1.a]” (FJ 6o.).

18 Al respecto, Rallo Llombarte, *op. cit.*, pp. 147-188, donde se puede encontrar un desarrollo de las posibilidades del derecho de acceso de grupos sociales y políticos, abogando el autor por una interpretación extensiva que no lo limite a los medios públicos, sino que la ley lo extienda también a los operadores privados.

terminadas obligaciones. El Estado no puede exigir que se informe sobre determinados hechos o acontecimientos considerados de interés público, pero sí puede, en cambio, prohibir que se informe sobre hechos que carecen de valor para la colectividad y afecten a derechos de terceros.

En efecto, los límites al derecho a la información derivados de la garantía de los derechos de la personalidad (derecho al honor y a la intimidad personal y familiar) tienen el efecto reflejo de incentivar a los medios a difundir informaciones que versen sobre asuntos de interés público, porque así gozarán de la protección constitucional y quedarán a salvo de las demandas por difamación o intromisión ilegítima en la intimidad. En los conflictos entre libertad de información y derecho al honor o a la intimidad, el primero prevalece sobre los segundos cuando la información controvertida versa sobre personas o hechos de interés público. La noción de interés público es normativa, no se identifica con el interés del público o con lo que los medios puedan considerar que tiene relevancia pública. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Constitucional:

para deslindar una y otra dimensión y valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica. Esto es, si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo que posee un indudable valor constitucional; y es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 115/2000, del 5 de mayo, FJ 9o.).

Una delimitación amplia del ámbito protegido por los derechos fundamentales al honor y a la intimidad tiene como consecuencia que toda información relativa a una persona constituya, *prima facie*, una intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad constitucionalmente protegida. De este modo, afirmada, en principio, la intromisión en el derecho de la personalidad, el peso del juicio de ponderación recae en el análisis de la concurrencia de un interés público legitimante de la información, de su intensidad y de la relevancia de los datos u opiniones divulgados. Esta estrategia de fortalecer la protección constitucional de los derechos de la personalidad, ampliando su ámbito de protección, y, como efecto reflejo,

incentivar la responsabilidad de los medios a la hora de tomar sus decisiones editoriales, es la que ha seguido recientemente el Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la intimidad.

Este derecho protege un bien hoy especialmente vulnerable debido al avance de las tecnologías de la información y a la expansión de los medios de comunicación. Hasta ahora el Tribunal venía definiendo el ámbito protegido por el derecho a la intimidad a partir de datos objetivos, intentando definir áreas de la vida privada de las personas amparadas constitucionalmente. Esta estrategia estaba llena de dificultades. Un concepto material de intimidad es un “cesto para recoger agua”,¹⁹ porque presupone la existencia de unas pautas sociales suficientemente homogéneas en la delimitación de lo que los individuos consideran que es su intimidad, y en las sociedades pluralistas de hoy ese grado de homogeneidad está lejos de alcanzarse. El riesgo consistía en que determinadas facetas de la vida privada de las personas quedaran en tierra de nadie: que no gozaran de la protección constitucional *prima facie*, aunque su divulgación por los medios no satisficiera interés público alguno. Por ello, es del mayor interés la nueva línea jurisprudencial del Tribunal al definir el ámbito protegido por el derecho a la intimidad. En sus palabras:

El derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1, CE, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1, CE no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espa-

19 “El concepto mismo de intimidad es una mala herramienta de trabajo, es un cesto para recoger agua. La expresión ‘intimidad’ refiera a las realidades más diversas y heterogéneas. Probablemente constituya algo de lo que a la larga haya de prescindir a favor de conceptos mucho más concretos, y articulados en esquemas legales y doctrinales distintos”. Salvador Coderch, Pablo (dir), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 303.

cio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida personal o familiar (STC 134/1999, del 15 de julio, FJ 5o.).

Cada individuo define su propio ámbito de intimidad y controla frente a terceros la información sobre su persona y su vida. Ni los medios, ni los poderes públicos (tampoco el Tribunal Constitucional) pueden negar *ab initio* que el dato considerado ilícitamente divulgado forma parte de la esfera. El ámbito de protección *prima facie* de la intimidad lo establecen los titulares del derecho. En caso de conflicto de derechos, a los tribunales sólo les corresponde ponderar si la intromisión constituida por la divulgación de datos de la intimidad de un sujeto está justificada por el servicio de la información al derecho de todos a recibir información sobre asuntos de interés público. Queda, por tanto, excluida otra estrategia hasta ahora posible: afirmar que no hay lesión del derecho a la intimidad porque el dato divulgado no forma parte del ámbito constitucionalmente protegido, aunque la información no verse sobre un personaje público (aquellos que ejercen funciones públicas) o un personaje de notoriedad pública (aquellos que por su profesión son objeto de atención de los medios y suelen desvelar voluntariamente datos sobre su vida privada), ni sobre un hecho de relevancia pública en el que la persona esté involucrada (por ejemplo, el supuesto de una persona procesada con motivo de la investigación de un delito). La nueva jurisprudencia obliga al Tribunal Constitucional a ahondar en la noción de interés público en todos los casos de conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad, sentando, así, criterios precisos en la delimitación de su contenido. Los medios de comunicación, por su parte, deberán realizar un análisis previo y más atinado sobre si la información que pretenden divulgar, y que puede afectar a la intimidad de un sujeto, es relevante para la opinión pública, esto es, si divulgándola realizan la misión democrática del derecho de libertad de información.

IV. PROMOVER UNA PROGRAMACIÓN DE CALIDAD

El peso de la objeción de vulneración del principio de neutralidad del Estado en relación con los contenidos de la programación es mayor que en el caso de la información. Ciertamente, como ha afirmado Pablo Salvador, “en un mundo de hombres y mujeres adultos y educados, el paternalismo puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas o que la regulación es el subrogado de la educación y, a la postre, de la libertad”.²⁰ La especificación normativa de qué tipo de programación es de interés público y debe, por ello, difundirse en todo caso, incurre en ese vicio. Ahora bien, si el análisis de los fallos del mercado audiovisual expuestos más arriba es correcto, resulta que determinados contenidos tienden a no ser ofrecidos por los operadores, y con ello se limita la capacidad de elección de los espectadores. Si lo que preocupa, desde un punto de vista democrático, es esta falta de oferta, la respuesta adecuada para solventar ese déficit y no incurrir en algún tipo de paternalismo o elitismo es crear mecanismos que induzcan a los operadores a competir al alza en la calidad de su programación.

Esta estrategia pretende fomentar determinados contenidos audiovisuales, pero sin involucrar directamente al Estado en la operación. Su diseño puede describirse del siguiente modo:

a) Introducir en el mercado audiovisual operadores públicos encargados de asumir estándares de calidad de la programación especialmente elevados. Éste es un mecanismo de compensación de los fallos del mercado. Para que sea eficaz y no incurra en los mismos vicios, debe limitarse la posibilidad de financiación a través de la publicidad y vincularse directamente la financiación pública al cumplimiento de las tareas de servicio público encomendadas.²¹ El papel de las televisiones públicas en el actual

20 Salvador Coderch, Pablo, *op. cit.*, p. 147.

21 El sistema de financiación de los medios públicos de radiodifusión ha sido objeto de un intenso debate en el ámbito de la Unión Europea. El problema era asegurar que la financiación pública de estos medios no incurriera en un falseamiento de la competencia en relación con los operadores privados. El equilibrio buscado entre la necesidad democrática de mantenimiento de un sistema de radiodifusión pública y el respeto de las normas comunitarias que limitan las ayudas otorgadas por el Estado (artículo 83 del Tratado de la Comunidad Económica Europea), ha sido expresado en el Protocolo sobre el Sistema de Radiodifusión Pública de los Estados Miembros, anexo al Tratado de la Comunidad Económica Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam. En el Protocolo se consideran las ayudas estatales a los medios públicos compatibles con las normas comunitarias “en la medida en que la financiación se conceda a los órganos de radiodifusión para llevar a cabo la función

panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información, cultura y educación dirigida a la generalidad de la población.²²

b) Definición normativa de los principios de programación exigibles a los operadores privados. Estos principios deben ser formulados de un modo genérico y no preciso, deben expresar un estándar mínimo de la programación exigible a los operadores privados. Con ellos tan sólo se señala un objetivo, no prejuzgando los concretos medios para conseguirlo, cuya determinación queda en manos de los titulares de la libertad de programación. Un ejemplo de esta formulación lo ofrece el artículo 41.2 del Convenio Estatal de Radiodifusión alemán. En él se establece: “Los programas de radiodifusión deben contribuir a expresar el pluralismo del ámbito alemán y europeo mediante una cuota razonable de información, cultura y educación; ello sin perjuicio de la posibilidad de ofrecer canales temáticos”.

c) ¿Cómo impulsar la consecución de estos objetivos? La técnica sancionatoria es inadecuada. Primero, porque la formulación normativa es lo suficientemente flexible y genérica como para considerar legítimo cualquier tipo de programación. Sancionar por el incumplimiento de un enunciado normativo tan vago constituiría una arbitrariedad. Segundo, porque utilizar la coacción estatal para asegurar el cumplimiento de estos objetivos constituye un sacrificio desproporcionado de la libertad de programación y una patente transgresión del principio de neutralidad del Estado. Por ello, la tendencia actual es la creación de mecanismos flexibles que interactúan con las fuerzas del mercado audiovisual, los operadores de televisión y los espectadores. Estos mecanismos consisten en la creación de autoridades independientes y en la promoción de organizaciones de autorregulación.

de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público”.

22 Así, por ejemplo, lo ha establecido el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia del 5 de febrero de 1991 (BVerfGE 83, 238). Según el tribunal, a la radiodifusión pública le corresponde prestar en toda su amplitud lo que denomina “Grundversorgung” (servicio esencial), “debe asegurarse que los entes públicos de radiodifusión ofrezcan a la generalidad de la población una programación que informe de un modo amplio y en toda la extensión de la tarea clásica de la radiodifusión y que en el marco de esa oferta de programación se produzca una pluralidad de opiniones en el modo exigido constitucionalmente” (BVerfGE 83, 238, 298).

Las autoridades de regulación de los medios audiovisuales tienen una doble legitimación. Por un lado, la legitimación democrática de origen en la medida en que los miembros que las integran son nombrados por el Parlamento mediante mayorías calificadas. Con ello se asegura que la autoridad sea independiente del gobierno y responsable políticamente ante el órgano representativo del electorado. Por otro lado, cuentan con una legitimación de funcionamiento dado que sus miembros son nombrados entre personas de méritos relevantes en el sector audiovisual y las técnicas de intervención en el sector consisten en buscar equilibrios entre los intereses generales que justifican la imposición de obligaciones de servicio público y los intereses y necesidades de los operadores privados.²³ Estas técnicas se basan en medidas como la emisión de informes, recomendaciones y auditorías sobre la calidad de servicio público de la programación de los distintos operadores a fin de otorgar “sellos de calidad”. El procedimiento de adopción de esas medidas debe ser abierto al público, bien mediante consultas públicas, bien mediante quejas individuales, de modo que la autoridad devenga un centro de encuentro y debate entre operadores y consumidores. La eficacia de la actuación de estas autoridades depende en buena medida del grado de legitimación de funcionamiento que consigan alcanzar. Los operadores estarán dispuestos a adecuarse a los criterios sustentados desde la autoridad por dos tipos de incentivos: bien porque de no hacerlo pueden sufrir una sanción difusa de los espectadores, bien por el temor de no ver renovadas sus licencias de prestación del servicio de televisión. El segundo motivo es, tal vez, el más apremiante mientras el sistema de acceso al mercado audiovisual esté sujeto a la previa obtención de un título habilitante concedido por el Estado (a través de la propia administración, previo informe positivo de la autoridad, o de la misma autoridad independiente). El temor a la sanción difusa de los espectadores será tanto más intenso, cuanto mayor sea la centralidad y prestigio de la autoridad y la publicidad de sus decisiones, así como el grado de asociacionismo de los espectadores en defensa de sus intereses. Por ello es conveniente que las autoridades independientes

23 Este aspecto lo destaca Tornos Mas, Joaquín, *Las autoridades de regulación de los audiovisuales*, Madrid, Marcial Pons, 1999. El autor afirma: “Al regular el sector audiovisual lo que se exige es intervenir en garantía del pluralismo, del equilibrio entre valores contrapuestos y de los intereses entre el mercado y los fines de servicio público. Este modo de actuar, en el marco de un ordenamiento en gran parte indefinido, no es el propio de la Administración. Requiere otra legitimación y otra expertise”, *op. cit.*, p. 69.

de regulación del sector audiovisual sean separadas de las autoridades que regulen el sector de las telecomunicaciones, y, si existen otras autoridades en el nivel regional, debe asegurarse una colaboración y cooperación intensa. La pluralidad y divergencia de autoridades en este sector merma inevitablemente su eficacia.²⁴

La promoción de organizaciones de autorregulación es una medida complementaria a la intervención pública a través de autoridades independientes. En el ámbito europeo, la Directiva 97/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de reforma de la llamada Directiva “Televisión sin Fronteras” (Directiva 89/522/CEE), ha apelado a la necesidad de que los Estados miembros promuevan organizaciones de autorregulación.²⁵ Asimismo, en los Estados Unidos la Comisión consultiva sobre obligaciones de interés público de los radiodifusores de televisión digital, cuyos trabajos concluyeron en diciembre de 1998,²⁶ propuso, entre otras medidas, un modelo voluntario de Código de Conducta para los radiodifusores de televisión digital. No se trata de una autorregulación que excluya de plano la intervención pública del sector, sino que la presupone. La ley fija algunos objetivos genéricos de interés público que la programación debe alcanzar; la concreción de esos objetivos corresponde a los operadores, quienes elaboran normas más precisas que asumen voluntariamente; finalmente, el cumplimiento de los objetivos legalmente expresados y de las normas de

24 La situación de caos organizativo es evidente en Alemania donde existe una miríada de autoridades con responsabilidades en la regulación de los contenidos audiovisuales. Por ello se insiste intensamente desde la doctrina en la necesidad de centralizar las distintas funciones en una única autoridad competente, véase Holznagel, Bernd, “New Challenges: Convergence of Markets, Divergence of the Laws? Questions regarding the future communications regulation”, *International Journal of Communications Law and Policy*, núm. 2, invierno de 1998-1999, en <http://www.digital-law.net/IJCLP/index.html>; asimismo, un análisis crítico de la situación alemana en Booz Allen & Hamilton, *Aufsicht auf dem Prüfstand. Herausforderungen und die deutsche Medien und Telekommunikationsaufsicht*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 1999, en <http://www.stiftung.bertelsmann.de/index.htm>

25 En España, la Ley 25/1994, tras las modificaciones introducidas por la Ley 22/1999 que traspone la nueva directiva “Televisión sin Fronteras”, establece en su disposición adicional tercera: “Con independencia de lo previsto en el capítulo VI de esta Ley [relativo al régimen sancionador de las infracciones de las normas establecidas en materia de publicidad, promoción de obras europeas y limitación de contenidos por razón de protección de menores] los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas”.

26 El informe final de la Comisión puede verse en, *NTIA Advisory Committee on Public Interest Obligations of Digital Television Broadcasters, Charting the Digital Broadcasting Future, Final Report*, <http://www.ntia.doc.gov/pubintadvcom/piacreport.pdf>. Sobre el mismo, y analizando su propuesta de autorregulación, Campbell, Angela J., “Self-Regulation and the Media”, *51 Federal Communications Law Journal*, núm. 711, 1999.

autorregulación es controlado y monitorizado externamente por una autoridad independiente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El nuevo derecho de los medios audiovisuales debe seguir regido por una comprensión democrática de la libertad de información. El fin de la regulación de los contenidos audiovisuales debe ser mantener una opinión pública informada e integrada. La responsabilidad del Estado en promover este objetivo constitucional es indeclinable. La novedad radica en los medios idóneos para conseguir ese objetivo. Medios flexibles que no distorsionen el mercado audiovisual, ni restrinjan desproporcionadamente la libertad de información y de programación de los medios. Autoridades independientes, organizaciones de autorregulación, financiación adecuada de los medios públicos, derechos en favor de aquellos que quieren hacer oír su voz en el foro audiovisual, son las técnicas de las que se puede valer el Estado para intervenir en este sector. En definitiva, el nuevo derecho de los medios audiovisuales en relación con la regulación de los contenidos es “vino nuevo en odres viejos”.