

TRANSFORMACIONES EN EL ECOSISTEMA MEDIÁTICO Y NUEVAS PAUTAS DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DEL HECHO AUDIOVISUAL

Andrés Boix Palop*
Universitat de València-Estudi General de València

SUMARIO

I. LÍNEAS DE TENDENCIA DE LA EVOLUCIÓN DE NUESTRO PANORAMA MEDIÁTICO. 1. La publicación del sector y sus consecuencias jurídicas. a) La posición de los operadores privados y su subordinación a la Administración. b) Predeterminación pública de la arquitectura económica y condiciones de competencia del sector. c) Intervención administrativa sobre un sector ordenado como servicio público. 2. El nacimiento de las autoridades independientes de control sobre un audiovisual concebido, todavía, como servicio público. 3. Más allá del audiovisual de servicio público: fracturas y pautas de liberalización en el sector. II. AUTORIDADES INDEPENDIENTES DE REGULACIÓN DEL AUDIOVISUAL Y EMERGENCIA DE UN MERCADO LIBRE. 1. Administraciones independientes y audiovisual en libre competencia. a) Generalización del modelo de supervisión independiente sobre el audiovisual. b) Líneas de ruptura de la actuación por parte de las autoridades del audiovisual coherentes con la aparición de un entorno competitivo y de mercado. 2. La regulación de un sector audiovisual desde el prisma de la libertad de expresión y la libre entrada al mismo. a) La libertad de expresión, punto ancilar del modelo de regulación y supervisión. b) Delimitación administrativa del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas

PALABRAS CLAVE

Radio y televisión, Derecho del audiovisual, Internet, autoridades de regulación del audiovisual, libertad de expresión

KEYWORDS

Radio and television, Media Law, Internet, communication agencies, freedom of speech

RESUMEN

La regulación del audiovisual en nuestro país, como en el resto de países de nuestro entorno jurídico, ha estado históricamente basada en la definición de estas actividades como de servicio público. A partir de la misma se ha conformado el modelo de actuación de las administraciones públicas sobre el sector. La paulatina erosión de la idea de servicio público, su desaparición en parte del sector y la emergencia de nuevas posibilidades tecnológicas, así como la creciente importancia de ámbitos donde la comunicación se ordena a partir de las libertades de expresión, por un lado, y la libertad de empresa, por otro, obligan a replantear la forma y orientación de la intervención pública sobre el sector.

* Profesor de Derecho Administrativo (Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universitat de València – Estudi General de València).
Dirección de correo electrónico: Andres.Boix@uv.es
Página web personal: <http://www.uv.es/aboixp>

I. LÍNEAS DE TENDENCIA DE LA EVOLUCIÓN DE NUESTRO PANORAMA MEDIÁTICO

El marco jurídico que en España ordena en estos momentos la comunicación de ideas y opiniones y la difusión de información por medios audiovisuales es consecuencia de la peculiar arquitectura institucional y dogmática de la que nuestro Derecho se ha ido dotando a lo largo de los últimos años. El elemento central a partir del cual se explica la regulación existente ha sido, como es sabido (y sigue siendo en la actualidad, al menos formalmente, en lo sustancial) la noción de *servicio público*. Más allá de detenernos en analizar la concreta (y correcta, si es el caso) fundamentación de la misma, cuestión que ha sido pormenorizadamente analizada doctrinal y jurisprudencialmente en numerosas ocasiones (BASTIDA FREJEDO, 2004), baste ahora referir un apresurado listado de hechos articuladores de nuestro Derecho del audiovisual, que se deducen necesariamente de la declaración tradicional, que todavía subsiste (al menos, como se ha dicho, formalmente, y con las excepciones del satélite y del cable desde, respectivamente, 1995 y diciembre de 2003), que entiende la radio y la televisión como *servicios públicos*.

1. La publicación del sector y sus consecuencias jurídicas

Así, la declaración de *servicio público* comporta la publicación del sector, su reserva y la correlativa exclusión de la lógica de mercado y de la libertad de empresa. Conlleva un enorme control público, como es evidente, que será ejercido por la Administración declarada titular del mismo. Algo que en España, además, hasta fechas muy recientes, ha tenido también consecuencias importantes de orden competencial. Ha permitido, por ejemplo, a todo el sistema pivotar en torno a la Administración del Estado, en la medida en que el hecho audiovisual, muy particularmente el televisivo, ha sido reservado al sector público y, dentro de éste, inicialmente, en exclusiva al Estado. Téngase en cuenta por ejemplo, la particularidad que ha supuesto el hecho de que jurídicamente las televisiones autonómicas públicas hayan comenzado su andadura, al igual que las televisiones privadas, como concesionarias de un servicio público de titularidad estatal, según preveía la Ley del Tercer Canal (BARATA I MIR, 2007). Sólo muy lenta y progresivamente primero las competencias de gestión y luego la titularidad de algunos servicios –radio en modulación de frecuencia en un principio, televisiones autonómicas y locales más recientemente...- han pasado a ser de titularidad autonómica.

Los amplios poderes de decisión que una estructura como la descrita otorgan a la Administración comprenden desde la determinación de la conveniencia de aceptar nuevos operadores en el mercado y, si es el caso, establecer el número óptimo de los mismos, hasta el establecimiento de todo tipo de controles y exigencias respecto de la actividad y prestaciones de los partícipes.

a) La posición de los operadores privados y su subordinación a la Administración

La participación de agentes privados en el mercado audiovisual es posible sólo tras la aceptación de la misma por parte del poder público y lo es, por este motivo, sólo de acuerdo con los límites y siempre dentro de los cauces establecidos por el legislador y concretados por la Administración. Los operadores, empezando por las primeras televisiones autonómicas y siguiendo por las radios o las televisiones habitualmente denominadas «privadas», son en realidad concesionarios encargados de prestar, por cuenta de la Administración que los selecciona, un *servicio público*. Lo hacen, como es evidente, dentro de un marco de derechos y obligaciones absolutamente condicionado

por este hecho, que podrá ser tan extenso como la Administración entienda pertinente, en la medida en que precisamente la figura de la concesión es un instrumento que persigue, si bien con gestión privada y dando participación a empresas del sector, que los objetivos y finalidades perseguidos por la Administración al proporcionar el servicio sean alcanzados, esto es, que el mismo se lleve a cabo exactamente en los términos deseados por los poderes públicos.

Reside en este elemento la explicación de que los diversos operadores privados hayan estado tradicionalmente sometidos a un extenso y generoso catálogo de previsiones, teóricamente muy exigentes, que les obligaban a conducir su actuación en aras a garantizar esos objetivos de servicio público. Por este motivo, por lo demás, los mismos no diferían para los operadores públicos estatales (RTVE) y del resto, incluyendo a los «privados».

b) Predeterminación pública de la arquitectura económica y condiciones de competencia del sector

El hecho de articular todo el modelo a partir de la figura de *servicio público* tiene también, como es evidente, notables implicaciones respecto de las diversas decisiones, políticas públicas y determinaciones del legislador en lo que se refiere a la cuestión de la financiación de los diversos operadores o en la determinación de las condiciones de competencia en las que los mismos han de operar. No puede perderse de vista, a estos efectos, que la misma decisión de abrir o no el mercado hasta cierto punto, la determinación de fijar un concreto número de concesiones administrativas o la posibilidad de establecer operadores en acceso condicional (de pago) son decisiones públicas que ordenan la competencia. Y lo hacen desde la misma base de la estructura de los mercados de la televisión y la radio. Cualquier apelación a la libre competencia en un sector intervenido de esta forma ha de ser muy consciente de las muy especiales condiciones en que se desarrolla un mercado fuertemente intervenido, entre otras cosas, con la expresa intención de facilitar la viabilidad económica de los operadores.

Las consecuencias de la publicación del sector respecto de su ordenación económica derivadas del hecho de que sea jurídicamente tenido por un *servicio público* no se agotan aquí y permitirían proseguir con una lista de dimensiones manifiestamente desproporcionadas dada la intención de este trabajo. Baste pues referir que han abarcado históricamente restricciones respecto de la propiedad de los medios, en aras a garantizar la pluralidad interna de los mismos, así como limitaciones a la concentración en la propiedad de los mismos, siendo ambas muy cuestionadas por el sector (e incumplidas de forma más o menos flagrante en no pocos casos).

c) Intervención administrativa sobre un sector ordenado como servicio público

Lógicamente, la relación entre la Administración y el concesionario es muy intensa respecto de la ordenación de la actividad cuando estamos en la lógica del *servicio público* y sus atribuciones pueden abarcar toda suerte de instrucciones y predeterminaciones sobre la manera en que el mismo se presta. Comprenden la orientación de la programación y el servicio pero pueden ir también mucho más allá y establecer toda suerte de concretas obligaciones. Y permiten una inspección y sanción a cargo de la Administración que puede, lógicamente, y sin que ello suponga problema jurídico alguno, acabar con la revocación de la concesión, caso de que se incumpla el catálogo de obligaciones que ordenaban el pacto entre poder público y operador privado según el cual el primero le indicaba al segundo cómo deseaba que fuera realizada la producción audiovisual y en qué exactas condiciones había de desarrollarse, y que eran

las que avalaban la apertura del mercado, la entrada en el mismo del operador privado que, de otra forma, simplemente no habría tenido otra opción que permanecer fuera del mismo.

2. El nacimiento de las autoridades independientes de control sobre un audiovisual concebido, todavía, como servicio público

Es en este concreto panorama en el que en Europa, y también en España, aparecen las diferentes autoridades administrativas independientes del audiovisual, con la misión de desarrollar de acuerdo con otra orientación y una mayor legitimidad y rigor técnico las misiones de control público que un esquema como el descrito otorga, en un grado máximo, a la Administración (TORMOS MAS, 1998). Sólo a partir de este proceso histórico, de esta exacta decantación de las funciones públicas en materia audiovisual, del hecho de que la *articulación de todo el sector* y de toda la *intervención pública sobre el servicio público* (conceptos que, por lo demás, al menos hasta 1995 eran estrictamente sinónimos en España y que, a día de hoy, siguen solapándose en lo sustancial, dado que la intervención sobre el audiovisual objeto de *publicatio*, si bien ya no equivale a todo el sector, sí sigue abarcando la práctica totalidad de los modelos de comunicación económica y socialmente relevantes), puede entenderse el nacimiento de estas autoridades independientes, las funciones que les son asignadas y la concreta posición en el ordenamiento que sus respectivas normas de creación, ya sea en España, ya en otros países vecinos, les asignan, incluyendo toda una serie de potestades públicas, como las de inspección y sanción.

Las entidades de control del audiovisual que conocemos, creación por lo demás del Derecho de raíz continental, se entienden y tienen sentido en un modelo de servicio público donde hay operadores privados que actúan en el mercado con la correspondiente concesión administrativa. No es una casualidad, de hecho, que la más relevante, el francés *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, aparezca en un marco, el del Derecho francés, de tradición muy intervencionista. Es evidente que la regulación de un mercado libre, que la actuación administrativa sobre un ámbito de actividad económica en el que impere la libertad de empresa, con ser perfectamente posible (y siendo además también concebible que sea realizada por una autoridad independiente) ha de tener unos perfiles diferentes. Como ocurre, por ejemplo, en el mercado estadounidense (BETANCOR RODRÍGUEZ). Perfiles que, como es obvio, de momento no tienen las autoridades de gestión del audiovisual en Europa, en la medida en que han nacido en un contexto donde el servicio público todavía imperaba (e impera formalmente) y sus funciones se articulan a partir de la tradicional actuación pública en tales casos.

3. Más allá del audiovisual de servicio público: fracturas y pautas de liberalización en el sector

Ocurre, sin embargo, que la *publicatio* sobre el audiovisual está sometida a crecientes presiones. Como consecuencia de la evolución tecnológica, económica, social y también política de nuestras sociedades, las diversas razones que históricamente habían permitido entender y justificar la reserva al sector público han decaído en su mayor parte. Lo han hecho, además, presionando sobre la institución desde dos vectores radicalmente diferentes:

- Por una parte, existe una creciente presión respecto de los ámbitos sometidos a restricciones a la libertad de empresa. Si tomamos el ejemplo español, desde 1994 a la actualidad se han ido generalizando ámbitos en los que los servicios audiovisuales se prestan sin necesidad del concurso de una concesión

administrativa. Algunos de ellos, como las televisiones locales o ciertas radios, funcionaban hasta ese momento al margen de cualquier soporte legal o normativo, pero diversas sentencias del Tribunal Constitucional, tomando nota de la interposición de un derecho como la libertad de expresión en el sector y de la importancia social y política del mismo, amparan hasta cierto punto desde 1994 su situación, dando un espaldarazo a las tesis que han ido minando la consideración de la noción de *servicio público* como piedra angular de la regulación. La relevancia jurídica de este posicionamiento es difícil de minusvalorar y probablemente marca el momento en que nuestro ordenamiento constitucional, entendido según la mencionada jurisprudencia constitucional, pasa a no permitir una monopolización absoluta por parte del Estado del hecho televisivo (MUÑOZ MACHADO, 1998; BASTIDA FREIJEDO, 2004). En otros casos el proceso se hace más evidente porque es el propio ordenamiento jurídico el que toma nota de la creciente conciencia social y política en el sentido de liberalizar el sector, así como de la imposibilidad tecnológica de controlar ciertas manifestaciones audiovisuales con eficacia y, por último, de la madurez económica del sector, y en consecuencia levanta las restricciones, como ocurre en 1995 con la televisión por satélite o en diciembre de 2003 con la televisión por cable.

- Paralelamente, se puede constatar una indudable erosión de las consecuencias jurídicas que se derivarían en puridad de una reserva al sector público en aquellos ámbitos donde, todavía (y son ya éstos los más o, al menos, los más relevantes social y económicamente), ésta subsiste. Quiere decirse con ello que los espacios en los que la televisión y la radio todavía son, siguen siendo, *servicio público*, no son, ni mucho menos, percibidos así. No ya tanto por los agentes sociales y económicos, sino también, incluso, por la propia Administración. De hecho, la inveterada práctica de inacción frente a los incumplimientos, reiterados y notorios, a cargo de los operadores (en materia de contenidos, pero también en el respeto a las exigencias de composición accionarial y demás) se explica precisamente por esta ausencia de conciencia de la realidad del hecho de que el sector audiovisual continúe siendo *servicio público*. Así, no sólo es que para el común de los ciudadanos las televisiones y radios «privadas» lo sean a todos los efectos, y por ello se tenga como absolutamente normal que planteen su programación según criterios de mercado puros y duros, esto es, que sus contenidos no tengan relación con misiones de *servicio público* sino con la búsqueda de nichos de mercado que permitan su mejor rentabilización comercial; no sólo es que los operadores y el mercado audiovisual funcionen a todos los efectos con criterios de mercado y la estructura de propiedad de las empresas, su gestión, sus alianzas y sus estrategias comerciales sean manifestación evidente de ello (BOIX PALOP y LÓPEZ GARCÍA, 2006); es que las propias Administraciones encargadas de la inspección y sanción, jurídicamente responsables de un servicio que, aunque en gestión indirecta, se hace en su nombre, actúan como si, de hecho, estas competencias y potestades no existieran. Las actuaciones inspectoras son mínimas, por lo general; las actuaciones sancionatorias directamente excepcionales. La propia rareza de las mismas contribuye, como es sabido, a la sensación de sorpresa y relativa polémica que suelen generar. Como elemento definitorio último de esta situación, baste mencionar la asunción generalizada en el sector de que las empresas concesionarias tienen «derecho» a que la concesión les sea renovada cuando expira, con independencia de que pueda haber otros

actores en el mercado que planteen proyectos más serios y solventes o no (que, por supuesto, no los hay, dado que el sector asume que no tiene ningún sentido postularse para competir por las licencias como consecuencia de lo expuesto).

Por último, sobre este estado de cosas, superponiéndose a una tendencia por lo demás clara, aparece el incipiente impacto sobre la emisión de ideas, opiniones y la difusión de información en formato audiovisual de la revolución en las comunicaciones que se ha producido en las dos últimas décadas. La evolución de los soportes de telecomunicación y los avances en compresión han conformado un panorama en el que no sólo el tradicional argumento de la escasez que justificaba la ordenación pública deja de tener sentido sino que, de la mano de la digitalización de los contenidos e Internet, cambia totalmente el campo en el que se mueve el sector.

La protección jurídica sobre éste (la mencionada reserva) y su propia estructura económica han retrasado el impacto de estas tecnologías de la información y la comunicación, de modo que todavía subsiste el modelo de audiovisual heredado en su estructura básica de los años ochenta. No sólo subsiste, sino que conserva aún una indudable preeminencia. Ahora bien, junto a ello es evidente ya en estos momentos la emergencia de nuevos modelos comunicativos, de creciente influencia e importancia que, además, dada la convergencia de soportes y la creciente complementariedad de los contenidos, están llamados a convivir cada vez con un mayor peso relativo con el panorama audiovisual establecido que conocemos y en el que hemos sido educados.

Las condiciones técnicas y jurídicas en que estos nuevos medios aparecen son totalmente diferentes a las de antaño y, además, dificultan enormemente, cuando no impiden, cualquier pretensión de reconducir su regulación a las pautas tradicionales (MUÑOZ MACHADO, 2000). De modo que se constituyen como un nuevo vector, cada día más importante, de presión sobre el modelo anclado en la idea de *servicio público*. Y, a su vez, conforman un ámbito cada día mayor y de importancia creciente donde los elementos estructuradores de su marco jurídico son, por el contrario, la libertad de empresa y el ejercicio de la libertad de expresión. Se trata de un factor adicional cuya importancia no puede desconocerse. En un entorno con una potencial extensión de la oferta como el que contemplamos, ¿es posible mantener el viejo esquema de regulación de contenidos detallista y minucioso? Probablemente no, sencillamente, por ser inviable (BOTELLA CORRAL, 2007, 19). Pero es que, además, un audiovisual en el que la estructura del mismo y la aparición de alternativas se produce de este modo tampoco es compatible con la *publificación* del mismo. Con lo que este modelo de control no sólo es que ya no sea viable, es que, además, carece de todo fundamento jurídico que lo legitime.

Lo cual no quiere decir, como ya se ha apuntado, que no sea posible en este ámbito una intervención pública tendente a regular el mercado con vistas a la defensa de toda una serie de bienes y valores de relevancia constitucional. Ocurre, sin embargo, que deberá llevarse a cabo de otra forma, sin que puedan servir de nada las pautas decantadas a lo largo de años de intervención fundamentada en la idea de que el sector era un *servicio público*. A la reflexión en torno a cómo haya de producirse, en un entorno donde, además, resulta a estas alturas evidente que las autoridades independientes de regulación del audiovisual serán cada día más importantes, dedicamos el resto de este análisis de tendencias regulatorias, tras la breve exposición del contexto del que traen causa que acabamos de esbozar.

II. AUTORIDADES INDEPENDIENTES DE REGULACIÓN DEL AUDIOVISUAL Y EMERGENCIA DE UN MERCADO LIBRE

1. Administraciones independientes y audiovisual en libre competencia

a) Generalización del modelo de supervisión independiente sobre el audiovisual

El marco jurídico que en España ordena en estos momentos la comunicación de ideas, opiniones e informaciones por medios audiovisuales es lógicamente consecuencia de la peculiar arquitectura institucional y jurídica en torno al que se ha construido, de acuerdo con lo que brevemente hemos descrito. Pero puede constatarse ya la emergencia de un nuevo modelo de gestión de las competencias públicas en la materia, que se basa en parte en estos momentos y se basará en su totalidad, a buen seguro, en el futuro, en la asignación de éstas a una Administración independiente, esto es, en el establecimiento de una autoridad de regulación del sector audiovisual, dentro del ámbito competencial correspondiente, con un amplio reconocimiento de su independencia funcional, económica y personal.

La emergencia de los distintos órganos del audiovisual da respuesta a la necesidad de que los poderes públicos garanticen la existencia de un mercado y, al mismo tiempo, la intervención en el control de contenidos, máxime cuando la importancia de este último se siente como crecientemente importante dada la aparición de nuevos medios y con un grado de dispersión en la oferta creciente. Se trata de una tendencia imparable que traslada a nuestro país la forma de intervenir en el sector que, en países con regulaciones articuladas a partir de la tradición del *servicio público*, ha trasladado de la Administración (y la inevitable sospecha de dirigismo político con la que actúa) a una autoridad independiente el ejercicio de las competencias públicas. Con la ventaja adicional, en la medida en que el poder público conserva en prácticamente todos los países, a su vez, operadores que dependen directamente de él, de separar el vértice de responsabilidad en la toma de decisiones del que será responsable de la ordenación y supervisión del sector, lo que aleja las tradicionales sospechas de que las decisiones sean adoptadas teniendo esencialmente en cuenta los intereses del operador público más que los del todo el ramo o los intereses generales. En tal contexto, cobra pleno sentido la apuesta por autoridades, por cierto, separadas de las que regulan las telecomunicaciones, siempre y cuando tengan asegurada la independencia, por una parte, y, por otra, la capacidad técnica (TORNOS MAS, 1998).

En España, la traslación del modelo, que se asienta en diversos países europeos a partir de la acción del *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* francés, comienza a contemplarse con cierto respaldo institucional a partir del conocido *Informe Camps* aprobado por el Senado en 1995, que ya proponía la creación de un organismo regulador independiente. Como es sabido, a esta iniciativa le siguen la efectiva implantación de autoridades para el desarrollo de las crecientes competencias en el sector en Cataluña, Navarra y Andalucía (GUICHOT y CARRILLO, 2007, permiten consultar los hitos jurídicos que acompañan la creación de los distintos órganos, en su introducción al análisis del andaluz). Junto a ellos aparecen otros casos, como el gallego y el madrileño, con peculiaridades que obligan a situarlos, más allá de las polémicas políticas que en algún caso los han rodeado, en otro nivel, dada la menor ambición de sus atribuciones competenciales (BARATA I MIR, 2007, 259). En una dirección semejante, esbozando su incorporación al modelo pero sin hacerla efectiva, la Comunidad Valenciana se dotó en 2006 de una ley que ordenaba el audiovisual autonómico y preveía la creación de un *Consell* del audiovisual por medio de una ley específica (BOIX PALOP, 2007) sin que,

por el momento, tal creación se haya concretado (de modo que las competencias siguen siendo ejercidas por la Administración autonómica).

A nivel estatal, como es sabido, la tendencia apunta también en la misma dirección y la reciente reforma legislativa que ha afectado a los medios de comunicación del sector público estatal en 2006 también prevé de la constitución de un consejo del audiovisual encargado de la supervisión administrativa del cumplimiento de las obligaciones de servicio público legalmente previstas. A falta de la efectiva puesta en marcha del mismo y de comprobar el alcance y ambición de las competencias que le sean atribuidas, es evidente que la dinámica se inscribe en el contexto general que venimos relatando.

En cualquier caso, el retraso español, que es lugar común en estos momentos criticar, se valora desde la perspectiva, siempre, de trasladar competencias desde la Administración a una autoridad independiente, esto es, desde el análisis de si las competencias se mantienen en manos del poder político o no. No se trata de enjuiciar críticamente o no un modelo que quizás podría ser diferente y más libre, menos regulado y más judicialista, por ejemplo (BOTELLA CORRAL, 2007, 17), sino de llamar la atención sobre la retención de las competencias por parte de la Administración, siempre sin abandonar la lógica de que, en manos de unos o de otros, el orden en que nos movemos es el del *servicio público* tradicional.

b) Líneas de ruptura de la actuación por parte de las autoridades del audiovisual coherentes con la aparición de un entorno competitivo y de mercado

El caso es que, la aparición, también en España al fin, de consejos reguladores, se produce en un momento en que se comienza a superar la tradicional pasividad, autolimitación o prevención secular que aquejaba a la Administración a la hora de actuar sobre el audiovisual. Ello es consecuencia de la convergencia de una serie de factores que, del mismo modo que explicaban el anterior panorama de restricción, enmarcan el tránsito hacia una labor más activa por parte de los poderes públicos. Las tendencias dominantes que a día de hoy pueden constatarse son de diverso orden, en apariencia contradictorias en ocasiones pero, en el fondo, responden todas ellas a la idea ya referida: la paulatina asunción, *de facto* y *de iure*, de la naturaleza competitiva y de mercado del sector y la evolución imparable hacia esa realidad que, ahora sí, se aspira a poder controlar con creciente detalle. Así:

- La *aparición de administraciones independientes* permite a las mismas no sólo (en los casos, como el catalán, donde sus competencias son más completas) asumir todas las competencias administrativas que históricamente sí habían retenido y ejercido las Administraciones públicas territoriales para ordenar el mercado (esencialmente, a estos efectos política de licencias, que en Cataluña es competencia del *Consell de l'Audiovisual*, que se ha encargado, por ejemplo, de los concursos para la TDT local en las demarcaciones catalanas), sino también las de supervisión en materia de contenidos de servicio público. Ello ha sido así, probablemente, por la eliminación del «pecado original» que las administraciones tradicionales arrastraban a la hora de ejercer estas competencias, en la medida en que eran percibidas, de una parte, como «juez y parte», tal y como ya se ha explicado y, de otra, porque pesaba sobre su posible actuación en este campo, a pesar de ejercer competencias derivadas de la calificación de *servicio público* de la actividad, la eterna sospecha de que podían tratar de silenciar a los medios de comunicación en la crítica a su actuación empleando torticeramente estos instrumentos. Por ello, la prudencia fue la nota dominante pero, en un nuevo contexto, puede constatarse el aumento de la

actuación conforme se asientan las autoridades independientes (AMENÓS ÁLAMO y GARCÍA QUINTANA, 231).

- *La percepción social, a estos efectos, que mayoritariamente desaprueba o acepta con muchas reservas este tipo de actuaciones, ya sean justificadas, ya no, es cada vez más clara. El miedo al efecto silenciador que tales controles, ya mediata ya inmediatamente pudieran tener (chilling effect), unido a la cada vez más nítida percepción ciudadana de que los medios de comunicación, también los audiovisuales, operan de facto, por mucho que sostenga el Derecho, en régimen de libre mercado, dificulta enormemente cualquier pauta de control basada en la idea de garantizar unos determinados contenidos, o una determinada orientación en la programación, que se defina no a partir de la concurrencia de las fuerzas del mercado sino de la previsión normativa sobre una concreta orientación (en valores, por ejemplo, o en pluralismo y neutralidad) que luego, además, haya de ser interpretada administrativamente. Más allá de la estricta neutralidad temporal, o su equivalente (en lo que el CSA francés ha demostrado gran pasión), este tipo de actuaciones no son fáciles de poner en marcha, ni son comprendidas por la ciudadanía, ni siquiera cuando provienen de autoridades independientes. En el fondo, la razón de esta reacción no es otra, de nuevo, que la constatación de que el funcionamiento real, económico y social, de los medios audiovisuales, es a día de hoy ya, en lo sustancial, equivalente al de los medios escritos, por ejemplo, y así se entiende su posicionamiento y tratamiento de la información y de los hechos, que no requiere por ello de una intervención, supervisión, control u orientación administrativa.*
- *Tendencia a la equiparación de la actuación sobre los medios que actúan en régimen de libre mercado y los que desarrollan funciones de servicio público. La dinámica social se presta a ello y la legislación sectorial, en materia de contenidos, también (en lo que, por lo demás, no hace sino realimentar la sensación de que, en el fondo, todas las radios y televisiones son jurídicamente iguales). La normativa que regula las atribuciones de los consejos reguladores del audiovisual, si bien claramente inspirada en la idea de que sus funciones de control se han de centrar esencialmente en aquellos operadores que estén ejerciendo servicio público (más allá de las muy concretas y específicas exigencias adicionales que sí contempla la legislación para todos y también pueden controlar) ha sido superada por una interpretación expansiva de estos organismos. Lo cual plantea no pocos problemas, dado que sus potestades y competencias, muy amplias, y herederas de un modelo de servicio público, no es ni mucho menos evidente que puedan trasladarse en su totalidad sobre los medios audiovisuales tout court.*

A ello ha contribuido, es de justicia reconocerlo, la creciente exigencia que, desde el Derecho comunitario, muestra la regulación en materia de contenidos. Pero, ha de matizarse a su vez, la importancia de la ley que ha transpuesto las exigencias comunitarias, la norma conocida como «de Televisión sin Fronteras», en su versión de 1994 y su reforma de 1999, evoluciona notablemente, a partir de las exigencias marcadas por la Unión Europea, precisamente en la determinación del anclaje jurídico que permite la intervención. Así, no puede perderse de vista que esta ley, cuya importancia es de sobra conocida por ser la única norma que establece obligaciones de contenido y de programación para los operadores, regula en el fondo sólo tres grandes materias: publicidad comercial por televisión, establecimiento de cuotas de programación de obras europeas y la

protección de los menores frente a la programación televisiva en general y la publicidad en particular. Todas ellas son manifestaciones de la posibilidad de establecer restricciones que no necesitan de la concurrencia del título interventor servicio público por parte de la Administración y pueden aplicarse como limitaciones a la libertad de expresión propias de la necesidad de regular el mercado de manera que proteja otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Por ello es perfectamente coherente la desaparición de la redacción de 1994, que circunscribía su ámbito de aplicación a «emisiones que se realicen desde el territorio español por las entidades que presten directa o indirectamente el servicio público de televisión» y su sustitución por el criterio territorial, asumiendo la aplicación de la norma a todas las emisiones (incluyendo a las que se dan en mercados liberalizados). El ámbito de aplicación se define sin referencia al concepto, cada vez más exiguo, de servicio público y tomando como elemento central el criterio de establecimiento (GAY FUENTES, 1999, 3). El Derecho comunitario, y tras él la norma española, evolucionan al constatar la aparición y creciente importancia de espacios donde es el mercado y no el *servicio público* el que regula el audiovisual. Ante tal tesitura optan por regular de manera que las reglas abarquen a todos los operadores. La opción es legítima y razonable, pero obliga a comprender que las posibilidades de intervención serán menores. El hecho de que la misma reforma que antes se amparaba en el servicio público para restringir sea la que ahora obliga, sin más, a todos los operadores (así como el dato de que las instancias administrativas que han de cumplir con esta nueva legislación sean las mismas) ayuda a incrementar la confusión. Podría dar la impresión, y nada más lejos de la realidad, de que de este modo se está avalando comunitariamente la extensión de todo el antiguo control público sobre el audiovisual de *servicio público* a cualquier esfera de ejercicio de derechos a la libertad de expresión e información por esos medios, y nada más lejos de la realidad jurídica.

La apuesta por establecer una regulación unitaria y una intervención con la misma ambición en todos los ámbitos, sin embargo, no se ha detenido demasiado a indagar en esta cuestión. Es cada vez más claro que el control y la supervisión se pretende se hagan en igualdad de condiciones para todas las emisiones, sean o no de servicio público. Así ocurre, por ejemplo, incluso con los servicios audiovisuales por Internet, las pretensiones de fiscalización sobre los cuales son la prueba más acabada de lo que se está planteando, dado que supone abogar por un modelo de control global de contenidos, de raíz administrativa que, por mucho que a partir de entidades reguladoras, comportaría una radical diferenciación entre el régimen del audiovisual y el de otros modelos de comunicación (BARATA I MIR, 2006). La determinación en este sentido del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, por ejemplo, es expresa. Pero no es excepcional, dado que coincide con la que más o menos han coincidido en adoptar las autoridades de regulación del audiovisual homologables en Europa (DOMÈNECH I COSTAFREDA).

A este respecto hay que señalar que aunque es obvio que Internet no nace en el vacío y que al audiovisual por Internet, en tanto que libre mercado, puede perfectamente tener su regulación, ésta ha de partir de la base del reconocimiento de la libertad de expresión, no de las pautas tradicionales de *servicio público*. Lo cual no significa que no puedan existir limitaciones, que de hecho las hay y con títulos de intervención muy diversos (GARCÍA MORALES).

Los problemas aparecen si esta pretensión de igual trato aspira a trasladar al audiovisual que funciona en régimen de libre mercado, o los ejercicios de libertad de expresión que tienen su espacio en la Red, limitaciones comunes al resto del audiovisual que responden a la lógica, necesariamente mucho más limitadora, del *servicio público*.

- Precisamente por estos motivos, en parte, y también porque la dinámica del mercado es clara en el sentido de no aceptar de buen grado un tipo de intervención más intensa que la que se deduce de la ordenación de la libre expresión, la intervención de los organismos reguladores, como por lo demás demuestra claramente la actuación del *Consell de l'Audiovisual* catalán, ha adoptado cada vez más una *tendencia más anclada en mecanismos de intervención indirectos*, mediatos, basado en la idea de *auctoritas* más que en el ejercicio de la *potestas* (GICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE) y desarrollando una amplia panoplia de mecanismos de *soft law* (informes, recomendaciones, jornadas de reflexión sobre la correcta articulación de la comunicación, etc), la eficacia de los cuales puede ser cuestionable pero, la verdad, es mejor que nada en un entorno donde se constata que la intervención directa es escasa. Casa, además, a la perfección con el tipo de actuación pública eficaz en un mercado competitivo sometido al escrutinio de la opinión pública, a condicionamientos de imagen y al imperio de la lógica del mercado. Esta tendencia prueba, una vez más, el fracaso de la opción *hard* en el sector, cuya regulación ha sido tanto más incumplida cuanto mayor detalle y rigor ha contenido (CELESTE GAY, 9).

Los ejemplos en este sentido son cada vez más variados. Así, podemos mencionar a título de exponente de esta tendencia la relación de «Consideracions del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre el tractament televisiu de l'atemptat de Madrid del dia 11 de març de 2004 i dels esdeveniments posteriors fins a les eleccions del dia 14», (*Quaderns del CAC*, nº 19-20, pp. 79-85), realizado el 31 de marzo de 2004, junto a un prolijo documento donde analizan parrillas y programaciones de los distintos medios, estudiando el cumplimiento de los deberes de objetividad e imparcialidad, así como en el tratamiento a los derechos de víctimas y sus familiares, pero cuyos efectos jurídicos directos, incluso cuando se refieren a la corporación catalana de radio y televisión públicas son, en todo caso, de tipo indirecto. En esta misma línea, el CAC, por mandato del parlamento catalán, elabora informes sobre los informativos, que se remiten a la propia asamblea y sirven de ayuda al control parlamentario que el mismo desarrolla (ver Carles López, «Metodología del Consell de l'Audiovisual de Catalunya per a l'observança del pluralisme en els teletinformatius», *Quaderns del CAC*, nº 26, pp. 9-16). La tónica, por lo demás, es general en Europa, como ha señalado Anna Estrada («La supervisió del pluralisme informatiu en la ràdio i la televisió a Europa», *Quaderns del CAC*, nº 26, pp. 17-27).

Las diferentes líneas de ruptura esbozadas son todas ellas coherentes, en última instancia, con la tendencia dominante que se dibuja y perfila, que permite explicar todos los cambios a partir de la paulatina transformación del modelo de regulación, que ha de adaptarse a los nuevos retos necesariamente siendo más ligero pero sin por ello dejar de poder regular, más allá del acceso a la condición de operador, el ejercicio de lo que es concebido ya a todos los efectos como un derecho fundamental por parte del ciudadano y no como una concesión de los poderes públicos (BOTELLA CORRAL, 2007, 21). La articulación de la relación entre Administración pública y prestadores de servicios

audiovisuales sobre la base del título de la concesión administrativa deja de ser por ello el elemento determinante que había sido en la particular comprensión y análisis de la regulación del sector (BARATA I MIR, 2007, 255). Por ello, la actuación de los órganos del audiovisual, una vez ganada su autonomía e independencia, no ha de aspirar a proseguir con las pautas de control derivadas de la idea de que estamos en un entorno donde existe una colaboración entre el titular del servicio y los sujetos que asumen la prestación, sino que habrá de reorientarse a regular el ejercicio de la libre expresión e información y sus límites en un entorno equiparable al del libre mercado. La cuestión es cómo articular la intervención en ese contexto, el que se basa en la libertad de expresión y el libre mercado, con el corolario de la libre entrada, *de facto*, al mismo. Hacerlo bien es importante porque es éste el sector al que habrá que atender en el futuro (PETIT), si es que no hay que hacerlo ya.

2. La regulación de un sector audiovisual desde el prisma de la libertad de expresión y la libre entrada al mismo

La regulación sobre un sector así entendido habrá de ser, lógicamente, enteramente diferente desde su misma base. Frente a un modelo, el del *servicio público*, que permite (jurídicamente, al menos) un control enorme como demuestra el hecho de que, en abstracto, incluso podría amparar una *publicación* del sector en régimen de monopolio (lo que, *a maiore ad minus*, da una idea de la amplitud de facultades que se podían desplegar), la articulación de la intervención pública sobre el soporte de la libertad de empresa y del ejercicio de la libertad de expresión habría de ser radicalmente diferente, como demuestra el modelo, decantado durante décadas, de intervención administrativa en un sector que funciona en este régimen: la prensa escrita.

Ocurre, sin embargo, que las autoridades de control del audiovisual, nacidas en otro contexto explicativo y pensadas a partir de aquel, serán las que hayan de actuar en este nuevo entorno. No hay, en principio, nada que se oponga a ello. Hay que tener en cuenta que el sector, entendido como un ámbito económico libre donde impera la libertad de empresa, no impone por ello una ausencia de intervención administrativa. La regulación económica de los distintos mercados, con la finalidad de conseguir muy diversos objetivos públicos, es práctica habitual. e hecho, en un marco como el de la Unión Europea, marcadamente liberalizador, se promueve a su vez una regulación del sector, por ejemplo, en materia de contenidos o muy especialmente en publicidad, con la finalidad de proteger la producción europea y a los telespectadores. Ahora bien, habrá de afrontar su cometido siendo muy consciente de que esta modificación del marco conceptual en que nos encontramos obliga necesariamente a replantear la manera en que se interviene y los límites posibles de la misma. Y hasta la fecha es de justicia reconocer que siguen muy ancladas en el esquema explicativo tradicional, lo cual no deja de ser lógico porque ahí radica, como ya se ha expuesto, el origen de sus competencias y actuación (así, por ejemplo, se percibe claramente en el informe del CONSELL AUDIOVISUAL DE CATALUNYA, *La definició del model de servei públic al sector de l'audiovisual*, 2001).

¿Cuáles son las bases estructurales de este nuevo modelo de intervención, de esta nueva fundamentación de la actuación de control sobre el audiovisual que en el futuro habrán de llevar a cabo las autoridades de control, asumiendo la radical transformación del panorama y el contexto? De manera muy sintética, los elementos básicos pueden desarrollarse como se sigue, articulados en torno a dos nociones clave: el militante respeto a un amplísimo régimen de libertad de expresión como pilar del sistema y la

asunción de la posibilidad de actuaciones enmarcadoras del ejercicio del derecho por parte de la Administración.

a) *La libertad de expresión, punto ancilar del modelo de regulación y supervisión*

Una intervención que se pretenda global, omnicompresiva y común a todas las manifestaciones audiovisuales, que aspire a actuar sobre todas ellas, ha de asumir la pérdida de pie en teorías como la del *servicio público* y la correlativa restricción que impone a sus ambiciones el reconocimiento y la interposición de un derecho fundamental como el consagrado por el artículo 20 de la Constitución. De ello se deduce necesariamente una importante merma en las posibilidades de actuación pública, dada la exigente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (BARATA I MIR, 2000, 37). Es obvio que las restricciones que imponen prohibiciones como las de la censura previa conforman un paradigma de control diferente y más paralizador que el concesional (AMENÓS ÁLAMO, y GARCÍA QUINTANA, 2007, 251).

Es importante asumir desde un primer momento esta realidad, pero ser a su vez plenamente conscientes de las posibilidades de intervención que, a pesar de ello, subsisten. Por mucho que el modelo que la prensa escrita proporciona respecto de cómo puede articularse la intervención en un sector en el que las dos notas constitutivas del mismo (libertad de expresión y libre mercado) son las que venimos señalando, ello no significa necesariamente que cualquier mercado estructurado a partir de ambas características deba, necesariamente, ser regulado administrativamente de manera idéntica. Así, si bien respecto de la prensa escrita, la elección de nuestro Derecho ha sido la de un intervencionismo mínimo y un control basado en la represión *a posteriori* de los excesos por vía judicial, la Constitución no obliga necesariamente a generalizar tales pautas por el mero hecho de que asumamos también que, a partir de ahora, el sector audiovisual se articula a partir de esos dos elementos. Podría ser así, pero no tiene por qué serlo. Cabe la posibilidad de que, al igual que se regulan administrativamente muchos otros sectores, sin que ello afecte a la libertad de empresa, para la consecución de fines de interés general justificados, lo sea también el audiovisual. Y cabe la posibilidad, como es evidente, de aceptar límites a la libertad de expresión dentro del marco de la Constitución y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La intervención que se ha realizado tradicionalmente en los Estados Unidos (y que no se ha fundamentado en la noción de *servicio público* precisamente) demuestra hasta qué punto es perfectamente posible, por otras vías, aceptar controles y restricciones: desde la articulación de un encuadramiento técnico del sector, a las restricciones en materia de concentración de medios, a la regulación de la publicidad o, incluso, al reconocimiento de una amplia capacidad de supervisión y proscripción de la «obscenidad», la «indecencia» y la «irreverencia» de los mensajes transmitidos (BETANCOR RODRÍGUEZ, 33-34).

Como es evidente, existen limitaciones al derecho fundamental, que todos tenemos en mente, que la jurisprudencia constitucional ha perfilado y que el Derecho comunitario, como hemos visto, avala. A partir de ellas será posible restringir la libertad de expresión y regular y ordenar su ejercicio. Pero será preciso no ir más allá de las mismas y, además, guardar siempre la debida proporción entre las restricciones y los beneficios y garantías que se deduzcan de las mismas para otros bienes de importancia constitucional: respeto al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, los derechos del menor, la preservación del pluralismo y la no discriminación, los supuestos de publicidad ilícita o la protección de otros derechos de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta junto a este elemento que la libertad de expresión comporta un indudable límite y que la prohibición constitucional de la censura, dada la preocupación del Tribunal Constitucional por evitar el *chilling effect*, también constituye un importante freno, dado que numerosas Sentencias (SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995, 187/1999) han reafirmado la idea de que su interdicción debe extenderse a «cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor». Por ello, la concreta manera en que se organice y estructure el modelo de control del audiovisual puede tener ciertos efectos que han de ser tenidos en cuenta. Igualmente, hay ciertas pautas que bien pudieran caer en la prohibición constitucional de la censura previa.

La conclusión de todo lo expuesto, siquiera sea someramente, es clara. La Administración podrá intervenir, pero es importante que lo haga asumiendo que ha de tener una razón legal de peso y que ha de reorientar su práctica a convertirse, también, en un radical baluarte de defensa de la libertad de expresión e información en los medios audiovisuales. Que así lo asuma es clave para su correcto reposicionamiento en el contexto que se avizora.

b) Delimitación administrativa del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas

De alguna forma, la discusión se centra pues, en última instancia, en determinar si estas funciones, necesariamente reorientadas a partir de la asunción de que sus elementos estructurantes son el reconocimiento de las mencionadas libertades, pueden ser objeto de modulación o delimitación en su concreto ejercicio por una Administración pública. Y cómo deban serlo. Máxime cuando uno de ellos, la libertad de expresión, tiene rango de derecho fundamental, lo que implica algunas alteraciones respecto de la arquitectura jurídica de su marco de actuación. Conviene, por ello, delimitar actuaciones y atribuciones, pautas frecuentes hasta la fecha, incompatibles con los nuevos paradigmas legitimadores que venimos desarrollando, como consecuencia de que hunden sus raíces en el antiguo modelo de intervención.

A este respecto, en primer lugar, ha de señalarse que planten evidentes problemas los tipos abiertos que, en la actualidad, otorgan a los organismos encargados de la regulación del audiovisual, amplias competencias a partir de una intervención justificada en la confluencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados y evanescentes. Resulta evidente que en cualquier actividad de regulación de mercado, perfectamente legítima, como las que contienen las normas en materia de televisión sin fronteras, ha de contar con una delimitación normativa que respete los principios de legalidad, tipicidad y, en general, todas las exigencias en materia de Derecho administrativo sancionador. En tal entorno estos tipos abiertos y ambiguos plantean numerosos problemas (AMENÓS ÁLAMO y GARCÍA QUINTANA, 2007, 230-231). De modo que, de cara a perfilar una acción positiva de la Administración que se pretenda global, será preciso en primer lugar un replanteamiento global de la normativa que concrete los tipos y las posibles intervenciones y los restrinja al ejercicio de las políticas con capacidad para limitar la libertad de expresión.

Adicionalmente, es imprescindible reflexionar sobre la posibilidad de seguir controlando ciertas facetas de las actividades audiovisuales. Si tomamos como ejemplo las competencias que tiene el *Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, sus funciones incluyen el control del «respeto del pluralismo político, religioso, social, lingüístico y

cultural y también por el equilibrio territorial adecuado en el conjunto del sistema audiovisual de Cataluña» (art. 115 de la ley del audiovisual de Cataluña). Es evidente que este tipo de atribuciones (que mencionamos a título de ejemplo, pero que son la norma en el ramo) no pueden operar en un entorno de libre mercado y supondrían una restricción a la libertad de expresión inconstitucional si pretendieran imponerse a quienes actúan en el audiovisual no sometido a exigencias de *servicio público*. Piénsese, por ejemplo, en la limitación evidente que para la libertad de expresión supondría su traslado a la prensa escrita. Respecto del audiovisual, dada la evolución del medio, no será distinta la percepción en el futuro. Es más, puede decirse que, a día de hoy, ya se asume como perfectamente normal que los diferentes operadores privados puedan definir marcadamente sus tendencias políticas (¡y ello, todavía, en un entorno de servicio público!) cuando las tienen, forman parte de su identidad o constituyen una estrategia de mercado que juzgan interesante.

A estos efectos conviene recordar que la libertad de expresión tiene sentido, justamente, como garantía de la expresión molesta socialmente, que pueda herir u ofender. También, por supuesto, de la expresión no ponderada. Así que, como no podía ser menos, cualquier manifestación no neutral, parcial, que no respete el pluralismo, ha de entenderse igualmente amparada si estamos ante una regulación propia de un mercado libre y no frente a un concesionario que deba velar por aquél. La proliferación de medios audiovisuales en Internet ha contribuido a poner de manifiesto, de nuevo, esta importante asunción (BOIX PALOP, 2002). De modo que, como ya hemos señalado en otro contexto, la capacidad de inspección y sanción atendiendo a estos parámetros, cuando no nos encontramos en el ámbito del *servicio público*, no creemos que sea admisible constitucionalmente (BOIX PALOP, 2007).

Junto a estas primeras preocupaciones referidas a la concreción legal de las restricciones y consiguiente capacidad de inspección y sanción administrativa, así como la necesidad de acotarlas de modo diferente (excluyendo controles como los referidos), quedan como mínimo dos cuestiones estructurales adicionales que tratar respecto del reposicionamiento de las administraciones encargadas del control del audiovisual, ligadas ambas a la posibilidad de que puedan ir más allá del control del cumplimiento de las previsiones legales referidas.

La primera de ellas es si, excluida la capacidad de controlar, inspeccionar y sancionar contenidos de las funciones que pueda desarrollar la Administración en punto a determinar la idoneidad del mensaje, puede entenderse, incluso, que su intromisión a efectos de valoración, crítica y orientación puede suponer una actividad, incluso cuando no tenga perfiles sancionadores, problemática. En este sentido, baste recordar la enorme polémica que ha acompañado a pronunciamientos del *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* como el que realizó en diciembre de 2005 sobre la posible vulneración de los límites constitucionales en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de información y de libertad de expresión o el acuerdo de septiembre de 2006 sobre el anuncio de televisión de la plataforma pro selecciones deportivas catalanas.

En general, ha de ser señalado que precisamente una consideración amplia de la libertad de expresión es la que avala que las manifestaciones de los órganos administrativos independientes de regulación del audiovisual puedan, a su vez, hacer un uso generoso de la misma para combatir, justamente en el terreno del debate de ideas, ciertas formas de comunicar o de hacer uso de las libertades. De modo que, en un mercado libre (la reflexión no puede trasladarse por ello, exactamente, al *affaire* a cuenta de la cadena COPE, cuya relación con el CAC es la de un concesionario del servicio), nada obsta a

este tipo de denuncias, condenas o valoraciones siempre y cuando de ello no se puedan derivar efectivas medidas de retorsión. La valoración sobre la conveniencia de cierta publicidad, por su parte, cuando conlleve su retirada (efecto silenciador evidente), obliga a actuar en un marco de estricto análisis de las posibilidades de limitación a la luz de las consideraciones expuestas. En cambio, si se trata de participar como voz autorizada en el consenso de los mecanismos autorreguladores en la materia, obvio es que ha de entenderse como mucho mayor la capacidad de orientación y el establecimiento de pautas por parte de la Administración independiente de turno.

Por último, queda la cuestión, absolutamente básica, de si las medidas sancionatorias que, con carácter general, hemos convenido que, encuadradas en los términos señalados, estos organismos pueden adoptar válidamente, pueden llegar a comportar el cierre, definitivo o temporal del medio de comunicación o si tal decisión sólo es posible mediante decisión judicial. Las opiniones contrarias a la posibilidad de que un cierre, siquiera sea temporal, y por mucho que pueda ser el resultado (sanción) previsto por la ley del ejercicio de las facultades de inspección y control sobre aspectos de la actividad económica del medio (referidos a composición accionarial, por ejemplo, o a cualquier otra cuestión atinente a la ordenación administrativa del sector económico) o de los contenidos que sí son controlables administrativamente sin que ello plantee problemas a la libertad de expresión (por ejemplo, los que afectan a derechos de los menores), pueda ser competencia de una Administración son numerosas. Ya me he expresado en un sentido coincidente con las mismas en otras ocasiones (BOIX PALOP, 2007), en una línea similar a la de quienes entienden que sólo es admisible que sea un juez quien lo acometa (BETANCOR RODRÍGUEZ, 58). Otros autores, como De la Quadra-Salcedo, consideran, como mínimo, «chocante» tal actuación (*apud* TORNOS MAS, 2007, 179). Para Salvador Coderch (*El País*, 13 de febrero de 2006) esta posibilidad no sólo constituiría un caso de censura previa (constitucionalmente prohibida, como sabemos) sino que, más directamente, entiende que sería su misma «apoteosis, pues no se trata únicamente de que la autoridad exija controlar, antes de cada programa, los contenidos para depurarlos, sino que prohíbe a priori toda emisión durante un período de hasta tres meses, algo que supondrá la ruina del canal sancionado, su voladura económica». De forma más matizada, hay quien entiende, sin embargo, que en estos casos no es correcto técnicamente hablar de censura, alegando que la suspensión de actividades se produce siempre a posteriori (TORNOS MAS, 2007, 179, quien admite, sin embargo, que en todo caso la crítica es también posible).

La valoración contraria a la posibilidad de que un cierre de medios de comunicación pueda ser realizado por una autoridad otra a la judicial no es, sin embargo, a mi entender, demasiado difícil de justificar. No ya su oportunidad, que el constitucionalismo liberal ha dejado clara y de la que nuestro sistema de valores constitucional está íntimamente persuadido. Sino también su absoluta corrección jurídica, que a mi juicio es incuestionable. Si nos situamos en un entorno mediático como el que ya estamos viviendo, a la luz de lo descrito, resulta de todo punto evidente la plena aplicabilidad de la generosa doctrina del Tribunal Constitucional, ya referida, a la hora de entender constitucionalmente proscritas no sólo la censura sino cualquier medida de efecto equivalente. Pero, además, parece obvio desde un punto de vista jurídico mínimamente exigente que ya no se trata únicamente de que hayamos de atender a la interposición del art. 20.2 CE («El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa») sino, también, a la previsión del art. 20.5, que dispone, como es sabido, que «sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución

judicial». Esto es, que parece bastante complicado argumentar, frente a la prohibición constitucional de que el mero secuestro de publicaciones, informaciones o cualquier otro medio de información, sea realizado por una autoridad distinta a la judicial que, en cambio, la Administración pueda sin mayores problemas cerrarlos. Hay que negar la mayor porque, como es sabido, en Derecho, no es sencillo aceptar, *a minori ad maius*, que quien no pueda lo menos quede en cambio facultado para lo más. Para quien este principio estructural para la coherencia de nuestro ordenamiento no baste, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en alguna ocasión asumiendo la vigencia del mismo (STC 199/1987) y la correlativa imposibilidad de que se proceda, en España, al cierre de medios de comunicación por actuaciones que no tengan naturaleza jurisdiccional (MIRA BENAVENT, 1987).

BIBLIOGRAFÍA

- AMENÓS ÁLAMO, J. y GARCÍA QUINTANA, M., «Jurisprudencia a l'entorn dels consells de l'audiovisual», *Revista catalana de dret públic*, n° 34, 2007, pp. 227-251.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., «Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución», *Revista española de derecho constitucional*, n° 71, 2004, pp. 161-186.
- BARATA I MIR, J., «Règim jurídic de la responsabilitat de l'emissió de continguts audiovisuals per cable», *Quaderns del CAC*, n° 7, 2000, pp. 35-41.
- BARATA I MIR, J., *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos de la reforma del régimen español*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- BARATA I MIR, J., «El tractament bibliogràfic del model de regulació de l'audiovisual», *Revista catalana de dret públic*, n° 34, 2007, pp. 253-270.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control de contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana», *Revista catalana de dret públic*, n° 34, 2007, pp. 31-82.
- BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *Revista española de derecho constitucional*, n° 65, 2002, pp. 133-180.
- BOIX PALOP, A., «La traslación de pautas de control público al nuevo audiovisual de proximidad», *Revista General de Derecho Administrativo* (acceso electrónico en la URL www.iustel.com/revistas), n° 14, febrero 2007.
- BOIX PALOP, A. y LÓPEZ GARCÍA, G., «Derecho y cuarto poder en la era digital», *Revista de Estudios Políticos*, n° 130, 2005, pp. 77-112.
- BOIX PALOP, A. y LÓPEZ GARCÍA, G., «Medios de comunicación de masas y comunicación digital», en BOIX PALOP, A. y LÓPEZ GARCÍA, G (Eds.), *La autoría en la era digital: Industria cultural y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 167-200.
- BOTELLA CORRAL, J., «La regulació independent del sector audiovisual espanyol: una reflexió sobre problemes, perspectives i possibilitats», *Revista catalana de dret públic*, n° 34, 2007, pp. 15-29.
- BOURGES, H., «L'Europa audiovisual i l'Europa de la diversitat», *Quaderns del CAC*, n° 1, 1998, pp. 29-31.
- CONSELL AUDIOVISUAL DE CATALUNYA, *La definició del model de servei públic al sector de l'audiovisual*, 2001.
- DOMÈNECH I COSTAFREDA, G., «La regulació dels serveis audiovisuals d'Internet», *Quaderns del CAC*, n° , pp. 42-46
- GARCÍA MORALES, M. J., «Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet», en COTINO HUESO, L. (Ed.), *Libertades, democracia y gobiernos electrónicos*, Comares, Granada, 2006, pp. 33-58.

- GAY FUENTES, C., «La modificación de la ley de Televisión son Fronteras», *Quaderns del CAC*, nº 5, pp. 2-10.
- GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A., «El Consejo Audiovisual de Andalucía», *Revista catalana de dret públic*, nº 34, 2007, pp. 273-316.
- LINDE PANIAGUA, E. y VIDAL BELTRÁN, J.M., *Derecho audiovisual*, 2ª edición, Cóllex, Madrid, 2007.
- MILIAN MASSANA, A. (Dir.), *El Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004.
- MIRA BENAVENT, J., «El caso del diario Egin: comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 12 de diciembre de 1987», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, tomo XL, 1987, pp. 505-528.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado (III): La televisión*, Civitas, Madrid, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El derecho audiovisual y los consumidores», en E. GÓMEZ-REINO y CARNOTA, *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 387-404.
- PETIT, M., «La revisió sobre el servei públic audiovisual al Regen Unit: el debat entre l'Ofcom i la BBC», *Quaderns del CAC*, nº 26, pp. 123-139.
- RALLO LLOMBARTE, A., *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RECOMENDACIÓN del Consejo de Europa sobre el pluralismo en los medios de comunicación de 20 de diciembre de 2000.
- SARTORI, G., *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Roma, 1997.
- TORNOS MAS, J., «La regulació dels mitjans de comunicació audiovisuals en l'àmbit europeu», *Quaderns del CAC*, nº1, 1998, pp. 33-39.
- TORNOS MAS, J., *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- TORNOS MAS, J., «El Consell de l'Audiovisual de Catalunya», *Revista catalana de dret públic*, nº 34, 2007, pp. 157-186.
- VIDAL BELTRÁN, J. M., «El servicio público de televisión y la privatización de la gestión directa», *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 257-273.