

EL DERECHO A LA LIBRE INFORMACIÓN Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES EN EL NUEVO CONTEXTO TECNOLÓGICO

RESUMEN

Ana Aba Catoira

El control respecto de la libertad de información se desplazará en el futuro, cada vez más, hacia la garantía del pluralismo de la información como expectativa de libertad frente al monopolio por los poderes económicos o políticos del ejercicio de un derecho fundamental que es esencial en la construcción de una sociedad libre y democrática. Hoy la libertad humana resulta amenazada no sólo por el Estado sino también por poderes sociales no estatales

EL DERECHO A LA LIBRE INFORMACIÓN Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES EN EL NUEVO CONTEXTO TECNOLÓGICO

Ana Aba Catoira

I. INTRODUCCIÓN

La Globalización de la Información es una realidad y una característica del mundo actual, donde rige una forma global de producir y de relacionarse. Este fenómeno cuenta, además, con la ayuda inestimable que le proporcionan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que nos han traído la Sociedad de la Información o Sociedad del Conocimiento. La cultura, el poder, la política y la economía han experimentado una profunda transformación de mano de estas nuevas tecnologías que suponen un nuevo mundo de ventajas y beneficios, pero también de innumerables problemas y riesgos.

Los procesos y las relaciones socio-económicas, políticas y culturales actuales, se establecen sobre un bien que no se agota con su consumo como es la Información que, junto al Conocimiento que de ella se obtiene, es el motor de todos los procesos de relación, de producción y de poder. De ahí el empeño por obtener cada vez más datos, que otorgan información sobre todos los ámbitos de la sociedad globalizada y que otorgan el poder a quien detenta dicha información. El poder es capacidad de influir en la sociedad, en la opinión pública y, evidentemente, quien tiene mayor conocimiento puede controlar mejor la opinión y las decisiones de aquéllos que conoce. Así las cosas, la información, su posesión y su tratamiento adecuado, a través de las nuevas tecnologías, se traduce en poder político - influencia en la opinión pública- y en poder económico -manejo del consumo en la sociedad

capitalista de occidente-¹.

Con frecuencia, se habla de revolución tecnológica, entendiendo por revolución la ruptura con el modelo establecido a través de una transformación profunda de los elementos sobre los que se construye el sistema anterior, que se ha quedado obsoleto ante los nuevos procesos de producción y transmisión de la información. Los procesos de obtención, tratamiento y difusión de la información han evolucionado a través del avance tecnológico, por lo que los medios de comunicación son protagonistas del nuevo contexto mundial, donde el bien máspreciado es la Información, tratada desde un punto de vista económico o empresarial.

El enorme poder que en nuestra sociedad detentan los medios de comunicación nos sitúa ante un peligro de grandes dimensiones como es la ausencia de control democrático, pues se necesita que el pluralismo se garantice a través del acceso universal a los medios, en especial a Internet, para evitar agravar los desequilibrios sociales y territoriales preexistentes y posteriores a la Sociedad de la Información o del Conocimiento. La participación abierta y plural en los medios es un principio altamente democrático que hay que garantizar, porque la información es un bien que no ha de estar en manos de unos pocos, sino en manos de todos nosotros.

El Pluralismo como presupuesto del sistema democrático se resiente y, realmente, se puede discutir si los medios de comunicación social están viviendo una grave crisis de legitimidad democrática. Y es que los periodistas no pueden olvidar que su función es la de formar una opinión pública libre y democrática, que se mantenga informada y no manipulada, lo que obliga, a los profesionales de la información a mantener siempre un espíritu y actitud crítica, ante los acontecimientos del mundo. Los grandes cambios tecnológicos han multiplicado la influencia de los medios de comunicación que dominan la opinión de las personas. Por ello, no se puede utilizar ese enorme poder para implantar un modelo uniforme de opinión que suele coincidir con la ideología del poder dominante que gobierna los países económicamente más influyentes. Nuestros derechos de libre crítica democrática, de participación política, y, en definitiva, de control democrático del poder, deben encontrar un aliado, o vía para hacerse efectivos, en los medios de comunicación.

Todas estas circunstancias nos hacen creer que los medios de comunicación tradicionales han de empezar a preocuparse por su caída, en cuanto que pérdida de legitimación democrática y falta de calidad e incluso de dignidad en los contenidos de su programación, que demuestran poco respeto por los derechos como la vida privada². La aplicación de la máxima del "todo vale" permite replantearse la protección de la que gozan los medios de

¹ Las posibilidades de conocer la realidad aumentan gracias a los avances tecnológicos, tanto en lo concerniente al número de medios de comunicación como en lo concerniente al producto de los medios, es decir, la información. El mareo que configura la Sociedad de la Información hace necesaria una reformulación de todos los procesos de acceso a la información, de tratamiento de la noticia y de la difusión o transmisión. Y es que, la sociedad interactiva conlleva nuevos modos de producción y de relación que abren ante nosotros nuevas formas de comunicación. En este momento ponemos la atención en el poder educativo o formativo de los medios en esta sociedad mediática, en el impacto e influencia de los medios en el plano económico y social, que puede suponer la ruptura con los modelos económicos y sociales tradicionalmente conocidos, y en la preocupante concentración de los medios de comunicación.

² Este mes de mayo Televisión Española ha estrenado un nuevo concurso que consiste, básicamente, en insultar a los concursantes y comprobar cómo resisten las humillaciones. Este es un programa en el que se insulta y agrede verbalmente a los concursantes que aceptan, voluntariamente, el trato indigno a cambio de un posible premio económico. No obstante, aún podemos estar tranquilos con este programa de la televisión pública, pues no se ha llegado, todavía, a alcanzar los niveles de "indignidad" de otras televisiones, como la Tailandesa, donde se levantaron ruidosas protestas por su agresividad y vejaciones excesivas.

comunicación, una protección supeditada al cumplimiento de una función social de la máxima relevancia³.

En este orden de cosas, nuevos medios de comunicación como Internet se abren ante nosotros como "reinos de la libertad", donde millones de voces se hacen oír de forma libre y plural, donde cada uno es emisor y receptor de información en tiempo real y a través del planeta. Internet es la demostración de que los procesos de comunicación están cambiando, y con ellos llegan grandes beneficios, pero también problemas y amenazas hasta ahora desconocidos.

Internet ha cambiado nuestras vidas, afectando intensamente a la Sociedad, a los Estados y a las empresas, o, lo que es lo mismo, a los modos de relacionarse y conducirse, a los modelos de producción económica y a las formas de hacer política. A través de la Red se desarrollan nuevas funciones y se transforman otras ya conocidas. Así, las comunicaciones privadas o interpersonales a través del correo electrónico, los boletines de noticias, la radio y la prensa a través de Internet, la difusión de información institucional, el cumplimiento de las obligaciones tributarias, la cumplimentación del censo, la difusión de informaciones empresariales o asociativas, la formación educativa, las operaciones económicas a través del comercio electrónico, la ampliación de las posibilidades de ocio, el teletrabajo, la telemedicina, etc..

Las comunicaciones a través de una estructura de red, tejida a lo largo y ancho del globo eliminan dos variables tradicionales como son el espacio y el tiempo, pues en la Red no existen las fronteras espaciales o físicas y las operaciones se producen en tiempo real. En este sentido, el control de la Red se dificulta enormemente, porque escapa a la vigilancia total de los gobiernos que no pueden aplicar su legislación al no existir una delimitación territorial y al sucederse todo con tal rapidez, en cualquier lugar del planeta, que la reacción es imposible o ineficaz. Así, Internet es un espacio virtual que se escapa a cualquier intento de regulación pública intensa, pero la globalización de las redes informativas, y la consecuente dificultad de su control, no ha de justificar, en ningún caso, la pretensión de intervenir en los procesos de comunicación más allá de los controles democráticamente establecidos, porque los límites que establecen tanto las constituciones internas de los estados como el Derecho Comunitario e Internacional en el ejercicio de las libertades de expresión e información son suficientes para controlar el respeto de los derechos de la comunidad. Una mayor intervención pública pondría en peligro la esencia de Internet como gran foro global en el que cualquiera puede expresarse con libertad y respeto a los derechos de los demás.

El Estado se encuentra ante el gran reto que supondrá la entrada en la Sociedad de la Información con sus innumerables ventajas para la Administración, economía y ciudadanos, por lo que ha de adecuar sus estructuras y organización a los cambios producidos con la globalización a todos los niveles. El compromiso constitucional expresado en el Art.9.2^o obliga a trabajar para hacer de Internet el camino, la autopista de la información adecuada. Por ello se ha de garantizar la gratuidad de los servicios básicos de acceso y la velocidad necesaria para las transmisiones, es decir, la que requieren las empresas para sus actividades comerciales y los ciudadanos para sus actividades profesionales, lúdicas o de relación, así como la necesaria para la Administración en cumplimiento de los principios establecidos en

³ FAYOS GARDÓ, A.: Derecho a la intimidad y medios de comunicación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 125 y 55, concretamente en referencia a la situación que se vive en los Estados Unidos. En este sentido, se pueden consultar las ediciones de El País de 29 de marzo de 1996 y de 27 de marzo de 1997.

el Art. 103 de la Constitución.

La entrada de las nuevas tecnologías en nuestras vidas, que ya no pueden mantenerse en ningún caso al margen de éstas, teniendo en cuenta que, dicho sea de paso, tampoco interesa a los ciudadanos quedarse fuera de la sociedad de la información, supone un conjunto de funciones y objetivos a cumplir por los poderes públicos en el marco de la Sociedad de la Información:

- crear infraestructuras de la información -Internet- y garantizar la libre competencia
- corregir los desequilibrios sociales y territoriales
- invertir en educación, formación e investigación tecnológica
- garantizar el tráfico jurídico: comercio electrónico
- garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con especial atención a los derechos de la personalidad
- procurar que las tecnologías faciliten las obligaciones de los ciudadanos, la realización de sus trabajos, la atención médica, la pluralidad de la información, la mejora de los servicios públicos, etc.

En definitiva, se trata de que se garantice un buen uso de las tecnologías, evitando que sean más los inconvenientes y amenazas derivadas de su aplicación que los beneficios que reportan. Así pues, los poderes públicos han de crear un espacio adecuado para que la Sociedad de la Información se desarrolle de la mejor forma posible para todos los actores implicados, Estado, ciudadanos y empresas, para lo que se requiere impartir una formación adecuada en aras de la integración en el mundo de las nuevas tecnologías. Este objetivo requiere de un marco jurídico y político adecuado, con servicios básicos de acceso gratuito y con un acceso universal. Las políticas públicas han de responder a dos cuestiones básicas, a las que si no se da respuesta no se podrá avanzar en la implantación de la Sociedad de la Información. Una de ellas es la actuación positiva de la Administración pública, que tiene por delante una serie de funciones de difícil realización que ya han sido anunciadas. La otra es la protección pública de los usuarios frente a las tecnologías que ponen en peligro su seguridad, por lo que se ha de garantizar un mayor control democrático.

Y es que, como bien señala CEBRIAN, "Los efectos positivos de los nuevos medios y de las tecnologías de la información pueden ser ampliados y sus consecuencias negativas mitigadas gracias a una democracia participativa, a un sentido de responsabilidad y conciencia, al ejercicio de derechos y deberes, y a la capacidad de todas las gentes"⁴.

II. LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 20 C.E. EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO: DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL

⁴ CEBRIAN, J.L.: La Red, Santillana, Madrid, 2000, Pág.12.

No por repetido hemos de dejar de iniciar estas páginas recordando que el artículo 20 de la Constitución, con su amplio contenido de derechos y garantías, proclama el mantenimiento de una opinión pública libre como presupuesto de un sistema democrático. Sin la garantía de la comunicación pública libre se privaría de contenido real otros derechos reconocidos en el texto constitucional y las instituciones representativas y el principio de legitimidad democrática perderían todo su sentido⁵.

La garantía de la comunicación pública libre, sin la cual la sociedad no es libre ni hay soberanía popular, exige que se garanticen ciertos derechos fundamentales de todos los ciudadanos que, a su vez, implican la prohibición de determinadas actuaciones del poder, pero también exige una especial consideración a los medios de comunicación social y, por tanto, a quienes son los profesionales de la información⁶.

Las libertades proclamadas en el artículo 20 de la Constitución son derechos que pertenecen a todos los individuos y que les protege frente a injerencias de los poderes públicos que no estén establecidas en las leyes conforme a lo establecido en la Constitución. Así, el derecho a comunicar y a recibir información veraz y el derecho a expresar ideas y opiniones son esferas de libertad frente al poder. Estos derechos de libertad se concretan en la realización de las posibilidades, que el precepto reconoce, por cualquier medio de reproducción, por lo que comprenden la facultad de crear los medios materiales para que dicha reproducción sea posible: los medios de comunicación⁷.

Dicho lo anterior el contenido del artículo 20 de la Constitución permite diferenciar dos libertades con un contenido delimitado: la libre expresión y la libre comunicación o información.

En cuanto al derecho a expresarse u opinar libremente, se reconoce el derecho a emitir libremente opiniones, juicios de valor o creencias personales, que no hechos o datos objetivos, excluyendo expresiones insultantes o injuriosas que resultan innecesarias para la exposición de las ideas u opiniones personales. Así pues, la Constitución no ampara un derecho al insulto, incompatible con la dignidad de las personas⁸.

En el apartado d) del párrafo 1º del Art. 20 se establece el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, con lo que nos encontramos ante un derecho diferente del consagrado en el apartado a) de dicho artículo. Permite difundir hechos con trascendencia pública y que son necesarios para la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata de un derecho doble que se concreta en comunicar y en recibir información veraz libremente, por lo que el objeto del derecho es el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento, el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su

⁵ Art. 1.20 C.E.: "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado".

⁶ STC 6/1981, de 16 de marzo, FFJJ 3º y 4º

⁷ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º

⁸ STC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4º y 8º.

posterior transmisión ⁹.

El reconocimiento y protección de las libertades del Art. 20 es a su vez garantía de un interés constitucional, como es la formación y existencia de una opinión pública libre que reviste especial trascendencia al ser condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos básicos para el funcionamiento democrático. Así, para que los ciudadanos puedan formar libremente sus opiniones y participar responsablemente en los asuntos públicos, tienen que estar informados con pluralidad, pues esta es la única manera de ponderar y sopesar opciones para formar en libertad su opinión. La trascendencia de la garantía de la opinión pública libre es reiterada por la jurisprudencia, cuando declara que el derecho a la información entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada al pluralismo político".

La posición preferente que disfrutaban las libertades de información exige una mayor responsabilidad moral y jurídica a quienes se encargan de informar y, en cualquier caso, obliga a aplicar restrictivamente toda norma que afecte a su ejercicio para no desnaturalizar o relativizar su contenido constitucionalmente protegido¹⁰. Por eso, dada su posición institucional, cuando se produce un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad y al honor, goza, en general, de una posición preferente y las restricciones se interpretan de modo que el contenido resulte lo menos afectado posible.

En cualquier caso, el valor preferente de la libertad de información no se puede entender con un valor absoluto. Y es que sólo se pueden legitimar intromisiones en otros derechos fundamentales cuando sean congruentes con la finalidad de contribuir al mantenimiento de la opinión pública libre, por lo que han de versar sobre asuntos de interés general, careciendo de este efecto legitimador cuando se ejercitan desmesuradamente sin cumplir el requisito de la veracidad y sin versar sobre un asunto de interés general o de relevancia pública, lo que le priva de la especial protección constitucional.

Ahora bien, este valor preferente no significa que el ejercicio de la libertad de información pueda dejar sin contenido los derechos de las personas afectadas por la información, que verán sacrificados sus derechos sólo en la medida que sea necesario para asegurar la finalidad perseguida ¹¹. Si se entendiera de otro modo nos encontraríamos con que el derecho a la información daría cobertura formal a violaciones del honor y de la intimidad de las personas mediante expresiones y valoraciones injustificadas por carecer de valor para formar la opinión pública, que es la única justificación a intromisiones en su ámbito constitucionalmente protegido¹².

I.1º.La libre información

Se trata de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y en recibirla de manera libre siempre que la información sea veraz¹³. El objeto de este derecho de libertad es

⁹ STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11º.

¹⁰ STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º.

¹¹ STC 1714990, de 12 de noviembre, FJ 6º.

¹² STC 1384996, de 16 de septiembre, FJ 2º.

¹³ STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11º.

la Información, pero no toda información sino aquella "que sea veraz y que esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ello intervienen; contribuyendo en consecuencia, a la información de la opinión pública" ¹⁴.

No obstante, la realidad demuestra que no es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación de información, porque cuando se expresan pensamientos se hace referencias a hechos y cuando se comunican noticias nunca se hace asépticamente, sin ningún elemento valorativo. Por tanto, cuando se mezclan elementos de la libre expresión, de naturaleza valorativa, con elementos de la libre información, de naturaleza objetiva, lo aconsejable es buscar el elemento preponderante en el supuesto concreto y, atendiendo a cuál sea, calificar el supuesto como ejercicio de la libre expresión o como ejercicio de la libre información ¹⁵

El objeto diferente entre libre expresión y libre información les impone requisitos diferentes en lo concerniente a su ejercicio.

Así, el límite interno que actúa delimitando el contenido protegido del derecho a la libre información o comunicación es el requisito de su veracidad. El Tribunal ha reiterado que el requisito de la veracidad no exige una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino que niega la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio, comportándose de manera negligente o irresponsable transmitiendo como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones. La información rectamente obtenida y difundida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente ¹⁶. Por tanto, esta exigencia se interpreta de forma que no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, entendiéndose como exigencia de buscar la verdad, actuando con una especial diligencia que asegure la seriedad de la información, pues la Constitución no protege este derecho para hacer circular simples rumores o insinuaciones ¹⁷

La Constitución sólo protege aquellas informaciones referentes a hechos de relevancia pública y obtenidas y contrastadas con un mínimo de diligencia, pues la veracidad no es sinónimo de verdad objetiva sino de mínimo cuidado y diligencia en la búsqueda de lo cierto ¹⁸, requisito que ha de cumplirse con especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su contenido, un descrédito de la persona a la que se refiere la información.

La interpretación que se hace del requisito constitucionalmente exigido de la veracidad es

¹⁴ STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 2°.

¹⁵ STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5° y STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 3°

¹⁶ STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5°.

¹⁷ STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 30 y STC 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 3°

¹⁸ STC 22/1995, de 30 de enero, FJ 1° y STC 52/1996, de 26 de marzo, FFJJ 2° y 8°.

la más adecuada a la propia razón de ser de la libre información, pues la identificación de la veracidad con la objetividad o la realidad incontrovertible constreñiría, inevitablemente, el cauce comunicativo, al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados¹⁹. Evidentemente, la trascendencia política y social de la fluidez de las vías de información comporta la cobertura de la comunicación de información diligentemente comprobada, aunque sea potencialmente falsa, y la prohibición del desaliento de la recta actividad informativa, que se puede ver dificultada si el nivel de diligencia exigido se sitúa por encima de la razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados. Así, en el espacio comprendido entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, insinuaciones, invenciones, etc., el requisito se ha precisado en la diligencia razonablemente exigible a un informador²⁰. La determinación de ésta dependerá de las características concretas de la información, el contenido, la vía y quién realiza la información.

I.2°. Libertad de informar y el acceso a los medios

Las libertades de expresión e información corresponden a todos los ciudadanos que actúan protegidos frente a injerencias de los poderes públicos que no estén previstas en la ley. No obstante, el derecho a comunicar libremente información es realizado en la práctica, con mayor frecuencia, por los profesionales de la información sin que de esto derive ningún privilegio²¹, si bien, el valor preferente de la libre información, se maximiza cuando es ejercitada profesionalmente a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa²²

La propia Constitución en el Art. 20 impone un mandato al legislador, que ha de garantizar el acceso a los medios de comunicación de los grupos sociales y políticos más significativos y ha de regular la organización y el control parlamentario de los mismos. La obligación de garantizar la libertad a través del pluralismo político e ideológico en los medios resulta una exigencia imprescindible para la eficacia de los derechos de libertad del Art. 20.

Evidentemente, hay que garantizar el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o públicos a los grupos sociales y políticos significativos, como muestra de respeto del pluralismo de la sociedad y de la diversidad lingüística del Estado español. Aunque el Art. 20. 1°.a) reconoce un derecho de libertad que exige la abstención estatal, es cierto que, en determinados casos, es necesaria la actuación positiva de los poderes públicos para la organización de los medios que sirven de canal de expresión de las ideas y opiniones. El propio párrafo 30 del Art.20 lo contempla expresamente respecto a los medios de comunicación de titularidad pública, por lo que él legislador ha de garantizar el acceso a los mismos con pluralidad²³. A falta de una normativa específica que regule el acceso a los medios hay que estar a lo dispuesto en el Estatuto de la Radio y la Televisión, a la normativa autonómica y a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

¹⁹ STC 143/1991, de 1 de julio, FJ 6°

²⁰ STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3°

²¹ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4°

²² STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10°.

²³ STC 63/1987, de 20 de mayo, FJ 3°

Los criterios que se tienen en cuenta para determinar el acceso, de los grupos sociales y políticos más significativos, a los medios de comunicación, son de carácter objetivo, señalando expresamente el Art. 24 del E.R.TV.; la representación parlamentaria, la implantación sindical, el ámbito territorial de actuación y otros similares. Lo cierto es que resulta llamativo que nada se diga sobre el acceso de las minorías, salvo en alguna norma autonómica preocupada por garantizar el acceso a los grupos políticos, sociales y culturales de menor significación. Por su parte, la Ley Electoral si concreta algo más al establecer en su Art. 60 que la distribución de espacios gratuitos para propaganda electoral se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes.

Así pues, el acceso o utilización de los medios de titularidad pública está al servicio del ejercicio de las libertades de expresión e información de los grupos que son manifestación del pluralismo democrático y cuyo mantenimiento es una obligación para el Estado democrático, que ha de facilitar la realización de los derechos de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran (Art. 9.2º C.E.)²⁴.

I.3º. Libertades instrumentales: derecho a crear medios de comunicación social y sus límites

El mantenimiento de la comunicación pública es presupuesto de una sociedad libre y de la soberanía popular, que exige la garantía de los derechos fundamentales que aseguran la libertad de opinión y de expresión. La existencia de los medios de difusión de las opiniones y de las noticias se prevé en la Constitución como parte del contenido de las libertades de información, aunque nada se dice expresamente sobre el derecho a crear medios de comunicación. Esta ausencia de reconocimiento no fue obstáculo para el Tribunal Constitucional que en STC 12/1982 afirmó que "el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible". Un derecho que "lo mismo considerado en general como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares".

Así, el legislador ha atribuido la consideración de servicios públicos esenciales a la televisión y a la radio como vehículos esenciales de información y participación política de los ciudadanos²⁵.

La voluntad del legislador de que la televisión sea un servicio público se justifica en la función que desempeña en la formación de la opinión pública, en la cooperación con el sistema educativo, en la difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, y en su contribución para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas²⁶. Y es que la

²⁴ El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos no es un derecho constitucional sin más sino que se trata de un derecho fundamental, pues así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en STC 63/1987, 20 de mayo, FJ 6º. "[...] 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 pretendan difundir las propias ideas y opiniones- a la libertad que la Constitución garantiza (Art. 20. 1º.a)".

²⁵ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 4º

²⁶ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 4º y STC 2064990, de 17 de diciembre, FJ 6º.

televisión es un medio de comunicación de masas que puede llegar a los ciudadanos suministrando información plural, por lo que el Estado se encarga de organizar este servicio público en régimen de monopolio.

La preservación del pluralismo es un requisito para la existencia de una comunicación pública libre, por lo que el Estado ha de garantizar el acceso a los medios también en lo que se refiere a la posibilidad de crearlos. Así, el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende el derecho a crear los medios materiales para su difusión, pero no se trata de un derecho primario, directamente garantizado por la Constitución como la libre expresión y la libre información, sino que es un derecho instrumental de estas libertades. Por tanto, le corresponde al legislador la configuración de este derecho a crear los medios de comunicación teniendo en cuenta la libertad, la igualdad y el pluralismo como valores superiores del ordenamiento jurídico²⁷

Partiendo de la configuración de la televisión como servicio público se han establecido límites y restricciones al ejercicio del derecho a crear los soportes o medios para comunicar información, encargándose el legislador de disciplinar los soportes técnicos y los instrumentos de comunicación, para posibilitar el ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad y asegurar el cumplimiento de su función como servicio público.

La exigencia constitucional de ordenación de los medios de comunicación requiere la actuación del legislador para compatibilizar el derecho a crear los soportes de la comunicación con otros bienes y valores constitucionalmente protegidos, siempre que no interfiera en el derecho lesionando su contenido esencial. En este sentido, la radiodifusión y la televisión se someten a una regulación específica que dispone una intervención administrativa, en tanto que el derecho de creación de los medios requiere la autorización administrativa previa²⁸

En este orden de cosas, la televisión privada no está prohibida por la Constitución, pero tampoco impuesta en el Art. 20, por lo que su implantación no es una exigencia constitucional sino que depende de la voluntad política. Así las cosas, el legislador en desarrollo del derecho a comunicar libremente información a través de cualquier medio de difusión regulará la creación de los medios que presenta límites a su ejercicio. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Art. 10.1°, establece que el derecho no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa, y en esta lógica, el Art. 20 no implica, en todo caso, el reconocimiento de un derecho directo a emitir, ni del precepto nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, ni tampoco es constitucionalmente exigible que el único límite sea el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar²⁹.

Los límites que afectan al derecho a crear medios de comunicación derivan de la obligación de no impedir el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad por todos

²⁷ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6° y STC 206/190, de 17 de diciembre, FJ 6°

²⁸ STC 63/1987, de 20 de mayo, FJ 6° y STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 5°

²⁹ STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 5°.

los ciudadanos, por lo que, cuando el medio requiere de bienes con posibilidades limitadas de utilización por su escasez natural o tecnológica, hay que limitar las concesiones. Además de los recursos escasos hay que atender a problemas técnicos como la utilización de bienes públicos y el sometimiento a la normativa de Derecho Internacional que supone la existencia de una reglamentación internacional de las radio comunicaciones y la existencia de acuerdos que regulan la utilización de frecuencias³⁰

La noción de servicio público para la televisión se considera adecuada para ordenar la concurrencia entre las televisiones públicas y las televisiones privadas, de modo que se garantice el derecho fundamental a informar y a recibir información libre y plural. Así pues, la Administración asume el ejercicio del derecho de libre información, pero la ley regula la prestación de este servicio por particulares a través de la gestión indirecta del mismo que se otorga por una concesión administrativa³¹. La configuración legislativa de la televisión como servicio público pretende garantizar determinados derechos fundamentales de la sociedad en términos de igualdad y efectividad³².

El derecho a crear medios de comunicación ha ido evolucionando, lo que permite distinguir varias etapas, que aún no se han cerrado, a lo largo de esta trayectoria.

Una primera etapa comprende desde 1982 a 1988 y se caracteriza por el monopolio de la televisión pública. El Tribunal Constitucional reconoce el derecho a crear medios de comunicación como parte del contenido del Art. 20. 1º, pero puntualizando que no es un derecho ilimitado. A diferencia de la creación de medios impresos, que apenas presenta limitaciones, los medios audiovisuales, y especialmente la televisión, se encuentran sometidos a limitaciones más estrictas, derivadas de razones técnicas y económicas, así como de las obligaciones internacionales del Estado. Estas mismas limitaciones son las que justificaron la prestación directa y exclusiva por el Estado de la actividad televisiva para garantizar el acceso de todos a la información y evitar prácticas que hicieran peligrar la garantía del pluralismo, necesario para el mantenimiento de la opinión pública. Como la Constitución nada dice al respecto, será al legislador a quien corresponda optar por el sistema de televisión³³. Así pues, la implantación de la televisión privada no es una exigencia constitucional sino una decisión política y se justifica el monopolio estatal de la televisión, por lo que la gestión directa y en régimen de monopolio excluye la existencia de la televisión privada. Y es que la configuración del derecho a crear los medios de información como derecho instrumental otorga una mayor capacidad de intervención al legislador, que podrá establecer una regulación legal detallada para posibilitar un ejercicio en condiciones de igualdad, lo que se evidencia en el límite que supone para este derecho el otorgamiento de frecuencias del dominio público radioeléctrico.

La segunda etapa comprende desde 1988 hasta 1994 año en que se rompe el monopolio de la televisión pública con la aprobación de la Ley de Televisión Privada de 1988 que autoriza, la gestión indirecta del servicio público de televisión por ondas hertzianas, a tres cadenas

³⁰ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º y STC 79/1982, de 20 de diciembre, FJ 3º

³¹ STC 127/1994, del de mayo, FJ 6º C y D.

³² STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6º

³³ STC 12/1982, de 31 de marzo.

nacionales. La Ley de Televisión Privada pone de manifiesto la fuerte intervención pública en la televisión privada de ámbito estatal, pues el Gobierno se encarga de aprobar el Plan Técnico Nacional de la Televisión, la convocatoria y resolución del concurso público, las concesiones por plazo de diez años que se podrán renovar, la transmisión, disposición o gravamen de acciones y la emisión de obligaciones o títulos por las sociedades concesionarias requieren de autorización administrativa del Ministerio competente.

En 1992 se promulga la Ley 35/1992 de Televisión por Satélite que contempla el otorgamiento de concesiones para emitir por el satélite Hispasat, que fueron otorgadas a las mismas cadenas que ya emitían por ondas herzianas terrestres³⁴

Una tercera fase se abre en el año 1994, cuando la televisión por cable y la televisión local por ondas de carácter privado carecían de regulación y constituían actividades prohibidas, favoreciendo de este modo a las cadenas de televisión por ondas hertzianas³⁵.

Hay que destacar que la jurisprudencia ha ido evolucionando a la vez que las condiciones que justificaron las limitaciones del derecho han cambiado o desaparecido, por lo que el derecho a crear los medios se ve ampliado en sus posibilidades de ejercicio. Así, se reconoce que determinados soportes técnicos se encuentran más íntimamente ligados al ejercicio de otros derechos consagrados en el Art. 20. El video comunitario o la televisión por cable no pueden estar supeditados para su existencia a *la publicatio* que justifica la limitación del derecho, por lo que la ausencia de respuesta legislativa no es razón para impedir su ejercicio. En caso contrario, nos encontraríamos con una supresión de la libertad de comunicación injustificada, porque el soporte técnico utilizado -el cable- no es limitado y no supone un riesgo para el ejercicio del derecho por otros ciudadanos, su ámbito local no incide en las obligaciones internacionales del Estado y el coste económico de las instalaciones está rebajado³⁶.

El Tribunal Constitucional diferencia ambos tipos de televisión atendiendo a la utilización del dominio público. Así, entiende que es legal la televisión local por cable, que requiere un soporte simple y no necesita utilizar el espacio radioeléctrico, a la espera de la actuación legislativa, mientras que la televisión local por ondas, aun cuando se emite igual que la televisión por cable sin la preceptiva concesión, que es imposible conseguir por falta de legislación, no es legal por razones de limitaciones técnicas³⁷

Así pues, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ ESTEBAN, del análisis de la jurisprudencia constitucional se concluye que el Tribunal Constitucional ha sentado dos líneas jurisprudenciales. La que se refiere a la televisión por ondas hertzianas que se inicia con la STC 12/1982, caso Antena 3, en la que se declara la constitucionalidad de la declaración de la televisión como servicio público de carácter estatal y que la utilización del

³⁴ Sobre la televisión en España en 1994, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J: "Ordenación Jurídica de la Televisión en España", Cuadernos de la Cátedra Fadrique Fund Ceriol, Núm.5, 1993, Pág.31.

³⁵ Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres y Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable.

³⁶ STC 181/1990, de 15 de noviembre.

³⁷ STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 70; STC 88/1995, de 6 de junio, no aplica a la televisión local por ondas lo establecido para la televisión por cable, estableciendo dos líneas jurisprudenciales diferenciadas dependiendo del procedimiento de difusión.

dominio público radioeléctrico justifica la intervención estatal a través del reparto de las frecuencias que, en ningún caso, es un derecho. La otra línea sentada es la referida a la televisión por cable, sosteniéndose que en caso de ausencia de regulación, no se puede impedir el ejercicio del derecho que no agota un bien que es de todos. Por tanto, el derecho a comunicar por cable lo sitúa en el ámbito de los derechos individuales que no requieren de la participación del Estado y que implica la inconstitucionalidad de toda actuación tendente a dificultar su ejercicio³⁸

En 1995 se aprobó la Ley de Telecomunicaciones por satélite introduciendo la liberalización de todos los servicios que utilicen satélite de telecomunicaciones, siguiendo la Directiva 94/46/CE que impone esta obligación exceptuando la telefonía básica, la radiodifusión sonora y la televisión por ondas hertzianas.

Ya no estamos ante servicios públicos, por lo que se sitúan en la esfera de la iniciativa privada en el marco de la libertad de empresa, que, como derecho fundamental se reconoce en el Art. 38 de la Constitución. La prestación de servicios sólo necesita autorización administrativa y no una concesión, si bien quiénes hayan sido autorizados han de abonar un canon por utilización del dominio público radioeléctrico.

La televisión digital supone la revolución de todo concepto de televisión hasta ahora conocido. Así la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y por la que se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, establece la inscripción obligatoria de los operadores en un Registro creado por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y el otorgamiento de la correspondiente autorización, con la finalidad de evitar monopolios y garantizar la libertad de recibir información de los ciudadanos.

La Ley 17/1997 que transpone la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo refleja la voluntad de abrir la televisión digital al mayor número de espectadores y establece la obligación de incluir un algoritmo común europeo de codificación en los equipos destinados al público para garantizar que el sistema de descodificación no sea un obstáculo de acceso para nuevos operadores. Lo que sucede es que la ley española acaba lesionando derechos garantizados por la Constitución. Así las cosas, cuando entra en vigor la ley, el operador existente -Canal Satélite Digital- sólo encontrará problemas frente a una serie de medidas que buscan favorecer a un segundo operador -Vía Digital- impulsado por el propio Gobierno. En este orden de cosas, sucedió que la Ley fue recurrida a través de una doble vía, a través de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y, además, Canal Satélite Digital presentó denuncia ante la Comisión Europea por entender que dicha Ley viola el Derecho Comunitario.

IV. MEDIOS PRIVADOS: EMPRESAS DE TENDENCIA IDEOLÓGICA

Los medios de comunicación son garantía de la opinión pública libre y tienen también una vertiente de empresas informativas. Y es que son empresas, pero su función es la información que ha de respetar los principios y condiciones que establece la Constitución, pluralismo

³⁸ FERNÁNDEZ ESTEBAN, Ma. L: Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales, McGrawHill, Madrid, 1998, Pág.55 y 55.

democrático, y estarán sometidos al control democrático.

LLAMAZARES entiende que los medios de comunicación son empresas informativas porque son organizaciones cuya actividad principal consiste en la búsqueda e investigación de hechos noticiables, así como en la elaboración y difusión de noticias y opiniones. Dentro de esta definición global, especifica aquellas empresas que desarrollan una actividad declarada como servicio público esencial cuya titularidad es del Estado, si bien pueden estar gestionadas por personas privadas y que son aquéllas que integran el sector audiovisual: radio y televisión³⁹.

Al estudiar la actividad informativa en los medios de comunicación hay que analizar dos aspectos. Uno de ellos será su carácter de empresas de tendencia y otro la garantía del pluralismo tanto externo como interno.

Los medios de comunicación como empresas de tendencia observan determinados principios ideológicos en el desempeño de su actividad. CALVO GALLEGO explica aquellos elementos que caracterizan a este tipo de empresas, y así señala que estas empresas son consecuencia directa del reconocimiento del pluralismo en la Constitución. Son una vía o instrumento de expresión y, por tanto, de realización de derechos fundamentales y se dedican a difundir una ideología⁴⁰.

Los principios ideológicos se plasman en la línea editorial, sobre la que no hay previsión expresa, pues ni la Constitución ni la legislación se pronuncian sobre la facultad del empresario de establecer un ideario en la empresa informativa. Aún así, lo lógico es entender que esta facultad forma parte de la libertad de información. Además, como se verá, cuando la Constitución prevé la cláusula de conciencia periodística parece asumir la posible colisión entre derechos del informador y la línea u orientación ideológica que ha de plasmarse en las publicaciones o emisiones que realiza el medio de comunicación.

La línea editorial orientación ideológica del tratamiento de la información- ha de darse a conocer como garantía de la opinión pública libre, pues los consumidores de noticias, que recibimos la información y somos opinión pública, tenemos derecho a saber desde que orientación se nos proporciona la información. Más aún en el caso del profesional, que ha de saber cuáles son los principios o pautas que tiene que respetar en el desarrollo de su actividad laboral, unos principios que no vienen exigidos en su constancia expresa, pero que, en todo caso, la práctica pone siempre de manifiesto.

La opinión pública sólo será libre y plural cuando tiene la posibilidad de contrastar informaciones diferentes que le permitirán obtener una conclusión y formar una opinión personal. Así pues, hay que garantizar la existencia de distintas líneas editoriales. Sobre el pluralismo en los medios de comunicación se comprueba una carencia de delimitación del concepto y la escasez de referencias legislativas al respecto. Son escasas las previsiones legales y las existentes inducen en no pocas ocasiones a la confusión por su falta de precisión conceptual. El pluralismo informativo se menciona expresamente en el Preámbulo de la Ley

³⁹ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. C.: Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrática, Cívitas, Madrid, 1999, Pág.139.

⁴⁰ CALVO GALLEGO, F.J.: Contratos de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y Organizaciones de tendencia, C.E.S., Madrid, 1995, pp.71-75.

de la Televisión Privada⁴¹, pues ninguna otra norma estatal utiliza el mismo término⁴².

El pluralismo informativo se exige tanto hacia fuera como hacia dentro de los propios medios. En este orden de cosas, el pluralismo externo supone la existencia de diversos medios en el ámbito de la información o, lo que es lo mismo, la concurrencia de distintas líneas editoriales o tendencias ideológicas. La garantía del pluralismo ideológico, que exige la concurrencia de diversos medios de comunicación, ha motivado un régimen de concurrencia de medios públicos y medios privados, cuya titularidad sigue siendo pública, pero que se gestionan privadamente.

Así pues, se podría concluir que el pluralismo queda garantizado con una oferta plural, es decir, con una diversidad de medios de comunicación, fruto del ejercicio de la libertad de empresa y de las libertades de información que ofrecen como resultado un mercado ideológicamente definido. Así, la oferta diversificada satisfaría las exigencias de pluralidad, al permitir al consumidor de información, ya sea lector, espectador u oyente, elegir entre las diversas fuentes de información, pero cabe cuestionarse si realmente existen diversas fuentes informativas. Las nuevas tecnologías han de tenerse en cuenta en esta diversidad de fuentes de información, pero el acceso a las mismas no es universal sino que podríamos decir que es elitista. Así pues, la prensa, la radio y la televisión, siguen siendo las fuentes informativas básicas a las que acude la gran mayoría del público⁴³

Ahora bien, sucede que la diversidad de medios, con diferentes opciones ideológicas, no garantiza por sí sola el pluralismo que exige la Constitución, como garantía del mantenimiento de la opinión pública libre, porque los elementos de carácter económico y técnico condicionan la creación de los medios, conducen a la concentración de la propiedad de los medios en pocas manos y, consiguientemente, a una reducción del pluralismo. Así pues, se requiere el pluralismo interno en los propios medios como garantía de que en ellos se puede ejercer la libre información. Libre información de los periodistas como profesionales que proyectan su ideología en el ejercicio de su función, libre información del público y, por supuesto, la libertad del propio medio informativo. Y todo ello, aún cuando no hablemos de empresas informativas independientes y sí de empresas de tendencia cuyo objetivo no sólo es el beneficio de carácter económico, como en cualquier empresa, sino objetivos que se sustentan en la difusión de información. La sociedad puede creer, engañosamente, que la diversidad de medios es sinónimo de pluralismo, pero lo cierto es que las cosas no son así.

La garantía del pluralismo interno resulta harto complicada sobre todo si pensamos que los medios privados son empresas cuyos propietarios pueden dirigirlas y organizarlas en libertad,

⁴¹ Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (LTP).

⁴² El Art. 4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, habla de pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico; el Art. 9 de la Ley de la Televisión Privada, enuncia dentro de los criterios a tener en cuenta en la adjudicación de concesiones, la necesidad de garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de los agentes informativos y la capacidad del solicitante para satisfacer los plurales intereses del público. En el Art. 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) se establece que el respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa, conformarán la acción informativa de los medios de comunicación de titularidad pública durante el periodo electoral. Este principio de respeto del pluralismo se extiende a todos los medios de comunicación según disponen las normas reguladoras de la emisión de publicidad.

⁴³ La televisión destaca muy por encima de los demás, es el medio que nos tiene atrapados a través del entretenimiento y de la imagen que no requiere de grandes esfuerzos y a la que cualquiera accede sin necesidad de saber leer y escribir. Ver SARTORI, G.: Homo Videns. La sociedad teledirigida, Taurus, Madrid, 1993.

pero no son empresas como otras cualquiera, lo que condiciona su actividad informativa en lo que se refiere al establecimiento del ideario del medio. La garantía del pluralismo se puede exigir a través del control previo en la creación de los medios. Esto es, las condiciones y límites que modulan la libertad de creación y el ejercicio de la libre información de las empresas nos se justifican en la preservación del principio democrático del pluralismo. Así, teniendo en cuenta las dificultades para crear medios audiovisuales, hay que adoptar decisiones que velen por la máxima pluralidad, porque si no se controla la concesión de las autorizaciones para emitir puede suceder que una confesión religiosa, una empresa o un partido político ostenten la titularidad de un medio de comunicación en el que proyectar su ideario.

Cuando se estudia la pluralidad de los medios hay que detenerse en el derecho a su creación, diferenciando la creación libre, como es el caso de las empresas periodísticas, de la creación restringida que afecta al sector de la radiodifusión, excluyendo la televisión por satélite. Se trata de una creación restringida porque la radio y la televisión son un servicio público de titularidad estatal, si bien es posible la gestión privada a través de concesiones administrativas que limitan la creación de medios. Esta naturaleza de servicio público se fundamenta en la garantía institucional, como señala la Exposición de Motivos del Estatuto de Radio Televisión, por ser vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos y de formación de la opinión pública. En el mismo sentido, el Preámbulo de la Ley 10/1988 de Televisión Privada, que señala que la finalidad de la televisión como servicio público ha de ser, ante todo, la de satisfacer el interés de los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, a la formación de la opinión pública libre y a la extensión de la cultura. Ahora bien, la configuración de la televisión como servicio público no es una obligación jurídica sino una decisión política plasmada por el legislador⁴⁴.

El pluralismo interno se presupone en la televisión pública, pero no cuando la televisión está gestionada por sujetos privados, por lo que, en todo caso, y por si aquél falta, ha de garantizarse la diversidad de medios. Por eso, el régimen de concesiones, tal como queda señalado, trata de garantizar cierto control sobre el pluralismo externo para evitar la creación de oligopolios informativos una vez desterrado el monopolio público⁴⁵.

El régimen de concesiones administrativas queda justificado en la necesidad de asegurar el pluralismo externo que, tal como declara el Tribunal Constitucional, obliga a ~'[...] impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social no menos odioso, desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado, en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes

⁴⁴ SSTC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 40; 74/1982, de 7 de diciembre, FJ 3º; 106/1986, de 24 de julio, FJ 3º; 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 60119/1991, de 3 de junio, FJ 5º; 189/1991, de 3 de octubre, FJ 3º; 31/1994, de 31 de enero, FJ 5º; 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6º.

⁴⁵ Una noticia de alcance se hacía pública el 8 de mayo mientras se estaba elaborando este trabajo, el acuerdo de fusión al que llegaban los dos servidores españoles de televisión digital, que van a controlar en régimen de monopolio a 3 millones de abonados españoles. Así pues, los presidentes de los grupos Prisa y Telefónica alcanzaron un acuerdo por el que se integran las compañías Vía Digital y Sogecable para crear una plataforma única de televisión digital vía satélite que responda a la demanda del mercado. Este pacto ha estado presidido por lo que se ha dado en llamar "guerra mediática" y que generó un fuerte conflicto empresarial y con alcance político que llegó a los tribunales. En cualquier caso, este acuerdo queda supeditado a la ratificación de los respectivos consejos de administración y a la preceptiva autorización del Gobierno a través de las autoridades competentes.

económicos"⁴⁶

La protección que la Constitución otorga a los medios de comunicación se justifica en que éstos garantizan la formación democrática de la sociedad, constituyendo ésta una función institucional de la máxima importancia como vehículos de realización de las libertades de información. Y esta obligación establecida en la propia Constitución es exigible tanto de los medios públicos como de los medios privados, pues la radiotelevisión se configuró por el legislador como un servicio público.

Las palabras del Tribunal Constitucional son muy claras al respecto cuando afirma que los valores superiores de libertad, igualdad y pluralismo, deben ser respetados en la organización jurídica de los medios de comunicación, tanto en las relaciones de conjunto como cuando se organiza cada uno de los medios "ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como al ponerle obstáculos desde los medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo"⁴⁷

III.1°. Derechos en juego

Los medios privados son fruto del ejercicio del derecho a la libre información a través de cualquier medio de difusión y, por tanto, ejercicio igualmente de la libertad de empresa que, como derecho fundamental, sólo podrá ser regulada por ley que respete en todo caso su contenido esencial.

Los trabajadores del medio, como individuos que son, gozan de la titularidad del conjunto de derechos y libertades que reconoce y garantiza el texto constitucional, una serie de derechos que, en gran número, serán ejercidos dentro del ámbito laboral. Así, se plantea la cuestión siempre espinosa de la eficacia de los derechos en las relaciones privadas, antes impensable, que responde a la creciente presencia de los mismos en todo tipo de relaciones jurídicas, aún cuando el Estado no sea parte, y, más aún, cuando algunos de estos derechos tienen su campo de realización en el ámbito civil, laboral o mercantil. Y se puede ir más lejos, pues mayor es la incidencia cuanto mayor es el poder que ejercen los sujetos privados, por lo que los conflictos aumentan con la industrialización y la economía de mercado, que nos presentan con todo su potencial al Poder Económico. En otras palabras, el poder empresarial sitúa al empresario o al medio empleador en una situación de superioridad sobre sus trabajadores. Por tanto, proteger los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, no supone sólo garantizarlos frente al poder político sino frente a todo tipo de amenazas o de agresiones que, cada vez más, tienen su origen en actuaciones privadas o, incluso, en actuaciones cuyo origen, público o privado, es de difícil determinación.

El carácter de norma suprema de la Constitución vincula a los poderes públicos y a los

⁴⁶ STC 1274994, de 5 de mayo, FJ 6°.

⁴⁷ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6°.

particulares sometidos a todos sus preceptos y de forma especial, directa e inmediata, a los derechos fundamentales que se proyectan en todas las relaciones jurídicas sin que las de naturaleza laboral sean una excepción. Y es aquí donde la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar "singularmente apremiante" por "la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales" que aumentan "el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador"⁴⁸.

Los derechos fundamentales son manifestación de los valores superiores de la igualdad, libertad y pluralismo que posibilitan la participación de los ciudadanos en aras de su plena realización como personas y como ciudadanos. El mundo laboral no puede permanecer ajeno a esta realidad y, por tanto, la empresa no puede ser sólo origen de restricciones para los derechos individuales y de participación de sus trabajadores, sino, también, "un ámbito potencial de plena realización en determinados aspectos de los mismos"⁴⁹. Así las cosas, en el ámbito laboral no sólo se ha de proteger o garantizar la realización efectiva de los derechos y libertades sino que se ha de procurar que las condiciones favorezcan su ejercicio pleno, sin dificultar, más allá de lo que resulte justificado en respuesta a la limitación recíproca de intereses, su ejercicio constitucionalmente protegido.

Los derechos fundamentales son elementos estructurales de un marco común para los trabajadores privados o públicos que tiene que ser respetado, e incluso favorecido, por el empresario privado o público. Ahora bien, lo cierto es que no son los derechos laborales de los trabajadores los más afectados por el vínculo contractual, pues son los derechos fundamentales, individuales o de participación, los que entran con más frecuencia en colisión con los derechos del empresario o con obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Particularmente, las libertades de expresión de los trabajadores que cumplen una función reivindicativa o de crítica o denuncia, disfrutan de una posición más débil cuando se ejercen frente al empresario decayendo más cuando éste es privado que cuando es la Administración.

Los derechos fundamentales como derechos de los trabajadores no específicamente laborales, actúan como eje vertebrador de las relaciones jurídicas, siendo constatable en la jurisprudencia constitucional su función ordenadora de los poderes del empresario y de las obligaciones laborales, limitando situaciones subjetivas de poder o de deber a favor de determinados bienes constitucionalmente protegidos, amenazados frecuentemente desde el Poder. Es significativo, en este sentido, el papel de los medios de comunicación como elementos influyentes en la vida política, económica y social, tanto de los medios públicos como de los privados, pues la distinción entre unos y otros se va diluyendo en el panorama mediático actual. El pluralismo democrático está ausente, pues la diversidad no es garantía de pluralismo ideológico, secuestrado por los sujetos del poder.

En una relación jurídica laboral, por un lado, está el empresario que contrata y que ejerce diversos derechos fundamentales, pues, a través de su libertad de expresión e información y de su libertad de empresa, tiene la posibilidad de crear un medio de comunicación. El resultado no es otro que la creación de una empresa que se dedica a la actividad de informar y que lo hace desde una orientación ideológica fruto de las libertades y de la pluralidad. En esa

⁴⁸ STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º

⁴⁹ DEL REY GUANTER, 5.: "Derechos Fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", Relaciones Laborales, La Ley, 1995, Pág. 202.

empresa se contratan periodistas que trabajan para el medio con el que establecen un vínculo jurídico, a través de la firma de un contrato de trabajo, por lo que ambas partes quedan obligadas, voluntaria y recíprocamente, al cumplimiento de un conjunto de obligaciones y derechos a través de cuya realización se ha de procurar la articulación de una serie de intereses en juego, pues las partes no pueden hacer valer sin más sus derechos a costa de los derechos de los demás.

Por tanto, la autonomía privada del empresario empleador le faculta para organizar y dirigir su empresa conforme a su libre voluntad, pero ha de respetar los derechos de los trabajadores que, en algún modo, condicionan su libertad empresarial. Del mismo modo, la celebración del contrato de trabajo no priva de sus derechos al trabajador, pero sí que los modula o relativiza en su ejercicio en virtud de las obligaciones contractuales asumidas libremente, que le impiden atentar contra los derechos e intereses del empleador. El vínculo contractual genera las limitaciones, que no privaciones, de los derechos, por lo que resulta importante determinar hasta dónde legitima este contrato la intervención restrictiva en los derechos que, por ser fundamentales, gozan de la máxima protección constitucional, incluso por encima de la que la Constitución depara a los derechos netamente empresariales del Art. 38⁵⁰.

En definitiva, se impone, la obligación de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe. Esta es una necesidad derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos⁵¹. Las especialidades o modulaciones de las libertades de expresión de los trabajadores enmarcan el ejercicio de los derechos en el marco laboral que se traducen en la obligación de no causar perjuicio a la empresa "poniendo en peligro su estabilidad para el futuro".

En las empresas de tendencia el recorte de derechos puede ser mayor, pues existe un mayor compromiso ideológico que condiciona el ejercicio de la libertad de información periodística en cuanto que la línea o tendencia ideológica del medio perfila los márgenes en los que ha de desarrollarse su labor profesional. Los medios de comunicación privados son empresas ideológicas o empresas de tendencia porque la libertad de empresa se une a la libertad de información, dando como resultado la creación de un medio de comunicación a través del cual se ejerce la libertad informativa que proyecta la libertad y el pluralismo que proclama el texto constitucional como valores superiores del ordenamiento⁵².

Cuando se habla de empresas de tendencia estamos ante empresas en las que su objeto o actividad comercial es la difusión de una determinada ideología u opción política, de forma

⁵⁰ STC 126/1990, de 15 de julio, FJ 4º: "[...] en lo que concierne a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los trabajadores como ciudadanos, ni las organizaciones empresariales son mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa legitima que los trabajadores hayan de soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional (STC 88/85). Ello significa, claro es, que la invocación de los derechos fundamentales y las libertades públicas puede servir para justificar la imposición de modificaciones de la relación contractual (STC 19/85), la ruptura del marco normativo y contractual de la misma (STC 6/88) o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador (STC 129/85)".

⁵¹ STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2º.

⁵² Sobre las empresas informativas o medios de comunicación, LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. C.: Las libertades de expresión e información... Op. Cit.

más o menos directa. Por tanto, la orientación ideológica ordena toda actividad que en esa empresa se desarrolle porque ésta se dirige a su divulgación o asentamiento en la opinión pública. Lógicamente, los trabajadores se comprometen a través del vínculo laboral con la empresa y con su tendencia, sobre todo aquellos trabajadores que asumen como objeto específico de su actividad laboral la difusión de la ideología, por lo que, en estos casos, la adhesión es imprescindible. En otros casos, los trabajadores, por la actividad que desempeñan, no vienen obligados a una adhesión ideológica, porque su trabajo no la exige, sino, simplemente, a mostrarse respetuosos con la empresa y su opción ideológica, lo que supone la obligación de no perjudicarla.

Así las cosas, el principio o norma general será exigir a los empleados o trabajadores cierta uniformidad ideológica que les impida criticar públicamente la orientación ideológica de la empresa, pues el vínculo contractual les obliga a actuar de buena fe y a no causar daño o perjuicio con sus declaraciones o comportamientos. De este modo, resulta lógico que aquél que trabaja para una empresa o grupo de tendencia, cuando acepta el contrato de trabajo, firma y acepta determinadas condiciones que determinan el ejercicio de su labor profesional, asume determinadas obligaciones que pueden restringir el ejercicio de sus libertades de expresión e información, que han de orientarse en la dirección ideológica marcada des e a organización de la empresa. Pues, el trabajador asume voluntariamente posibles limitaciones de sus derechos, quedando obligado a actuar de forma que no resulten dañados los intereses empresariales⁵³.

La línea editorial es un derecho del propietario del medio y los propios Estatutos de Redacción, pactados por las partes, reconocen las competencias del Director, nombrado por el propietario, para establecerla. En este orden de cosas, el Director es el responsable del contenido de las informaciones publicadas o difundidas en el medio, por lo que está en su derecho de ejercer el veto sobre el contenido de todos los originales del periódico sin que sea equiparable con la censura previa prohibida en el Art. 20.2º de la Constitución. Además, los editores, encargados de designar al director, y los directores tienen el deber de analizar el texto y los contenidos antes de su difusión para comprobar si exceden los límites de las libertades de expresión e información, en orden a respetar los derechos de los demás, fundamento del orden político y social⁵⁴.

Así pues, no sólo existe el derecho de revisar los contenidos de las informaciones, sino que constituye a su vez un deber de los responsables del medio a los que se les podrá reclamar la reparación de los daños causados por publicaciones de informaciones fruto de un ejercicio incorrecto de las libertades del Art. 20 de la Constitución.

La posibilidad de rechazar artículos que se consideran contrarios a la línea editorial y, por tanto, perjudiciales para el objeto de la actividad empresarial, así como la posibilidad de modificar algún contenido informativo, obligan a mantener informados a los periodistas sobre la línea o criterios ideológicos que se aplican y a contar, en todo caso, con el consentimiento del autor para publicar una información por él firmada que se ha modificado. En este supuesto, el autor puede ejercer el derecho específico que la Constitución reconoce a los profesionales de la información: la cláusula de conciencia periodística.

⁵³ SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 70; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2º.

⁵⁴ 55 STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 5º y STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 6º.

Si los derechos no son absolutos o ilimitados, la dirección del medio tampoco podrá actuar de forma que se desconozcan los derechos de los informadores, por lo que se intentarán armonizar o equilibrar, en la medida de lo posible, los derechos e intereses enfrentados, es decir, la línea editorial por un lado y la libertad de expresión e información del periodista por otro, habida cuenta, además, que la información es una creación intelectual y no una mera mercancía, y que, en todo caso, “el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, por lo que podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo”⁵⁵.

El establecimiento de una línea editorial como ideología del medio, pone encima de la mesa, la obligación de garantizar el pluralismo democrático en los medios de comunicación. Sobre este extremo existen diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pero lo cierto es que el gran problema del mantenimiento de la libertad interna de prensa es objeto de la inhibición del Tribunal, que no ha entrado a analizar de forma clara el problema del ejercicio de las libertades de información dentro de los medios privados como empresas ideológicas o de tendencia. Si es cierto que desde un primer momento en su jurisprudencia ha declarado que “los medios de comunicación tienen que preservar el pluralismo”, lo que evidencia un pronunciamiento claramente favorable a la libertad interna en el medio.

Así pues, la convivencia plural y democrática en la empresa de información obliga a encontrar el modo en que la libertad del periodista se pueda ejercer sin dañar los intereses de quienes invierten su capital creando un medio de comunicación que es resultado del ejercicio de varios derechos fundamentales, siendo uno de ellos la libertad de información. La libertad de crear el medio le otorga el derecho a establecer una orientación ideológica o tendencia, elegida libremente, como criterio para organizar la empresa, atendiendo a la máxima productividad que le depara el número de lectores y la publicidad contratada. Por tanto, en cuanto empresa que es, las decisiones empresariales determinan las actuaciones de los trabajadores que, en cuanto al tratamiento de los contenidos, no gozarán de una plena libertad de información, pues éste viene determinado por la orientación del medio, que el periodista conoce y acepta con la firma del contrato, pero esta obligación no impone una adhesión ni tampoco hacer apología ideológica.

III.2°. La solución del conflicto en garantía de las libertades

Las dificultades de proteger los derechos de los profesionales de la información se comprueban en la práctica cuando entran en conflicto con los derechos del empresario que, a través de su director o editor, puede reaccionar contra el periodista que le causa perjuicio, despidiéndole o no publicando su información. La Constitución ofrece a los periodistas, que entiendan violada su libertad de información, como garantía de la misma, la cláusula de conciencia del Art. 20.1.d) que sólo se reconoce para los trabajadores de los medios de comunicación y no a otros trabajadores.

La razón no es otra que la cláusula de conciencia periodística no protege exclusivamente la libertad de conciencia individual (Art. 16.10 C.E.) que puede entrar en colisión con los principios de organización de la empresa, sino que también es garantía de las libertades de información del Art. 20 que cumplen una función social fundamental y que, como es sabido, alcanzan su nivel más alto de protección cuando son ejercitadas por los profesionales de la

⁵⁵ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6°.

información. Es evidente que la libertad ideológica del periodista fomenta el pluralismo interno de los medios, al hacer posible que convivan diferentes opciones ideológicas en el tratamiento de las informaciones y, asimismo, el pluralismo externo o diversidad de medios. La cláusula de conciencia periodística como derecho de los profesionales de la información se ejerce en el marco de un contrato de trabajo y, por consiguiente, modaliza el principio de autonomía de la voluntad del empresario al ejercerse frente a la empresa.

El reconocimiento constitucional de la cláusula de conciencia periodística y su desarrollo tardío, en la Ley de 1997, implica el reconocimiento del conflicto entre los derechos de libre información de las partes implicadas. Así pues, la característica que mejor define este derecho de los periodistas es su naturaleza de derecho esencialmente conflictivo, pues para que se ejercite es necesario un conflicto entre las libertades del profesional y los derechos de propiedad privada, libertad de dirección y organización empresarial del medio informativo fruto del ejercicio de la libertad de información. La cláusula de conciencia es un derecho instrumental al servicio de las libertades del Art. 20 que despliega toda su eficacia dentro de la empresa, pues no se sostiene su ejercicio frente a los poderes públicos al afectar directamente a las relaciones de los informadores con sus empleadores y al suponer la defensa del ejercicio de la libertad de información del periodista frente al empresario que no entiende que sea un ejercicio correcto. En este sentido, "los mecanismos protectores de los periodistas operan en el campo del Derecho Laboral en todo lo que se refiere a la cláusula de conciencia [...] Los supuestos en los que resulta razonable esgrimir la cláusula de conciencia son difíciles de determinar. Y tampoco existe consenso alguno sobre el código deontológico respecto al cual la cláusula de conciencia se convierte en operativa"⁵⁶.

La propia razón de ser del derecho del Art. 20.1^o.d) nos induce a pensar que la cláusula de conciencia adquiere pleno sentido en los supuestos en los que el trabajo periodístico se desarrolla en un medio privado que no sea una empresa de tendencia cuando el periodista se ve obligado desde la dirección a enfocar su trabajo hacia una ideología concreta. En estos supuestos, el periodista puede manifestar su negativa frente a la empresa alegando motivos de conciencia. Del mismo modo, aquellos profesionales que trabajan en una empresa de tendencia pueden ejercer dicha cláusula cuando se produzca un giro ideológico que se aleja de la orientación aceptada en el contrato, al considerarlo incompatible con su conciencia. Evidentemente, el desagrado del periodista a causa del cambio ideológico no constituye suficiente motivo para ejercitar la cláusula, pues mantenemos que la adhesión a la ideología no es obligada y se necesita que ese cambio en la tendencia suponga una lesión para la libertad de información.

La falta de nitidez en la configuración de la cláusula de conciencia periodística se presta a dificultar la determinación de los supuestos en los que resulta aplicable, pues al ser un instrumento en manos del periodista éste puede utilizarla cuando, aún no habiéndose producido cambio alguno en la orientación del medio para el que trabaja, su evolución personal le origina discrepancias o desacuerdo con la línea editorial que tiene que seguir en el desarrollo de su trabajo.

En el ámbito de los medios de comunicación públicos es donde no se produce duda alguna, pues, lógicamente, en ellos la cláusula no se puede ejercitar. La información como objeto empresarial es diferente en los medios públicos y en los privados, pues en los primeros la neutralidad e imparcialidad es el principio que rige la actividad informativa a diferencia de

⁵⁶ PRADERA, J.: "La extraña pareja. Notas para un debate sobre la cláusula de conciencia y el secreto profesional", La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1994, pp.24-25.

lo que ocurre en los medios privados en los que la información es un producto del mercado que se vende con unas determinadas características ideológicas que demandan los consumidores de esa información. Y es que "el medio privado -por definición- es una empresa de tendencia, es una empresa que es conservadora, progresista o religiosamente significada; naturalmente, si cambia esa dirección, la posición del periodista tiene que tener alguna salida [...] en cambio, en los medios públicos [...] en teoría, la posición debería ser de neutralidad [...] justamente por definición en lo público [...]no puede darse porque por definición no debe ser una empresa de tendencia; debe ser neutral"⁵⁷.

Es posible darle la vuelta a la cuestión y preguntarse si una empresa puede despedir al periodista que se separa de la línea editorial establecida en el medio, pues, evidentemente, la empresa no puede acogerse a la libertad de conciencia, pero si al derecho a crear el medio dotándolo de una línea editorial determinada. La lógica parece responder que el empresario contrata con el criterio ideológico como elemento del contrato y, por tanto, el periodista que incumple sus obligaciones libremente aceptadas con la firma del contrato podrá ser despedido sin violación alguna de sus derechos.

Ante la constatación de las dificultades que plantea la solución de estos conflictos parece que sería aconsejable, para rebajar el grado de conflictividad, que se realice un claro reparto de atribuciones, estableciendo las funciones que corresponden a cada cual dentro de la empresa. El dueño del medio, al ejercer su libertad de empresa como soporte de su libertad de información, habrá de fijar el objeto empresarial constituido por los objetivos que se persiguen a través del trabajo diario. En este orden de cosas, el propietario de la empresa informativa podrá dar órdenes sobre las directrices a seguir, si bien parece más aconsejable que se adopten acuerdos en las reuniones celebradas con los redactores de las noticias quienes, en cuanto responsables últimos de la información, se encargarán de los aspectos más concretos de ésta, ya que las pautas generales o los principios ideológicos están reservados al propietario del medio.

Obviamente, la posibilidad de que los periodistas participen en la toma de decisiones que afectan a la marcha de la empresa informativa, parece un buen camino a seguir para la correcta articulación de los intereses de las partes implicadas. Así, el Consejo de Europa en un Informe de 1980 recomendó que las partes negocien en el seno de cada empresa informativa para adoptar acuerdos, siendo aconsejable que una Ley entre a regular las libertades de información en las empresas de tendencia. Los puntos en los que sería deseable que se produjera un acuerdo entre las partes son los relativos a la elaboración de un reglamento interno, la designación y cese del director del medio, la designación del redactor jefe, las competencias de los redactores, el presupuesto e, incluso, la definición de la línea editorial y su posible modificación.

Las empresas tienen sus Convenios colectivos, en los que se contempla la cláusula de conciencia como posible salida para aquellos trabajadores a los que un cambio en la orientación ideológica les suponga una lesión de su libertad de información. El Tribunal Constitucional ha declarado que "Desde un punto de vista general, los problemas derivados de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual han de solventarse mediante la conjunción de dos principios básicos: Primero, que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues, ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar

⁵⁷ DE LA QUADRA SALCEDO, T.: "La cláusula de conciencia: un Godot constitucional (1)", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.22, 1988, Pág.80.

con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que las exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes; y, segundo, que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos e intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la con-figura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Incluso más aún. En un sistema constitucional de relaciones laborales como el español, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general. Entre otros dos principios básicos, la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes”⁵⁸.

Respecto a la cláusula de conciencia periodística se constata la falta de elaboración jurisprudencial de este derecho de los profesionales de la información. La denegación del amparo se produce siempre que las cuestiones que se plantean ante el Tribunal Constitucional pertenecen al ámbito de la legalidad, lo que supone que hayan de ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria. En el supuesto de que las sentencias judiciales no amparen al demandante éste puede recurrir en amparo alegando violación de su derecho fundamental (Art. 20.1º.d) por acciones de los órganos judiciales. Así, la denegación, por dos sentencias judiciales, de la rescisión del contrato de trabajo, según la previsión del Art. 8 del Convenio de la empresa, que se fundamenta en la violación de la libertad de conciencia del periodista, motivó la demanda de amparo presentada ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la cláusula de conciencia del Art. 20. 1º.d).

Este derecho reconocido constitucionalmente y previsto en el Convenio colectivo de aplicación en la empresa demandada no fue respetado, al desestimar los tribunales ordinarios la pretensión del trabajador del medio de comunicación de rescindir unilateralmente su contrato de trabajo con derecho a percibir la correspondiente indemnización, por un cambio de orientación ideológica. La demanda de amparo fue admitida a trámite y la sentencia que resuelve el recurso de amparo declara lo siguiente⁵⁹.

El punto de partida es el reconocimiento del papel institucional y social de las libertades de información como garantía del mantenimiento de la opinión pública libre y plural, siendo imprescindible para la realización del pluralismo democrático como principio básico de convivencia. Esta dimensión de las libertades de información con-lleva el reconocimiento constitucional de la cláusula de conciencia al profesional de la información en el ejercicio de su libertad de información, por lo que habrá que determinar si las funciones que desarrolla el recurrente como Jefe de la Sección de Diseño se pueden ver afectadas ante un posible cambio

⁵⁸ STC 58/1985, 30 de abril, FJ 6º

⁵⁹ STC 199/1999, de 8 de noviembre.

de tendencia ideológica, pues la identificación de los titulares del derecho a la cláusula y el contenido del derecho son condición para su ejercicio.

La cláusula adquiere sentido como garantía de un espacio propio en el ejercicio de la libertad de información por los profesionales frente a la imposición incondicional de la empresa de comunicación de una serie de criterios o principios ideológicos que atenten contra la finalidad de las libertades, lo que históricamente se designaba "censura interna de la empresa periodística". Asimismo, su finalidad es la de asegurar la transmisión de información por el profesional del medio, porque sólo así se puede preservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, al reforzar las oportunidades de formación de una opinión pública no manipulada y paliando el "efecto silenciador" que, por su propia estructura, puede producir en el "mercado" de la comunicación.

El derecho del Art. 20. 1º.d) de la Constitución queda configurado como un derecho de los profesionales de la información que les permite negarse a colaborar en la elaboración de informaciones contrarias a principios éticos de la comunicación y a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en la que trabajen, siempre y cuando se produzca un cambio sustancial en la orientación ideológica o línea editorial⁶⁰.

IV. EL CONTROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

El control de la libertad informativa de los medios es necesario para garantizar el pluralismo informativo interno y evitar las concentraciones mediáticas. El control o la regulación no son, en esencia, malos para la libertad de comunicar y de recibir información, pues tras una apariencia de pluralismo (diversidad de medios) se puede ocultar una grave amenaza para la opinión pública. Así pues, resulta apremiante articular mecanismos de garantía del pluralismo informativo porque, como bien se ha señalado en Francia, "La libertad de prensa no se define exclusivamente por la ausencia de impedimento sino que exige una acción positiva. El pluralismo informativo en la prensa escrita, como objetivo de valor constitucional, se realiza silos lectores, que son los destinatarios esenciales de la libertad de información, están en condiciones de ejercer su libre elección sin que ni los intereses privados ni los poderes públicos puedan sustituir sus propias decisiones ni que puedan ser objeto del mercado". "Queda impedida, en el nivel regional y local, la presencia de un mismo grupo mediático en más de dos de los siguientes ámbitos: televisión hertziana, televisión por cable, radio o prensa escrita. Y en el nivel nacional, si bien se permite la presencia de un mismo grupo empresarial en cualquier ámbito mediático, no se admite que éste rebase más de dos de los siguientes límites: una cobertura de cuatro millones de habitantes por televisión hertziana, de seis millones por televisión por cable, de treinta millones por radio o una edición de más del veinte por ciento de la difusión total de diarios de información política y general"⁶¹.

⁶⁰ Sobre la cláusula de conciencia periodística, ver CARRILLO, M.: "La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución Española de 1978", Revista de Estudios Políticos, Núm.49, 1986, pp.165-182. La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información), Centre d'Investigació de la Comunicació de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993. CAPSETA CASTELLÀ, J.: La cláusula de conciencia periodística, McGrawHill, Madrid, 1998.

⁶¹ RALLO LOMBARTE, A.: "La garantía del pluralismo informativo en Francia. FI Conseil Supérieur de l'Audiovisuel", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.59, 2000, pp.94-95.

IV.1°. Control de los medios públicos y de los medios privados

El sistema de control español de los medios está a años luz del sistema francés. El Art. 20.3° de la Constitución establece el control parlamentario sobre la actuación de los medios públicos, lo que constituye una forma indirecta de participación ciudadana en dicho control. No obstante, este control político no recae sobre todos los medios de comunicación sino solamente sobre los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público⁶².

Este control de naturaleza política ejercido desde el Parlamento se justifica en la garantía de los principios que regulan la actividad informativa y que han sido plasmados en el Art. 4 del Estatuto de Radio y Televisión, cuya ley responde a la previsión constitucional del Art. 20.3°. Los principios que se han de garantizar son: la objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones, la separación entre informaciones y opiniones, la identificación de quienes sustentan éstas y su libre expresión con los límites del 20.40, el respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico; el respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución, la protección de la juventud y la infancia, y el respeto a los valores de igualdad recogidos en el Art. 14 de la Constitución.

Los medios públicos son los únicos sometidos a un control parlamentario ejercido desde el Congreso sobre las actividades del Ente Público, a través de la Comisión de Control Parlamentario de Radio Televisión española, establecida por la Ley y, por tanto, con naturaleza de Comisión Permanente (Art.26 E.R.TV), sin participación alguna del Senado⁶³. Evidentemente, cuando hablamos de medios de comunicación públicos hay que recordar los medios de ámbito autonómico y municipal que están directamente gestionados por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos y con un régimen de control muy similar al del Ente público de Radiotelevisión Española.

Por tanto, este control externo de naturaleza política procedente del Congreso permite que la opinión pública conozca el funcionamiento de la radiotelevisión que todos los ciudadanos pagamos a través de nuestros impuestos.

Al margen del control parlamentario al que quedan sometidos los medios públicos, las leyes prevén distintos mecanismos de control atendiendo al medio de comunicación concreto. En este sentido, una clasificación será la que diferencia los medios de comunicación gestionados por el Estado o por otros entes públicos y los medios sometidos a gestión privada.

⁶² Se ha llamado la atención sobre el hecho de que, excepto la Constitución española, ningún texto constitucional de nuestro entorno contemple explícitamente el control parlamentario de los medios de comunicación social públicos. La razón de la explicitación de un control que obviamente siempre está en manos de los representantes de los ciudadanos reside en la incidencia del medio televisivo en la opinión pública y en la desagradable experiencia del pasado de manipulación de la televisión por el poder establecido. El texto constitucional nada dice de la televisión privada, por razones ya conocidas, aunque, a causa de la evolución de los medios, se intentó introducir el control parlamentario de los medios privados que constituyen un servicio público, en el Informe de la Comisión del Senado sobre Contenidos Televisivos de 1994, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie 1, Núm.262, de 11 de abril, 1995.

⁶³ La ineficacia del control parlamentario de los medios públicos ha sido constantemente criticada: GARRORENA MORALES, A. y MONTORO FRAGUAS, A.: "La Comisión del Congreso para el control de la radiotelevisión pública en España", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Núm.2, Murcia, 1990, pp.95-140.

Cuando se trata de los medios gestionados por el Estado la legislación aplicable es la Ley del Estatuto de Radio y Televisión, que en su Art. 6 determina la composición del Ente Público de Radiotelevisión Española: el Director General, el Consejo de Administración, el Consejo Asesor de Televisión española y el Consejo Asesor de Radio Nacional de España.

La característica más llamativa es la insuficiencia de este control que está en manos del Gobierno, lo que impide la preservación de principios como el pluralismo y la neutralidad. Así, el Director General es nombrado y cesado por el Gobierno (Art. 10.1º y Art. 12) y sus competencias son de dirección y ejecución (Art. 11), por lo que la dependencia del Gobierno supone que la dirección del ente público quede en sus manos, pues, además, le corresponde fijar las líneas de la programación (Art. 21 y 22).

Por lo que respecta a los dos Consejos Asesores hay que destacar que sus miembros son nombrados mayoritariamente por la Administración, o por entes que de ella dependen, a lo que se añade que sus competencias son meramente asesoras y nunca vinculantes (Art.9).

El control se ejerce por el Consejo de Administración que puede controlar la actuación del Director General y mantiene cierta independencia respecto al Gobierno, pues sus doce miembros son elegidos por las Cámaras al cincuenta por ciento cada una, entre personas de relevantes méritos profesionales, para cada Legislatura y por votación de dos tercios de cada Cámara (Art.7.1º). Las funciones que le corresponden quedan establecidas en el Art. 8.1º del Estatuto: velar por el cumplimiento en la programación de los principios informadores del Art.4, aprobar, a propuesta del Director General, el plan de actividades del Ente público, fijando los principios básicos y las líneas generales de la programación, así como el plan de actuación de las distintas Sociedades de RTVE, aprobar la Memoria anual relativa al desarrollo de las actividades de RTVE, así como de las Sociedades estatales establecidas en este Estatuto, dictar normas reguladoras respecto a la emisión de publicidad, atendidos el control de calidad de la misma, el contenido de los mensajes publicitarios y la adecuación del tiempo de publicidad a la programación y a las necesidades de los medios, determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos políticos y sociales significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos, conocer y resolver en la forma prevista los conflictos que se planteen en relación con el derecho de rectificación..

Las cosas cambian, significativamente, cuando se trata del control de los medios de comunicación privados, si bien sabemos que son medios de titularidad pública, pero de gestión privada. Para ellos no hay control parlamentario, a pesar de que son servicios públicos esenciales, siendo el gobierno el encargado de ejercer el control, con carácter previo, a través de la adjudicación de las concesiones administrativas, y con carácter posterior, a través de la aplicación del régimen de infracciones y sanciones previsto en las leyes. El control gubernamental busca garantizar que la programación se ajuste a los principios informadores y que se respete el pluralismo evitando la concentración de medios. En este sentido, la Ley de Televisión Privada recoge en su Art. 9.1º los criterios que sigue el Gobierno en la adjudicación de las concesiones para gestionar los medios.

En el ámbito de los medios de comunicación de gestión privada hay que destacar la televisión vía satélite, la prensa escrita y las agencias informativas, gestionadas directamente por personas privadas en cuanto que la actividad a que se dedican dichas empresas está liberalizada. En el caso de la televisión por satélite el único control con carácter previo a la que está sometida es el del régimen de autorizaciones administrativas que se conceden por

orden de presentación.

Por último, en cuanto a los órganos de control, la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones de 1997 creó la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones como órgano independiente que vela por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato y que se encarga de solucionar los conflictos entre los operadores del sector de las telecomunicaciones en España, del que forman parte los medios audiovisuales.

Al margen de todos los sistemas de control hay que recordar como algunos medios de comunicación establecen el autocontrol como garantía del pluralismo y de los derechos de terceras personas afectadas por las informaciones. Este autocontrol se suele plasmar en la elaboración de códigos éticos o deontológicos que se asume dentro del medio como pautas a seguir en la elaboración de las informaciones para no lesionar los derechos del público.

IV.2º. El Consejo Superior de lo Audiovisual en España:

Las distintas tesis al respecto se mueven entre los que promueven la no regulación de la libertad de información para así promover su máxima efectividad hasta los partidarios de regularla intensamente para preservar los derechos y libertades fundamentales. Si nos atenemos a la primera corriente, la autorregulación reglas privadas-sería suficiente para un correcto ejercicio de las libertades informativas, mientras que desde la segunda posición no es suficiente la autorregulación siendo necesaria la intervención pública para limitar la acción informativa, por lo que habrá que crear organismos o autoridades que garanticen su efectividad, al margen de la existencia de códigos éticos o deontológicos.

El caso es que la falta de acuerdo o consenso entre las distintas fuerzas políticas nos ha colocado a día de hoy en una situación caracterizada por la falta de un órgano independiente de control de los medios audiovisuales, a pesar de que los trabajos realizados por el Senado en la legislatura 1993-1996 hicieron albergar fundadas esperanzas. En los primeros tiempos de la Legislatura se elaboró y aprobó en el Senado un Informe sobre Contenidos Televisivos y propuesta de creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales⁶⁴. De este trabajo se encargó la Comisión Especial sobre Contenidos Televisivos a la que el Senado le encargó el estudio de fenómenos televisivos como los *reality shows*, la tele basura, los contenidos violentos o sexistas, etc., para determinar su incidencia en la sociedad. La preocupación que animó a la realización del estudio englobaba ámbitos como la infancia, la educación, la cultura, el funcionamiento de la televisión como servicio público, la ética profesional y la eficacia de los órganos reguladores.

Las conclusiones que se plasmaron en el Informe no eran nada buenas, pues en él se denunciaba la ausencia de control sobre la calidad de los contenidos televisivos que están determinados por la audiencia, la necesidad de superar los conflictos entre derechos, la necesidad de más ética profesional en las labores informativas, lo conveniente de una mayor participación ciudadana para limitar el poder de los grupos de presión y, sobre todo, la ineficacia de una legislación española obsoleta para regular con éxito el sector audiovisual, necesitado de un marco normativo único, así como la urgencia de crear una autoridad independiente de control. La reforma legislativa se hace más apremiante en orden a modificar

⁶⁴ Consultar el Informe de la Comisión Especial sobre Contenidos Televisivos del Senado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie 1, Núm.262, de 11 de abril de 1995.

el Estatuto de Radiotelevisión Española para que en los medios públicos prevalezcan las funciones sociales, como son la educación y la cultura, así como la difusión de los valores constitucionales. Al mismo tiempo se ha de crear un modelo de financiación nuevo, el Consejo de Administración ha de ser un órgano de gestión empresarial y profesional y se ha de crear una Comisión Mixta Congreso-Senado que controle y vigile la gestión del servicio público.

En el Informe se apostaba con tuerza por la creación de un Consejo Superior de los Medios Audiovisuales que se configuraría como un órgano colegiado y autoridad independiente. En este sentido, sus miembros (entre 7-11) serían elegidos por mitad por las Cámaras, por mayoría de 2/3, y, para reafirmar su independencia política quedarían sujetos a un régimen estricto de incompatibilidades y se les exigiría además, autocontrol. Las funciones de esta autoridad de control independiente serían las de representar el interés general, buscando el equilibrio entre intereses y siempre garantizando la pluralidad.

Este compendio de buenas intenciones quedó en eso, en buenos propósitos, pues en la Legislatura siguiente (1996-2000) el interés gubernamental por intervenir en el ámbito de la comunicación (recuérdese que en esta época se produjo la batalla por las plataformas digitales y la compra de acciones por empresas cercanas al gobierno en empresas informativas privadas), hizo estéril todo intento de controlar el audiovisual a través de una ley que creara este órgano independiente de control. La falta de consenso político se tradujo en la falta de respuesta legislativa y así hasta hoy.

En cuanto a los órganos de control existentes a nivel autonómico, el caso de Cataluña es un ejemplo de interés por su esfuerzo por garantizar el pluralismo democrático⁶⁵. El Consell de la Informació de Catalunya (CIC) se creó en 1996 para resolver las quejas del público sobre informaciones publicadas en los medios catalanes, cuando éstas violan los principios del código deontológico aprobado por los periodistas catalanes y los medios de comunicación. El Consell es un organismo arbitral que pretende que se respeten los principios éticos cuando se ejerce la función periodística. Por tanto, se pretende el cumplimiento de la función que la Constitución atribuye a los medios de comunicación social.

El Consell audiovisual de Catalunya no permite hablar de autocontrol, porque es un órgano administrativo creado por la Ley y que se impone a los medios de comunicación audiovisuales. Por tanto, no estamos ante un órgano que crean los medios que rige ni estos se someten voluntariamente a su control, pues les viene impuesto por ley.

En Galicia, la Ley 6/1999 del sector audiovisual, creó el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia, con funciones consultivas para la Administración y de arbitraje y autocontrol para los que voluntariamente se someten a ellas. Lo cierto es que esta Ley autonómica aporta pocas soluciones y pone claramente de manifiesto la tendencia de regular los contenidos audiovisuales y la intención de controlar el pluralismo interno. En su Art.4 letras a y c declara los principios generales de la actividad audiovisual que presiden la actuación pública, "el respeto de los valores y principios que informan la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Galicia y los derechos y

⁶⁵ Sobre los órganos autorregulatorios y administrativos en Cataluña veáse FAYOS GARDO, A.: Derecho a la intimidad y medios de comunicación, cit., pp.424-431.

valores que reconocen y garantizan" y "el respeto al pluralismo político, religioso, cultural y social".

De entre todas las soluciones posibles el legislador autonómico gallego optó por una restrictiva. No se sigue el modelo catalán que sin duda es más favorable a la libertad sin control público, pues se le da el control al poder ejecutivo que se encargará de controlar el cumplimiento de la normativa general del audiovisual.

El aspecto más meritorio de la ley gallega es la previsión de la existencia de un órgano de integración y participación de las instituciones, empresas, agentes y entidades directamente relacionadas con los referidos sectores, operadores y usuarios, que actuará con carácter consultivo y asesor para la Administración y de mediación para el arbitraje y el autocontrol entre los que voluntariamente se sometan a estos procedimientos. Se trata del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia (Art. 13.1°)

IV.3°. Un apunte sobre el caso francés:

El Consejo Constitucional francés al tiempo que ha analizado las leyes que regulan la libertad de prensa o libertad de comunicación audiovisual ha sentado doctrina sobre la garantía plena de la libertad de información, pero siempre sujetándola a determinados objetivos de valor constitucional como "la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socio-culturales".

Las sucesivas Decisiones dictadas por el Consejo Constitucional van configurando el estatuto de la libre información y comunicación, reconociendo que la creación de una Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual como autoridad administrativa independiente del Gobierno, encargada de autorizar la explotación del servicio de radio-televisión, es una garantía fundamental para el ejercicio de la libertad pública y pertenece a las competencias del legislador francés, quien fijará las normas necesarias para conciliar el estado actual de las técnicas y la libertad de comunicación. Así, en esta amplia competencia legislativa se engloban las medidas destinadas a garantizar el pluralismo de la comunicación audiovisual (reglas limitativas de la concentración multimedia) y a garantizar el pluralismo interno.

El órgano de garantía del pluralismo se creó por Ley núm.89-25 de 17 de enero de 1989, como un órgano heredero de otras instituciones similares de los años ochenta. En primer lugar, la Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual (AAC), creada por Ley Núm.82-652, de 29 de julio de 1982, que la configura como autoridad administrativa independiente encargada de autorizar la explotación del servicio de radiotelevisión, compuesta por nueve miembros de los cuáles tres eran designados por el Presidente de la República, quien designaba a su presidente, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Sus funciones se dirigían a garantizar la libertad de comunicación audiovisual y la independencia del servicio público radiotelevisivo, velar por el respeto a las funciones del servicio y el respeto del pluralismo en su seno, así como del equilibrio en la programación, por el respeto de la persona, la dignidad, la igualdad entre hombres y mujeres, la protección de la infancia y adolescencia, la defensa de la lengua y la promoción de lenguas y culturas regionales, además de fijar el derecho de réplica frente a las comunicaciones del Gobierno, la programación y difusión de las emisiones de campaña electoral, la expresión de creencias y pensamientos de los partidos, grupos parlamentarios y asambleas parlamentarias, determinar las modalidades del derecho de respuesta, informar sobre los pliegos de condiciones, etc. Para alcanzar estos fines, la Ley dotaba a la Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual de poderes para fijar las reglas relativas a las emisiones de las

campañas electorales, nombrar a los administradores de las sociedades nacionales de programación, nombrar a los miembros de los consejos de administración de los organismos públicos, autorizar las radios locales privadas y radio-televisión por cable, velar por el respeto a los principios de la publicidad por las sociedades nacionales de programación y establecer normas mediante recomendaciones.

La Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades (CNCL), creada por Ley Núm.86-1067, de 30 de septiembre de 1986, se configuró como entidad administrativa independiente, compuesta por trece miembros de los cuales dos eran designados por el Presidente de la República, dos por el Presidente de la Asamblea Nacional, dos por el Presidente del Senado, un miembro del Consejo de Estado, un magistrado de la Corte de Casación, un magistrado de la Corte de Cuentas, un miembro de la Academia francesa, una personalidad cualificada en el ámbito de la creación audiovisual, otra en el sector de las telecomunicaciones y otra en el de la prensa escrita. Las funciones que la Ley le encomendaba eran las de velar por el respeto a la libertad de comunicación audiovisual, por la protección de la infancia y adolescencia y por la defensa de la lengua francesa, garantizar el acceso a una comunicación libre, informar sobre los pliegos de condiciones, y controlar la publicidad. Para ello la norma le habilitaba para formular observaciones públicas, autorizar servicios privados de radiotelevisión, nombrar a los cuatro administradores de las sociedades nacionales de programación, nombrar a los miembros de los consejos de administración de organismos públicos, requerir ante el Presidente de la sección contenciosa del Consejo de Estado, ante el Procurador de la República y ante las autoridades administrativas y judiciales las prácticas restrictivas de la competencia y sobre concentración; controlar el objeto, contenido y modalidades de las emisiones publicitarias y formular recomendaciones al Gobierno sobre el desarrollo de la libre competencia.

Además, la Ley atribuía a la Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades facultades para garantizar el pluralismo interno en el sector público audiovisual en orden a favorecer la pluralidad de opiniones en la programación de las cadenas públicas, particularmente, de las opiniones políticas, garantizar a los grupos políticos el libre acceso a los medios públicos durante las campañas electorales, reconocimiento del derecho de réplica ante declaraciones o comunicaciones del Gobierno, atribución a las Mesas de las Cámaras parlamentarias del control sobre la retransmisión en las emisoras públicas de los debates parlamentarios, otorgamiento de un tiempo de emisión en las cadenas públicas a favor de las formaciones políticas con grupo parlamentario, de las organizaciones sindicales y profesionales representativas a escala nacional y a los principales cultos religiosos practicados en Francia y exigía neutralidad y respeto al principio de igualdad, que son principios fundamentales predicables de los servicios públicos. En cuanto al pluralismo interno en la radio y televisión privada, las facultades eran la de dirigir recomendaciones de obligado cumplimiento durante las campañas electorales y definir obligaciones específicas sobre honestidad y pluralismo de la información y de los programas ⁶⁶

El posterior Consejo Superior del Audiovisual fue definido en la Ley como autoridad independiente sin consideración a la naturaleza administrativa, una nota que si conformaba la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de la Comunicación y las Libertades. No obstante, el legislador configura los distintos órganos de control de lo audiovisual como administraciones, aunque con una tenue vinculación al poder ejecutivo.

⁶⁶ RALLO LOMBARTE, A.: "La garantía del pluralismo..." Cit., pp. 111-114.

El Consejo está formado por nueve miembros, buscando la funcionalidad con un número no muy elevado, tres de ellos designados por el Presidente de la República que designa también al Presidente, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento de designación busca la pluralidad ideológica y garantizar la legitimidad democrática de la institución. En orden a las competencias que la Ley atribuye al Consejo poner de manifiesto que "El estatuto competencial del Consejo Superior del Audiovisual llama la atención por su carácter omnicomprendivo pues supone una traslación, casi sin precedentes en el Derecho comparado, de facultades referidas al ámbito de la comunicación tradicionalmente ubicadas en el Gobierno hacia esta autoridad independiente"⁶⁷.

Sus facultades abarcan el sector público y el sector privado y se dirigen a garantizar tanto el pluralismo externo como el interno. Respecto al sector público y desde la perspectiva del control externo, se encarga del nombramiento de los presidentes de las cadenas públicas y, en el sector privado, se encarga de reglar y autorizar las emisiones. En cuanto al control interno vigila, la programación y contenidos de las radios y televisiones públicas y privadas para preservar el pluralismo, el respeto de la dignidad, la calidad y la ética, de los derechos, la infancia y la juventud y de la lengua. La Ley le otorga un poder de sanción que le permite velar por el cumplimiento de las obligaciones. Asimismo, ostenta un poder consultivo a través de la emisión de los informes que le requieran los Presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado, las Comisiones competentes de las Cámaras, el Consejo de la Competencia y, en particular, el Gobierno.

En garantía del pluralismo interno la Ley atribuye al Consejo Superior del Audiovisual unas especialidades garantistas, en la reafirmación de que el pluralismo no queda garantizado por la quiebra del monopolio público ni con la concurrencia de las diversas televisiones que van emergiendo. Así, como garantía del pluralismo, se busca garantizar en los medios la pluralidad ideológica, con el pluralismo externo que prohíbe la concentración mediática (monopolios) y a través del acceso a los medios públicos de las distintas opciones ideológicas, la retransmisión de informaciones de interés general y la neutralidad informativa. Al mismo tiempo, el sector público tiene que garantizar la propaganda política durante la campaña electoral, la transmisión de comunicaciones gubernamentales y el acceso de los grupos más representativos con tiempos de emisión mínimos. Las especialidades del sistema francés son el reconocimiento legal del derecho de réplica frente a las comunicaciones del Gobierno el derecho de acceso y tiempos de emisión de los grupos políticos con representación parlamentaria, los tiempos de palabra de las personalidades políticas, que se rigen por la regla de los tres tercios, tanto en las cadenas públicas como en las privadas, en las que se reparte por igual el uso de la palabra entre el Gobierno, la mayoría parlamentaria y la oposición parlamentaria, el respeto durante las campañas electorales del pluralismo, equilibrio y la igualdad de oportunidades⁶⁸.

Cualquiera de nosotros percibe todos los días, con total y absoluta claridad, la falta de actitud crítica que los medios muestran ante la actuación de los poderes establecidos porque falta independencia. Los medios públicos son servidores del poder y, quizás, sea algo inevitable por su propia configuración legislativa y por los mecanismos de control, que están en manos del propio Gobierno. Esto ha conducido a una total crisis de legitimidad y al

⁶⁷ RALLO LOMBARTE, A.: "La garantía del pluralismo ..." cit., Pág. 120.

⁶⁸ RALLO LOMBARTE, A.: "La garantía del pluralismo ..." cit., pp. 121-138.

descrédito del servicio público que es la televisión, pues su manipulación gubernamental fundamenta las críticas sobre la falta de pluralismo interno y, también, apoya las críticas de aquéllos que abogan por la privatización del sector audiovisual.

Es fácil comprobar como los Gobiernos, tanto el central como los autonómicos, gestores de los medios públicos deciden y actúan al más puro estilo empresarial, pues los criterios son comerciales atendiendo a la publicidad y a la audiencia. Que la radio y la televisión se hayan configurado como servicio público significa una radiotelevisión distinta. La calidad de los contenidos de la programación tiene que ser la primera preocupación de los dirigentes del ente público, en vez del número de espectadores. Los índices o "share" son el criterio que se sigue a la hora de programar los contenidos, por lo que la oferta de la televisión pública no difiere de la oferta que hacen las demás televisiones que, por ser empresas gestionadas por particulares, es decir; con dinero privado, si tienen que moverse por criterios económicos de productividad (audiencia) y de máxima inversión económica (contratos de publicidad). Así pues, la televisión pública ya no se identifica con lo que se entiende por servicio público, pues su función social de formación política, de acercamiento a la cultura, etc., ha sido reemplazada por el puro entretenimiento que, además, no reúne ninguna condición de calidad. En cuanto a los medios privados, su dependencia política es evidente, pero no podemos compararlos a los medios públicos porque se trata de empresas de tendencia y el acercamiento al poder puede venir motivado por la importancia de contar con la publicidad institucional⁶⁹.

⁶⁹ Es una cuestión discutida si la publicidad forma parte de las libertades garantizadas en el Art. 20 de la Constitución como derecho a la libre expresión y libre información. Ciertamente es que toda publicidad contiene información destinada a favorecer o promocionar un producto, un servicio o una actividad profesional. En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional español en STC 87/1987, de 2 de junio, FFJJ 4º y 5º, declara que las restricciones impuestas al modo de realizar la publicidad sobre las películas clasificadas X no afectan a los derechos declarados en el Art. 20 de la Constitución. En 1994 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 24 de febrero resuelve el caso Casado Coca, y señala que "aunque un mensaje persiga una finalidad exclusivamente publicitaria, aporta también información sobre las características de los bienes y servicios, además, la necesidad de preservar ésta aumenta en la medida en que se beneficia a los consumidores".

Así pues, lo más apropiado parece ser el atender al objeto de la información, que se convierte en el punto central del análisis, pues la libertad de expresión englobaría a las actividades publicitarias mientras que la libertad de información se dirige a formar y mantener una opinión pública libre. En este sentido, el objeto y fin de la libertad de información recae sobre actividades políticas, sociales, culturales, etc., pues, además, de ser un derecho individual de libertad es un derecho con una notable dimensión institucional imprescindible para el sistema democrático. La libertad de información es una garantía institucional, la garantía de la opinión pública democrática.

En cualquier caso, la libertad de emitir información publicitaria no es un derecho absoluto y puede quedar afectada por diversas limitaciones, atendiendo a la protección de derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La regulación de la que es objeto la publicidad queda establecida en diversas normas de ámbito europeo y nacional, como son el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1959, la Directiva 84/450/CE, de 10 de septiembre, del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y comparativa, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 25/1994, de 12 de julio, de transposición de la Directiva Televisión sin Fronteras y el Reglamento de desarrollo del derecho a ser informado de la programación y de otros artículos de la Ley de Transposición de la Directiva Televisión sin Fronteras, aprobado por Real decreto 1462/1999, de 17 de septiembre. De esta regulación se extraen los requisitos que ha de cumplir la publicidad: ha de ser identificable, por lo que ha de aparecer separada del resto de la programación (la publicidad clandestina y subliminal son ilícitas); ha de ser leal y veraz; en cuanto a su duración y periodicidad, la Directiva comunitaria da un margen a los Estados para fijar sus reglas menos estrictas para las transmisiones internas (respecto a la duración máxima diaria del tiempo dedicado a la publicidad); en orden a los contenidos publicitarios decir que no pueden atentar contra determinados valores, impera la prohibición o restricción de publicitar determinados productos y la publicidad destinada a la infancia está fuertemente condicionada.

Consultar SALVADOR CODERCH, P.: El mercado de las ideas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J.J.: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.32, 1991, pp.73-113; DÍEZ-PICAZO, L.Ma.: "Publicidad televisiva y Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.50, 1997, pp.61-76; GARCÍA GUERRERO, J.L.: La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.50, 1997, pp.77- 101.

La conclusión será la insuficiencia del control existente sobre los medios, un déficit democrático que quizás se solucionaría si se permitiese la participación de todos los sectores de la sociedad en los órganos de control, para evitar la dependencia de los medios del poder político y garantizar una programación plural y que cumpla la función constitucional de los medios de comunicación. La necesidad de que la gestión y el control de los medios se desliguen para garantizar la libertad, el pluralismo y la independencia, se pone una vez más de manifiesto en estos días en los que el Parlamento de Galicia acaba de elegir a los doce miembros del Consejo de Administración de la Comisión de Radiotelevisión de Galicia y sólo uno es periodista.

La situación desoladora de la televisión pública queda perfectamente reflejada con las palabras del profesor GONZALEZ ENCINAR. La televisión es, según la ley, un servicio público y, por tanto, estaría obligada a funcionar como tal. En España, la televisión pública y la televisión privada hacen un mismo tipo de programación comercial, fruto de la manipulación política de las televisiones públicas. Al mismo tiempo, llama la atención al hecho de que España sea el único país de la Unión Europea en el que un gobierno controle directamente la información y la programación de la televisión pública, lo que, sin duda, constituye un abuso y una violación del pluralismo y control democrático. Si la Constitución establece como principios democráticos la objetividad, la imparcialidad y el respeto del pluralismo social y político, es evidente que la televisión está incumpliendo estos principios que la configuran como servicio público y que justifican la máxima protección de la que disfrutaban los derechos de libre información y aquéllos que se dedican a informar. La manipulación política a la hora de informar a la opinión pública es grave, pero no lo es menos el interés comercial que guía su funcionamiento en detrimento de su función institucional de garantizar el mantenimiento de una opinión pública libre y plural. La función de informar y de educar a la sociedad ha dado paso a la publicidad, al consumo y a las audiencias millonarias, lo que repercute en los contenidos y en la calidad de la programación televisiva⁷⁰

V. INTERNET Y LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

El panorama audiovisual español ha variado sustancialmente desde que se rompió el monopolio público de la radiotelevisión y llegaron las televisiones privadas a las que se unieron otras modalidades como la televisión por cable, la televisión vía satélite, la televisión digital, un amplio abanico aderezado con la aparición de los grupos multimedia y las multinacionales de la comunicación.

En este orden de cosas, Internet emerge como un nuevo medio de comunicación social, pues, además de muchas otras cosas, la Red es un poderoso instrumento de comunicación de masas. En Internet se ofrecen productos tradicionales y conocidos por todos como la prensa escrita (periódicos electrónicos o digitales), pero también se ofrecen novedades como son los servicios interactivos (emisión de programas de televisión y radio o prensa diaria

⁷⁰ GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.: Prólogo al libro de SALVADOR MARTÍNEZ, M.: La Libertad de la Televisión, Cedecs, Barcelona, 1998, Pág.33 y 55.

seleccionada para el consumidor).

Así las cosas, para determinar cómo se regula Internet hay que poner de relieve, en primer lugar, la regulación pública de los medios de comunicación de masas para garantizar la libertad de información como garantía de la opinión pública y para la protección efectiva de los derechos de terceros, el destinatario general de la comunicación de masas. Por tanto, será determinante comprobar si estas notas básicas se cumplen en Internet.

En cuanto al destinatario (el público general e indeterminado) hay que precisar que en Internet tienen cabida las comunicaciones privadas interpersonales (correo, tele-banco) y las comunicaciones públicas (servicios de comunicación de masas como la prensa y la radio), si bien el destinatario puede seleccionar la información que consume, a diferencia de los medios tradicionales donde el receptor sólo cuenta con la programación suministrada por el emisor. Por tanto, lo determinante no será "la forma de recepción" de la información sino que sea el emisor, en los medios de comunicación de masas, quien pretende llegar a la generalidad de los receptores⁷¹.

En cuanto a la función social e institucional que desarrollan los medios de comunicación social en las sociedades democráticas, hay que admitir la mayor penetración social de la radiodifusión, por lo que, en este momento, el sector audiovisual más tradicional, la radiotelevisión, goza de una mayor capacidad de influir en la opinión pública.

Con la llegada e implantación de Internet se nos ofrece una amplia gama de productos audiovisuales y otros servicios de comunicación de masas, por lo que sería apropiado dar un nuevo contenido al concepto de comunicación audiovisual, que en sentido tradicional es lo mismo que decir radio y televisión como medios de masas. Así las cosas, el Derecho Comunitario no engloba los nuevos servicios que ofrece Internet dentro del concepto de comunicación audiovisual, diferenciándose los servicios de la Sociedad de la Información y los servicios de radiodifusión televisiva y sonora. A la hora de establecer la distinción, arriba señalada, se atiende a la forma de transmisión y, así, los servicios de la Sociedad de la Información son aquellos en los que las comunicaciones se realizan de forma interpersonal, a diferencia de los servicios de radiodifusión televisiva y sonora, en los que no hay una transmisión individualizada porque la comunicación se dirige a una generalidad de receptores.

Como se verá a continuación la Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información sigue el mismo criterio adoptado por el Derecho Comunitario y así en la primera de las categorías entran las operaciones económicas que se realizan vía electrónica, los servicios *on line* o el vídeo bajo demanda. No obstante, otros países europeos si que han modernizado el concepto de comunicación audiovisual dando entrada a servicios de comunicación electrónicos que se ofrecen a un público en general y que van más allá del tradicional de radiotelevisión, como Alemania que tiene legislación específica para los servicios multimedia⁷².

La dificultad o imposibilidad de aplicar a Internet las normas tradicionales que regulan los medios convencionales constituye una de las características del mundo digital, y la causa no

⁷¹ GARCÍA MORALES, Ma. J.: "Internet como instrumento de información y de comunicación" en Democracia y Medios de Comunicación, Institut d'Estudis d'Informació, Tiratí lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 175.

⁷² GARCÍA MORALES, Ma. J.: "Internet como instrumento ..." cit., Pág.180.

es otra que las peculiaridades de la Red, que aconsejan distintas regulaciones para los distintos servicios que en ella se ofrecen. La confluencia de comunicaciones públicas como la radiotelevisión a través de Internet obliga a una intervención más intensa, mientras que las comunicaciones privadas como los tele servicios requieren muy poca intervención. Los servicios multimedia como la prensa electrónica o el video bajo demanda constituyen comunicación audiovisual en sentido amplio porque el destinatario es indeterminado, pero son intervenidos menos intensamente que la radio-televisión, porque su incidencia no es equiparable a la que ésta tiene en la opinión pública. Los servicios multimedia son, tal como señala GARCÍA MORALES, "una especie de categoría intermedia entre la comunicación interpersonal y la radiotelevisión tradicional, se someten a exigencias mínimas tomadas básicamente del modelo de la prensa escrita: identificación de un responsable editorial, obligación de diligencia sobre el contenido, origen y veracidad de las noticias, presentación separada entre la noticia y la opinión del autor, separación entre noticia y publicidad, derecho de rectificación o medidas de protección de menores"⁷³

El control de contenidos en Internet es de lo más discutido, por cuanto que se presentan dificultades para aplicar las normas que regulan en los ordenamientos internos e internacionales el ejercicio de las libertades de expresión e información. Una serie de problemas de aplicación en las normas que derivan de la estructura descentralizada y disgregada que tienen las redes de comunicación y la ausencia de ubicación en el espacio de los emisores de información responsables de los contenidos difundidos. Esto es, si bien los principios de regulación de estas libertades y los principios de protección de derechos y bienes que han de ser observados en los procesos de comunicación son los mismos en el mundo analógico y en el mundo virtual, lo que es diferente es la aplicación, o mejor dicho, la posibilidad de aplicarlos. Y es que en el proceso informativo en la Red participa una pluralidad de sujetos, ya sea como prestadores de servicios, como editores de contenidos, controladores de los recursos informáticos, proveedores de servicios, operadores de servicios, proveedores de acceso, transportadores, etc. La cuestión es, entonces, la determinación del responsable de un daño o una lesión causada a los derechos fundamentales o bienes jurídicamente protegidos.

Esta nueva forma de comunicarse y de difundir informaciones a través de Internet no presenta problemas muy diferentes a los que conocemos en los medios de comunicación tradicionales, simplemente que es más difícil la exigencia de responsabilidades. Los mensajes perjudiciales y perniciosos para los menores y la difusión de contenidos delictivos e ilícitos se distribuyen por la Red encontrando, quizás, menos trabas para su circulación que las que existen en los medios tradicionales. El problema, o la cuestión a resolver es encontrar el modo de garantizar los derechos de las personas y bienes dignos de protección como la dignidad sin establecer prohibiciones que supongan censura o restricciones no justificadas a la libre expresión e información.

No obstante lo anterior, y por muchas cosas que digan los detractores e la Red, en Internet la mayoría de los contenidos no son ni ilícitos ni delictivos, por lo que hay que ir con mucho tiento en el establecimiento de restricciones a la libre expresión e información para no caer en la censura, pues no se ha de olvidar que el material pornográfico o xenófobo siempre se ha difundido a través de distintos medios y no es un mal exclusivo o fomentado por las nuevas tecnologías. Por eso, no hay que olvidar e el problema puede parecer mayor porque la difusión de contenidos puede sortear los mecanismos de control tradicionales que resultan

⁷³ GARCÍA MORALES, Ma. J.: "Internet como instrumento..." Cit., Pág. 181.

inoperantes en la Red.

Así pues, la prohibición de difusión de contenidos es una restricción a la libre expresión que puede ser inconstitucional si no resulta adecuada y proporcional a los fines que se intentan conseguir⁷⁴.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico tiene como objeto incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a algunos aspectos de los servicios de la sociedad de la información. La Sociedad de la Información viene determinada por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones, ocupando un lugar principal Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. La entrada de Internet en la vida económica y social pone al alcance de nuestra mano todo tipo de ventajas, permitiendo mejorar los resultados económicos, aumentar los servicios para los ciudadanos, ofreciendo nuevas posibilidades laborales, etc., pero, también, no sitúa ante un nuevo mundo de amenazas, de incertidumbres y de cuestiones sin resolver. Por ello, Internet y las nuevas tecnologías requieren un entorno político y jurídico adecuado que se muestre capaz de resolver los nuevos retos que se plantean en la sociedad actual que ha de ser capaz de integrar a todos los sectores sociales, políticos, económicos y culturales.

La Ley maneja un concepto amplio de "servicios de la sociedad de la información" que engloba la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por este medio (periódicos y revistas a través de la Red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de audio o video), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas incluido el comercio electrónico (Art.1).

Desde un punto de vista subjetivo la ley se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España, por lo que el lugar del establecimiento del prestador de servicios es un elemento esencial. La prestación de servicios de la sociedad de la información se rige por el principio de la libertad y no está sometida a autorización previa. Sólo se puede restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio Económico Europeo cuando se producen daños o peligro grave contra valores fundamentales, como el orden público, la salud pública o la protección de los menores.

⁷⁴ El mejor de los ejemplos es lo ocurrido en Estados Unidos con la Communications Decency Act de 1996, una ley reguladora de los contenidos de Internet que declaró ilegales tanto el uso de ordenadores como de líneas telefónicas para transmitir material considerado indecente u ofensivo para los menores. La protección de los menores justificó una grave restricción de las libertades de expresión al prohibir determinados contenidos amparados por la Constitución americana. En 1997 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la Decency Act porque los usuarios pueden elegir los contenidos a los que tienen acceso y las medidas previstas en la ley se consideraban excesivas habida cuenta de que existen otras posibilidades, siempre menos restrictivas, para proteger a los menores ante esos contenidos perjudiciales para ellos.

En lo que se refiere al régimen de obligaciones, se prevé la anotación del nombre o nombres de dominio de Internet que corresponden al prestador de servicios en el Registro Público en el que prestador conste inscrito para adquirir la personalidad jurídica o a efectos de publicidad, para garantizar que la vinculación entre el prestador, su establecimiento físico y su establecimiento o localización en la Red, sea fácilmente accesible para los ciudadanos y la Administración.

La Ley establece las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la Red. Se impone un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades por el incumplimiento de estas normas son de carácter administrativo, civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas aplicables.

La Ley demuestra gran interés por proteger a los destinatarios de los servicios de forma que disfruten de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. En este sentido, se impone a los prestadores de servicios la obligación de mostrar sus datos de identificación a los que visiten su sitio en Internet, la de informar a los destinatarios sobre los precios de sus servicios y la de permitir ver, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta el contrato. Cuando la contratación se celebra con consumidores, el prestador debe, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos y confirmar la aceptación realizada una vez recibida.

Las comunicaciones comerciales deben identificarse como tales, quedando prohibido su envío por correo electrónico salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento. Tanto las comunicaciones comerciales como las ofertas promocionales han de respetar lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, en especial los preceptos referidos a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.

La celebración de contratos por vía electrónica está favorecida por la Ley que afirma la equivalencia entre los documentos en soporte de papel y los documentos electrónicos.

La Ley promueve los Códigos de conducta como instrumentos de autorregulación, potencia los arbitrajes como soluciones sencillas y rápidas para los usuarios y aquellos otros mecanismos de solución que puedan establecerse en los Códigos de conducta para dirimir disputas surgidas en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la Sociedad de la información.

La información y el control como derecho asiste a los destinatarios y a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que podrán dirigirse a los Ministerios de Ciencia y Tecnología, de Justicia, de Economía y de Sanidad y Consumo y a los órganos competentes en materia de consumo para conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales en el marco de la normativa aplicable a la contratación electrónica, informarse sobre los procedimientos de resolución judicial y extrajudicial de conflictos y obtener datos de las autoridades, asociaciones y organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia práctica. La comunicación con dichos órganos podrá hacerse por medios electrónicos.

El objetivo que trata de alcanzar el Gobierno a través de esta Ley es crear "incertidumbre, seguridad y confianza" protegiendo los derechos de los ciudadanos que demandan seguridad jurídica en las relaciones por Internet. No obstante, ha encontrado duras críticas que no dudan en calificar a dicha ley como un atentado contra la libre expresión al entender que ampara la censura al permitir la clausura de una página Web.

Lo cierto es que entre los méritos de la Ley está el de dar por fin regulación a un sector que se encontraba sin normar y, por tanto, rodeado de gran inseguridad jurídica. Desde ahora, una vez que entre en vigor, se podrá determinar si un contenido es ilegal y por tanto prohibirlo, pero la cuestión espinosa está en si la autoridad administrativa o la autoridad judicial es la competente para ello. La Ley otorga capacidad a la Administración para clausurar una Web aunque la decisión última es de los tribunales.

La acusación de ser una norma intervencionista, hecha desde la oposición al Gobierno y desde las asociaciones de internautas y de usuarios de Internet, la tacha de reflejar la intención del ejecutivo de controlar la Red, además de ser una norma que no está suficientemente debatida y consensuada por todos los sectores, que tienen en Internet una excelente vía de comunicación y de comercio.

Ciertamente, no era necesario que el Gobierno estableciera controles sobre Internet porque la Directiva Comunitaria 2000/31/CE que en ella se transpone no exigía regular la información en la Red sino sólo el comercio electrónico. La Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, pretende controlar el comercio electrónico en Internet, pero también es aplicable, según reza su Exposición de Motivos, a cualquier suministro de información por dicho medio, como el que se realiza a través de los periódicos y revistas que se difunden en la Red. El precepto polémico establece que cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra determinados valores (salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional), las autoridades competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tienen legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. En el caso de que pueda resultar afectada la libertad de expresión se respetarán las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para su protección. Es significativo, que en el régimen de infracciones y sanciones se prevén como infracciones muy graves la desobediencia a la solicitud de retirada de información por parte de la autoridad administrativa (300.001 y 600.000 Euros).

Traer a colación esta Ley que se ha denominado Ley Internet nos sitúa de nuevo ante la cuestión del control de los medios de comunicación que podría quedar, una vez más, en manos del Gobierno, que para muchos debería de preocuparse por garantizar el derecho de acceso universal y no poner en peligro las libertades de expresión.

⇒ La Ley desarrolla derechos fundamentales y el propio Tribunal Constitucional ha declarado que la limitación de derechos constituye desarrollo de los mismos y ha de realizarse a través de Ley Orgánica.

⇒ El Art. 8 de la LSSI posibilita el cierre de los medios de comunicación que utilizan la Red y que llevarán a cabo las autoridades competentes cuando ese servicio atente o pueda atentar contra determinados principios protegidos que se enumeran en el párrafo 1~ de este

artículo, inspirado en el Art.3.4.a)i) de la Directiva 2000/31/CE, aunque existen diferencias entre ambas normas.

⇒ Las autoridades competentes, el órgano competente, autoridad administrativa competente, órganos o autoridades competentes por razón de la materia, Ministerios de Ciencia y Tecnología, Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, son los distintos sujetos que intervienen a lo largo de los artículos de la Ley. Se comprueba, por tanto, su imprecisión, a diferencia de la precisión de la Directiva que habla única y exclusivamente de Estados miembros.

⇒ Las medidas que para reprimir los atentados o daños que prevé la Ley son numerosas y las medidas provisionales se pueden acordar con anterioridad a que se inicie el expediente sancionador. Entre ellas, enumeramos "medidas necesarias para que se interrumpa la prestación del servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos", "impedir el acceso desde España", "suspender la transmisión, alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente a la intermediación", etc.

Así pues, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información plantea muchas cuestiones y muchas dudas sobre la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos, pues las autoridades administrativas están habilitadas para intervenir en los derechos fundamentales con gran amplitud y sin justificación suficiente, por lo que se incumplen todos los requisitos que establece la Constitución para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, obviándose, además, la intervención judicial.

VI. CONCLUSIONES

Ante un amplio panorama que conforman los medios de comunicación surgen múltiples cuestiones que esperan respuesta y a las que el legislador ha optado, en bastantes ocasiones, por no responder.

Internet, sin duda alguna, ha desplazado en las conversaciones y discusiones, tanto a nivel informal como intelectual, a la televisión, pero este medio, ya antiguo y que forma parte de nuestras vidas, sigue siendo diferente a los demás medios, lo que se evidencia en el especial interés de los Estados por regularla y dominarla.

En relación con los demás medios de comunicación social de masas -prensa escrita y medios radiofónicos- la televisión se erige como el principal medio, capaz de llegar a un número importantísimo de espectadores, lo que dota de uniformidad a la recepción de la comunicación. Esta incidencia de la imagen televisiva, su capacidad o poder de penetración, justificó que se utilizara el argumento de la escasez de frecuencias disponibles para que la radiotelevisión se configurara por el legislador como un servicio público merecedor de una regulación intensa, que dejó a los medios audiovisuales en poder del Estado.

Con el desarrollo tecnológico el monopolio público ya no se justifica, pues la garantía de hacer llegar el servicio al mayor número de personas se cumple con la transmisión vía satélite o por cable, que no necesitan de un recurso limitado como son las ondas hertzianas. No obstante, aunque se quiebra el monopolio público, dando entrada a las televisiones privadas,

el sector audiovisual continúa siendo objeto de un régimen jurídico distinto.

El interés del poder público por controlar los medios resulta absolutamente evidente. La fuerza de penetración en los hogares y, en general, en toda la sociedad, convierte a la televisión en un arma poderosísima para influir en una opinión pública dominada por la imagen, tanto en política como en consumo.

No obstante, las televisiones pertenecen a un mercado cada vez más monopolizado, como pone de manifiesto la unión de las plataformas digitales -Vía Digital y Canal Satélite Digital-. Día a día proliferan las empresas que nacen de uniones y fusiones que dominan el entretenimiento, la información y la tecnología, y que compiten en el mercado global por obtener un mayor control de los medios que les otorgará un mayor poder.

La idea desde la que se escriben las páginas de este trabajo es la tan repetida de que "la Información es Poder", porque quien posee información tiene la capacidad de influir y de dirigir el mundo. Así, el poder se reparte entre los gobiernos, los agentes económicos y financieros y los medios de comunicación, teniendo en cuenta que los medios de comunicación pertenecen a los grandes grupos financieros. Siempre se ha insistido en la necesidad de controlar el ejercicio de poder político como garantía de nuestros derechos de libertad, pero en la sociedad actual resulta más apremiante idear mecanismos de control adecuados para limitar los poderes privados económicos y mediáticos que no ofrecen demasiadas garantías democráticas.

Y es que, tal como se ha intentado poner de manifiesto en este trabajo, los medios de comunicación, presupuesto de un sistema democrático, se ponen al servicio de los principios empresariales e ideológicos/y relegan la información objetiva y plural a un segundo plano. Por eso, tal como señalábamos, no resulta extraña la pérdida de confianza en los medios de comunicación, más preocupados por el dinero y el poder que por la satisfacción de un derecho fundamental como es la libertad de información.

En lógica consonancia con lo anterior, la dependencia económica de la publicidad es la principal característica de las televisiones privadas y empieza a ser una constante en las cadenas públicas, que se enfrentan a un déficit económico difícil de paliar⁷⁵.

La homogeneidad ideológica -dependencia o vinculación al poder establecido- y de contenidos, es otra de las características que pone en serio peligro el pluralismo democrático, exigencia básica en las libertades de comunicación. Ciertamente, la proliferación de los medios de comunicación y el acceso ilimitado que tenemos a la información a través de Internet, sin fronteras espaciales o temporales, permite afirmar la sobreabundancia de información que no siempre reúne unos requisitos mínimos exigibles de objetividad y veracidad, por lo que no toda esta información resulta de interés para el mantenimiento de una opinión pública libre. La globalización de la información tiene desventajas como la aparición de multinacionales que unifican la información y no nos permiten acceder a distintas versiones o formas de contar la noticia, sino a una sola, única y homogénea que

⁷⁵ El jueves 30 de mayo la Voz de Galicia publicaba en su página 57 que España y Portugal tienen las cadenas públicas con más publicidad de Europa, dedicando más tiempo a los avances de programación, auto-promociones, tele tiendas y publicidad, que el resto de las televisiones europeas (Alemania, Italia, Dinamarca, Francia, Noruega y Suecia). Los datos son proporcionados por el Observatorio de Publicidad en un estudio presentado ante los representantes de asociaciones de publicidad, de medios y de consumidores. En Portugal las cadenas públicas dedican a este tipo de emisiones un 20% y España un 14'25%, mientras que los parentajes de Dinamarca, Francia, Italia y Alemania, son un 8'2%, 7%, 5'8% y 3'5% respectivamente.

resulta ser la mejor para sus intereses económicos.

En todo caso, habrá que tener presentes las características del nuevo contexto del audiovisual: la liberalización, la globalización económica y la convergencia tecnológica que nos trae la digitalización y la interactividad como pilares de los nuevos medios.

VII. BIBLIOGRAFÍA

📖 CALVO GALLEGO, F.J.. Contratos de trabajo y libertad ideológica. Derechos Fundamentales y Organizaciones de tendencia, C.E.S., Madrid, 1995.

📖 CAPSETA CASTELLA, J.: La cláusula de conciencia periodística, McGrawHill, Madrid, 1998.

📖 CARRILLO, M.: "La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución Española de 1978", Revista de Estudios Políticos, Núm.49, 1986.

📖 La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información), Centre d'Investigació de la Comunicació de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993.

📖 CEBRIÁN, J.L.: La Red, Santillana, Madrid, 2000.

📖 DE LA QUADRA SALCEDO, T.: "La cláusula de conciencia: un Godot constitucional (1)", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.22, 1988.

📖 DEL REY GUANTER, S.: "Derechos Fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", Relaciones Laborales, La Ley, 1995.

📖 DÍEZ-PICAZO, L.Ma: "Publicidad televisiva y Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.50, 1997.

📖 FAYOS GARDÓ, A.: Derecho a la intimidad y medios de comunicación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

📖 FERNÁNDEZ ESTEBAN, Ma. L.: Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales, McGrawHill, Madrid, 1998.

📖 GARCÍA GUERRERO, J.L.: "La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.50, 1997

📖 GARCÍA MORALES, Ma. J.: "Internet como instrumento de información y de comunicación" en Democracia y Medios de Comunicación, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

📖 GARRORENA MORALES, A. y MONTORO FRAGUAS, A.: "La Comisión del Congreso para el control de la radiotelevisión pública en España", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Núm.2, Murcia, 1990.

📖 GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.: "Prólogo" al libro de SALVADOR MARTÍNEZ, M.: La Libertad de la Televisión, Cedecs, Barcelona, 1998.

📖 LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. C.: Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Cívitas, Madrid, 1999.

📖 PRADERA, J.: "La extraña pareja. Notas para un debate sobre la cláusula de conciencia y el secreto profesional", La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1994.

📖 RALLO LOMBARTE, A.: "La garantía del pluralismo informativo en Francia. El Consell Supel' neu de l'Audiovisual", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.59, 2000.

📖 RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", Claves de Razón Práctica, Núm.72, 1997.

📖 SALVADOR CODERCII, P.: El mercado de las ideas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

📖 SARTORI, G.: Homo Videns. La sociedad teledirigida, Taurus, Madrid, 1993.

📖 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: "La libertad de expresión desde la teoría de los Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.32, 1991.

📖 "Ordenación Jurídica de la Televisión en España", Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Núm.5, 1993.