

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## EL CONTROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: UNA INVESTIGACIÓN TRASVERSAL

*Posted on 26 Gennaio 2015 by [Juan Carlos Gavara de Cara](#)*

Este proyecto se enmarca en los trabajos de un grupo de investigación que tiene por finalidad analizar aspectos generales y específicos del Derecho Constitucional, sobre todo en materia de derechos fundamentales, que han sido insuficientemente tratados y precisan una reconsideración para tener un encaje adecuado en nuestro Estado constitucional. El objetivo general de este concreto proyecto de investigación es abordar de forma integral las diferentes formas de control que están surgiendo en el ámbito jurídico para determinar el alcance y los límites de la libertad de comunicación pública. La posición de los poderes públicos ha estado dominada por la escasa intervención que venía exigida por la propia naturaleza de las sociedades liberales y democráticas, pero en el nuevo contexto comunicativo emerge un nuevo escenario en el que los instrumentos de control traten de compensar la liberalidad de los medios de comunicación en sus actividades.

El proyecto de investigación se centra en la realización de un estudio integral de los diversos instrumentos de control de los medios de comunicación, es decir, la autorregulación como mecanismo de autocontrol, el control ejercido por administraciones independientes

como la nueva Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) o los consejos autonómicos del audiovisual existentes en nuestro Estado, el control de los cibermedios y el control judicial como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en colisión con la actividad de los medios de comunicación. En el proyecto han participado de forma constante Josu de Miguel Bárcena - Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona, M<sup>a</sup> Aránzazu Moretón Toquero - Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, Laura Cappuccio - Investigadora de Derecho Constitucional de la Università degli Studi Federico II di Napoli, Sabrina Ragone - Investigadora García Pelayo - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Antoni Roig Batalla - Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona, Eva Poptcheva - Investigadora-analista en el Servicio Científico del Parlamento Europeo y Juan Carlos Gavara de Cara - Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona, como director del proyecto e investigador principal. Asimismo han colaborado numerosos investigadores, profesionales y profesores con diversos trabajos y aportaciones en las distintas publicaciones.

La primera parte de la investigación se centró en el estudio de la autorregulación como mecanismo de autocontrol de los medios de comunicación (GAVARA DE CARA, J.C.- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (Eds.), *La autorregulación de los medios de comunicación como sistema de control*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013 – ISBN: 978-84-940933-0-2). Esta parte de la investigación analizó el régimen jurídico de los códigos deontológicos, internos de los propios medios y de buenas prácticas, la eficacia interna y externa de los mecanismos de autorregulación, así como las posibilidades y el alcance del control judicial sobre las decisiones de autorregulación de los medios. De forma objetiva se deben adoptar las medidas jurídicas encaminadas a evitar que los medios de comunicación manipulen, discriminen, dificulten o imposibiliten un ejercicio adecuado de los derechos fundamentales que constituyen el principal límite de su actividad.

En el mercado multimedia con el alcance global de las comunicaciones no

es posible utilizar los mecanismos tradicionales de regulación nacional confiando a una autoridad administrativa la adopción de las medidas necesarias de control de los medios audiovisuales, entre otras razones porque se trata de una materia de alta sensibilidad política y social que afecta al ejercicio de derechos fundamentales vitales para la democracia como la libertad de expresión o de información, que aconseja que la aplicación de cualquier medida restrictiva se realice a través de instrumentos independientes del poder público o de autorregulación. En este sentido, una parte importante de la investigación se centró en el estudio de la Ley General de la Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo – LGCA), que se ha encargado de adoptar la transposición de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, actualizar nuestra legislación audiovisual y cubrir la carencia de un consejo estatal audiovisual. En resumen, son tres los posibles sistemas de adoptar medidas para controlar la actividad de los medios de comunicación: la regulación, la autorregulación y la corregulación.

En primer lugar, la regulación implica la adopción del sistema tradicional de adopción de reglas y normas jurídicas, que presenta la ventaja de que se adopta por una autoridad democrática que defiende y fija los intereses generales y no particulares y con el que además cualquier sanción que se deba adoptar para garantizar el cumplimiento de las normas se impone con respeto de las garantías del estado de derecho. En este ámbito concreto de los medios de comunicación presenta la desventaja de que cualquier decisión potencialmente puede afectar a un derecho de libertad que tradicionalmente no ha admitido un exceso de regulaciones.

En segundo lugar, la autorregulación implica que los propios actores adoptan los códigos de conducta necesarios para desarrollar los procesos de control de su actividad, solucionando los conflictos mediante reglas de arbitraje al margen de las normas jurídicas o el Derecho. La autorregulación significa que los propios actores que fijan las normas de conducta son los encargados de aplicarla, no existiendo diferencias entre la producción y la ejecución de las normas, de forma que el cumplimiento de dichos códigos no se puede basar en un sistema de sanciones, sino en el consenso, la aceptación y el acuerdo por el propio criterio. La

autorregulación conlleva que los profesionales se responsabilizan de su actividad y adoptan voluntariamente las medidas necesarias para su correcto desarrollo sin recurrir o ejercer la coerción para garantizar su cumplimiento. Sin embargo, es precisamente esta virtud lo que genera su mayor problema, ya que se da una ausencia de mecanismos para garantizar y ejecutar los acuerdos, debido al exceso de voluntarismo en el cumplimiento de las normas, a lo que hay que añadir una carencia de legitimidad democrática en los actores que fijan las normas por lo que pueden defender intereses particulares y no de carácter general.

Por último, la corregulación supone adoptar sistemas de cooperación entre la autoridad pública y la sociedad civil, de forma que se trata de un sistema mixto en el que el poder público integra mediante reglas el desarrollo de la autorregulación participando actores y poderes públicos en la elaboración de las reglas y normas. Este sistema se plantea con mayor insistencia en la regulación del desarrollo de las nuevas tecnologías hace falta una mayor convergencia entre poderes y actores en la adopción de reglas, debido a que los sistemas de regulación pública tradicional son rígidos y difíciles de plantear soluciones correctas en términos de corto plazo. Un sistema de corregulación permitiría que la responsabilidad e incluso el control de la decisión permanezcan en manos del Estado, pero no se demuestra que sea un sistema más eficiente que los otros.

La segunda parte de la investigación se centró en el estudio del control por la administración independiente (GAVARA DE CARA, J.C. (Ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013 – ISBN: 978-84-941304-1-0), es decir, el estudio de las competencias del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) posteriormente reconvertido en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y de los consejos autonómicos audiovisuales en materia de infracciones administrativas, así como la posibilidad de adoptar resoluciones e instrucciones ejecutivas y los mecanismos para el control de la actividad de dichos Consejos Audiovisuales. La LGMA ha planteado la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), reconvertido con posterioridad en la

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Hasta dicho momento el Estado español ha sido una de las pocas excepciones comunitarias de ausencia de una regulación del pluralismo a través de un órgano audiovisual de carácter independiente. A nivel autonómico sólo disponen de un órgano independiente del audiovisual tres Comunidades Autónomas: Cataluña, Navarra y Andalucía. En otras dos (Galicia y Madrid) se crearon órganos corporativo-administrativos denominados Consejos Asesores de las Telecomunicaciones y del Audiovisual, pero dependientes jerárquicamente de los respectivos gobiernos autonómicos. Las reformas previstas del marco jurídico audiovisual, tanto a nivel del Estado como en los nuevos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, prevén un total de seis Consejos Audiovisuales, debiéndose añadir a los existentes, los previstos en Valencia, Baleares y el de ámbito estatal.

La idea de crear un Consejo Estatal del Audiovisual, es decir, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) con competencias semejantes a las de otras autoridades audiovisuales de países europeos para la elaboración de informes vinculantes en la concesión de licencias operadoras de radiodifusión, para velar por el pluralismo informativo y con facultades sancionadoras, es un proyecto que hace tiempo se está gestando, pero que hasta el reciente impulso europeo no se ha articulado. La realidad convergente de los medios de comunicación y el reparto competencial en España hacen imprescindible la concreción de los niveles de responsabilidad y coordinación de los distintos órganos independientes de regulación y control del audiovisual. El reparto competencial en la materia vendrá caracterizado por unas estrictas relaciones de separación, ya que a pesar de que materialmente puedan asumir las mismas funciones, se estructura su ámbito de aplicación a los medios de comunicación regulados por la respectiva ley de creación, de forma que las autoridades autonómicas del audiovisual limitan sus competencias y funciones a los medios de comunicación de titularidad autonómica. No obstante, desde un punto de vista material, el carácter básico de la nueva normativa estatal del audiovisual (corresponde al Estado la competencia en legislación básica del régimen de prensa, radio y televisión - art. 149.1.27 CE), obligará a asumir a dichas autoridades

autonómicas los mandatos de carácter sustancial no presentes en sus respectivas normativas para sus correspondientes ámbitos de actuación (medios de comunicación autonómicos y locales).

Por otra parte, la CNMC tendrá de forma directa el control de los servicios de comunicación audiovisual de carácter estatal o privado, y de forma subsidiaria el control de los autonómicos o locales en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan establecido o creado una autoridad independiente del audiovisual. En consecuencia, la LGCA mediante su regulación material propicia que los derechos del público sean aplicados por la CNMC en relación a los servicios de comunicación audiovisual de carácter estatal (públicos o privados) o a los servicios audiovisuales autonómicos o locales (de forma subsidiaria cuando no hayan creado una autoridad independiente propia), pero también, finalmente, que dicha normativa material al tener carácter básico, sean aplicables directamente o a través del desarrollo normativo por los consejos audiovisuales autonómicos.

Dentro de esta parte de la investigación se realizará un estudio comparado de las actividades de control similares realizadas por autoridades independientes de otros Estados de nuestro entorno. Particularmente en este contexto se estudiará las competencias en Estados Unidos (FCC-Federal Communications Commission), Reino Unido (OFCOM), Francia (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel), Italia (Autorità per la Garanzie delle Comunicazioni) y Alemania (Der Deutscher Presserat y Die Beschlußkammern der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post), con la finalidad de implementar las soluciones normativas, aplicativas e interpretativas de otros sistemas en la constitución y articulación de las competencias de la CNMC o para su utilización por los consejos Audiovisuales autonómicos.

La tercera parte de la investigación se centro en el estudio del control de los medios de comunicaciones digitales (GAVARA DE CARA, J.C.- DE MIGUEL BÁRCENA, J.- RAGONE, S. (Eds.), *El control de los cibermedios*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014 - ISBN: 978-84-942385-4-3). Una perspectiva de análisis jurídico de los medios de comunicación digitales,

tanto a nivel interno como comparado, permite concluir que se plantean similares problemáticas en los diversos Estados, como pueden ser la de determinar si procede una idéntica protección constitucional y jurídica a los medios tradicionales y a los cibermedios, la corrección jurídica de medidas restrictivas como el cierre de páginas webs o blogs, la aplicación de la protección de derechos de terceras personas como mecanismo de los juicios paralelos y el alcance del derecho al olvido. Estas problemáticas demuestran la dificultad de regulación específica de la temática de los medios de comunicación digitales y sobre todo el establecimiento de mecanismos de control de su actividad. La estructuración de sistemas de control o supervisión de cibermedios requiere de unas pautas y parámetros específicos, con articulación subjetiva y objetiva de mecanismos de autorregulación y unas reglas de conducta explicitadas y publicadas en el propio medio con carácter más genérico.

Los medios de comunicación digitales suponen la introducción de nuevas rutinas productivas, es decir, de nuevos modelos de producción de mensajes periodísticos. Las posibilidades de Internet a nivel comunicativo plantean una serie de cambios en los modos de producción de contenidos informativos tal y como se desarrollan en los medios tradicionales. La instantaneidad, el carácter multimedia de los contenidos, los enlaces a otros sitios web, la interactividad o la capacidad enciclopédica propias de la red de redes son características que han contribuido a introducir numerosos cambios en la forma de organizar y desarrollar el trabajo periodístico. En la elaboración de una noticia, el periodista de un diario digital aplica una metodología de trabajo que comparte muchos aspectos con la que pone en práctica el periodista de un diario en papel. Sin embargo, se encuentra una serie de novedades, no apreciables en la prensa u otros medios tradicionales o analógicos, que permite afirmar que el periodismo on-line introduce unas nuevas rutinas de producción. En la medida en que todavía no se puede hablar de la existencia de redacciones digitales totalmente extendidas y consolidadas, resulta complicado definir con precisión el modelo organizativo de éstas, su planificación del trabajo o los organigramas internos o fases de edición previas a la publicación. Sin embargo, al mismo tiempo dichas

características y las dificultades para definir los nuevos parámetros profesionales dificulta lograr establecer un proceso de trabajo que garantice la calidad de los contenidos emitidos y, sobre todo, diferenciar entre un ejercicio profesional o una actividad ciudadana reconvertida en ejercicio periodístico.

En este contexto, parece clara la elaboración de nuevas reglas, de nuevos parámetros, que sin eliminar las tradicionales, pueden facilitar el camino para un mejor control de los posibles excesos y abusos cometidos en el ejercicio de los derechos conectados a la libertad de información en los medios de comunicación digitales. En este sentido, se debe tender a utilizar los mecanismos de autorregulación a partir de reglas específicas de cada medio aplicables por autoridades internas como los Community Manager o los Social Media Editor o por los posibles consejos de prensa de carácter general o específicos del medio digital, que permiten disminuir los efectos de las posibles lesiones y facilitan un control judicial posterior.

En cualquier caso, no se debe descartar la creación de una autoridad específica de carácter estatal o internacional que elabore pautas o parámetros de control, que pueda ofrecer certificaciones de adscripción a prácticas o de realización de buenas prácticas en el ejercicio de la labor informativa o comunicativa de carácter digital para conocimiento generalizado de la opinión pública y de los usuarios. En este sentido, deberá ser necesario la creación de unas reglas o unas normas materiales de conducta internas del medio o fruto de una relación general que concrete los comportamientos indignos de protección, que frecuentemente se relacionaran con la protección de derechos de terceras personas.

Finalmente, la última parte de la investigación se centrará en el estudio de la actividad del poder judicial como mecanismo de control de los medios de comunicación. El control judicial de los medios de comunicación siempre es una consecuencia de una situación concreta en la que se produce una contradicción entre el ejercicio de un derecho específico y el respeto de los derechos de terceras personas. Las colisiones entre



derechos fundamentales y entre bienes o derechos constitucionalmente protegidos y, en general, las colisiones entre normas constitucionales, presuponen desde un punto de vista dogmático la existencia de contradicciones normativas, es decir, de incompatibilidades entre los supuestos de hecho o las consecuencias jurídicas que se derivan entre dos normas jurídicas en sus respectivos supuestos de aplicación. Frecuentemente, las principales colisiones o contradicciones no surgen de un modo abstracto entre las normas, sino en el ejercicio concreto de un derecho fundamental.

Los criterios generales tradicionales para determinar la prevalencia entre dos normas contradictorias han sido la jerarquía, la temporalidad y la especialidad. Sin embargo, en el seno de un mismo acto normativo como en nuestro caso es la Constitución cualquier hipotética contradicción entre dos de sus normas que requiera la prevalencia de una de ellas solo puede ser solucionada mediante el criterio de especialidad, que no deja de ser una regla interpretativa aplicable por la jurisdicción ordinaria (en el caso de laguna de resolución legislativa mediante la aplicación directa) o por el Tribunal Constitucional que genera precedentes constitucionales dirigidos a futuros o similares casos. La aplicación de este criterio puede ser articulada a través de una deducción o derivación del supuesto de hecho del derecho fundamental mediante criterios interpretativos o bien por su consideración de ser una excepción al principio del respeto de los derechos fundamentales previsto en la Constitución mediante una articulación normativa por el legislador. Cuando la Constitución de forma expresa establece una exclusión o excepción al principio no se requiere que el legislador la establezca en concreto, siendo operativa para los órganos judiciales de modo directo.

En este apartado se deben valorar las consecuencias desde un punto de vista de la actividad judicial de los límites a los derechos fundamentales, con independencia de que hayan sido introducidos o desarrollados por la Constitución o por el poder legislativo, que respondan a la resolución de un conflicto entre derechos planteado directamente en la Constitución. En estos casos, el poder judicial como órgano encargado de aplicar los límites expresos o resolver los conflictos en la práctica, está obligado a

desarrollar ciertos deberes de protección, como una especial motivación de sus resoluciones que tenga en cuenta una ponderación específica entre los derechos en conflicto que determine cuál de ellos se aplica con carácter preferente en el caso concreto. En este sentido, las decisiones judiciales de aplicación de los límites expresos establecidos directamente por la Constitución pueden desarrollar una vinculación positiva del poder judicial exigida directamente por la Constitución que obliga a argumentar en función del caso concreto el peso relativo que pueden tener los derechos en conflicto. Este esquema de ponderación judicial se aplica a límites expresos que supongan o permitan una resolución de conflictos entre derechos a nivel constitucional (conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y de información –art. 20.1 CE- con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen –art. 20.4 CE-). En la resolución del conflicto entre derechos expresamente establecido en la Constitución, las actividades judiciales integradas en la vinculación positiva implica la adopción de decisiones y resoluciones en las que debe desplegar una motivación o ponderación debiendo valorar específicamente los derechos desplegados con la finalidad de dotar de la eficacia necesaria y justa a cada uno de los derechos en función de las circunstancias concretas del caso.

La ponderación judicial implica la articulación de una resolución para determinar la preferencia en un conflicto entre dos derechos fundamentales con el mismo rango jerárquico, por lo que para la resolución definitiva del mismo siempre se deben tener en cuenta las circunstancias concretas del caso, es decir, se trata de una competencia jurisdiccional que se debe determinar caso por caso. En consecuencia, aunque la solución solo afecte al caso concreto, la comparación de casos posibilita una aplicación analógica y un cierto grado de tipificación de las soluciones extensibles a circunstancias semejantes. En general, se debe insistir en que los derechos de la personalidad no son sólo límites de los derechos del art. 20 CE, sino que también son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. De modo que cuando con el ejercicio de la libertad de expresión resulta afectado el derecho al honor, se establece un conflicto de derechos que no necesariamente implica que el derecho

al honor deba prevalecer siempre respecto del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión o de información, ni tampoco estos se consideren siempre como prevalentes debido a su carácter institucional, por lo que se impone una necesaria y casuística ponderación entre una y otro.

En este apartado de la investigación se sistematizarán los criterios de ponderación judicial utilizados por la jurisdicción constitucional y ordinaria en el control de los medios de comunicación, ya que a pesar de la existencia de numerosos trabajos en materia de colisiones en este ámbito, no se ha realizado un estudio para interrelacionar sus efectos con los otros mecanismos de control, fundamentalmente la autorregulación o las actividades de autoridades independientes con competencia para controlar los medios de comunicación.

La finalidad última del proyecto de investigación ha sido elaborar una teoría general del control de los medios de comunicación que adoptará como hipótesis de partida y criterio de justificación de dicho control a la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, con independencia del instrumento de control que se utilice el mismo hecho de que con el ejercicio profesional informativo y comunicativo se esté al mismo tiempo ejerciendo un derecho fundamental propio basado en la libertad de comunicación pública, implica que solo se puede justificar el control y la restricción de dicha libertad en la protección de otros derechos fundamentales, de forma que dicha justificación es operativa y aplicable a cualquier forma de control utilizada (autorregulación, autoridad independiente o control judicial).