

# LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS MULTIMEDIA EN ALEMANIA\*

María Jesús García Morales

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política  
de la Universidad de Barcelona

## I. Introducción

La República Federal de Alemania es el primer país de la Unión Europea donde desde 1997 los nuevos servicios de comunicación electrónica, como el telebanco, la transmisión de datos o el correo electrónico, disponen de una regulación específica. De esta forma, Alemania se ha convertido, en este ámbito, en un estado pionero dentro de la Unión por un doble motivo: por una parte, es el primer estado políticamente descentralizado que ha tenido que afrontar la delimitación de competencias entre la Federación y los estados miembros a la hora de regular estos nuevos servicios; y, por otra, la normativa alemana ha avanzado categorías y criterios de regulación en un ámbito sumamente novedoso.

Dichos servicios, por lo común conocidos como *multimedia*, permiten al usuario recibir prestaciones, frecuentemente interactivas, de todo tipo de informaciones, textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, transmitidas a través de una red con independencia de si el equipo terminal es un ordenador o un televisor.<sup>1</sup> Los multimedia combinan, pues, elementos de diferentes medios de comunicación. Por ello, su aparición supone el surgimiento de un tercer ámbito entre la comunicación individual, habitualmente inscrita en la telecomunicación, y la tradicional comunicación de masas que representa la radiotelevisión.<sup>2</sup>

Estos nuevos servicios encierran un enorme potencial económico a medio y a largo plazo. Sin embargo, hasta tiempos recientes, en Alemania no había una regulación que especificara bajo qué condiciones debían ofrecerse. Así, extremos como la necesidad o no de una licencia para su prestación, o bien en qué medida el proveedor era responsable por la difusión de ofertas con pornografía infantil o propaganda nazi, eran cuestiones jurídicamente nada claras. El recurso al marco normativo

---

\* Este trabajo es el resultado de una estancia en el *Institut für Informations-, Telekommunikations-, und Medienrecht (Öffentlich-rechtliche Abteilung)* de la Universidad de Münster (República Federal de Alemania), durante los tres meses del verano de 1998, estancia que ha sido posible gracias a una beca del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña. Quiero expresar mi agradecimiento a este Instituto y al profesor Bernd Holznel, director del centro donde se ha realizado esta investigación, así como a sus colaboradores, por toda la ayuda que me han prestado.

1. Entre otros, A. Rossnagel, *Telekommunikations- und Multimediarecht*, Beck, Munich, pág. XIV.

2. Sobre la superación del esquema tradicional telecomunicación-radiotelevisión, puede consultarse M. Bullinger y E.-J. Mestmäcker, *Multimedienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pág. 15 y ss.

ideado para la radiotelevisión podía dar algunas pautas, pero no parecía adecuado para la mayoría de estos servicios que representan algo cualitativamente nuevo y diferente de aquella. Por ello, el principal motivo de la regulación de los multimedia en Alemania ha sido dotar a los empresarios del sector de un marco jurídico seguro que estimulara sus inversiones, pero que también garantizara la aceptación de estos servicios mediante la protección de los usuarios frente a los riesgos que tales formas de comunicación comportan para su privacidad o para los menores.

Con esa finalidad se aprobó la Ley federal de servicios de información y comunicación (IuKDG) y un Convenio estatal suscrito por todos los *länder* sobre servicios de medios de comunicación (MDSt),<sup>3</sup> que entraron en vigor, a la vez, el 1 de agosto de 1997. Cabe insistir, pues, en que la regulación multimedia alemana es propiamente un auténtico complejo normativo que, además, ha zanjado una dura pugna entre la Federación y los *länder* sobre el alcance de sus competencias en ese sector. Esta controversia competencial es, sin duda, un aspecto clave para entender la regulación material alemana y por ese motivo se examina antes de abordar el contenido concreto de la misma.

## II. Distribución de competencias en materia de servicios multimedia

Alemania es un Estado con estructura federal. Por ello, la primera cuestión que ha suscitado la regulación de los multimedia en este país ha sido determinar qué instancia, la Federación o los *länder*, podía regular esa materia.

### 1. Origen de la controversia competencial

Ambas partes estaban de acuerdo en la liberalización de estos servicios y en una regulación de fondo basada en la libertad de acceso, que permitiera su prestación sin necesidad de autorización. Sin embargo, discrepaban en torno a qué instancia debía regularlos.

La Federación reivindicaba su competencia exclusiva sobre telecomunicación (art. 73.7 LFB) y su competencia concurrente sobre el derecho de la economía (art. 74.1.11 LFB), pues concebía estos nuevos servicios como un ámbito de la libertad de empresa. Por su parte, los *länder* pretendían regular los servicios multimedia, para proseguir el camino que habían iniciado en el ámbito de los nuevos medios, ya en los años ochenta, con la regulación de un sistema de videotex (conocido como sistema-Btx), que concibieron principalmente como un subproducto televisivo. Por ello, éstos defendían que los servicios multimedia eran nuevas formas de radiotelevisión y de otros medios de comunicación sobre los que tenían competencias.<sup>4</sup>

3. Los convenios estatales ocupan, tras su autorización por los parlamentos de las instancias suscriptoras, una posición equiparable a la ley del *land*. Si tales convenios se suscriben por todos los *länder*, sirven, básicamente, para regular de forma uniforme un ámbito —donde los *länder* tienen competencias—, ya que lo acordado se convierte, tras la preceptiva autorización parlamentaria, en ley de cada *land* y, además, con contenido idéntico en todos ellos.

4. En el sistema alemán la competencia en materia de libertades comunicativas y en especial sobre radiotelevisión corresponde a los *länder*. La jurisprudencia constitucional ha precisado desde los

En esa línea, y ante el desarrollo de las nuevas tecnologías, los *länder* anunciaron en 1994 su propósito de dotar a los servicios multimedia de un marco normativo. Para ello presentaron lo que se conoce como la *Negativliste*; es decir, un elenco de ofertas multimediales elaborado por los responsables de los *länder* en materia radiotelevisiva, donde se enumeraban: por una parte, servicios excluidos del concepto de radiotelevisión (por ejemplo, correo electrónico, catálogos de venta electrónicos, lotería electrónica); y por otra, servicios que se entendían como nuevas formas de radiotelevisión, pero que no precisarían una regulación tan intensa como la prevista para la radiotelevisión tradicional, pues su incidencia en la formación de la opinión pública era más escasa y también lógicamente era menor el peligro para manipularla (entre ellos, servicios de datos meteorológicos o bursátiles, o bien telejuegos).<sup>5</sup>

Esa lista fue adoptada por la Conferencia de Ministros-Presidentes de los *länder* de 25/27 de octubre de 1995 y se convirtió en la base del proyecto de convenio estatal sobre servicios de medios de comunicación, presentado por los *länder* en mayo de 1996. Pocos días antes, la Federación, que también reivindicaba su competencia para regular los servicios multimediales, había anunciado a través del ministro federal de Educación, Ciencia, Investigación y Tecnología la elaboración de un proyecto de Ley federal multimedia que previsiblemente se solaparía con la regulación de los *länder*.<sup>6</sup>

## 2. Solución adoptada

Esa controversia competencial ralentizaba el desarrollo de la sociedad de la información en Alemania, pues los proveedores de servicios multimedia no querían arriesgar sus inversiones sin un marco jurídico mínimo sobre las condiciones a las que debía someterse su actividad. La formalización del conflicto ante el Tribunal Constitucional Federal no parecía la solución más oportuna, pues su resolución se hubiera demorado durante varios años.

---

años sesenta, en concreto desde el intento del canciller Konrad Adenauer de crear una radiotelevisión federal, que la configuración de la radiotelevisión corresponde a los *länder*. Ello incluye extremos organizativos, procedimentales o de contenidos; es decir, los aspectos culturales de la radiotelevisión. Y además se ha rechazado cualquier intromisión de la Federación, aclarando que la competencia federal sobre telecomunicación sólo cubre los aspectos técnicos de transmisión de la señal [BVerfGE 12, 205 (255) (NDR/Televisión de Alemania s.r.l.d.a)]. En el caso de los multimedia no se persigue tanto la configuración de la libertad de radiotelevisión, cuanto la protección de otros bienes que colisionan con ella como el derecho al honor o la protección de la juventud; en definitiva una regulación de límites a esa libertad que también corresponde a los *länder*. Sobre la controversia competencial en materia multimedia, *vid.*, H. Gersdorf, «Neue Dienste zwischen den Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern», en M. Prinz y B. Peters (eds.), *Medienrecht in Wandel. Festschrift für M. Engelschall*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pág. 163 y ss.

5. *Bericht der Arbeitsgruppe «Rundfunkbegriff» der Rundfunkreferenten der Länder vom 9./10. November 1994 in Nürnberg*, *vid.* en *prognos-Studie, Marktchancen und Regulierungsbedarf für Digitales Fernsehen*, Anexos A 29- A 32. Sobre el tema también puede verse, M. Kntohe, «Neues Recht für Multi-Media Dienste. Die Ländersicht», *Archiv für Presserecht*, núm. 2, 1997, pág. 496

6. «Eckwerte für ein Multi-Media-Gesetz vom 2.5.1996», *Dokumentation in Funkkorrespondenz*, núm. 21, 1996, pág. 37.

Se llegó a proponer hasta una reforma constitucional que introdujera una competencia federal marco en materia de multimedia, o incluso una nueva competencia conjunta entre la Federación y los *länder* en este sector al estilo de las llamadas tareas comunes que, en casos tasados, prevé la Ley Fundamental de Bonn (art. 91.a y 91.b LFB).<sup>7</sup> Sin embargo, al final, tras intensas negociaciones, la Federación y los *länder* llegaron a un acuerdo el 1 de julio de 1996, que se formalizó en una declaración conjunta del canciller federal y los ministros-presidentes de los *länder*, de 18 de diciembre del mismo año. Se trata de una solución pragmática a través de la cual las partes acordaron que una ley de la Federación regulara los servicios de comunicación individual, los llamados *teleservicios* (*Teledienste*), mientras que los servicios multimedia orientados a un número indeterminado de personas, los *servicios de medios de comunicación* (*Mediendienste*), se disciplinarían mediante un convenio entre los *länder*.<sup>8</sup> De este modo, ambas instancias se comprometieron a aprobar a través de esos instrumentos (ley federal y convenio de los *länder*) una legislación paralela sobre cuestiones de fondo, como por ejemplo la libertad de acceso o el régimen de responsabilidad, donde ambas partes siempre estuvieron de acuerdo.

A tal efecto, los *länder* suscribieron el Convenio estatal sobre medios de comunicación de 20 de enero/12 de febrero de 1997 (MDS<sub>t</sub>) y la Federación aprobó la Ley federal sobre servicios de información y comunicación (IuKDG), de 22 de julio de 1997, cuya entrada en vigor se pactó en ambos casos el 1 de agosto de 1997. Esta última es lo que se conoce como una *ley de artículos* (*Artikelgesetz*); es decir, una ley que contiene varias leyes, en concreto once, de las cuales aquí interesan sobre todo la Ley sobre teleservicios (TDG) y la Ley sobre protección datos en los teleservicios (TDDSG). Así, esta técnica legislativa ha permitido sistematizar *uno acto* la aprobación de nuevas disposiciones o reformas de leyes anteriores sobre el sector multimedia.<sup>9</sup>

El resultado ha sido que los *länder*, apoyándose en sus competencias mediáticas, han regulado los servicios multimedia dirigidos a una comunicación de masas; mientras que aquellos otros servicios multimediales destinados a la comunicación individual han quedado en manos de la Federación, básicamente a través de las leyes sobre teleservicios y sobre protección de datos en los teleservicios.

Ahora bien, ¿cuál es la competencia de la Federación para legislar sobre estas formas de comunicación individual? El recurso a su competencia exclusiva sobre telecomunicación fue al final descartado porque la Ley federal sobre los multimedia

7. También se propuso la suscripción de un Convenio estatal entre la Federación y los *länder*, pero esta solución se desechó finalmente. Sobre las diversas propuestas, *vid.* G. Gounalakis y L. Rhode, «Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz. Ein Jahr im Rückblick: Rechtsrahmen des Bundes für die Informationsgesellschaft», *Kommunikation & Recht*, núm. 8, 1998, pág. 323.

8. El texto de la declaración se reproduce en S. Engel-Flechsig, «Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz des Bundes und der Mediendienstaatsvertrag der Bundesländer», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 4, 1997, pág. 231.

9. En concreto, la Ley federal sobre servicios de información y comunicación contiene: por una parte, tres nuevas leyes, las ya mencionadas leyes sobre teleservicios (TDG) y sobre protección de datos en los teleservicios (TDDSG) más la Ley sobre la firma digital (SigG), que pretende regular el comercio electrónico; y por otra, reformas del Código penal, de la Ley sobre infracciones administrativas, de la Ley sobre difusión de escritos perjudiciales para menores, de la Ley de propiedad intelectual y de la Ley y el Reglamento sobre indicación de precios.

disciplina aspectos materiales, como el principio de libertad de acceso o el régimen de responsabilidad de los proveedores, y la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la competencia federal sobre telecomunicación sólo cubre la regulación del proceso técnico de transmisión.<sup>10</sup> Por ello, la Federación utilizó finalmente su competencia concurrente sobre derecho de la economía para regular los servicios multimediales de comunicación individual,<sup>11</sup> aunque no sin pocas críticas. Posiblemente la más reiterada es que el punto central de la regulación de esos servicios no es el estatus del proveedor, sino la información y la comunicación, derechos fundamentales del ámbito mediático cuya configuración legislativa corresponde en el derecho alemán a los *länder*.<sup>12</sup>

En definitiva, parece que el ámbito que debía regular la Federación se fue perfilando más bien en las sucesivas negociaciones entre representantes federales y de los *länder*, con frecuencia sobre controvertidas zonas grises entre las que se encontraban servicios como la telecompra.<sup>13</sup> En cualquier caso, las concesiones recíprocas de toda negociación no pueden ser una renuncia de competencias propias en favor de la otra instancia, ya que éstas son indisponibles para sus titulares. Pero ello no obsta para que en ocasiones, como esta, la Federación y los *länder* hayan acordado una determinada interpretación de un título competencial, a fin de conseguir un ejercicio pacífico del mismo.<sup>14</sup> De esta forma, la solución adoptada ha permitido a la Federación y a los *länder* aprobar, por encima de concepciones competenciales diferentes, una regulación de fondo sobre cuestiones compartidas por ambas instancias.

10. Así, BVerfGE 12, 205 (255 y ss.) (NDR/Televisión de Alemania s.r.ltda). Desde esta sentencia, dado que la regulación de la comunicación individual se ha centrado sobre todo en aspectos técnicos, se fue abriendo paso, en un sector de la doctrina, la idea de que la comunicación individual correspondía a la Federación en virtud de su título sobre telecomunicación. Esa interpretación no ha encontrado, sin embargo, eco en la jurisprudencia constitucional. Sobre comunicación individual y la competencia federal sobre telecomunicación, *vid.* W. Schulz, «Jenseits der «Meinungsrelevanz»- Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Ausgestaltung und Gesetzgebungskompetenzen bei neuen Kommunikationsformen», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 6, 1996, pág. 495.

11. En ese sentido, *vid.* el dictamen preparado a instancias del Ministerio federal de Educación, Ciencia, Investigación y Tecnología por M. Bullinger y E.-J. Mestmäcker, *Multimediendienste*, *op. cit.*, pág. 173, que básicamente concibe los multimedia como intercambio electrónico de bienes.

12. Entre otros, G. Gounalakis y L. Rhode, *op. cit.*, pág. 323, que además señalan que el derecho de la economía no podía ser el título principal porque, junto al interés económico del proveedor, la Ley sobre teleservicios también persigue una protección de los derechos del usuario que difícilmente podían ampararse en aquella competencia. Junto a estas críticas sobre el título elegido, también se ha objetado la oportunidad del tipo de competencia utilizada. En efecto, el derecho de la economía es una competencia concurrente, de modo que, en el sistema alemán, la Federación sólo puede actuar si es necesario para garantizar una unidad jurídica y económica (art. 72.2 LFB); algo cuestionable cuando los *länder* habían demostrado su capacidad para regular este ámbito de forma unitaria sin intervención federal a través del convenio sobre servicios multimedia. Sobre este extremo, *vid.* M. Kntohe, *op. cit.*, pág. 495.

13. G. Gounalakis y L. Rhode, *op. cit.*, pág. 323.

14. Se trata de una forma de proceder conocida en el sistema federal alemán donde, por ejemplo en el ámbito de los nuevos medios, la Federación renunció a recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal y permitió que los *länder* regularan en 1983 el sistema de videotex (sistema-Btx), a través de un convenio estatal, con el fin de no demorar su introducción, y porque estaba de acuerdo en la regulación de fondo, aunque siempre rechazó que ello cayera dentro de las competencias mediáticas de los *länder*. Sobre este caso, *vid.* M. Bullinger y E.-J. Mestmäcker, *op. cit.*, pág. 156.

### III. Regulación material de los servicios multimedia

#### 1. *Conceptos previos: servicios de medios de comunicación y teleservicios*

La normativa sobre los multimedia ha creado dos nuevas categorías en el derecho alemán: por una parte, los *teleservicios*, que regula la Ley federal sobre teleservicios; y, por otra, los *servicios de medios de comunicación*, cuyo régimen se disciplina en el Convenio estatal sobre tales medios, y también, parcialmente, como se verá, en el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión.

Esa dicotomía de servicios sirve para diseñar el régimen material de cada uno de ellos, pero sobre todo sirve para traducir un determinado reparto competencial entre la Federación y los *länder* en este nuevo ámbito.

Por ello, el punto de partida para la configuración de estas dos nuevas categorías, teleservicio y servicio de medios de comunicación, ha sido lo que se conoce como el *concepto constitucional de radiotelevisión* (*verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff*). Se trata de una cuestión intensamente discutida por la doctrina alemana durante los últimos años, bajo la cual se debate si todos los nuevos servicios electrónicos caen dentro del ámbito de protección de la libertad de radiotelevisión que reconoce la Ley Fundamental de Bonn (art. 5.1 LFB).

La importancia de este concepto constitucional de radiotelevisión radica en que sirve para determinar el ámbito de regulación de esos nuevos servicios desde una doble perspectiva. Por una parte, desde el punto de vista competencial, la radiotelevisión es una competencia de los *länder*, y por tanto, fijar qué servicios se subsumen dentro de ese concepto supone aclarar cuáles de ellos deberán ser regulados por los *länder* y cuáles por la Federación. Pero, además, este extremo sirve para determinar la regulación material de estos servicios, pues ha sido preciso discutir en qué medida el riguroso régimen tradicionalmente impuesto a la radiotelevisión, bajo argumentos diversos como la influencia que ejerce en la formación de la opinión pública e individual, debía aplicarse también a algunas de estas nuevas formas de comunicación.<sup>15</sup>

#### 1.1. Punto de partida: concepto constitucional de radiotelevisión

##### a) Elementos del concepto constitucional de radiotelevisión

La Ley Fundamental de Bonn reconoce la libertad de radiotelevisión pero no define qué es radiotelevisión. En el derecho alemán se entienden necesarios tres elementos para hablar de radiotelevisión en sentido constitucional: orientación a la generalidad, programas de todo tipo y transmisión a través de telecomunicación.<sup>16</sup>

15. Sobre este tema *vid.* en su totalidad H. Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, Schriftenreihe der HAM, Berlín, 1995; más brevemente, W. Hoffmann-Riem y W. Schulz, «La televisión pública en Alemania», en J. J. González Encinar (ed.), *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 84-85.

16. Se trata tres notas recogidas en el artículo 2.1 del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión, precepto que contiene la definición legal de radiotelevisión, y unánimemente se considera que concretizan los elementos de la radiotelevisión en sentido constitucional. Sobre el concepto constitucional de radiotelevisión y sus elementos puede consultarse el ya mencionado trabajo de H. Gersdorf, *ibidem*; así como H. D. Jarass, «Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internets», *Archiv für Presse-recht*, núm. 2, 1998, pág. 133-137; B. Holznagel, «Rundfunk-, Medien- und Teledienste: Abgren-

El primer elemento hace referencia a una comunicación potencialmente de masas. El contenido de la comunicación o el hecho de que se deba pagar un precio por él son datos irrelevantes, mientras el destinatario sea un número indeterminado de personas. Por ello, ese elemento faltará en el caso de formas de comunicación destinadas a grupos cerrados como, por ejemplo, programas emitidos en el ámbito familiar o videoconferencias.

La radiotelevisión en sentido constitucional precisa además programas de todo tipo. Este requisito, que se conoce como *Darbietung*, alude al producto comunicativo, concretamente a su aptitud para influir en la formación de la opinión pública; es decir, a su relevancia publicística.<sup>17</sup> Al respecto es indiferente el contenido de la comunicación, que puede ser tanto información, como cultura o entretenimiento. Más bien este elemento alude a la función propia de la radiotelevisión como factor y medio de formación de la opinión pública, que sólo puede cumplirse si la inmensa serie de sucesos, informaciones u opiniones que se producen, se preparan y se presentan como un producto dirigido al receptor.<sup>18</sup> De este modo, no serían radiotelevisión aquellas ofertas comunicativas que no están destinadas o no son apropiadas para la formación de la opinión pública, como sucede en el caso de informaciones aisladas que no se incluyen en una oferta de comunicación más amplia como, por ejemplo, la transmisión electrónica de un catálogo de compra.

Junto a esos dos elementos, la radiotelevisión en sentido constitucional exige una transmisión a través de telecomunicación. Se trata de un requisito que alude al proceso técnico de difusión y que diferencia a la radiotelevisión de otras libertades orientadas a la comunicación de masas —y también reconocidas en el artículo 5.1 LFB— como la prensa o el cine. En ese sentido, lo relevante sería que la transmisión se produzca a través de la utilización de ondas electromagnéticas, pero es indiferente que la difusión sea mediante frecuencias terrestres, por satélite o por cable de banda estrecha o ancha.

#### b) Concepto constitucional de radiotelevisión y nuevos medios

Como se ha avanzado, la regulación de los nuevos servicios ha colocado a este concepto en el centro del debate mediático alemán durante los últimos cuatro

---

zung, Anbieterpflichten und Aufsichtsstrukturen» (manuscrito), pág. 9 y ss., próximamente en T. Hoeren y U. Sieber (ed.), *Handbuch Multimedia-Recht*, Beck, Munich, 1999; D. Dörr, «Multimedia und der Rundfunkbegriff», A. Dittmann, F. Fechner y G. G. Sander (ed.), *Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien*, Symposium zum 65. Geburtstag von T. Oppermann, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pág. 1222 y ss.; W. Hoffmann-Riem, «Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste», *Archiv für Presserecht*, núm. 1, 1996, pág. 9 y ss.

17. La relevancia en la opinión pública se entiende de forma amplia como la capacidad de una oferta mediática de influir en la construcción de la realidad social, refiriéndola a todos los ámbitos de la vida; *vid.* W. Hoffmann-Riem, «Kommunikations- und Medienfreiheit», en E. Benda, W. Maihofer, H. J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (ed.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1995, pág. 197; W. Schulz, *op. cit.*, pág. 493.

18. Esa prestación se conoce como *redaktionelle Darbietung*. Sobre la misma, *vid.*, en especial, H. D. Jarass, *op. cit.* pág. 134-136. Asimismo, sobre la libertad de radiotelevisión como *dienende Freiheit*, tal como la ha calificado el Tribunal Constitucional Federal alemán; es decir, como libertad al servicio de una función: la garantía de una formación de la opinión pública e individual libre, puede consultarse M. Salvador Martínez, *La libertad de la televisión. El modelo alemán*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 126 y ss.

años, ya que ha sido preciso discutir, con un trasfondo competencial que no debe perderse de vista, su incardinación en el mismo. Todos estos servicios utilizan la telecomunicación como soporte técnico. Pero no todos ellos se orientan a la comunicación de masas. Sólo aquellos servicios que se dirigen a un destinatario indeterminado pueden caer dentro del concepto constitucional de radiotelevisión, aunque su relevancia publicística sea inferior a la que consigue la radiotelevisión tradicional mediante emisiones preordenadas en el transcurso de una programación global.

La inclusión o exclusión de los servicios multimedia en el concepto de radiotelevisión no es, sin embargo, un tema nuevo en Alemania. Al contrario, su discusión se inicia a principios de los años ochenta con la aparición de los primeros servicios que permitían una comunicación más interactiva.<sup>19</sup> A diferencia de la radiotelevisión clásica, estos servicios confieren al receptor una amplia disponibilidad temporal y sobre los contenidos que desea recibir. Por ello, se empezó a debatir hasta qué punto tales servicios podían considerarse como comunicación de masas y como radiotelevisión. Esas reflexiones se plasmaron en la Ley de medios de comunicación de Baden-Württemberg, de 16 de diciembre de 1985, que preveía un régimen para la radiotelevisión tradicional y otro menos riguroso para los llamados *servicios semejantes* a la radiotelevisión (*rundfunkähnliche Dienste*), que permitían al receptor una mayor posibilidad de selección temporal, y entre los que se contaban sistemas de teletexto o el vídeo bajo demanda.<sup>20</sup>

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha entendido que esa distinción legal puede tener un carácter descriptivo, pero es irrelevante para determinar si un servicio cae dentro del concepto constitucional de radiotelevisión. El Tribunal ha partido de una interpretación dinámica y funcional de radiotelevisión; es decir, orientada a salvaguardar la función de formación de la opinión pública e individual, que garantiza esta libertad, también ante las nuevas posibilidades técnicas. Consiguientemente, estos nuevos servicios podrían ser radiotelevisión en sentido constitucional, ya que no se excluye que puedan influir en el proceso de formación

19. Se acostumbra a hablar de servicios cuasi bajo demanda o bajo demanda. Los primeros (*Zugriffsdienste*) se transmiten de forma cíclica y el usuario puede elegir el momento de su recepción dentro de horarios predeterminados por el operador (por ejemplo, el teletexto); por su parte, los servicios bajo demanda (*Abrufdienste*) permiten al receptor determinar libremente el momento y también el contenido que quiere recibir (por ejemplo, servicios de Internet). La doctrina alemana empezó a ocuparse de estos nuevos servicios con la introducción en 1983 del sistema de videotex que permitía transmitir por vía telefónica textos guardados en un servidor, más conocido como sistema-Btx. Pero incluso ya a finales de los años setenta los máximos responsables en materia radiotelevisiva de los *länder* redactaron informes, los llamados *Schliersee-Papier* en 1975 o los *Würzburger-Papier* en 1979, donde se debatía la inclusión dentro del concepto de radiotelevisión de los servicios cuasi bajo demanda y bajo demanda. Más detalles en H. Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff*, op. cit., pág. 121-128.

20. Bajo esa distinción subyacen buena parte de las ideas mantenidas por M. Bullinger, uno de los impulsores de esta ley, quien sostenía que los nuevos servicios no podían entenderse como radiotelevisión porque el receptor no estaba vinculado a una programación determinada por el emisor y recibida por un número indeterminado de destinatarios de forma simultánea; *vid.* M. Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, Nomos, Baden-Baden, 1980, pág. 26 y ss. En contra, puede consultarse W. Hoffmann-Riem y T. Vesting, «Ende der Massenkommunikation?», *Media Perspektiven*, núm. 8, 1994, pág. 388-389.



de la opinión pública, si el contenido de la comunicación se dirige a un número indeterminado de destinatarios; es decir, a la comunicación de masas.<sup>21</sup>

Ello no significa que todos los servicios que caen dentro de ese concepto constitucional deban tener una regulación uniforme. Al contrario, la libertad de radiotelevisión sólo exigiría que el nivel de regulación se oriente a la potencial influencia que cada servicio tenga en la formación de la opinión pública. Por ello, el legislador —cabe insistir en que se trata del legislador de los *länder*— puede someter a los servicios que caen en el concepto constitucional de radiotelevisión a regulaciones diferentes, más o menos estrictas, y disponer para cada uno de ellos un nivel de exigencias diversas.<sup>22</sup>

Así, dentro del concepto constitucional de radiotelevisión coexisten actividades con diferente relevancia publicística, y correlativamente con un régimen diferenciado y gradual: por una parte, servicios que el legislador designa como «radiotelevisión» (*Rundfunk*) que se someten a una intensa regulación prevista en el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión; y, junto a ellos, otros servicios con un régimen menos riguroso y entre los que se encuentran servicios multimedia orientados a la comunicación de masas.

De esta forma, cabe diferenciar: por una parte, un *concepto constitucional y amplio de radiotelevisión* configurado por los elementos vistos, que hace referencia al ámbito de protección de la libertad de radiotelevisión garantizada por la Ley Fundamental de Bonn, donde se incluyen servicios de radiotelevisión y algunos nuevos servicios; y por otra, un *concepto estricto de radiotelevisión* que alude al ámbito de aplicación del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión; es decir, a las concretas actividades o servicios que se someten a un régimen riguroso de autorización para el operador privado o garantías de pluralismo, dentro de las cuales se cuentan las emisiones de radiotelevisión codificada y de pago, así como programaciones de radiotelevisión generalistas, temáticas, por satélite o de carácter local.<sup>23</sup>

21. BVerfGE 74, 297 (350-352) (Ley de medios de comunicación de Baden-Württemberg). Una interpretación también funcional de radiotelevisión en BVerfGE 83, 238 (302) (Ley de medios de Renania del Norte-Westfalia).

22. Sobre este extremo, B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 14-15; W. Hoffmann-Riem y W. Schulz, *op. cit.*, pág. 85.

23. La televisión codificada y de pago se recoge expresamente como servicio de radiotelevisión en el artículo 2.1 (último inciso) del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión. El resto de las emisiones mencionadas se relacionan en el artículo 2.2 del mencionado Convenio. Todos estos servicios se consideran servicios de radiotelevisión *stricto sensu*. De esta manera, el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión parte en su artículo 2.1 (inciso primero) —definición legal de radiotelevisión— de un concepto amplio, por cuanto recoge, como se vio, los elementos del concepto constitucional de radiotelevisión; pero ello no significa que todas las actividades que caen dentro de ese concepto amplio estén sujetas a este Convenio. El ámbito de aplicación del mismo es claramente más estrecho. El propio Convenio define algunos de esos servicios radiotelevisivos. Así, a los efectos de este Convenio, se entiende como programación generalista (*Vollprogramm*) aquella programación de radiotelevisión con contenidos variados en los cuales la información, la formación, el asesoramiento y el entretenimiento constituyen una parte esencial de la programación global; programación temática (*Spartenprogramm*) como una programación de radiotelevisión con contenidos en gran parte similares; emisiones por satélite (*Satellitenfensterprogramm*) en el sentido de una programación de radiotelevisión temporalmente limitada, con una difusión en todo el territorio federal dentro de una extensa programación (programación principal); y programación regional (*Regionalfensterprogramm*) como

El debate competencial y material en torno a los nuevos medios alude, como se ha señalado, al concepto constitucional de radiotelevisión. Sobre la ausencia o sobre la presencia muy matizada de sus elementos se han construido las dos nuevas categorías de servicios multimedia, servicios de medios de comunicación y teleservicios, cuyos rasgos se examinan a continuación.

## 1.2. Servicios de medios de comunicación

El Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación define a estos servicios como aquellas ofertas que se dirigen a la generalidad en forma de texto, sonido o imagen y que se transmiten a través de ondas electromagnéticas (art. 2.1 MDSt). Bajo tal categoría se incluyen dos tipos de servicios multimediales:

- por una parte, servicios de distribución, donde el contenido y el punto de emisión se determinan unilateralmente por el emisor, entre los que se cuentan la telecompra, la transmisión de datos (por ejemplo, valores de divisas), o bien el teletexto, el radiotexto u otros servicios de textos equiparables; y
- por otra, servicios bajo demanda, donde el usuario tiene una disposición total sobre los contenidos que desea recibir y sobre su punto de emisión, tales como la prensa electrónica o el vídeo bajo demanda, y de los que se excluyen expresamente aquellos que sean un intercambio de prestaciones individual, una mera transmisión de datos o telejuegos (art. 2.2 MDSt).

Se trata de servicios multimedia orientados a la comunicación de masas, pues su destinatario es indeterminado. Sin embargo, a diferencia de los servicios de radiotelevisión en sentido estricto, sus contenidos tienen una escasa o nula intensidad para influir en la formación de la opinión pública. Básicamente son ofertas sobre publicidad de productos, ocio o noticias, pero que no se incluyen dentro de una oferta de comunicación mayor.

Algunos de estos servicios, como la transmisión de un catálogo de compra o de datos numéricos sobre valores de divisas, carecen de relevancia publicística. Por contra, otros servicios pueden contribuir a la formación de la opinión pública, aunque sólo de forma muy matizada, como sucede en el teletexto. Este servicio permite la transmisión a la generalidad de una oferta comunicativa variada donde se incluyen avances de programación, resúmenes de prensa o partes meteorológicos. Sin embargo, se califica como servicio de comunicación porque es un servicio de textos que carece de imágenes en movimiento; y por tanto, su poder de captación de receptores y su relevancia publicística son reducidos.<sup>24</sup>

una programación de radiotelevisión temporal y espacialmente limitada, con contenidos en su mayor parte regionales, y emitidos dentro de una programación principal. Sobre la distinción entre concepto amplio y estricto de radiotelevisión, *vid.* H. D. Jarass, *op. cit.*, pág. 140; B. Holznagel, *op. cit.*, pág. 18.

24. El teletexto era considerado como servicio de radiotelevisión hasta la aprobación del Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación (art. 22.a MDSt). Precisamente, su ausencia de «fuerza de sugestión» (*Suggestivkraft*) ha sido determinante para sustraerlo del ámbito de aplicación del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión e incluirlo entre los servicios de medios de comunicación. *Vid.* R. Hochstein, «Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff - Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 45, 1997, pág. 2979.

Este tipo de multimedia son un buen ejemplo del carácter funcional que se reconoce al concepto constitucional de radiotelevisión en Alemania, pues tales servicios forman parte de él aunque su grado de influencia en la opinión pública es muy inferior al de servicios de radiotelevisión en sentido estricto. Ahora bien, dado que esos servicios multimediales tienen una escasa relevancia publicística, se prevé un régimen apropiado para su menor incidencia en la opinión pública. Y por ello, se someten a unos requisitos menos rigurosos que los servicios radiotelevisivos, pues su prestación no precisa autorización ni otras garantías de pluralismo previstas para aquéllos.<sup>25</sup>

### 1.3. Teleservicios

A diferencia de los servicios de medios de comunicación, los teleservicios no se incardinan en la comunicación de masas. Así, la Ley federal sobre teleservicios los define como aquellos servicios multimediales que se caracterizan por el uso individual tanto de datos, signos, imágenes y sonidos, que se transmiten a través de la telecomunicación (art. 2.1 TDG). La propia Ley federal de teleservicios enumera, a modo de ejemplo:

- el telebanco o el intercambio de datos,
- servicios de transmisión datos, por ejemplo, sobre tráfico, meteorológicos, medioambientales o bursátiles,
- navegadores de Internet y otras redes,
- telejuegos, o
- la telecompra, pero sólo en el caso de que sea posible la interactividad y hacer directamente pedidos (art. 2.2 TDG).

Se trata, pues, de servicios que constituyen una comunicación individual y que, consiguientemente, se excluyen del ámbito previsto constitucionalmente para los medios de masas. Los teleservicios son comunicación privada y, por ello, la intensidad de su regulación será inferior a la prevista para los servicios orientados a la comunicación de masas.

### 1.4. Problemas de delimitación y su relevancia práctica

Tras la aprobación de la nueva normativa sobre servicios multimedia, en el sistema alemán cabe hablar de la siguiente tríada de servicios de comunicación: la radiotelevisión, en sentido estricto, que representa el grado mayor de influencia en la

---

25. Cabe precisar que concepto constitucional de radiotelevisión y servicios de medios de comunicación son dos ámbitos que se entrecruzan: hay servicios de medios de comunicación, como el teletexto, que se incluyen en ese concepto porque tienen una relevancia publicística; pero otros, como la transmisión de un catálogo de compra, quedan fuera porque la relevancia publicística es nula. A pesar de ello, los servicios de medios de comunicación se han definido, técnicamente de forma inexacta, en la motivación oficial al Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación como radiotelevisión sin *Darbietung* (vid. *Ämtliche Begründung zum Mediendienste-Staatsvertrag*, reproducida en Hessischen Landtag-Drucksachen 14/2783). Sobre este extremo, puede consultarse H. D. Jarass, *op. cit.*, pág. 140; y B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 19.

formación de la opinión pública; los servicios de medios de comunicación con escasa relevancia publicística; y los teleservicios de comunicación individual. Sin embargo, esa distinción, *a priori* meridiana, presenta numerosos problemas de delimitación en la práctica.

Por una parte, no es sencilla la delimitación entre teleservicio y servicio de medios de comunicación. En principio, el criterio de distinción radica en el ámbito de sus destinatarios: comunicación individual en el primer caso, y comunicación de masas en el segundo. Sin embargo, las dificultades de delimitación aumentan porque la frontera entre ambas formas de comunicación es cada vez más difusa. Un buen ejemplo son las páginas *web*, pues unas veces se destinan a la presentación de informaciones u opiniones que sólo de forma muy secundaria sirven para una comunicación individual, mientras que en otras ese aspecto ocupa el primer plano.

Por otra parte, tampoco es fácil distinguir entre los servicios de medios de comunicación y de radiotelevisión. Ambos se dirigen a la comunicación de masas, pero los primeros apenas contribuyen a la formación de la opinión pública. Por contra, ello no sucede en servicios como la televisión de pago (*pay-TV* y *pay-per-view*) o la televisión temática que se consideran actividad de radiotelevisión, porque su destinatario es indeterminado y tienen una relevancia publicística, independientemente de si media pago por parte del receptor o son temáticamente limitados.<sup>26</sup> Pero más allá de estos supuestos, hay otros muchos, como los informativos de cadenas de televisión a través de Internet,<sup>27</sup> donde la frontera entre radiotelevisión y servicios de medios de comunicación no está nada clara.

26. Así, Premiere, la cadena de pago más implantada en Alemania, emite bajo las disposiciones del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión, sin diferenciarse, pues, de otras cadenas privadas como Pro 7, SAT 1 o RTL. Respecto a la televisión digital, cabe señalar que no se regula de forma explícita en el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión. Pese a ello, ésta también se entiende como radiotelevisión, ya que la jurisprudencia constitucional alemana ha señalado que la radiotelevisión no está ligada a las técnicas de transmisión clásicas. La televisión digital también está sometida, pues, al Convenio estatal sobre radiotelevisión. La aplicabilidad de sus disposiciones singulares, por ejemplo, en materia de publicidad, no es problemática. Por contra, el problema radica más bien en el fundamento jurídico de la licencia para ofrecer nuevos servicios digitales de televisión (por ejemplo, Premiere digital ha empezado a emitir con una licencia digital). En Alemania, las emisiones de televisión digital se han ido produciendo en forma de proyectos piloto a partir de disposiciones de prueba —así, en Renania del Norte-Westfalia la base jurídica ha sido un Reglamento de prueba (*Medienversuchverordnung*), aprobado en noviembre de 1996—; y excepcionalmente en Baviera a través de un contrato de derecho público suscrito en julio de 1996 entre la *Landesmedienanstalt* y el operador de televisión digital (DF 1), una posibilidad expresamente prevista por la Ley bávara de medios de comunicación. A fin de crear un marco jurídico uniforme para los servicios de televisión digital, se ha venido solicitando de forma creciente la conclusión de un Convenio estatal entre *länder* específico para la televisión digital: *vid.* F. Börner, «Broadcast goes Online - welches Recht ist anwendbar?», *Kommunikation & Recht*, núm. 8, 1998, pág. 346. En ese sentido, el actual proyecto para una cuarta reforma del actual Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión recoge expresamente una regulación de la televisión digital. La razón de ello no radica en que el actual Convenio estatal sobre radiotelevisión no sea aplicable a estos nuevos servicios radiotelevisivos, sino en que la televisión digital presenta problemas específicos (por ejemplo, acceso al *multiplex*, sistemas de navegación y acceso condicional) que la televisión analógica desconoce, pero que necesitan una regulación. Sobre la cuestión puede consultarse B. Holznagel y D. Daufeldt, «Zugangssicherung bei digitaler Fernsehübertragung», *Computer und Recht*, núm. 1, 1998, pág. 151-156.

27. Por ejemplo, a través del servidor de la Radiotelevisión del Norte de Alemania (NDR) se accede a informes de los *Tagesschau* y *Tagesthemen* con textos, sonidos e imágenes en movimiento.

Posiblemente, uno de los casos que mejor ilustra estos problemas de delimitación sea la telecompra. En principio ésta sería un servicio de medios de comunicación, siempre que fuera un servicio de distribución; en cambio, se entendería como teleservicio si se tratara de una compra bajo demanda con posibilidad de interacción; e incluso podría ser radiotelevisión si se emite dentro de una oferta de programación radiotelevisiva. Este ejemplo no es un supuesto aislado. Al contrario, sólo un número muy reducido de casos se encuadran con claridad en las categorías creadas por la nueva normativa alemana. Por ello, la calificación de un servicio no puede hacerse en la mayoría de los supuestos en abstracto, sino caso por caso, atendiendo a su concreta configuración.<sup>28</sup>

Pero, además, esta operación tiene una enorme relevancia práctica. Una calificación incorrecta comporta una sanción para el proveedor que puede alcanzar hasta una cantidad de 500.000 marcos: por ejemplo, en el caso de operar sin autorización si se trata de un servicio de radiotelevisión, o por no observar las medidas sobre protección de la juventud previstas para los servicios de medios de comunicación. Esos problemas de delimitación no son, sin embargo, de fácil resolución.

Respecto a la dicotomía teleservicio y servicio de medios de comunicación, cabe señalar que ni el Convenio de los *länder* sobre tales servicios ni la legislación federal ofrecen criterios para solucionar esta cuestión. La regla de la prevalencia del derecho federal no puede aplicarse en este caso; y por ello se apela para resolver tales problemas al principio de la *Bundestreue* o lealtad federal, que obligaría a la Federación y a los *länder* a respetar en el ejercicio de sus competencias sus respectivos intereses.<sup>29</sup> Ese criterio ayuda poco al operador jurídico y a los proveedores, que son en definitiva quienes soportan la sanción de una incorrecta calificación. Por ello, a fin de operar con una mayor seguridad, se han propuesto últimamente criterios algo más concretos como una aplicación de la normativa de los *länder* en cuanto a regulación más rigurosa frente a la prevista por la Ley federal.<sup>30</sup>

Por su parte, la delimitación entre servicios de radiotelevisión y servicios de medios de comunicación tampoco es sencilla. La causa de esa complejidad se debe a que, junto a los servicios de medios de comunicación exentos de autorización, el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión ha introducido la existencia de servicios de medios de comunicación que precisan autorización, siempre que las

---

28. Una exposición detallada sobre los problemas de delimitación de diferentes servicios multimedia (telecompra, servicios de textos, *Data-Broadcasting*, servicios *on-demand*, servicios de Internet) puede consultarse en D. Kröger y F. Moos, «Regelungsansätze für Multimediadienste», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, núm. 6, 1997, pág. 466-468; B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 28-29.

29. Así, B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 24. El recurso a la regla de la prevalencia (el derecho federal prima sobre el derecho de los *länder*) se ha excluido porque en este caso no concurren los presupuestos necesarios para su aplicación. Esta cláusula sólo puede funcionar si existen dos leyes —una de la Federación y otra de los *länder*— sobre el mismo ámbito, y en este caso las normas en cuestión disciplinan ámbitos diferentes.

30. En ese sentido, F. Börner, *op. cit.*, pág. 347. También se ha propuesto una presunción en favor de los *länder* y una aplicación restrictiva de la Ley federal amparada en razones competenciales. Dado que la Federación utilizó el título del derecho de la economía para aprobar su legislación multimedia, sólo caerían en el ámbito de la ley federal aquellos servicios donde el aspecto económico es el más importante; en caso contrario se entenderían como servicios de medios de comunicación: *vid.* G. Gounalakis y L. Rhode, *op. cit.*, pág. 325.

*Landesmedienanstalten* los consideren como actividad de radiotelevisión.<sup>31</sup> Si el proveedor de servicios de medios de comunicación quiere tener la absoluta seguridad de que sus servicios no son radiotelevisión, puede dirigirse a la *Landesmedienanstalt* competente y solicitar una certificación en la que se confirme que está exento de autorización. Esa certificación (conocida como *Unbedenklichkeitsbescheinigung*) puede convertirse en un importante medio de delimitación. Si no se recaba ese documento, habrá que esperar a que por vía judicial se fijen algunos criterios de distinción. Por el momento, en el primer caso resuelto por los tribunales alemanes, se ha atendido a la relevancia publicística del servicio en función de si la oferta se presenta de forma aislada o como parte de una gama de comunicación más amplia.<sup>32</sup>

## 2. Obligaciones del proveedor y régimen de responsabilidad

La regulación alemana sobre los multimedia pretende, por una parte, aclarar las condiciones bajo las cuales los proveedores deben actuar; y, por otra, garantizar la protección de los usuarios y terceros frente a las injerencias que estos nuevos servicios pueden comportar en buena parte de sus derechos. Con ese fin, se prevé la regulación de un mínimo para cualquier servicio multimedial que gira alrededor de la libertad de acceso, el régimen de responsabilidad de los proveedores, y la protección de datos y de la juventud.

Más allá de ello, los servicios de medios de comunicación y los teleservicios no presentan la misma densidad regulativa. Dado que los primeros se dirigen a la comunicación de masas, tienen una regulación más intensa a través de obligaciones adicionales para sus proveedores que básicamente se han importado del derecho de la prensa. Al contrario, los proveedores de teleservicios están sometidos, como se verá, a bastantes menos imposiciones, pues les basta cumplir con una obligación de identificación y responder en los casos previstos.<sup>33</sup>

31. Esta excepción se prevé en el artículo 20.2 del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión, precepto introducido tras su tercera y por el momento última modificación, que entró en vigor el 1 de enero de 1997, y que se ha convertido en una vía para ampliar el ámbito de aplicación de este Convenio a los servicios multimedia. Por su parte, las *Landesmedienanstalten* son organismos de derecho público que, entre otras muchas funciones, controlan el acceso de los operadores privados de radiotelevisión a través del otorgamiento de una autorización.

32. Se trata de la Sentencia del Tribunal administrativo de Stuttgart, de 24 de septiembre de 1997, que por primera vez ha abordado de forma clara la delimitación entre servicio de medios de comunicación y radiotelevisión. Esta Sentencia resuelve un recurso interpuesto por una operadora de programas de telecompra contra la decisión de la *Landesmedienanstalt* de Baden-Württemberg, que no adjudicó a la recurrente un canal de cable destinado al ensayo de servicios de medios de comunicación. Ese rechazo se justificó en que los servicios ofertados eran radiotelevisión y no telecompra en el sentido del artículo 2.1 del Convenio estatal sobre servicios de medios de comunicación. El Tribunal ratificó esa decisión y argumentó que la oferta presentada era radiotelevisión porque no se refería de forma exclusiva y directa a mercancías y prestaciones de servicios, pues no renunciaba a elementos adicionales de entretenimiento, ni a contenidos periodísticos que son apropiados para la formación de la opinión (*vid. en Multimedia und Recht*, núm. 6, 1998, pág. 322 y ss.).

33. Sobre las obligaciones y el régimen de responsabilidad de la normativa multimedia alemana, pueden consultarse comentarios generales en S. Engel-Flechsig, F. A. Maennel y A. Tettenborn, «Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 45, 1997, pág. 2984-2988; G. Gounalakis, «Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder», *ibidem*, pág. 2993-3000. *Vid.* un examen más exhaustivo en B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 31 y ss.

## 2.1. Libertad de acceso

La normativa multimedia opta por una regulación basada en el principio de libre acceso; es decir, en la ausencia de autorización para desarrollar esa actividad (art. 4 TDG y MDSt). El legislador alemán ha optado, así, por confiar la configuración de una oferta comunicativa plural al mercado y a los instrumentos del derecho de la competencia, si aquél no funciona como se esperaba. Ello contrasta con la concepción que tradicionalmente ha inspirado el régimen de la radiotelevisión en Alemania. Ésta se ha sometido a una regulación muy intensa debido fundamentalmente a su influencia como medio y factor de formación de la opinión pública. De ahí la obligación para los operadores privados de radiotelevisión de solicitar una autorización o la previsión de mandatos que intentan asegurar el pluralismo y los derechos de terceros.

Esa libertad de acceso en los servicios multimediales debe, sin embargo, puntualizarse en un doble sentido.

Primero, dicha libertad no excluye que sus proveedores deban solicitar las licencias y demás requisitos previstos en las normas generales (por ejemplo, en el art. 14 del Estatuto industrial y en los art. 4 y 8 de la Ley sobre telecomunicaciones).

Segundo, el libre acceso se excepciona en aquellos servicios de medios de comunicación que, como se ha visto, pueden calificarse como radiotelevisión. Para ello es preciso el acuerdo de todas las *Landesmedienanstalten*. Y en ese caso, el proveedor deberá solicitar la correspondiente autorización dentro de los seis meses siguientes o modificar en ese tiempo el servicio de comunicación para que sea calificado como tal.<sup>34</sup> Es difícil prever qué servicios caen dentro de esos casos. Más bien parece un supuesto pensado para servicios de medios de comunicación que son muy similares a la radiotelevisión tradicional, como la televisión y la radio a través de Internet o la telecompra dentro de una oferta de programación más amplia.<sup>35</sup>

Por otra parte, cabe señalar que la normativa alemana sobre multimedia no ha previsto una protección específica del libre acceso, pese a la tendencia a concentraciones verticales, horizontales y diagonales de grandes grupos empresariales. Por el momento, para asegurar esa libertad de acceso, y en definitiva para garantizar una oferta de comunicación plural, se ha estimado suficiente el derecho europeo y las normas generales del derecho alemán sobre defensa de la competencia.<sup>36</sup>

---

34. De esta forma, el artículo 20.2 del Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión ha introducido una distinción entre: por una parte, servicios de medios de comunicación libres de autorización (*zulassungsfreie Mediendiensten*); y por otra, servicios de medios de comunicación sometidos a autorización (*zulassungspflichtige Mediendiensten*). La única vía que resta al proveedor para saber que ese servicio está libre de autorización es solicitar a la *Landesmedienanstalt* competente la certificación donde se confirme que el servicio está exento de aquélla.

35. Se trataría de servicios donde las disposiciones del Convenio estatal sobre servicios de medios de comunicación no son adecuadas para salvaguardar el ámbito de protección de la libertad de radiotelevisión, *vid.* H. D. Jarass, *op. cit.*, pág. 140-141. La Sentencia de un Tribunal administrativo de Stuttgart ha confirmado en 1997 la decisión de una *Landesmedienanstalt* de calificar a un servicio de medios de comunicación como radiotelevisión, concretamente a una oferta de telecompra donde no se renunciaba a otros elementos de ocio o de información.

36. De la regulación anticoncentración en el ámbito de la radiotelevisión (art. 26 y ss. del Convenio de los *länder* sobre radiotelevisión, introducidos a través de su reforma de 1996) se ha excluido en gran parte el desarrollo de los multimedia. En síntesis, se trata de una regulación compleja que pre-

## 2.2. Régimen de responsabilidad

La responsabilidad de los diversos proveedores de multimedia es una de las cuestiones centrales de la normativa alemana.<sup>37</sup> No en vano la gran inseguridad jurídica que generaba la ausencia de una regulación sobre este extremo ha sido uno de los obstáculos más importantes para el desarrollo del sector.

Tanto la Ley federal sobre teleservicios como el Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación diseñan un sistema idéntico (art. 5 TDG y MDSt).<sup>38</sup> Esa regulación prevé un régimen de responsabilidad en función del tipo de operador y basada en el principio de que cuanto menor sea la relación del proveedor con aspectos técnicos o relacionados con el contenido del servicio ofrecido, menor debe ser su responsabilidad. A tal efecto, la normativa alemana distingue tres supuestos:

En primer lugar, se dispone la responsabilidad del *proveedor de contenidos* (art. 5.1 TDG y MDSt). Éste responde en todo caso porque se trata de su servidor y de su propio material sobre el que tiene todas las posibilidades de control.

Junto a ello, y en segundo término, se prevé una responsabilidad condicionada para el *proveedor de servicios*, que ofrece contenidos ajenos pero almacenados en su propio servidor (art. 5.2 TDG y MDSt). Habitualmente se trata de proveedores en

---

tende impedir un desarrollo mayor en el ámbito de la radiotelevisión a aquel grupo que alcance un poder de opinión dominante. Ésto sucede si la cuota de audiencia de sus programas televisivos es anualmente del 30 por ciento. Pero también se presume que se alcanza esa posición si, faltando muy poco para alcanzar ese 30 por ciento, una empresa posee una posición dominante en un mercado análogo mediáticamente relevante, o bien de la valoración global de sus actividades en televisión y mercados análogos mediáticamente relevantes se desprende que esa empresa consigue una influencia en la opinión pública que se corresponde con el 30 por ciento de la cuota de audiencia en televisión. Las instancias encargadas de apreciar si se ha alcanzado esa posición son la Comisión para la verificación de la concentración en los medios (KEK) y la Conferencia de los Directores de las *Landesmedienanstalten* (KDLM), ambas previstas como órganos al servicio de cada una de las *Landesmedienanstalten*. Así pues, estas medidas anticoncentración constituyen, a través de esa referencia a los mercados análogos mediáticamente relevantes, la primera regulación en el derecho alemán sobre concentraciones multimediales. Sin embargo, como se ha señalado, esa regulación pretende impedir una posición dominante exclusivamente en el ámbito de la televisión, obviando por el momento otros sectores. Ello cuestiona la idoneidad de esas medidas para conseguir un efectivo control de las concentraciones multimediales. *Vid.* más detalles en M. Stock, «Meinungsvielfalt und Meinungsmacht», *Juristische Zeitung*, núm. 12, 1997, pág. 583 y ss., y pág. 592; y sobre todo en el exhaustivo estudio de G. Bender, *Cross-Media-Ownership. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Kontrolle multimedialer Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tesis, Münster, 1997, en su totalidad, y en especial pág. 255, 295 y ss., y 359.

37. Sobre el régimen de responsabilidad de los proveedores de multimedia, *vid.* un tratamiento exhaustivo en T. Hoeren y R. Pichler, «Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich», U. Loewenheit y F. A. Koch (ed.), *Praxis des Online-Rechts*, Wiley-ULH, Weinheim, Nueva York, Brisbane, Singapur, Toronto, 1998, pág. 382 y ss. También pueden consultarse tratamientos más breves como el trabajo de R. Pichler, «Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDK», *Multimedia und Recht*, núm. 2, 1998, pág. 79-88, o comentarios generales a la normativa multimedia alemana, en especial, G. Gounalakis y L. Rhode, *op. cit.*, pág. 326. En general, sobre el problema de la responsabilidad por los contenidos en Internet, M. L. Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, pág. 93 y ss.

38. El alcance de la competencia de los *länder* para regular este extremo ha sido sumamente controvertido. Sobre esta cuestión pueden verse R. Pichler, *op. cit.*, pág. 79-81, y S. Engel-Flechsig, *op. cit.*, pág. 239.



cuyo servidor se acogen foros de discusión o páginas *web* elaboradas por usuarios.<sup>39</sup> En este caso los contenidos no son del proveedor, pero sí el servidor donde se encuentran. Por ello, aquel será responsable si concurren dos requisitos: por una parte, conocimiento positivo del contenido, no un deber de conocer; y, por otra, posibilidad de impedirlo a través de medios técnicos, siempre que ello sea razonablemente exigible. Es decir, no se precisa que el proveedor conozca todos los mensajes de sus clientes en la red, pero sí que las medidas adoptadas para apartar ese contenido sean apropiadas para poder bloquearlo.

Asimismo, en tercer lugar, se prevé la ausencia de responsabilidad del *proveedor de acceso* (art. 5.3 TDG y MDSt). De esta forma se exime de responsabilidad al mero proveedor de contenidos ajenos que sólo permite al poseedor de un ordenador ofrecer informaciones en la red sin participar en los contenidos, pues este proveedor no tiene servidor propio ni, por tanto, la posibilidad de conocer los contenidos transmitidos. Junto a ello, la normativa alemana prevé que también se entienda como acceso una presentación automática y breve de contenidos ajenos demandados por los usuarios (art. 5.3.2 TDG y MDSt). Se trata de una ficción prevista para los servidores *Proxy* o *Cache*, donde se almacenan contenidos por un corto lapso de tiempo.<sup>40</sup> En realidad en estos casos se guardan contenidos ajenos en un servidor propio, pero se incardinan en este tercer supuesto porque esos servidores sólo pretenden acelerar la mediación de acceso.

Más allá de este régimen de responsabilidad escalonado, la normativa alemana sobre multimedia dispone que, sin perjuicio del respeto al secreto de las comunicaciones, los proveedores que lleguen a tener conocimiento de contenidos ilícitos deben bloquearlos conforme a lo dispuesto por las leyes generales, siempre que ello resulte razonable y sea técnicamente posible (art. 5.4 TDG). La nueva regulación sobre multimedia no crea, pues, una específica obligación de bloqueo en esos casos, sino que presupone las actuales obligaciones legales para eliminar o bloquear un contenido ilícito.<sup>41</sup>

Por lo demás, cabe señalar que este triple régimen de responsabilidad actúa como filtro; es decir, sólo aclara en qué supuestos hay responsabilidad, pero sin especificar las consecuencias jurídicas que se derivan. El tipo de responsabilidad, civil o penal, en el que se incurre deberá determinarse conforme a la legislación común. Este régimen exige, por tanto, un entrelazamiento de diversas normas que en la práctica genera dificultades a los operadores jurídicos.

En general puede afirmarse que la normativa alemana sobre multimedia ha pretendido aportar una mayor seguridad jurídica en materia de responsabilidad del

39. Por ello este proveedor se conoce como *Host Provider*, debido a su función de «anfitrión», aunque también suele designarse en sede de responsabilidad como *Service Provider*.

40. Un servidor *Proxy* sirve para acortar el tiempo que se precisa para encontrar los contenidos solicitados. Normalmente, cuando un usuario llama a una dirección de Internet, su proveedor lo comunica con el servidor correspondiente. Por contra, si se utiliza un servidor *Proxy*, éste guarda provisionalmente el contenido demandado, antes de enviarlo al usuario. Así, si otra persona solicita el mismo contenido, el servidor *Proxy* examina primero si todavía lo tiene guardado. En ese caso, envía al segundo solicitante la versión que todavía conserva. Habitualmente, los contenidos de un servidor *Proxy* se guardan durante un par de horas y después se eliminan, si no hay más demandas de ese contenido.

41. Esta normativa más bien se remite a las obligaciones del derecho de policía que imponen a aquel que perturba la seguridad pública o lesiona bienes de terceros la cesación o eliminación de la actuación causante. *Vid.* G. Gounalakis y L. Rhode, *op. cit.*, pág. 327.

proveedor. Sin embargo, hay un buen número de problemas de interpretación y los tribunales aplican esas nuevas disposiciones de forma vacilante.

Uno de los casos más discutidos últimamente es la responsabilidad por *hyperlinks*; es decir, por los enlaces que permiten conectar con otros documentos de la red. ¿Debe responder quien permite conectar a través de esos enlaces con una página donde se atenta contra el derecho al honor de una persona? Tales supuestos pueden entenderse como una mera mediación de acceso o, por contra, como contenidos propios. Por el momento, un tribunal de Hamburgo ha condenado al propietario de una página *web* a pagar 40.000 marcos por remitir a través de un *link* a páginas donde se injuriaba al demandante. El criterio decisivo para imputar la responsabilidad como si se tratara de contenidos propios ha sido la existencia de una identificación del demandado con las opiniones vertidas.<sup>42</sup>

Pero, sin duda, el caso que mejor ha mostrado las consecuencias ligadas a los problemas de interpretación de esta nueva regulación en materia de la responsabilidad ha sido la condena por un tribunal bávaro al antiguo director de Compuserve de Alemania, Felix Bruno Somm, con dos años de privación de libertad y una cuantiosa multa por distribuir contenidos con pornografía ilegal. En realidad, Compuserve de Alemania, filial de su homónima americana, sólo proporcionaba acceso a *newsgroups* con contenidos pornográficos elaborados por terceros desconocidos y guardados en el servidor de Compuserve de Estados Unidos. Pese a ello, el tribunal entendió que Compuserve de Alemania no era un mero proveedor de acceso, exento de responsabilidad, sino un proveedor de servicios que conocía los contenidos y podía bloquearlos. Esa decisión ha tenido una enorme resonancia en la prensa —dentro y fuera de Alemania—; el propio ministro de Economía bávaro ha avisado sobre su negativa repercusión en el sector de los nuevos medios y algunos proveedores han anunciado su intención de trasladar sus actividades fuera de Alemania por falta de seguridad jurídica.<sup>43</sup>

### 2.3. Obligaciones de transparencia

Con el fin de hacer efectivo ese régimen de responsabilidad, la normativa alemana prevé la preceptiva identificación del proveedor, que debe hacer constar su nombre, dirección y representante autorizado. Se trata de una medida de transparencia en la red que pretende la protección de los eventuales perjudicados por la difusión de determinados contenidos.

Dicha obligación rige para todos los servicios multimedia pero con diferente alcance. En el caso de los teleservicios sólo deben identificarse los proveedores de servicios comerciales (art. 6 TDG). Por contra, esa obligación alcanza a todo proveedor de cualquier servicio de medios de comunicación. Además, en este último caso, si se trata de servicios donde se difunden impresos o publicaciones periódicas, se debe nombrar a un responsable. Se trata de la llamada *Impressums-*

42. Sentencia del *Landgericht* de Hamburgo, de 12 de mayo de 1998 (mecanografiado). Un comentario a la misma en T. Bettinger y S. Freytag, «Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links», *Computer und Recht*, núm. 9, 1998, pág. 545-556.

43. Se trata de la Sentencia del *Amtsgericht* de Munich. Vid. parte de su texto en *Multimedia und Recht*, núm. 8, 1998, pág. 429 y ss.; y un comentario sobre la misma en U. Sieber, AG München: «CompuServe»-Urteil, *ibidem*, pág. 438 y ss.

*pflicht*, que se ha importado del derecho de prensa, y cuya infracción se penaliza con una cantidad que puede ascender hasta los 500.000 marcos (art. 6.2 y 20.1 MDSt).<sup>44</sup>

#### 2.4. Obligaciones de diligencia y sobre publicidad

A diferencia de los teleservicios, los servicios de medios de comunicación están sujetos a unas previsiones adicionales relativas a los contenidos que se pueden ofertar. Básicamente esos requisitos materiales se cifran en dos obligaciones.

Por una parte, se prevén obligaciones de diligencia para todos aquellos servicios de medios de comunicación que se destinan a la información o contienen ofertas informativas (art. 7.2.MDSt). Así, se dispone la aplicación en tales casos de los principios periodísticos generales, que, en síntesis, se concretan en la comprobación del contenido, origen y veracidad de las noticias.<sup>45</sup> Ese tipo de obligaciones pretenden proteger el derecho constitucional a recibir una información contrastada también en el caso de servicios multimediales. Además, junto a ello se prevé la separación entre la información y los comentarios que ésta merece con indicación del nombre de su autor. Se trata de un principio habitual en el ámbito de la prensa, que también intenta proteger la libertad de información, pues pretende evitar básicamente que la valoración sobre un hecho se entienda como su única interpretación posible.

Por otro lado, y en segundo lugar, el contenido de los servicios de medios de comunicación está sujeto a límites en materia de publicidad y *sponsoring*. Se trata de una regulación muy vaga orientada a la protección de menores, a través de la cual se prescribe que la publicidad producida con niños y jóvenes, o dirigida a ellos, no debe perjudicar sus intereses ni aprovecharse de su inexperiencia (art. 9 MDSt). También se contempla la obligación expresa de separar la publicidad del contenido, así como otras previsiones en materia de patrocinio tomadas del régimen de la radiotelevisión (art. 9.2 y 3 MDSt).<sup>46</sup>

#### 2.5. Protección de los derechos de la personalidad

La implantación de los multimedia ha revelado que a través de estos servicios se abren nuevas posibilidades para vulnerar los derechos al honor, a la intimidad o a la

---

44. Los requisitos para ser nombrado responsable se especifican en el propio artículo 6.2 MDSt, de forma muy similar a la prevista en la legislación sobre prensa. *Vid.* G. Gounalakis, *op. cit.*, pág. 2995-2996.

45. Según se desprende de la motivación al texto del Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación (*Begründung zum MDSt*), esos principios periodísticos generales —textualmente se habla de *anerkannten journalistischen Grundsätzen*— se deducen del derecho en materia de radiotelevisión, de prensa, así como de las directrices del Consejo Alemán de la Prensa (*Deutscher Presserat*), órgano de autocontrol de la prensa en Alemania. Concretamente, ello se traduce en la comprobación de la veracidad de las noticias, la audiencia de los afectados por una información, una cita correcta y reproducción de las manifestaciones hechas por terceros o el respeto a la esfera íntima de los afectados. Más detalles en G. Gounalakis, *op. cit.*, pág. 2996.

46. Específicamente, el Convenio prevé para el *sponsoring* en el teletexto la aplicación de los mismos límites a los que esta actividad está sujeta en el ámbito radiotelevisivo: por ejemplo, necesidad de hacer referencia al patrocinador al principio y final de la emisión, imposibilidad del patrocinador de influir en las emisiones patrocinadas o prohibición de patrocinio en algunas emisiones como informativos.

propia imagen. Al respecto, la normativa alemana prevé un régimen diferenciado según se trate de un teleservicio o de un servicio de medios de comunicación.

Los teleservicios carecen de reglas específicas en torno a la protección de los derechos de la personalidad. Por contra, en el caso de los servicios de medios de comunicación sí se ha recogido uno de los medios habituales en el ámbito de la prensa y de la radiotelevisión para la protección de la esfera privada: el derecho de rectificación. Este instrumento permite responder de forma inmediata a aquel que se vea afectado por una afirmación contenida en servicios de medios de comunicación, pero sólo en aquellos que ofertan impresos o textos reproducidos de forma periódica, que lógicamente tienen una mayor incidencia en la opinión pública.

A fin de hacer efectivo este derecho en los servicios multimedia, la normativa alemana ha previsto unas condiciones de ejercicio adaptadas a las peculiaridades de estos nuevos medios. Por una parte, dado que estos servicios permiten que la afirmación en cuestión aparezca repetidamente durante un lapso de tiempo, se prevé que la rectificación pueda ser emitida de forma gratuita durante tanto tiempo como se ha ofrecido aquella afirmación. Pero, por otro lado, dada la fugacidad de los contenidos en la red, el derecho de rectificación también puede ejercerse, si la afirmación en cuestión ya no aparece más. En este caso, el afectado podrá exigir la publicación de su rectificación durante un plazo de hasta un mes y en un lugar equiparable al que apareció la afirmación controvertida (art. 10.1 MDSt).<sup>47</sup>

## 2.6. Protección de la juventud

Las posibilidades de difusión de contenidos pornográficos o xenófobos se han multiplicado con la aparición de los servicios multimedia. Por ello la protección de la juventud aparece como uno de los objetivos básicos de la nueva regulación alemana. Ésta prevé un régimen gradual en función del grado de peligro que un contenido pueda tener para los menores.

En primer lugar, se prevé una prohibición absoluta de difundir en todos los servicios multimedia los contenidos penalizados en el sistema alemán, básicamente cierta pornografía, ensalzar o minimizar la violencia e incitar a la xenofobia. Junto a estos supuestos, el catálogo de contenidos ilícitos previstos para los servicios de medios de comunicación se amplía de forma expresa al ensalzamiento de la guerra, a contenidos gravemente perjudiciales para menores y a aquellos donde se reproduce el dolor de forma hiriente para la dignidad humana (art. 8. 3, 5 y 6 MDSt).<sup>48</sup>

En segundo término, se prevén contenidos que, sin caer dentro de esas prohibiciones, pueden ser nocivos para los menores. Su régimen será diverso según se trate de servicios de medios de comunicación o de teleservicios.

En el caso de los servicios de medios de comunicación, el proveedor deberá: por

---

47. Más allá de estos supuestos, también se detallan los casos exentos de rectificación. Se trata de una enumeración entre los que figuran casos donde el afectado carece de un interés fundado o donde el alcance de la rectificación va más allá de la afirmación vertida; *vid.* otros detalles en G. Gounalakis, *op. cit.*, pág. 2997.

48. El Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación recoge en este extremo los mismos contenidos que, en materia de protección de la juventud, el Convenio estatal de los *länder* sobre radiotelevisión prevé como ilícitos.

una parte, buscar la franja horaria adecuada u otras formas de precaución, si se trata de un servicio de distribución (art. 8.2 MDSt); o bien poner a disposición del usuario medidas —que no se especifican— para que éste pueda bloquear esa oferta, si se trata de un servicio bajo demanda (art. 8.3 MDSt). De este modo, en el primer caso la protección de la juventud parece recaer en el proveedor, mientras que en el segundo, donde el usuario tiene una total disposición de contenidos y temporal, esta tarea es más bien responsabilidad del receptor. En cualquier caso la infracción de estas previsiones en materia de servicios de medios de comunicación se penaliza con una multa que puede alcanzar los 500.000 marcos (art. 20.2-6 MDSt).

Respecto a los teleservicios, se prevé una prohibición de aquellas ofertas con contenidos perjudiciales para menores pero no previstos penalmente, siempre que sean incluidas en una lista de escritos no aptos para menores que elabora una autoridad federal conocida como *Bundesprüfstelle*.<sup>49</sup> La infracción de los contenidos incluidos en esa lista se considera como un hecho delictivo que se castiga con una pena de privación de libertad de hasta un año o con una sanción pecuniaria. No obstante, la prohibición de difundir tales contenidos se excepciona en el caso de que el proveedor adopte medidas técnicas que permitan el acceso sólo a usuarios mayores de edad. Aunque no se especifican tales medidas, parece que se está pensando en sistemas de control de contenidos a través de programas de filtros.

## 2.7. Protección de datos

El hecho de que datos de carácter personal entren en la red, donde pueden ser procesados, combinados o modificados sin ningún control, multiplica los riesgos para la privacidad del usuario y convierte a la protección de datos en uno de los aspectos centrales de la normativa alemana sobre multimedia. Tanto la Ley federal de protección de datos en los teleservicios (TDDSG) como el Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación contienen unas disposiciones prácticamente idénticas sobre este extremo.<sup>50</sup>

Tanto los teleservicios como los servicios de medios de comunicación están sometidos a unos principios comunes. En uno y otro caso, al igual que prevé la legislación federal sobre protección de datos, sólo es posible recabar, procesar y utilizar datos de carácter personal, si la ley lo permite o media consentimiento del afectado (art. 3.1 TDDSG, 12.2 MDSt). Más allá de ello, la normativa sobre multimedia contiene algunos principios novedosos.

Cabe destacar, por una parte, la prohibición para el proveedor prevista expresamente de utilizar los datos recabados para cualquier otro fin que no sea el funcionamiento de teleservicios y servicios de medios de comunicación (art. 3.2 TDDSG, 12.4 MDSt); por otra, las obligaciones de transparencia que imponen una exhaustiva información al usuario sobre captación, procesamiento y utilización de sus datos,

49. Sobre esta autoridad *vid.* el epígrafe siguiente relativo a las instancias de supervisión (epígrafe III.3).

50. Ambas son *lex specialis* y por tanto las disposiciones generales sobre protección de datos contenidas en la Ley federal sobre protección de datos rigen mientras esas dos normas no dispongan otra cosa. Sobre la protección de datos en los servicios multimedia, *vid.*, H.-H. Schrader, «Datenschutz bei Multimediadiensten», *Computer und Recht*, núm. 11, 1997, pág. 707 y ss.

así como la posibilidad de que el usuario solicite en cualquier momento esa información (art. 3.4 TDG, 12.6 MDSt); o bien la prestación del consentimiento de forma electrónica y la regulación de los requisitos para su formalización (por ejemplo, ese consentimiento sólo puede proceder de una actuación inequívoca del usuario) (art. 3.7 TDG, 12.8 MDSt).

Junto a estos extremos, las novedades más importantes son el principio de ahorro de datos (*Grundsatz der Datensparsamkeit*), es decir, la creación de un sistema donde se recabe, procese o utilice el menor número de datos (art. 3.4 TDDSG, 12.5 MDSt); y la posibilidad para el usuario de utilizar o pagar servicios multimedia de forma anónima o a través de seudónimos (art. 4 TDDSG, 13 MDSt).<sup>51</sup> Ello se concreta, entre otros extremos, en la prohibición de elaborar perfiles de uso sin utilización de seudónimo. Se trata de un aspecto realmente importante, ya que garantiza a los usuarios que tales perfiles —con los que se consiguen informaciones muy cotizadas a partir de los datos que van dejando en la red— no se elaborarán con datos de carácter personal.

Más allá de estos principios generales la normativa alemana sobre multimedia prevé una detallada regulación sobre las condiciones con las que deben ser recabados tres tipos de datos: los datos necesarios para constituir o modificar la relación contractual entre el proveedor y el usuario (*Bestandsdaten*), los datos necesarios para facilitar al usuario la utilización de los servicios multimedia (*Nutzungsdaten*) y los datos necesarios para poner fin a la utilización de tales servicios (*Abrechnungsdaten*) (art. 5-6 TDDSG y 14-15 MDSt).

### 3. Instancias de supervisión

Las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios multimedia sólo pueden ser efectivas si hay instancias que vigilen su observancia y, en su caso, sancionen su incumplimiento. Para ello la normativa alemana ha optado por una combinación de instancias públicas de supervisión y mecanismos de autocontrol de los propios operadores.<sup>52</sup>

#### 3.1. Instancias públicas

El sistema de supervisión ideado para el sector multimedia se caracteriza básicamente por dos notas.

La primera de ellas es la renuncia a crear nuevas autoridades. En efecto, el legislador alemán se ha inclinado por asignar la supervisión sobre este sector a instancias ya existentes. Esta opción contrasta con el modelo configurado para la radiotelevisión, donde en cada *land* hay unas autoridades independientes, las *Landesmedienanstalten*, que disponen de unas amplias competencias para la supervisión de los

51. El único límite que prevé la normativa alemana es que ello sea técnicamente posible y exigible. Por ejemplo, en el caso de pequeños proveedores, no parecen exigibles las fuertes inversiones que precisa ese sistema.

52. Sobre las instancias de supervisión pueden consultarse B. Holznagel, *op. cit.* pág. 47 y ss.; A. Byśkiewicz, «Zulassung und Aufsicht von Tele- und Mediendiensten» (manuscrito).

contenidos de la programación, e incluso sobre ordenación del mercado radiotelevisivo mediante el control de acceso o controles anticoncentración.

Junto a ello, una segunda característica radica en la dispersión y sectorialización de las instancias de control en el ámbito multimedia. Esa dispersión radica en la propia distinción entre teleservicios y servicios de medios de comunicación. Esta dicotomía es fundamental para configurar las instancias de control, pues dado que los teleservicios son competencia federal también su supervisión recaerá en instancias federales; e igualmente, dado que los servicios de medios de comunicación son competencia de los *länder*, su control corresponderá a instancias de los *länder*. Pero además, se trata de una supervisión sectorializada, pues se atribuye a las instancias competentes —federales o de los *länder*— en función del ámbito material (protección de la juventud o de datos) que se trata de controlar.

#### a) Supervisión de los servicios de medios de comunicación

Las autoridades en materia de servicios de medios de comunicación son las siguientes:

Por una parte, la supervisión de las obligaciones en materia de protección de la juventud recaerá en las instancias superiores encargadas en cada *land* de la protección de la juventud. Tales autoridades son competentes para eliminar la infracción a través de medidas que bajo determinadas circunstancias pueden llegar incluso a la prohibición y al bloqueo del servicio ofertado (art. 18.2 MDSt). La autoridad competente en cada *land* en materia de protección de la juventud se determina en las normas reguladoras de la organización del Gobierno del *land* y habitualmente se trata de los ministerios de Asuntos Sociales o de los ministerios de la Mujer y de la Juventud de los *länder*. A fin de conseguir una supervisión más eficaz en este ámbito, los *länder* han creado, en el verano de 1997, una instancia conjunta suprarregional, la llamada *jugendschutz.net*, que ayuda a las autoridades de cada *land* a supervisar las previsiones sobre protección de la juventud en estos servicios multimediales.<sup>53</sup>

Por otra parte, en materia de protección de datos, las autoridades encargadas de su supervisión serán aquellas que dispongan los gobiernos de los *länder* o las instancias por ellos autorizadas. Por lo común se trata del Ministerio del Interior del *land* o de los comisionados de los *länder* para la protección de datos, que por regla general son nombrados por el parlamento del *land* correspondiente a propuesta del gobierno del *land*.<sup>54</sup> En estos casos, parece que se ha configurado un sistema de super-

53. Dicha instancia se ha creado a través de un convenio firmado en agosto de 1997 donde se detallan su composición y cometidos. Se trata de un centro conjunto suprarregional con sede en Wiesbaden que se encarga básicamente de examinar los servicios ofertados desde el punto de vista de la protección de la juventud e informar al *land* en caso de incumplimiento de las disposiciones previstas por el Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación en esa materia.

54. En este punto, el Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación y la Ley sobre protección de datos en los teleservicios remiten al artículo 38 de la Ley federal sobre protección de datos, relativo a las instancias de supervisión en el ámbito privado. El sistema de control diseñado en Alemania para la protección de datos es muy complejo. Debe diferenciarse entre autoridades que supervisan el ámbito público (por ejemplo, una autoridad administrativa) y el ámbito privado (por ejemplo, una empresa). En el primer caso, son competentes el comisionado federal para la pro-

visión de datos en el que tales instancias sólo pueden actuar frente a una posible infracción de las obligaciones previstas, de modo que no pueden actuar de oficio como autoridades de control generalizado de datos.<sup>55</sup> Para ello estas instancias disponen de las mismas potestades que les atribuye el derecho de protección de datos alemán. Así, por ejemplo, los comisionados sobre protección de datos de los *länder* sólo tienen normalmente competencia para formular recomendaciones o quejas que pretenden influir en la opinión pública gracias a la acción de los medios de comunicación.<sup>56</sup> De esta manera, la normativa multimedia no sólo no crea una nueva autoridad de control para esos servicios, sino que tampoco confiere a las autoridades ya existentes competencias específicas para su control.<sup>57</sup> Este sistema basado en una pluralidad de instancias supervisoras sobre ese sector, que cuentan además con competencias diferentes, puede propiciar una aparición de diversos estándares de protección de datos.

Junto a ello, la supervisión de las demás obligaciones a las que están sometidas los proveedores de servicios de medios de comunicación —por ejemplo, obligaciones de identificación o en materia de publicidad y patrocinio— se prevé que sea ejercida por una autoridad conforme al derecho del *land*, que, por el momento, no se ha traducido en la constitución de una nueva instancia de control (art. 18.1.3 MDSt). En esos casos, las autoridades que en cada *land* han asumido esa tarea de

---

tección de datos, que supervisa a las autoridades federales; y los comisionados de los *länder*, que controlan a las autoridades de los *länder*. En el ámbito privado, al que remite la normativa multimedia, las autoridades serán, en unos casos, el Ministerio del Interior, en otros, los propios comisionados de los *länder*, instancias intermedias de la Administración del *land*, como el *Regierungspräsidium*, o incluso el presidente de distrito. Un tratamiento general sobre la protección de datos en el sistema alemán, entre otros, en M.-T. Tinnefeld y E. Ehmann, *Einführung in das Datenschutzrecht*, 3.ª ed., Oldenbourg Verlag, Munich, Viena, 1998, en especial, pág. 340 y ss.

55. En el ámbito de la protección de datos se ha debatido la configuración de las autoridades de supervisión como organismos de control generalizado (*Daueraufsicht*) o como organismos que sólo pueden actuar en caso de infracción de las normas sobre protección de datos (*Anlaßaufsicht*). En materia de servicios de medios de comunicación, el Convenio estatal de los *länder* sobre tales servicios no contiene disposiciones expresas sobre el control de sus previsiones relativas a la protección de datos. La motivación a dicho convenio (*Begründung zum MDSt*) señala que la supervisión de la protección de datos en tales servicios se configura como un control generalizado de datos. En ese sentido, también H.-H. Schrader, *op. cit.*, pág. 710. Sin embargo, el artículo 12.1 MDSt sólo prevé que las disposiciones sobre protección de datos de carácter personal rigen en cuanto este Convenio no disponga otra cosa. Dado que la Ley federal sobre protección de datos, en principio, sólo ha previsto la actuación de la autoridad de supervisión si existen suficientes puntos de referencia para estimar que se ha producido una infracción de las normas sobre protección de datos, se ha entendido que también la supervisión de la protección de datos en los servicios de medios de comunicación se configuraría en realidad como una *Anlaßaufsicht*. De hecho, el único *land* en que ello se exceptuaría sería en Bremen, donde la ley a través de la cual se autorizó el mencionado convenio previó de forma expresa que también la supervisión de estos servicios multimediales sería un control generalizado de datos. En este sentido, *vid.* F. Moos, «Datenschutzkontrolle bei Tele- und Mediendienste», *Datenschutz und Datensicherheit*, núm. 22, 1998, pág. 163-164.

56. Las competencias de estos comisionados de los *länder* se enuncian en las leyes de los *länder* sobre protección de datos.

57. Ello no excluye la supervisión del comisionado federal para la protección de datos prevista en la Ley de telecomunicaciones sobre los datos que facilitan la conexión técnica que permite proporcionar estos servicios (art. 91.4 TKG). Sobre la supervisión de la protección de datos en los multimedia, *vid.* H.-H. Schrader, *op. cit.*, pág. 710; y sobre todo F. Moos, *op. cit.*, pág. 162-165.



**Autoridades de supervisión en materia de servicios en medios de comunicación**

	<i>Protección de la juventud</i>	<i>Protección de datos</i>	<i>Otras disposiciones</i>
Baden-Württemberg	Ministerio de Asuntos Sociales	Ministerio del Interior	Ministerio del Interior
Baviera	<i>Landesjugendamt</i> o una autoridad conjunta de los <i>länder</i> determinada a través de convenio estatal	Una autoridad determinada a través de reglamento del gobierno del <i>land</i>	Una autoridad determinada a través de reglamento del gobierno del <i>land</i>
Berlín	Administración competente para la protección de la juventud	Administración competente para la protección de la juventud	<i>Medienanstalt</i> común para Berlín y Brandenburgo (MABB)
Brandenburgo	Autoridad superior del <i>Land</i> para la protección de la juventud o una autoridad inferior determinada por reglamento	Autoridad de control correspondiente a ese ámbito según el derecho federal o del <i>land</i>	<i>Medienanstalt</i> común para Berlín y Brandenburgo (MABB) de acuerdo con la autoridad sectorial competente
Bremen	<i>Senator</i> (ministro) para la Mujer, Sanidad, Juventud, Asuntos Sociales y Protección del Medio Ambiente	Comisionado del <i>land</i> para la protección de datos	<i>Landesmedienanstalt</i> de Bremen
Hamburgo	Autoridad en materia escolar, de juventud y formación profesional	Comisionado de Hamburgo para la protección de datos	<i>Senatskanzlei</i> (Departamento de Presidencia del Land)
Hesse	<i>Regierungspräsidium</i>	<i>Regierungspräsidium</i>	<i>Regierungspräsidium</i>
Mecklenburg-Vorpommern	Autoridad superior en materia de juventud	Ministerio del Interior	Ministerio del Interior
Baja Sajonia	Los 4 gobiernos de distrito ( <i>Bezirksregierungen</i> ) de Braunschweig, Hannover, Lüneburg y Oldenburg	Comisionado de Baja Sajonia para la protección de datos	Los 4 gobiernos de distrito ( <i>Bezirksregierungen</i> ) de Braunschweig, Hannover, Lüneburg y Oldenburg
Renania del Norte Westfalia	Gobierno del Distrito ( <i>Bezirksregierung</i> ) de Düsseldorf	Gobiernos de los distritos ( <i>Bezirksregierungen</i> ) de Arnsberg y Colonia	Gobierno del Distrito ( <i>Bezirksregierung</i> ) de Düsseldorf
Renania-Palatinado	Ministerio de Cultura, Juventud y familia	Ministerio del Interior	Ministerio del Interior
Sarre	Ministerio de Asuntos Sociales	<i>Landesanstalt für das Rundfunkwesen</i> de Sarre	<i>Landesanstalt für das Rundfunkwesen</i> de Sarre
Sajonia	Ministerio de Asuntos Sociales	<i>Regierungspräsidium</i> de Dresde	<i>Regierungspräsidium</i> de Dresde
Sajonia-Anhalt	Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Sanidad	<i>Regierungspräsidien</i>	Ministerio del Interior
Schleswig-Holstein	Ministerio de la Mujer, Juventud y Urbanismo	Ministerio del Interior	Ministerio del Interior
Turingia	Ministerio de Asuntos Sociales	A. conforme al derecho sobre protección de datos de la Federación y del <i>land</i>	<i>Landesverwaltungsamt</i>

supervisión han sido unas veces las *Landesmedienanstalten*, y otras el Ministerio del Interior de un *land* u otras autoridades administrativas.

Este esquema de instancias de supervisión se completa con una regla para resolver colisiones competenciales entre las diversas autoridades. Dado que la difusión de los servicios de medios de comunicación sobrepasa el ámbito territorial de un *land*, se dispone que será competente para la supervisión la instancia del *land* donde el proveedor tiene su sede, domicilio, o por lo menos su residencia habitual (art. 18.5 MDSr).

#### b) Supervisión de los teleservicios

En materia de teleservicios cabe diferenciar las siguientes autoridades:

En el ámbito de protección de la juventud, la supervisión corresponde a una instancia federal llamada *Bundesprüfstelle*. Se trata de una autoridad de la Administración federal de composición plural, cuyo presidente es nombrado por el Ministerio de la Mujer y de la Juventud, y que goza de independencia en su actuación.<sup>58</sup> Dicha autoridad tiene competencia para incluir en una lista, el llamado *Index*, aquellos escritos que entienda nocivos para menores. Los contenidos ofertados en teleservicios también pueden ser examinados por esta instancia, ya que la Ley federal de servicios de información y comunicación ha ampliado el concepto de escrito también a los bancos de datos.<sup>59</sup> Esta autoridad no inicia el examen de un contenido de oficio, sino a petición de los ministerios competentes y de las oficinas de protección de menores. La eventual inclusión en la mencionada lista comportará la prohibición de difundir el teleservicio a menores, o bien límites a su publicidad. Además, no se trata de una prohibición general. Se permite el acceso de mayores de edad a tales servicios, pero el proveedor debe garantizar ese acceso restringido a través de las medidas técnicas necesarias que, como se vio, pueden ser sistemas de filtros.

En materia de protección de datos, las instancias de supervisión y sus medios de actuación son los mismos que los previstos para los servicios de medios de comunicación (art. 8 TDDSG en relación con el art. 38 de la Ley federal de protección de datos). En este caso, sin embargo, la Ley sobre protección de datos en los teleservicios ha optado de forma inequívoca por configurar un sistema de instancias de supervisión de datos permanente; es decir, tales instancias podrán actuar no sólo frente a una posible infracción de las obligaciones previstas, sino como autoridades de control generalizado de datos.<sup>60</sup>

58. Según la Ley federal sobre difusión de escritos en los medios de comunicación perjudiciales para menores, esta autoridad está compuesta por doce miembros: el presidente, nombrado por el Ministerio federal para la Mujer y la Juventud; tres asesores, nombrados por los gobiernos de los *länder*, y ocho asesores más, nombrados por el propio ministro federal para la Mujer y la Juventud a propuesta de organizaciones del ámbito del arte, la cultura, la religión, o del sector editorial, librero y escolar (art. 8-10).

59. Artículo 1.3 de la Ley federal sobre escritos y contenidos en los medios perjudiciales para menores, tras su reforma a través de la Ley federal de servicios de información y comunicación.

60. A diferencia del Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación, la Ley federal de protección de datos en los teleservicios prevé expresamente que la supervisión también podrá producirse, aunque no existan puntos de referencia para una infracción de las disposiciones sobre

Así se cierra el esquema de autoridades públicas de supervisión previsto de forma explícita por la nueva normativa alemana sobre los multimedia. En los extremos que no han sido objeto de una regulación específica, las instancias supervisoras serán las contempladas por las leyes generales. Tal es el caso de la protección de la libre competencia, que no ha merecido una atención expresa en la nueva regulación, y donde el control corresponderá a las autoridades previstas en las leyes generales sobre defensa de la competencia.<sup>61</sup>

### 3.2. Autocontrol

Junto a las autoridades públicas de control, la normativa alemana ha abierto la posibilidad de trasladar a los propios proveedores privados la supervisión de sus obligaciones como instrumento más eficaz para lograr su cumplimiento. En efecto, las legislaciones nacionales topan con importantes problemas de ejecución en un ámbito como el multimedia, tanto por el carácter transnacional de la difusión de estos servicios, como por razones de orden interno, pues imponer la prohibición de determinadas ofertas puede restringir el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, de forma cuestionable desde el punto de vista constitucional.

Esta nueva estrategia se ha abierto paso fundamentalmente en materia de protección de la juventud. Así, tanto la Ley federal sobre servicios de información y comunicación como el convenio estatal entre *länder* sobre servicios de medios de comunicación han previsto la supervisión de las disposiciones relativas a este ámbito a través de dos instrumentos de autocontrol alternativos.<sup>62</sup>

Por una parte, el proveedor de teleservicios y servicios de medios de comunicación debe nombrar un comisionado para la protección de la juventud, si los servicios ofertados pueden contener contenidos no aptos para menores. Éste actuaría como un interlocutor tanto para el usuario, al que presta orientación, como para el proveedor, a quien asesoraría en la planificación de los servicios ofertados y al que incluso podría proponer una restricción de los mismos.

Pero, por otra, también es posible optar por delegar esas mismas funciones en una asociación de autocontrol formada por los propios proveedores de servicios multimedia. Esa posibilidad ofrece ventajas tales como un ahorro de costes y una profesionalización de la protección de la juventud. Probablemente por ello ha sido la opción elegida por los proveedores en Alemania que en julio de 1997

---

protección de datos en los teleservicios (art. 8.1 TDDSG). De esta forma, de los dos modelos de supervisión comentados en materia de protección de datos (organismos de control generalizado y organismos que sólo pueden actuar en caso de infracción), la normativa multimedia en materia de teleservicios optó por el primer modelo, con vistas a la entonces futura Directiva europea sobre protección de datos, frente al modelo de la Ley federal sobre protección de datos que, como se vio, sólo prevé la actuación de la autoridad de supervisión si existen suficientes puntos de referencia para estimar que se ha producido una infracción de las normas sobre protección de datos, *vid.* H.-H. Schrader, *op. cit.*, pág. 710; F. Moos, *op. cit.*, pág. 163.

61. Se trata del llamado *Bundeskartellamt* y de las autoridades anticártel de los *länder* (*Landeskartellbehörden*); *vid.* artículos 44 y ss. de la Ley federal contra restricciones a la competencia.

62. Artículo 8.4 del Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación y artículo 7 de la Ley federal sobre la difusión de escritos perjudiciales para menores.

constituyeron la llamada Asociación de Autocontrol Voluntario de los Proveedores de Servicios Multimedia (*Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Dienstleister*).<sup>63</sup>

Igualmente, aunque de una forma más tímida, el Convenio estatal de los *länder* sobre servicios de medios de comunicación ha introducido por primera vez la idea de un autocontrol también en el ámbito de la protección de datos. Se trata del procedimiento conocido como *Datenschutz-Audit* (art. 17 MDSt), a través del cual los proveedores de servicios de medios de comunicación pueden dejar que personas independientes y autorizadas examinen y valoren su sistema e instalaciones técnicas de protección de datos, y además permitir que se publiquen los resultados de ese examen. La finalidad de esa norma es alcanzar un alto nivel de protección de datos, mientras se fortalece la autorresponsabilidad empresarial. Se trata, en definitiva, de crear un sello de calidad que permita al consumidor valorar en la elección de productos y prestaciones de servicios si un empresario es respetuoso con la protección de datos. Ahora bien, el Convenio sólo prevé ese procedimiento como una posibilidad, cuya configuración deberá detallarse en una ley ulterior que todavía no se ha aprobado.<sup>64</sup>

#### IV. Valoración

La República Federal de Alemania aprobó en 1997 una normativa para los servicios multimedia que es el resultado de un compromiso político entre la Federación y los *länder* para dotar a los empresarios del sector de un marco jurídico seguro.

Más allá de la intención confesada de impulsar el crecimiento económico de este sector, la normativa alemana ha intentado conjugar libre competencia y protección de los usuarios frente a las múltiples injerencias que estos servicios pueden suponer en sus derechos. En efecto, en el contexto de liberalización de estos servicios que recoge la normativa multimedia alemana, no sólo aparece en primer plano la libertad de empresa y las libertades económicas de los proveedores, sino derechos fundamentales de los usuarios tales como la libertad de información, la privacidad o los derechos de la personalidad.

---

63. Son miembros fundadores de esta Asociación relevantes federaciones y grupos empresariales del sector mediático, entre ellos *Deutsche Telekom*, *Microsoft Network*, *Pro Sieben Media AG*, la Federación de la Radiotelevisión y Telecomunicación Privadas (*Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation*), o la federación de los editores alemanes de prensa (*Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger*). Esta estructura de autocontrol dispone de su propio código de conducta, así como de una instancia donde cualquier persona puede denunciar la existencia en la red de contenidos problemáticos, en especial desde el punto de vista de la protección de menores. Para más detalles sobre su organización y funcionamiento. *vid.* M. Rath-Glawitz y A. Waldenberger, «Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Dienstleister e.V.», *Computer und Recht*, núm. 12, 1997, pág. 766-769.

64. El origen de este procedimiento se encuentra en el derecho medioambiental, concretamente en el *Umwelt-Audit-Verfahren*. Sobre su extensión a la protección de datos, *vid.* A. Rossnagel, «Datenschutz-Audit-ein neues Instrument des Datenschutzes», H. Bäumlér, (ed.), «*Der neue Datenschutz-Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen*», Luchterhand, Neuwied, 1998, pág. 65 y ss.

Sin embargo, tras el primer año de vigencia de ese complejo normativo, la regulación alemana sobre los multimedia suscita muchas críticas e incluso cabe cuestionar si ha cumplido el objetivo para el que fue prevista.

Por una parte, los problemas de delimitación entre las dos nuevas categorías de servicios multimediales (teleservicios y servicios de medios de comunicación) son enormes. Esa dualidad traduce un determinado reparto competencial; es decir, ha servido para aclarar el respectivo ámbito de competencias legislativas de la Federación y los *länder* en materia multimedia, pero de una forma que unánimemente se ha valorado como desafortunada. En efecto, en un buen número de casos los empresarios tienen dudas sobre la categoría a la que corresponde su actividad y consiguientemente sobre qué normativa la regula. A ello se suma la ausencia de criterios claros de resolución, sin perder de vista que la prestación de un servicio multimedia bajo un régimen incorrecto está sancionada con cantidades nada desdeñables.

Tampoco la regulación material de los derechos y obligaciones de los proveedores está exenta de problemas. Posiblemente el caso más palpable sea el actual régimen de responsabilidad. Sus dificultades de interpretación son tales en algunos supuestos, como el del proveedor que acoge en su servidor páginas de terceros donde se insulta o aparecen contenidos con pornografía ilegal, que se ha creado una gran inseguridad entre los proveedores. Más allá de ello, cabe cuestionar la propia concepción normativa de esta legislación basada en una regulación mínima de algunos extremos, pero que no aborda de forma específica otros riesgos propios de estos servicios de comunicación. Concretamente, se ha empezado a plantear la posible conveniencia de prestar una mayor atención a la protección de la libertad de acceso y a la limitación de las tendencias a la concentración multimedial.<sup>65</sup>

Por otra parte, la actual distribución de competencias en materia multimedia conduce a una pluralidad de estructuras de supervisión en especial en el caso de los servicios de medios de comunicación. Esa dispersión de autoridades de control hace necesaria una coordinación entre ellas que comporta costes y retrasos en el proceso de adopción de una decisión. Ante esa situación es lógico que se intente reconducir esa multiplicidad de instancias supervisoras. Para ello una de las vías más invocadas es el recurso a la colaboración entre la Federación y los *länder*, o entre los propios *länder*, en concreto a través de instrumentos cooperativos —muy habituales en el federalismo alemán— como la creación de una instancia conjunta que se encargue de la coordinación y ejecución de las respectivas competencias en este ámbito.<sup>66</sup>

65. Así, B. Holznapel, *op. cit.*, pág. 45. Además, últimamente la Comisión sobre monopolio (*Monopolkommission*) del Bundestag ha presentado un dictamen en relación con aspectos de la competencia en el sector mediático que prevé un incremento de la densidad de regulación sobre todo en los medios de comunicación electrónicos. Esa propuesta ha sido saludada, en noviembre de 1998, por la propia Federación de la Radiotelevisión y Telecomunicación privadas, que agrupa a más de ciento sesenta empresas de radiotelevisión privada, multimedia y telecomunicación; *vid.* <http://www.vprt.db/positionen/981110-1.html>.

66. En ese sentido, A. Bysikiewicz, *op. cit.*, pág. 40. Asimismo, el proyecto de informe provisional del Grupo del SPD en la Comisión de estudio del Bundestag sobre el futuro de los medios propuso la constitución de una instancia conjunta en el sector de la comunicación similar a la *Federal Communications Commission* americana; *vid.* en Deutscher Bundestag (ed.), *Meinungsfreiheit, Meinungsvielfalt, Wettbewerb*, Zeitungs-Verlag, Bonn, 1996, pág. 48, 129. Cabe señalar que esta discusión en el ámbito

A pesar de todos esos problemas, la normativa alemana sobre los multimedia es una regulación pionera en el ámbito europeo. Pero, además, se trata de una regulación respetuosa con el actual sistema de distribución de competencias alemán y con la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de radiotelevisión. Por ello, con todos sus problemas, la iniciativa alemana tiene el mérito de ser el primer intento de crear un marco normativo para los servicios multimedia en un sistema con una estructura política descentralizada, que permite reflexionar sobre los nuevos problemas competenciales y materiales que presenta su regulación, así como sobre los instrumentos más idóneos para intentar resolverlos.

---

multimedia se inserta en un debate más amplio y de suma actualidad sobre el modelo tradicional basado en una separación de las autoridades en materia de telecomunicaciones y de medios de comunicación, separadas además por razones competenciales en un Estado federal como Alemania, ante el proceso de convergencia. Sobre este tema pueden consultarse K. H. Ladeur, «Zur Abgrenzung von Telekommunikations- und Medienrecht bei der Regelung von Pay-TV», *Archiv für Post und Telekommunikation*, núm. 3, 1997, pág. 193-200; B. Holznagel, «Rechtsprobleme der Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation», *Multimedia und Recht*, núm. 9, 1998, pág. 12-17.