

¿ESTÁN JUSTIFICADAS LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS EMISIONES?* **LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA**

Andrés Betancor Rodríguez**

Sumario

- I. Los hechos: cómo la FCC controla la indecencia en las emisiones y los problemas que se suscitan
 - A. La Administración y sus poderes
 - B. Algunas cuestiones procedimentales

- II. Las reflexiones: ¿Una autoridad administrativa de control de los contenidos de las emisiones? ¿Una autoridad administrativa de control de la libertad de expresión?
 - A. La libertad de expresión y sus límites
 - B. Medios jurídicos para gestionar la interrelación entre las libertades y sus límites
 - C. El papel de la Administración
 - 1) Alcance de los límites constitucionales
 - 2) La ponderación de bienes y derechos en conflicto
 - 3) La prohibición constitucional de la censura
 - 4) Conclusión: la incapacidad funcional y estructural de la Administración para controlar los contenidos audiovisuales

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación SEJ 2006-10986 financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

** Andrés Betancor Rodríguez, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra, c/ Ramon Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona, andres.betancor@upf.edu.

Artículo recibido el 16.10.2006.

D. La veracidad y sus dificultades

E. El caso del Consejo del Audiovisual de Cataluña

III. Las conclusiones. Que la Administración administre y que los jueces tutelen los derechos

Bibliografía

El 1 de febrero de 2004, aproximadamente a las 8.30 horas de la tarde (*Easter Time*), se desarrolló un acontecimiento que ha cambiado el sistema jurídico norteamericano: la visión durante unas décimas de segundo del pecho semidesnudo de la cantante Janet Jackson durante el intermedio del partido de la Super Bowl de la Liga de Fútbol Americano por 90 millones de personas causó, en algunas personas, estupor, indignación..., porque consideraron que la transmisión de tal imagen era indecente, había violado la intimidad familiar y afectado a la educación de los niños.

Esto ha provocado un escándalo de proporciones nunca antes vistas en el mundo de la televisión norteamericana. Más de 540.000 quejas fueron dirigidas por los telespectadores a la Federal Communications Commission (FCC). Ésta actuó rápidamente e inició en menos de 24 horas un procedimiento contra la empresa que transmitió las imágenes, lo que ha desembocado en la imposición de una multa de más de 500.000 dólares.

Se ha llegado a decir que este hecho ha inspirado «*a revolution against indecency on the airwaves*» (Coates). Esta afirmación se basa en el hecho de que antes de este incidente, la FCC no había impuesto ninguna multa tan importante. La última, por importe de 27.500 dólares, la había impuesto contra una televisión en el año 2002. En cambio, a partir del incidente que vamos a comentar, el activismo de la FCC en este campo se ha incrementado hasta el extremo de imponer en octubre de 2004 a la Fox Television una multa de 1,2 millones de dólares por la emisión de un desnudo.

En fin, se puede decir que hay un antes y un después al denominado *wardrobe malfunction* de Janet Jackson. Este incidente representa el cambio en la política seguida por la FCC bajo la presión de los grupos más conservadores. Hasta ese momento, la política seguida era la de dejar que el mercado hiciera su trabajo. Porque se consideraba que era preferible el abuso –como afirmaba el Chairman Powell antes de su conversión a la fe de la revolución contra la indecencia– que la interferencia del Gobierno en los asuntos relacionados con la libertad de expresión (Primera Enmienda).

En este trabajo vamos a analizar este caso para exponer cómo ejerce sus funciones una de las agencias reguladoras más importantes de Estados Unidos. Nos referimos a la Federal Communications Commission (FCC), cuando se trata de determinar cuándo un contenido emitido es contrario a la legislación en materia de indecencia.

¿Qué interés tiene este análisis? Además de permitirnos analizar cómo una agencia tan importante ejerce sus poderes, tiene un interés inmediato: nos muestra los límites con los que se enfrenta una autoridad administrativa cuando se trata de valorar (o de juzgar) el contenido de las emisiones transmitidas por un medio de comunicación tan importante como la televisión para determinar su acomodo a la legislación aplicable en materia de indecencia.

Este análisis es particularmente interesante porque nos va a permitir mostrar las diferencias entre el modelo norteamericano y el modelo europeo —singularmente, el francés— de autoridades administrativas de control de contenido de las emisiones. Una diferencia notable se refiere, como veremos, al alcance del control.

El modelo norteamericano de la FCC limita el alcance del control de contenidos a la preservación de los menores frente a las emisiones denominadas *obscenas, indecentes e irreverentes*. En cambio, el modelo francés (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, creado por la Ley de 17 de enero de 1989 y encargado de garantizar la libertad de comunicación audiovisual en las condiciones establecidas por la Ley de 30 de septiembre de 1986), se extiende más allá hasta abarcar territorios vedados en aquel primer modelo. Así se permite el control previo y de oficio del contenido, incluso, ideológico de las emisiones a los efectos de garantizar el pluralismo y la honestidad de las informaciones.¹ Sobra decir que esta ampliación es inadmisibles en el mundo norteamericano por tratarse de un control equivalente a la censura. Además, sería inconcebible que una autoridad administrativa, por muy independiente que fuera, pudiera controlar ideológicamente los contenidos para garantizar, supuestamente, el pluralismo y la honestidad.

El modelo catalán de autoridad del audiovisual, el Consejo del Audiovisual de Cataluña, sigue este último modelo. El artículo 1.2 de la Ley de Cataluña 2/2000, de 4 de mayo, dispone, además de otras funciones, que «el Consejo vela, [...], por el pluralismo político, religioso, social, lingüístico y cultural en el con-

1. La decisión del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) de 8 de febrero de 2000 establece cómo se puede garantizar el pluralismo en los medios. En definitiva, la regla más determinante es la de los tiempos de emisión dedicados al Gobierno, la mayoría parlamentaria que lo soporta y la oposición. El tiempo se distribuye según el criterio de tercios: un tercio para cada uno de los señalados. Y se añade, además, que el tiempo dedicado a la oposición no podrá ser inferior a la mitad del tiempo dedicado al Gobierno y a la mayoría parlamentaria. Todas las personalidades que intervengan en la televisión o radio deberán ser clasificadas en alguno de los grupos señalados. Además, concreta qué es lo que debe entenderse por tiempo de antena y por tiempo de palabra. En definitiva, para garantizar el pluralismo, el CSA ha debido establecer una regulación muy detallada.

junto del sistema audiovisual en Cataluña, vela por la neutralidad y honestidad informativas, y preserva el cumplimiento de las normas relativas al uso de la lengua catalana y el impulso del aranés». Esta autoridad extiende sus competencias, como hemos visto, para garantizar el pluralismo, pero también «la neutralidad y honestidad informativas».

Sobre estas cuestiones nos extenderemos más adelante. Como hemos señalado, en el modelo norteamericano sólo es posible que una autoridad administrativa pueda controlar *a posteriori* los contenidos de las emisiones para evitar la indecencia.

En todo caso, el control administrativo de los contenidos plantea considerables dificultades tanto en el modelo norteamericano como, especialmente, en el europeo. Estas dificultades vienen de la mano, fundamentalmente, del margen de apreciación subjetiva que se reconoce a estas autoridades, por lo que existe un riesgo considerable de arbitrariedad.

Para ilustrar estas dificultades vamos a comentar el control de la indecencia que en Estados Unidos lleva a cabo la FCC. A tal fin, nos vamos a servir, como hemos señalado, de un caso que ha causado un singular impacto: el desnudo parcial y durante décimas de segundo de la cantante Janet Jackson durante el intermedio de la Super Bowl del año 2004. El análisis de este caso, desde la perspectiva del Derecho público europeo, nos permitirá extraer algunas importantes lecciones no sólo sobre cómo ejerce sus poderes tan importante agencia, sino los problemas con los que se enfrenta cuando se trata de controlar contenidos.

I. Los hechos: cómo la FCC controla la indecencia en las emisiones y los problemas que se suscitan

Los hechos pueden ser resumidos en los siguientes términos. Durante el intermedio del partido de la Super Bowl de la NFL, se suele organizar algún espectáculo musical. Con ocasión de la edición del año 2004, los organizadores del evento (las empresas CBS y MTV, ambas en aquellas fechas del grupo VIACOM)² prepararon varias actuaciones musicales. Una de ellas fue la

2. En enero de 2006, precisamente como consecuencia del escándalo que comentamos, se han separado en dos compañías: por un lado, MTV, que continúa bajo el manto de VIACOM, y, por otro, CBS, como una compañía independiente.

actuación del invitado sorpresa Justin Timberlake, que cantó una de sus canciones titulada *Rock Your Body*, en este caso, a dúo con la también cantante Janet Jackson. En un determinado momento, justo al final de la interpretación y cuando cantaban «*gonna have you naked by the end of this song*», Timberlake arrancó una pieza del traje que cubría el pecho de Jackson y lo dejó al descubierto durante unos segundos.

La exhibición pública durante unos segundos del pecho de Janet Jackson suscitó, como hemos dicho, un enorme escándalo y repulsa por parte de muchos miles de ciudadanos americanos. A los europeos y, en particular, a los españoles, esto nos puede parecer increíble. Mostrar los pechos en la televisión, incluso en horario infantil, nos parece más o menos agradable, pero en ningún caso lo consideramos como escandaloso. La normalidad con la que nos relacionamos con el cuerpo humano se pone de manifiesto en nuestras playas. Estoy convencido de que una escena como la que comentamos en una de nuestras playas no merecería ni nuestra atención. Tampoco sucede cuando esa misma escena se transmite por televisión e, incluso, de manera reiterada a través de anuncios de productos o servicios, como ocurre de manera cotidiana.

Basta lo dicho para alimentar el tradicional sentimiento antiamericano tan arraigado en nuestra mentalidad. Los comentarios de sorpresa e incluso humorísticos nos vienen a la cabeza y recordamos lo que nuestros amigos dijeron cuando la noticia se dio a conocer en España.

Sin embargo, estos comentarios son injustos porque olvidan que para más del 80 por 100 de los norteamericanos la investigación sobre la Super Bowl era una manera de tirar a la basura millones de dólares, o sea, una estupidez. Sólo un 17 por 100 se ha mostrado preocupado por el incidente.³

Es un ejemplo sobresaliente de cómo las minorías bien organizadas y con recursos pueden imponer su criterio sobre la mayoría desorganizada. En un sistema político como el norteamericano, con una enorme transparencia y apertura, la organización de los grupos de interés, más que la extensión del apoyo que reciban sus propuestas, es la cuestión clave para condicionar la agenda política. Este razonamiento vale para casi todos los ámbitos del sistema polí-

3. Éstos son los datos que aportó VIACOM en su escrito de alegaciones.

tico. En particular, fue utilizado en los años 70 del siglo pasado por la denominada *Escuela de Chicago* para explicar el comportamiento de las agencias reguladoras.

Mientras que en Europa y, singularmente, en España, la evolución del concepto colectivo de lo que debe ser un comportamiento que suscita rechazo social ha facilitado la exposición pública del cuerpo parcialmente desnudo en playas e incluso en la televisión sin suscitar escándalo, en el caso norteamericano un pequeño pero importante grupo social –en particular, el denominado *Parents Television Council* (PTC)– ha ido presionando para que las autoridades sean particularmente beligerantes en la persecución de todo aquello que suscita escándalo según su muy restringido criterio.

El escándalo social dio lugar a la actuación pública, la actuación de la FCC –que es lo que en particular nos interesa–, dirigida a castigar a los responsables. Esta actuación se ha basado en la prohibición de las emisiones obscenas, indecentes o irreverentes. La cuestión jurídica central es la calificación del hecho acaecido durante el intermedio de la Super Bowl como primer paso para la imposición del castigo. Nadie pone en duda el que, por un lado, el hecho se produjo y, por otro, que no hubo, como al principio se llegó a rumorear, *wardrobe malfunction*, sino que fue un acto premeditado y, por consiguiente, organizado de los intérpretes para dar fuerza y realismo, según parece, a la interpretación de la canción. Descartados el accidente y la fuerza mayor, la cuestión se circunscribe a cómo calificar jurídicamente este hecho premeditado: ¿es un acto de indecencia⁴ prohibido por la ley y sancionable por la FCC?

4. Una aclaración se impone de manera inmediata. En el Derecho norteamericano se distingue, como hace el artículo 1464 del título 18 U.S.C., entre obscenidad, indecencia e irreverencia. En nuestro Derecho no encontramos esta diferencia, e incluso es complejo traducir las diferencias de significados de los distintos términos. El contenido de este último término (la irreverencia) tiene un significado más o menos claro en nuestra lengua, pues alude a lo que podemos denominar, parafraseando nuestro Código Penal de 1995, como el escarnio a los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de cualquier religión (art. 525 Código Penal). En cambio, las diferencias entre la obscenidad y la indecencia son más confusas. De forma simplificada, las diferencias son más de cantidad que de calidad, puesto que ambas aluden a prácticas relativas al sexo, a órganos sexuales o a prácticas sexuales, pero también a lo que en inglés se denomina *excretory activities*. Mientras que la obscenidad se refiere a actividades que tienen algunos de los objetos referidos y sólo tienen tal finalidad, la indecencia no alcanza el grado de explicitud asociado a la obscenidad. Así, por ejemplo, la pornografía es obscena, mientras que los desnudos podrían llegar a ser indecentes. La frontera entre ambos conceptos es tan difícil de establecer como la diferencia que hay entre pornografía y erotismo. Ahora bien, las consecuencias jurídicas son muy distintas cuando se trata de emisiones de imágenes o sonidos utilizando las ondas, no así cuando se utiliza otro medio de difusión, singularmente la prensa escrita, el satélite o, incluso, Internet. En el caso de la obscenidad,

La contestación a este interrogante nos plantea, a su vez, varias cuestiones jurídicas de singular relevancia, desde nuestro punto de vista: en primer lugar, la circunstancia decisiva de que es una Administración pública la que lleva a cabo la calificación y, por consiguiente, la imposición del castigo; en segundo lugar, la naturaleza de los poderes en cuestión: en particular, nos interesa enfrenarnos, desde los ojos de un administrativista, con el problema del alcance de los poderes de la Administración, máxime cuando aquí estamos hablando de poderes que tienen por objeto una actividad que colinda con la libertad de expresión; y, en tercer lugar, el procedimiento seguido para aplicar el castigo.

A. La Administración y sus poderes

La agencia en cuestión es la Federal Communications Commission (FCC). Esta agencia fue creada por la *Communications Act* de 1934 como agencia independiente del Gobierno (Executive Branch) y directamente responsable ante el Congreso. Su función es actuar como máxima autoridad federal respecto de cualquier medio que sirva para transmitir señales que comuniquen mensajes que sirvan a la comunicación entre personas, o sea, la máxima autoridad en materia de comunicaciones. En particular, por lo que ahora nos interesa, la FCC tiene autoridad para regular la televisión, la radio, el cable y el satélite en el marco de la legislación aprobada por el Congreso. Entre sus poderes se encuentran los necesarios para el control de los contenidos de las emisiones de los medios de comunicación. A tal fin, el Congreso ha establecido la prohibición de las emisiones de contenido obsceno, indecente o irreverente. El artículo 1464 del título 18 del *United States Code* (18 U.S.C. § 1464), prohíbe la emisión por ondas («*radio communication*») de cualquier lenguaje obsceno, indecente o irreverente. Y la FCC puede castigar cualquier violación de la señalada prohibición mediante la revocación de las licencias [47 U.S.C. § 312 (a) (6)] o la imposición de multas [47 U.S.C. § 503 (b) (1) (D)].

La constitucionalidad de este poder fue confirmada por la importante Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

su emisión está absolutamente prohibida a cualquier hora del día o de la noche. En cambio, el erotismo puede ser emitido, como práctica indecente, desde las 10 de la noche hasta las 6 de la mañana. Esto significa que la obscenidad no está cubierta, en ningún caso y de ninguna manera, por la libertad de expresión, mientras que sí lo están las actividades indecentes.

Esta Sentencia reconoce el poder de la agencia para prohibir y, en su caso, castigar aquellas emisiones que revisten un contenido indecente por exigirlo la protección de la privacidad del hogar y de los menores.

Una vez salvadas las posibles objeciones sobre la constitucionalidad del poder de la FCC, ésta puede controlar los contenidos de las emisiones, aunque circunscrita a dos ámbitos: por un lado, a la indecencia y, por otro, a las emisiones mediante ciertos medios (la televisión y la radio) que utilizan las ondas para la transmisión de sus señales. Como consecuencia de tal control, la FCC puede imponer un castigo (*civil penalties*).

Nos podría sorprender, desde nuestros apriorísticos juicios, que una agencia pueda contar con tal poder sancionador. Según ideas consolidadas entre nosotros en el pasado pero hoy en crisis, este poder debería estar reservado al poder judicial. Esta regla sería particularmente exigente en el caso norteamericano. Pero la realidad es bien distinta: en Estados Unidos, una Administración puede ejercer este poder sancionador incluso en un ámbito tan delicado (por la estrecha relación con la libertad de expresión) como es el de la indecencia.⁵ El Congreso ha delegado en la agencia este poder para imponer *civil penalties* sin que ello suponga la ruptura del principio de división de poderes, ni tampoco una afectación ilegítima a la libertad de expresión. Las razones son, fundamentalmente, prácticas. Se considera que es más eficaz y eficiente que las sanciones sean impuestas por una agencia —en este caso, la FCC— que por un tribunal, incluso tratándose del castigo de actividades *prima facie* cubiertas por la libertad de expresión. No hay, por lo tanto, ningún problema constitucional en que el poder sancionador de las administraciones públicas se extienda a tan delicado ámbito.

La tipificación legal de la infracción está recogida en el artículo 1464 del título 18 U.S.C. Sin embargo, como también sucede en nuestro Derecho, esta tipificación es genérica.⁶ Tal vez no es posible otra tipificación más concreta. La ausencia de mayores detalles obliga, como analizaremos, a una labor esencial de la

5. Esto no sucede, como hemos señalado, en el caso de la obscenidad porque ésta no está cubierta, en ningún caso, por la libertad de expresión.

6. Aunque la Ley de Cataluña 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña, tipifica como infracción muy grave, por ejemplo, «el incumplimiento de los principios básicos de la regulación de los contenidos audiovisuales», así como «el incumplimiento de cualquiera de los deberes impuestos de acuerdo con la presente Ley con relación a la protección de la infancia y la juventud» [art. 132.b y c].

agencia de concreción sobre cómo debe ser interpretado y aplicado el tipo legal respecto de qué es lo que debe entenderse por indecencia, así como cuándo y en qué circunstancias la indecencia es sancionable (por extravasar el ámbito de la libertad de expresión). A tal fin, la FCC ha elaborado el denominado *test for indecency*, que es, por consiguiente, un complemento imprescindible para la delimitación del tipo.

Además, nos puede resultar sorprendente que la agencia sólo pueda ejercer su poder a instancia de la denuncia de cualquier espectador. No cabe la acción de oficio. Se pretende, de esta manera, evitar que la agencia se convierta en un censor que controla todos los contenidos. Estamos ante un poder sancionador que sólo puede ser activado por la denuncia (*complaint*) de cualquier persona.

Según nuestro criterio, cuando la Administración ejerce este poder sancionador ejerce un poder reglado y, además, fuertemente reglamentado por la ley; de ahí, por ejemplo, la exigencia de la tipificación legal exhaustiva y previa de la infracción. Así debe ser como garantía de los derechos y libertades implicados.

En el caso que nos ocupa, esto es aún más claro por cuanto que se trataría de castigar un acto (como fue la emisión de unas imágenes de un desnudo parcial y efímero) que está cubierto, en general, por la Primera Enmienda de la Constitución americana, o sea, la libertad de expresión y la prohibición de la censura. Es más, la cuestión constitucional controvertida en este caso, como analizaremos a continuación, es la relativa a si el castigo impuesto (la multa de 500.000 dólares) es una censura encubierta, como sostenía la empresa sancionada. Según ésta, lo era porque, por un lado, impone un castigo por una actividad cubierta por dicha libertad (porque la indecencia, a diferencia de la obscenidad, sí está protegida, dentro de ciertos límites, como veremos, por la libertad de expresión), pero también, por otro, porque sienta un precedente que establece un estándar a ser tenido en cuenta por todas las empresas de televisión –entre otras– cuando lleven a cabo, al menos, cualquier transmisión en directo. Este precedente aboca a la autocensura, lo que es tan preocupante o más que la censura administrativa. Porque no hay libertad ni cuando la Administración controla los contenidos ni cuando los emisores se autocontrolan para evitar el castigo de la Administración.

Sin embargo, en el caso norteamericano la agencia tiene un considerable margen de apreciación (discreción) para completar el tipo legal, así como para apreciar en cada caso concreto si se produce o no la concurrencia de los ele-

mentos que identifican el tipo a los efectos de la calificación jurídica del hecho y para proceder a la imposición de la correspondiente sanción.

Esta doble apertura incrementa, según nuestro criterio, el poder de la Administración y los riesgos de que sufran los derechos fundamentales por la actividad arbitraria de aquélla. Porque la Historia acredita y acuña en una de sus leyes de hierro que, a mayor amplitud del poder de la Administración, mayor riesgo de arbitrariedad y mayor riesgo de violación de los derechos de los ciudadanos.

La amplitud del poder de la Administración es un tema controvertido tanto en Europa como en Estados Unidos. En esta nación, la extensión del poder de la Administración es la obra de la voluntad del Congreso. El Congreso es libre, en el marco de la Constitución, para atribuir y regular los poderes de la Administración. Por esta razón, el control judicial se debe circunscribir a lo que el Congreso ha querido, expresa o implícitamente, no pudiendo ir más allá de la voluntad del Congreso.

La relación entre el poder de la Administración –en particular, su alcance– y el control judicial está gobernada por la denominada *doctrina Chevron*, elaborada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la famosa Sentencia *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

Esta Sentencia ha fijado las dos etapas que deberán ser recorridas por los tribunales para controlar el poder de la Administración. Específicamente, delimita el ámbito de dicho control.

En la primera fase, el tribunal se debe preguntar sobre la claridad de la voluntad del Congreso, expresada en la correspondiente ley, para dar una determinada respuesta a un determinado problema, objeto de la controversia que se le ha planteado. Si la voluntad del Congreso ha sido claramente expresada en una determinada manera, es esta voluntad la que la agencia debe ejecutar. El tribunal deberá comprobar que esto ha sido así, o sea, que la agencia no ha contradicho la voluntad expresa y clara del Congreso.

La segunda fase se suscita si no hay claridad en la voluntad del Congreso. Si no es posible saber cuál es la voluntad del Congreso, será la voluntad de la agencia la que establezca cómo ha de ser resuelta la cuestión suscitada, o sea, cómo ha de interpretarse la ley. En tal caso, el tribunal deberá limitarse a comprobar que la interpretación de la agencia es una interpretación que puede ser permiti-

da porque se mueve en el ámbito de lo que puede ser considerado como interpretable dentro de la ley («*a permissible construction of the statute*»).

Si la ley es oscura, en el margen de la *oscuridad*, la agencia puede interpretar, con discreción, cuál es la solución (interpretación) adecuada de la ley. El control judicial ha de limitarse a controlar que esa interpretación se mueve en el marco de la *oscuridad* de la ley. Si esto es así, o sea, si la interpretación se puede considerar que legítimamente es permisible en el marco de la ley, el tribunal no puede invalidar dicha decisión.

Si la ley es clara, ni la agencia ni el tribunal pueden ni revocar ni, aún menos, sustituir la voluntad del Congreso. En cambio, cuando la ley no es clara, el tribunal sólo podrá revocar la decisión de la agencia si va más allá del ámbito de lo que lógicamente se puede considerar como una interpretación posible en el marco de la ley y de sus oscuridades. ¿Por qué? Porque, en tal caso, la agencia va más allá del ámbito que el Congreso le ha entregado a su discreción.

Esta delegación por parte del Congreso se puede producir, como ha afirmado el Tribunal Supremo, tanto de manera expresa como implícita, como cuando hay un «*interpretative gap in the statutory structure*» [Pauly v. Bethenergy Mines, Inc., 501 U.S. 680 (1991)]. Ésta es una de las consecuencias que dicho Tribunal ha deducido a partir de la doctrina *Chevron*.

La cuestión clave pasa a ser la siguiente: si el Congreso ha creado una agencia para interpretar y aplicar una ley, está encomendando (delegando) a ésta la resolución de todas las cuestiones que se susciten con ocasión de la interpretación y aplicación de la ley. Los tribunales han de limitarse a comprobar que la decisión de la agencia se circunscribe al ámbito de la delegación. Esto es lo que se conoce por *deference*. Porque los tribunales deben deferencia a la decisión de la agencia, salvo que pueda acreditarse que se ha extralimitado al adoptar una decisión que extralimita el ámbito de la delegación, por cuanto no es una «*permissible interpretation*» de la ley.

Las diferencias con nuestro sistema jurídico son elocuentes. En primer lugar, el acto de creación de la agencia es decisivo para entender que esta agencia cuenta expresa o implícitamente con los poderes necesarios para interpretar y aplicar la ley que se le encomienda. No es necesario, por consiguiente, un acto expreso de atribución de un específico poder. Es suficiente con el mero acto de cre-

ación. Esto es así, al menos, respecto del poder de *adjudication*, o sea, el poder para dictar actos administrativos, según nuestra terminología. En segundo lugar, la delegación de los poderes puede ser, como hemos dicho, expresa o implícita, como cuando hay un «*interpretative gap in the statutory structure*». Este *gap* debe ser resuelto por la agencia, porque a ésta se le ha encomendado como tarea la resolución de todas las cuestiones surgidas con ocasión de la interpretación y aplicación de la ley. En tercer lugar, el poder de la agencia delegado expresa o implícitamente debe ser ejercido con discreción en el marco de la delegación y de la ley. Esto vale para cualquier tipo de poder. No hay, como hemos dicho, distinción entre poder reglado y discrecional. Todos los poderes de la Administración deben ser ejercidos con la discreción necesaria, pero en el marco de la ley. En cuarto lugar, el alcance del control judicial está delimitado por la delegación del poder. Esto significa que deberá acomodarse al ámbito de la discreción entregada a la Administración. No podrá inmiscuirse en este ámbito, por lo que se limitará a comprobar que la decisión de la agencia se mueve dentro de tales límites para que pueda ser considerada como una interpretación permisible de la ley.

En el caso que comentamos, si el Congreso no ha querido especificar los detalles o elementos de lo que denominamos *el tipo de la infracción* es porque ha querido que sea la agencia la que los debe concretar o especificar. Por consiguiente, ésta despliega una labor de *construcción* del tipo de la infracción. Una vez aquilatada esta función, la agencia lleva a cabo la calificación de ciertos hechos a los efectos de considerarlos incursos o no en el tipo con el fin de proceder (o no) a su castigo mediante la imposición de las sanciones correspondientes.

La agencia ha terminado de construir el tipo infractor mediante el denominado *test for indecency*.⁷ Según la FCC, unos hechos podrán ser calificados como indecentes cuando en la emisión de los mismos concurren los siguientes elementos: por un lado, la representación o descripción de órganos o actividades «*sexual or excretory*» y, por otro, que los hechos sean patentemente ofensivos («*patently offensive*») según los «*contemporary community standards for the broadcast medium*». Esto último exige tener en cuenta el «*full context*» en el que los hechos se producen y cuáles son las apreciaciones sociales sobre los mismos.

7. Este test está definido en un documento de la FCC titulado Policy Statement, que tiene por objeto «Industry Guidance On the Commission's Case Law Interpreting 18 U.S.C. § 1464 and Enforcement Policies Regarding Broadcast Indecency», de 14 de marzo de 2001, aunque publicado el día 6 de abril de 2001.

El *test for indecency* muestra, por un lado, la magnitud o la importancia del alcance de la discreción (que no discrecionalidad) con la que ha de actuar la agencia para determinar su concurrencia, pero también, por otro, las dificultades de objetivar este proceso (para garantizar la seguridad en un ámbito en el que está en juego una libertad, así como la igualdad de todos ante la aplicación de la ley), que conduce a que la agencia deba no sólo valorar los hechos, sino, además, que deba hacerlo de manera coherente con sus precedentes. Tanta subjetividad sólo puede conducir, además, al absurdo. La FCC ha debido considerar si era más indecente enseñar un órgano sexual o el beso apasionado de dos mujeres, o actos insinuantes como tocamientos...,⁸ sin olvidar que ha calificado como *indecentes* las palabras de Bono, el vocalista del grupo irlandés U2, cuando en el año 2003 calificó como algo «*really, really fucking brilliant*» el premio que había recibido, aunque resulta evidente que este término se usa en Estados Unidos y en España sin aludir a su significado sexual. Tanta subjetividad sólo puede conducir, como decimos, al disparate arbitrista.⁹

Resulta singularmente problemático el segundo criterio: el denominado *estándar social*. La agencia debe probar que el acto que valora (a los efectos de su calificación jurídica) es un acto indecente conforme a este estándar. A tal fin, la agencia no acude –como proponía la empresa emisora y resulta de la lógica– a ninguna referencia social, sino que reconvierte en una apreciación subjetiva (por la propia agencia) de ciertos elementos cuya concurrencia determina que se produce el escándalo social provocado por el comportamiento indecente. Estos tres elementos son: *i*) lo explícito de la descripción o exhibición sexual, *ii*) la reiteración en la descripción o exhibición, y *iii*) la producción de excitación o *shock* con la descripción o exhibición. La aplicación de estos criterios conduce a la agencia a afirmar que «la emisión de un desnudo parcial en este caso fue ex-

8. En el pasado, la FCC tuvo que pronunciarse sobre estos actos. En unos casos los ha calificado como indecentes, caso del programa *Married by America* (*Complaints Against Various Licensees Regarding Their Broadcast of the Fox Network Program Married by America*, on April 7, 2003, FCC 04-242 (rel. Oct. 12, 2004)), o no indecentes, como en los programas *Will and Grace* (*KSAZ Licensee, Inc.*, 19 FCC Rcd. 15999 (2004)) o *Buffy the Vampire Slayer* (*Complaint Against Various Broadcast Licensees Regarding Their Airing of the UPN Network Program Buffy the Vampire Slayer*, on November 20, 2001, 19 FCC Rcd. 15995 (2004)).

9. El texto de la *Order* de 3 de marzo de 2004 no puede ser más sorprendente. A la pregunta de si «*the broadcast of the phrase at issue here is patently offensive under contemporary community standards for the broadcast medium and therefore indecent. We conclude that the answer to this question is yes. The «F-Word» is one of the most vulgar, graphic and explicit descriptions of sexual activity in the English language. Its use invariably invokes a coarse sexual image. The use of the «F-Word» here, on a nationally telecast awards ceremony, was shocking and gratuitous.*»

pública y gráfica y con la intención de excitar y producir *shock* en la audiencia que veía el programa». Por lo tanto, la Comisión determina que el material fue patentemente ofensivo, según resulta de la aplicación del estándar social contemporáneo para el medio televisivo, aun cuando el desnudo fue breve (apartado 6, *Forfeiture Order* de 21 de febrero de 2006). En consecuencia, aplica a la empresa responsable de la emisión una multa de 550.000 dólares.

Así pues, una vez constatado el hecho (el desnudo), la FCC lo considera indecente porque es un hecho patentemente ofensivo («*patently offensive*») según los «*contemporary community standards for the broadcast medium*», porque la exhibición de pecho de Janet Jackson durante unas décimas de segundo fue explícita, reiterada y excitante.

Podemos entender que es objetivable, con todas sus dificultades, la apreciación de la explicitud y la reiteración. Ahora bien, que el hecho pueda o no ser causa de excitación o *shock* en la audiencia es un parámetro o criterio difícil objetivamente. Probablemente, en España la exhibición del pecho desnudo de Janet Jackson ni excita ni escandaliza. Estoy seguro de que en Estados Unidos, para una inmensa mayoría de la población, tampoco.

Nos enfrentamos así al núcleo jurídico central de estas cuestiones: ¿cómo una Administración pública puede objetivar la calificación jurídica de un hecho a los efectos de considerarlo de un tipo u otro (jurídico), con las consecuencias (jurídicas) correspondientes? ¿Cuándo un hecho excita o produce *shock* a la población? Es inobjetivable, porque la carga subjetiva es incuestionable: para unos excita, mientras que para otros es un puro evento artístico.

El *test for indecency* ha sido criticado ampliamente por los autores norteamericanos precisamente por la vaguedad, que permite a la agencia disfrutar de un amplio margen de discreción. Esto es particularmente relevante porque se proyecta, además, sobre el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión.

Cuando la discreción está asociada a la vaguedad, la amenaza de censura se consolida e incrementa exponencialmente. Como ha dicho también el Tribunal Supremo norteamericano, «sin estándares estrictos, objetivos y definidos el peligro de censura y de reducción de nuestras preciosas libertades de la Primera Enmienda es demasiado grande para poderlo permitir» [*Forsyth County v. Na-*

tionalist Movement, 505 U.S. 123 (1992)]. Por esta razón, los poderes de la Administración en un ámbito tan singular como el presente deberían estar sometidos a estándares objetivos, a límites estrechos y a reglas taxativas que permitan controlar su ejercicio.

Las restricciones a la libertad de expresión son necesarias; nadie lo pone en duda. Aunque la Constitución norteamericana reconoce la libertad de expresión, pero sin admitir expresamente ninguna limitación. La Primera Enmienda establece que «*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*». Por lo tanto, esta libertad ampara la manifestación pública de cualquier pensamiento o idea. Además, el Congreso no puede aprobar ninguna ley que restrinja esta libertad. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha reconocido esta posibilidad.

El problema ha surgido cuando el desarrollo tecnológico ha facilitado ciertos medios técnicos que han multiplicado la extensión y los efectos de las ideas o pensamientos expresados. La radio y la televisión, entre otros medios, facilitan que las ideas y pensamientos lleguen a más personas y, además, con un extraordinario poder, al menos en el caso de la televisión, para influir en la conducta de las personas, hasta el punto de hablarse de su poder hipnótico para sugestionar y, por consiguiente, condicionar la conducta y libertad de los destinatarios de los mensajes.

Aquí surge la necesidad de proteger a los destinatarios de los mensajes, singularmente a aquellos que tienen una menor capacidad para discernir los que son perniciosos, ofensivos o dañinos para la libertad e, incluso, para la integridad física y psicológica del receptor. Es el caso de los niños.

¿Cómo proteger a los destinatarios con menos capacidad de discernimiento? Tradicionalmente, el esquema seguido para regular las actividades amparadas por una libertad implicaban la concurrencia tanto del poder legislativo como del judicial. El primero establecía, mediante leyes, los límites que no podían ser superados, mientras que el segundo administraba los castigos a los que infringían dichos límites. Esto los convertía en garantes de las libertades.

Porque son los garantes de las libertades los que pueden limitarlas para proteger otros bienes constitucionales, estableciendo con carácter general (legislativo) o en cada caso (tribunales) el punto de equilibrio exacto, de modo y ma-

nera que la restricción no vaya más allá de lo necesario para alcanzar la protección que precisan los otros bienes y derechos en conflicto.

Esta construcción tradicional se ve completada, al menos en el caso norteamericano, con la atribución de un poder a la Administración —en nuestro caso, la FCC— para controlar los contenidos emitidos y sancionar a los responsables de la emisión de aquellos considerados contrarios a la decencia. El punto de partida es, como ya hemos comentado, la prohibición establecida en el artículo 1464 del título 18 U.S.C., que prohíbe la emisión por ondas de cualquier lenguaje obsceno, indecente o irreverente.

En la Sentencia Pacífica el Tribunal Supremo confirma, como hemos señalado, la constitucionalidad de la habilitación del poder a la Administración para castigar los incumplimientos de la prohibición.

¿Por qué una agencia se entromete en este ámbito? La respuesta es, inicialmente, sencilla: porque se necesitaba un mecanismo más eficaz de control y castigo de los contenidos indecentes. El castigo judicial llega tarde, muy tarde, y es extraordinariamente costoso. Estas circunstancias restan eficacia y eficiencia a la administración del castigo, máxime cuando es muy considerable el número de los emisores y los contenidos que deben ser examinados.

Una vez reconocido el poder de la Administración para controlar los contenidos, es necesario articular mecanismos para controlar ese poder. Una manera de controlarlo es exigiendo el pleno respeto al *test for indecency*. Sin embargo, como hemos podido ver, este test ofrece un limitado control por cuanto la apreciación y aplicación de sus elementos —singularmente, el último— ofrecen una enorme oportunidad para que la agencia valore con amplitud las circunstancias de cada caso y la procedencia de la calificación de los hechos.

La conclusión no puede ser más confusa: admitimos que la libertad de expresión puede y debe ser restringida para proteger ciertos bienes y derechos constitucionales —en particular, la de aquellos que no pueden discernir sobre la bondad o maldad de los contenidos—. Sin embargo, el sistema jurídico-político no ha encontrado el modo perfecto o adecuado para actualizar las restricciones. Porque pueden establecerse restricciones generales que enmarcan el ejercicio de tal libertad, pero el cómo administrar los castigos en caso de incumplimiento se encuentra con la dificultad de la interpretación y aplicación de tales límites en cada caso concreto.

El sistema tradicional se basa exclusivamente en la sanción *a posteriori* por los tribunales. El nuevo sistema nos ofrece la habilitación a una Administración de un poder para regular las emisiones e imponer los castigos correspondientes. Sin embargo, la amplitud del margen de apreciación que necesariamente han de dejar las reglas para comprender (abarcar) todo el fenómeno posible de la indecencia da lugar a una situación objetiva de riesgo de censura que amenaza la libertad. La experiencia norteamericana nos lo ofrece de manera dramática. Tanto es así que la administrativización del control y del castigo ha dado lugar, como acreditan los autores norteamericanos, a un preocupante fenómeno de autocensura.

Uno de los efectos de la administrativización del control es la relajación de la exigencia de la responsabilidad subjetiva, como muestra el caso que comentamos.

Queda probado (porque así lo reconoce la propia agencia) que nadie de la empresa productora ni de la de transmisión de la señal tuvo previo conocimiento ni, por lo tanto, autorizó el desarrollo del acto y, por consiguiente, la exhibición del pecho de Janet Jackson. No hay, por lo tanto, ninguna forma de voluntariedad. ¿Dónde queda la culpa? El elemento subjetivo es esencial, también en el Derecho norteamericano, para la imposición del castigo, por mucho que sea impuesto por una Administración. Si no hay dolo, hay culpa. En este caso, nos encontramos con la problemática cuestión de la diligencia debida. Sin embargo, en este punto, la empresa demuestra que adoptó todas las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de incidente, incluido el retardo de la señal de cinco segundos, además de haber llevado a cabo una organización y supervisión exhaustiva de las actuaciones musicales durante muchos meses antes de la celebración de la Super Bowl. Además, los intérpretes Janet Jackson y Justin Timberlake realizaron sendas declaraciones formales en las que exoneraban de cualquier responsabilidad a la empresa y la asumían en su integridad al declarar que la decisión de descubrir el pecho de Jackson fue enteramente suya, aunque Timberlake afirma que la decisión fue de Jackson y de su coreógrafo. Así pues, la empresa VIACOM adoptó todas las medidas razonables, lo cual no pudo evitar que los intérpretes modificasen su actuación para introducir este «*costume reveal*».

Sin embargo, la FCC sostiene que existe responsabilidad de la empresa. ¿Estamos ante una suerte de responsabilidad objetiva? Parece ser que sí. Porque

el hecho indecente se produjo, según la FCC. Esto es suficiente para sancionar a la empresa responsable de la emisión. Porque no hay duda de que suya fue la responsabilidad de la emisión, aunque no fuese responsable de la producción del hecho indecente. Desde esta perspectiva, lo que se castiga no es tanto el hecho indecente como la emisión del mismo. En su emisión, la responsabilidad de la empresa es reconocida por la agencia, aún cuando pueda acreditar –como es el caso– que no tenía conocimiento previo ni, por lo tanto, lo autorizó, y que adoptó todas las medidas técnicas adecuadas para que en la transmisión en directo de un acontecimiento deportivo como el que nos ocupa no se pudieran emitir imágenes inadecuadas. Así pues, la responsabilidad de la emisión se convierte en responsabilidad objetiva por la emisión de cualquier imagen que sea considerada inadecuada o, en nuestro caso, indecente. Esto es suficiente para imponer el castigo. Es irrelevante, como dice la FCC, la falta de conocimiento previo y autorización por parte de la empresa. Lo relevante es, como afirma la agencia, que la empresa falló en adoptar todas las medidas razonables para evitar la accidental emisión de material indecente. Esto es lo importante. Lo que, a juicio de la agencia, es suficiente para considerar que se cumple con la exigencia de la voluntariedad establecida en la *Communications Act* (apartado 15, *Forfeiture Order*). Prueba de que ha fallado en adoptar las medidas razonables es la existencia de indicios de que se iba a producir este evento escandaloso antes de la emisión, como declaraciones de algunos de los participantes, la elección de ciertos elementos del espectáculo... A pesar de estos indicios, la CBS no adoptó ninguna medida adecuada y suficiente para evitar la emisión del hecho escandaloso.

Como se puede observar, el grado de responsabilidad exigida para evitar la indecencia es muy elevado; tanto, que da lugar a la responsabilidad objetiva para la imposición del castigo. El evento ilícito se produjo; por lo tanto, ha faltado el grado de diligencia necesario para su evitación. Para evitar el incumplimiento del requisito de la voluntariedad, la agencia considera que existieron indicios previos a la emisión que debieron ser tenidos en cuenta por la empresa. Sin embargo, los indicios son algunas declaraciones de los intervinientes y otros datos alusivos a que se buscaba un espectáculo que impactase a los espectadores. Ahora bien, que el impacto fuese debido al «*wardrobe failed*» es mucho suponer. Más allá de lo que cualquier persona considera que en circunstancias normales puede causar dicho impacto.

B. Algunas cuestiones procedimentales

En cuanto al procedimiento seguido, debemos hacer algunos comentarios. Como es conocido, el procedimiento administrativo norteamericano está regulado en la *Administrative Procedure Act* (título 5, U.S. Code). Sin embargo, el seguido por la FCC para castigar la indecencia es un procedimiento específico. Por lo tanto, su estudio no nos va a permitir conocer el procedimiento administrativo común, según nuestra terminología, pero sí nos mostrará sus especificidades respecto de nuestra regulación del procedimiento.

En primer lugar, el procedimiento sólo puede ser iniciado a instancia de la parte interesada. Ésta presenta una denuncia (*complaint*) ante la agencia. A partir de este momento, la agencia impulsa el procedimiento.¹⁰

Esta regla procesal tiene unas importantes consecuencias jurídicas respecto de la protección de la libertad de expresión. Por un lado, impide que la agencia se pueda convertir en un censor que analiza previamente todas las emisiones. Esta censura está expresamente prohibida. No es constitucionalmente admisible que una Administración lleve a cabo este tipo de control previo y sin denuncia. Esta supervisión es equivalente a la censura. Y, por otro, este régimen de censura alimentaría el proceso de autocensura por los emisores, que coartarían su libertad. Si el sistema de castigo establecido alienta la autocensura—como ilustran con numerosos ejemplos los autores americanos—, un sistema de control previo y permanente de las emisiones reforzaría considerablemente esta autolimitación de la libertad.

En segundo lugar, una vez recibida la denuncia (*complaint*), la FCC dicta, tras las comprobaciones iniciales, una *Letter of Inquiry* (LOI) dirigida a quien inicialmente es considerado como responsable del acto indecente—en nuestro caso, la cadena CBS y las demás responsables de la emisión de las imágenes—. En esta *Letter* se comunica el comienzo de una completa investigación y se solicita

10. La duración del procedimiento es significativa, si la comparamos con la de los nuestros. Ciertamente, se trata de un asunto importante y complejo. El procedimiento se inicia el día 2 de febrero de 2004 y la Orden tiene fecha de 21 de febrero de 2006. Por lo tanto, ha durado más de dos años. No está muy lejos de la duración de los procedimientos sancionadores de parecida complejidad que encontramos en nuestro sistema. Sin embargo, hay una diferencia fundamental, que, como se argumentará más adelante, es la relativa a la posibilidad impugnatoria (*Opposition*) que tiene el interesado en el seno del mismo procedimiento.

información sobre los hechos. En el caso que nos ocupa, esta LOI fue respondida por la empresa mediante, primero, una *Interim Response* y, posteriormente, una *Final Response*, todo esto en el plazo de menos de un mes desde el envío de aquélla. Dicha respuesta iba acompañada de documentos, declaraciones y vídeos.

En tercer lugar, la agencia, después de analizar los hechos, teniendo a la vista la respuesta de la empresa, efectúa la calificación inicial mediante la *Notice of Apparent Liability* (NAL). En este documento, la agencia efectúa una calificación de los hechos basada en un exhaustivo análisis de los mismos para, sobre esta base, argumentar, *in extenso*, por qué se debe imponer el castigo que detalla. Esta NAL debe ser comunicada al interesado (sólo la empresa acusada) para que en el plazo de 30 días (ampliables) presente su *Opposition* o bien proceda al pago de la multa. Por último, en el caso de que el inculcado decidiese oponerse, la agencia adopta, a la vista de tal escrito, la *Order* por la que se impone definitivamente al acusado la obligación de abonar la multa correspondiente.

Como se puede observar, el procedimiento guarda unas diferencias con nuestro procedimiento administrativo sancionador. Una y muy importante diferencia radica en que no existe separación entre instructor y sancionador. Existe unidad de órgano, de modo y manera que la Comisión en pleno instruye –sirviéndose, lógicamente, de los servicios correspondientes– y resuelve.

Otra diferencia se refiere al papel de la NAL. Está a caballo entre la propuesta de resolución (art. 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) y la resolución que pone fin al procedimiento (art. 20 del mismo Reglamento). Porque es tan provisional como aquélla –porque admite la *Opposition*–, pero tan *definitiva* como esta última –porque contiene una orden que deberá ser cumplida por el inculcado (mediante el pago de las *civil penalties*), salvo que formule su oposición a la misma.

Esta oposición suspende la eficacia de la NAL, o sea, del acto administrativo provisional, según nuestra terminología, en el que se constata una *aparente responsabilidad*, como su nombre indica. Por esta razón, es un acto que contiene un relato pormenorizado de los hechos, de su calificación jurídica, de las sanciones que se corresponden con los hechos, así como de la determinación de las responsabilidades a las que hubiera lugar. Pero, sobre todo, como hemos dicho,

formula una *order* dirigida al inculpado que puede ser enervada mediante la *Opposition*.

Un requisito imprescindible para admitirse la *Opposition* es la acreditación por parte del recurrente de que se tienen los medios económicos suficientes para satisfacer la multa. No es necesario ningún tipo de aval bancario (con el consiguiente coste económico), sino cualquier documento de los enumerados por el derecho que permita acreditar fehacientemente que se dispone de los recursos suficientes.

La *Opposition* tiene, desde el punto de vista formal y material, los rasgos equivalentes a nuestros recursos. El interesado no se limita a alegar –como sucedería en nuestro trámite de audiencia–, sino que formula, apoyado en un extenso alegato de hechos y de derecho, sus pretensiones de revocación de la *Order* contenida en la NAL. Desde nuestra perspectiva, parece que nos encontremos ante una suerte de recurso en el seno del procedimiento.

Por último, la resolución que pone fin al procedimiento es una *Order* por la que se impone la sanción correspondiente (*Forfeiture Order*). Ahora bien, hay una diferencia importante: en esta *Order*, el órgano razona *in extenso* sobre los argumentos que apoyan el contenido de la resolución, al tiempo que rebate, igualmente de manera extensa, los argumentos expuestos por la parte acusada en su *Opposition*.

Tal vez por la confusión de órganos y funciones, como hemos comentado, tanto la NAL como la *Order* tienen un contenido argumentativo muy superior a lo que estamos acostumbrados entre nosotros. En particular, merece destacarse la argumentación extensa vertida para rebatir los argumentos sostenidos en la *Opposition*. Desde esta perspectiva, la *Order* no sólo impone definitivamente el castigo correspondiente, sino que, además, resuelve el recurso interpuesto por el interesado contra la orden provisional contenida en la NAL.

Desde la perspectiva de los interesados, tienen dos oportunidades para alegar en defensa de sus derechos. La primera, con ocasión de la *Letter of Inquiry*, y la segunda, a la vista de la *Notice of Apparent Liability*. Pero la segunda tiene la forma y el contenido equivalente a nuestros recursos. En consecuencia, la resolución que pone fin al procedimiento no sólo tiene el contenido sancionador correspondiente, sino que resuelve la *Opposition* del interesado.

En el caso que nos ocupa, la empresa VIACOM utilizó las oportunidades procedimentales que comentamos para hacer valer sus derechos. No obstante, la FCC la castigó con la multa de más de 500.000 dólares mediante la *Forfeiture Order* de 21 de febrero de 2006. A partir de aquí, se le abre el camino judicial para la defensa de sus derechos recurriendo ante los tribunales. Antes de iniciar el referido camino, la empresa formuló una *Petition for Reconsideration of Forfeiture Order* el 14 de abril de 2006. Esta petición fue rechazada por *Order* de 4 de mayo de 2006, en la que la FCC confirmó la multa impuesta de 550.000 dólares.

II. Las reflexiones: ¿Una autoridad administrativa de control de los contenidos de las emisiones? ¿Una autoridad administrativa de control de la libertad de expresión?

¿Por qué una autoridad administrativa ha de velar por los contenidos de las emisiones audiovisuales o controlarlos? ¿Por qué debe existir una autoridad administrativa de control del ejercicio de la libertad de expresión? ¿Es ésta una función de las administraciones públicas?

El problema se plantea no tanto por la función misma (el control de cierta actividad desarrollada por los ciudadanos) como por la finalidad a la que sirve y, esencialmente, porque el control se proyecta sobre el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la libertad de expresión.

A. La libertad de expresión y sus límites

La libertad de expresión ha sido tradicionalmente reconocida como una pieza fundamental del estatus de ciudadanía y, además, del más íntimo. Esta intimidad se exterioriza, sin embargo, a un tercero mediante la expresión de las ideas, pensamientos, opiniones o informaciones.

Esta exteriorización de la intimidad añade a esta libertad una vertiente social o colectiva de primera magnitud. En primer lugar, esta libertad es una pieza fundamental, como ha subrayado nuestro Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, de la opinión pública libre, que es, a su vez, una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático. Por consiguiente, se trata de «uno de los pi-

lares de una sociedad libre y democrática» (SSTC 6/1981 y 159/1986, entre otras). En segundo lugar, esta libertad precisa, habitualmente, de medios técnicos para la difusión de las ideas, opiniones e informaciones. Estos medios acarrearán una serie de problemas, en particular aquellos que usan bienes escasos, como el espacio radioeléctrico. Y, en tercer pero no último lugar, esta libertad puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos que han de ser protegidos. Nos referimos a la dignidad, a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen o a la protección de los menores, entre otros.

Este conjunto de aspectos de la libertad de expresión hace que su régimen jurídico sea particularmente complejo, puesto que combina, no siempre con éxito, la libertad o el derecho de libertad del que habla nuestro Tribunal Constitucional con la intervención pública, la dimensión individual con la colectiva, y la finalidad privada con la pública.

Esta combinación de niveles es compleja, pero, sobre todo, problemática. Es el caso de la relación entre esta libertad y los derechos de los terceros al honor, a la intimidad, a la propia imagen..., o los de protección de la juventud y de la infancia. Porque, como dispone la Constitución, «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20.4).

A los límites externos a estas libertades que enumera la Constitución, hay que añadir los límites *internos*, como los ha denominado el Tribunal Constitucional, como la veracidad de la información, a la que se refiere el artículo 20.1.d CE.

A este panorama complejo se le ha unido, en los últimos tiempos, la evolución tecnológica. Ésta ha alumbrado nuevos problemas. En efecto, ciertas soluciones técnicas –en particular, la digitalización– han hecho desaparecer prácticamente las restricciones técnicas, e incluso las considerables barreras económicas que antes existían para contar con un medio adecuado para la difusión de los mensajes. Sin embargo, cuando tienden a desaparecer las dificultades asociadas al medio (por la eliminación de las restricciones técnicas y económicas que comentamos), tienden a crecer los derechos de los destinatarios de los mensajes a no recibirlos cuando los consideran contrarios a sus derechos y libertades, e incluso dañinos para su educación y su salud física y mental.

Ésta es la gran paradoja de la digitalización y, en particular, de Internet. El problema ya no es el medio de difusión de las opiniones; el problema es la protección del destinatario por tantas opiniones difundidas tan ampliamente como nunca antes se había podido ver. En el reino de la casi absoluta libertad para expresar y difundir cualquier opinión, la prioridad más importante es la protección de los potenciales receptores.

Con ser importante el derecho a expresar, es tan importante el derecho a no ser receptor de cualquier idea, opinión o mensaje expresado que se le quiera dirigir. Es una suerte de derecho de objeción respecto de ciertos mensajes inapropiados para el que los recibe. Éste es un cambio revolucionario. En el pasado, lo importante era que todo el mundo pudiera expresar sus opiniones. Ahora, lo importante es nuestro derecho a no recibir las opiniones de todo el mundo. La revolución tecnológica ha colocado al ser humano en mitad de una habitación en la que todo el mundo grita y grita porque nos quiere hacer llegar su voz. Éste ha de reivindicar su derecho al silencio, el derecho a filtrar las opiniones que le llegan.

Este conjunto de límites externos e internos, antiguos y modernos, es muy difícil de gestionar, máxime cuando tiene por objeto la limitación del ejercicio de un derecho fundamental. Estas dificultades son aún más relevantes en el caso de los denominados *medios audiovisuales*. Estos medios, singularmente la televisión, tienen un poder de influencia sobre los receptores que, en el caso de ciertos sujetos y ciertos mensajes, pueden tener efectos muy negativos. Son, por lo tanto, el escenario central y más relevante en el que se escenifican todos los conflictos que hemos expuesto.

En este escenario de los medios audiovisuales nos debemos interrogar sobre las soluciones jurídicas que deben arbitrarse para gestionar este confuso panorama donde todo se mezcla: la libertad con la intervención, lo privado con lo público, lo individual con lo colectivo..., el derecho a expresar con el derecho a no recibir lo expresado.

B. Medios jurídicos para gestionar la interrelación entre las libertades y sus límites

Las soluciones técnicas con las que podemos contar para garantizar los límites a las libertades de expresión sin imponerles un sacrificio excesivo son, desde nues-

tro punto de vista, las siguientes: en primer lugar, el derecho a desconectar los medios por los que se transmiten los mensajes; en segundo lugar, el incremento del número de emisores; y, en tercer lugar, la regulación.

En *primer* lugar, hablamos del derecho a desconectarse o desenchufarse de los aparatos que transmiten el mensaje. Si no quieres ofenderte, no escuches o veas lo que te puede ofender. Esto es lo que se podría decir desde la óptica liberal. Cada uno es libre de *i)* determinar qué es lo que le puede ofender, y *ii)* decidir qué hacer en caso de sufrir ofensas. Aquí el elenco de alternativas sólo está delimitado por el interés de cada uno. El abanico de opciones va desde no hacer nada hasta ejercer las acciones judiciales correspondientes, pasando por desconectar el aparato.

En este último caso, la clave de este derecho es si las personas receptoras pueden de manera eficaz y eficiente desconectarse de los cada vez más omnipresentes medios de transmisión. Inicialmente se puede afirmar que sí. Podemos apagar la radio, la televisión... , e incluso controlar los contenidos a los que se accede mediante Internet. Esto se puede hacer de manera sencilla y sin mayores complicaciones, aunque se plantean algunos problemas en el caso, como hemos dicho, de ciertos sujetos tales como los menores, cuya incapacidad debe ser compensada en primer lugar por los padres, y sólo en segundo lugar por los poderes públicos.¹¹

En *segundo* lugar, se debe incrementar exponencialmente el número de emisores. Es el denominado *pluralismo externo* (término acuñado por el Conseil Supérieur de l'Audiovisuel francés). A mayor número de emisores, mayores opciones tendrán los receptores y mayores posibilidades tendrán

11. Los menores no tienen el conocimiento y la experiencia necesarios para desenchufarse de las emisiones que pueden ser perjudiciales para su salud, educación e integridad física y mental. Esta incapacidad debe ser compensada, en primer lugar, por los padres. Pero no es realista suponer que éstos van a desarrollar una supervisión permanente de los contenidos recibidos para desenchufarse de aquéllos perjudiciales. En este caso, el control por parte de los poderes públicos es la segunda mejor opción.

Como hemos expuesto, la televisión es la que expresa con mayor intensidad el conflicto entre la incapacidad de los menores y la necesidad de su protección mediante la supervisión paterna y la de los poderes públicos. Aquí se plantea dramáticamente el problema del control de la libertad de expresión cuando se hace uso de un medio de transmisión de mensajes que suscita, por un lado, una especial capacidad de atracción en el receptor y, por otro, cuando éste no tiene capacidad para ejercer de manera efectiva su derecho a desenchufarse de los contenidos emitidos. Así pues, la televisión expresa, como hemos dicho, dramáticamente el problema de la interrelación entre la libertad y el control, entre lo individual y lo colectivo, entre lo privado y lo público.

de ejercer de manera efectiva su derecho a desenchufarse de aquellos emisores que consideran perjudiciales o contrarios a sus ideas, opiniones o valores.¹²

En este contexto, el mercado puede funcionar más adecuadamente. Cuando el pluralismo externo está garantizado mediante un número suficiente de emisores, el mercado cobra mayor importancia porque los emisores serán más sensibles a las oscilaciones de la audiencia.

El papel de los poderes públicos debería dirigirse, desde nuestra perspectiva, a potenciar los derechos de la audiencia a desenchufarse frente a tanto griterío mediático y a incrementar el pluralismo externo. Más que sustituir —cual déspota ilustrado— a los ciudadanos para supuestamente protegerlos de sí mismos, deberían facilitarles el ejercicio de sus derechos, máxime cuando el número de emisores se puede incrementar notablemente.

En *tercer* lugar, el otro medio capital es lo que podemos denominar de manera genérica *la regulación*. Los poderes públicos deben organizar la interrelación de los distintos niveles que hemos señalado que confluyen alrededor de la libertad de expresión y de los medios audiovisuales.

El papel del legislador es crítico, aunque necesariamente limitado. El legislador puede establecer, en el mejor de los casos, las reglas (generales) que permitan la coordinación de los derechos y bienes en conflicto. Sin embargo, estas reglas no evitan que se produzcan conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de los terceros, incluido el moderno derecho a la objeción, en ciertas circunstancias concretas.

Se hace imprescindible una autoridad de resolución de los inevitables conflictos entre ciertos emisores y ciertos receptores en ciertas circunstancias y respecto de ciertos contenidos.

12. Es significativo, a este respecto, que cuando en España sólo existía la televisión pública, el derogado Estatuto de la Radio y la Televisión Española incluía, entre los objetivos de interés general que debían ser protegidos, los del pluralismo. Así se entendía que el carácter público del medio contribuía al pluralismo. La realidad nos ha demostrado que sucedía todo lo contrario. La única manera de garantizar efectivamente el pluralismo es mediante el pluralismo externo o el pluralismo de medios.

Esta autoridad es la de los tribunales de justicia. Ellos son los que, además, en la lógica del Estado de derecho, deben resolver estos conflictos, porque son los que estructural y funcionalmente están más capacitados para su resolución.

La intervención judicial tiene sus elementos positivos por las garantías que ofrecen a todos los participantes. Estas garantías son imprescindibles cuanto mayor sea la indeterminación de las reglas a aplicar. Porque a mayor indeterminación de las reglas, mayor necesidad de un árbitro que estructural y funcionalmente se encuentre en la mejor situación para resolver el conflicto sin riesgo, al menos en abstracto, para imprimir un sacrificio irrazonable y desproporcionado a ninguno de los bienes en presencia.

Pero también tiene aspectos negativos, como los relativos a su lentitud e, incluso, ineficacia. Porque las garantías de la intervención judicial ralentizan la administración de la justicia. Además, su intervención es siempre *a posteriori*, por lo que no suele evitar el conflicto.

La participación de una autoridad administrativa se presenta como casi inevitable, como lo acredita que sea la solución más extendida en los países de nuestro entorno cultural. Ahora bien, ¿qué tipo de intervención? Podemos aceptar que una Administración pueda establecer reglas más concretas que las de las leyes para la coordinación de los distintos derechos y bienes en conflicto. Incluso podríamos entender que pudiera desplegar cierto control sobre los contenidos. Pero tanto la reglamentación como el control deben estar rodeados de notables cautelas. Ya analizaremos en qué términos.

Además, no podemos olvidar, como hemos señalado, el importante papel del mercado, máxime en el contexto del incremento exponencial de emisores. Esta institución social también puede desempeñar, como sucede en otros ámbitos, una función de coordinación mediante la administración de premios y castigos a los emisores. Ahora bien, esta armonización suele ser más lenta de lo deseable, en particular cuando se trata de evitar ciertas emisiones que, por sus destinatarios (especialmente los niños) y en las circunstancias en que se producen (por ejemplo, la televisión en horario infantil y sin la supervisión paterna), pueden ser singularmente dañinas.

Por lo tanto, la solución regulatoria ideal pasa por la combinación de todas las instituciones señaladas con el objeto de que desarrollen la función que más y mejor pueden llevar a cabo. Esto significa que:

- a) El legislador debe establecer el marco jurídico de la relación entre todos los bienes en conflicto.
- b) Los tribunales deben resolver los conflictos más graves y donde el grado de indeterminación de las reglas resulte mayor.
- c) La Administración debe reglamentar el ejercicio de los derechos, así como prevenir ciertos conflictos, sin olvidar la imposición de castigos en el caso de incumplirse las reglas correspondientes, pero en las circunstancias que más adelante se detallarán y bajo las cautelas que se expondrán.
- d) El mercado debe premiar y castigar a los emisores. Los receptores tienen el poder de desenchufarse de los medios que consideran que incumplen ciertas reglas o emiten mensajes que entienden contrarios a sus ideas, opiniones o pensamientos. En cambio, también podrán premiar a los que respetan las reglas o a aquellos cuyas emisiones coinciden con sus opiniones y valores.

C. El papel de la Administración

El papel de la Administración en la regulación de los contenidos audiovisuales, o sea, la reglamentación y control de los contenidos, tiene unas limitaciones notables. Por un lado, la reserva de ley que, al menos en el caso español (art. 53 CE), impide la reglamentación del ejercicio de los derechos como el de la libertad de expresión –aunque se ha entendido jurisprudencialmente que, más que impedirla, la reduce considerablemente–. Por otro lado, la función de control tiene otras dificultades asociadas a que se trata del control del ejercicio de un derecho fundamental¹³ para garantizar la efectividad de ciertos límites, incluso de naturaleza constitucional.

13. Además, estas dificultades jurídico-constitucionales se incrementan si tenemos en cuenta que en algún caso este control puede ser llevado a cabo de oficio. En el caso norteamericano, como hemos comentado, no es posible, por su impacto sobre la libertad de expresión, el control de oficio y mediante la supervisión continuada de las emisiones. Esta posibilidad está prohibida porque es un supuesto de censura. Por esta razón, el control siempre es a instancia de un denunciante, nunca de oficio.

La regulación audiovisual establece, en líneas generales, que la libertad de las emisiones audiovisuales está limitada por *i*) la protección de los menores frente a la violencia y el sexo (o los contenidos indecentes), *ii*) la garantía del pluralismo, y *iii*) la objetividad o veracidad de los contenidos. El control de los contenidos ha de dirigirse a garantizar la efectividad de tales límites, pero ¿es posible su *administrativización*?

La respuesta debe ser necesariamente matizada. Inicialmente se podría admitir el control administrativo restringido a comprobar el cumplimiento de las reglas. Por ejemplo, comprobar si se respeta la prohibición de las emisiones indecentes durante el horario infantil, o, incluso, el reparto de los tiempos entre el Gobierno y la oposición.

En definitiva, no habría singulares problemas si el control administrativo fuese un control casi mecánico, de mera comprobación del cumplimiento de ciertas reglas y de aplicación de la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento —en particular, de la sanción correspondiente.

Sin embargo, este tipo de control es muy difícil o imposible de encontrar cuando se trata del control del cumplimiento de los límites constitucionales a las libertades del artículo 20 CE. Es casi imposible que el control administrativo pueda quedar reducido a una mera actividad de comprobación. No es posible porque, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, este proceso lleva aparejado el desarrollo de dos actividades que encierran un margen de apreciación importante. Nos referimos, por un lado, a la actividad de fijación, en cada caso concreto, del alcance del límite correspondiente y, por otro, a la de ponderación, también en cada caso, de los bienes y derechos en conflicto. Estas dos actividades no pueden *mecanizarse* jurídicamente porque es materialmente imposible que una norma pueda contemplar previamente todos los supuestos posibles y todas las circunstancias en que el conflicto se puede producir para establecer qué solución debe adoptarse. En definitiva, el poder de control de los contenidos incorpora necesariamente un margen de apreciación que, en algunos casos, puede ser de gran amplitud, como sucede, por ejemplo, con el control de la veracidad de la información. Esta circunstancia incapacita a la Administración porque, a mayor margen de apreciación, mayor intensidad del poder por dilución de los referentes jurídicos y mayor necesidad de que el mismo esté rodeado de cautelas jurídicas para garantizar que las libertades del artículo 20 CE no sufran restricciones innecesarias, o sea, para evitar que los límites constitucionales impongan un sa-

crificio innecesario a tales libertades. Porque, en tal caso, estaríamos ante un supuesto de censura prohibida por la Constitución (art. 20.2).

1. Alcance de los límites constitucionales

Algunos ejemplos son suficientes para ilustrar las dificultades de la primera tarea, o sea, la predeterminación normativa del alcance en cada caso de los límites constitucionales.

En primer lugar, en el caso de la violencia, podemos establecer aproximadamente un estándar común y objetivable. Según este estándar se podría, por ejemplo, prohibir la emisión de escenas violentas –tales como la muerte o mutilación de personas– durante el horario infantil o, incluso, de máxima audiencia. Todos participamos de esta regla. Nos parece razonable. Ahora bien, ¿las imágenes de violencia que sazonan nuestros informativos deberían ser prohibidas al quedar sometidas a la regla señalada? Unos podrían decir que sí; otros, que no. Por último, la mayoría se decantaría por autorizar o prohibir las imágenes de violencia en función de las circunstancias, el contenido e, incluso, la finalidad. Esta opción da lugar a que la regla general y *a priori* de prohibición de la emisión de contenidos violentos deba ser matizada o especificada caso a caso, lo que conduce a un activismo regulatorio que a menudo planteará problemas por el distinto trato que podrían recibir las mismas o parecidas imágenes en circunstancias más o menos próximas.

En segundo lugar, en el caso del sexo o de la indecencia, la experiencia norteamericana nos muestra, como hemos comentado, la dificultad de la regulación. Podemos establecer la regla general según la cual queda prohibida la exhibición de órganos o prácticas sexuales durante el período infantil o de máxima audiencia. Pero cuando la exhibición se produce en una playa y tales imágenes son recogidas, por ejemplo, en los informativos, ¿podremos considerar incumplida la regla? O cuando se emite un parto, ¿también se incumple? Para unos sí y para otros no. Se podría añadir, como en el caso norteamericano, que la exhibición prohibida es la que busca la excitación o el *shock*. Sin embargo, para unos unas imágenes no son nada excitantes, mas sí lo son para otros. Hay que establecer, como en el caso americano, la referencia al estándar social común. Pero este estándar lo establece arbitrariamente el regulador, porque, como afirma la FCC, sus relaciones con la sociedad, los medios, etc., le permiten conocer qué es

lo que resulta o no admisible para los ciudadanos. En definitiva, la subjetividad de la agencia es el único referente para considerar que una actividad es o no contraria al derecho. Y, en este proceso, nada le puede ayudar la *expertise* de sus miembros.

En tercer lugar, podemos compartir la regla de la garantía de la pluralidad informativa en aspectos relacionados con la política, la religión, la lengua o la cultura, entre otros. Ahora bien, ¿qué orientaciones políticas, por ejemplo, han de formar parte de las que deben ser protegidas por los contenidos emitidos por los medios? La referencia parece clara: las que tienen representación parlamentaria. Pero ¿qué sucede con las nuevas formaciones? Parece que la regla del pluralismo sólo beneficia a las formaciones que ya existen, por lo que sirve para proteger el *statu quo* político. Desde esta perspectiva, la regla contribuye de manera deficiente al sistema democrático. Una vez más, la dificultad de la delimitación del alcance de la regla (limitativa) de la libertad de expresión da paso a la prudencia del regulador. Esta prudencia enmascara la subjetividad.

En cuarto y último lugar, la veracidad de las informaciones es un concepto jurídico cuyo grado de indeterminación supera el margen de apreciación que razonablemente puede estar en manos de la Administración. La Administración no es el ente público más adecuado para discernir, por ejemplo, cuándo una información es o no veraz. No nos imaginamos a un funcionario público discerniendo si la afirmación de un personaje de la denominada *prensa rosa* sobre su fidelidad a su mujer es o no falsa. ¿Qué importa al interés general esta cuestión? Nada. Aquí es muy difícil o incluso imposible establecer una regla general y previa. La subjetividad se desborda sin control o referente en que anclarla. La arbitrariedad es un riesgo evidente que, además, dudosamente sirve al interés general.

Estos ejemplos ponen de relieve las dificultades de la predeterminación normativa del alcance concreto de los límites legales relativos a la protección de los menores, la garantía del pluralismo y de la objetividad. Estas dificultades hacen que su aplicación práctica esté cargada de subjetividad. Al no existir un canon normativo detallado, la Administración tendría un importante margen de apreciación que le permitiría disponer de las libertades implicadas, con lo que incurriría, como se analizará más adelante, en un supuesto de censura prohibida por la Constitución (art. 20.2).

A estas dificultades hay que añadir otra derivada de un elemento importante subrayado por nuestro Tribunal Constitucional: la ponderación de bienes y derechos.

2. La ponderación de bienes y derechos en conflicto

El Tribunal Constitucional ha insistido sobre la importancia de la ponderación, en cada caso, de todos los bienes y derechos en conflicto. Esto significa que los tribunales, a los que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, deben valorar la interrelación entre la libertad de expresión y sus límites en el caso concreto a los efectos de determinar cuál de los derechos en conflicto tiene preferencia. Aunque siempre desde la regla de que aquella libertad tiene, *a priori*, una posición preferente precisamente por su conexión con un elemento básico de la arquitectura democrática del Estado: la opinión pública libre (se puede reconocer este criterio desde las SSTC 106/1986 y 159/1986, entre otras). Esto obedece, como ha afirmado este Tribunal en la STC 172/1990, a que «las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de la existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática».

La ponderación no es, por lo tanto, una operación de *pesaje valorativo* de bienes iguales. Es una operación sobre bienes asimétricos por el mayor peso de la libertad de expresión. Inclinar la balanza a favor de otros bienes (los límites constitucionales) será posible cuando estos otros merezcan mayor protección a la vista de las circunstancias en que el conflicto tiene lugar. Esto supone un mayor margen en manos del ponderador, porque éste no ha de valorar los bienes para romper un inicial equilibrio de bienes iguales, sino de *pluspremiar* uno de ellos, para que pase a ser el preferente respecto de aquel otro que partía en una inicial posición de superioridad.

Nos encontramos, así pues, con una importante dificultad cuando se trata de aplicar los límites constitucionales: el margen de apreciación en manos del poder

público (inicialmente, los tribunales) necesario para, por un lado, identificar qué es lo que significan en cada caso concreto los límites constitucionales (¿qué significa proteger a los menores frente a cierto tipo de emisión?, ¿qué significa proteger el honor o la intimidad frente a una emisión concreta?, ¿qué significa la veracidad?) y, por otro, valorar los bienes en conflicto a los efectos de adoptar la solución más justa, pero sobre la base de la preferencia de la libertad de expresión.

Estas operaciones no pueden ser *mecanizadas*, sino que son operaciones valorativas que deben escapar de la Administración. ¿Por qué? Porque es imposible que una norma pueda predeterminar de manera agotadora el alcance de cada límite en relación con cada circunstancia posible y, además, determinar cómo ha de resolverse, en tales circunstancias, la ponderación entre los bienes y derechos en conflicto sobre la base, como ya nos consta, de la especial posición de preferencia de la libertad de expresión. Al no poderse *mecanizar* jurídicamente el control de los contenidos por la imposibilidad de la predeterminación normativa, se incrementa el margen de apreciación de la Administración. Al incrementarse este margen, la Administración pasa a disponer subjetivamente de la aplicación de los límites. Al disponer de los límites, la Administración pasa a disponer de la libertad misma. Por último, al disponer de la libertad, la Administración incurre en un supuesto de censura.

3. La prohibición constitucional de la censura

El artículo 20.2 CE prohíbe expresamente la censura en los siguientes términos: «El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.» ¿Qué es lo que debemos entender por *censura*?

Este término constitucional hay que referirlo, como ha hecho el Tribunal Constitucional, a cualquier modalidad de intervención previa por parte de las autoridades administrativas, aun las más «débiles y sutiles», que tengan por efecto no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su artículo 20.1. En otros términos, cualquier forma de restricción previa a estas libertades.

Las palabras del Tribunal Constitucional son categorías a este respecto y merecen ser reproducidas en toda su extensión. En la Sentencia 187/1999 el Tribunal afirmaba, con cita de una muy numerosa doctrina, lo siguiente:

«Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el «placet» a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más «débiles y sutiles», que tengan por efecto no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1 (SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995 y 176/1995).»

Y añadía: «El fin último que alienta la prohibición de toda restricción previa de la libertad de expresión en su acepción más amplia no es sino prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente (STC 6/1981). La censura previa, tal y como se ha descrito más arriba, constituye un instrumento, en ocasiones de gran sutileza, que permitiría intervenir a aquél en tal proceso, vital para el Estado democrático, disponiendo sobre qué opiniones o qué informaciones pueden circular por él, ser divulgadas, comunicadas o recibidas por los ciudadanos. Es aquí donde debe buscarse también la razón de que su interdicción deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5º, y 190/1996, fundamento jurídico 3º), aun cuando la ley, única norma que puede establecerlas, pretendiera justificar su existencia en la protección de aquellos derechos, bienes y valores que también conforme al art. 20.4 CE constitucionalmente se configuran como límites a las libertades de expresión e información en nuestro orden constitucional, limitando así al legislador que pudiera sentir tal tentación o veleidad al amparo de las reservas de ley previstas en los arts. 53.1 y 81.1 CE.»

Así pues, la prohibición constitucional que afecta a la censura «debe extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no sólo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino *cual-*

quier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5º, y 190/1996, fundamento jurídico 3º)», aun cuando pudiera inicialmente justificarse en los límites a estas libertades enumeradas en el artículo 20.4 CE.

Esta afirmación podría entenderse inicialmente referida a las medidas de control de los contenidos antes de su emisión. Ciertamente, el significado primario de los términos *censura previa*, según el *Diccionario de la lengua española*, es el de «examen y aprobación que anticipadamente hace el censor gubernativo de ciertos escritos antes de darse a la imprenta». La prohibición constitucional es hija de su tiempo, razón por lo que la Constitución no ha podido tener en cuenta la evolución de los medios de comunicación y el fenómeno de Internet. El constituyente pensaba en los medios escritos y en el control previo de los escritos antes de ser dados a la imprenta para su publicación. Sin embargo, la prohibición constitucional no puede quedar atrapada en los estrechos límites de la evolución tecnológica, porque la conduciría a la ineficacia. Al contrario, debemos *actualizar* el precepto constitucional por la vía de su interpretación porque han de buscarse siempre, por una consolidada regla interpretativa, aquellas interpretaciones que aseguran una mayor eficacia de las disposiciones constitucionales. Así lo ha hecho, como ya nos consta, el Tribunal Constitucional.

La actualización de la prohibición constitucional pasa por considerar que abarca cualquier forma de restricción de las libertades del artículo 20 CE por la vía del control previo a su ejercicio. Ahora bien, este control no tiene por qué llevarse a cabo mediante un acto formal de aprobación, plácet, autorización o veto. El Tribunal ha entendido de manera muy amplia el control y el cómo se lleva a cabo la restricción, puesto que abarca también, como hemos expuesto, cualquier medida que simplemente pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el futuro ejercicio de tales libertades.

Lo importante del concepto constitucional de censura no es tanto la concreta técnica de control e, incluso, el *timing* en que tiene lugar, sino el efecto restrictivo sobre el ejercicio del derecho por parte de una Administración pública. Así entendida, la prohibición abarca desde el control formalizado mediante una autorización hasta cualquier medida de una Administración que pueda tener, como ha dicho el Tribunal, un efecto disuasor del ejercicio futuro de estos derechos. Aquí podríamos incluir las actuaciones gubernativas que pueden alentar la autocensura de los emisores.

Como hemos expuesto en el caso norteamericano, tan preocupante como la censura es la autocensura. No puede haber libertad de expresión si el emisor tiene que soportar tanto una como otra.

La autocensura es la restricción que el emisor se impone a sí mismo para evitar un castigo. Esta restricción puede ser inducida por los poderes públicos mediante el control y el castigo desarrollados en el pasado. Estos precedentes pueden condicionar el ejercicio de las libertades, porque ciertas actividades desarrolladas por la Administración en el pasado alientan a que los emisores modifiquen su comportamiento en sentido contrario a su libertad.

Es evidente que en todos los ámbitos de interrelación entre los ciudadanos y los poderes públicos hay procesos de aprendizaje de unos y otros para anticipar las acciones y las reacciones de unos y otros. El caso del control de los límites de las libertades del artículo 20 CE no es un ámbito diferente.

El problema constitucional se plantea cuando tales procesos de aprendizaje dan lugar a una sobreacción por parte de los emisores en la restricción de sus emisiones, por un lado, ante el comportamiento imprevisible de la Administración y, por otro, ante la desproporción y falta de fundamento de los castigos impuestos. Estos comportamientos se ven incrementados exponencialmente con el margen de apreciación de la Administración. Porque si éste es mayor, más imprevisible será la acción de la Administración y mayor será el riesgo de arbitrariedad. En este contexto, la reacción del emisor será incrementar las restricciones para ganar en seguridad. Ante las dudas (muchas y muy intensas), mejor no emitir. La autocensura será la sobreacción de los emisores para evitar el castigo.

Por lo tanto, la Administración incurrirá en la prohibición constitucional de censura cuando su margen de apreciación facilite una sobreacción de los emisores para evitar unos castigos discriminatorios y arbitrarios.

4. Conclusión: la incapacidad funcional y estructural de la Administración para controlar los contenidos audiovisuales

La Administración no puede desplegar una función de control de contenidos por el margen de apreciación que queda en su mano, tanto para delimitar el alcance de las restricciones constitucionales a la libertad como para ponderar el

conflicto de los bienes en cada caso concreto. La amplitud de este margen es tal que existe el riesgo de ejercicio arbitrario del poder, con el consiguiente efecto censorador.

En este escenario, la conclusión no puede ser otra que la atribución, por regla general, del control de los contenidos a los tribunales. Una idea estructural del Estado de derecho es la idea de que a mayor poder, mayor control. Este esquema es fundamental para garantizar los derechos de los ciudadanos. Si la aplicación de los límites constitucionales a la libertad de expresión supone un mayor poder, este mayor poder debe ser compensado con un mayor control y mayores garantías. Este mayor control y mayores garantías nos los ofrecen los tribunales más que las administraciones. No es circunstancial que el artículo 53.2 CE atribuya a los tribunales la garantía de los derechos fundamentales. Esto no es arbitrario: obedece al principio profundamente asentado en la arquitectura del Estado de derecho de que los tribunales ofrecen mayores garantías para resolver los conflictos que afectan a los derechos. Tampoco es circunstancial que la Constitución prohíba la censura. Porque la Constitución ha querido despojar a la Administración de cualquier medio que le permita incidir en el contenido de la libertad porque no ofrece garantías jurídico-constitucionales suficientes para incidir sobre los derechos fundamentales, razón por la que constituyen un ámbito general vedado.

D. La veracidad y sus dificultades

Estas ideas que estamos exponiendo se confirman dramáticamente en el caso de la veracidad de las informaciones. ¿Por qué? Porque este límite constitucional tiene unas singularidades que hacen que su control por la Administración resulte particularmente conraindicado. Éste podría justificarse, excepcionalmente, en el caso de la protección de los menores, porque existen ciertos parámetros sociales que delimitan la aplicación de los conceptos,¹⁴ aunque no puede evitar-

14. E, incluso, en una situación extrema, el papel de la Administración podría objetivarse al máximo mediante el control del cumplimiento de una regla absoluta de prohibición de la emisión de ciertos contenidos. A este proceder metodológico lo podemos denominar *test del absurdo*. Este test nos permite comprobar que esta posible regla absoluta no haría sufrir el interés general sin habilitar, al mismo tiempo, ningún margen de apreciación por parte de la Administración. Por ejemplo, sería posible establecer una prohibición general, absoluta, sin ningún tipo de límite y excepción relativa a la emisión de órganos y prácticas sexuales, así como el cuerpo desnudo,

se, como nos muestra el caso norteamericano, el que la Administración disfrute de un amplio margen de apreciación. Incluso podrían establecerse ciertos criterios más o menos objetivables en el caso del pluralismo, como podemos comprobar en el caso del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel francés, que ha repartido los tiempos de emisión entre el Gobierno, la mayoría parlamentaria que lo sostiene y la oposición. En cambio, la Administración no puede garantizar la veracidad como límite interno de la información, por muy independiente que sea.

La veracidad es, como ha dicho el Tribunal Constitucional, un límite interno a las libertades del artículo 20, singularmente la libertad de información (art. 20.1.d CE). Esta afirmación, trasunto de lo dispuesto en la Constitución, es suficiente para invalidar el control administrativo. Si es un límite interno quiere decirse que estamos ante una condición necesaria de la libertad de información. Es un requisito fundante de la libertad sobre el que se edifica, incluso, su contenido esencial protegido constitucionalmente. Si esto es así, ¿cómo la Administración puede controlar el cumplimiento o no de tal requisito o condición? No parece lógico que si el contenido de la libertad está vedado, incluso, al poder legislativo (art. 53.1 CE), pueda la Administración penetrar en dicho ámbito para comprobar el cumplimiento de los requisitos para el legítimo ejercicio de la libertad. Supondría reconocerle un poder de comprobación del ejercicio de un derecho materialmente equivalente a la censura prohibida constitucionalmente en tanto control del ejercicio del derecho (art. 20.2 CE).

Pero ¿qué es lo que se ha de entender por *veracidad*? El Tribunal Constitucional ha insistido en que no se puede confundir ni con la objetividad ni con la realidad incontrovertible ni con la verdad jurídica (así, la STC 6/1988 y las numerosas sentencias que cita). Entenderla así supondría restringir o censurar estas libertades. El Tribunal asocia la veracidad con la diligencia del que emite la

durante el horario infantil. Así sucede, por ejemplo, en Estados Unidos. ¿Qué interés general sufre? Inicialmente, ninguno, y, en todo caso, ninguno importante. No parece que todos los ciudadanos tengan un interés en que se exhiban tales órganos y prácticas durante dicho horario, máxime cuando existen otros medios (vídeos, televisión de pago, satélite, Internet...) para dar satisfacción a tal interés. También sería posible establecer una prohibición general, absoluta, sin ningún tipo de límite y excepción relativa a la emisión de violencia, entendida por tal cualquier acto que suponga la mutilación, la vejación, la agresión de cualquier persona, durante el horario infantil. Esta prohibición tendría un alcance general, por lo que también afectaría a los informativos. ¿Qué interés general sufre con esta prohibición? Inicialmente, ninguno, y, en todo caso, ninguno importante. También, en este caso, existen otros medios para acceder a este tipo de contenidos.

información en comprobar que la información es veraz. Por consiguiente, el cumplimiento del deber de diligencia del informador es la condición necesaria e imprescindible de la veracidad de lo informado (STC 17/1990 y las numerosas sentencias que cita).

El control de la veracidad exige, por un lado, determinar el grado de diligencia de los informadores en la comprobación de la veracidad de las informaciones y, por otro, ponderar ese límite en relación con las libertades del artículo 20 CE sobre la base de la especial preferencia que tienen respecto de cualquier otra.

¿Puede la Administración comprobar la diligencia de los informadores? Para que la Administración pueda desarrollar esta función se necesita, por un lado, un parámetro para determinar cuál es la diligencia debida y, por otro, un procedimiento que permita apreciar si el parámetro ha sido cumplido.

Ni la Administración cuenta con tal parámetro, ni el procedimiento administrativo es el adecuado para apreciar su cumplimiento. Aquí no se trata de elegir al mejor profesional para el desempeño de una función pública. No se trata, por consiguiente, del ejercicio de la denominada *discrecionalidad técnica*. Se trata de que la Administración compruebe si un profesional ha sido cuidadoso en el desarrollo de su profesión. Pero ¿qué sabe la Administración del cuidadoso ejercicio de la profesión de informador? Nada. Aún menos respecto de cuál es el grado de diligencia necesario o exigible. No es posible el auxilio de parámetros técnicos como los utilizados para determinar el mérito y la capacidad exigibles para el acceso, por ejemplo, a la función pública. Además, ¿cómo puede ponderar esta diligencia en relación con los demás derechos?

En definitiva, si la veracidad es una condición necesaria de la libertad de información que se determina en relación con la diligencia en la persecución de la verdad, la Administración no está capacitada para determinar este límite en cada caso concreto, porque carece de parámetro normativo o regla que aplicar para fijar el grado de cuidado que debe ser aplicado por el profesional, así como del procedimiento necesario para medir dicho cuidado. Si la Administración desplegara esta función de control de la diligencia, se le estaría reconociendo un considerable margen de apreciación —muy superior a los que hemos señalado respecto de otros límites constitucionales— que la colocaría en una situación jurídica que le permitiría afectar de manera inconstitucional las libertades del ar-

título 20 CE, puesto que ejercería un control discrecional del ejercicio de un derecho fundamental, prohibido por la Constitución, además de incurrir en la prohibición constitucional de la censura (art. 20.2 CE).

Precisamente porque este tipo de control (el control de contenidos para preservar la veracidad) no es, desde mi punto de vista, un cometido o función propios de una Administración, se ha buscado asignarlo a una Administración independiente. La independencia de la misma ha sido considerada como una suerte de bálsamo capaz de sanar las tensiones que provoca la asignación de tan peculiar función.

Sin embargo, esto no se consigue. La independencia es, en estos entes reguladores, una cualidad al servicio de la *expertise*, no a la inversa. El ente administrativo se independiza para que la función pueda quedar en manos de técnicos que aplican exclusivamente sus saberes técnicos al ejercicio de la función.

Esto presupone que la función puede ser tecnificada en manos de tecnócratas. Sin embargo, la función de control de los contenidos ni es una función tecnificada ni tecnificable ni puede estar en manos de tecnócratas.

Desde esta perspectiva, cobra un nuevo sentido la normativa relativa, por ejemplo, a la televisión. La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva incluye, entre otras (como la protección de los telespectadores frente a la publicidad), ciertas medidas orientadas a la protección de los menores.

El artículo 22 de la Directiva dispone que: «Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no incluyan programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. Esta disposición se extenderá asimismo a los programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que dichos menores en el campo de difusión no ven ni escuchan normalmente dichas emisiones.» E incluso más adelante se dispone que: «Los Estados miembros velarán asimismo para que las

emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.»

En cambio, la Directiva silencia cualquier referencia al control de los contenidos para preservar el pluralismo o la objetividad. Y aún menos atribuye a una autoridad administrativa el control de los contenidos. El único mecanismo que contempla expresamente para preservar ciertos derechos de los telespectadores en relación con el contenido de las emisiones que considere lesivo a sus derechos es la previsión del derecho de réplica (art. 23).

En definitiva, nada se establece respecto del posible control de los contenidos para salvaguardar la objetividad. Y en ningún caso se prevé la previsión de una autoridad administrativa encargada del control de los contenidos de las emisiones.

Que esto sea así obedece, como hemos dicho, no sólo a su potencial conflicto con los derechos fundamentales en juego —en particular, la libertad de expresión y la prohibición de la censura—, como la imposibilidad de la *administrativización* de esta eventual función de control, porque no es reconducible a parámetros, estándares o normas que permitan objetivar su ejercicio cuando se proyecta sobre derechos fundamentales. Esta imposibilidad es la que explica que el ámbito de discreción de la Administración sea de tal importancia que la posibilidad de lesión de tales derechos es un riesgo cierto por la conversión del control administrativo en un supuesto de censura.

En otros términos, si la libertad de expresión es una libertad que ocupa una posición preferente respecto de los límites constitucionales, no se puede dejar a la Administración la interpretación y aplicación de tales límites con un margen de apreciación tan considerable —como sucede con el control de la veracidad—, porque le habilitaría un ejercicio discrecional del poder de control que le permitiría, a su vez, disponer de los derechos fundamentales sin la predeterminación normativa de las condiciones en que los límites deben ser interpretados y aplicados, así como la ponderación de los bienes sobre la base de la preferencia de la libertad de expresión. Cuando no es posible reconducir el poder de la Administración sobre el ejercicio de un derecho fundamental a parámetros ciertos de control, este poder permitiría disponer de la libertad, incurriendo en la censura expresamente prohibida por la Constitución, puesto que ésta prohíbe cualquier control del ejercicio del derecho.

E. El caso del Consejo del Audiovisual de Cataluña

El caso del Consejo del Audiovisual de Cataluña nos ofrece una muestra sobresaliente de lo que estamos exponiendo. Como ya hemos señalado, este Consejo ha nacido para, entre otros, velar por el pluralismo político, religioso, social, lingüístico y cultural en el conjunto del sistema audiovisual en Cataluña, así como velar «por la neutralidad y honestidad informativas» (art. 1.2 de la Ley de Cataluña 2/2000).

A la vista de esta habilitación, la primera pregunta que nos surge es si es posible un control administrativo de un límite que no es uno de los límites constitucionales. La respuesta es negativa. No es constitucionalmente posible que un derecho fundamental pueda soportar un límite distinto a los límites constitucionales. Además, no sería posible que el límite fuese obra de una ley de una comunidad autónoma y, aún menos, una ley de naturaleza organizativa como la que comentamos. Esta inconstitucionalidad sólo podría ser salvada si entendiésemos que la neutralidad y honestidad informativas son equivalentes a la veracidad de las informaciones, lo que es una interpretación claramente forzada. Porque la neutralidad y la honestidad no son equivalentes a la veracidad, menos aún a la vista del concepto constitucional de veracidad, como ya hemos comentado. En definitiva, esta habilitación debe soportar la sombra de su inconstitucionalidad.

En ejercicio de las funciones expuestas, el Consejo acordó el 19 de diciembre de 2005 que cierta emisora de radio –concretamente, la COPE– había incurrido en una vulneración de los límites constitucionales al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de información y de expresión, lo cual suponía, según se disponía en el citado Acuerdo, un incumplimiento grave del régimen concesional al cual dichas entidades se encuentran sometidas.

Esta resolución es muy interesante e importante por muchos aspectos que no podemos comentar en este momento. Ahora lo que nos preocupa es utilizarla como ejemplo de lo que estamos argumentando: la incapacidad funcional y estructural de una Administración pública, por muy independiente que sea, para llevar a cabo un control de veracidad de las emisiones.

El Consejo llega a la citada conclusión tras apreciar, según se detalla en tal Acuerdo, que han existido «descalificaciones graves y que atentan al honor, la dignidad y la reputación de las personas en la medida que suponen la atribución

de actividades y comportamientos delictivos», «descalificaciones o apelativos que de forma clara entran en el terreno del insulto», «vejaciones públicas vinculadas a circunstancias físicas o de salud de las personas», «afirmaciones gratuitas dirigidas a denigrar públicamente la imagen de determinados personajes públicos», «afirmaciones dirigidas al público desmerecimiento de partidos políticos», y «afirmaciones que denigran y están orientadas a desacreditar el prestigio de los dirigentes políticos y, en definitiva, de las instituciones de autogobierno de Cataluña».

Sobre la base señalada, el Consejo afirma, a continuación, lo siguiente:

«Parece bastante claro que nos encontramos ante claros ejemplos de ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, entrando de forma clara dentro de la ilegítima vulneración del honor y dignidad de personas físicas y jurídicas, así como del ataque al prestigio de instituciones fundamentales de nuestro sistema constitucional. Tal y como hemos visto en un apartado anterior, la gravedad de esta vulneración radicaría, asimismo, en que parte de estos pronunciamientos públicos tomarían como base, o punto de referencia, la asunción de unos hechos absolutamente incontrastados y, en definitiva, ajenos a todo requisito de veracidad.»

Basta este relato para comprobar que no estamos ante pronunciamientos propios de una Administración pública. La Administración pública no es la competente ni la adecuada –ni estructural ni funcionalmente– para proteger los derechos fundamentales de las personas lesionadas por las emisiones de la citada radio. La Administración no puede sustituir ni a los ofendidos en la protección de sus derechos ni a los jueces en el desarrollo de su función constitucional de defensa de los derechos fundamentales.

La Administración no puede sustituir a los supuestos ofendidos en la protección de sus derechos. Éstos tienen mecanismos jurídicos suficientes y eficaces para proteger sus derechos, y son los únicos que pueden apreciar qué es lo que les resulta ofensivo. Su interés está por encima del interés público. No obstante, nos podemos interrogar sobre si el control administrativo es necesario para prevenir los conflictos entre bienes. Ahora bien, una vez la ofensa se ha producido, la Administración no es la competente para restablecer el buen orden constitucional, no es competente para restablecer los derechos lesionados.

Tampoco la Administración puede sustituir a los jueces en la protección de los derechos. El artículo 53.2 CE atribuye esta función a los tribunales cuando afirma que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Ésta es una función jurisdiccional, no administrativa.

Otra cosa bien distinta es que la Administración pudiese extraer las consecuencias oportunas respecto de la concesión de las sentencias judiciales que declarasen que tal emisora ha violentado los límites constitucionales a la libertad de expresión (art. 20.4 CE). Sobre la base de esta resolución judicial, la Administración podría acordar que se ha producido una violación de las reglas que rigen la concesión, por lo que podría ser extinguida o no renovada, en los términos previstos por la ley.

En cambio, el que sea la propia Administración la que aprecie la violación de los límites constitucionales del artículo 20.4 CE cuando esta función corresponde a los tribunales, en los términos del artículo 53.2 CE, nos parece un exceso. Además, el procedimiento seguido por el Consejo no es un procedimiento que cuente con las garantías adecuadas para llevar a cabo dicha función de garante de los derechos. Porque han de garantizarse tanto los derechos de los receptores de los mensajes como los derechos de los emisores —en este caso, los de la radio—. Un repaso de la resolución nos permite comprobar que hay una clamorosa ausencia de prueba para acreditar tanto la producción del evento (las emisiones) como la diligencia debida a los informadores. Parece deducirse que la prueba es innecesaria porque la violación resulta evidente al Consejo ya que, como dice, «parece bastante *claro* que nos encontramos ante *claros* ejemplos de ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, entrando de forma *clara* dentro de la ilegítima vulneración del honor y dignidad de personas físicas y jurídicas». Tanta claridad para el Consejo lo conduce a la innecesariedad de la prueba porque —parece querernos decir— lo evidente no necesita prueba.

Por último, el concepto de *veracidad* sostenido por el Consejo es contrario a la doctrina constitucional. Ya hemos comentado que lo que el Tribunal Constitucional entiende por veracidad no puede ser confundido ni con la verdad objetiva ni con la verdad jurídica. La base de la veracidad es la diligencia del informador en la búsqueda de la verdad. El procedimiento debería dirigirse a acreditar si esta

diligencia ha existido o no. En cambio, el Consejo se decanta, como muestran las palabras transcritas, por considerar que la falta de veracidad se produce cuando se asumen «unos hechos absolutamente incontrastrados y, en definitiva, ajenos a todo requisito de veracidad». Nada más lejos del concepto constitucional.

¿Qué es lo que ha aportado de positivo la *expertise* de los miembros del Consejo para adoptar sus resoluciones, como la que comentamos? Nada. Es más, tampoco para llegar a esa conclusión se necesita ningún saber específico porque no es, insistimos, una función *tecnificable*. Esta imposibilidad hace que la función pierda su referente administrativo porque muy difícilmente es reconducible a parámetros basados y establecidos en derecho. La pura subjetividad se convierte en el único criterio. El riesgo de arbitrariedad se multiplica exponencialmente.

En definitiva, el Consejo no es competente ni funcional ni estructuralmente para llevar a cabo el control de contenidos para garantizar su veracidad. No lo es estructuralmente porque su independencia no es equivalente a la de los jueces y magistrados, como resulta evidente. No lo es funcionalmente porque la tarea de protección de los derechos fundamentales vulnerados en este caso, como afirma el Consejo, corresponde a los tribunales ordinarios. A mayor abundamiento, el procedimiento seguido no ofrece las garantías adecuadas ni para los ofendidos ni para los supuestos ofensores.

Esta incapacidad de la Administración trae causa de los problemas funcionales y estructurales derivados de la determinación, en cada caso concreto, del alcance de los límites constitucionales a la libertad de expresión, como es el de la veracidad, así como de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto sobre la base de la preponderancia de esta libertad por su naturaleza de pilar fundamental de la opinión pública libre. Estos problemas obedecen al importante margen de apreciación que la Administración pondría en juego, lo que convertiría el control administrativo de contenidos en un control censor, prohibido por la Constitución.

III. Las conclusiones. Que la Administración administre y que los jueces tutelen los derechos

En Estados Unidos no se puede emitir la denominada *F-Word* durante ciertos períodos de tiempo, pero no existe control administrativo de la veracidad. En

Cataluña se puede emitir la *F-Word* –e incluso otras peores– durante el horario infantil (caso Rubianes, sin ir más lejos) y existe control administrativo de la veracidad, sobre todo de las noticias de contenido político en las que se vierten, incluso, ácidas críticas políticas. O sexo o política, ésta es la elección.

En el centro de esta elección y su consiguiente polémica está una Administración pública. Esto es original y extraño tanto en el sistema norteamericano como en el catalán.

A la Administración no debería corresponderle, salvo supuestos excepcionales y objetivables, la apreciación y valoración jurídica de unos hechos a los efectos de imposición del castigo correspondiente cuando está en juego el ejercicio de libertades como la de expresión. Entendemos que si fuera posible objetivar jurídicamente la apreciación y valoración jurídica de los hechos, podría la Administración ejercer tal papel de control sin poner en riesgo tales libertades. Pero cuando la valoración, particularmente, requiere unas dosis elevadas de discreción subjetivada de la agencia, no sería aconsejable dicha atribución por el riesgo que supone de incurrir en arbitrariedad.

Los poderes públicos deberían preocuparse más en incentivar la toma de conciencia por parte de los ciudadanos de sus derechos a desenchufarse de cualquier medio que consideren lesivo a sus opiniones, ideas o valores, así como en incrementar el número de emisores. Estas dos condiciones son las más apropiadas para que fuese el mercado, más que el Estado, el que resolviese a medio y largo plazo el conflicto de intereses. Además, sin olvidar que, de manera inmediata, es a los tribunales a quien corresponde la protección de los derechos fundamentales de todas las personas lesionadas por los mensajes emitidos.

A ambos lados del Atlántico sectores políticos inicialmente opuestos tienen, por lo que se ve, mucho más en común de lo que cabría esperar: comparten que la libertad de expresión puede ser peligrosa, por lo que debe ser controlada por la Administración y no por los jueces.

Bibliografía

Sobre el derecho administrativo norteamericano, la obra de referencia sigue siendo el clásico tratado de Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise* (1ª edición, 1958). En las dos últimas ediciones ha correspondido a Richard J. Pierce la continuación de esta magna obra: *Administrative Law Treatise*, Aspen Law and Business, Nueva York, 4ª edición, 3 volúmenes.

No obstante, también son de cita obligada dos *casebooks*: el de Breyer, Stewart, Sunstein y Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, Aspen Publishers, 6ª edición (abril 2006); y el de Aman, *Administrative Law and Process: Cases and Materials*, LexisNexis, 2ª edición (enero 2006).

Sobre el caso comentado en este trabajo, se han escrito varios artículos. Podemos citar los siguientes trabajos, todos ellos críticos con las medidas contra la indecencia en la televisión y la radio: Calvert, «Bono, the Culture Wars, and a Profane Decision: The FCC's Reversal of Course on Indecency Determinations and Its New Path on Profanity», 28 *Seattle University Law Review*, otoño 2004, p. 61 y ss. Coates, «Note: The Fear Factor: How FCC Fines Are Chilling Free Speech», 14 *William & Mary Bill of Rights Journal*, diciembre 2005, p. 775 y ss. Mathew, «Note & Comment: The Fear-Causing Commission and its Reign of Terror: Examining the Constitutionality of the FCC's Authority to Regulate Speech under the First Amendment», 26 *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 2005, p. 107 y ss. Rooder, «Note: Broadcast Indecency Regulation in the Era of the «Wardrobe Malfunction»: Has the FCC Grown too Big for its Britches?», 74 *Fordham Law Review*, noviembre 2005, p. 871 y ss. Sparr, «From Carlin's Seven Dirty Words to Bono's One Dirty Word: A Look at the FCC's Ever-Expanding Indecency Enforcement Role», 3 *First Amendment Law Review*, primavera 2005, p. 207 y ss.

Sobre las autoridades administrativas en España, nos remitimos a lo dicho en un inicial trabajo nuestro que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue delimitando, desde nuestro punto de vista, el marco de la reflexión sobre estas instituciones. Betancor, *Administraciones Independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

Sobre el Consejo del Audiovisual de Cataluña, es de cita obligada el excelente trabajo de Milián Massana (dir.), Amenós Alamo, Casado Casado, Orriols Sallés y Pons Cànovas, *El Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2004.

Otros trabajos sobre esta cuestión son los de VVAA, *El régimen jurídico del audiovisual*, Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos y Marcial Pons, Barcelona, 2000. Este libro recoge la investigación y el seminario dirigidos por T. de la Quadra. El otro libro a tener en cuenta es el de Tornos, *Las Autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons y Consejo Audiovisual de Cataluña, 1999.

Sobre la jurisprudencia constitucional, sigue siendo de mucha utilidad el trabajo de Bastida y Villaverde, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998.

Por último, son de cita obligada las páginas web de la Federal Communications Commission (www.fcc.gov) y del Consejo del Audiovisual de Cataluña (www.audiovisualcat.net). En estas páginas se puede encontrar información muy valiosa sobre todas las cuestiones planteadas y debatidas en este trabajo –en particular, el texto de todas las resoluciones aquí comentadas.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 34, ISSN 1885-5709, 2007

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

316.77(73)

Andrés Betancor Rodríguez, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Pompeu Fabra

es ¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana

p. 31-82

Un tema controvertido es el relativo a la habilitación a una autoridad administrativa de la función de control de los contenidos audiovisuales. Es un tema controvertido porque estos contenidos están amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por consiguiente, la controversia alude a si sería constitucionalmente admisible que una autoridad administrativa controlase el ejercicio de tal derecho. El caso norteamericano nos ofrece un ejemplo de este tipo de control y su admisión constitucional. Aunque se trata de un control circunscrito a las emisiones obscenas, indecentes e irreverentes, nos ofrece, sin embargo, un ejemplo relevante de sus dificultades y de sus amenazas. Este ejemplo nos sirve para interrogarnos sobre este mismo problema en el caso español. El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina sobre cómo se han de aplicar los límites constitucionales a las libertades del artículo 20 CE. Esta aplicación precisa, por un lado, una correcta determinación del alcance de cada límite y, por otro, una pon-

deración de los bienes en conflicto, pero sobre la base de la especial preferencia que ocupa la libertad de expresión por su conexión con uno de los pilares del Estado democrático: la opinión pública libre. Estas actividades no pueden ser llevadas a cabo, desde nuestro punto de vista, por una autoridad administrativa. El margen de apreciación que suponen supera el margen de apreciación que razonablemente debe estar en manos de la Administración. Tanto es así que estaríamos materialmente ante un supuesto de censura prohibida constitucionalmente (art. 20.2 CE). Estas objeciones no pueden ser salvadas por la independencia de estas autoridades, porque esta independencia está al servicio de la *expertise*, no a la inversa. Y en estos casos (aplicación de los límites constitucionales) no hay *expertise* posible. Por último, se analiza el caso del Consejo del Audiovisual de Cataluña como ejemplo de los problemas constitucionales que suscita el control administrativo de los contenidos audiovisuales.

Palabras clave: Administración; administración independiente; libertad de expresión; control administrativo del contenido audiovisual; censura; agencias norteamericanas; Federal Communications Commission; Consejo del Audiovisual de Cataluña.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 34, ISSN 1885-5709, 2007

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

316.77(73)

Andrés Betancor Rodríguez, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra

es ¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana

ca Estan justificades les autoritats administratives de control del contingut de les emissions? L'experiència nord-americana

p. 31-82

Un tema controvertit és el relatiu a l'habilitació a una autoritat administrativa de la funció de control dels continguts audiovisuals. És un tema controvertit perquè aquests continguts estan emparats pel dret fonamental a la llibertat d'expressió. Per tant, la controvèrsia al·ludeix a si seria constitucionalment admissible que una autoritat administrativa controlés l'exercici d'aquest dret. El cas nord-americà ens ofereix un exemple d'aquest tipus de control i la seva admissió constitucional. Encara que es tracta d'un control circumscrit a les emissions obscenes, indecents i irreverents, ens ofereix, tanmateix, un exemple rellevant de les dificultats i amenaces que presenta. Aquest exemple ens serveix per interrogar-nos sobre aquest mateix problema en el cas espanyol. El Tribunal Constitucional ha elaborat una doctrina sobre com s'han d'aplicar els límits constitucionals a les llibertats de l'article 20 CE. Aquesta aplicació necessita, d'una banda, una determinació correcta de l'abast de cada límit i, de l'altra,

una ponderació dels béns en conflicte, però sobre la base de la preferència especial que ocupa la llibertat d'expressió per la seva connexió amb un dels pilars de l'Estat democràtic: l'opinió pública lliure. Aquestes activitats no les pot dur a terme, des del nostre punt de vista, una autoritat administrativa. El marge d'apreciació que comporten supera el marge d'apreciació que raonablement ha d'estar a les mans de l'Administració. Tant és així que estaríem materialment davant d'un supòsit de censura prohibida constitucionalment (art. 20.2 CE). Aquestes objeccions no poden ser salvades per la independència d'aquestes autoritats, perquè aquesta independència està al servei de l'*expertise*, no a la inversa. I en aquests casos (aplicació dels límits constitucionals) no hi ha *expertise* possible. Finalment, s'analitza el cas del Consell de l'Audiovisual de Catalunya com a exemple dels problemes constitucionals que suscita el control administratiu dels continguts audiovisuals.

Paraules clau: Administració; administració independent; llibertat d'expressió; control administratiu del contingut audiovisual; censura; agències nord-americanes; Federal Communications Commission; Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 34, ISSN 1885-5709, 2007

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

316.77(73)

Andrés Betancor Rodríguez, chaired professor of Administrative Law at the Pompeu Fabra University

es ¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana

en Are Administrative Authorities for Controlling Broadcast Content Justified? The American Experience

p. 31-82

The empowering of an administrative authority to exercise control over audiovisual content is a controversial issue. It is a controversial issue because this content is protected by the fundamental right to freedom of expression. Consequently, the controversy alludes to whether it would be constitutionally admissible for an administrative authority to control the exercise of such a right. The U.S. example offers us an example of that type of control and its constitutional admissibility. Although we are dealing here with an oversight function that is limited to obscene, indecent and irreverent broadcasts, we are nevertheless provided with a significant example of its difficulties and its threats. This example provides a convenient basis from which to ask ourselves about the Spanish situation. The Constitutional Tribunal has devised a doctrine on how constitutional limits are to be applied to the freedoms enumerated in Article 20 of the Spanish Constitution. This application requires, on the one hand, a proper determination of the scope of each limitation and, on the

other, a weighing of the constitutional assets that are in conflict. This must be done, however, while keeping in mind the special preference that freedom of expression enjoys because of its connection with one of the pillars of the democratic state: free public opinion. In our opinion, these activities cannot be carried out by an administrative authority. The amount of discretion they imply goes beyond the amount of discretion that should be left in the hands of the government, a discretion so wide-ranging so that we would be directly confronted with a case of constitutionally prohibited censorship (Article 20.2 of the Spanish Constitution). These objections cannot be overcome by the independence of these authorities because this independence is subordinate to expertise, and not the other way around. And in these cases (application of constitutional limits), no expertise is possible. Lastly, the case of the Audiovisual Council of Catalonia is examined as an example of the constitutional problems that the administrative control of audiovisual content raises.

Key words: Government, independent government, freedom of expression, administrative control of audiovisual content, censorship, U.S. agencies, Federal Communications Commission, Audiovisual Council of Catalonia.