

ESTAN JUSTIFICADES LES AUTORITATS ADMINISTRATIVES DE CONTROL DEL CONTINGUT DE LES EMISSIONS? L'EXPERIÈNCIA NORD-AMERICANA*

Andrés Betancor**

Sumari

- I. Els fets: com controla la FCC la indecència en les emissions i els problemes que se'n susciten
 - A. L'Administració i els seus poders
 - B. Algunes qüestions procedimentals

- II. Les reflexions: una autoritat administrativa de control dels continguts de les emissions? Una autoritat administrativa de control de la llibertat d'expressió?
 - A. La llibertat d'expressió i els seus límits
 - B. Mitjans jurídics per gestionar la interrelació entre les llibertats i els seus límits
 - C. El paper de l'Administració
 - 1) Abast dels límits constitucionals
 - 2) La ponderació de béns i drets en conflicte
 - 3) La prohibició constitucional de la censura
 - 4) Conclusió: la incapacitat funcional i estructural de l'Administració per controlar els continguts audiovisuals
 - D. La veracitat i les seves dificultats
 - E. El cas del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

- III. Les conclusions. Que l'Administració administri i que els jutges tutel·lin els drets

Bibliografia

* Aquest article forma part del projecte d'investigació SEJ 2006-10986 finançat pel Ministerio de Educación y Ciencia.

** Andrés Betancor Rodríguez, catedràtic de dret administratiu de la Universitat Pompeu Fabra, c/Ramon Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona, andres.betancor@upf.edu.
Article rebut el 16.10.2006

L'1 de febrer de 2004, aproximadament a les 8.30 hores del vespre (*Easter Time*), va tenir lloc un esdeveniment que ha canviat el sistema jurídic nord-americà: la visió durant unes dècimes de segon del pit seminu de la cantant Janet Jackson durant l'intermedi del partit de la Super Bowl de la Lliga de Futbol Americà per 90 milions de persones va causar, en algunes persones, estupor, indignació..., perquè van considerar que la transmissió d'aquella imatge era indecent, havia violat la intimitat familiar i afectat l'educació dels infants.

Això ha provocat un escàndol de proporcions mai abans vistes al món de la televisió nord-americana. Els telespectadors van dirigir més de 540.000 queixes a la Federal Communications Commission (FCC). Aquesta va actuar ràpidament i va iniciar en menys de 24 hores un procediment contra l'empresa que va transmetre les imatges, la qual cosa ha desembocat en la imposició d'una multa de més de 500.000 dòlars.

S'ha arribat a dir que aquest fet ha inspirat «*a revolution against indecency on the airwaves*» (Coates). Aquesta afirmació es basa en el fet que abans d'aquest incident, la FCC no havia imposat cap multa tan important. L'última, per import de 27.500 dòlars, l'havia imposada contra una televisió l'any 2002. En canvi, a partir de l'incident que comentarem, l'activisme de la FCC en aquest camp s'ha incrementat fins a l'extrem d'imposar l'octubre de 2004 a la Fox Television una multa d'1,2 milions de dòlars per l'emissió d'un nu.

En fi, es pot dir que hi ha un abans i un després de l'anomenat *wardrobe malfunction* de Janet Jackson. Aquest incident representa el canvi en la política seguida per la FCC sota la pressió dels grups més conservadors. Fins aquell moment, la política seguida era la de deixar que el mercat fes la seva feina. Perquè es considerava que era preferible l'abús —com afirmava el Chairman Powell abans de convertir-se a la fe de la revolució contra la indecència— que la interferència del Govern en els assumptes relacionats amb la llibertat d'expressió (Primera Esmena).

En aquest treball analitzarem aquest cas per exposar com exerceix les seves funcions una de les agències reguladores més importants dels Estats Units. Ens referim a la Federal Communications Commission (FCC), quan es tracta de determinar quan un contingut emès és contrari a la legislació en matèria d'indecència.

Quin interès té aquesta anàlisi? A més de permetre'ns analitzar com exerceix els seus poders una agència tan important, té un interès immediat: ens mostra els límits amb què s'enfronta una autoritat administrativa quan es tracta de valorar (o de jutjar) el contingut de les emissions transmises per un mitjà de comunicació tan important com la televisió per determinar el seu acomodament a la legislació aplicable en matèria d'indecència.

Aquesta anàlisi és particularment interessant perquè ens permetrà mostrar les diferències entre el model nord-americà i el model europeu —singularment, el francès— d'autoritats administratives de control de contingut de les emissions. Una diferència notable es refereix, com veurem, a l'abast del control.

El model nord-americà de la FCC limita l'abast del control de continguts a la preservació dels menors davant de les emissions denominades *obscenes*, *indecent* i *irreverent*. En canvi, el model francès (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, creat per la Llei de 17 de gener de 1989 i encarregat de garantir la llibertat de comunicació audiovisual en les condicions establertes per la Llei de 30 de setembre de 1986), s'estén més enllà fins a incloure territoris vedats en aquell primer model. Així es permet el control previ i d'ofici del contingut, fins i tot, ideològic de les emissions a l'efecte de garantir el pluralisme i l'honestedat de les informacions.¹ No cal dir que aquesta ampliació no solament és inadmissible en el món nord-americà per tractar-se d'un control equivalent a la censura. A més, seria inconcebible que una autoritat administrativa, per molt independent que fos, pogués controlar ideològicament els continguts per garantir, suposadament, el pluralisme i l'honestedat.

El model català d'autoritat de l'audiovisual, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya, segueix aquest últim model. L'article 1.2 de la Llei de Catalunya 2/2000, de 4 de maig, disposa, a més d'altres funcions, que «el Consell vetlla, [...], pel pluralisme polític, religiós, social, lingüístic i cultural en el conjunt del sistema

¹ La decisió del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) de 8 de febrer de 2000 estableix com es pot garantir el pluralisme en els mitjans. En definitiva, la regla més determinant és la dels temps d'emissió dedicats al Govern, la majoria parlamentària que li dona suport i l'oposició. El temps es distribueix segons el criteri de terços: un terç per a cada un dels assenyalats. I s'afegeix, a més, que el temps dedicat a l'oposició no podrà ser inferior a la meitat del temps dedicat al Govern i a la majoria parlamentària. Totes les personalitats que intervinguin en la televisió o la ràdio s'hauran de classificar en algun dels grups assenyalats. A més, concreta què és el que s'ha d'entendre per *temps d'antena* i per *temps de paraula*. En definitiva, per garantir el pluralisme, el CSA ha hagut d'establir una regulació molt detallada.

audiovisual a Catalunya, vetlla per la neutralitat i l'honestat informatives, i preserva el compliment de les normes relatives a l'ús de la llengua catalana i l'impuls de l'aranès». Aquesta autoritat estén les seves competències, com hem vist, per garantir el pluralisme, però també «la neutralitat i l'honestat informatives».

Sobre aquestes qüestions, ens hi estendrem més endavant. Com hem assenyalat, en el model nord-americà només és possible que una autoritat administrativa pugui controlar *a posteriori* els continguts de les emissions per evitar la indecència.

En tot cas, el control administratiu dels continguts planteja dificultats considerables tant en el model nord-americà com, especialment, en l'uropeu. Aquestes dificultats vénen donant la mà, fonamentalment, al marge d'apreciació subjectiva que es reconeix a aquestes autoritats, per la qual cosa existeix un risc d'arbitrarietat considerable.

Per il·lustrar aquestes dificultats comentarem el control de la indecència que du a terme als Estats Units la FCC. Amb aquesta finalitat, ens servirem, com hem assenyalat, d'un cas que ha causat un singular impacte: el nu parcial i durant dècimes de segon de la cantant Janet Jackson durant l'intermedi de la Super Bowl de l'any 2004. L'anàlisi d'aquest cas, des de la perspectiva del Dret públic europeu, ens permetrà extreure algunes lliçons importants no solament sobre com exerceix els seus poders una agència tan important, sinó els problemes amb què s'enfronta quan es tracta de controlar continguts.

I. Els fets: com controla la FCC la indecència en les emissions i els problemes que se'n susciten

Els fets es poden resumir en els termes següents. Durant l'intermedi del partit de la Super Bowl de la NFL, se sol organitzar algun espectacle musical. En ocasió de l'edició de l'any 2004, els organitzadors de l'esdeveniment (les empreses CBS i MTV, ambdues en aquelles dates del grup VIACOM)² van preparar diverses actuacions musicals. Una d'elles va ser l'actuació del convidat sorpresa Justin Timberlake, que va cantar una de les seves cançons titulada *Rock Your Body*, en aquest cas, a duet amb la també cantant Janet Jackson. En un moment determinat, just al final de la interpretació i quan cantaven «*gonna have you naked by the end of this song*», Timberlake va arrencar una peça del vestit que cobria el pit de Jackson i el va deixar al descobert durant uns segons.

L'exhibició pública durant uns segons del pit de Janet Jackson va suscitar, com hem dit, un enorme escàndol i repulsa per part de molts milers de ciutadans americans. Als europeus i, en particular, als espanyols, això ens pot semblar increïble. Mostrar els pits a la televisió, fins i tot en horari infantil, ens sembla més o menys agradable, però en cap cas no ho considerem escandalós. La normalitat amb què ens relacionem amb el cos humà es posa de manifest a les nostres platges. Estic convençut que una escena com la que comentem en una de les nostres platges no mereixeria ni la nostra atenció. Tampoc no succeeix quan aquesta mateixa escena es transmet per televisió i, fins i tot, de manera reiterada a través d'anuncis de productes o serveis, com ocorre de manera quotidiana.

N'hi ha prou amb el que hem dit per alimentar el tradicional sentiment antiamericà tan arrelat en la nostra mentalitat. Els comentaris de sorpresa i fins i tot humorístics ens vénen al cap i recordem el que els nostres amics van dir quan la notícia es va donar a conèixer a Espanya.

Tanmateix, aquests comentaris són injustos perquè obliden que per a més del 80 per 100 dels nord-americans la investigació sobre la Super Bowl era una manera de llençar a les escombraries milions de dòlars, és a dir, una estupidesa. Només un 17 per 100 s'ha mostrat preocupat per l'incident.³

És un exemple excel·lent de com les minories ben organitzades i amb recursos poden imposar el seu criteri sobre la majoria desorganitzada. En un sistema polític com el nord-americà, amb una enorme transparència i obertura, l'organització dels grups d'interès, més que l'extensió del suport que rebin les seves propostes, és la qüestió clau per condicionar l'agenda política. Aquest raonament val per a gairebé tots els àmbits

² El gener de 2006, precisament com a conseqüència de l'escàndol que comentem, s'han separat en dues companyies: d'una banda, MTV, que continua sota el mantell de VIACOM, i, de l'altra, CBS, com una companyia independent.

³ Aquestes són les dades que va aportar VIACOM en el seu escrit d'al·legacions.

del sistema polític. En particular, el va utilitzar en els anys 70 del segle passat l'anomenada *Escola de Chicago* per explicar el comportament de les agències reguladores.

Mentre que a Europa i, singularment, a Espanya, l'evolució del concepte col·lectiu del que ha de ser un comportament que suscita rebuig social ha facilitat l'exposició pública del cos parcialment nu en platges i fins i tot a la televisió sense suscitar escàndol, en el cas nord-americà un petit però important grup social —en particular, el denominat *Parents Television Council* (PTC)— ha anat pressionant perquè les autoritats siguin particularment bel·ligerants en la persecució de tot allò que suscita escàndol segons el seu molt restringit criteri.

L'escàndol social va donar lloc a l'actuació pública, l'actuació de la FCC —que és el que en particular ens interessa—, dirigida a castigar-ne els responsables. Aquesta actuació s'ha basat en la prohibició de les emissions obscenes, indecens o irreverents. La qüestió jurídica central és la qualificació del fet esdevingut durant l'intermedi de la Super Bowl com a primer pas per a la imposició del càstig. Ningú no posa en dubte, d'una banda, que el fet es va produir i, de l'altra, que no hi va haver, com al principi es va arribar a dir, *wardrobe malfunction*, sinó que va ser un acte premeditat i, per tant, organitzat dels intèrprets per donar força i realisme, segons sembla, a la interpretació de la cançó. Descartats l'accident i la força major, la qüestió se circumscriu a com qualificar jurídicament aquest fet premeditat: és un acte d'indecència⁴ prohibit per la llei i sancionable per la FCC?

La resposta d'aquest interrogant ens planteja, al seu torn, diverses qüestions jurídiques de rellevància singular, des del nostre punt de vista: en primer lloc, la circumstància decisiva que és una Administració pública la que du a terme la qualificació i, per tant, la imposició del càstig; en segon lloc, la naturalesa dels poders en qüestió: en particular, ens interessa enfrontar-nos, des dels ulls d'un administrativista, amb el problema de l'abast dels poders de l'Administració, sobretot quan aquí estem parlant de poders que tenen per objecte una activitat que confronta amb la llibertat d'expressió; i, en tercer lloc, el procediment seguit per aplicar el càstig.

A. L'Administració i els seus poders

L'agència en qüestió és la Federal Communications Commission (FCC). Aquesta agència va ser creada per la *Communications Act* de 1934 com a agència independent del Govern (Executive Branch) i directament responsable davant del Congrés. La seva funció és actuar com a màxima autoritat federal respecte de qualsevol mitjà que serveixi per a transmetre senyals que comuniquin missatges que serveixin a la comunicació entre persones, és a dir, la màxima autoritat en matèria de comunicacions. En particular, pel que ara ens interessa, la FCC té autoritat per regular la televisió, la ràdio, el cable i el satèl·lit en el marc de la legislació aprovada pel Congrés. Entre els seus poders hi ha els necessaris per controlar els continguts de les emissions dels mitjans de comunicació. Amb aquesta finalitat, el Congrés ha establert la prohibició de les emissions de contingut obscè, indecent o irreverent. L'article 1464 del títol 18 del *United States Code*, (18 U.S.C. § 1464), prohibeix l'emissió per ones («*radio communication*») de qualsevol llenguatge obscè, indecent o irreverent. I la FCC pot castigar qualsevol violació de la prohibició assenyalada mitjançant la revocació de les llicències [47 U.S.C. § 312 (a) (6)] o la imposició de multes [47 U.S.C. § 503 (b) (1) (D)].

La constitucionalitat d'aquest poder va ser confirmada per la important Sentència del Tribunal Suprem nord-americà *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

⁴ Un aclariment s'imposa de manera immediata. En el Dret nord-americà es distingeix, com fal'article 1464 del títol 18 U.S.C., entre *obscenitat*, *indecència* i *irreverència*. En el nostre Dret no trobem aquesta diferència, i fins i tot és complex traduir les diferències de significats dels diversos termes. El contingut d'aquest últim terme (la irreverència) té un significat més o menys clar en la nostra llengua, ja que al·ludeix al que podem anomenar, parafrasejant el nostre Codi penal de 1995, l'escarniment als dogmes, les creences, els ritus o les cerimònies de qualsevol religió (art. 525 Codi penal). En canvi, les diferències entre l'obscenitat i la indecència són més confuses. De forma simplificada, les diferències són més de quantitat que de qualitat, ja que ambdues al·ludeixen a pràctiques relatives al sexe, a òrgans sexuals o a pràctiques sexuals, però també al que en anglès s'anomena *excretory activities*. Mentre que l'obscenitat es refereix a activitats que tenen alguns dels objectes referits i només tenen tal finalitat, la indecència no assoleix el grau d'explicitud associat a l'obscenitat. Així, per exemple, la pornografia és obscena, mentre que els nus podrien arribar a ser indecens. La frontera entre ambdós conceptes és tan difícil d'establir com la diferència que hi ha entre pornografia i erotisme. Ara bé, les conseqüències jurídiques són molt diferents quan es tracta d'emissions d'imatges o sons utilitzant les ones, però no quan s'utilitza un altre mitjà de difusió, singularment la premsa escrita, el satèl·lit o, fins i tot, Internet. En el cas de l'obscenitat, l'emissió està absolutament prohibida a qualsevol hora del dia o de la nit. En canvi, l'erotisme pot ser emès, com a pràctica indecent, des de les 10 de la nit fins a les 6 del matí. Això significa que l'obscenitat no està coberta, en cap cas i de cap manera, per la llibertat d'expressió, mentre que sí que ho estan les activitats indecens.

Aquesta Sentència reconeix el poder de l'agència per prohibir i, si s'escau, castigar aquelles emissions que tenen un contingut indecent perquè així ho exigeix la protecció de la privacitat de la llar i dels menors.

Una vegada salvades les possibles objeccions sobre la constitucionalitat del poder de la FCC, aquesta pot controlar els continguts de les emissions, encara que circumscrita a dos àmbits: d'una banda, a la indecència i, de l'altra, a les emissions a través de certs mitjans (la televisió i la ràdio) que utilitzen les ones per transmetre els senyals corresponents. Com a conseqüència d'aquest control, la FCC pot imposar un càstig (*civil penalties*).

Ens podria sorprendre, des dels nostres judicis apriorístics, que una agència pugui comptar amb un poder sancionador com aquest. Segons idees consolidades entre nosaltres en el passat però avui en crisi, aquest poder hauria d'estar reservat al poder judicial. Aquesta regla seria particularment exigent en el cas nord-americà. Però la realitat és ben diferent: als Estats Units, una Administració pot exercir aquest poder sancionador fins i tot en un àmbit tan delicat (per l'estreta relació amb la llibertat d'expressió) com és el de la indecència.⁵ El Congrés ha delegat en l'agència aquest poder per imposar *civil penalties* sense que això suposi la ruptura del principi de divisió de poders, ni tampoc una afectació il·legítima a la llibertat d'expressió. Les raons són, fonamentalment, pràctiques. Es considera que és més eficaç i eficient que les sancions les imposi una agència —en aquest cas, la FCC— que un tribunal, fins i tot en cas que es tracti del càstig d'activitats *prima facie* cobertes per la llibertat d'expressió. No hi ha, per tant, cap problema constitucional en el fet que el poder sancionador de les administracions públiques s'estengui a un àmbit tan delicat.

La tipificació legal de la infracció està recollida en l'article 1464 del títol 18 U.S.C. Tanmateix, com també succeeix en el nostre Dret, aquesta tipificació és genèrica.⁶ Potser no és possible una altra tipificació més concreta. L'absència de majors detalls obliga, com analitzarem, a una tasca essencial de l'agència de concreció sobre com s'ha d'interpretar i aplicar el tipus legal respecte de què és el que s'ha d'entendre per indecència, així com quan i en quines circumstàncies la indecència és sancionable (perquè extravasa l'àmbit de la llibertat d'expressió). Amb aquesta finalitat, la FCC ha elaborat l'anomenat *test for indecency*, que és, per tant, un complement imprescindible per a la delimitació del tipus.

A més, ens pot resultar sorprenent que l'agència només pugui exercir el seu poder a instàncies de la denúncia de qualsevol espectador. No és possible l'acció d'ofici. Es pretén, d'aquesta manera, evitar que l'agència es converteixi en un censor que controla tots els continguts. Estem davant d'un poder sancionador que només pot ser activat per la denúncia (*complaint*) de qualsevol persona.

Segons el nostre criteri, quan l'Administració exerceix aquest poder sancionador exerceix un poder reglat i, a més, fortament reglamentat per la llei; d'aquí, per exemple, l'exigència de la tipificació legal exhaustiva i prèvia de la infracció. Així ha de ser com a garantia dels drets i les llibertats implicats.

En el cas que ens ocupa, això és encara més clar per tal com es tractaria de castigar un acte (com va ser l'emissió d'unes imatges d'un nu parcial i efímer) que està cobert, en general, per la Primera Esmena de la Constitució americana, és a dir, la llibertat d'expressió i la prohibició de la censura. És més, la qüestió constitucional controvertida en aquest cas, com analitzarem a continuació, és la relativa a si el càstig imposat (la multa de 500.000 dòlars) és una censura encoberta, com sostenia l'empresa sancionada. Segons aquesta empresa, ho era perquè, d'una banda, imposa un càstig per una activitat coberta per la llibertat esmentada (perquè la indecència, a diferència de l'obsenitat, sí que està protegida, dins de certs límits, com veurem, per la llibertat d'expressió), però també, d'altra banda, perquè crea un precedent que estableix un estàndard que hauran de tenir en compte totes les empreses de televisió —entre d'altres— quan duguin a terme, almenys, qualsevol transmissió en directe. Aquest precedent acosta a l'autocensura, cosa que és tan preocupant o més que la censura administrativa. Perquè no hi ha llibertat ni quan l'Administració controla els continguts ni quan els emissors s'autocontrolen per evitar el càstig de l'Administració.

Tanmateix, en el cas nord-americà l'agència té un marge d'apreciació (discreció) considerable per completar el tipus legal, així com per apreciar en cada cas concret si es produeix o no la concurrència dels

⁵ Això no succeeix, com hem assenyalat, en el cas de l'obsenitat perquè aquesta no està coberta, en cap cas, per la llibertat d'expressió.

⁶ Encara que la Llei de Catalunya 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya, tipifica com a infracció molt greu, per exemple, «l'incompliment dels principis bàsics de la regulació dels continguts audiovisuals», així com «l'incompliment de qualsevol dels deures imposats d'acord amb la present Llei amb relació a la protecció de la infància i la joventut» [art. 132.b i c].

elements que identifiquen el tipus a l'efecte de la qualificació jurídica del fet i per imposar la sanció corresponent.

Aquesta doble obertura incrementa, segons el nostre criteri, el poder de l'Administració i els riscos que sofreixin els drets fonamentals per l'activitat arbitrària d'aquella. Perquè la Història acredita i encunya en una de les seves lleis de ferro que com més ampli és el poder de l'Administració, més grans són el risc d'arbitrarietat i el risc de violació dels drets dels ciutadans.

L'amplitud del poder de l'Administració és un tema controvertit tant a Europa com als Estats Units. En aquesta nació, l'extensió del poder de l'Administració és l'obra de la voluntat del Congrés. El Congrés és lliure, en el marc de la Constitució, per atribuir i regular els poders de l'Administració. Per aquesta raó, el control judicial s'ha de circumscriure al que el Congrés ha volgut, expressament o implícitament, i no pot anar més enllà de la voluntat del Congrés.

La relació entre el poder de l'Administració —en particular, el seu abast— i el control judicial la governa l'anomenada *doctrina Chevron*, elaborada pel Tribunal Suprem dels Estats Units en la famosa Sentència *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

Aquesta Sentència ha fixat les dues etapes que hauran de recórrer els tribunals per controlar el poder de l'Administració. Específicament, delimita l'àmbit d'aquest control.

En la primera fase, el tribunal s'ha de preguntar sobre la claredat de la voluntat del Congrés, expressada en la llei corresponent, per donar una resposta determinada a un problema determinat, objecte de la controvèrsia que se li ha plantejat. Si la voluntat del Congrés s'ha expressat clarament d'una manera determinada, és aquesta voluntat la que l'agència ha d'executar. El tribunal haurà de comprovar que això ha estat així, és a dir, que l'agència no ha contradit la voluntat expressa i clara del Congrés.

La segona fase se suscita si no hi ha claredat en la voluntat del Congrés. Si no és possible saber quina és la voluntat del Congrés, serà la voluntat de l'agència la que estableixi com s'ha de resoldre la qüestió suscitada, és a dir, com s'ha d'interpretar la llei. En aquest cas, el tribunal s'haurà de limitar a comprovar que la interpretació de l'agència és una interpretació que pot ser permesa perquè es mou en l'àmbit d'allò que es pot considerar interpretable dins la llei («*a permissible construction of the statute*»).

Si la llei és obscura, en el marge de l'*obscuritat*, l'agència pot interpretar, amb discreció, quina és la solució (interpretació) adequada de la llei. El control judicial s'ha de limitar a controlar que aquesta interpretació es mou en el marc de l'*obscuritat* de la llei. Si això és així, és a dir, si la interpretació es pot considerar que legítimament és permissibile en el marc de la llei, el tribunal no pot invalidar la decisió esmentada.

Si la llei és clara, ni l'agència ni el tribunal no poden ni revocar ni, encara menys, substituir la voluntat del Congrés. En canvi, quan la llei no és clara, el tribunal només podrà revocar la decisió de l'agència si va més enllà de l'àmbit del que lògicament es pot considerar una interpretació possible en el marc de la llei i de les seves obscuritats. Per què? Perquè, en aquest cas, l'agència va més enllà de l'àmbit que el Congrés li ha lliurat a la seva discreció.

Aquesta delegació per part del Congrés es pot produir, com ha afirmat el Tribunal Suprem, tant de manera expressa com implícita, com quan hi ha un «*interpretative gap in the statutory structure*» [Pauly v. Bethenergy Mines, Inc., 501 U.S. 680 (1991)]. Aquesta és una de les conseqüències que el Tribunal esmentat ha deduït a partir de la doctrina *Chevron*.

La qüestió clau passa a ser la següent: si el Congrés ha creat una agència per interpretar i aplicar una llei, està encomanant (delegant) a aquesta agència la resolució de totes les qüestions que se suscitin en ocasió de la interpretació i aplicació de la llei. Els tribunals s'han de limitar a comprovar que la decisió de l'agència se circumscriu a l'àmbit de la delegació. Això és el que es coneix com a *deference*. Perquè els tribunals deuen deferència a la decisió de l'agència, llevat que es pugui acreditar que s'ha extralimitat en adoptar una decisió que extralimita l'àmbit de la delegació, per la qual cosa no és una «*permissible interpretation*» de la llei.

Les diferències amb el nostre sistema jurídic són eloqüents. En primer lloc, l'acte de creació de l'agència és decisiu per entendre que aquesta agència compta expressament o implícitament amb els poders necessaris per interpretar i aplicar la llei que se li encomana. No és necessari, per tant, un acte exprés d'atribució d'un poder específic. N'hi ha prou amb el mer acte de creació. Això és així, almenys, respecte del poder d'*adjudication*, és a dir, el poder per dictar actes administratius, segons la nostra terminologia. En segon lloc, la delegació dels poders pot ser, com hem dit, expressa o implícita, com quan hi ha un «*interpretative gap in the statutory structure*». Aquest *gap* l'ha de resoldre l'agència, perquè a aquesta se li ha encomanat com a tasca que resolgui totes les qüestions sorgides en ocasió de la interpretació i aplicació de la llei. En tercer lloc, el poder de l'agència delegat expressament o implícitament ha de ser exercit amb discreció en el marc de la delegació i de la llei. Això val per a qualsevol tipus de poder. No hi ha, com hem dit, distinció entre poder reglat i discrecional. Tots els poders de l'Administració han de ser exercits amb la discreció necessària, però en el marc de la llei. En quart lloc, l'abast del control judicial està delimitat per la delegació del poder. Això significa que s'haurà d'acomodar a l'àmbit de la discreció lliurada a l'Administració. No podrà immiscir-se en aquest àmbit, per la qual cosa es limitarà a comprovar que la decisió de l'agència es mou dins d'aquests límits perquè es pugui considerar com una interpretació permisible de la llei.

En el cas que comentem, si el Congrés no ha volgut especificar els detalls o elements del que denominem *el tipus de la infracció* és perquè ha volgut que sigui l'agència la que els ha de concretar o especificar. Per tant, aquesta desplega una tasca de *construcció* del tipus de la infracció. Una vegada quiritada aquesta funció, l'agència du a terme la qualificació de certs fets a l'efecte de considerar-los sotmesos o no al tipus amb l'objectiu de procedir (o no) a castigar-los mitjançant la imposició de les sancions corresponents.

L'agència ha acabat de construir el tipus infractor mitjançant l'anomenat *test for indecency*.⁷ Segons la FCC, uns fets podran ser qualificats d'indecents quan en l'emissió d'aquests es presenten els elements següents: d'una banda, la representació o descripció d'òrgans o activitats «*sexual or excretory*» i, de l'altra, que els fets siguin palesament ofensius («*patently offensive*») segons els «*contemporary community standards for the broadcast medium*». Això últim exigeix tenir en compte el «*full context*» en què es produeixen els fets i quines són les apreciacions socials sobre aquests fets.

El *test for indecency* mostra, d'una banda, la magnitud o la importància de l'abast de la discreció (no pas discrecionalitat) amb què ha d'actuar l'agència per determinar la seva concurrència, però també, d'altra banda, les dificultats d'objectivar aquest procés (per garantir la seguretat en un àmbit en què hi ha en joc una llibertat, així com la igualtat de tots davant de l'aplicació de la llei), que condueix al fet que l'agència no solament hagi de valorar els fets, sinó, a més, que ho hagi de fer de manera coherent amb els seus precedents. Tanta subjectivitat només pot conduir, a més, a l'absurd. La FCC ha hagut de considerar si era més indecent ensenyar un òrgan sexual o el petó apassionat de dues dones, o actes insinuants com ara tocaments...,⁸ sense oblidar que ha qualificat d'indecents les paraules de Bono, el vocalista del grup irlandès U2, quan l'any 2003 va qualificar de «*really, really fucking brilliant*» el premi que havia rebut, encara que és evident que aquest terme als Estats Units i a Espanya s'usa sense al·ludir al seu significat sexual. Tanta subjectivitat només pot conduir, com diem, al disbarat arbitrista.⁹

Resulta singularment problemàtic el segon criteri: l'anomenat *estàndard social*. L'agència ha de provar que l'acte que valora (a l'efecte de qualificar-lo jurídicament) és un acte indecent d'acord amb aquest estàndard. Amb aquesta finalitat, l'agència no acudeix —com proposava l'empresa emissora i resulta de la lògica— a cap referència social, sinó que reconverteix en una apreciació subjectiva (per la mateixa agència) de certs elements la

⁷ Aquest test està definit en un document de la FCC titulat *Policy Statement*, que té per objecte «*Industry Guidance On the Commission's Case Law Interpreting 18 U.S.C. § 1464 and Enforcement Policies Regarding Broadcast Indecency*», de 14 de març de 2001, encara que publicat el dia 6 d'abril de 2001.

⁸ En el passat, la FCC es va haver de pronunciar sobre aquests actes. En uns casos els ha qualificat d'indecents, cas 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 de *no indecents*, com en els programes *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 text de l'*Order* de 3 de març de 2004 no pot ser més sorprenent. 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*».

concurrència dels quals determina que es produeix l'escàndol social provocat pel comportament indecent. Aquests tres elements són: *i*) l'explicitud de la descripció o exhibició sexual, *ii*) la reiteració en la descripció o exhibició, i *iii*) la producció d'excitació o xoc amb la descripció o exhibició. L'aplicació d'aquests criteris condueix l'agència a afirmar que «l'emissió d'un nu parcial en aquest cas va ser explícita i gràfica i amb la intenció d'excitar i produir un xoc en l'audiència que veia el programa». Per tant, la Comissió determina que el material va ser palesament ofensiu, segons resulta de l'aplicació de l'estàndard social contemporani per al mitjà televisiu, tot i que el nu va ser breu (apartat 6, *Forfeiture Order* de 21 de febrer de 2006). En conseqüència, aplica a l'empresa responsable de l'emissió una multa de 550.000 dòlars.

Així doncs, una vegada constatat el fet (el nu), la FCC el considera indecent perquè és un fet palesament ofensiu («*patently offensive*») segons els «*contemporary community standards for the broadcast medium*», perquè l'exhibició de pit de Janet Jackson durant unes dècimes de segon va ser explícita, reiterada i excitant.

Podem entendre que és objectivable, amb totes les seves dificultats, l'apreciació de l'explicitud i la reiteració. Ara bé, que el fet pugui ser o no causa d'excitació o xoc en l'audiència és un paràmetre o criteri difícil objectivament. Probablement, a Espanya l'exhibició del pit nu de Janet Jackson ni excita ni escandalitza. Estic segur que als Estats Units, per a una immensa majoria de la població, tampoc.

Ens enfrontem així al nucli jurídic central d'aquestes qüestions: com pot objectivar una Administració pública la qualificació jurídica d'un fet a l'efecte de considerar-lo d'un tipus o d'un altre (jurídic), amb les conseqüències (jurídiques) corresponents? Quan un fet excita la població o li produeix un xoc? És inobjectivable, perquè la càrrega subjectiva és inqüestionable: per a uns excita, mentre que per a d'altres és un pur esdeveniment artístic.

El *test for indecency* ha estat criticat àmpliament pels autors nord-americans precisament per la vaguetat, la qual permet a l'agència gaudir d'un ampli marge de discreció. Això és particularment rellevant perquè es projecta, a més, sobre l'exercici d'un dret fonamental com la llibertat d'expressió.

Quan la discreció està associada a la vaguetat, l'amenaça de censura es consolida i s'incrementa exponencialment. Com ha dit també el Tribunal Suprem nord-americà, «sense estàndards estrictes, objectius i definits el perill de censura i de reducció de les nostres precioses llibertats de la Primera Esmena és massa gran per poder-lo permetre» [*Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U.S. 123 (1992)]. Per aquesta raó, els poders de l'Administració en un àmbit tan singular com aquest haurien d'estar sotmesos a estàndards objectius, a límits estrets i a regles taxatives que permetin controlar-ne l'exercici.

Les restriccions a la llibertat d'expressió són necessàries; ningú no ho posa en dubte. Encara que la Constitució nord-americana reconeix la llibertat d'expressió, però sense admetre expressament cap limitació. La Primera Esmena estableix que «*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*». Per tant, aquesta llibertat empara la manifestació pública de qualsevol pensament o idea. A més, el Congrés no pot aprovar cap llei que restringeixi aquesta llibertat. Tanmateix, el Tribunal Suprem ha reconegut aquesta possibilitat.

El problema ha sorgit quan el desenvolupament tecnològic ha facilitat certs mitjans tècnics que han multiplicat l'extensió i els efectes de les idees o els pensaments expressats. La ràdio i la televisió, entre altres mitjans, faciliten que les idees i els pensaments arribin a més persones i, a més, amb un poder extraordinari, si més no en el cas de la televisió, per influir en la conducta de les persones, fins al punt de parlar-se del seu poder hipnòtic per suggestionar i, per tant, condicionar la conducta i la llibertat dels destinataris dels missatges.

Aquí sorgeix la necessitat de protegir els destinataris dels missatges, singularment aquells que tenen una capacitat menor per discernir els que són perniciosos, ofensius o danyosos per a la llibertat i, fins i tot, per a la integritat física i psicològica del receptor. És el cas dels infants.

Com protegir els destinataris amb menys capacitat de discerniment? Tradicionalment, l'esquema seguit per regular les activitats emparades per una llibertat implicaven la concurrència tant del poder legislatiu com del judicial. El primer establia, mitjançant lleis, els límits que no es podien superar, mentre que el segon administrava els càstigs als qui infringien els límits esmentats. Això els convertia en garants de les llibertats.

Perquè són els garants de les llibertats els que les poden limitar per protegir altres béns constitucionals, establint amb caràcter general (legislatiu) o en cada cas (tribunals) el punt d'equilibri exacte, de tal manera que la restricció no vagi més enllà del que sigui necessari per assolir la protecció que requereixen els altres béns i drets en conflicte.

Aquesta construcció tradicional es veu completada, almenys en el cas nord-americà, amb l'atribució d'un poder a l'Administració —en el nostre cas, la FCC— per controlar els continguts emesos i sancionar els responsables de l'emissió d'aquells considerats contraris a la decència. El punt de partida és, com ja hem comentat, la prohibició establerta en l'article 1464 del títol 18 U.S.C., que prohibeix l'emissió per ones de qualsevol llenguatge obscè, indecent o irreverent.

En la Sentència Pacífica el Tribunal Suprem confirma, com hem assenyalat, la constitucionalitat de l'habilitació del poder a l'Administració per castigar els incompliments de la prohibició.

Per què una agència s'entremet en aquest àmbit? La resposta és, inicialment, senzilla: perquè es necessitava un mecanisme més eficaç de control i càstig dels continguts indecents. El càstig judicial arriba tard, molt tard, i és extraordinàriament costós. Aquestes circumstàncies resten eficaçia i eficiència a l'administració del càstig, sobretot quan el nombre d'emissors i de continguts que cal examinar és molt considerable.

Una vegada reconegut el poder de l'Administració per controlar els continguts, cal articular mecanismes per controlar aquest poder. Una manera de fer-ho és exigir el ple respecte pel *test for indecency*. Tanmateix, com hem pogut veure, aquest test ofereix un control limitat pel fet que l'apreciació i aplicació dels elements que el componen —singularment, l'últim— ofereixen una oportunitat enorme perquè l'agència valori amb amplitud les circumstàncies de cada cas i la procedència de la qualificació dels fets.

La conclusió no pot ser més confusa: admetem que la llibertat d'expressió pot ser restringida, i ho ha de ser, per protegir certs béns i drets constitucionals —en particular, la d'aquells que no poden discernir sobre la bondat o maldat dels continguts—. Tanmateix, el sistema jurídicopolític no ha trobat la manera perfecta o adequada per actualitzar les restriccions. Perquè es poden establir restriccions generals que emmarquen l'exercici d'aquesta llibertat, però la manera d'administrar els càstigs en cas d'incompliment topa amb la dificultat de la interpretació i aplicació dels límits corresponents en cada cas concret.

El sistema tradicional es basa exclusivament en la sanció *a posteriori* per part dels tribunals. El nou sistema ens ofereix l'habilitació a una Administració d'un poder per regular les emissions i imposar els càstigs corresponents. Tanmateix, l'amplitud del marge d'apreciació que han de deixar necessàriament les regles per comprendre (incloure) tot el fenomen possible de la indecència dóna lloc a una situació objectiva de risc de censura que amenaça la llibertat. L'experiència nord-americana ens ho ofereix de manera dramàtica. Tant és així que l'administrativització del control i del càstig ha donat lloc, tal com acrediten els autors nord-americans, a un fenomen d'autocensura preocupant.

Un dels efectes de l'administrativització del control és la relaxació de l'exigència de la responsabilitat subjectiva, com mostra el cas que comentem.

Queda provat (perquè així ho reconeix la mateixa agència) que ningú de l'empresa productora ni de la de transmissió del senyal no va tenir coneixement previ ni, per tant, va autoritzar el desenvolupament de l'acte i, per tant, l'exhibició del pit de Janet Jackson. No hi ha, doncs, cap forma de voluntarietat. On queda la culpa? L'element subjectiu és essencial, també en el Dret nord-americà, per a la imposició del càstig, per molt que l'imposi una Administració. Si no hi ha frau, hi ha culpa. En aquest cas, ens trobem amb la problemàtica qüestió de la diligència deguda. Tanmateix, en aquest punt, l'empresa demostra que va adoptar totes les mesures necessàries per evitar qualsevol tipus d'incident, incloent-hi el retard del senyal de cinc segons, a més d'haver organitzat i supervisat exhaustivament les actuacions musicals durant molts mesos abans de la celebració de la Super Bowl. A més, els intèrprets Janet Jackson i Justin Timberlake van fer sengles declaracions formals en les quals exoneraven de qualsevol responsabilitat l'empresa i l'assumien en la seva integritat en declarar que la decisió de descobrir el pit de Jackson va ser enterament seva, encara que Timberlake afirma que la decisió va ser de Jackson i del seu coreògraf. Així doncs, l'empresa VIACOM va adoptar totes les mesures raonables, cosa que no va poder evitar que els intèrprets modifiquessin la seva actuació per introduir-hi aquest «*costume reveal*».

Tanmateix, la FCC sosté que hi ha responsabilitat de l'empresa. Estem davant d'un tipus de responsabilitat objectiva? Sembla que sí. Perquè el fet indecent es va produir, segons la FCC. Amb això n'hi ha prou per sancionar l'empresa responsable de l'emissió. Perquè no hi ha dubte que la responsabilitat de l'emissió va ser seva, encara que no fos responsable de la producció del fet indecent. Des d'aquesta perspectiva, el que es castiga no és tant el fet indecent com l'emissió d'aquest fet. En l'emissió, l'agència reconeix la responsabilitat de l'empresa, malgrat que pugui acreditar —com és el cas— que no en tenia coneixement previ i, per tant, que no el va autoritzar, i que va adoptar totes les mesures tècniques adequades perquè en la transmissió en directe d'un esdeveniment esportiu com el que ens ocupa no es poguessin emetre imatges inadequades. Així doncs, la responsabilitat de l'emissió es converteix en responsabilitat objectiva per l'emissió de qualsevol imatge que sigui considerada inadequada o, en el nostre cas, indecent. Amb això n'hi ha prou per imposar el càstig. És irrelevant, com diu la FCC, la falta de coneixement previ i l'autorització per part de l'empresa. El que és rellevant és, com afirma l'agència, que l'empresa va fallar a l'hora d'adoptar totes les mesures raonables per evitar l'emissió accidental de material indecent. Això és el que importa. Allò que, segons el parer de l'agència, és suficient per considerar que es compleix amb l'exigència de la voluntarietat que estableix la *Communications Act* (apartat 15, *Forfeiture Order*). La prova del fet que ha fallat en l'adopció de les mesures raonables és l'existència d'indicis que aquest esdeveniment escandalós es produiria abans de l'emissió, com ara declaracions d'alguns dels participants, l'elecció de certs elements de l'espectacle... Malgrat aquests indicis, la CBS no va adoptar cap mesura adequada i suficient per evitar l'emissió del fet escandalós.

Com es pot observar, el grau de responsabilitat exigida per evitar la indecència és molt elevat; tant, que dóna lloc a la responsabilitat objectiva per a la imposició del càstig. L'esdeveniment il·lícit es va produir; per tant, ha faltat el grau de diligència necessari per poder-lo evitar. Per tal d'evitar l'incompliment del requisit de la voluntarietat, l'agència considera que hi va haver indicis previs a l'emissió que havien de ser tinguts en compte per l'empresa. Tanmateix, els indicis són algunes declaracions dels intervinents i altres dades al·lusives al fet que es buscava un espectacle que impactés els espectadors. Ara bé, que l'impacte fos degut al «*wardrobe failed*» ja és suposar molt. Més enllà del que qualsevol persona considera que en circumstàncies normals pot causar aquest impacte.

B. Algunes qüestions procedimentals

Quant al procediment seguit, hem de fer alguns comentaris. Com és sabut, el procediment administratiu nord-americà està regulat en l'*Administrative Procedure Act* (títol 5, U.S. Code). Tanmateix, el seguit per la FCC per castigar la indecència és un procediment específic. Per tant, estudiar-lo no ens permetrà conèixer el procediment administratiu comú, segons la nostra terminologia, però sí que ens mostrarà les especificitats que presenta respecte de la nostra regulació del procediment.

En primer lloc, el procediment només es pot iniciar a instàncies de la part interessada. Aquesta presenta una denúncia (*complaint*) davant de l'agència. A partir d'aquest moment, l'agència impulsa el procediment.¹⁰

Aquesta regla processal té conseqüències jurídiques importants pel que fa a la protecció de la llibertat d'expressió. D'una banda, impedeix que l'agència es pugui convertir en un censor que analitza prèviament totes les emissions. Aquesta censura està prohibida expressament. No és admissible constitucionalment que una Administració dugui a terme aquest tipus de control previ i sense denúncia. Aquesta supervisió equival a la censura. I, d'altra banda, aquest règim de censura alimentaria el procés d'autocensura pels emissors, que coartarien la seva llibertat. Si el sistema de càstig establert encoratja l'autocensura —com il·lustren amb nombrosos exemples els autors americans—, un sistema de control previ i permanent de les emissions reforçaria considerablement aquesta autolimitació de la llibertat.

En segon lloc, una vegada rebuda la denúncia (*complaint*), la FCC dicta, després de les comprovacions inicials, una *Letter of Inquiry* (LOI) dirigida a qui inicialment és considerat responsable de l'acte indecent —en el nostre cas, la cadena CBS i les altres responsables de l'emissió de les imatges—. En aquesta *Letter* es

¹⁰ La durada del procediment és significativa, si la comparem amb la dels nostres. Certament, es tracta d'un assumpte important i complex. El procediment s'inicia el dia 2 de febrer de 2004 i l'*Order* té data de 21 de febrer de 2006. Per tant, ha durat més de dos anys. No és gaire lluny de la durada dels procediments sancionadors de complexitat semblant que trobem en el nostre sistema. Tanmateix, hi ha una diferència fonamental, que, com s'argumentarà més endavant, és la relativa a la possibilitat impugnatòria (*Opposition*) que té l'interessat en el si del mateix procediment.

comunica el començament d'una investigació completa i se sol·licita informació sobre els fets. En el cas que ens ocupa, aquesta LOI va ser resposta per l'empresa mitjançant, primer, una *Interim Response* i, posteriorment, una *Final Response*, tot això en el termini de menys d'un mes des de la tramesa de la *Letter*. La resposta anava acompanyada de documents, declaracions i vídeos.

En tercer lloc, l'agència, després d'analitzar els fets, tenint a la vista la resposta de l'empresa, efectua la qualificació inicial mitjançant la *Notice of Apparent Liability* (NAL). En aquest document, l'agència efectua una qualificació dels fets basada en una anàlisi exhaustiva per tal d'argumentar *in extenso*, sobre aquesta base, perquè s'ha d'imposar el càstig que detalla. Aquesta NAL s'ha de comunicar a l'interessat (només l'empresa acusada) perquè en el termini de 30 dies (ampliables) presenti la seva *Opposition* o bé procedeixi a pagar la multa. Finalment, en cas que l'inculpat decidís presentar l'*Opposition*, l'agència adopta, a la vista de l'escrit pertinent, l'*Order* per la qual s'imposa definitivament a l'acusat l'obligació d'abonar la multa corresponent.

Com es pot observar, el procediment manté unes diferències en relació amb el nostre procediment administratiu sancionador. Una diferència molt important rau en el fet que no hi ha separació entre instructor i sancionador. Existeix unitat d'òrgan, de tal manera que la Comissió en ple instrueix —servint-se, lògicament, dels serveis corresponents— i resol.

Una altra diferència es refereix al paper de la NAL. Està a cavall de la proposta de resolució (art. 18 del Reglament del procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora, aprovat per Reial decret 1398/1993, de 4 d'agost) i la resolució que posa fi al procediment (art. 20 del mateix Reglament). Perquè és tan provisional com aquella —perquè admet l'*Opposition*— però tan definitiva com aquesta última —perquè conté una ordre que haurà de complir l'inculpat (mitjançant el pagament de les *civil penalties*), llevat que hi formuli l'oposició pertinent.

Aquesta oposició suspèn l'eficàcia de la NAL, és a dir, de l'acte administratiu provisional, segons la nostra terminologia, en el qual es constata una *aparent responsabilitat*, com el seu nom indica. Per aquesta raó, és un acte que conté un relat detallat dels fets, de la seva qualificació jurídica, de les sancions que es corresponen amb els fets, així com de la determinació de les responsabilitats que se'n poguessin derivar. Però, sobretot, com hem dit, formula una *order* dirigida a l'inculpat que pot ser enervada mitjançant l'*Opposition*.

Un requisit imprescindible perquè l'*Opposition* sigui admesa és l'acreditació per part del recurrent que es tenen els mitjans econòmics suficients per satisfer la multa. No cal cap tipus d'aval bancari (amb el consegüent cost econòmic), sinó qualsevol document dels enumerats pel dret que permeti acreditar de manera fefaent que es disposa dels recursos suficients.

L'*Opposition* té, des del punt de vista formal i material, els trets equivalents als nostres recursos. L'interessat no es limita a al·legar —com succeiria en el nostre tràmit d'audiència—, sinó que formula, basat en un extens al·legat de fets i de dret, les seves pretensions de revocació de l'*Order* que conté la NAL. Des de la nostra perspectiva, sembla com si ens trobéssim davant d'un tipus de recurs en el si del procediment.

Finalment, la resolució que posa fi al procediment és una *Order* per la qual s'imposa la sanció corresponent (*Forfeiture Order*). Ara bé, hi ha una diferència important: en aquesta *Order*, l'òrgan raona *in extenso* sobre els arguments que serveixen de base al contingut de la resolució, i alhora rebut, igualment de manera extensa, els arguments exposats per la part acusada en la seva *Opposition*.

Potser per la confusió d'òrgans i funcions, com hem comentat, tant la NAL com l'*Order* tenen un contingut argumentatiu molt superior al que estem acostumats entre nosaltres. En particular, cal destacar l'argumentació extensa abocada per rebatre els arguments sostinguts en l'*Opposition*. Des d'aquesta perspectiva, l'*Order* no solament imposa definitivament el càstig corresponent, sinó que, a més, resol el recurs interposat per l'interessat contra l'ordre provisional continguda en la NAL.

Des de la perspectiva dels interessats, tenen dues oportunitats per al·legar en defensa dels seus drets. La primera, en ocasió de la *Letter of Inquiry*, i la segona, a la vista de la *Notice of Apparent Liability*. Però la segona té la forma i el contingut equivalent als nostres recursos. En conseqüència, la resolució que posa fi al procediment no conté únicament el contingut sancionador corresponent, sinó que resol l'*Opposition* de l'interessat.

En el cas que ens ocupa, l'empresa VIACOM va utilitzar les oportunitats procedimentals que comentem per fer valer els seus drets. No obstant això, la FCC la va castigar amb la multa de més de 500.000 dòlars mitjançant la *Forfeiture Order* de 21 de febrer de 2006. A partir d'aquí, se li obre el camí judicial per defensar els seus drets recurrent davant dels tribunals. Abans d'iniciar aquest camí, l'empresa va formular una *Petition for Reconsideration of Forfeiture Order* el 14 d'abril de 2006. Aquesta petició va ser rebutjada per *Order* de 4 de maig de 2006, en què la FCC va confirmar la multa imposada de 550.000 dòlars.

II. Les reflexions: una autoritat administrativa de control dels continguts de les emissions? Una autoritat administrativa de control de la llibertat d'expressió?

Per què una autoritat administrativa ha de vetllar pels continguts de les emissions audiovisuals o controlar-los? Per què ha d'existir una autoritat administrativa de control de l'exercici de la llibertat d'expressió? Aquesta és una funció de les administracions públiques?

El problema es planteja no tant per la funció mateixa (el control d'algunes activitats dutes a terme pels ciutadans) com per la finalitat a què serveix i, essencialment, perquè el control es projecta sobre l'exercici d'un dret fonamental com és el de la llibertat d'expressió.

A. La llibertat d'expressió i seus límits

La llibertat d'expressió ha estat reconeguda tradicionalment com una peça fonamental de l'estatus de ciutadania i, a més, del més íntim. Aquesta intimitat s'exterioritza, tanmateix, a un tercer mitjançant l'expressió de les idees, els pensaments, les opinions o les informacions.

L'exteriorització de la intimitat afegeix a aquesta llibertat un vessant social o col·lectiu de primera magnitud. En primer lloc, aquesta llibertat és una peça fonamental, com ha subratllat el nostre Tribunal Constitucional des de les primeres sentències, de l'opinió pública lliure, que és, al seu torn, una condició prèvia i necessària per a l'exercici d'altres drets inherents al funcionament d'un sistema democràtic. Per tant, es tracta de «*uno de los pilares de una sociedad libre y democrática*» (SSTC 6/1981 i 159/1986, entre d'altres). En segon lloc, aquesta llibertat requereix, habitualment, mitjans tècnics per difondre les idees, les opinions i les informacions. Aquests mitjans comporten una sèrie de problemes, en particular aquells que usen béns escassos, com l'espai radioelèctric. I, en tercer però no últim lloc, aquesta llibertat pot entrar en conflicte amb altres béns i drets que cal protegir. Ens referim a la dignitat, als drets a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge o a la protecció dels menors, entre d'altres.

Aquest conjunt d'aspectes de la llibertat d'expressió fa que el seu règim jurídic sigui particularment complex, ja que combina, no sempre amb èxit, la llibertat o el dret de llibertat del qual parla el nostre Tribunal Constitucional amb la intervenció pública, la dimensió individual amb la col·lectiva, i la finalitat privada amb la pública.

Aquesta combinació de nivells és complexa, però, sobretot, problemàtica. És el cas de la relació entre aquesta llibertat i els drets dels tercers a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge..., o els de protecció de la joventut i de la infància. Perquè, tal com estableix la Constitució, «aquestes llibertats tenen el seu límit en el respecte als drets reconeguts en aquest Títol, en els preceptes de les lleis que el despleguin i, especialment, en el dret a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge i a la protecció de la joventut i de la infància» (art. 20.4).

Als límits externs a aquestes llibertats que enumera la Constitució, cal afegir-hi els límits *interns*, com els ha anomenat el Tribunal Constitucional, com ara la veracitat de la informació, a la qual es refereix l'article 20.1.d CE.

A aquest panorama complex, s'hi ha unit, en els últims temps, l'evolució tecnològica. Aquest element ha fet aflorar nous problemes. En efecte, algunes solucions tècniques —en particular, la digitalització— han fet desaparèixer pràcticament les restriccions tècniques, i fins i tot les considerables barreres econòmiques que hi havia abans per comptar amb un mitjà adequat per a la difusió dels missatges. Tanmateix, quan tendeixen a

desaparèixer les dificultats associades al mitjà (a causa de l'eliminació de les restriccions tècniques i econòmiques que comentem), tendeixen a créixer els drets dels destinataris dels missatges de no rebre'ls quan els consideren contraris als seus drets i llibertats, i fins i tot danyosos per a la seva educació i la seva salut física i mental.

Aquesta és la gran paradoxa de la digitalització i, en particular, d'Internet. El problema ja no és el mitjà de difusió de les opinions; el problema és la protecció del destinatari per tantes opinions difoses tan àmpliament com mai abans no s'havia pogut veure. En el regne de la gairebé absoluta llibertat per expressar i difondre qualsevol opinió, la prioritat més important és la protecció dels potencials receptors.

Pel fet que és important el dret d'expressar, és també important el dret de no ser receptor de qualsevol idea, opinió o missatge expressat que se li vulgui dirigir. És un tipus de dret d'objecció respecte de certs missatges inapropiats per a qui els rep. Això representa un canvi revolucionari. En el passat, l'important era que tothom pogués expressar les seves opinions. Ara, l'important és el nostre dret de no rebre les opinions de tothom. La revolució tecnològica ha col·locat l'ésser humà enmig d'una habitació en la qual tothom crida i crida perquè ens vol fer arribar la seva veu. L'ésser humà ha de reivindicar el seu dret al silenci, el dret de filtrar les opinions que li arriben.

Aquest conjunt de límits externs i interns, antics i moderns, és molt difícil de gestionar, sobretot quan té per objecte la limitació de l'exercici d'un dret fonamental. Aquestes dificultats són encara més rellevants en el cas dels denominats *mitjans audiovisuals*. Aquests mitjans, singularment la televisió, tenen un poder d'influència sobre els receptors que, en el cas de certs subjectes i certs missatges, poden comportar efectes molt negatius. Són, per tant, l'escenari central i més rellevant en el qual s'escenifiquen tots els conflictes que hem exposat.

En aquest escenari dels mitjans audiovisuals ens hem d'interrogar sobre les solucions jurídiques que cal arbitrar per gestionar aquest confús panorama on tot es barreja: la llibertat amb la intervenció, l'esfera privada amb l'esfera pública, el que és individual amb el que és col·lectiu..., el dret d'expressar amb el dret de no rebre allò que s'expressa.

B. Mitjans jurídics per gestionar la interrelació entre les llibertats i els seus límits

Les solucions tècniques amb què podem comptar per garantir els límits a les llibertats d'expressió sense imposar-los un sacrifici excessiu són, des del nostre punt de vista, les següents: en primer lloc, el dret de desconnectar els mitjans a través dels quals es transmeten els missatges; en segon lloc, l'increment del nombre d'emissors; i, en tercer lloc, la regulació.

En *primer* lloc, parlem del dret de desconnectar-se o desendollar-se dels aparells que transmeten el missatge. Si no vols ofendre't, no escoltis o vegis el que et pot ofendre. Això és el que es podria dir des de l'òptica liberal. Cadascú és lliure de *i)* determinar què és el que el pot ofendre, i *ii)* decidir què cal fer en cas de patir ofenses. Aquí l'elenc d'alternatives només el delimita l'interès de cadascú. El ventall d'opcions va des de no fer res fins a exercir les accions judicials corresponents, passant per desconnectar l'aparell.

En aquest darrer cas, la clau d'aquest dret és si les persones receptores poden desconnectar-se de manera eficaç i eficient dels mitjans de transmissió, cada vegada més omnipresents. Inicialment es pot afirmar que sí. Podem apagar la ràdio, la televisió..., i fins i tot controlar els continguts als quals s'accedeix mitjançant Internet. Això es pot fer de manera senzilla i sense grans complicacions, encara que es plantegen alguns problemes en el cas, com hem dit, d'alguns subjectes com ara els menors, la incapacitat dels quals l'han de compensar en primer lloc els pares, i només en segon lloc els poders públics.¹¹

¹¹ Els menors no tenen el coneixement i l'experiència necessaris per desendollar-se de les emissions que poden ser perjudicials per a la seva salut, educació i integritat física i mental. Aquesta *incapacitat* ha de ser compensada, en primer lloc, pels pares. Però no és realista suposar que els pares exerciran una supervisió permanent dels continguts rebuts per desendollar-se dels que siguin perjudicials. En aquest cas, el control per part dels poders públics és la segona millor opció.

Com hem exposat, la televisió és la que expressa amb major intensitat el conflicte entre la incapacitat dels menors i la necessitat de protegir-los mitjançant la supervisió paterna i la dels poders públics. Aquí es planteja dramàticament el problema del control de la llibertat d'expressió quan es fa ús d'un mitjà de transmissió de missatges que suscita, d'una banda, una capacitat d'atracció especial en el receptor

En *segon* lloc, s'ha d'incrementar exponencialment el nombre d'emissors. És l'anomenat *pluralisme extern* (terme encunyat pel Conseil Supérieur de l'Audiovisuel francès). Com més gran sigui el nombre d'emissors, més opcions tindran els receptors i més possibilitats tindran d'exercir de manera efectiva el seu dret de desendollar-se d'aquells emissors que consideren perjudicials o contraris a les seves idees, opinions o valors.¹²

En aquest context, el mercat pot funcionar més adequadament. Quan el pluralisme extern està garantit mitjançant un nombre d'emissors suficient, el mercat cobra major importància perquè els emissors seran més sensibles a les oscil·lacions de l'audiència.

El paper dels poders públics s'hauria de dirigir, des de la nostra perspectiva, a potenciar els drets de l'audiència de desendollar-se davant tanta cridòria mediàtica i a incrementar el pluralisme extern. Més que substituir —com un dèspota il·lustrat— els ciutadans per protegir-los suposadament d'ells mateixos, els haurien de facilitar l'exercici dels seus drets, especialment quan el nombre d'emissors es pot incrementar de manera notable.

En *tercer* lloc, l'altre mitjà capital és el que podem denominar de manera genèrica *la regulació*. Els poders públics han d'organitzar la interrelació dels diferents nivells que hem assenyalat que conflueixen al voltant de la llibertat d'expressió i dels mitjans audiovisuals.

El paper del legislador és crític, encara que necessàriament limitat. El legislador pot establir, en el millor dels casos, les regles (generals) que permetin coordinar els drets i béns en conflicte. Tanmateix, aquestes regles no eviten que es produeixin conflictes entre la llibertat d'expressió i els drets dels tercers, incloent-hi el modern dret a l'objecció, en certes circumstàncies concretes.

Es fa imprescindible una autoritat de resolució dels conflictes inevitables entre certs emissors i certs receptors en certes circumstàncies i respecte de certs continguts.

Aquesta autoritat és la dels tribunals de justícia. Ells són els que, a més, en la lògica de l'Estat de dret, han de resoldre aquests conflictes, perquè són els que estructuralment i funcionalment estan més capacitats per fer-ho.

La intervenció judicial té els seus elements positius per les garanties que ofereixen a tots els participants. Aquestes garanties són imprescindibles com més gran sigui la indeterminació de les regles a aplicar. Perquè com més gran sigui la indeterminació de les regles, més gran serà la necessitat d'un àrbitre que estructuralment i funcionalment es trobi en la millor situació per resoldre el conflicte sense risc, almenys en abstracte, per imprimir un sacrifici desraonat i desproporcionat a cap dels béns en presència.

Però també té aspectes negatius, com els relatius a la seva lentitud i, fins i tot, ineficàcia. Perquè les garanties de la intervenció judicial alenteixen l'administració de la justícia. A més, la seva intervenció és sempre *a posteriori*, per la qual cosa no sol evitar el conflicte.

La participació d'una autoritat administrativa es presenta com gairebé inevitable, tal com acredita el fet que sigui la solució més estesa als països del nostre entorn cultural. Ara bé, quin tipus d'intervenció? Podem acceptar que una Administració pugui establir regles més concretes que les de les lleis per coordinar els diferents drets i béns en conflicte. Fins i tot podríem entendre que pogués desplegar cert control sobre els continguts. Però tant la reglamentació com el control han d'estar envoltats de notables cauteles. Ja analitzarem en quins termes.

i, d'altra banda, quan aquest no té capacitat per exercir de manera efectiva el seu dret de desendollar-se dels continguts emesos. Així doncs, la televisió expressa, com hem dit, dramàticament el problema de la interrelació entre la llibertat i el control, entre allò individual i allò col·lectiu, entre allò privat i allò públic.

¹² És significatiu, amb referència a això, que quan a Espanya només hi havia la televisió pública, el derogat Estatut de la Ràdio i la Televisió Espanyola incloïa, entre els objectius d'interès general que calia protegir, els del pluralisme. Així s'entenia que el caràcter públic del mitjà contribuïa al pluralisme. La realitat ens ha demostrat que succeïa el contrari. L'única manera de garantir efectivament el pluralisme és mitjançant el pluralisme extern o el pluralisme de mitjans.

A més, no podem oblidar, com hem assenyalat, l'important paper del mercat, sobretot en el context de l'increment exponencial d'emissors. Aquesta institució social també pot exercir, com succeeix en altres àmbits, una funció de coordinació mitjançant l'administració de premis i càstigs als emissors. Ara bé, aquesta harmonització acostuma a ser més lenta del que seria desitjable, en particular quan es tracta d'evitar certes emissions que, pels seus destinataris (especialment els nens) i en les circumstàncies en les quals es produeixen (per exemple, la televisió en horari infantil i sense la supervisió paterna), poden ser singularment danyoses.

Per tant, la solució regulatòria ideal passa per la combinació de totes les institucions assenyalades amb l'objectiu que desenvolupin la funció que més i millor poden dur a terme. Això significa que:

- a. El legislador ha d'establir el marc jurídic de la relació entre tots els béns en conflicte.
- b. Els tribunals han de resoldre els conflictes més greus i on el grau d'indeterminació de les regles sigui més gran.
- c. L'Administració ha de reglamentar l'exercici dels drets, així com prevenir certs conflictes, sense oblidar la imposició de càstigs en cas que s'incompleixin les regles corresponents, però en les circumstàncies que es detallaran més endavant i amb les cauteles que s'exposaran.
- d. El mercat ha de premiar i castigar els emissors. Els receptors tenen el poder de desendollar-se dels mitjans que consideren que incompleixen certes regles o emeten missatges que entenen contraris a les seves idees, opinions o pensaments. En canvi, també podran premiar els que respecten les regles o aquells les emissions dels quals coincideixen amb les seves opinions i valors.

C. El paper de l'Administració

El paper de l'Administració en la regulació dels continguts audiovisuals, és a dir, la reglamentació i el control dels continguts, té unes limitacions notables. D'una banda, la reserva de llei que, almenys en el cas espanyol (art. 53 CE), impedeix la reglamentació de l'exercici dels drets com el de la llibertat d'expressió —encara que s'ha entès jurisprudencialment que, més que impedir-la, la redueix considerablement—. D'altra banda, la funció de control té altres dificultats associades al fet que es tracta del control de l'exercici d'un dret fonamental¹³ per garantir l'efectivitat de certs límits, fins i tot de naturalesa constitucional.

La regulació audiovisual estableix, en línies generals, que la llibertat de les emissions audiovisuals està limitada per *i*) la protecció dels menors davant la violència i el sexe (o els continguts indecents), *ii*) la garantia del pluralisme, i *iii*) l'objectivitat o veracitat dels continguts. El control dels continguts s'ha de dirigir a garantir l'efectivitat de tals límits, però, és possible la seva *administrativització*?

La resposta ha de ser matisada necessàriament. Inicialment es podria admetre el control administratiu restringit a comprovar el compliment de les regles. Per exemple, comprovar si es respecta la prohibició de les emissions indecents durant l'horari infantil, o, fins i tot, el repartiment dels temps entre el Govern i l'oposició.

En definitiva, no hi hauria problemes singulars si el control administratiu fos un control gairebé mecànic, de mera comprovació del compliment de certes regles i d'aplicació de la conseqüència jurídica en cas d'incompliment —en particular, de la sanció corresponent.

Tanmateix, aquest tipus de control és molt difícil o impossible de trobar quan es tracta del control del compliment dels límits constitucionals a les llibertats de l'article 20 CE. És gairebé impossible que el control administratiu pugui quedar reduït a una mera activitat de comprovació. No és possible perquè, com ha subratllat el Tribunal Constitucional, aquest procés porta aparellat el desenvolupament de dues activitats que enclouen un marge d'apreciació important. Ens referim, d'una banda, a l'activitat de fixació, en cada cas concret, de l'abast del límit corresponent i, de l'altra, a la de ponderació, també en cada cas, dels béns i drets en conflicte. Aquestes dues activitats no poden *mecanitzar-se* jurídicament perquè és materialment impossible que una norma pugui preveure prèviament tots els supòsits possibles i totes les circumstàncies en les quals es pot produir el conflicte a fi d'establir quina solució s'ha d'adoptar. En definitiva, el poder de control dels continguts incorpora

¹³ A més, aquestes dificultats jurídicocostitucionals s'incrementen si tenim en compte que en algun cas aquest control es pot dur a terme d'ofici. En el cas nord-americà, com hem comentat, no és possible, pel seu impacte sobre la llibertat d'expressió, el control d'ofici i mitjançant la supervisió continuada de les emissions. Aquesta possibilitat està prohibida perquè és un supòsit de censura. Per aquesta raó, el control sempre és a instàncies d'un denunciador, mai d'ofici.

necessàriament un marge d'apreciació que, en alguns casos, pot ser de gran amplitud, com succeeix, per exemple, amb el control de la veracitat de la informació. Aquesta circumstància incapacita l'Administració perquè, com més marge d'apreciació hi ha, més intensitat té el poder per dilució dels referents jurídics i més necessitat que aquest poder estigui envoltat de cauteles jurídiques per garantir que les llibertats de l'article 20 CE no sofreixin restriccions innecessàries, és a dir, per evitar que els límits constitucionals imposin un sacrifici innecessari a aquestes llibertats. Perquè, en aquest cas, ens trobaríem davant d'un supòsit de censura prohibida per la Constitució (art. 20.2).

1) Abast dels límits constitucionals

Amb alguns exemples n'hi ha prou per il·lustrar les dificultats de la primera tasca, és a dir, la predeterminació normativa de l'abast dels límits constitucionals en cada cas.

En primer lloc, en el cas de la violència, podem establir aproximadament un estàndard comú i objectivable. Segons aquest estàndard es podria, per exemple, prohibir l'emissió d'escenes violentes —com ara la mort o mutilació de persones— durant l'horari infantil o, fins i tot, de màxima audiència. Tots participem d'aquesta regla. Ens sembla raonable. Ara bé, les imatges de violència que assaonen els nostres informatius s'haurien de prohibir en quedar sotmeses a la regla assenyalada? Uns podrien dir que sí; d'altres, que no. Finalment, la majoria es decantaria per autoritzar o prohibir les imatges de violència en funció de les circumstàncies, el contingut i, fins i tot, la finalitat. Aquesta opció dóna lloc al fet que la regla general i *a priori* de prohibició de l'emissió de continguts violents s'hagi de matisar o especificar cas per cas, la qual cosa condueix a un activisme regulatori que sovint plantejarà problemes pel diferent tracte que podrien rebre les mateixes imatges, o unes de semblants, en circumstàncies més o menys pròximes.

En segon lloc, en el cas del sexe o de la indecència, l'experiència nord-americana ens mostra, com hem comentat, la dificultat de la regulació. Podem establir la regla general segons la qual queda prohibida l'exhibició d'òrgans o pràctiques sexuals durant el període infantil o de màxima audiència. Però quan l'exhibició es produeix en una platja i les imatges són recollides, per exemple, en els informatius, podem considerar que la regla s'incompleix? O quan s'emet un part, també s'incompleix? Per a uns sí i per a d'altres no. Es podria afegir, com en el cas nord-americà, que l'exhibició prohibida és la que busca l'excitació o el xoc. Tanmateix, per a uns unes imatges no són gens excitants, però sí que ho són per a d'altres. Cal establir, com en el cas americà, la referència a l'estàndard social comú. Però aquest estàndard l'estableix arbitràriament el regulador, perquè, com afirma la FCC, les seves relacions amb la societat, els mitjans, etc., li permeten conèixer què és el que resulta admissible o no per als ciutadans. En definitiva, la subjectivitat de l'agència és l'únic referent per considerar que una activitat és o no contrària al dret. I, en aquest procés, l'*expertise* dels seus membres no la pot ajudar gens.

En tercer lloc, podem compartir la regla de la garantia de la pluralitat informativa en aspectes relacionats amb la política, la religió, la llengua o la cultura, entre d'altres. Ara bé, quines orientacions polítiques, per exemple, han de formar part de les que han de ser protegides pels continguts que emeten els mitjans? La referència sembla clara: les que tenen representació parlamentària. Però, què passa amb les noves formacions? Sembla que la regla del pluralisme només beneficia les formacions que ja existeixen, per la qual cosa serveix per a protegir l'*statu quo* polític. Des d'aquesta perspectiva, la regla contribueix de manera deficient al sistema democràtic. Una vegada més, la dificultat de delimitar l'abast de la regla (limitadora) de la llibertat d'expressió dóna pas a la prudència del regulador. Aquesta prudència emmascara la subjectivitat.

En quart i últim lloc, la veracitat de les informacions és un concepte jurídic el grau d'indeterminació del qual supera el marge d'apreciació que raonablement pot estar a les mans de l'Administració. L'Administració no és l'ens públic més adequat per discernir, per exemple, quan una informació és veraç o no. No ens imaginem un funcionari públic discernint si l'afirmació d'un personatge de l'anomenada *premsa rosa* sobre la fidelitat a la seva esposa és falsa o no. Quina importància té aquesta qüestió per a l'interès general? Cap. Aquí és molt difícil o fins i tot impossible establir una regla general i prèvia. La subjectivitat es desborda sense control o referent on ancorar-la. L'arbitrarietat és un risc evident que, a més, dubtosament serveix a l'interès general.

Aquests exemples posen en relleu les dificultats de la predeterminació normativa de l'abast concret dels límits legals relatius a la protecció dels menors, la garantia del pluralisme i de l'objectivitat. Aquestes dificultats fan que la seva aplicació pràctica estigui carregada de subjectivitat. En no existir un cànon normatiu detallat,

L'Administració tindria un marge d'apreciació important que li permetria disposar de les llibertats implicades, amb la qual cosa incorreria, com s'analitzarà més endavant, en un supòsit de censura prohibida per la Constitució (art. 20.2).

A aquestes dificultats, cal afegir-n'hi una altra derivada d'un element important subratllat pel nostre Tribunal Constitucional: la ponderació de béns i drets.

2) La ponderació de béns i drets en conflicte

El Tribunal Constitucional ha insistit sobre la importància de la ponderació, en cada cas, de tots els béns i drets en conflicte. Això significa que els tribunals, als quals es refereix específicament el Tribunal Constitucional, han de valorar la interrelació entre la llibertat d'expressió i els seus límits en el cas concret per tal de determinar quin dels drets en conflicte té preferència. Encara que sempre des de la regla que aquella llibertat té, *a priori*, una posició preferent precisament per la seva connexió amb un element bàsic de l'arquitectura democràtica de l'Estat: l'opinió pública lliure (es pot reconèixer aquest criteri des de les SSTC 106/1986 i 159/1986, entre d'altres). Això obeeix, com ha afirmat aquest Tribunal en la STC 172/1990, al fet 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 ponderació no és, per tant, una operació de *pesada valorativa* de béns iguals. És una operació sobre béns asimètrics a causa del major pes de la llibertat d'expressió. Inclinar la balança a favor d'altres béns (els límits constitucionals) serà possible quan aquests altres mereixin més protecció a la vista de les circumstàncies en què té lloc el conflicte. Això comporta un marge més gran a les mans del ponderador, perquè aquest no ha de valorar els béns per trencar un equilibri inicial de béns iguals, sinó que n'ha de *pluspremiar* un perquè passi a ser el preferent respecte d'aquell altre que partia en una posició inicial de superioritat.

Ens trobem, així doncs, amb una important dificultat quan es tracta d'aplicar els límits constitucionals: el marge d'apreciació que està a les mans del poder públic (inicialment, els tribunals) necessari per identificar, d'una banda, què és el que signifiquen en cada cas concret els límits constitucionals (què significa protegir els menors davant cert tipus d'emissió?, què significa protegir l'honor o la intimitat davant una emissió concreta?, què significa la veracitat?) i per valorar, d'altra banda, els béns en conflicte amb vista a adoptar la solució més justa, però sobre la base de la preferència de la llibertat d'expressió.

Aquestes operacions no poden ser *mecanitzades*, sinó que són operacions valoratives que han d'escapar de l'Administració. Per què? Perquè és impossible que una norma pugui predeterminar de manera esgotadora l'abast de cada límit en relació amb cada circumstància possible i, a més, determinar com s'ha de resoldre, en tals circumstàncies, la ponderació entre els béns i drets en conflicte sobre la base, com ja ens consta, de la posició especial de preferència de la llibertat d'expressió. En no poder-se *mecanitzar* jurídicament el control dels continguts per la impossibilitat de la predeterminació normativa, el marge d'apreciació de l'Administració s'incrementa. En incrementar-se aquest marge, l'Administració passa a disposar subjectivament de l'aplicació dels límits. En disposar dels límits, l'Administració passa a disposar de la llibertat mateixa. Finalment, en disposar de la llibertat, l'Administració incorre en un supòsit de censura.

3) La prohibició constitucional de la censura

L'article 20.2 CE prohibeix expressament la censura en els termes següents: «L'exercici d'aquests drets no es pot restringir mitjançant cap tipus de censura prèvia.» Què és el que hem d'entendre per *censura*?

Aquest terme constitucional cal referir-lo, com ha fet el Tribunal Constitucional, a qualsevol modalitat d'intervenció prèvia per part de les autoritats administratives, fins i tot les més «febles i subtils», que tinguin per

efecte no tan sols l'impediment o la prohibició, sinó la simple restricció dels drets del seu article 20.1. En altres termes, qualsevol forma de restricció prèvia a aquestes llibertats.

Les paraules del Tribunal Constitucional són categories sobre aquesta qüestió i mereixen ser reproduïdes en tota la seva extensió. En la Sentència 187/1999 el Tribunal afirmava, tot citant una doctrina molt nombrosa, el següent:

«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 alcanzarse 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).»

I afegia: *«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.»*

Així doncs, la prohibició constitucional que afecta 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 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)»*, encara que inicialment pogués justificar-se en els límits a aquestes llibertats enumerades en l'article 20.4 CE.

Aquesta afirmació es podria entendre referida inicialment a les mesures de control dels continguts abans de ser emesos. Certament, el significat primari dels termes *censura prèvia*, segons el *Diccionario de la lengua española*, és el d'«examen y aprobación que anticipadamente hace el censor gubernativo de ciertos escritos antes de darse a la imprenta». La prohibició constitucional és filla del seu temps, raó per la qual la Constitució no ha pogut tenir en compte l'evolució dels mitjans de comunicació i el fenomen d'Internet. El constituent pensava en els mitjans escrits i en el control previ dels escrits abans de donar-los a la impremta per ser publicats. Tanmateix, la prohibició constitucional no pot quedar atrapada en els estrets límits de l'evolució tecnològica, perquè la conduiria a la ineficàcia. Al contrari, hem d'*actualitzar* el precepte constitucional per la via de la interpretació perquè cal buscar sempre, per una consolidada regla interpretativa, aquelles interpretacions que assegurin una eficàcia més gran de les disposicions constitucionals. Així ho ha fet, com ja ens consta, el Tribunal Constitucional.

L'actualització de la prohibició constitucional passa per considerar que inclou qualsevol forma de restricció de les llibertats de l'article 20 CE per la via del control previ al seu exercici. Ara bé, no hi ha cap motiu pel qual aquest control s'hagi de dur a terme mitjançant un acte formal d'aprovació, plàcet, autorització o vet. El Tribunal ha entès de manera molt àmplia el control i la manera com es du a terme la restricció, ja que també

inclou, com hem exposat, qualsevol mesura que simplement pugui tenir un indesitjable efecte dissuasiu sobre l'exercici futur de tals llibertats.

L'important del concepte constitucional de censura no és tant la tècnica concreta de control i, fins i tot, el *timing* en el qual té lloc, sinó l'efecte restrictiu sobre l'exercici del dret per part d'una Administració pública. Entesa així, la prohibició comprèn des del control formalitzat mitjançant una autorització fins a qualsevol mesura d'una Administració que pugui tenir, com ha dit el Tribunal, un efecte dissuasiu de l'exercici futur d'aquests drets. Aquí hi podríem incloure les actuacions governatives que poden encoratjar l'autocensura dels emissors.

Com hem exposat en el cas nord-americà, l'autocensura és tan preocupant com la censura. No hi pot haver llibertat d'expressió si l'emissor ha de suportar tant l'una com l'altra.

L'autocensura és la restricció que l'emissor s'imposa a si mateix per evitar un càstig. Aquesta restricció pot ser induïda pels poders públics mitjançant el control i el càstig desenvolupats en el passat. Aquests precedents poden condicionar l'exercici de les llibertats, perquè algunes activitats dutes a terme per l'Administració en el passat encoratgen a fer que els emissors modifiquin el seu comportament en sentit contrari a la seva llibertat.

És evident que en tots els àmbits d'interrelació entre els ciutadans i els poders públics hi ha processos d'aprenentatge d'uns i altres per anticipar les accions i les reaccions dels uns i dels altres. El cas del control dels límits de les llibertats de l'article 20 CE no és un àmbit diferent.

El problema constitucional es planteja quan aquests processos d'aprenentatge donen lloc a una sobreacció per part dels emissors en la restricció de les seves emissions, d'una banda, davant del comportament imprevisible de l'Administració i, d'altra banda, davant de la desproporció i manca de fonament dels càstigs imposats. Aquests comportaments es veuen incrementats exponencialment amb el marge d'apreciació de l'Administració. Perquè si aquest marge és més gran, l'acció de l'Administració serà més imprevisible i el risc d'arbitrarietat serà més gran. En aquest context, la reacció de l'emissor serà incrementar les restriccions per guanyar en seguretat. Davant dels dubtes (molts i molt intensos), millor no emetre. L'autocensura serà la sobreacció dels emissors per evitar el càstig.

Per tant, l'Administració incorrerà en la prohibició constitucional de censura quan el seu marge d'apreciació faciliti una sobreacció dels emissors per evitar uns càstigs discriminatoris i arbitraris.

4) Conclusió: la incapacitat funcional i estructural de l'Administració per controlar els continguts audiovisuals

L'Administració no pot desplegar una funció de control de continguts pel marge d'apreciació que queda a les seves mans, tant per delimitar l'abast de les restriccions constitucionals a la llibertat com per ponderar el conflicte dels béns en cada cas concret. L'amplitud d'aquest marge és tan gran que existeix el risc d'exercici arbitrari del poder, amb el consegüent efecte censorador.

En aquest escenari, la conclusió no pot ser cap altra que l'atribució, per regla general, del control dels continguts als tribunals. Una idea estructural de l'Estat de dret és la idea que com més poder, més control. Aquest esquema és fonamental per garantir els drets dels ciutadans. Si l'aplicació dels límits constitucionals a la llibertat d'expressió comporta un poder més gran, aquest major poder s'ha de compensar amb un control i unes garanties majors. Aquests major control i majors garanties ens els ofereixen els tribunals més que les administracions. No és circumstancial que l'article 53.2 CE atribueixi als tribunals la garantia dels drets fonamentals. Això no és arbitrari: obeeix al principi profundament assentat en l'arquitectura de l'Estat de dret que els tribunals ofereixen majors garanties per resoldre els conflictes que afecten els drets. Tampoc no és circumstancial que la Constitució prohibeixi la censura. Perquè la Constitució ha volgut desaperar l'Administració de qualsevol mitjà que li permeti incidir en el contingut de la llibertat perquè no ofereix garanties juridicoconstitucionals suficients per incidir sobre els drets fonamentals, raó per la qual constitueixen un àmbit general vedat.

D. La veracitat i les seves dificultats

Aquestes idees que estem exposant es confirmen dramàticament en el cas de la veracitat de les informacions. Per què? Perquè aquest límit constitucional té unes singularitats que fan que el seu control per part de l'Administració resulti particularment contraindicat. Aquest es podria justificar, excepcionalment, en el cas de la protecció dels menors, perquè hi ha certs paràmetres socials que delimiten l'aplicació dels conceptes,¹⁴ encara que no es pot evitar, com ens mostra el cas nord-americà, el fet que l'Administració gaudeixi d'un ampli marge d'apreciació. Fins i tot es podrien establir uns criteris més o menys objectivables en el cas del pluralisme, com podem comprovar en el cas del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel francès, que ha repartit els temps d'emissió entre el Govern, la majoria parlamentària que li dóna suport i l'oposició. En canvi, l'Administració no pot garantir la veracitat com a límit intern de la informació, per molt independent que sigui.

La veracitat és, com ha dit el Tribunal Constitucional, un límit intern a les llibertats de l'article 20, singularment la llibertat d'informació (art. 20.1.d CE). Aquesta afirmació, transsumpte del que es disposa en la Constitució, és suficient per invalidar el control administratiu. Si és un límit intern vol dir que estem davant d'una condició necessària de la llibertat d'informació. És un requisit fundador de la llibertat sobre el qual s'edifica, fins i tot, el seu contingut essencial protegit constitucionalment. Si això és així, com pot controlar l'Administració el compliment o no d'aquest requisit o condició? No sembla lògic que si el contingut de la llibertat està vedat, fins i tot, al poder legislatiu (art. 53.1 CE), l'Administració pugui penetrar en aquest àmbit per comprovar el compliment dels requisits per a l'exercici legítim de la llibertat. Comportaria reconèixer-li un poder de comprovació de l'exercici d'un dret materialment equivalent a la censura prohibida constitucionalment en tant control de l'exercici del dret (art. 20.2 CE).

Però, què s'ha d'entendre per *veracitat*? El Tribunal Constitucional ha insistit que no es pot confondre ni amb l'objectivitat ni amb la realitat incontrovertible ni amb la veritat jurídica (així, la STC 6/1988 i les nombroses sentències que cita). Entendre-la així comportaria restringir o censurar aquestes llibertats. El Tribunal associa la veracitat amb la diligència del que emet la informació a comprovar que la informació és veraç. Per tant, el compliment del deure de diligència de l'informador és la condició necessària i imprescindible de la veracitat d'allò que s'informa (STC 17/1990 i les nombroses sentències que cita).

El control de la veracitat exigeix, d'una banda, determinar el grau de diligència dels informadors en la comprovació de la veracitat de les informacions i, de l'altra, ponderar aquest límit en relació amb les llibertats de l'article 20 CE sobre la base de la preferència especial que tenen respecte de qualsevol altra.

Pot comprovar l'Administració la diligència dels informadors? Perquè l'Administració pugui desenvolupar aquesta funció cal, d'una banda, un paràmetre per determinar quina és la diligència necessària i, de l'altra, un procediment que permeti apreciar si el paràmetre s'ha complert.

Ni l'Administració compta amb el paràmetre esmentat, ni el procediment administratiu és l'adequat per apreciar-ne el compliment. Aquí no es tracta de triar el millor professional per a l'acompliment d'una funció pública. No es tracta, per tant, de l'exercici de l'anomenada *discrecionalitat tècnica*. Es tracta del fet que l'Administració comprovi si un professional ha estat curós en el desenvolupament de la seva professió. Però, què sap l'Administració de l'exercici acurat de la professió d'informador? Res. Encara menys respecte de quin és el grau de diligència necessari o exigible. No és possible l'auxili de paràmetres tècnics com els utilitzats per determinar el mèrit i la capacitat exigibles per accedir, per exemple, a la funció pública. A més, com pot ponderar aquesta diligència en relació amb els altres drets?

¹⁴ I, fins i tot, en una situació extrema, el paper de l'Administració es podria objectivar al màxim mitjançant el control del compliment d'una regla absoluta de prohibició de l'emissió de certs continguts. A aquest procediment metodològic el podem denominar *test de l'absurd*. Aquest test ens permet comprovar que aquesta possible regla absoluta no faria patir l'interès general sense habilitar, alhora, cap marge d'apreciació per part de l'Administració. Per exemple, seria possible establir una prohibició general, absoluta, sense cap tipus de límit i excepció relativa a l'emissió d'òrgans i pràctiques sexuals, així com el cos nu, durant l'horari infantil. Això és el que passa, per exemple, als Estats Units. Quin interès general pateix? Inicialment, cap, i, en tot cas, cap d'important. No sembla que tots els ciutadans tinguin interès que s'exhibeixin aquesta mena d'òrgans i pràctiques durant l'horari esmentat, sobretot quan existeixen altres mitjans (vídeos, televisió de pagament, satèl·lit, Internet...) per satisfer aquest interès. També es podria establir una prohibició general, absoluta, sense cap tipus de límit i excepció relativa a l'emissió de violència, entesa com a tal qualsevol acte que impliqui la mutilació, la vexació, l'agressió de qualsevol persona, durant l'horari infantil. Aquesta prohibició tindria un abast general, de manera que també afectaria els informatius. Quin interès general pateix amb aquesta prohibició? Inicialment, cap, i, en tot cas, cap d'important. També, en aquest cas, hi ha altres mitjans per accedir a aquest tipus de continguts.

En definitiva, si la veracitat és una condició necessària de la llibertat d'informació que es determina en relació amb la diligència en la persecució de la veritat, l'Administració no està capacitada per determinar aquest límit en cada cas concret, perquè no té cap paràmetre normatiu o regla per aplicar amb vista a fixar el grau de cura que ha d'aplicar el professional, ni tampoc el procediment necessari per mesurar aquesta cura. Si l'Administració desplegués aquesta funció de control de la diligència, se li estaria reconeixent un marge d'apreciació considerable —molt superior als que hem assenyalat respecte d'altres límits constitucionals— que la col·locaria en una situació jurídica que li permetria afectar de manera inconstitucional les llibertats de l'article 20 CE, ja que exerciria un control discrecional de l'exercici d'un dret fonamental, prohibit per la Constitució, a més d'incórrer en la prohibició constitucional de la censura (art. 20.2 CE).

Precisament perquè aquest tipus de control (el control de continguts per preservar la veracitat) no és, des del meu punt de vista, una comesa o funció propis d'una Administració, s'ha buscat assignar-lo a una Administració independent. La independència d'aquesta administració ha estat considerada com una mena de bàlsam capaç de guarir les tensions que provoca l'assignació d'una funció tan peculiar.

Tanmateix, això no s'aconsegueix. La independència és, en aquests ens reguladors, una qualitat al servei de l'*expertise*, no a la inversa. L'ens administratiu s'independitza perquè la funció pugui quedar a les mans de tècnics que apliquen exclusivament la seva saviesa tècnica a l'exercici de la funció.

Això pressuposa que la funció pot ser tecnificada a les mans de tecnòcrates. Tanmateix, la funció de control dels continguts ni és una funció tecnificada ni tecnificable ni pot estar a les mans de tecnòcrates.

Des d'aquesta perspectiva, cobra un nou sentit la normativa relativa, per exemple, a la televisió. La Directiva 89/552/CEE del Consell, de 3 d'octubre de 1989, sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva inclou, entre altres (com ara la protecció dels telespectadors davant de la publicitat), certes mesures orientades a la protecció dels menors.

L'article 22 de la Directiva disposa que: «Els Estats membres adoptaran les mesures oportunes per garantir que les seves emissions de televisió no incloguin programes que puguin perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels menors i, en particular, programes que incloguin escenes de pornografia o violència gratuïta. Aquesta disposició s'estendrà així mateix als programes que puguin perjudicar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors, llevat que es garanteixi, per l'elecció de l'hora d'emissió o mitjançant tota classe de mesures tècniques, que els esmentats menors en el camp de difusió no veuen ni escolten normalment les esmentades emissions.» I, fins i tot, més endavant s'estableix que: «Els Estats membres vetllaran així mateix perquè les emissions no continguin cap incitació a l'odi per motius de raça, sexe, religió o nacionalitat.»

En canvi, la Directiva silencia qualsevol referència al control dels continguts per preservar el pluralisme o l'objectivitat. I encara menys atribueix a una autoritat administrativa el control dels continguts. L'únic mecanisme que preveu expressament per preservar certs drets dels telespectadors en relació amb el contingut de les emissions que consideri lesiu als seus drets és la previsió del dret de rèplica (art. 23).

En definitiva, no s'estableix res pel que fa al possible control dels continguts per salvaguardar l'objectivitat. I en cap cas no es preveu la previsió d'una autoritat administrativa encarregada de controlar els continguts de les emissions.

El fet que això sigui així obeeix, com hem dit, no solament al potencial conflicte amb els drets fonamentals en joc —en particular, la llibertat d'expressió i la prohibició de la censura—, com la impossibilitat de l'*administrativització* d'aquesta eventual funció de control, perquè no és reconduïble a paràmetres, estàndards o normes que permetin objectivar-ne l'exercici quan es projecta sobre drets fonamentals. Aquesta impossibilitat és la que explica que l'àmbit de discreció de l'Administració tingui tanta importància que la possibilitat de lesió d'aquests drets és un risc cert per la conversió del control administratiu en un supòsit de censura.

En altres termes, si la llibertat d'expressió és una llibertat que ocupa una posició preferent respecte dels límits constitucionals, no es pot deixar que l'Administració interpreti i apliqui aquests límits amb un marge

d'apreciació tan considerable —com succeeix amb el control de la veracitat—, perquè li habilitaria un exercici discrecional del poder de control que li permetria, al seu torn, disposar dels drets fonamentals sense la predeterminació normativa de les condicions en què els límits s'han d'interpretar i aplicar, així com la ponderació dels béns sobre la base de la preferència de la llibertat d'expressió. Quan no és possible reconduir el poder de l'Administració sobre l'exercici d'un dret fonamental a paràmetres certs de control, aquest poder permetria disposar de la llibertat, amb la qual cosa incorreria en la censura prohibida expressament per la Constitució, ja que aquesta prohibeix qualsevol control de l'exercici del dret.

E. El cas del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

El cas del Consell de l'Audiovisual de Catalunya ens ofereix una mostra excel·lent del que estem exposant. Com ja hem assenyalat, aquest Consell ha nascut, entre altres objectius, per vetllar pel pluralisme polític, religiós, social, lingüístic i cultural en el conjunt del sistema audiovisual a Catalunya, així com per vetllar «per la neutralitat i l'honestedat informatives» (art. 1.2 de la Llei de Catalunya 2/2000).

A la vista d'aquesta habilitació, la primera pregunta que ens sorgeix és si és possible un control administratiu d'un límit que no és un dels límits constitucionals. La resposta és negativa. No és possible constitucionalment que un dret fonamental pugui suportar un límit diferent dels límits constitucionals. A més, no seria possible que el límit fos obra d'una llei d'una comunitat autònoma i, encara menys, una llei de naturalesa organitzativa com la que comentem. Aquesta inconstitucionalitat només es podria salvar si entenguéssim que la neutralitat i l'honestedat informatives equivalen a la veracitat de les informacions, la qual cosa és una interpretació clarament forçada. Perquè la neutralitat i l'honestedat no són equivalents a la veracitat, menys encara a la vista del concepte constitucional de veracitat, com ja hem comentat. En definitiva, aquesta habilitació ha de suportar l'ombra de la seva inconstitucionalitat.

En exercici de les funcions exposades, el Consell va acordar el 19 de desembre de 2005 que certa emissora de ràdio —concretament, la COPE— havia incorregut en una vulneració dels límits constitucionals a l'exercici legítim dels drets fonamentals a la llibertat d'informació i d'expressió, la qual cosa comportava, segons es disposava en l'Acord esmentat, un incompliment greu del règim concessional al qual es troben sotmeses les entitats esmentades.

Aquesta resolució és molt interessant i important per molts aspectes que no podem comentar en aquest moment. Ara el que ens preocupa és utilitzar-la com a exemple del que estem argumentant: la incapacitat funcional i estructural d'una Administració pública, per molt independent que sigui, per dur a terme un control de veracitat de les emissions.

El Consell arriba a la conclusió esmentada després d'apreciar, segons es detalla en l'Acord, que hi ha hagut «desqualificacions greus i que atempten a l'honor, la dignitat i la reputació de les persones en la mesura que suposen l'atribució d'activitats i comportaments delictius», «desqualificacions o apel·latius que de forma clara entren en el terreny de l'insult», «vexacions públiques vinculades a circumstàncies físiques o de salut de les persones», «afirmacions gratuïtes dirigides a denigrar públicament la imatge de determinats personatges públics», «afirmacions dirigides al desmereixement públic de partits polítics», i «afirmacions que denigren i estan orientades a desacreditar el prestigi dels dirigents polítics i, en definitiva, de les institucions d'autogovern de Catalunya».

Sobre la base assenyalada, el Consell afirma, a continuació, el següent:

«Sembla bastant clar que ens trobem davant de clars exemples d'exercici extralimitat de la llibertat d'expressió, entrant de forma clara dins de la il·legítima vulneració de l'honor i la dignitat de persones físiques i jurídiques, així com de l'atac al prestigi d'institucions fonamentals del nostre sistema constitucional. Tal com hem vist en un apartat anterior, la gravetat d'aquesta vulneració rauria, així mateix, en el fet que part d'aquests pronunciaments públics prendrien com a base, o punt de referència, l'assumpció d'uns fets absolutament incontrastats i, en definitiva, aliens a tot requisit de veracitat.»

N'hi ha prou amb aquest relat per comprovar que no ens trobem davant de pronunciaments propis d'una Administració pública. L'Administració pública no és la competent ni l'adequada —ni estructuralment ni

funcionalment— per protegir els drets fonamentals de les persones lesionades per les emissions de la ràdio esmentada. L'Administració no pot substituir ni els ofesos en la protecció dels seus drets ni els jutges en el desenvolupament de la seva funció constitucional de defensa dels drets fonamentals.

L'Administració no pot substituir els suposats ofesos en la protecció dels seus drets. Aquests tenen mecanismes jurídics suficients i eficaços per protegir els seus drets, i són els únics que poden apreciar què és el que els resulta ofensiu. El seu interès es troba per damunt de l'interès públic. No obstant això, ens podem preguntar si el control administratiu és necessari per prevenir els conflictes entre béns. Ara bé, una vegada s'ha produït l'ofensa, l'Administració no és la competent per restablir el bon ordre constitucional, no és competent per restablir els drets lesionats.

L'Administració tampoc no pot substituir els jutges en la protecció dels drets. L'article 53.2 CE atribueix aquesta funció als tribunals quan afirma que «qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i drets reconeguts a l'article 14 i la Secció primera del Capítol segon davant dels tribunals ordinaris per un procediment basat en els principis de preferència i sumarietat i, si s'escau, a través del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional». Aquesta és una funció jurisdiccional, no administrativa.

Una altra cosa ben diferent és que l'Administració pogués extreure les conseqüències oportunes respecte de la concessió de les sentències judicials que declaressin que la referida emissora ha violentat els límits constitucionals a la llibertat d'expressió (art. 20.4 CE). Sobre la base d'aquesta resolució judicial, l'Administració podria acordar que s'ha produït una violació de les regles que regeixen la concessió, per la qual cosa es podria extingir o no renovar, en els termes previstos per la llei.

En canvi, el fet que sigui la mateixa Administració la que apreciï la violació dels límits constitucionals de l'article 20.4 CE quan aquesta funció correspon als tribunals, en els termes de l'article 53.2 CE, ens sembla un excés. A més, el procediment seguit pel Consell no és un procediment que compti amb les garanties adequades per dur a terme aquesta funció de garant dels drets. Perquè s'han de garantir tant els drets dels receptors dels missatges com els drets dels emissors —en aquest cas, els de la ràdio—. Un repàs de la resolució ens permet comprovar que hi ha una clamorosa absència de prova per acreditar tant la producció de l'esdeveniment (les emissions) com la diligència deguda als informadors. Sembla deduir-se que la prova és innecessària perquè la violació resulta evident al Consell, ja que, com diu, «sembla bastant *clar* que ens trobem davant de *clars* exemples d'exercici extralimitat de la llibertat d'expressió, entrant de forma *clara* dins de la il·legítima vulneració de l'honor i la dignitat de persones físiques i jurídiques». Tanta claredat per al Consell el condueix a la innecessarietat de la prova perquè —sembla voler-nos dir— el que és evident no necessita prova.

Finalment, el concepte de *veracitat* que sosté el Consell és contrari a la doctrina constitucional. Ja hem comentat que el que el Tribunal Constitucional entén per veracitat no es pot confondre ni amb la veritat objectiva ni amb la veritat jurídica. La base de la veracitat és la diligència de l'informador en la recerca de la veritat. El procediment s'hauria de dirigir a acreditar si aquesta diligència ha existit o no. En canvi, el Consell es decanta, com mostren les paraules transcrits, per considerar que la falta de veracitat es produeix quan s'assumeixen «uns fets absolutament incontrastats i, en definitiva, aliens a tot requisit de veracitat». Res més lluny del concepte constitucional.

Què és el que ha aportat de positiu l'*expertise* dels membres del Consell per adoptar les seves resolucions, com la que comentem? Res. És més, per arribar a aquesta conclusió, tampoc no es necessita cap saber específic perquè no és, insistim, una funció *tecnificable*. Aquesta impossibilitat fa que la funció perdi el referent administratiu perquè molt difícilment és reconduïble a paràmetres basats i establerts en dret. La pura subjectivitat es converteix en l'únic criteri. El risc d'arbitrarietat es multiplica exponencialment.

En definitiva, el Consell no és competent ni funcionalment ni estructuralment per dur a terme el control de continguts per garantir-ne la veracitat. No ho és estructuralment perquè la seva independència no és equivalent a la dels jutges i magistrats, com resulta evident. No ho és funcionalment perquè la tasca de protecció dels drets fonamentals vulnerats en aquest cas, com afirma el Consell, correspon als tribunals ordinaris. Ultra això, el procediment seguit no ofereix les garanties adequades ni per als ofesos ni per als presumptes ofensors.

Aquesta incapacitat de l'Administració porta causa dels problemes funcionals i estructurals derivats de la determinació, en cada cas concret, de l'abast dels límits constitucionals a la llibertat d'expressió, com és el de la

veracitat, així com de la ponderació dels béns i drets en conflicte sobre la base de la preponderància d'aquesta llibertat per la seva naturalesa de pilar fonamental de l'opinió pública lliure. Aquests problemes obeeixen a l'important marge d'apreciació que l'Administració posaria en joc, cosa que convertiria el control administratiu de continguts en un control censorador, prohibit per la Constitució.

III. Les conclusions. Que l'Administració administri i que els jutges tutel·lin els drets

Als Estats Units no es pot emetre l'anomenada *F-Word* durant certs períodes de temps, però no hi ha control administratiu de la veracitat. A Catalunya es pot emetre la *F-Word* —i fins i tot altres de pitjors— durant l'horari infantil (cas Rubianes, sense anar més lluny) i hi ha control administratiu de la veracitat, sobretot de les notícies de contingut polític en les quals s'aboquen, fins i tot, àcides crítiques polítiques. O sexe o política, aquesta és l'elecció.

En el centre d'aquesta elecció i la seva consegüent polèmica hi ha una Administració pública. Això és original i estrany tant en el sistema nord-americà com en el català.

A l'Administració no li hauria de correspondre, llevat de supòsits excepcionals i objectivables, l'apreciació i valoració jurídica d'uns fets a l'efecte d'imposar el càstig corresponent quan hi ha en joc l'exercici de llibertats com la d'expressió. Entenem que si fos possible objectivar jurídicament l'apreciació i valoració jurídica dels fets, l'Administració podria exercir aquest paper de control sense posar en risc tals llibertats. Però quan la valoració, particularment, requereix unes dosis elevades de discreció subjectivitzada de l'agència, no seria aconsellable aquesta atribució pel risc que comporta d'incórrer en arbitrarietat.

Els poders públics s'haurien de preocupar més per incentivar la presa de consciència per part dels ciutadans dels drets que tenen de desendollar-se de qualsevol mitjà que considerin lesiu a les seves opinions, idees o valors, així com per incrementar el nombre d'emissors. Aquestes dues condicions són les més apropiades perquè fos el mercat, més que l'Estat, el que resolgués a mitjà i a llarg termini el conflicte d'interessos. A més, sense oblidar que, de manera immediata, és als tribunals a qui correspon protegir els drets fonamentals de totes les persones lesionades pels missatges emesos.

En ambdós costats de l'Atlàntic sectors polítics inicialment oposats tenen, pel que es veu, molt més en comú del que es podria esperar: comparteixen que la llibertat d'expressió pot ser perillosa, raó per la qual ha de ser controlada per l'Administració i no pels jutges.

Bibliografia

Sobre el dret administratiu nord-americà, l'obra de referència continua sent el clàssic tractat de Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise* (1a edició, 1958). En les dues últimes edicions ha correspost a Richard J. Pierce la continuació d'aquesta magna obra: *Administrative Law Treatise*, Aspen Law and Business, Nova York, 4a edició, 3 volums.

No obstant això, també són de citació obligada dos *casebooks*: el de Breyer, Stewart, Sunstein i Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, Aspen Publishers, 6a edició (abril 2006); i el d'Aman, *Administrative Law and Process: Cases and Materials*, LexisNexis, 2a edició (gener 2006).

Sobre el cas comentat en aquest treball, s'han escrit diversos articles. Podem esmentar els treballs següents, tots ells crítics amb les mesures contra la indecència a la televisió i la ràdio: 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*, tardor 2004, p. 61 i s. Coates, «Note: The Fear Factor: How FCC Fines Are Chilling Free Speech», 14 *William & Mary Bill of Rights Journal*, desembre 2005, p. 775 i s. 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 i s. 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*, novembre 2005, p. 871 i s. 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 i s.

Sobre les autoritats administratives a Espanya, ens remetem al que ja vam dir en un treball inicial nostre que, malgrat el temps transcorregut, continua delimitant, des del nostre punt de vista, el marc de la reflexió sobre aquestes institucions. Betancor, *Administracions Independents*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

Sobre el Consell de l'Audiovisual de Catalunya, és de citació obligada l'excel·lent treball de Milian Massana (dir.), Amenós Alamo, Casado Casado, Orriols Sallés i Pons Cànovas, *El Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004.

Altres treballs sobre aquesta qüestió són els de DDAA, *El régimen jurídico del audiovisual*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics i Marcial Pons, Barcelona, 2000. Aquest llibre recull la investigació i el seminari dirigits per T. De la Quadra. L'altre llibre a tenir en compte és el de Tornos, *Las Autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons i Consell Audiovisual de Catalunya, 1999.

Sobre la jurisprudència constitucional, continua sent de molta utilitat el treball de Bastida i Villaverde, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998.

Finalment, no podem deixar de citar les pàgines web de la Federal Communications Commission (www.fcc.gov) i del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (www.audiovisualcat.net). En aquestes pàgines es pot trobar informació molt valuosa sobre totes les qüestions plantejades i debatudes en aquest treball —en particular, el text de totes les resolucions comentades aquí.