

EL CONSEJO SUPERIOR DEL AUDIOVISUAL EN FRANCIA

Jean-Louis Autin*

Sumario

I. Introducción

- 1 La liberalización del sector audiovisual
- 2 La creación del Consejo Superior del Audiovisual
- 3 El problema del estudio

II. Una autoridad pública atípica

A. Unas amplias atribuciones

- 1 Disponer de un poder reglamentario especial
- 2 Tomar medidas individuales
- 3 Ejercer una magistratura de influencia

B. Una misión de regulación independiente

- 1 Una regulación problemática
- 2 Una relativa independencia

III. Un control jurisdiccional ordinario

A. Las dudas iniciales

- 1 La controversia en torno al control jurisdiccional
- 2 La opción del orden jurisdiccional administrativo

B. Adopción de soluciones clásicas

- 1 El control de legalidad
- 2 El contencioso de la responsabilidad

IV. Conclusión

V. Bibliografía sumario

* Jean-Louis Autin, Profesor de Derecho Público en la Universidad de Montpellier 1 y Director del Centro de Investigación y Estudios Administrativos de Montpellier. Facultad de derecho, 39 rue de l'Université, 34000 Montpellier, autin.jl@wanadoo.fr.
Artículo recibido el 31.10.2006

I. Introducción

La creación del dispositivo francés de regulación del audiovisual se sitúa históricamente en el cruce de dos evoluciones: la primera, relativa a los cambios que tuvieron lugar en el régimen jurídico del sector de la comunicación audiovisual a principios de los años ochenta, y la segunda, en lo referente a la aparición, en el mismo periodo, de una nueva categoría institucional denominada *autoridades administrativas independientes* (AAI).

1. La liberalización del sector audiovisual

Hasta finales de los años setenta, *el paisaje audiovisual francés* estaba dominado por el monopolio que ejercía el Estado sobre los servicios de radiodifusión y televisión. Únicamente las formas de gestión de este monopolio habían evolucionado en el tiempo. La explotación inicial directa del Estado (1945) fue sustituida en 1959 por la gestión desde un organismo público de carácter industrial y comercial: la RTF, que en 1964 se convierte en la ORTF el 1964. Posteriormente, en 1974, la ORTF da lugar a una pluralidad de instituciones, siempre controladas por el Estado, especializadas en la producción, realización y programación, difusión y conservación de los archivos. En 1981, con el inicio de la presidencia de F. Mitterrand, se entabla un debate ante la necesidad de suprimir este monopolio. Se pone de manifiesto una doble exigencia:

- Una exigencia económica vinculada a la desaparición inevitable del monopolio, dadas las mutaciones tecnológicas y la emergencia de un número considerable de radios privadas que, dotadas normalmente de importantes medios financieros y materiales, empezaban a emitir de forma anárquica.
- Una exigencia política vinculada al deseo de promover la libertad de comunicación y el pluralismo de expresión de las corrientes de pensamiento, varios de cuyos episodios de la vida pública nacional acababan de demostrar su fragilidad.

2. La creación del Consejo Superior del Audiovisual

Unos años más tarde, se manifestó otra tendencia en la evolución de nuestro derecho administrativo y en nuestras instituciones públicas que modificaba sensiblemente el espíritu que velaba por su funcionamiento: búsqueda de una transparencia más amplia, deseo de equidad y promoción de un estado imparcial, con la voluntad de alejar el aparato administrativo de las influencias de las disputas partidistas. Estas preocupaciones debían encontrar su traducción institucional en la emergencia de una categoría totalmente inédita, extranjera respecto a nuestras tradiciones jurídicas: la de las autoridades administrativas independientes. La primera acababa de crearse en 1978 para garantizar la protección de las señas personales introducidas en ficheros informatizados pertenecientes a administraciones y grandes empresas.¹ Se extendió rápidamente que una fórmula institucional como ésta podía aplicarse a otros ámbitos sensibles, donde la libertad se somete a la codicia de diferentes poderes. Y así sucedió en el sector que nos interesa cuando, en 1982, nació la Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual (HACA), calificada posteriormente de AAI por el Consejo Constitucional.² Este organismo difícilmente llegó a encontrar su lugar en nuestro dispositivo institucional, y rápidamente se convirtió en el objeto de disputas políticas. Su denominación y régimen cambiaron dos veces: en 1986, la Alta Autoridad fue sustituida por la Comisión Nacional para la Comunicación y las Libertades (CNCL), que, a su vez, se

¹ La Ley del 6 de enero de 1978 que crea la CNIL (Comisión nacional de informática y libertades) calificó este organismo de AAI.

² Decisión 84-173 DC, 26 de julio de 1984.

transformó en el Consejo Superior del Audiovisual (CSA), creado por la Ley de 17 de enero de 1989, y a la que pondremos especial énfasis.³

Esta sucesión de organismos en poco espacio de tiempo, vinculada a las alternancias políticas, podía parecer de mal augurio, en la medida que durante los años ochenta cada cambio de mayoría iba acompañado de una supresión-sustitución de la institución creada por el poder precedente. Pero, a partir de 1989, deja de producirse esta situación, puesto que el CSA se mantiene en su lugar pese a las vicisitudes políticas que han seguido marcando la vida pública. Quizá el mérito recaerá en la sabiduría de los responsables políticos, pero sobre todo en la posición pertinente adoptada por el Consejo Constitucional en esta época. Cuando tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de la ley que creó el CSA, el Consejo resolvió con matices sobre las atribuciones del organismo y sobre quién debía garantizar, en el fondo, la perennidad de esta AAI. Por un lado, la jurisdicción constitucional⁴ consideró que la existencia de una AAI suponía una garantía para el ejercicio de la libertad de comunicación constitucionalmente consagrada; por otro, consideraba el CSA como una instancia de regulación del audiovisual encargada de garantizar esta protección. Por este motivo, no se entiende de qué manera el legislador podría suprimir un organismo como éste sin exponerse a la censura del Consejo Constitucional.

3. El problema del estudio

El CSA forma parte de la categoría que causa tanta controversia: las AAI. Fue una de las primeras y su normativa fue objeto de numerosos debates, especialmente de carácter constitucional. No es habitual que una autoridad administrativa, es decir, que depende normalmente del poder ejecutivo, se desprenda de cualquier vínculo de subordinación, sea por la vía de la tutela o por la vía del poder jerárquico. De forma que su denominación exacta ha ido fluctuando en el tiempo. Innombrada por la Ley de 1982 que lo había creado, la Alta Autoridad debe esta calificación al Consejo Constitucional, que la empleó de oficio en 1984; el legislador la utilizó posteriormente por parte de la institución que la sucedió: la CNCL. Pero la ley que instituía el CSA utilizó una nueva terminología: *autoridad independiente*, haciendo así abstracción del epíteto administrativo utilizado anteriormente.

La idea es interesante, puesto que resuelve la contradicción entre los dos términos –administrativo e independiente–, pero no ha tenido repercusiones muy significativas. Además, al no poder resolver este debate semántico, se hace referencia al CSA como una autoridad pública atípica (II), es decir, un organismo que tiene un poder de decisión próximo al Estado –por lo tanto, público– pese a la voluntad de independencia manifestada, pero que presenta unas particularidades –por lo tanto, atípica– que no le permiten incorporarse a ninguna otra categoría institucional. Así pues, nos encontramos ante una innovación jurídica real, pero que se encuentra estrechamente limitada, puesto que la acción y el funcionamiento del CSA quedan sometidos al control del juez que tiende a tratarlas como autoridades administrativas ordinarias. De esta forma, aunque se le pueda aplicar la noción de independencia al CSA en sus relaciones con el poder político, no sucede lo mismo hacia al juez (III).

II. Una autoridad pública atípica

Al tratarse de competencias atribuidas al CSA, en primer lugar sorprende su envergadura y diversidad, hasta el punto de que algunos autores hablan de *monstruo jurídico*. Es cierto que un organismo como éste dispone, antes

³ J. Chevallier, *De la CNCL au CSA*, AJDA 1989, p. 59; P. Huet, *La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication*, Dalloz, Chron. 1989, p. 179; J. Morange, *Le CSA*, RFDA 1989, p. 235.

⁴ Decisión 88-248 DC, 17 de enero de 1989, en L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12ª ed. 2003, p. 721; J. L. AUTIN, « La décision du Conseil constitutionnel relative au CSA », *Revue administrative*, 1989, n.º 249, p. 223.

que nada, de atribuciones administrativas; pero también de prerrogativas casi jurisdiccionales y de un poder general de control del sector del audiovisual que sobrepasan ampliamente la esfera clásica de las autoridades administrativas. Por este motivo, su denominación es objeto de debate, y lleva a la mayoría de autores a caracterizar su acción y a evocar la idea de una misión de regulación.

A. Unas amplias atribuciones

El CSA dispone de una gama diversificada de medios de acción, y difícilmente encontraríamos un organismo con tantos medios concentrados; no sólo tiene la facultad de tomar decisiones individuales, sino también la capacidad de ejercer un poder normativo a través de la participación en el poder reglamentario.

1. Disponer de un poder reglamentario especial

La devolución del poder reglamentario a las AAI y, concretamente, al CSA, suscitó una seria controversia constitucional que ya ha quedado resuelta. Se basaba en el hecho de que la Constitución reserva el ejercicio del poder reglamentario al primer ministro, y sólo prevé una posible delegación a otros miembros del gobierno (artículo 21). Por lo tanto, sólo se puede atribuir este ejercicio mediante la habilitación legislativa a autoridades no gubernamentales y, en concreto, a algunas AAI, como el CSA. Cuando se le pidió al Consejo Constitucional resolver sobre la conformidad de estas leyes respecto a la norma suprema, este organismo reconoció que el artículo 21 no suponía «ningún obstáculo para el legislador para poder confiar a una autoridad que no fuera el primer ministro a fijar las normas para llevar a cabo una ley»⁵, pero bajo un control de constitucionalidad que restringió con fuerza esta eventualidad⁶.

Es un hecho indiscutible que el poder reglamentario especial conferido al CSA no puede condicionar el poder reglamentario general que pertenece al primer ministro; la habilitación legislativa sólo puede referirse a «medidas limitadas tanto por su campo de aplicación como por su contenido»⁷; eso significa que «la competencia reglamentaria del CSA está limitada no sólo superficialmente sino también en el fondo»⁸.

De forma que, en el campo de la comunicación audiovisual, el ejercicio del poder reglamentario se reparte así: el primer ministro, cabeza del gobierno, conserva lo esencial de las prerrogativas en la materia. Le corresponde establecer, tanto para el sector público como para el sector privado, los principios generales que definen las obligaciones de los operadores en materia de producción y difusión de las obras audiovisuales y cinematográficas, así como las normas de publicidad comercial y patrocinio de las emisiones. El CSA tiene un poder reglamentario que no es negligible y que afecta –además de a las emisiones de teletienda– lo que se acordó denominar la *comunicación institucional*, es decir, las emisiones de expresión directa de las grandes organizaciones profesionales y sindicales. Además, vela mediante recomendaciones –excepto las campañas electorales– por el respeto del pluralismo y la igualdad de tratamiento de los partidos políticos según la norma de los tres tercios que estableció (1/3 del tiempo de emisión para el gobierno, 1/3 para la mayoría y 1/3 para la oposición)⁹. Una ley del 18 de enero de 1992 consolidó este poder reglamentario, relativo a las cuotas de difusión. Es necesario saber que, con un interés proteccionista, el legislador francés obligó a las cadenas de

⁵ Decisión 86-217 DC, de 19 de septiembre de 1986.

⁶ T. Alard y B. Delcros, « Quel pouvoir réglementaire pour le CSA ? » *Legipresse* n.º 112 junio 1994/5.

⁷ Decisión 88-248 DC, mencionada anteriormente.

⁸ L. Favoreu y L. Philip, prec. p. 737.

⁹ Este principio denominado *de referencia*, adoptado en 1996 y completado en el año 2000, dispone que se acuerde un «tiempo de intervención equitativo» a las personalidades que pertenezcan a formaciones políticas que no tengan representación en el Parlamento. Ver *Le Monde*, 16 de junio de 2006.

televisión a difundir una mayoría de obras continentales, es decir, un mínimo del 60% de obras europeas, de las cuales un 40% eran de origen francés. El CSA ha visto reconocido un poder de adaptación y modulación de estas cuotas, en función de las horas con más audiencia y de la especificidad de cada cadena.

2. Tomar medidas individuales

El poder de decisión individual del CSA se aplica en tres ámbitos diferentes:

- El CSA nombra a los responsables de las empresas de programación del servicio público que, hasta entonces, habían sido nombrados por el Gobierno. Esta reforma fue una muestra evidente de la ruptura del lazo de unión entre el poder político y la televisión; la ley del 1 de agosto de 2000 reforzó esta prerrogativa, otorgándole al CSA la competencia para designar y, eventualmente, revocar a algunos miembros de los consejos de administración de estas empresas y organismos públicos¹⁰.

- Del mismo modo, el CSA dispone del poder de conceder las autorizaciones de emisión para los servicios privados de radio y televisión y para la utilización de las bandas de frecuencia. En un principio, esta atribución partía de la idea de que el espacio hertziano formaba parte del dominio público y de que toda utilización privativa de sus dependencias requería de una autorización previa; pero, más adelante, la misma solución sirvió para la explotación de las redes de cable y para los servicios de televisión por satélite. La concesión de las autorizaciones está subordinada al acuerdo establecido entre el presidente del CSA, que actúa en nombre del Estado y el candidato –operador privado– candidato a la autorización. Este convenio define sobre todo las prerrogativas y penalidades contractuales de que dispone el Consejo para garantizar el respeto por parte del titular de la autorización de las obligaciones convencionales.

- Finalmente, la autoridad de regulación del audiovisual dispone de un *poder sancionador*¹¹, cuya atribución suscitó una gran controversia. Para combatir esta eventualidad, una parte significativa de la doctrina destacó que el ejercicio de una represión administrativa era incompatible con el principio de separación de los poderes y que, por definición, el poder de sanción correspondía a la función judicial, concretamente a las jurisdicciones represivas. Aun así, la ley que instituyó el CSA le confirió este poder con el aval del Consejo Constitucional; este último le ofrecía garantías sólidas. En cuanto al fondo, se manifiestan dos exigencias: por un lado, el poder de sanción sólo se admite «en el límite necesario para el cumplimiento de su misión»; por otro, se precisa que este poder no puede comportar una pena privativa de la libertad, puesto que la libertad individual está constitucionalmente bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. En cuanto a la forma, se deben respetar todas las exigencias del procedimiento penal: aplicación de los derechos de la defensa, instrucción contradictoria, motivación de la sanción, proporcionalidad de la pena respecto a la infracción y control jurisdiccional a posteriori, como se constatará más adelante¹².

En 1989, existía una gran diferencia entre los operadores según su naturaleza. Las cadenas de radio o televisión públicas sólo se exponían en sanciones platónicas: amonestaciones de los administradores y observaciones oficiales. Respecto a los operadores privados, se sometían a sanciones graduales según la gravedad de la falta constatada: intimación, suspensión de la autorización de emisión, reducción de su duración, sanción pecuniaria¹³ –desde el 3% de la cifra de negocios del operador hasta el 5% en caso de reincidencia– y, incluso, suspensión de la autorización o rescisión unilateral del convenio. La Ley de 1 de febrero de 1994 aplicó al sector público algunas sanciones previstas para los operadores privados: intimación, suspensión y sanciones pecuniarias.

¹⁰ Ver F. Balle, *Médias et société*, Montchrestien, 12ª ed. 2005, p. 353.

¹¹ Ver M. J. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1991, p. 118.

¹² B. Genevois, *Conseil constitutionnel et pouvoirs du CSA*, RFDA 1989, p. 671.

¹³ En 1992 el CSA infligió una multa de 30 millones de francos a TF1, por no respetar sus cuotas de difusión de obras de expresión francesa, y una multa de 5 millones de francos a la cadena La Cinq en 1989 por difundir películas con numerosas escenas de violencia.

3. Ejercer una magistratura de influencia

El CSA no sólo tiene un poder de decisión. Como sucede con otras autoridades independientes, su *poder* también se puede apreciar en términos de influencia ejercida al mismo tiempo respecto a los poderes públicos y a los operadores de este sector de actividad¹⁴. Numerosos autores hacen referencia a esta cuestión, como J. Chevallier, que habla de «autoridades morales» que utilizan «medios informales de influencia o de persuasión»¹⁵. Incluso algunos han intentado teorizar esta noción¹⁶ que se alimenta de las múltiples prerrogativas de que dispone el CSA.

En numerosos ámbitos, se le ha confiado atribuciones consultivas que se traducen por informes dirigidos al Gobierno, previos al ejercicio de este último de su poder reglamentario (por ejemplo, informes sobre el pliego de condiciones del sector público); asimismo, se le consulta sobre «la definición de la posición de Francia en las negociaciones internacionales sobre la radiodifusión sonora y la televisión».

Además, el CSA dispone a menudo de un poder de recomendación. Respecto al Gobierno, por ejemplo, para garantizar el desarrollo de la competencia en las actividades de comunicación audiovisual o para «sugerirle las modificaciones de naturaleza legislativa y reglamentaria que le puede exigir la evolución tecnológica». Y respecto a los operadores de radio y televisión privados, por ejemplo, para garantizar la igualdad de tratamiento entre los candidatos y las formaciones políticas «durante las campañas electorales» o, incluso, para que cada cual vele en materia editorial tras los atentados del 11 de septiembre de 2001¹⁷, o para hacer cumplir el principio de respeto a la dignidad del individuo¹⁸ en las emisiones de telerrealidad.

La naturaleza, el alcance jurídico o la fuerza constreñidora de estas decisiones y recomendaciones no siempre están claramente determinados. Esto lleva a hacer apreciaciones mitigadas sobre la eficacia real de estas atribuciones. En realidad, no es posible definir su efectividad de una vez por todas. Todo depende de la legitimidad que llegue o no a adquirir el organismo; y, desde este punto de vista, no podemos pasar por alto que el CSA –tras las peripecias que acompañaron a la creación de una autoridad como ésta en el sector del audiovisual– ha ido imponiéndose poco a poco no como un órgano indiscutible y sin carencias, sino como una institución respetada cuya influencia ha ido creciendo. Este ejemplo anecdótico es una prueba: tras varias prórrogas, las cadenas francesas públicas y privadas adoptaron en noviembre de 1996, bajo la égida del CSA, una clasificación de los programas de televisión y una señalización común, con el fin de informar a los teleespectadores sobre el contenido de los programas difundidos, con objeto de garantizar una protección eficaz a favor de los más pequeños y de los menores¹⁹. Estos medios de sensibilización de los padres se han mejorado recientemente mediante campañas televisivas apropiadas y la creación de un nuevo apartado dedicado a la protección de los menores en la web del CSA²⁰.

¹⁴ F. BALLE, *Médias et société* op. cit. p. 353.

¹⁵ En « La création du CSA », *Regards sur la actualité*, n.º 146, diciembre de 1988, p. 15.

¹⁶ Ch. Carpentier, *La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ?*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, n.º 30, p. 143.

¹⁷ Véase *Lettre du CSA*, n.º 144, octubre 2001.

¹⁸ « Le CSA et *Loft Story* », *Lettre du CSA*, n.º 140, mayo 2001.

¹⁹ Véase *Lettre du CSA*, n.º 128, mayo 2000.

²⁰ Véase *Lettre du CSA*, n.º 198, agosto-septiembre 2006.

B. Una misión de regulación independiente

Es usual recurrir a la noción de regulación para caracterizar la acción de algunas AAI y, en concreto, del CSA en el sector del audiovisual. Pese a su banalización, este uso merece algunas explicaciones de orden teórico y práctico, mientras que la idea de independencia provoca, por su parte, numerosos interrogantes.

1. Una regulación problemática

Con el desarrollo de las AAI, la noción de regulación ha obtenido el derecho de ciudadanía en la terminología jurídica nacional²¹, sobre todo bajo la influencia de la doctrina publicista que ha generalizado su uso²². Por eso no hay ninguna definición del término que haya podido imponerse de manera indiscutible, aunque respecto al ámbito audiovisual es posible proponer algunos significados que aclaren la particular misión atribuida al CSA.

Se puede extraer una primera conclusión del estudio fundador de 1983 sobre la cuestión de las AAI, elaborado por dos miembros del Consejo de Estado que proponen entender la regulación de la siguiente manera: «como una cosa intermediaria entre la selección de los políticos que sólo pertenece a las autoridades elegidas o directamente controladas por los elegidos, y la gestión de los servicios, competencia de las administraciones, sometidas al poder jerárquico o a la tutela de las primeras»²³. Esta apreciación tiene un gran valor en muchos aspectos: por un lado, indica claramente el lugar de las AAI, el punto de pivote entre las autoridades políticas y los operadores técnicos, en una posición de interfaz que ha llevado seguidamente a la reflexión sobre las modalidades de la liberalización sectorial en el marco comunitario; por otro, sin definir positivamente en qué consiste la regulación, la fórmula indica claramente lo que no es, a saber, la determinación de orientaciones políticas o la gestión de actividades técnicas que corresponde a los operadores sectoriales.

Una segunda apreciación pone de relieve la amplitud de la misión confiada a las AAI para caracterizar la función de regulación. Es remarcable que el legislador tenga la costumbre de hacer aparecer en los primeros artículos del texto que instituye una AAI el mandato que se le confía en términos extremadamente amplios. Así, en el caso del CSA, éste «garantiza el ejercicio de la libertad de comunicación audiovisual; garantiza la independencia e imparcialidad del sector público... Vela por favorecer la libre competencia y por la calidad y diversidad de los programas». De este modo, el CSA se ve obligado a ejercer un control global del sector, disponiendo de prerrogativas que se inscriben transversalmente en los tres poderes tradicionalmente diferenciados: como instrumento de garantía de una libertad pública, participa del legislativo; al disponer de atribuciones reglamentarias y administrativas, es próximo al ejecutivo, y al tener prerrogativas casi jurisdiccionales a través de los poderes de investigación y de sanción de que dispone, el CSA participa del poder judicial. La idea de regulación traduciría entonces este particularismo propio de las AAI, del que el CSA sería un claro ejemplo.

La noción de regulación remite, en el ámbito sociojurídico, a un nuevo modo de formación del derecho caracterizado por tres ideas: en primer lugar, la gradación, según la cual el derecho se desprende progresivamente del hecho y la conciencia social, que correspondería perfectamente al *modus operandi* del CSA, que intenta actuar en un marco consensuado a través de la persuasión y la incitación, y no de forma autoritaria y

²¹ G. Marcou, *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006, p. 347.

²² Pero este modo de ver las cosas no ha recibido inmediatamente el apoyo unánime y algunos autores han preferido continuar utilizando un término empleado en derecho administrativo clásico, el de policía. Véase F. Tongen, *La police de l'audiovisuel*, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Louvain, volumen XXV, Bruylant, Bruselas, 1994, p. 3. Esta tendencia a hablar de una policía del audiovisual ejercida por el AAI la encontramos a veces en algunas decisiones del Consejo de Estado; véase H. Pauliat, *Le contrôle du juge administratif sur les décisions des AAI compétentes en matière audiovisuelle*, RFDA 1992, p. 261.

²³ F. Gazier e Y. Cannac, « Les AAI », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1983-1984, n.º 35, p. 20.

unilateral; en segundo lugar, la experimentación que se traduce por la aplicación de un derecho de delimitación, cuya elaboración está concertada y negociada con los sectores profesionales como la *soft law* anglosajona, y, finalmente, la idea de finalismo vinculada a la perspectiva de un estado de armonía y equilibrio entre los intereses del sector regulado: este equilibrio no es espontáneo; ha de ser construido desde una óptica dinámica que requiere esfuerzos renovados para superar las oposiciones o los conflictos y conseguir los ajustes necesarios. La asimilación del CSA a un órgano regulador lo sitúa en el corazón del sector audiovisual, lo que traduce el poder que dispone para recurrir a otras instituciones: aquellas que se hacen cargo del control de las prácticas restrictivas de la competencia y las concentraciones; y aquellas judiciales que tienen en cuenta la represión de las infracciones penales.

Desde entonces, el poder de regulación del CSA se ha visto reforzado regularmente. Así, conforme a la Ley de 1 de agosto de 2000, le corresponde, cuando autoriza los diferentes servicios de radio o televisión y cuando establece los convenios de los servicios difundidos por cable o satélite, prever los dispositivos que permitan garantizar el pluralismo, la honestidad y la independencia de la información. Además, con respecto a la radio, vela por conceder una parte suficiente de autorizaciones a las radios asociativas y por ofrecer al público el acceso a las cadenas de interés general que contribuyen a la información política general²⁴. Por otro lado, la Ley de 29 de agosto de 2004 confirió al CSA un poder de reglamento de las discrepancias surgidas entre editores, editores y distribuidores, y distribuidores de servicios de comunicación audiovisual²⁵. Finalmente, la Ley de 31 de marzo de 2006 para la igualdad de oportunidades confiere nuevas misiones significativas al CSA: luchar contra las discriminaciones, promover la diversidad a través de la radio o televisión y reforzar la cohesión social.

2. Una relativa independencia

En esta denominación algo extraña de AAI, cada término tiene su importancia, pero el último pesa más que los otros. Si las razones de la independencia que se busca se entienden perfectamente –mantener la acción de estos organismos al amparo de las contingencias políticas– sus modalidades son inciertas por el hecho de que, en nuestra tradición, la administración se somete a la autoridad del Gobierno. La apreciación serena de este dispositivo jurídico se subdivide en consideraciones orgánicas y funcionales.

- La independencia del CSA se debe, en primer lugar, a la composición y régimen de sus miembros. En términos de la ley de 1989, el CSA se compone de nueve miembros: tres miembros designados por el presidente de la República, tres miembros designados por el presidente de la Asamblea nacional y tres miembros nombrados por el presidente del Senado. Este tipo de composición requiere observaciones contrastadas, puesto que cualquier forma de designación es susceptible de dar lugar a polémicas o críticas²⁶. Es imposible afirmar y, todavía más, demostrar, que un sistema garantizaría, mejor que ningún otro, la independencia de las personas elegidas de esta forma y de la institución a la que pertenecen. En realidad, eso depende en gran medida de la personalidad de los que han sido designados de esta forma y de su sentido de responsabilidad; lo que nos lleva a distinguir independencia e imparcialidad.

Pero hay que constatar que el sistema retenido politiza al extremo las designaciones efectuadas, sin exigencia legal de competencia en relación directa con el ámbito del audiovisual. Además, teniendo en cuenta las relaciones de fuerza políticas, garantiza una primacía, incluso hegemonía, de la corriente conservadora; esta tendencia se ve reforzada por la prerrogativa conferida al presidente de la República para nombrar al presidente

²⁴ F. Balle, *Médias et société*, op. cit. p. 350.

²⁵ L. Rapp, *Le droit des communications entre réglementation et régulation*, AJDA 2004, p. 2047.

²⁶ E. Derieux, *Droit de la communication*, Manuel LGDJ, 4^a ed. 2003, p. 187.

del CSA²⁷. Existe la objeción, en sentido opuesto, de que este sistema de designación es el mismo que se había utilizado desde 1958 para los miembros del Consejo Constitucional. Pero se trata de un pobre consuelo, puesto que, aparte de que el presidente del Senado formaba parte en aquella época de la oposición (eso equilibraba en cierto modo los nombramientos llevados a cabo), el sistema en cuestión sigue siendo objeto de críticas recurrentes desde hace 50 años, no confiriéndole ningún tipo de legitimidad.

En cambio, el régimen de los miembros del CSA se encamina a tranquilizar a los defensores de la independencia de la institución. La independencia de los miembros está garantizada principalmente por el hecho de que su mandato «no es ni revocable ni renovable». Su mandato es de seis años, lo que constituye una prueba de serenidad, y el Consejo se renueva por tercios cada dos años. Por esta regla del «ni/ni», no tienen nada que temer y no deben sufrir por no gustar a aquellos que los han nombrado; ni intentar gustarlos, con la esperanza de ser renovados en sus funciones. Además, los miembros del CSA se someten a unas obligaciones, así como a un régimen de incompatibilidades e inelegibilidades extremadamente restrictivo: estricta obligación de reserva prolongada de un año tras el cese de sus funciones, incompatibilidad de éstas «con cualquier mandato electivo» y prohibición de ejercer todo tipo de responsabilidad profesional en el sector del audiovisual. El legislador de 1989 ha querido reaccionar de este modo contra las graves disfunciones que habían repercutido sobre la autoridad precedente, las disensiones internas de las que habían acabado extendiéndose en el terreno público, mientras surgían a la luz algunas connivencias entre la institución y el entorno profesional teóricamente sometido a su control.

- La independencia del CSA –por muy relativa que parezca– también se debe a elementos funcionales. En este aspecto, cabe acordar especial atención a su funcionamiento que pone en evidencia dos aspectos interesantes. Un primer medio significativo es la facultad del Consejo de establecer su reglamento interno. Todo el mundo sabe, desde los orígenes del régimen parlamentario, que el poder de las asambleas para elaborar su propio reglamento es un factor importante de autonomía respecto a otros poderes públicos constitucionales, y que su contenido puede tener un carácter estratégico. Sin tener la misma importancia, la aptitud de algunas AAI –y especialmente del CSA– para establecer su reglamento interno no está falta de significado, particularmente en el terreno de las modalidades de funcionamiento del colegio, de los derechos de la defensa y del procedimiento contradictorio, como constataremos más adelante. Otro medio significativo de esta autonomía funcional se debe a la obligación de algunas AAI y, sobre todo, del CSA de establecer un informe anual de actividad. El colegio de miembros del CSA elabora libremente este informe para entregarlo a las grandes autoridades del país y hacerlo público. Supone una oportunidad para presentar una buena síntesis de la evolución del sector regulado y para sugerir las reformas y modificaciones que le parecen oportunas en el ámbito del audiovisual. Es un medio evidente para el CSA de legitimar su existencia y, para el futuro, de precisar el marco indispensable de su misión.

- En esta búsqueda de independencia, también debemos tener en cuenta los medios necesarios para el funcionamiento del CSA. En primer lugar, en cuanto a los medios financieros, podemos constatar que el CSA, como la mayoría de las AAI, no dispone de ninguna fuente de autofinanciación. Su funcionamiento está garantizado por los fondos públicos por vinculación a los servicios generales del primer ministro. Se trata, en principio, de una simple relación presupuestaria que permite inscribir en el presupuesto ministerial una línea equivalente a una autorización de gastos del CSA en el marco de la ley de finanzas anual. Esta solución pretende ser puramente técnica; pero eso no nos impide pensar que introduce una clase de control ministerial. Por este motivo, la ley prevé en algunos casos, y sirve para el CSA, que «proponga, cuando se elabore el proyecto de ley de finanzas del ejercicio, los créditos necesarios para el cumplimiento de sus misiones. Estos créditos se inscriben en el presupuesto general del Estado». Esta técnica no está encaminada a apaciguar las inquietudes. Puesto que, aunque no existe un ejemplo caracterizado «de asfixia presupuestaria», eso no quiere decir que «en

²⁷ J.L. Bessis y M. Ronai, « Des sages si conservateurs », *Le Monde*, 21 de marzo de 2006.

varios informes –en concreto, el del CSA– encontremos muestras de una cierta acrimonia respecto a autoridades presupuestarias y el Consejo atribuye la débil asignación de créditos a la incapacidad en la que se encuentra para lograr todas sus misiones»²⁸.

En cuanto a los medios referidos a personal, la propia ley permite a las AAI desprenderse de las obligaciones del derecho de la función pública, puesto que «si los trabajos de jornada completa están ocupados por funcionarios», no pasa lo mismo con relación a los «puestos de trabajo de algunas instituciones administrativas especializadas del Estado dotadas por la ley de un régimen particular que garantiza el libre ejercicio de sus misiones»; eso abre la vía a la contratación de personal contratado, incluso para ocupar cargos permanentes. El CSA tuvo acceso a esta facultad, como otros AAI, pero en una medida relativamente modesta. Los medios presupuestarios que se le conceden le han permitido destinar una decena de colaboradores permanentes o temporales no titulares al servicio, aunque las tareas básicas se atribuyen a funcionarios, puestos a disposición provisional del CSA por el Ministerio de Presupuestos, como lo confirma igualmente respecto a este punto la tesis de una autonomía de gestión limitada.

III. UN CONTROL JURISDICCIONAL ORDINARIO

Teóricamente liberadas de cualquier vínculo de subordinación respecto al poder político, ¿las AAI podían escapar al control del juez? La cuestión puede parecer incongruente respecto a las exigencias del Estado de derecho y a la evolución constatada a favor de un refuerzo de la intervención del juez en todos los ámbitos de la vida pública y social. Pero, admitiendo que fuera así, no puede faltar el planteamiento de otras cuestiones al tratarse del orden jurisdiccional legítimamente competente y de la intensidad adecuada del control jurisdiccional. Sobre todos estos aspectos, no tienen cabida las dudas iniciales y, si nos limitamos sólo al CSA, podemos afirmar claramente que esta autoridad se somete al control del juez administrativo que aplica, en este caso, sus medios de investigación y censura tradicionales.

A. Las dudas iniciales

De hecho, las dudas analizadas en este apartado no tienen una relación directa con el CSA; incluso podemos decir que a raíz de su planteamiento, acabaron desapareciendo definitivamente. Sin embargo, cabe mencionarlos en este punto de reflexión; por un lado, porque estas controversias repercutieron sobre la categoría de las AAI, en el momento de crearse y, por otro, por el hecho de que las instancias de regulación del audiovisual que precedieron el CSA contribuyeron en gran medida a alimentar y acabar con el debate.

1. La controversia en torno al control jurisdiccional

Las AAI, y por lo tanto el CSA, están sometidas al control del juez, puesto que la tesis según la que se beneficiarían de un tipo de inmunidad jurisdiccional fracasó. Sostenida en parte en relación con el mediador de la República²⁹, fue rápidamente contrarrestada en su principio³⁰ antes de ser refutada por toda una serie de argumentos contrarios.

²⁸ M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991, p. 64.

²⁹ Y. Gaudemet, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? » en *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117.

³⁰ C. E. Ass. 10 de julio de 1981, Retail, RDP, 1981, p. 1441, Concl. de M. FRANCO y nota de J. M. AUBY, p. 1687.

Las exigencias del Estado de derecho obstaculizan este enfoque en la medida que toda autoridad se debe someter a la censura del juez; las autoridades más importantes del Estado –presidente de la República y primer ministro– están sujetas a éstas; a fortiori las autoridades administrativas independientes. Podríamos añadir que esta solución sería contraria a las estipulaciones del artículo 6 §1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos según las cuales «toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley».

En derecho positivo, no quedaba ninguna duda, por el hecho de que, en primer lugar, el principio de un control como éste se prevé en los textos que instituyen estas autoridades. Esta previsión se manifiesta a veces de forma expresa³¹, y se sugiere a veces de forma implícita, cuando la ley habilita una AAI para ejercer un poder reglamentario (por ejemplo, la CNIL). Sucede lo mismo en el silencio de la ley, debido a la interpretación constructiva adoptada por el Consejo Constitucional. Hace veinte años, dictó dos resoluciones respecto al audiovisual desprovistas de equívocos, cuyo alcance afecta a la categoría de las AAI. «En el ejercicio de sus competencias, la CNCL se ve, como cualquier autoridad administrativa, sometida a un control de legalidad que podría ser llevado a cabo, tanto por el Gobierno, que es responsable ante el Parlamento de la actividad de las administraciones del Estado, como por toda persona que mostrara interés»³². «Cualquier decisión del CSA que supusiera una violación de las disposiciones legislativas y reglamentarias sería susceptible de poner en juego la responsabilidad del poder público»³³.

Aunque el principio del control jurisdiccional fue admitido rápidamente, se inició otro debate que todavía no está del todo resuelto: el alcance y la intensidad de este control. Se han buscado muchos argumentos para justificar la idea de que la intervención del juez respecto a las AAI debía ser menos rigurosa que en los supuestos ordinarios y para los servicios públicos clásicos.

Un primer aspecto del debate se basa en el hecho de que el carácter administrativo de algunas de estas autoridades es discutible. Esta cuestión, objeto de debate, ya había sido mencionada anteriormente cuando se hacía referencia al mediador de la República. Debemos recordar que, en la organización clásica del contencioso, el carácter administrativo de una autoridad es una condición determinante de la intervención del juez. En el momento en que este carácter no está presente, la legitimidad del control jurisdiccional se debilita. Tal y como hemos mencionado anteriormente, el calificativo de administrativo fue suprimido para algunas de estas autoridades, como el mediador de la República, el defensor de los menores o, incluso, el CSA. Las leyes que creaban o modificaban el régimen de estas instituciones, indicaban que se trataba «de autoridades independientes»; y, naturalmente, durante los debates parlamentarios que precedieron a la creación del CSA se manifestó este deseo de que el control jurisdiccional ejercido sobre una autoridad denominada independiente sería menos acentuado que aquel en el que las autoridades ordinarias se encuentran normalmente sometidas³⁴.

Un segundo argumento viene a confirmar el prudente enfoque que aquí parece oportuno: la misión llevada a cabo por muchos de estos organismos y, en concreto, por las instancias creadas en el ámbito del audiovisual. Se ha intentado mostrar que la función de estas autoridades, que sobrepasan el marco clásico, debía considerarse en términos de regulación. La función de regulación proviene de una lógica que no es estrictamente jurídica, que

³¹ Éste es el caso del Consejo de la Competencia, la Comisión de las operaciones de la bolsa antes de convertirse en Autoridad de los mercados financieros, o la Comisión de sondeos.

³² Decisión n.º 86-217 DC, de 19 de septiembre de 1986, citada previamente.

³³ Decisión n.º 88-248 DC, de 17 de enero de 1989, citada previamente.

³⁴ De esta forma el parlamentario, autor de la enmienda, con el objetivo de calificar al CSA de autoridad independiente, declaró que se trataba de «esclarecer en un futuro sus vínculos con la justicia administrativa»; y de añadir que las decisiones del CSA «no deberán ser juzgadas al mismo nivel que las decisiones de un jefe de servicio o de un director de la administración», puesto que se pronuncia «en términos de una apreciación global de numerosos factores y el juez, en caso de apelarlos, debe respetar este margen de evaluación». J. Barrot: JO déb. Ass. Nat. 1988, p. 3142.

postula un conocimiento en tiempo real del sector regulado y no se presta bien, consecuentemente, a un control de legalidad clásica³⁵.

Son las razones por las que un cierto número de comentaristas esperaba que las AAI, y especialmente el CSA, teniendo en cuenta el contexto en el que había salido a la luz, se beneficiarían de lo que la doctrina canadiense denomina una cierta «deferencia jurisdiccional»³⁶. La expresión es totalmente apropiada para designar un tratamiento de favor reservado a órganos, cuyos poderes públicos han querido dar valor a la autonomía y reforzar la eficacia. Concretamente, esta deferencia conduce a reconocer un gran margen de apreciación discrecional a las autoridades que se benefician, que lleva al juez a censurar sólo las decisiones manifiestamente poco razonables que promulgan, y a sólo poner en juego la responsabilidad de la Administración en los supuestos de falta particularmente grave o muy grave.

El Consejo de Estado debía mostrarse insensible ante esta argumentación.

2. La opción del orden jurisdiccional administrativo

¿A qué orden jurisdiccional corresponde el contencioso suscitado por la acción de las AAI en general, y del CSA en particular? La pregunta parece más anodina que la anterior y, en todo caso, más fácil de responder. Pero, como se trata de las AAI, todo es más complejo, como lo demuestra el problema surgido respecto a esta cuestión. La lógica querría que la acción de autoridades –seguramente independientes– pero a menudo cualificadas de administrativas, estuviera controlada por el juez administrativo. ¿No es, de hecho, su principal jefe, más allá de todas las peripecias que han repercutido históricamente sobre el reparto de las competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales? La identificación de una autoridad administrativa está en la base del trabajo jurisprudencial del Consejo de Estado que pretende justificar su poder de control.

Pero la duda surgió cuando se dio cuenta de que algunas AAI intervenían en relación con personas privadas, en ámbitos tradicionalmente reservados a la iniciativa de éstas y generalmente sometidos al derecho común. Se planteó claramente cambiar el orden de las competencias, al tratarse de las AAI constituidas para regular la economía de mercado regida por el derecho de la competencia en el que el juez judicial es más próximo que el juez administrativo. El debate ganó intensidad cuando se admitió a mediados de los años ochenta que estas AAI podían disponer, tal y como se ha podido constatar, de un poder sancionador significativo que podía asemejarse a la tarea del juez penal. ¿Debíamos desestimar, entonces, que el juez judicial era más competente que su homólogo administrativo para apreciar el respeto de las normas aplicables y proteger los intereses legítimos de los operadores privados, ante un poder de represión administrativa considerado muy riguroso?

- La cuestión, planteada a escala general, fue resuelta con respecto al Consejo de la Competencia³⁷ en un sentido más bien desfavorable a la jurisdicción administrativa. Puesto que, tras estimar que ésta disponía de una reserva constitucional de competencia que se traducía por el monopolio de la anulación o reformación de las decisiones administrativas, el Consejo Constitucional consideró que este principio se podía mantener a raya para una buena administración de la justicia, cuando su aplicación podría comportar un fraccionamiento del contencioso entre los dos órdenes de jurisdicción. En este caso, «se permite al legislador unificar las normas de competencia jurisdiccional en el seno del orden principalmente interesado», es decir, en beneficio del orden judicial. De esta forma, corresponde al juez judicial resolver sobre la acción de numerosas AAI, al menos parcialmente, puesto que el legislador, lejos de seguir la línea marcada por el Consejo Constitucional, hace a menudo un reparto entre

³⁵ J. L. Autin, « Le contrôle des AAI par le Conseil d'Etat est il pertinent ? » RDP 1991, p. 1535.

³⁶ B. Mullan, *Administrative law*, Toronto, 2001, Ch. 3-5; P. Garant, *Droit administratif*, 5ª edición, Montréal, 2004, Ch. 7 ; D. Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, ed. en hojas móviles 70-005 a 70-150.

³⁷ Decisión n.º 224 DC, de 23 de enero de 1987, en L. Favoreu y L. Philip, op. cit., p.706.

los dos órdenes jurisdiccionales, reservando, esquemáticamente, el contencioso de las sanciones al juez judicial, y manteniendo la competencia del juez administrativo sobre los otros aspectos del funcionamiento de las AAI.

- La organización del contencioso en el sector del audiovisual no ha vivido nunca estas peripecias y, desde este punto de vista, la condición hecha al Consejo Superior es radicalmente diferente del destino reservado, como se acaba de constatar, a las otras AAI³⁸. Incluso es única en el seno de la categoría de las autoridades de regulación y, por este motivo, nos pide cierta atención.

Ciertamente, debemos dejar de lado el contencioso del derecho de respuesta a la radio y la televisión que, en el extremo inferior, ha ido menguando a lo largo del tiempo. Según una antigua tradición, confirmada por la Ley de 29 de julio de 1982 y que, hasta ahora, nadie ha desmentido, este contencioso pertenece al juez judicial y es competencia de la jurisdicción de derecho común de primer grado. Esta solución se entiende perfectamente si podemos ver que este contencioso enfrenta a dos o más personas privadas, y no hay ningún motivo para que sea competencia del juez administrativo; debemos añadir que no afecta en nada a la instancia de regulación del audiovisual, aunque esta atribución de competencia no podría asimilarse a una derogación hecha en el siguiente principio.

Este principio se puede enunciar fácilmente, y su aplicación suscita algunos comentarios pero ninguna dificultad. Los litigios procedentes de la actividad del CSA son de la competencia exclusiva del juez administrativo y, como se trata de un organismo colegiado nacional, esta competencia corresponde al Consejo de Estado en primera y última instancia. Es significativo que el legislador y el Consejo Constitucional hayan rechazado juntos esta solución en 1986 y 1989. Recordemos que este último hizo de la posible intervención del juez administrativo una condición de la constitucionalidad de las leyes confiriendo un poder reglamentario a la autoridad de regulación, y la responsabilidad del Estado podía verse comprometida debido a sus disfunciones. Por su parte, el legislador se tomó la molestia de indicar, a propósito del régimen de sanciones del CSA, que «el titular de la autorización para la explotación de un servicio de comunicación audiovisual puede, en el plazo de dos meses a partir de su notificación, presentar un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado»³⁹ contra las decisiones sancionadoras recibidas.

Pero la relación no es unívoca y, por su parte, se pide al Consejo de Estado que preste su ayuda al CSA de dos formas distintas. Por un lado, un miembro de la jurisdicción administrativa designado por el vicepresidente del Consejo de Estado que tramita el expediente y que establece un informe, diligencia el procedimiento sancionador y puede presentar observaciones orales y asistir a la decisión del CSA con voz consultiva⁴⁰. Esta distinción de las dos fases del procedimiento –instrucción y deliberación– ha evitado al CSA sufrir los mismos desengaños que las otras AAI, en un momento en el que el procedimiento represivo aplicado, sin llevar a cabo esta disociación, había sido considerado contrario a las exigencias del procedimiento equitativo. Por otro lado, la Ley de 1989, que se anticipó a la reforma de los procedimientos de urgencia efectuada en el año 2000, dio poder al presidente del CSA para recurrir al presidente de la sección del contencioso del Consejo de Estado con objeto de que tomara las medidas necesarias, incluso bajo pena coercitiva, con el fin de hacer cesar el incumplimiento por parte de los operadores de sus obligaciones, o eliminar cualquier pega para la ejecución de las misiones del CSA⁴¹.

³⁸ La gran heterogeneidad que prevalece, en cuanto al régimen contencioso de las AAI, no habla a favor de la tesis de una categoría institucional perfectamente constituida.

³⁹ Artículo 42-8 de la Ley sobre la libertad de comunicación audiovisual en su redacción procedente de la Ley de 17 de enero de 1989.

⁴⁰ Artículo 42-7 de la Ley. Por este motivo, «los procedimientos en vigor parecen compatibles con las exigencias europeas» y, en realidad, la consulta de la jurisprudencia no muestra ningún caso de censura jurisdiccional basado en el desconocimiento del artículo 6 § 1 del Convenio europeo, aunque éste sea aplicable (CE de 29 de julio de 2002, Association Radio Deux Couleurs, RT 724). Véase J. Ph. Thiellay, *L'évolution récente des sanctions du CSA*, AJDA 2003, p. 475.

⁴¹ Por ejemplo: Ordenanza de 13 de diciembre de 2004, ordenando a la empresa Eutelsat anular, en 48 horas y con una multa de 5.000 euros por día de retraso, la emisión de la cadena de televisión Al Mandar, próxima al Hezbollah libanés; Ordenanza de 3 de marzo de

Este hecho lleva a una situación curiosa en la que el Consejo de Estado hace, a veces, de censor, y otras veces, de colaborador del CSA; pero esta doble vertiente del Consejo de Estado no nos sorprende, porque, a escala general, sabe actuar a la vez de Consejo de Gobierno y de juez de la Administración.

B. Adopción de soluciones clásicas

Como se trata de un contencioso fundamentalmente administrativo, es necesario distinguir lo contencioso de la legalidad de las medidas tomadas por el CSA, cuya diversidad hemos podido comprobar anteriormente, y lo contencioso de la responsabilidad en los supuestos en los que la intervención del Consejo ha podido generar un perjuicio reparable.

1. El control de legalidad

Cuando tiene que evaluar la regularidad de una medida administrativa, el juez no siempre hace muestra de la misma severidad; la intensidad de su control varía en función de diferentes parámetros, según los casos, de un control profundo, normal o limitado. Desde el momento en que el Consejo de Estado eligió aplicar a las AAI las soluciones obtenidas por las autoridades administrativas ordinarias, el contencioso del audiovisual se presta a las mismas apreciaciones, tal y como se esperaba.

- El control del juez es el más profundizado, puesto que se trata de medidas de sanción tomadas por el CSA. Se dan varias razones: en primer lugar, constatar que nos encontramos en una hipótesis parecida en el terreno de la materia penal con respecto al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos⁴². Este hecho implica el respeto de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las penas; en segundo lugar, el hecho de tener en cuenta la Ley de 1989, que ofrece la posibilidad a los operadores sancionados de interponer, como hemos dicho anteriormente, «un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado» contra las penas impuestas. Y este recurso otorga al juez un poder máximo de investigación y censura para proteger los intereses del requeridor.

Por otro lado, el juez administrativo no tarda en desarrollar su influencia y ejercer un control total sobre las decisiones sancionadoras tomadas por el CSA. La duda todavía estaba permitida en un primer estado de la jurisprudencia vinculado a la aplicación de la Ley de 1989; en efecto, en un caso muy debatido, el Consejo de Estado se pronunció tomando como base «el error manifiesto de apreciación», criterio habitual del control restringido⁴³. Pero, rápidamente, el juez administrativo fue más allá y entró en el terreno de un control más amplio, considerando en un caso concomitante que el CSA no había hecho «una apreciación errónea de las circunstancias del caso»⁴⁴. El rigor de este control se manifiesta a partir de dos elementos del régimen contencioso⁴⁵. Por un lado, el Consejo de Estado impone que el pronunciamiento de cualquier sanción ha de estar precedido normalmente por un requerimiento dirigido al operador, donde se le ordena el cumplimiento de

2005 contra la empresa Eutelsat, reafirmando la prohibición de difundir en Francia programas con connotaciones antisemitas y recordando a los operadores de las redes por satélite su obligación de velar por el contenido de los programas difundidos, AJDA 2005, p. 838.

⁴² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Colección Droit Fondamental, 8ª edición, 2006, p. 344.

⁴³ CE de 14 de junio de 1991, Association Radio Solidarité, RFDA 1992, p. 1016, nota J. L. Autin.

⁴⁴ CE de 26 de julio de 1991, Société La Cinq, AJDA 1991, p. 911, obs. P. Theron.

⁴⁵ H. Pauliat, *Le contrôle du juge administratif sur les décisions des AAI compétentes en matière audiovisuelle*, op. cit., p. 256.

la legislación en vigor o el respeto de sus obligaciones convencionales⁴⁶; para el juez administrativo esta exigencia, que una estricta lectura de la Ley de 1989 no parecía tener que imponer, procede de la decisión mencionada anteriormente del Consejo Constitucional que sólo hubiera admitido la devolución de un poder represivo al CSA bajo esta reserva de interpretación⁴⁷. Este requerimiento constituye una decisión que puede ser sometida a la censura del juez administrativo, puesto que, sin ser asimilable a una sanción, constituye una decisión que causa perjuicio⁴⁸. Lo malo de esta solución, eminentemente protectora de los intereses de los operadores, es que garantiza la impunidad del contraventor a la primera infracción; pero este inconveniente se palía, en parte, por el hecho de que los requerimientos dictados se inscriben en el tiempo y tienen un efecto permanente, aunque el CSA no está obligado a advertir o amenazar a un operador culpable por cada despropósito o engaño que haga hacia la reglamentación⁴⁹. Por otro lado, el Consejo de Estado no duda en aplicar su poder de reforma inherente a la plena jurisdicción, al reducir las sanciones pecuniarias, consideradas demasiado severas. Si recordamos la importancia que revisten estas sanciones, la reforma llevada a cabo puede ser significativa⁵⁰.

-Con respecto a las medidas administrativas ordinarias –que no reviste el carácter de sanción–, que el juez conoce a través del recurso por exceso de poder, éste adopta una medida clásica que consiste, en el fondo, en distinguir los casos de poder discrecional y los supuestos de competencia obligada.

Instituto a resolver en estos ámbitos técnicos o a pronunciarse sobre cuestiones delicadas, el juez, respetando el margen de apreciación discrecional del CSA, se limita a un control restringido: selección de los concesionarios de televisión privada⁵¹, atribución de las frecuencias en función de las calidades o méritos respectivos de los operadores de radio privados,⁵² nombramiento de los responsables de las empresas de programas en el sector público⁵³.

Pero, en general, las decisiones reglamentarias o individuales sometidas a la censura del juez son objeto de un control normal. Si exceptuamos la desviación de poder –a menudo invocada pero nunca considerada–, las sentencias anuladoras hacen referencia a los diferentes casos de inicio del recurso por exceso de poder. Las causas de censura que afectan a la legalidad externa son las más numerosas y se distribuyen con desigualdad entre la incompetencia y el vicio de forma.

. Anulación de una «nota de terminología» adoptada por la autoridad de regulación por incompetencia, habiendo ganado terreno las AAI sobre el poder reglamentario del Gobierno para definir la noción de obra audiovisual de expresión francesa;⁵⁴ o incluso anulación por la misma razón de un «comunicado» del CSA autorizando la publicidad televisiva para las webs de empresas de comunicación⁵⁵.

. Anulación por vicio de forma o procedimiento de varias decisiones del CSA en materia de atribución de frecuencias para las radios privadas (insuficiencia de motivación de las decisiones de desestimación)⁵⁶ y de la red de difusión para los operadores privados de televisión (irregularidades en el procedimiento de concurso)⁵⁷.

⁴⁶ Únicamente se escapan de este requerimiento previo las medidas de suspensión de la autorización de emitir justificadas por una modificación sustancial de los datos a cuya vista se había otorgado la autorización (artículo 42-3 de la Ley). CE de 27 de septiembre de 2006, *Association Fréquence Mistral*, AJDA 2006, p. 1813.

⁴⁷ CE Ass., de 11 marzo de 1994, *Société La Cinq*, AJDA 1994, p. 402.

⁴⁸ CE de 14 de junio de 1991, *Association Radio Solidarité*, préc.

⁴⁹ CE de 20 de mayo de 1996, *Société Vortex*, AJDA 1996, p. 711.

⁵⁰ Véase un caso en el que la cantidad de la sanción se ve reducida de 5 a 3 millones de francos: CE de 11 de marzo de 1994, *Empresa La Cinq* préc.; en otro caso, el juez administrativo disminuye el importe de la sanción, CE de 8 de abril de 1994, *CSA*, DA n.º 321.

⁵¹ CE de 18 de abril de 1986, *CLT*, RDP 1986, p. 847.

⁵² CE de 13 de diciembre de 2002, *Société Radio Monte Carlo*, AJDA 2003, p. 135.

⁵³ CE de 19 de enero de 1990, *La télé est à nous*, R. p. 9.

⁵⁴ CE de 16 de noviembre de 1990, *Société La Cinq*, AJDA 1991, p. 214.

⁵⁵ CE de 3 de julio de 2000, *Société des auteurs, réalisateurs producteurs et autres*, EDCE 2001, p. 337.

⁵⁶ CE de 18 de mayo de 1990, *Association arménienne d'aide sociale*, AJDA 1990, p. 722.

⁵⁷ CE Ass., de 21 de octubre de 1988, *TF1 c/ CNCL*, R. p. 368.

2. El contencioso de la responsabilidad

No hay ningún caso en el que la responsabilidad del CSA haya sido puesta en entredicho ante el juez administrativo. Por lo tanto, debemos razonar en este caso por analogía con las soluciones propuestas por el juez con respecto a las otras autoridades administrativas independientes. Durante mucho tiempo limitado a algunas hipótesis de escuela, el enfrentamiento de la responsabilidad administrativa es susceptible, en este aspecto, de estar cada vez más comprometido.

Como las AAI no disponían de personalidad jurídica ni de patrimonio propio, el único sujeto del derecho susceptible de responder del perjuicio ocasionado por su disfunción era el propio Estado. Así, en aquellos casos en los que tenía lugar un contencioso de estas características, incluso cuando las demandas tendían a poner en entredicho la responsabilidad de las AAI, fueron consideradas por el juez como si fueran dirigidas contra el Estado⁵⁸. Pero, debido a la asimilación de la función de las AAI a una actividad de control, se exigía la existencia de una falta muy grave para que la responsabilidad del poder público pudiera estar comprometida⁵⁹. Por ese motivo, las acciones entabladas en este sentido fracasaron durante mucho tiempo. No fue hasta 1994 que el juez judicial –competente al tratarse de la Comisión de operaciones bursátiles– tomó una decisión en aplicación de la jurisprudencia *Giry*⁶⁰ y pronunció una condena pecuniaria respecto al Estado⁶¹.

Más adelante, las jurisdicciones inferiores intentaron influir en esta jurisprudencia jugando con la dualidad de atribuciones de algunos organismos implicados. Encargados de llevar a cabo una misión administrativa de vigilancia o control, éstos podían asimilarse, a tal efecto, a servicios administrativos ordinarios y el afrontamiento de la responsabilidad administrativa podía intervenir en el terreno de la falta leve. La exigencia de una falta grave sólo se hubiera mantenido si se hubiera tratado del ejercicio de su función jurisdiccional, a menudo vinculada a la aplicación de una represión disciplinar⁶². Pero el Consejo de Estado no dio curso a esta eventualidad, aunque parecía corresponder a la tendencia jurisprudencial a disminuir la falta grave; prefirió mantener su solución tradicional y reafirmó solemnemente la existencia de un régimen de falta grave en materia de responsabilidad del Estado partiendo de las maniobras de las autoridades de regulación⁶³.

La cuestión vuelve a ser de actualidad debido a una evolución significativa del régimen jurídico de algunas AAI. Al hacer evolucionar la fórmula, el legislador ha previsto que en algunos casos las AAI dispongan de personalidad jurídica. Todavía no es el caso del CSA, pero esta innovación comporta el planteamiento de sus consecuencias en el momento de producirse⁶⁴. Y es así como, mediante una resolución dictada el 8 de septiembre de 2005 a petición del Gobierno, el Consejo de Estado tuvo que determinar la persona responsable en caso de contencioso en responsabilidad dirigido contra una autoridad como ésta⁶⁵. El Gobierno quería saber si la responsabilidad del Estado podía ponerse en entredicho en caso de recurso contra las decisiones de la comisión, o bien si ésta había de asumir las consecuencias de una posible condena. El Consejo de Estado estimó que la capacidad jurídica atribuida a la Autoridad implica que se hace cargo de las consecuencias de las acciones en

⁵⁸ CE Ass., de 29 de diciembre de 1978, *Darmont*, R. p. 542 ; CE de 22 de junio de 1984, *Société Pierre et Christal*, RT 506.

⁵⁹ CE de 22 de junio de 1984, prec.

⁶⁰ Cass. Civ. *Tesoro público c. GIRY*, RDP 1958, p. 298, nota de M. Waline.

⁶¹ CA París, 6 de abril de 1994, *Compagnie diamantaire d'Anvers*. *Dalloz* 1994, p. 511.

⁶² CAA París, 30 de marzo de 1999, *El Shikh* (se trata de la Comisión bancaria); CAA París, 13 de julio de 1999, *Groupe Dentressangle* (se trata de la Comisión de control de seguros), *AJDA* 1999, p. 951.

⁶³ CE Ass. 30 de noviembre de 2001, ministro de Economía, c/ Sr. y Sra. *Kechichian*, *AJDA* 2002, p. 133.

⁶⁴ La Ley de 1 de agosto de 2003 confirió la personalidad moral a la Autoridad de los mercados financieros creada por la agrupación del Consejo de los mercados financieros y la COB por una parte, y a la Comisión de control de seguros, mutuas e instituciones de previsión, por otra, que surge de la fusión de organismos ya existentes.

⁶⁵ Dictamen publicado en el informe público de 2006 del Consejo de Estado, p. 211; véase *La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'État »*, *RJEP/CJEG*, n.º 635, octubre de 2006, p. 359.

responsabilidad que podrían ser ejercitadas contra éstas. En cambio, el Consejo de Estado precisó que la responsabilidad del Estado podía estar, a título subsidiario, comprometida por las víctimas de las faltas cometidas por este organismo en la ejecución de su misión de servicio público, en caso de insolvencia de éste. Seguramente, considera la Alta asamblea, la Autoridad puede constituir provisiones para hacerle frente; pero esta facultad depende en práctica de los recursos procedentes de una contribución cuyo tipo será fijado libremente por el gobierno en los límites previstos por la ley...

IV. Conclusión

La valoración final sobre el CSA presenta varios matices. Lo abordaremos en tres tiempos:

- En primer lugar, debemos hacer un balance global positivo. Esta fórmula puede parecer anodina; pero no lo es si recordamos los difíciles inicios que vivió la autoridad de regulación. Durante muchos años, fue el punto de mira convergente de algunos sectores políticos que ponían en entredicho el principio, de una parte, de la doctrina jurídica que criticaba los poderes⁶⁶ y de diversos e importantes operadores privados que habían iniciado una verdadera «batalla jurisdiccional» para socavar la confianza en esta nueva institución. De hecho, ésta no funcionó del todo bien. Se le hicieron dos grandes reproches: por un lado, el hecho de haber cedido a la personalización del poder en manos de su presidente, con menoscabo del principio de colegialidad, inherente a la categoría de las AAI y prueba de una gestión armoniosa e imparcial de sus misiones; por otro, el hecho de no mostrar en varias ocasiones la valentía política, al tratarse del reparto del tiempo de palabra reservado en los medios de comunicación en las diferentes formaciones políticas en periodo electoral, o bien de la gestión de dossiers complejos y delicados, como el de la red de «La Cinq», que finalmente el Gobierno hizo uno retracto en beneficio de Arte.

- Acostumbrado al juego de los responsables políticos y de los operadores profesionales, el CSA se ha instalado sin problemas en el paisaje institucional. Los órganos más importantes del Estado han hecho una valoración favorable, pero han establecido ciertos matices. En unos cuantos años de intervalo, el Consejo de Estado, por una parte, y el Parlamento, por la otra, presentaron respecto a las AAI y, en concreto, al CSA unas recomendaciones significativas. No tanto para limitar sus prerrogativas sino para reforzar su legitimidad. El informe público del Consejo habla a favor de una verdadera delegación de poder, desde el momento en que las AAI tuvieron que hacerse cargo de la regulación de un sector o un mercado. En estos ámbitos en los que tiene lugar una mutación rápida como la del audiovisual, y en las que las administraciones centrales no tienen un régimen establecido, el Consejo estima «oportuno aprovechar la capacidad de reacción rápida de una AAI para dejarle a sus manos la adaptación de la reglamentación aplicable»⁶⁷. Conviene controlar mejor la acción de las AAI, como insiste el Parlamento⁶⁸, que puede mostrarse más audaz en este punto. Se podría inspirar, en este aspecto, en los *sunset laws* norteamericanas a través de las cuales, a intervalos regulares, unas comisiones de investigación parlamentaria hacen el balance de la acción de estas autoridades, y renuevan o no su mandato. La existencia de las AAI debe combinarse ciertamente con los principios democráticos, pero precisamente la autoridad política ha de ejercer este arbitraje⁶⁹.

- Queda una última cuestión relativa al futuro del CSA. No existe ninguna amenaza de desaparición política del CSA, a diferencia de sus predecesores durante los años ochenta. Pero no podemos descartar la hipótesis de que

⁶⁶ Véase D. Rousseau, sobre una sanción dictada por el CSA: «Monstruo juridique, le CSA a pris une décision juridiquement monstrueuse», *Le Monde*, 10 de enero de 1995.

⁶⁷ Informe del Consejo de Estado 2001, op. cit. p. 339.

⁶⁸ Informe de la Oficina parlamentaria de evaluación de la legislación, 20 de junio de 2006.

⁶⁹ M. Lombard, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, AJDA 2005, p. 530.

pierda su autonomía a favor de una recomposición general del dispositivo de las AAI. El CSA y la Autoridad de regulación de las comunicaciones electrónicas y postales (ARCEP) son instituciones potencialmente concurrentes en la medida que cada una se hace cargo de la regulación de una parte del espectro de las frecuencias. La convergencia entre el teléfono, la televisión e internet nos puede llevar a pensar en la fusión del CSA y la ARCEP, y la creación de un organismo único, como la solución adoptada en países vecinos. El riesgo sería hacer prevalecer el interés de las telecomunicaciones con menoscabo de los autores y los difusores; éstos se podrían convertir paradójicamente en los mejores defensores del CSA, aun temiendo muchísimo la influencia de éste en el momento de crearse.

V. Bibliografía sumario

F. Balle, *Médias et Sociétés*, Montchrestien, 12ª edición, 2005.

E. Durieux, *Droit de la communication*, LGDJ, 4ª edición, 2003.

Cl-A. Colliard y G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988.

M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 2ª edición, 1994.

M. J. Guedon *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991.

Estudios y documentos del Consejo de Estado

F. Gazier e Y. Cannac, *Les autorités administratives indépendantes*, n.º 35, 1983.

M. Pochard, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, n.º 52, 2001.