

JURISPRUDENCIA EN TORNO A LOS CONSEJOS DEL AUDIOVISUAL

Joan Amenós Álamo*

Míriam García Quintana**

Sumario

- I. Introducción. La escasez de resoluciones judiciales. Qué entendemos por «consejos del audiovisual» y qué es el control de contenidos
- II. La naturaleza del consejo como autoridad administrativa independiente y su fundamento constitucional
 - II.1. Los perfiles generales de los consejos del audiovisual
 - II.2. La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. La inexistencia de sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la materia
- III. Jurisprudencia significativa en torno a resoluciones administrativas de control de contenidos
 - III.1. Inexistencia de decisiones judiciales.
 - III.2. Las resoluciones judiciales que enjuician decisiones administrativas relativas al control de contenidos
 - III.2.1. Introducción. Ámbito del estudio
 - III.2.2. El control del contenido de la programación
 - III.2.2.1. Introducción. El punto de partida de la libertad de expresión
 - III.2.2.2. El derecho de los espectadores a conocer la programación prevista
 - III.2.3. El control del contenido de la publicidad
 - III.2.3.1. Introducción
 - III.2.3.2. El límite temporal
 - a) Planteamiento del problema.
 - b) La cuestión de las «euroclaquetas»
 - III.2.3.3. La publicidad que interrumpe las obras audiovisuales
 - III.2.3.4. La publicidad prohibida o restringida por motivos de salud o seguridad
 - a) La noción de publicidad prohibida o restringida.
 - b) La determinación judicial de la conexión entre la imagen emitida y el producto con publicidad prohibida.
 - III.2.4. Conceptos jurídicos indeterminados y activismo judicial
 - III.2.4.1. La culpabilidad en las infracciones administrativas de programación o publicidad ilícitas
 - III.2.4.2. El cese en la emisión de anuncios

* Joan Amenós Álamo, profesor titular de derecho administrativo de la Universitat Autònoma de Barcelona, Edificio B, Campus de la UAB, 08193, Cerdanyola del Vallès, joan.amenos@uab.es.

** Míriam García Quintana, licenciada en derecho, estudiante de tercer ciclo (Estudios jurídicos europeos avanzados), Universitat Autònoma de Barcelona, miriam.garcia@catalonia.net.
Artículo recibido el 31.10.2006.

I. Introducción. La escasez de resoluciones judiciales. Qué entendemos por «consejos del audiovisual» y qué es el control de contenidos

En primer lugar, debemos partir del paradigma tradicional, que entra en crisis a partir de los años noventa en Europa. Este paradigma admitía que existía un control de contenidos audiovisuales por parte de los poderes públicos, pero nacía de una doble limitación. La primera radicaba en el hecho de que la autoridad actuante era normalmente la judicial y que, además, este enjuiciamiento procedía ordinariamente a instancia de parte. Así se puede observar en la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹ o en la regulación sustantiva y procesal de la publicidad ilícita y de las acciones de cese y rectificación.² Lo mismo hemos de decir en los supuestos penales de injuria y calumnia, que son delitos perseguibles a instancia de parte, con alguna concreta excepción.

Este modelo —que estamos simplificando mucho— se completaba con la semiparálisis de las autoridades administrativas en este campo. Es un buen exponente el art. 20.2 de la Constitución, según el cual el ejercicio de los derechos de libre expresión y difusión de ideas —enumerados en concreto por el art. 20.1 de la Constitución—³ «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa». Sin embargo, hemos hablado de semiparálisis porque las autoridades administrativas disponían de cierto margen para ejercer el control de contenidos. Por ejemplo, si nos encontramos ante la adjudicación de un título concesional para la emisión, lo normal es que el pliego de cláusulas ya incluya ciertos requisitos de contenido (porcentaje de programación cultural, estructura de horarios, etc.). Si el supuesto es la concesión de licencias, la normativa reguladora podría incluir la imposición de ciertos requisitos de contenido que operarían como condiciones propias de la autorización (sin perjuicio del respeto a la libertad de expresión y de que, en este último caso, ya no estamos ante un servicio público en la concepción clásica).

El esquema anterior se completaba con la promulgación —creciente— de una normativa que atribuía a la Administración potestades de intervención y sanción basadas en títulos determinados, como la seguridad y la salud de las personas⁴ o la protección de los consumidores. En la misma línea debemos situar la normativa administrativa para la protección de la juventud y la infancia, que halla una específica base constitucional en el art. 20.4 de la Norma suprema⁵ y que permite, por ejemplo, el control administrativo del cumplimiento de la normativa de horarios de emisión.

El mapa dibujado estaba vigente en España y en otros países occidentales hasta la llegada del vendaval normativo que propugna la instauración de «consejos del audiovisual». Es decir, de órganos administrativos (o de entes con personalidad jurídica propia) que disfrutaran de cierto grado de autonomía respecto de la Administración pública activa y que, además, pasan a ejercer todas o algunas de las potestades de control que hemos descrito.⁶ En efecto, nos acercamos a fórmulas similares a las denominadas «administraciones independientes», ya que nace la desconfianza ante el crecimiento de las facultades administrativas para condicionar —directa o indirectamente— qué dicen en concreto las emisiones.

¹ Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

² Al respecto, *vid.* art. 25 y ss. de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, general de publicidad, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, y por la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

³ Según el art. 20.1. CE, «se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.»

⁴ Podemos citar aquí el caso de la denominada publicidad de «productos especiales» (medicamentos, armas, juegos de azar), donde el abanico de potestades administrativas va desde la exigencia de autorización hasta la prohibición, pasando por la inspección y la sanción.

⁵ Según lo establecido en el art. 20.4 CE, «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

⁶ Describimos las características generales de los consejos del audiovisual en el epígrafe II.1 de nuestro trabajo.

El cambio de paradigma que hemos reseñado se complica con otro elemento. Nos referimos a la aparición de infracciones construidas con conceptos jurídicos indeterminados y que dudosamente respetan el principio de tipicidad. Incluimos aquí, por ejemplo, la redacción dada al art. 8 por la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de «televisión sin fronteras».¹ En concreto, el art. 8.1 califica como publicidad ilícita la publicidad por televisión y la televenta:

- Que «fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social».
- Que «inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas».
- Que «inciten a la crueldad o al maltrato a las personas o a los animales o a la destrucción de bienes de la naturaleza o culturales».

En la misma línea se mueve el art. 10.1 de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que califica como ilícita la publicidad «que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio».²

En consecuencia, el modelo al que aludíamos al principio se ha transformado en un doble sentido. En primer lugar, subjetivo, con la aparición de un ente de naturaleza peculiar — «independiente». En segundo lugar, con la expansión de los hechos perseguibles o reprimibles bajo la etiqueta del «control de contenidos». Por lo tanto, nuestro trabajo investiga inicialmente la jurisprudencia que nos permita aclarar qué es jurídicamente un consejo del audiovisual. Después examinaremos las resoluciones de los tribunales que se interroguen sobre las funciones de control de contenidos que inicialmente se residenciaban en la Administración *tout court* y que ahora están siendo exportadas a los mencionados consejos.

II. La naturaleza del consejo como autoridad administrativa independiente y su fundamento constitucional

II.1. Los perfiles generales de los consejos del audiovisual

Nuestro punto de partida es la Recomendación de 20 de diciembre de 2000 del Comité de Ministros de los estados miembros del Consejo de Europa, relativa a la independencia y funciones de las autoridades reguladoras del sector de la radiodifusión.³ Esta recomendación no es, obviamente, una resolución judicial pero nos resulta de gran utilidad porque proporciona unas pautas comunes para la configuración de dichas autoridades, pues hay que tener en cuenta que los modelos vigentes en Europa presentaban y presentan considerables diferencias. Por otra parte, la Recomendación procuraba profundizar en el contenido del art. 10 del CEDH,⁴ que reconoce la libertad de expresión.⁵ A nosotros nos interesan sólo algunas pinceladas que nos ayuden a centrar nuestra

¹ Éste es el nombre que habitualmente recibe la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora en el ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, y por la Ley 15/2001, de 9 de julio.

² En la misma perspectiva —aunque como mera recomendación— se mueve el segundo párrafo del art. 14 de la precitada Ley orgánica 1/2004:

«La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado con el tratamiento gráfico de las informaciones».

³ REC (2000) 23, adoptada por el Comité de Ministros el 20 de diciembre (disponible en <www.humanrights.coe.int/media/documents/legal%20texts/regulatory-authorities.doc>).

⁴ Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

⁵ Este precepto dispone el siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

investigación.¹ De entrada, se insiste en la protección de estas autoridades ante cualquier tipo de injerencia externa (lo que implica, por ejemplo, una estricta regulación de sus incompatibilidades, una elección de miembros democrática y transparente, etc.). En segundo lugar, se exige la atribución de un conjunto de potestades. En síntesis, éstas tienen que cubrir el poder reglamentario (incluida la aprobación de orientaciones o directrices), la concesión de licencias de radiodifusión y diversas competencias de control (inspección y requerimiento de datos, potestad sancionadora, etc.).² Este apretado resumen nos permite continuar nuestro trabajo con una orientación definida.

II.2. La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. La inexistencia de sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la materia

La Recomendación que hemos comentado en el epígrafe precedente nos acerca a la institución que conocemos como «autoridad administrativa independiente». Sin embargo, dentro del respeto a los parámetros indicados serían posibles configuraciones muy distintas e incluso bastaría una estricta regulación de un órgano administrativo imparcial incluido en la estructura de la Administración pública dirigida por el Gobierno.³

Una de las resoluciones que más nos interesan en esta discusión es la Decisión 88-248, de 17 de enero de 1989, del Consejo Constitucional francés, en la que se analizaron —entre otros puntos— los poderes de sanción del Consejo Superior del Audiovisual⁴ y su compatibilidad con el principio de separación de poderes.⁵ En concreto, el Consejo afirmaba en su fundamento 27:

«*Considérant que, pour la réalisation de ces objectifs de valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative; qu'il est loisible également de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission [...]*».

Esta admisión de constitucionalidad se completaba con un examen concreto de las garantías de procedimiento en la adopción de resoluciones sancionadoras. Por ejemplo, la *procédure contradictoire* en los casos de retirada de la autorización (fundamento 29), la motivación y proporcionalidad de las sanciones (fundamento 30), el principio de *non bis in idem* respecto a las sanciones penales (fundamento 30), el recurso de

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

¹ La citada Recomendación ha sido comentada por Orriols Sallés, À., en Milian Massana (dir.), *El Consell de l'Audiovisual a Catalunya*, Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004, p. 30-33

² Orriols precisa que la vigilancia establecida «no debe incluir el control previo a la emisión —sino *ex post*» (*op. cit.*, p. 32). En efecto, la anticipación del control nos situaría en el terreno de la censura previa (que, como sabemos, está infectada de inconstitucionalidad —art. 20.2 CE).

³ Nuestro ordenamiento ya conoce la peculiar configuración de los órganos administrativos bajo «jerarquía debilitada» e incluso «cuasijudiciales», que van desde los tribunales de oposiciones para la selección de empleados públicos hasta los tribunales económico-administrativos o los jurados de expropiación. Aun siendo evidentes las diferencias entre todos estos supuestos, vienen a demostrar la posibilidad de articular órganos con bastantes garantías de independencia e imparcialidad. Éstas pueden ser mejoradas —sin duda— pero no siempre resultan necesarios costosos artilugios de importación forzada. No olvidemos, por otra parte, que es obligación del legislador —en todo caso y por cualquier órgano— respetar el mandato del art. 103.1 CE, según el cual «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales».

⁴ El *Conseil supérieur de l'audiovisuel* está calificado por la Ley que lo regula —Ley 86-1067, de 30 de septiembre de 1986, relativa a la libertad de comunicación— como «*autorité indépendante*» (art. 3-1) y dispone de relevantes poderes de inspección, autorización y sanción. Está formado por nueve miembros, tres de ellos designados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado.

⁵ Esta resolución ha sido comentada por De la Quadra-Salcedo en su «Informe preliminar sobre el régimen jurídico del audiovisual», en AV, *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons - Institut d'Estudis Autònoms, Madrid/Barcelona, 2000, p. 30.

pleine juridiction ante el Consejo de Estado (fundamento 31), etc. En todos los casos, el Consejo fue favorable a la constitucionalidad del texto.

No corrió la misma suerte, sin embargo, la atribución al Consejo Superior del Audiovisual establecida en el tercer párrafo del art. 27 de la Ley de 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación. Este artículo había sido redactado de nuevo por el art. 11 de la *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. En concreto, se preveía lo siguiente:

«Les règles déontologiques concernant la publicité et les règles applicables à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci sont fixées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel».

El Consejo consideró que esta previsión vulneraba la previsión de los dos primeros párrafos del art. 21 de la Constitución, relativos a la asignación de la potestad reglamentaria al primer ministro:

«Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres».

El fundamento 15 de la *Décision* permitía, sin embargo, la atribución de la potestad reglamentaria a otras autoridades y órganos del Estado, aunque de forma limitada:

«Considérant que ces dispositions confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national; que si elles ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu [...]».

Dicho esto, se consideraba que la habilitación en el Consejo para el ejercicio de la potestad reglamentaria era *trop étendue* y que, por lo tanto, desconocía las disposiciones del art. 21 de la Constitución.¹ Esta discusión es importante porque la Constitución española también establece expresas atribuciones de la potestad reglamentaria en determinados órganos, lo cual, por lo tanto, podría limitar su adjudicación a los consejos del audiovisual.

Una vez examinada esta importante jurisprudencia francesa, continuamos el periplo por nuestro ordenamiento. Como es sabido, todavía no ha sido creada en el nivel estatal una autoridad independiente en el ámbito audiovisual.² Sí contamos, no obstante, con varias experiencias autonómicas, por ejemplo, el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual en Galicia,³ el Consejo Superior Andaluz del Audiovisual,⁴ el Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid⁵ y el Consejo Audiovisual de Navarra.⁶ En Cataluña, la vigente regulación sobrepasa en gran parte en la reciente Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña.⁷ Esta norma y la precedente Ley 2/2000 establecen ya una regulación completa de una

¹ La actual redacción del artículo 27 en cuestión otorga un relevante papel en el desarrollo reglamentario a los «*décrets en Conseil d'État*» y, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional comentada, excluye la competencia del Consejo Superior del Audiovisual. No obstante, es cierto que el último párrafo otorga al Consejo una competencia de informe preceptivo previo:

«Ces décrets sont pris après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cet avis motivé est publié au Journal officiel de la République française, ainsi que le rapport de présentation du décret».

² Según reseña Pons Cànoves, en Milian Massana, *op. cit.*, p. 236, han sido creadas varias entidades independientes. Algunas tienen reconocida potestad sancionadora.

³ El Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual de Galicia fue creado por la Ley 6/1999, de 1 de septiembre, del audiovisual de Galicia.

⁴ Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía.

⁵ Ley 2/2001, de 18 de abril, de contenidos audiovisuales y servicios adicionales de la Comunidad de Madrid.

⁶ Establecido por la Ley foral 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra.

⁷ Conviene tener en cuenta que ya la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Consejo Audiovisual de Cataluña, había creado la primera autoridad reguladora independiente en España. Además, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra esta Ley. El recurso, en aplicación del art. 161.2 de la Constitución, tiene efectos suspensivos sobre una extensa parte de la Ley (puede leerse el alcance de la providencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2006 en el BOE de 9 de octubre del mismo año).

autoridad administrativa independiente con potestades normativas, de concesión de títulos habilitantes y sancionadoras. El carácter independiente deriva, entre otras precisiones, de la elección parlamentaria de sus miembros.¹ Está prevista, además, la creación del Consejo Audiovisual de la Comunidad Valenciana, según lo establecido en el art. 5 de la Ley 1/2006, de 19 de abril, del sector audiovisual.²

Ante este panorama, lo que nos tenemos que plantear es la admisibilidad de una administración independiente regida por un órgano de designación parlamentaria con los perfiles indicados. Como es sabido, la aceptación en nuestro ordenamiento de estas figuras no es pacífica para la doctrina.³ La respuesta deberá ser positiva cuando la base constitucional sea innegable (por ejemplo, precisamente, cuando se trate de medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público: art. 20.3 de la Constitución). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en relación con otras administraciones independientes, por lo que, más allá de la polémica doctrinal, estamos todavía a la espera del *leading case* en este terreno.

III. Jurisprudencia significativa en torno a resoluciones administrativas de control de contenidos

III.1. Inexistencia de decisiones judiciales

Como hemos señalado en los anteriores epígrafes, el modelo tradicional se basaba en atribuir las potestades reglamentarias, de concesión de títulos habilitantes y de sanción (además de la adopción de medidas cautelares) al Gobierno y a sus órganos subordinados. Esta serie de potestades están siendo atribuidas en la actualidad —total o parcialmente— a nuevas entidades de carácter independiente (aunque esta traslación no se produce de momento en el nivel estatal). Sin embargo, lo cierto es que nos hallamos ante un proceso muy reciente y no disponemos de sentencias emanadas de la jurisdicción contencioso-administrativa que resuelvan impugnaciones contra acuerdos de estos nuevos entes. Esta ausencia se ve ratificada asimismo por la existencia de una práctica administrativa autorestrictiva. Nos referimos, en concreto, al escaso ejercicio de la potestad sancionadora por el CAC.⁴

III.2. Las resoluciones judiciales que enjuician decisiones administrativas relativas al control de contenidos

III.2.1. Introducción. Ámbito del estudio

Ante la falta de sentencias que puedan ser objeto de nuestro análisis, hemos optado por recoger y comentar en el presente artículo resoluciones judiciales que examinen decisiones administrativas relativas al control de contenidos. Este conjunto se divide en dos grandes grupos:

- En primer lugar, resoluciones judiciales en torno a la programación televisiva.
- En segundo lugar, resoluciones relativas a la publicidad.

III.2.2. El control del contenido de la programación

III.2.2.1. Introducción. El punto de partida de la libertad de expresión

¹ Completada ahora por la obligación de comparecencia de los candidatos ante una comisión parlamentaria que evalúe su idoneidad (art. 144.2 de la Ley 22/2005).

² Según el artículo 5 de la Ley 1/2006, «por una ley específica se creará el Consejo Audiovisual de la Comunidad Valenciana en que se determinará su cometido, naturaleza y régimen jurídico, ámbito y principios de actuación, estructura orgánica y composición, estatuto de sus miembros, recursos económicos, organización y funcionamiento, personal a su servicio y relaciones con las instituciones de la Generalitat».

³ Un resumen del debate puede leerse a través de la pluma de Orriols, en Milian (*op. cit.*, p. 24-25).

⁴ Esta práctica ha sido comentada por Pons Canovas, en Milian, *op. cit.*, p. 234. El autor recoge la polémica doctrinal en torno a la atribución de potestad sancionadora a estas entidades independientes. Aun así, la autolimitación a menudo deriva de la sabia aplicación de recomendaciones o requerimientos previos que obtienen el efecto de cese deseado.

Según lo dicho anteriormente, el punto de partida constitucional es la libertad de expresión y de información y la prohibición de la censura previa. Por lo tanto, las intervenciones limitadoras de la Administración deben tener un fundamento constitucional claro y determinado. En concreto, podemos señalar los siguientes:

- La protección del honor, la intimidad y la propia imagen.
- La protección de la juventud y de la infancia.
- La protección de los consumidores y de los usuarios.¹

Además, evidentemente, la Administración titular del servicio puede adoptar resoluciones de control de programación en el marco de la relación concesional con el operador. Estas resoluciones también podrían darse si el operador efectuara su emisión de acuerdo con una licencia administrativa previa y se produjera un incumplimiento de su clausulado (o cualquier otra incidencia dentro de la relación autorizatoria).

Más allá de los títulos indicados, la resolución administrativa podría vulnerar los derechos constitucionales de expresión y de información. Por otra parte, en el caso de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no debe existir normalmente un interés público en juego y por lo tanto su defensa no corresponde a la Administración pública.

En consecuencia, es misión de la jurisprudencia la configuración concreta de los supuestos que habilitan una intervención restrictiva de la Administración pública sobre la programación o sobre la publicidad. En un futuro inminente, estas decisiones de carácter policial —en el sentido clásico del término— recaerán en los consejos del audiovisual. Queda así justificada la utilidad de nuestro estudio.

Hay que observar que nos referimos, lógicamente, a situaciones en las que queda afectado el interés público e interviene la Administración pública. En consecuencia, la competencia de enjuiciamiento recaerá en la jurisdicción contencioso-administrativa. La defensa procesal de los derechos individuales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y de los intereses de otros competidores (en el caso de la publicidad ilícita) queda fuera de la misión constitucional de la Administración pública (que es el servicio al interés general).

III.2.2.2. El derecho de los espectadores a conocer la programación prevista

Como ya hemos avisado, no disponemos de resoluciones administrativas que hayan sido impugnadas judicialmente y que pretendan un control de contenidos de la programación. Sólo hay que declarar una excepción. Se trata del derecho de los usuarios a conocer la previsión de los programas (horarios, títulos, etc.). Este derecho fue otorgado expresamente por el art. 18 de la Ley 25/1994 (modificado por la Ley 22/1999). Según el primer inciso de este precepto, «constituye un derecho de los telespectadores, en cuanto usuarios, el conocer, con antelación suficiente, la programación de televisión, incluidas las películas cinematográficas y la retransmisión de espectáculos». Ya en el segundo inciso se admite que «sólo serán posibles las modificaciones en la programación anunciada que sean consecuencia de sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación».

Este derecho, como ya preveía la propia Ley, tuvo su pertinente desarrollo reglamentario. Así puede leerse en el «Real decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio». La legalidad de este Decreto fue admitida expresamente por la Sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001. Entre los preceptos sometidos a impugnación figuraban los artículos 2 y 3 del Reglamento, que regulan el alcance y contenido del derecho de información. En síntesis, se exigía una antelación informativa mínima de once días, se permitía que esta información se realizara por cualquier medio y fijaba su contenido mínimo (título, género, información específica sobre los cortometrajes, etc.). Además, se admitían modificaciones a la programación anunciada que fuesen consecuencia de acontecimientos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstos, en el momento de hacerse pública la programación (art. 3.3 del Reglamento indicado).

¹ El art. 51.1 CE precisa que los poderes públicos protegerán «mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

La sentencia precitada no advirtió extralimitación del Reglamento en el desarrollo de la Ley. Sus fundamentos jurídicos analizaron la justificación, proporcionalidad y razonabilidad de los límites establecidos (los once días de antelación, los concretos contenidos, etc.). El resultado fue favorable a la legalidad del Decreto.

Interesa reseñar en la decisión comentada que el fundamento de la limitación administrativa impuesta no deriva únicamente de la protección de los consumidores sino también del derecho a la información veraz. Como indica en su fundamento sexto, «existen dos derechos que deben coexistir: de una parte, el del operador de televisión a emitir su programación y, por tanto, a variarla, y, de otra, el del espectador a recibir información veraz por parte del operador televisivo sobre dicha programación». El matiz es importante porque conecta con un derecho constitucional de mayor protección: el derecho a la información veraz está reconocido por el artículo 20.1.d de la Constitución y queda catalogado dentro de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, a diferencia de la protección de los consumidores, que no es más que un principio rector de la política social y económica.

La jurisprudencia posterior ha seguido la misma línea. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2006 (RJCA 2006\387) ha mantenido que «reglamentariamente se establecen unas exigencias de forma y contenido para satisfacer este derecho a la información, material y no meramente formal o testimonial y de cara a evitar las modificaciones abruptas de las programaciones, sea para responder a la programación de otros operadores, contraprogramación, sea como respuesta a los índices de audiencia». Aparece aquí la noción de modificación abrupta, cuya prohibición queda sancionada favorablemente por los tribunales.¹

III.2.3. El control del contenido de la publicidad

III.2.3.1. Introducción

En materia de publicidad, aplicaremos los mismos criterios que ya hemos mencionado. Es decir, seleccionaremos las resoluciones administrativas relevantes que han sido impugnadas judicialmente y que tenían como finalidad el control del contenido para garantizar la defensa del interés público. Tampoco existe en este caso un alud de decisiones de los tribunales, pero es cierto que, en algunos aspectos, sí ha sido perfilado jurisprudencialmente el límite de la actuación administrativa. En concreto, hemos detectado los siguientes casos:

- Examen de las nuevas fórmulas publicitarias y determinación de su cómputo temporal para evitar la vulneración de los límites establecidos por la legislación.
- Limitación de la interrupción publicitaria de obras audiovisuales.
- Determinación de la existencia de una conexión entre ciertas emisiones publicitarias y contenidos publicitarios prohibidos. Se trata de la denominada «publicidad indirecta» de productos prohibidos o restringidos. La misión de los tribunales ha sido, precisamente, especificar la conexión indicada.

III.2.3.2. El límite temporal

a) Planteamiento del problema

La normativa comunitaria y las leyes estatales de desarrollo imponen —como es sabido— unos estrictos topes temporales a la emisión de publicidad. El máximo exponente es el actual art. 13 de la Ley 25/1994, de «televisión sin fronteras», que mantiene y precisa, en la redacción dada por la Ley 22/1999, de 7 de julio, las limitaciones de tiempo ya establecidas en la primera versión vigente de la Ley. En concreto, se establecen unos porcentajes máximos de emisión de publicidad y de anuncios publicitarios y, además, el art. 13.2, pone un freno a los minutos dedicados a publicidad:

«Durante cada una de las horas naturales en que se divide el día, el tiempo de emisión dedicado a los anuncios publicitarios y de televenta, excluida la autopromoción, no podrá superar los doce minutos durante el mismo período».

¹ La misma trayectoria ha seguido también la Sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2006.

La opción del legislador europeo es realmente arriesgada, teniendo en cuenta la enorme variedad de las fórmulas publicitarias. En efecto, corresponderá a los tribunales catalogar una nueva forma de emisión como publicidad y, por lo tanto, someterla a los controles temporales que impone la ley. Veremos acto seguido alguno de los casos discutidos.

b) La cuestión de las «euroclaquetas»

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2003¹ se enfrenta con la delicada cuestión de la configuración de las «euroclaquetas». La resolución examinaba una sanción administrativa de considerable cuantía decidida por la Administración por vulneración de los tiempos máximos de emisión de 12 minutos para anuncios publicitarios y de 17 minutos para el cómputo global que incluya otras formas publicitarias. En esta franja de cinco minutos pueden aparecer anuncios específicos de «productos conexos» con un determinado programa que tengan un formato diferente del resto de anuncios. Una Circular de 7 de noviembre de 1999, de la Secretaría General de Telecomunicaciones, había precisado incluso el límite temporal de esta fórmula publicitaria (10 segundos) y exigido que fueran emitidos inmediatamente antes o después del programa al que se refieren.

El Tribunal —con una orientación parecida a la que hemos visto antes con relación al derecho a la información de los telespectadores— considera que no existe extralimitación en la circular (que, por otra parte, no fue impugnada). En cuanto a la sanción, admite la fijación de su *quantum* sobre la base de las tarifas oficiales de publicidad fijadas por el operador (sin tener en cuenta descuentos específicos, que no fueron demostrados por el sancionado con la pertinente aportación de facturas).

En consecuencia, nos encontramos ante un proceso de definición administrativa de los nuevos productos publicitarios que puede revestir formas variadas (desde el decreto hasta la mera circular) y que deberá ser fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso examinado, el Tribunal determinó que era «comprensible y razonable la determinación que se hace por la Administración al exigir unas características distintas, no sólo de formato sino, además, del momento de emisión y de la duración, que es lo que realmente las distinguen de los anuncios convencionales y permiten su inclusión en el párrafo primero y en el límite de diez y siete minutos» (FJ 5º). Es preciso añadir que el Tribunal considera que las nuevas fórmulas publicitarias diferentes de los anuncios deben tener una configuración excepcional y ser objeto de una interpretación estricta. En caso contrario, nos situamos en el marco de los anuncios tradicionales, que tienen un límite de doce minutos por hora.

III.2.3.3. La publicidad que interrumpe las obras audiovisuales

Un aspecto largamente reiterado por la jurisprudencia ha sido la asignación a las «TV-movies» de las mismas reglas de limitación de publicidad que la legislación asigna a las películas de largo metraje. Es decir, los tribunales consideran que estas obras audiovisuales no son simples «series, señales y emisiones de entretenimiento». Aunque hayan sido producidas para la televisión, por su extensión y configuración debe disfrutar de una tutela de integridad idéntica a los filmes protegidos por la ley. En este sentido se manifiestan las sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2004 (RJCA 2004\820), de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005\208776), de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005\208566) y de 26 de mayo de 2005 (JUR 2005\238836), entre muchas otras.

III.2.3.4. La publicidad prohibida o restringida por motivos de salud o seguridad

a) La noción de publicidad prohibida o restringida

Existe un grupo de productos y servicios cuya publicidad se califica como prohibida o restringida. Se trata de un campo en el que se pone de manifiesto el ejercicio de la policía o limitación administrativa respecto de la libre actividad publicitaria. Se trata, en todos los casos, de restricciones vinculadas a motivos de salud y seguridad de las personas (con el añadido específico del régimen propio de los juegos de suerte, envite o azar, derivado, al mismo tiempo de motivos de moralidad pública y de salubridad psicológica).

¹ Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (JUR 2004\132163).

Los ejemplos ordinarios de este régimen especial aparecen en el art. 8.1 de la Ley general de publicidad, de 11 de noviembre de 1988. Este precepto se refiere, en concreto, a los:

- Materiales o productos sanitarios y otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias.
- Productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio.
- Publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar.

Las técnicas de control utilizadas van desde la pura y simple prohibición *ex lege* (es el caso del tabaco y de ciertas bebidas alcohólicas) hasta la configuración de los requisitos por reglamento administrativo especial o la autorización administrativa previa.

b) La determinación judicial de la conexión entre la imagen emitida y el producto con publicidad prohibida

En el contexto indicado en el apartado anterior, la principal fuente de conflictos residenciados en sede contencioso-administrativa ha sido el intento de los anunciantes de huir del régimen restrictivo a través de imágenes publicitarias aparentemente ordinarias, pero que aludían indirectamente al producto prohibido o limitado. No es tarea fácil concretar dicha conexión y por ello conviene examinar el texto de las resoluciones judiciales que la describen.

La cuestión precedente se examina en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 1999 (Repertorio RJCA 1999\3494), relativa a una sanción a un operador televisivo por la emisión de cuatro anuncios (diferentes) de bebidas alcohólicas. El Tribunal considera que esta conexión no se producirá gracias a «una simple opinión, incapaz por sí sola de constituir una prueba de cargo en un procedimiento sancionador relativo a la identificación, por parte de los consumidores de la marca expresa con el producto oculto» (FJ 8º). Por el contrario, debe darse «una especie de fenómeno de memoria colectiva que permita esa asociación consciente o inconsciente, pero inequívoca entre una marca —o un símbolo gráfico, sonoro o de expresión verbal— y un producto determinado». Según este criterio, se analizan de forma casuística los cuatro anuncios que serían sancionados de manera conjunta. Es preciso señalar, por cierto, que el Tribunal admite en el fundamento jurídico tercero que son admisibles las sanciones separadas y autónomas de cada uno de los anuncios o bien la resolución conjunta con respeto a los criterios de reiteración y proporcionalidad.

Quizás tenga poco sentido aportar aquí el debate producido sobre cada *spot*. Ahora bien, es verdad que la resolución judicial tiene un tono restrictivo. Por lo tanto, la sanción administrativa deberá justificar con prueba plena la conexión entre publicidad admitida y publicidad prohibida. Así, por ejemplo, en el fundamento jurídico duodécimo no se admite que la conexión resulte probada basándose en lo decidido en una sentencia civil de la Sala Primera del Tribunal Supremo (que establecía la identificación entre una marca y su producto estrella). La Audiencia Nacional considera que esta conclusión, tomada «en el seno de un proceso civil sustanciado “*inter privatos*”, en el que la posición jurídica de las partes, la naturaleza de los intereses en juego y, además, las reglas procesales sobre la carga de la prueba» se rige por normas precisas que no permiten «incorporarla, en calidad de presunción “*contra reo*”, en el seno de un procedimiento sancionador, donde no sólo se debate la licitud o ilicitud de una conducta, sino si por ello es merecedora de sanción, lo que exige, además de la antijuridicidad del hecho, su tipificación legal formal y la culpabilidad de quien lo protagoniza».

En el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia anterior se considera que «la abstención de la Administración, a la hora de no incoar expediente disciplinario a Televisión Española por la emisión de idénticos anuncios a los ahora sancionados, obedece, no a capricho o arbitrariedad administrativa —que bordearía, si no traspasase, los contornos del derecho penal— sino a la consideración de que la publicidad de marca —o, al menos, de dicha marca—, en las condiciones y bajo las circunstancias que presidieron su emisión, no era ilícita o que, cuando menos, la cuestión era dudosa, en el plano de la responsabilidad sancionadora». Y añade que «interpretar otra cosa sería tanto como admitir que la Administración del Estado ha dejado de perseguir, a sabiendas, determinadas infracciones administrativas, imputables, además, a la televisión estatal, mientras estableció la responsabilidad, por mismos hechos, de un medio televisivo privado». Es decir, el Tribunal advierte que la inactividad administrativa en relación con un operador por una determinada conducta constituye un indicio de legalidad de esa conducta cuando la practica otro emisor. Lo afirmamos sin llegar al constantemente rechazado «principio de igualdad dentro de la ilegalidad».

El mismo problema que hemos expuesto fue enjuiciado también por la Sentencia de la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2005 (Repertorio JUR 2005\238426). En este caso, la referida sección ya se había pronunciado el 13 de marzo de 2003 sobre el mismo anuncio, pero emitido por otro operador. Sin embargo, en este caso la reiteración de una palabra dentro del *spot* remitía de forma clara, según el Tribunal, al producto de publicidad prohibida (en concreto, se repetía el adjetivo «espléndido» aplicado al clima, al arte y al carácter y, curiosamente, el producto no anunciante recibía el nombre comercial de «Jerez Espléndido»).

III.2.4. Conceptos jurídicos indeterminados y activismo judicial

III.2.4.1. La culpabilidad en las infracciones administrativas de programación o publicidad ilícitas

Hemos dejado para el final un aspecto que nos había preocupado especialmente en el epígrafe I de nuestro trabajo. Nos referimos a la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados para configurar las infracciones administrativas en este terreno. Por ejemplo, la publicidad atentatoria contra la dignidad de las personas o que incite a la discriminación o a comportamientos antisociales. Este punto ha sido reseñado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2003 (JUR 2004\131573). En su fundamento jurídico séptimo precisa lo siguiente:

«En efecto, el tipo configurador de la conducta sancionable contenido en el artículo 8.1 de la Ley 25/94 de 12 de julio en su redacción de la Ley 22/99 de 7 de junio, al considerar publicidad ilícita, la publicidad por televisión y la televenta que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales o conductas agresivas, es tipo sancionador de configuración abierta en base a conceptos jurídicos indeterminados que a falta de otros referentes ha de encontrarlos en los valores constitucionales sustentadores del ordenamiento jurídico, lo que conlleva un considerable componente de apreciación subjetiva».

Precisamente, la misma sentencia anuló una sanción administrativa contra un operador porque la agencia de publicidad había formulado una consulta a la Administración sobre el contenido del anuncio en cuestión, pero la respuesta —negativa— fue recurrida posteriormente a la emisión.

El Tribunal consideró que, ante esta situación, no existía culpabilidad en el infractor. El razonamiento es interesante porque implica, de hecho, la atribución a la consulta de un carácter vinculante. Es decir, ante la considerable vaguedad en la configuración del tipo, la opinión previa de la Administración constituye un elemento relevante para determinar la presencia de culpabilidad en el infractor. No es preciso recordar que este requisito resulta imprescindible para imponer la pertinente sanción administrativa.

En la misma sentencia, además, se entendió que el operador había actuado de buena fe y que había emitido el anuncio en horario nocturno (fuera de las horas habituales de emisión infantil).

III.2.4.2. El cese en la emisión de anuncios y los criterios de los tribunales

Aunque el número de sentencias es todavía reducido, observamos que los tribunales se muestran más propensos a admitir el ejercicio de la potestad administrativa de cese de emisión de anuncios publicitarios que atenten contra los valores señalados en la legislación televisiva.

En primer lugar, cabe señalar que existe una línea jurisprudencial que considera estas órdenes de cese independientes o autónomas respecto al posterior procedimiento sancionador. El error de perspectiva ya había sido apuntado por Pons Cànovas.¹

No obstante, se mantiene en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª) de 21 de febrero (RJCA 2005\393). Su fundamento jurídico tercero afirma, en relación con un requerimiento de cese, que «precisamente por ese carácter “no sancionador” no es necesario en absoluto ningún procedimiento o tramitación especial previstos en el Real decreto 1398/1993» (que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

¹ Pons Cànovas, F., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 47-48.

Dejando de lado el problema mencionado, lo cierto es que la citada sentencia admitió la legalidad de una orden administrativa de cese de la emisión de un anuncio porque éste atentaba contra la dignidad de la profesión médica y presentaba a niños en situaciones peligrosas (atentando incluso contra su libertad sexual). El Tribunal realiza tales consideraciones a partir de la visión del *spot* en cuestión.

Un paso más ha dado el reciente auto de 5 de octubre de 2006 del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 9 de Barcelona. Se trataba en este caso de un anuncio de la Plataforma pro Selecciones Deportivas Catalanas que ya había sido objeto de denuncia ante el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC). Éste, sin embargo, aplica el principio *favor libertatis* y, contrariamente a lo solicitado en la denuncia, no adoptó la orden de cese. El acuerdo del CAC admitía el carácter «poco aconsejable» del *spot*, ya que trasladaba al mundo de los niños «rivalidades no estrictamente deportivas» y confrontaciones propias del mundo adulto. No obstante, una cosa es el carácter poco recomendable y otra la posible ilegalidad.

Distinta fue la posición, como hemos adelantado, que adoptó el juez contencioso-administrativo. En su resolución tomó la medida cautelar *inaudita parte* de suspensión del anuncio (confirmada posteriormente por auto de 10 de octubre del mismo año). Esta resolución —que ha producido cierto impacto en la opinión pública— plantea dos cuestiones:

a) Una primera, de carácter procesal, ya que el juez contencioso sustituye la inactividad administrativa y ordena el cese de la emisión. Aun así, no se trata aquí de la suspensión de un acto administrativo (la desestimación acordada por el Consejo del Audiovisual) sino de la asunción de una medida cautelar que tiene como destinatario a un tercero que no ha comparecido en el procedimiento (el operador de televisión).¹ La medida cautelar se adopta en virtud de la regulación establecida por los art. 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y conecta con el espíritu que ya aparecía en la exposición de motivos de esta Ley:

«La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al juez o tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas “*inaudita parte debitoris*” —con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada—, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho».

No obstante, admitida la legalidad de la medida cautelar, ahora habrá que decidir en torno a la incoación de expediente sancionador, que era también una solicitud que constaba en la denuncia. No disponemos de datos sobre el enjuiciamiento de este punto en sede contencioso-administrativa.

b) Una segunda, de carácter sustantivo, relativa a la protección de la infancia y de la adolescencia. El Juzgado de lo Contencioso consideró, en su Resolución de 10 de octubre de 2006, que el mensaje del anuncio «podría favorecer comportamientos no adecuados, como conductas de exclusión, enfrentamiento o de discriminación en la práctica del deporte según la camiseta que pudiera llevarse y en base a razones ajenas al mundo de los menores y con evidentes connotaciones políticas». Por lo tanto, se plantea la «posibilidad de que el anuncio produjera unos efectos negativos o poco recomendables en el público en general y en el infantil y adolescente en particular». Además, considera que el público infantil y adolescente «representa el interés general» y que «es éste el que debe primar en este caso».

En definitiva, aunque el número de resoluciones judiciales que tenemos al alcance es reducido, se observa una posición de los tribunales favorable a la legalidad de las órdenes de cese cuando se halla en juego el interés de los menores y adolescentes. En cambio, el test de legalidad es más exigente ante procedimientos sancionadores (donde opera estrictamente el principio de culpabilidad) o cuando el horario ya no es infantil.

¹ Rodríguez Pontón, J. *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*. Cedecs Editorial, SL. Barcelona, 1999.