

JOAN BARATA I MIR

# DEMOCRACIA Y AUDIOVISUAL

Fundamentos normativos para una  
reforma del régimen español

Prólogo de  
Victoria Camps

DIPUTACIÓ DE BARCELONA  
MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2006 BARCELONA

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> .....	9
<b>NOTA INTRODUCTORIA</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>INTRODUCCIÓN. CONTEXTO, OBJETIVOS Y ALCANCE DEL TRABAJO</b>	
I. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LA RELEVANCIA DE SU ANÁLISIS JURÍDICO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN.....	15
II. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA, TECNOLÓGICA Y JURÍDICA DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL .....	18
III. EVOLUCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES .....	29
1. La masificación de la comunicación audiovisual.....	30
A) Planteamiento semanal.....	30
B) La masificación de la comunicación audiovisual como conse- cuencia de su naturaleza predominantemente económica.....	32
C) La supuesta o pretendida <i>desregulación</i> de la prestación de ser- vicios audiovisuales .....	33
D) La simplificación del discurso de la comunicación audiovisual....	36
E) La privatización de la esfera pública .....	37
2. La fragmentación de la comunicación audiovisual .....	39
IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN .....	41
V. UNA ADVERTENCIA FINAL: LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL O GLOBAL DE LA MATERIA .....	46

**CAPÍTULO II**  
**LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE EN EL**  
**ESTADO *POSTMODERNO***

I. INTRODUCCIÓN.....	51
II. ELEMENTOS PARA LA ADECUADA ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OPINIÓN PÚBLICA .....	53
1. La explosión de los intereses presentes en el espacio público.....	53
2. Las transformaciones del Derecho y del papel de los poderes públicos .....	60
A) El Estado como actor que mantiene una posición de centralidad en la producción normativa.....	60
B) El interés general y su tutela y definición por parte del Derecho...	67
III. RECAPITULACIÓN. EL LUGAR Y LA IMPORTANCIA DE LA NOCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO .....	77

**CAPÍTULO III**  
**DEMOCRACIA Y LIBERTADES DE LA COMUNICACIÓN:**  
***LAS LEYES DE LA REPÚBLICA***

I. INTRODUCCIÓN.....	81
II. CONSTITUCIONALISMO DE CORTE LIBERAL Y DE CORTE REPUBLICANO. UNA INTRODUCCIÓN.....	82
1. Planteamiento general .....	82
2. Constitucionalismo republicano y constitucionalismo moderno en la Europa continental .....	90
3. Liberalismo y republicanismismo en la teoría constitucional estadounidense. Un apunte.....	95
III. EL ALCANCE DEMOCRÁTICO DE LAS LIBERTADES DE LA COMUNICACIÓN. UNA INTERPRETACIÓN REPUBLICANA.....	100
1. La democracia y la cláusula de la libre expresión .....	100
A) Planteamiento general .....	100
B) La esfera pública no es un simple mercado. Una aproximación a la problemática formulación del <i>marketplace of ideas</i> en el sistema jurídico estadounidense.....	103
C) La libre expresión en el seno de la esfera pública.....	109

	Pág.
a) Planteamiento general .....	109
b) La vinculación entre el ejercicio de libertades expresivas y libertades económicas y sus consecuencias en el plano regulatorio.....	114
2. La democracia y la cláusula de la libertad de prensa .....	117
A) La libertad de prensa en el sistema jurídico estadounidense ....	117
B) La libertad de información en el sistema constitucional español ...	121
C) La cláusula de la libertad de prensa y la protección del profesionalismo periodístico .....	126
3. Apunte final. Las libertades de la comunicación en la esfera jurídica internacional .....	129

#### CAPÍTULO IV

### REGULAR EL AUDIOVISUAL DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

I. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN: LA INSATISFACCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LA INSATISFACCIÓN DEL CIUDADANO...	133
1. El <i>fallo del mercado</i> y la insatisfacción del consumidor .....	133
2. El <i>fallo democrático</i> y la insatisfacción del ciudadano .....	141
A) La dominación del ciudadano por parte de las empresas privadas de la comunicación.....	141
B) El mercado de la comunicación audiovisual y la dominación política de los ciudadanos. El caso de los Estados Unidos.....	146
II. REGULANDO EL AUDIOVISUAL. MODALIDADES E INSTRUMENTOS .....	158
1. Introducción .....	158
2. La intervención de los poderes públicos en la actividad económica privada.....	158
3. El interés general como justificación general de la intervención pública en la actividad privada.....	165
4. El interés general y la regulación del audiovisual. Una primera recapitulación.....	178
III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ALCANCE Y VIRTUALIDAD DE LOS CRITERIOS DE REGULACIÓN ACTUALMENTE PRESENTES EN LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS OBJETO DE CONSIDERACIÓN.....	180
1. El sistema español de regulación del audiovisual .....	180

	Pág.
2. La regulación del audiovisual en el sistema jurídico estadounidense. De la libertad de expresión a la libertad económica de las corporaciones de la comunicación .....	188
3. El ordenamiento comunitario. En particular, el papel acotado de las normas que regulan la competencia en el mercado y las normas sobre propiedad de los medios de comunicación .....	210
A) La garantía del acceso y la competencia en el mercado de la prestación de servicios audiovisuales .....	210
B) Las normas reguladoras de la propiedad y la concentración de medios de comunicación.....	216
 <b>CAPÍTULO V</b>  	
<b>A MODO DE CONCLUSIONES. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEMOCRÁTICA DEL AUDIOVISUAL</b>	
I. INTRODUCCIÓN.....	223
II. LA DISTINCIÓN ENTRE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL COMERCIAL Y COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL NO COMERCIAL .....	225
III. CRITERIOS FUNDAMENTALES EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES DE NATURALEZA NO COMERCIAL. LA DIVERSIDAD ESTRUCTURAL DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA.....	228
IV. INSTRUMENTOS PARA LA GARANTÍA DE LA DIVERSIDAD ESTRUCTURAL EN EL ESPACIO PÚBLICO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL .....	233
1. Introducción .....	233
2. La asunción por parte de operadores privados de <i>obligaciones de interés público</i> .....	234
A) Planteamiento general.....	234
B) La televisión denominada comunitaria. Apunte sobre la televisión <i>pública</i> estadounidense y alguna experiencia en Europa ...	239
3. La televisión íntegramente de servicio público.....	246
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	261

## PRÓLOGO

*Desde el punto de vista estrictamente conceptual, la vinculación entre la democracia y el despliegue de los medios audiovisuales no debería ser conflictiva. Al contrario, parece que los avances en la comunicación deberían producir por sí solos ciertas mejoras en el funcionamiento de la democracia. En la práctica, sin embargo, no es así. No está claro que la comunicación propiciada por las nuevas tecnologías audiovisuales favorezca a la democracia ofreciendo más y mejores espacios de participación y diálogo, más control político, más mediación entre los grupos políticos y la ciudadanía y, en definitiva, un reparto de la libertad y del poder más satisfactorio para todos. Nada en teoría, insisto, es contrario a todas estas mejoras. Pero la realidad dista mucho de verificarlas. Las circunstancias que acompañan a los medios audiovisuales, en especial, la estructura económica que los sostiene así como el atractivo que ejercen en un poder político cada vez más necesitado de la complicidad mediática, hace que los «intermediarios de la comunicación pública» abandonen con demasiada frecuencia su potencial mediador para sucumbir a las tentaciones y halagos tanto del sistema económico como de la dominación política.*

*Por todo ello la regulación y el ordenamiento jurídico son imprescindibles para poner orden y dar un mínimo de seguridad a la ciudadanía de que las expectativas puestas en los medios audiovisuales no se verán defraudadas y, sobre todo, que los derechos de todos serán respetados. El libro de Joan BARATA se propone y consigue dar todas las razones a nuestro alcance para demostrar que un ordenamiento jurídico del audiovisual es necesario y urgente para que una serie de principios y valores constitutivos de las democracias se mantengan a salvo. En su conjunto, el libro se propone y consigue poner de manifiesto que el principio democrático, la libertad de expresión y el interés público, tres grandes pilares del Estado de derecho, sólo podrán vincularse entre sí y ser*

*protegidos si existe una regulación adecuada de los medios audiovisuales. Una regulación tanto más perentoria cuanto más complejo se vuelve el panorama audiovisual. Si el desarrollo jurídico siempre ha ido a la zaga de los cambios sociales y ha tratado de dar respuesta a los retos que éstos presentan, en este caso es más que evidente que la intensidad de las transformaciones tecnológicas obliga al legislador a no descuidar el deber de poner orden y evitar que el caos o la ley del más fuerte acaben imponiéndose.*

*Los medios de comunicación audiovisuales fueron definidos desde el principio, en Europa, como servicio público. Distinto es el caso de los Estados Unidos, donde también desde el principio se autorizó la privatización de la televisión. Aun en tal caso, se tuvo cuidado en establecer que los contenidos audiovisuales deberían estar sujetos a la obligación de servir al «interés público». Un concepto, el de interés público, difícil de definir y de precisar donde los haya, si bien ésta es una característica de la que no escapa ninguno de los grandes conceptos que designa algún valor fundamental. Ni la libertad ni la igualdad ni la solidaridad son conceptos reducibles a notas precisas e inequívocas. Pero que la definición sea prácticamente imposible no ha de llevar a rechazar la idea por inoperante o poco práctica. Así son las «ideas reguladoras», de corte kantiano, cuyo cometido tiene más que ver con la crítica de lo que hay que con la postulación de lo que debería haber. Si aceptamos, pues, que toda sociedad, que se rige por el imperio de la ley y que se propone salvaguardar unos derechos fundamentales, tiene como objetivo último un interés público o general —antiguo «bien común» o «voluntad general»— será lógico exigir a los medios de comunicación de masas, como a cualquier otro agente social que no distorsionen ni actúen en contra de ese interés que debe ser compartido. Precisamente en Europa se tuvo claro que tanto la escasez del espectro radioeléctrico, como la indiscutible influencia de la televisión y la radio en las formas de vida y en la socialización de las personas, constituían condiciones suficientes para declarar al medio audiovisual como un servicio público esencial. Sea cual sea el término que utilicemos para designar ese bien que debe ser preservado, lo importante es retener la idea de que el servicio a la sociedad o a la comunidad, la protección de un interés común, no deben ser ajenos al funcionamiento y desarrollo de los medios audiovisuales.*

*La coherencia con tal objetivo se ha ido haciendo más complicada a medida que la realidad audiovisual se ha hecho a su vez más compleja. La irrupción de las televisiones comerciales en un panorama televisivo de monopolio público introdujo una competencia por el mercado publicitario que arruinó la economía de las corporaciones y no contribuyó para nada a mejorar sus contenidos la calidad de los cuales no ha dejado de descender en picado. La tendencia a la concentración, que es el mayor enemigo de la diversidad y del pluralismo, ha sido cada vez más difícil de combatir. En estos momentos, nos encontramos ante una realidad*

*audiovisual que ha multiplicado y diversificado de un modo impredecible los canales de difusión y las maneras de llegar al público, con lo que disminuyen las posibilidades de control y de impedir desmanes y despropósitos. Urge revisar la normativa, repensarla, sintetizarla, eliminar lo obsoleto y atender a lo nuevo. Urge elaborar, en palabras de Joan BARATA, una «doctrina del interés público», que preserve la diversidad de los contenidos, que proteja a la industria audiovisual, que combata la concentración y que permita exigir responsabilidades a los profesionales de los medios.*

*Me refería más arriba a la tesis central del libro, como la necesidad de combinar el principio democrático de participación y apertura al diálogo o a la deliberación pública con la libertad de expresión y el interés público. Para explicar la viabilidad de tal combinación, BARATA echa mano de la filosofía política en auge, el nuevo republicanismo, que viene a corregir ciertas disfunciones de la ideología liberal. La más llamativa, a mi juicio, la constituye la tesis de la «mano invisible», una feliz aunque mal desarrollada intuición del gran filósofo de la moral y de la economía que fue Adam Smith. Como es sabido, dicha tesis afirma que no es preciso moralizar a las personas, pues el interés privado acaba redundando en beneficio público. Si tal teoría fuese cierta, no haría falta perseguir un interés general, puesto que éste no sería otra cosa que el resultado de la suma de los intereses particulares. Tal vez la teoría de la mano invisible sea cierta en la producción y consumo de aquellas mercancías que son tangibles para el consumidor. Éste puede comprobar por sí mismo si la carne que le venden tiene la calidad ofertada. Pero es difícil que un producto cultural, como el que ofrecen los medios audiovisuales, pueda someterse a tal prueba. En el caso de la comunicación audiovisual, el interés privado sólo redundará en beneficio privado, nunca se obtiene un beneficio público si éste no se busca explícitamente. Pues el interés público, en tal caso, no se mide por el cómputo de audiencias, sino por otros parámetros que, como se ha dicho hace poco, tienen que ver con la protección de los derechos y valores más básicos. Tal es la razón por la que la intervención del Estado, a través del ordenamiento jurídico, es inevitable. Al Estado le corresponde articular el derecho a la libertad con el derecho a la participación política, y ambos con el derecho a la educación y a la cultura, por hablar sólo de los derechos más reconocidos. Son bienes demasiado fundamentales para que puedan dejarse en manos de los intereses del mercado o esperar que se den por añadidura a partir de la búsqueda del beneficio privado.*

*A diferencia del liberalismo puro y duro, el republicanismo entiende que es también función del Estado luchar contra una serie de «dominaciones» hasta ahora relegadas al ámbito puramente privado. No es del todo cierto que la libre expresión de ideas conduzca inevitablemente a la verdad, como creyeron tanto Adam Smith como John S. Mill, los padres del liberalismo moderno. Es decir, quizá lo sería si existiera una igual-*



*dad fundamental para la expresión de ideas, condición que ni los medios ni la desigualdad social existente de ningún modo propician. Y aún así, sería difícil aceptar que un mercado de ideas totalmente libre no precisara de alguna corrección con el fin de impedir que dicho mercado se nutriera de conductas antidemocráticas, como la incitación al odio, el racismo o la violación expresa de derechos básicos. Si es cierto que la única limitación de la libertad individual es el posible daño a terceros —como el mismo Mill se encargó de defender—, habrá que esforzarse en pensar qué tipo de daño puede producirse a través de la expresión, del lenguaje o de la imagen, un daño, de nuevo, menos tangible que el daño físico, pero no por ello más aceptable. El dejar hacer del liberalismo clásico no es admisible si queremos evitar cualquier tipo de dominación o, lo que es lo mismo, si le pedimos al Estado que realmente se convierta en garante de todos los derechos reconocidos.*

*Hace años, una obra pionera de Jürgen Habermas ponía de manifiesto que los medios de comunicación de masas, lejos de constituir espacios para la formación de un «público racionante», no eran sino vehículos para la circulación de propaganda. Al cabo de los años, el diagnóstico no ha cambiado y sigue afectando a las nuevas generaciones de medios audiovisuales, incluidos aquellos que, como es el caso, de internet, suelen enorgullecerse de una menor dependencia político-económica y de una mayor libertad. La realidad es que, en muy contadas ocasiones, esa mayor libertad contribuye realmente a fomentar la deliberación y el discurso abierto y sensato sobre el que debería construirse la opinión pública.*

*Una reflexión como la que contiene el libro de Joan BARATA, y de la que sólo he dado una idea simplificada, es de todo punto imprescindible para acometer la revisión del ordenamiento jurídico referente al audiovisual que España ha puesto en marcha. Aprobada la nueva ley de radiotelevisión española, y en ciernes la aprobación de la ley del audiovisual y de la ley que ha de crear un Consejo estatal de los medios audiovisuales, es básico que tengamos claro por qué tal legislación es urgente. No basta la percepción hoy por hoy unánime (y desgraciadamente escéptica) de que nuestra televisión es muy mejorable, es preciso al mismo tiempo justificar que es necesario seguir regulando y que es posible hacerlo sustancialmente mejor de lo que se ha hecho hasta ahora. Estamos en un ámbito donde el temor a poner en peligro la libertad de expresión se vuelve fácilmente en una fuerza ciega para otros valores tan fundamentales como la misma libertad. El libro de Joan Barata los tiene en cuenta, los articula y demuestra que es posible el equilibrio entre todos ellos.*

Victoria CAMPS

Consejera del Consejo Audiovisual de Cataluña

## NOTA INTRODUCTORIA

La obra que finalmente ahora ve la luz ha seguido un largo recorrido en su elaboración, el cual arranca del contenido de mi tesis doctoral, presentada y defendida a finales del año 2002 bajo el título *El concepto de servicio público en el sistema jurídico español. La televisión de servicio público*, y cuyo director fue el Dr. Tomàs FONT I LLOVET. A él debe dirigirse, de entrada, mi agradecimiento, por su apoyo y acompañamiento en mi etapa de formación como investigador.

Tomando dicho trabajo doctoral como punto de partida, éste fue objeto de revisión, reelaboración en parte y ampliación en el marco de mi estancia postdoctoral en la Benjamin N. Cardozo School of Law, en la ciudad de Nueva York, durante el curso 2003-2004, y gracias a una beca concedida por parte del *Institut d'Estudis Autonòmics* de la Generalitat de Catalunya. Debo agradecer y reconocer de forma muy especial el apoyo y los consejos que recibí allí de los profesores Michel Rosenfeld y Paul R. Verkuil. El intercambio de ideas y la oportunidad que me brindaron de participar y colaborar en su intensa actividad docente e investigadora me proporcionaron información de gran valor dentro del ámbito de la teoría general del derecho público y el derecho administrativo estadounidenses, respectivamente. También debo agradecer al profesor de derecho constitucional de la Universidad de Pennsylvania C. Edwin Baker los interesantes encuentros y discusiones que mantuvimos en una acogedora cafetería de Washington Square: fueron decisivos a la hora de adentrarme en un estudio en profundidad acerca de las implicaciones de la cláusula de la libertad de prensa y de libertad de expresión en el sistema constitucional estadounidense.

Mención especial merece, por otra parte, el profesor Monroe E. Price, actualmente profesor en la *Annenberg School for Communication* de la Universidad de Pennsylvania. Sin su apoyo, colaboración y complicidad este trabajo no hubiese sido posible. Debo agradecerle muy especialmente las incontables discusiones e intercambios mantenidos sobre temas diversos vinculados al contenido de este trabajo, así como todo lo aprendido de su actitud intelectual crítica y rigurosa. Asimismo, es justo señalar y reconocer que gracias a él he tenido la oportunidad de colaborar, así como de desarrollar y ampliar mi investigación, en el seno de instituciones y proyectos de prestigio dentro del ámbito de la comunicación audiovisual, tales como el *Programme in Comparative Media Law and Policy* del *Centre for Socio-Legal Studies* de la Universidad de Oxford, el *Stanhope Centre for Communications Policy Research* de Londres, el *Center for Media and Communication Studies* de la *Central European University* de Budapest, así como el *Project for Global Communication Studies* de la *Annenberg School for Communication* de la Universidad de Pennsylvania.

Finalmente, *last but not least*, quiero agradecer también de forma muy especial a la Dra. Elisenda Malaret i Garcia todo el apoyo, la colaboración y consejos prestados a lo largo de los últimos años.

Este trabajo ha podido publicarse gracias a la colaboración de la Diputació de Barcelona. Por otra parte, agradezco al Consell de l'Audiovisual de Catalunya el otorgamiento, en 2005, de uno de los premios a la investigación sobre comunicación audiovisual.

La realización de este trabajo ha sido concluida en el marco del proyecto SEJ 2004-08248-L02-01 (Ministerio de Educación y Ciencia), «Regulación y derechos fundamentales en la integración europea».