

Hotel Melia Lebreros. Sala Cazorla.

Día 28 de octubre de 2009.

DERECHO DE LA PRENSA Y DE LOS MEDIOS

CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS

Interesante debate desde el punto de vista de un abogado (aunque también desde la perspectiva de cualquier persona relacionada con los medios de comunicación) de las consecuencias de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación principalmente en estos tiempos de crisis, con el fin de evaluar el eventual impacto de esta concentración en la libertad y en la independencia de la prensa.

1.- Introducción.

La concentración de empresas de medios de comunicación condiciona la amplitud y el contenido de la información periodística, limita la independencia de las redacciones, y anteponiendo los fines partidistas, políticos y sobre todo económicos a los fines sociales. Restringe la acción profesional del periodista y reduce el pluralismo informativo limitando las opciones del ciudadano, lo que implica un grave riesgo en la formación de una opinión pública plural y libre base de toda democracia.

Véase que la información que reciben los ciudadanos para conocer y valorar una determinada situación y las diferentes opciones que tienen

sobre ella, procede de modo más importante, con diferencia, de los medio de comunicación. Por ello, como se ha dicho por varios autores, los medios de comunicación tienen un gran poder de la construcción social de la realidad, en dos fases:

- 1) en la de selección de las noticias a las que se va a dar carácter prioritario, de entre la complejidad y multitud de acontecimientos de toda índole que suceden.
- 2) El enfoque bajo el que se ofrezcan al público estas noticias, mediante lecturas que reflejen las posturas de los propietarios de los medios de comunicación o de los grupos de interés próximos a ellos.

Si se ofrece una versión monolítica de la realidad, expuesta de acuerdo a los intereses de los propietarios de los medios de comunicación, se manipula a los ciudadanos ya sea respecto a una determinada actitud hacia el consumo, o sobre ciertas ideas políticas, etc. El proceso a seguir es obvio: Los medios de comunicación simplifican la compleja realidad para hacer una versión sencilla, pero no para permitir la mejor comprensión del problema sino para eliminar la difusión de los aspectos desfavorables a la postura que interesa sobre esa materia concreta.

Si no hay pluralismo informativo, los ciudadanos incapaces de cuestionar la versión dada por disponer de información parcial, tenderán a hacer suya la idea repetida interesada por quien suministra la información y la defenderán en las urnas.

La manipulación se dará con mayor facilidad donde no haya diversidad de opiniones, bien porque haya un solo medio de comunicación o porque los existentes reflejen un solo punto de vista. O bien porque los ciudadanos sólo utilicen una de las fuentes de las teóricamente existentes a su alcance.

2.- La concentración de empresas de medios de comunicación. En especial, la convergencia.

Se produce especialmente desde los años 80, con el fin del monopolio público, el incremento de los ingresos publicitarios, y desarrollo de las nuevas industrias y tecnologías de la comunicación.

La concentración de los medios de comunicación (sea por crecimiento interno o externo como fusiones, absorciones, desaparición de empresas concurrentes, etc.) es la acumulación por una entidad, física o jurídica, de la propiedad de medios materiales o de dominio sobre las relaciones comerciales en el área de difusión.

Dentro de las concentraciones de empresas de comunicación, merece una especial atención la llamada convergencia de empresas.

La convergencia hace referencia a la integración creciente de unos sectores que antes funcionaban en campos separados: El sector de los medios de comunicación, el de las telecomunicaciones y el de las tecnologías de la información. Así, redes que antes solo se usaban para comunicaciones telefónicas se usan para transmitir datos y televisión. O equipos que antes tenían funciones muy limitadas ahora permiten la comunicación interpersonal o con un número indeterminado de personas.

La convergencia da lugar a la aparición de nuevos servicios de comunicación que han sido denominados new media , que son canales de comunicación digitales a través de los cuales pueden difundirse de manera conjunta textos, gráficos, imágenes en movimiento y sonidos, permitiendo múltiples formas de producción, transmisión, recepción y almacenamiento. Combinan comunicación

pública y privada, individual o masiva, lo que origina una confusión que plantea importantes problemas desde el punto de vista normativo.

Veamos porqué la concentración de empresas puede afectar a la libertad de emisión y de recepción de comunicaciones: Desde el punto de vista de la elaboración y transmisión de comunicaciones o informaciones destinadas a un consumo masivo, se pueden distinguir cinco fases o niveles básicos:

1.- Los productores de contenidos. Son los redactores, editores, las compañías musicales, los titulares de los derechos de retransmisión, los programadores de software.

2.- Los distribuidores comerciales de contenidos, que eligen el momento y forma en que van a comercializar los contenidos, les van a dar marca y los van a ofrecer a los consumidores.

3.- Los operadores de infraestructuras, que llevan a cabo la instalación y mantenimiento de las infraestructuras necesarias (redes de cables y teléfono, repetidores de ondas, de comunicación por satélite)

4.- Los operadores de la red o proveedores de servicios que valiéndose de las infraestructuras de las que se disponen, permiten el acceso a los servicios, se encargan de la facturación a los clientes, etc.

5.- Los proveedores de equipos y aplicaciones necesarios para el acceso a los servicios: Productores de equipos electrónicos, de decodificadores, de aplicaciones para navegadores de Internet, o de guías de programación, que sirven para permitir el acceso o para limitarlo a personas no autorizadas.

Con carácter general, **en la mayoría de los casos, la concentración de las empresas que se dedican a estas actividades tiene como efecto y a veces, como objetivo, la restricción del pluralismo informativo.**

Especialmente peligroso es el hecho de que la propiedad se extienda verticalmente dentro de la cadena, porque puede producir situaciones llamadas cuellos de botella, de estos tipos:

- 1) El impedimento a competidores para acceder a las infraestructuras.

Aparentemente, la digitalización incrementa el número de canales disponibles, pero no acaba con el problema de escasez de las infraestructuras necesarias para su emisión, lo que puede permitir a una empresa fijar las condiciones en que deban operar sus competidores o incluso impedir su acceso al mercado.

Así, en el sector del cable, en muchos países hay un oligopolio o incluso monopolio legal o económico. Pocos operadores controlan el acceso a esas infraestructuras y se encuentran en posición dominante de la que pueden abusar.

Cuando una misma empresa es propietaria de la red telefónica y de la red de cables de fibra óptica puede optar por no invertir en la actualización de la primera, obligando a los consumidores a emplear la otra, al precio que fije el propietario de ambas redes.

La empresa que disponga de red completa puede cobrar una cantidad excesiva para la conexión a la misma a quienes no disponen todavía de red propia.

Por lo que respecta al satélite, el problema es la necesidad de la difusión por un espectro más bien escaso, como es el radioeléctrico. Además, el elevado coste de conseguir capacidad de transmisión en un satélite que esté orientado en la dirección interesada, porque evidentemente no puede pretenderse que los consumidores adquieran una segunda antena y la orienten precisamente según interesa a cada empresa que quiera competir.

2) Respecto de los proveedores de contenidos:

La plataforma que consiga los derechos de retransmisión de programas de consumo masivo (futbol, películas...) dificulta el acceso a la competencia a los demás, que quedan faltos de programas de igual atracción, viéndose obligados a adquirir contenidos en el mercado incluso a condiciones abusivas o impidiéndoseles el suministro de esos contenidos.

3) En la distribución de los contenidos:

Las plataformas pueden ofertar al público los programas en un paquete básico, decidido a su propio criterio y además con canales extra a los que sólo podrá acceder si ha adquirido el paquete básico. Entonces, pocas empresas serán las que pueden decidir que canales independientes o a qué precio se van a ofrecer. Además, el orden que tendrá un programa dentro de la oferta, decidiendo con ello su suerte.

4) También en los equipos de recepción y acceso pueden producirse importantes cuellos de botella.

La empresa puede utilizar sistemas de decodificación universales o sistemas propios, que en principio sólo permiten ver las emisiones de la propietaria del sistema. Si una empresa logra imponer su sistema propio, podrá decidir con que operadores de televisión llegará a un

acuerdo e imponer los precios o las condiciones contractuales que quiera. Esta posición aún se refuerza por el hecho de que los operadores de los decodificadores normalmente también controlan por ejemplo las guías de programación electrónica.

Existe el problema pues de que una empresa, dominando uno o varios de los cuellos de botella mencionados, este en condiciones de decidir quién puede o no acceder al mercado y en que condiciones. También puede imponer condiciones abusivas a los consumidores o retrasar el avance tecnológico dado que por la ausencia de competencia no está forzada a mejorar o desarrollar sus servicios. De ahí la importancia de que los poderes públicos controlen qué acuerdos pueda alcanzar una empresa, evitando el nivel de dominio en el mercado que ponga en peligro al mismo.

3. Las consecuencias para el pluralismo informativo:

En algunas ocasiones puntuales, la concentración puede ser beneficiosa. Por ejemplo, la unión de medios de un determinado país permite la creación de un operador nacional fuerte que ofrezca una visión distinta a la de las multinacionales con las que deba competir o puede tener fuerza para mantener su independencia frente al Gobierno.

Resulta complicado determinar cuando una concentración de medios de comunicación es contraria al pluralismo informativo. Es claramente perjudicial en el caso de integraciones verticales en la cadena productiva, según se ha visto. También cuando un determinado grupo tiene simultáneamente una fuerte presencia en la radio, prensa y televisión, ya que el público recibirá mensajes

similares por medios diversos, a menudo sin saber que la fuente de esos contenidos es la misma.

En algunas tradiciones jurídicas se considera además que resultan perjudiciales las concentraciones que favorezcan que un grupo determinado acceda al control del medio de comunicación, mientras que en otros países incluso se favorece tal acceso. Así, confesiones religiosas o autoridades municipales. Estas diferencias se deben a la diferente concepción de lo que sea el pluralismo. Todos los criterios que se escojan serán más o menos arbitrarios.

En cualquier caso, dos son los principios jurídicos que justifican el control de las concentraciones de medios de comunicación: favorecer la libre competencia y el pluralismo informativo.

Ello porque en general, la concentración de empresas es un peligro directo para el pluralismo informativo, entendido como una existencia de pluralidad de medios de comunicación independientes y autónomos que, al mismo tiempo ofrecen una diversidad de contenidos, de manera que los ciudadanos puedan disponer libremente de diferentes puntos de vista sobre los distintos temas de interés social. También se ha analizado el pluralismo informativo desde tres perspectivas: 1) Como reflejo del pluralismo social cultural y económico de la sociedad (pluralismo representativo), 2) Como acceso o posibilidad de que los distintos grupos sociales y políticos puedan exponer al resto de la sociedad sus mensajes y 3) Como incremento de la capacidad de opción real (no sólo formal) de los ciudadanos.

4.- Que ocurre en tiempos de crisis

Además de acelerarse el proceso de captación por los más fuertes de los medios, tanto de manera horizontal como vertical, hay otros problemas añadidos.

La concentración de medios de comunicación es perjudicial tanto en tiempos de crisis como de bonanza. Pero en caso de crisis, la supervivencia empresarial determina la lucha por conseguir subvenciones oficiales –lo que significa disminución de la crítica hacia la clase política-, la dependencia de los patrocinadores, de la publicidad y de los accionistas –lo que significa la creación de un entorno de sumisión a los criterios o imposiciones de los anunciantes, que ejercerán una presión cada vez mayor-, así como de minimizar la pérdida de consumidores –lo que significa dar a cada sector lo que quiere consumir y/o dedicarse preferentemente a los sectores mayoritarios, para lograr una salida mayor en venta, con independencia del interés informativo del tema -.

En crisis, se reduce la publicidad y la demanda de compra, la financiación y la cotización en Bolsa disminuyen, los consumidores tienden a la obtención de la información por Internet o prensa gratuita en la calle.

La encuesta de IFRA en octubre de 2008 a 245 directivos de prensa de 42 países determina que sus prioridades y preocupaciones para 2009 son: incrementar el desarrollo de nuevos lectores, audiencias y mercados, la expansión o cambio de estrategia en web, las relaciones con los anunciantes, los modelos de negocios nuevos, la convergencia editorial, marketing de periódicos/desarrollo de la marca, los sistemas digitales, contenidos de audio y video, alternativas para los anuncios clasificados, las fusiones, adquisiciones e inversiones, la creación de alianzas con otras empresas de medios. La credibilidad de difusión se queda muy postergada en el listado de prioridades.

Con relación al periodista como profesional individualmente considerado:

La desaparición de medios, la reducción de recursos y efectivos y la precariedad laboral hace más arriesgada la crítica y se produce la llamada acoplación al medio. Las voces independientes, ante la escasez del trabajo, reducen el tono de la crítica considerablemente. El periodismo de mayor calidad, de investigación o de corresponsalía se resiente por falta de recursos, de fondos o de tiempo. Al mismo tiempo, menos periodistas cubrirán varios canales de información multimedia simultáneamente. Cuanto menos medios, más monopolio y más capacidad de control de sus propietarios.

Por otra parte, en momento de crisis o de peligro se produce el fenómeno psicológico o tendencia a no debilitar con críticas la acción política.

5.- La regulación en España sobre la libertad de expresión e información

El derecho fundamental a la libertad de expresión e información se recoge en el art. 20 de la Constitución Española. Ocupa un lugar esencial, pues, en los términos del Tribunal Constitucional, sin una comunicación pública libre «quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1º, apartado 2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política».

Toda persona es titular del derecho a la libre expresión de pensamientos ideas y opiniones y a la libre comunicación y

recepción de información veraz. Cuando el derecho a informar que a todos se reconoce se ejerce de modo habitual y profesional queda cualificado con una función social: el derecho se convierte en deber de informar al servicio del derecho del público a ser informado. Para el cumplimiento de ese deber se requiere un desarrollo de las facultades que aseguren la dignidad e independencia profesional, siempre al servicio del derecho del público.

Por ley se regulan la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Nuestra jurisprudencia constitucional ha precisado que los periodistas no tienen en este campo privilegio alguno frente a los derechos del resto de los ciudadanos, pero sí que al ejercicio de su derecho puede serle dado una cierta preferencia, justamente, «en virtud de la función que cumple, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado». Es también jurisprudencia bien asentada interpretar el requisito de veracidad de las informaciones como un deber de diligencia profesional.

La libertad de expresión e información que el art. 20 de la Constitución Española reconoce a todos se concreta en un conjunto de derechos específicos de los periodistas

- a) la libre expresión e información en el marco de la definición editorial de su empresa;
- b) la cláusula de conciencia;
- c) el secreto profesional;
- d) la libertad de creación y los derechos de autor;
- e) el libre y preferente acceso a las fuentes informativas;
- f) la participación en la orientación editorial.

Respecto de la Independencia, es claro que no cabe la censura previa de ninguna autoridad pública. Más difuso es el derecho a que sus tareas podrán estar marcadas por las directivas de la empresa para la que trabajen, conforme a la definición editorial de ésta aunque en teoría, manifestarse de forma contraria a la misma no debe conllevar sanción ni depararle perjuicio.

En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. La resolución de la relación laboral en los supuestos de cláusula de conciencia será considerada a todos los efectos como despido improcedente.

Los periodistas están obligados a mantener en secreto la identidad de las fuentes que hayan facilitado informaciones bajo condición, expresa o tácita, de reserva. Este deber le obliga frente a su empresario y las autoridades públicas, incluidas las judiciales y no podrá ser sancionado por ello ni deparársele ningún tipo de perjuicio.

6.- Normativa audiovisual en España en concreto sobre televisión pública.

El marco regulador de las actividades de los servicios de medios audiovisuales está coordinado en Europa por la Directiva 89/552/CEE anteriormente llamada "de Televisión sin fronteras" y que, tras su última modificación llevada a cabo mediante la Directiva 2007/65/EC, de 11 de diciembre de 2007, se le viene a llamar Directiva "de Medios audiovisuales".

Sin embargo, dicha Directiva de modificación aún no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español, en tanto no se apruebe la Ley General Audiovisual, aun en Anteproyecto. Mientras tanto la normativa audiovisual está esparcida en un número muy amplio de normas.

El servicio de difusión de televisión en España se ha configurado desde sus comienzos como un servicio público de titularidad estatal, con motivo en el amplio abanico de derechos constitucionales que se imbrican en su prestación –libertad de pensamiento, expresión, ideas, de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, etc.-. Esta especial vinculación con los derechos constitucionales así como la necesidad de garantizar entre otros, el pluralismo y la diversidad cultural, ha conllevado que cualquier ámbito de la regulación del servicio público de televisión sea de especial trascendencia y repercusión.

La progresiva evolución de la tecnología soporte del servicio de difusión de televisión limita la calificación de servicio público únicamente al que se difunde por ondas terrestres, con independencia del modo de gestión, ya sea directa o indirecta mediante concesión.

En 2009 la normativa jurídica audiovisual española ha tenido dos importantes cambios y prepara un tercero. El primero de ellos es la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, Y el segundo es el Real Decreto-ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula, para las concesiones

de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional.

Está también en Anteproyecto la Ley General Audiovisual, aprobado por el Consejo de Ministros de 26 de junio de 2009, que incorporará la Directiva 2007/65/EC de Servicios de Comunicación Audiovisual, crea el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como Autoridad independiente con capacidad sancionadora encargada del control y seguimiento del cumplimiento de la mencionada ley y, en general, de la normativa audiovisual de ámbito estatal.

Financiación de la Televisión Pública

La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal,(en adelante, Ley 17/2006), modificó en anterior sistema tanto organizativo como financiero de la televisión pública, para garantizar su independencia, neutralidad y objetividad y establecer estructuras organizativas y un modelo de financiación que permitiese cumplir con su tarea de servicio público con eficacia y calidad.

Desde el punto de vista organizativo, se concretó en la creación de la Corporación RTVE, que sustituía al Ente Público RTVE, y de sus sociedades filiales.

Desde el punto de vista financiero, se establece un sistema de financiación mixta basado tanto en los Presupuestos Generales del Estado, como en los ingresos publicitarios, eliminando la posibilidad de recurrir a la financiación vía asunción de deuda pública.

Con la aprobación de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española se efectúa un cambio estructural del modelo de financiación de RTVE al renunciar definitiva e inmediatamente a los ingresos publicitarios y

pasar a un sistema único de financiación basado en ingresos públicos. Además dicha Ley garantiza que el servicio público de radio, televisión y servicios conexos e interactivos se preste en condiciones de universalidad y gratuidad y, por tanto, la Corporación RTVE declina ofrecer contenidos de pago o acceso condicionado.

No obstante, las operadoras privadas de televisión y telecomunicaciones no se hacen cargo de la totalidad de los ingresos que la Corporación RTVE deja de percibir por su renuncia al mercado publicitario y a los contenidos de pago ya que, de ser así, no se conseguiría el efecto dinamizador del sector que también pretende dicha Ley. Por ello se optó por aplicar un porcentaje sobre los ingresos de los operadores del 3% para los de televisión comercial en abierto, del 1,5% para los operadores de televisión de pago y del 0'9% para los de telecomunicaciones.

Además, se crea un fondo de reserva, dotado con los ingresos que superen el coste neto del servicio público que se preste, bien para atender a situaciones sobrevenidas o bien para reducir las aportaciones directas del Estado vía Presupuestos Generales. Este fondo, de no haber sido utilizado en cuatro años, servirá para reducir las aportaciones del Estado.

Además de lo expuesto, parece relevante destacar que el 2 de Julio de 2009 se publicó, como texto pertinente a los efectos del EEE, la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión que establece un marco para la financiación y desarrollo de dichos servicios. Para una mayor concreción sobre el control y la rendición de cuentas en el ámbito nacional.

Normativa Difusión por satélite

La normativa reguladora para el otorgamiento de una autorización administrativa habilitante para la prestación del servicio de difusión por satélite viene recogida fundamentalmente en la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite,

Su artículo 1.1 establece que *“los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público”*.

El Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite, aprobado por Real Decreto 136/1997, establece en su artículo 5 que *“para la prestación de servicios de telecomunicaciones por satélite será necesaria la previa obtención de una autorización administrativa que, en su caso, deberá ir acompañada de concesión del dominio público necesario para la prestación del servicio”*.