

## PRÓLOGO

1. Este libro de Vicente Navarro Marchante *El régimen jurídico de la televisión en período electoral* es un estudio muy útil. Está escrito con orden, claridad, información y rigor. Se ocupa de un tema de interés en cualquier democracia representativa dado el impacto de la televisión en la opinión pública y especialmente durante las convocatorias electorales. La obra revela la presencia de un constitucionalista ya maduro, que ha culminado con éxito su larga fase de formación.

Es una regulación donde no faltan controversias de nada sencilla solución, pues no es fácil predeterminar los resultados ni es tan evidente el grado de densidad que convenga introducir dada la riqueza y pluralidad de los conflictos acaecidos. Es difícil poner puertas al campo: la actividad política en televisión durante las elecciones. La lectura del libro me ha permitido advertir la presencia de diversas controversias y una rica casuística a la que no había prestado suficiente atención y me temo que tampoco buena parte de los iuspublicistas. Navarro abre diversos interrogantes que no es nada sencillo cerrar sobre la actual ordenación del asunto según la Ley Electoral de Régimen General y, sobre todo, conforme a numerosas instrucciones de la Junta Electoral Central mucho menos transitadas por los no especialistas. Unos acuerdos e instrucciones que especifican los abiertos mandatos legales y sus lagunas, determinando las decisiones arbitrales de las Juntas, que ostentan una gran discrecionalidad en sus ponderaciones.

En definitiva, al margen de los habituales problemas derivados del procedimiento y el sistema electorales, cuestiones más estudiadas entre los constitucionalistas, hay numerosos otros problemas relacionados con las campañas electorales (recordemos las pioneras tesis doctorales de Emilio Pajares y Óscar Sánchez, respectivamente, sobre la financiación y la igualdad) y, en particular, en materia de radiodifusión, aspecto del cual se ocupa con detalle este buen libro.

Cualquiera que sea la idea de representación política, una categoría que dista de ser precisa y viene sometida a serios desafíos, la edificación de la representación desde matrices liberal-democráticas tiene como sólido basamento elecciones libres y regulares a través del ejercicio de las ambas modalidades de sufragio ciudadano, y la mediación de los partidos políticos y otras fuerzas políticas que pueden presentar candidaturas y participar en las campañas electorales en condiciones de igualdad. El papel de los medios de comunicación a la hora de influir en las actitudes y opiniones de los electores es relevante. Pero ya no sabemos muy bien hasta cuánto. Es difícil medir el impacto real de las campañas electorales y también de los debates y entrevistas televisivas, pese a que las encuestas se ocupen de ambos asuntos, y resolver si simplemente refuerzan actitudes previas.

2. Vicente Navarro Marchante es Profesor Contratado Doctor en Derecho Constitucional y Secretario del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política en la vieja Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. Conozco a Vicente Navarro desde que le dirigí su primer trabajo de investigación, la memoria final del Diploma de Especialización de Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Constitucionales. Más tarde nos reencontramos cuando el área de Derecho Constitucional de esa Universidad organizó con suma eficiencia, en 2011, las Jornadas anuales de la Asociación Española de Derecho Constitucional (ACE) que en aquella época presidía. He seguido desde entonces sus pasos académicos, intentando subvenir, desde la península, algunas carencias derivadas del aislamiento que ocasionan la insularidad y la periferia. Supongo ese es el papel que nos toca hacer a los profesores de más edad dentro de un gremio como es una corporación universitaria.

Navarro se doctoró en Derecho en la Universidad de La Laguna donde igualmente se licenció en Ciencias de la Información en la rama de Periodismo. Junto a su formación de postgrado en el CEPC, ha continuado realizando diversos cursos y estancias de investigación en las universidades de Pisa, Bolonia y Carlos III de Madrid entre otras. Tiene publicaciones de calidad en revistas bien indexadas y dos sexenios de investigación.

El tema de la comunicación audiovisual del que ahora se ocupa no le resulta nuevo, porque hizo su tesis doctoral sobre el derecho a la comunicación audiovisual de los juicios. También ha publicado artículos sobre la autorregulación de la práctica informativa, los conse-

jos autonómicos de información, los reportajes con cámaras ocultas, la responsabilidad de los medios en la formación de la opinión pública, y acerca de la necesidad de revisar la regulación de los debates electorales en televisión, tema sobre el que vuelve ahora. La soltura con la que el autor se mueve en la radiodifusión probablemente tenga que ver con que camina terrenos que ya conocía. Volver a los lugares es una clave de cualquier buen investigador.

3. La Universidad de la Laguna sigue muy ligada en mi memoria académica al recuerdo del gran universitario que fue Gumersindo Trujillo con el que compartí su interés por el estudio de la forma territorial del Estado autonómico, cuestión en la que fue uno de los primeros estudiosos y a la que yo dediqué mi tesis doctoral. De Gumersindo aprendí que los constitucionalistas no convencemos con las normas sino mediante la cultura. Si bien él no desdeñó el estudio de las leyes y la jurisprudencia, a diferencia de otros miembros de su generación, porque ese era ya el signo distintivo de los tiempos, y la especificidad de los juristas dentro de las ciencias sociales, que había difuminado largo tiempo el enciclopédico Derecho político.

Estimo necesaria una aproximación cultural al Derecho Constitucional. La presencia cada vez mayor de un Derecho comparado, global y en red, no hace sino incrementar esta necesidad. Con mayor razón, en las regiones europea e iberoamericana por su homogeneidad cultural y, sobre todo, en la primera por el proceso binario de integración política, económica y a través de los derechos fundamentales. Efectivamente, es hoy muy necesaria una reflexión histórica y cultural en Derecho Constitucional, porque la avalancha de normas de diversos ordenamientos jurídicos que nos inunda y de sus respectivas jurisprudencias, puede llevarnos a abandonar el hábito cartesiano de atrevernos a pensar y prescindir de construir categorías, conceptos y principios, que es la función definitoria de cualquier doctrina científica, reduciendo el Derecho a una legislación o a un *case-law*, y acabando por erigir a los constitucionalistas en glosadores: bocas inanimadas que resuman las palabras de las leyes y los jueces o, en este caso, de administraciones independientes como son las juntas electorales. No puede ser ésta la función del Derecho Constitucional que es un epígrafe general o cabecera de capítulo del Derecho público desde su fundación: un lugar a caballo entre el Derecho y la política. Una ciencia antes prescriptiva que descriptiva: esencial para la formación de un jurista y de los ciudadanos.

No menos me preocupa la actual dictadura de los *big data* ligada al solucionismo tecnológico y la predicción (*superforecasting*) en la que matemáticos, estadísticos, comunicadores y analistas, al cabo pronosticadores<sup>1</sup>, sustituyen a los expertos —siempre dubitativos a los ojos de los políticos— en las ciencias del gobierno y la administración, en la creación de las políticas y en la asesoría de los gabinetes ministeriales con pronósticos acerca de lo que va a ocurrir. Algunos son prudentes, otros visionarios augures. Con frecuencia, se fundan en estadísticas y datos matemáticos, unos algoritmos supuestamente neutrales, ciertos y fatales, que corren el riesgo de desplazar valores y principios constitucionales y direcciones políticas divergentes con relativa indiferencia hacia los resultados, movidos con la única finalidad de ganar elecciones. Un conjunto ordenado y finito de operaciones, una recopilación de hechos, que permite hallar la solución cierta de un problema social sin mayores controversias y deliberaciones. Los complejos límites de cualquier serio asesoramiento de expertos no juegan para los pronosticadores. Es el fin de la política y del conocimiento —también del Derecho— y el inicio del populismo. Eslóganes y largos discursos televisivos, pensados para una masa de consumidores, sustituyen a ideas y programas que persuadan a los ciudadanos, y son difundidos en una permanente campaña electoral y estrategia de comunicación en la acción de gobierno. Algunos de estos usos entrañan una amenaza a los principios republicanos y a la democracia representativa cuando los datos no se entremezclan con las ideas, y no se basan en fines movidos por una orientación política de gobierno.

Vicente Navarro, sin embargo, afronta el estudio de la regulación de la televisión en períodos electorales desde muy abajo (Capítulo I), desde la democracia representativa, siguiendo primero una aproximación cultural y teórica en la que analiza y divulga distintos conceptos y fenómenos, buscando comprender el contexto antes de interpretar las leyes. Así el papel de los medios en la opinión pública y la importancia de las libertades de la comunicación en los sistemas democráticos. Las variantes de pluralismo informativo y de medios tanto interno como externo y de titularidad pública o privada en una adecuada concurrencia. La idea de «legislación electoral de contorno» que busca asegurarse

---

<sup>1</sup> Me ha parecido interesante un libro de gran impacto y típicamente estadounidense por su estilo provocador y contenido sencillo y hartamente discutible Philip E. TETLOCK y Dan GARDNER: *Superforecasting. The art and science of prediction*, Londres, rh books, 2015.

de la regularidad de los condicionamientos previos a las votaciones, entre ellas, la garantía del derecho del público a recibir la información necesaria para votar. Las consecuencias negativas de los motores de búsqueda y de los historiales, la «minería de datos» que pueden llevar a una «burbuja de filtro» e intercambiar opiniones sólo con personas afines en una «microfocalización», restringiéndose así el pluralismo informativo. Recordemos el caso de *Cambridge Analytica*, una empresa que combinaba la minería con la recopilación de datos para hacer estrategias de comunicación electoral, y tuvo que cerrar tras un escándalo en la filtración de datos personales. El creciente oligopolio de los medios de comunicación no sólo en número sino también en «voluntad de diferenciación», incrementado por su fusión con empresas de telecomunicación para optimizar el tamaño y sobrevivir financieramente que lleva a una concentración de empresas. La concurrencia entre información y entretenimiento (*infotainment*). El fuerte impacto de Internet y de instrumentos como son los foros, blogs y redes sociales en el proceso de comunicación y en la actividad política frente al tradicional papel unidireccional de la radio y la televisión, disminuyendo su audiencia y no digamos la de la prensa escrita que evoluciona hacia un escenario digital. Por otro lado, el impacto en la era actual de una televisión a la carta, con muy diversas modalidades, y la competencia de Internet y las redes, ya no es ni mucho menos el que fue, muchos jóvenes apenas la ven; prensa y televisión han caído en audiencia. El tiempo destinado a los informativos en televisiones tampoco es mucho. Valgan estas muestras que Vicente Navarro desgrana en el libro como evidencia de la complejidad del escenario sobre el que la regulación televisiva en periodos electorales se vierte. No es fácil medir la eficacia real de la propaganda televisiva en tiempos de elecciones ni su atractivo para la audiencia. Parece que ha cambiado el contexto y las leyes deberían meditarlo.

A continuación y en seis Capítulos sucesivos, se estudian diversos objetos: a) las campañas institucionales de los poderes públicos; b) los bloques electorales y planes de cobertura informativa; c) los debates electorales; d) las entrevistas electorales; e) los espacios gratuitos de propaganda electoral en medios públicos, la distribución del tiempo y el control y limitación de los contenidos; y f) la prohibición de contratación de propaganda electoral.

En todo el libro, se aprecia la voluntad del autor de acercarse al conocimiento de la realidad de la que se ocupa, del Derecho vivido, de

la experiencia en el funcionamiento de normas e instituciones, algo que seguramente proceda, entre otras razones, de su Licenciatura en Periodismo y de la docencia en Derecho de la Información en el Grado en Periodismo durante muchos años. Así la obra ilustra frecuentemente el análisis de las regulaciones con la descripción de numerosos y concretos conflictos sobre todos los temas que aborda. También se da noticia de las previsiones de las leyes electorales autonómicas, en un interesante Derecho comparado horizontal y vertical, así cómo las realizadas por los órganos de la Unión Europea y el Consejo de Europa.

Me parece que la amplia casuística surgida en cada uno de estos asuntos, que el libro califica como «potencialmente ilimitada», hace difícil decantar unos criterios generales de interpretación y la misma fijación de un parámetro decisorio. Se narran así curiosas controversias como son las referidas a entrevistas a personajes públicos pero no políticos que manifiestan su apoyo al gobierno, reclamando las candidaturas perjudicadas una compensación. O la viabilidad de entrevistas a personas en prisión. O la salida de presos preventivos para participar en actos electorales. O la negativa de los concretos candidatos a acudir a un debate y su sustitución, o la participación en ellos por videoconferencia. O la presencia de grupos políticos significativos. O la participación de líderes políticos en programas de infoentretenimiento que tienen incidencia electoral, aunque no sean informativos, y un largo etcétera de casos. Una multiplicidad de supuestos. Admito que, en muchas de estas ocasiones, dudo sobre cuál sea la solución correcta y no creo sea el único.

4. En efecto, la principal virtud del libro está en que desgrana y afronta todas las controversias en esta materia, dando abundante información, y no deja de tomar partido en su solución, que no siempre coincide con la posición y las razones de la Junta Electoral Central. Pero el debate permite reflexionar y hallar soluciones propias. A la JEC le corresponde una función arbitral en casos concretos e incluso una potestad sancionadora de bastante complicado ejercicio, y no sólo la mera fijación de normas generales y abstractas. La Junta es a la vez árbitro y legislador complementario de las elecciones.

De suerte que hoy ya no son extrañas las votaciones divididas. Al hilo de esta ausencia de unanimidad, del consenso perdido en un colegio dividido, me pregunto si la capacidad de los Vocales de la Junta Electoral Central de designación parlamentaria —a un lado los Vocales judiciales designados por insaculación—, que debería derivar de su es-

pecialización y capacidad en materias electorales, les ayuda realmente a desempeñar estas complicadas decisiones con responsabilidad. A dictar decisiones responsables. Sin embargo, es demasiado frecuente —y cada vez más— la selección parlamentaria de currículos que nada tienen que ver con las funciones electorales. Ignoro las justificaciones. Supongo los Vocales no especializados fiarán en los informes de los buenos Letrados de la JEC, o en las posiciones de los partidos si desean ser sus epígonos, o se verán obligados a realizar a la carrera cursos de formación intensiva. Pero la ausencia de conocimientos electorales en bastantes de sus miembros no beneficia a la Junta y quizás fuera buena, a la vista de las malas prácticas, introducir una regulación de los requisitos legales más exigente que la que hace el art. 9 de la LOREG, para asegurarse de su especialización en cuestiones electorales y, algunos de ellos también, en el lenguaje de los medios audiovisuales. Es difícil ponderar adecuadamente sin conocer bien ni las realidades.

El mantenimiento en período electoral del respeto a los principios de neutralidad informativa y de proporcionalidad en los debates y entrevistas electorales y en la información de la campaña electoral de acuerdo con las instrucciones de la Junta Electoral competente tanto en los medios de comunicación de titularidad pública como privada (impuesto por el art. 66 LOREG en la polémica reforma de 2011) abre unos juicios complejos. Una complejidad que la riqueza de los hechos ha acrecentado. La garantía del pluralismo en los medios es harto complicada. Pues no siempre basta con medir el tiempo, o la relevancia de la hora de programación, o el número de participantes, su elección y su representatividad de acuerdo con las previas elecciones equivalente. Son muy variados los ingredientes a ponderar en casos de agravios comparativos: un *case-law*. Nos movemos en un terreno resbaladizo que sólo frena la invocación de números precedentes de las Juntas sobre la interpretación de acuerdos e instrucciones, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de Tribunal Supremo. La previa presentación de planes de cobertura informativa por las televisiones ciertamente predetermina y objetiva el asunto, y pueden ser revisados por las Juntas a la hora de a su aplicación. Pero las quejas sobre el maltrato televisivo de los candidatos perjudicados inevitablemente subsisten.

5. No tiene mayor sentido que me detenga en exponer estos temas. Pero algo debe decirse de forma sucinta y para abrir la boca. Hay asuntos ya bien tratados como son los límites a las campañas institucionales para informar del procedimiento de votación que pueden realizar los

poderes públicos, deben tener lógicas limitaciones y no usarse para pedir el voto al gobierno de turno o influir en su sentido. Por más que se discuta si cabe fomentar la participación. Diversas leyes electorales autonómicas lo permitían y también el texto inicial de la LOREG hasta 1994 cuando fue modificado. No obstante, siempre he creído que si el sufragio tiene la naturaleza de un derecho subjetivo de cada ciudadano, y no es un deber constitucional ni menos aún una función de un inexistente poder electoral, nadie puede venir obligado a votar. En consecuencia, la abstención es constitucionalmente legítima —así lo ha admitido el Tribunal Supremo— y —estimo— podría venir reforzada además por la libertad ideológica al expresar un rechazo ciudadano a un generalizado mal ejercicio de la representación: el «no nos representan» de los movimientos de hace unos años. Vicente Navarro cree que tan constitucional es una opción como otra y lo razona y que la decisión estaría en manos del legislador básico.

Respecto de los controvertidos «bloques electorales», debe arrancarse del art. 66 de la LOREG que garantiza la igualdad, el pluralismo y la neutralidad informativa en medios públicos y también en los privados, desde su reforma en 2011 y antes en la Ley General de la Comunicación Audiovisual de 2010. Un precepto legal que reenvía a las instrucciones de las Juntas Electorales. Son unos principios que están en la Constitución pero que son hartamente difíciles de medir. La JEC dictó un Instrucción 4/2011 según la cual todo esto debe hacerse conforme a los criterios establecidos en los «planes de cobertura informativa» —debates, entrevistas, informativos— y respetando la proporcionalidad respecto del número de votos obtenidos en las anteriores elecciones equivalentes. Las Juntas no revisan estos planes en abstracto, pero los tienen en cuenta al resolver concretas quejas. En dicha Instrucción, se recoge la doctrina creada por la JEC a lo largo de su experiencia en sucesivos años respecto de los «bloques electorales», según la cual el interés informativo no se pondera libremente con criterios profesionales sino mediante un control cronometrado del tiempo y un orden concreto de las candidaturas. Un criterio muy rígido y pensado para impedir los abusos que en la realidad se producían. Muchos periodistas creen que es una interferencia injustificada en la libertad de comunicación de los profesionales. En 2012, el TS rechazó que el sistema de tiempos medidos sea inconstitucional y puso de manifiesto que se sigue el mismo modelo que en otros países de nuestro entorno. Así lo había evidenciado ya alguna monografía.

A mi entender, esta regulación es ciertamente muy rígida, pero es una garantía del pluralismo y la neutralidad informativa y viene fundada en criterios racionales y objetivos. Dista de ser evidente, sin necesidad de mayores razones, que tales limitaciones formales, temporales y en el orden de exposición, por rígidas que resulten, redunden directamente en violaciones de la libertad de expresar opiniones y narrar hechos, aunque de algún modo la constriñan. Puede ser una medida necesaria en una sociedad democrática. La larga experiencia que albergamos en interferencias de poderes privados y públicos, estatales y autonómicos, en la organización de los medios tratando de influir en sus opiniones, y los abusos de algunos profesionales en los informativos con afán de prosperar me lleva a pesar, como a otros muchos, que puede ser una no muy buena solución, demasiado sencilla para un problema difícil, pero tampoco es tan mala y no me parece resulte inconstitucional o inconvencional.

Más matizadamente Vicente Navarro sostiene que puede que sea una vulneración en el derecho a la información, pero «de muy baja intensidad», y sugiere un modelo de acuerdos tácitos entre los medios y las fuerzas políticas como ya se ha ensayado en algún caso en Cataluña; o establecer como alternativa un sistema mixto que atribuya la mitad del tiempo a los bloques y la otra mitad al criterio periodístico.

Controvertido ha sido el sometimiento a estos mismos principios, pensados para los medios públicos, a los medios de comunicación privada en el art. 66 de la LOREG desde 2011, aunque no tengan obligación de elaborar planes informativos, lo que puede desvirtuar la eficacia real del mandato. Recuerdo que mi *alter ego*, Pablo Santolaya, experto Vocal que fue de la JEC muchos años, mostró serias reticencias sobre este trasplante desde el principio y también lo hicieron muchos autores. De hecho, la JEC acordó en la Instrucción mencionada modular el alcance de estos principios en uno y otro ámbito, pues las interferencias en los poderes privados deberían ser menos intensas. Sin embargo, Navarro, de un lado, da noticia de la existencia de guías con orientaciones sobre cobertura informativa en períodos electorales para empresas privadas en Alemania y el Reino Unido: un mandato de objetividad supervisada, lo que parece apoyar la regulación; a la par que de otro manifiesta sus reparos sosteniendo que los medios privados deberían tener una discrecionalidad mayor, lo que es sensato. Las dudas en buena medida me parece que subsisten. ¿Acaso no puede tener un ideario una empresa privada? ¿No está negativamente vinculado a la Constitución un poder

privado a diferencia de otro público con una intensa sujeción positiva que le impone promover los principios constitucionales? Quizás sea un problema de grado en la subjetividad o en la objetividad de la información. Probablemente, demandar una estricta «neutralidad» a los medios privados —como hace la Ley— podría ser excesivo y podría bastar con una razonable objetividad de las informaciones. No es lo mismo no participar en ninguna de las opciones de un conflicto, al modo de un juez que es algo que no puede pedirse a una empresa privada, que informar de una manera profesional, desapasionada y sin sectarismos, es decir, objetiva pero no necesariamente neutral. Navarro advierte que quizás salgamos de dudas en una próxima sentencia que el Tribunal Supremo debe poner a instancias de un recurso contencioso administrativo de Antena 3.

Múltiples polémicas ha habido con los debates electorales y sus distintas fórmulas. A la vista de las mismas, Vicente Navarro cree que la regulación de la LOREG —que incorporó la herramienta en su art. 66 en 2011 al hilo del principio de neutralidad informativa— es insuficiente y las instrucciones de la JEC mejorables; a la vez que llama la atención sobre las nuevas normas autonómicas. Se ha discutido si la LOREG debería establecer la obligatoriedad de los debates, como hacen algunas leyes electorales autonómicas que exigen al menos un debate, con fundamento en el derecho de los ciudadanos a recibir información. También qué formaciones políticas deben acudir, concediendo un razonable trato preferente a las candidaturas que obtuvieron un mayor apoyo en las últimas elecciones equivalente. Si el formato puede ser bilateral, seleccionando a los partidos que tienen mejores opciones de ganar, o debe ser siempre multilateral, y en este caso, entre cuántos candidatos. Qué ocurre sin el invitado declina la invitación, y si la candidatura puede sustituir libremente a su representante. ¿Cabe la aplicación de esta normativa a la televisión de la prensa digital? Por último, la modulación de estas regulaciones e instrucciones para los medios privados.

De nuevo, la pregunta es si la LOREG debería incorporar una mayor regulación de los debates electorales a la vista de las experiencias adquiridas, como hacen algunas leyes autonómicas y parece razonable para crear un consenso democrático en las fórmulas, o si, por el contrario, el asunto debe seguir en las manos de las juntas electorales y en la discrecionalidad de los medios. Una mayor codificación acaso no vendría mal, pero no creo fuera prudente que la regulación legal fuera muy densa en vez de flexible, porque las Leyes no pueden preverlo

todo. Algo parecido podría sostenerse con las entrevistas electorales de las que no me ocuparé.

Me gustaría finalmente referirme sucintamente a la prohibición de contratación de espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública y en las emisoras de titularidad privada; una prohibición que se compensa en los primeros con la puesta a disposición de espacios gratuitos de propaganda (art. 60 LOREG en la reforma de 2011). Es una cuestión que he abordado tangencialmente en mi último trabajo sobre el margen de apreciación nacional<sup>2</sup> al abordar la posibilidad de un control de convencionalidad de las regulaciones nacionales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También las normas electorales, aunque sea con la acusada deferencia en su control a la que aboca el margen de apreciación nacional. La Corte Europea ha usado el nuevo criterio del procedimiento razonable de decisión para determinar dicho margen en el importante *Caso Animal Defenders International contra el Reino Unido* de 2013. Una sentencia muy controvertida que analiza una prohibición de propaganda electoral —a mi juicio exagerada y desproporcionada— a una ONG protectora de animales. El TEDH admite la falta de un consenso europeo sobre esta prohibición bastante generalizada. Sea cual sea la posición en abstracto sobre la prohibición de propaganda electoral en las leyes, creo que su aplicación a estos hechos concretos no era ni lógica ni proporcionada. Da igual que el procedimiento de elaboración de la ley ponderara razonablemente intereses públicos y privados, la cuestión es si la prohibición puede aplicarse a un contenido de este tipo como subrayó un Voto particular. Conviene también reservar el riesgo de recuperar un obsoleto entendimiento de la soberanía del Parlamento que denuncia con sensatez otro Voto particular.

Ya antes había estudiado, al analizar el art. 3 Protocolo 1, referido a elecciones libres y regulares, el *Caso TV Vest As y Partido de los Pensio-*

---

<sup>2</sup> Cfr Javier GARCÍA ROCA: «El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable», Capítulo segundo, epígrafe VIII en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2019, pp. 104-136. Una versión publicada en francés «Déférence internationale, imprécision de la marge d'appréciation nationale et procédure raisonnable de décision», en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 121, 2020, pp. 71-105. El texto en castellano se publicó en Argentina «Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión» en *Integración Regional Derechos Humanos*, Universidad de Buenos Aires, núm. 2, 2019, pp. 90-130.

*nistas contra Noruega* en 2008. Un pequeño partido que alegaba que sus reducidas dimensiones le excluían en la realidad de las cosas de toda la campaña electoral de no contratar propaganda televisiva. En definitiva, una discriminación en la realidad de las cosas que excluía de hecho a los partidos pequeños y emergentes de la igualdad de condiciones en las campañas electorales.

Ambos casos me llevan a pensar en líneas generales lo mismo que concluye Vicente Navarro, quien igualmente analiza estos precedentes. Puede que una prohibición legal tan tajante y absoluta esté necesitada de algunos matices y excepciones v.gr. respecto de las televisiones de ámbito local o de algunas pequeñas formaciones, o contemplando el tipo de canales, y, desde luego, garantizando un entendimiento restringido de lo que sea un mensaje político y propaganda electoral.

6. Me detendré ya en mi labor de prologuista, antes de empacharme de comida en el aperitivo, una vez mostrado el interés del asunto, lo adecuado de su tratamiento, y lo provechoso que resulta la lectura de un libro que se ocupa de la televisión en los períodos electorales. Un escenario donde los conflictos no tienen pinta de que vayan a arredrar. No parece que normas y Juntas puedan resolver de antemano todas las ricas controversias que en la realidad surgen. He aprendido mucho leyendo este estudio. Tras redactar el libro, desde luego, Vicente Navarro Marchante ya no necesitará que le prologue otro. Debería haberse convencido de que no está aislado en Tenerife, aunque sea la ultraperiferia de España y de la Unión Europea, sino plenamente dentro de la red del constitucionalismo.

Javier GARCÍA ROCA  
Catedrático de Derecho Constitucional, UCM,  
Madrid, abril de 2020 durante la pandemia del coronavirus.

## AGRADECIMIENTOS

La idea de este libro comenzó a gestarse en el año 2011, aunque por diversas circunstancias se quedó en suspenso en varias ocasiones. En aquel año se aprobó un cambio de la LOREG que introdujo la reforma del art. 66.2 y que prácticamente equipara el régimen de los medios audiovisuales privados a los públicos en los periodos de la campaña electoral. En esos momentos me encontraba en la Universidad Carlos III de Madrid realizando una estancia de investigación bajo la dirección del prof. Luis Aguiar, y ya entonces conversamos sobre estas cuestiones y me animó a dedicarle mi atención. Quiero agradecer también la cálida acogida de los demás compañeros del Área de la «Charly» con los que pude relacionarme: Asunción Elvira Perales, Emilio Pajares, José M. Sánchez Saudinós, M.<sup>a</sup> Dolores González Ayala y especial y particularmente a María Fraile que, en calidad de amiga, me prestó todo tipo de ayuda.

Durante otra estancia en la Universidad de Pisa, en 2015, bajo la dirección del prof. Roberto Romboli, con financiación de la beca del MEC José de Castillejo, también pude seguir avanzando y recopilando la información necesaria para hacer una comparación con el ordenamiento italiano, también con la sui generis relación entre poder político y televisión privada de este país.

Finalmente, con mi participación en el proyecto de investigación «El impacto de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación comparada» (DER2012-37637-C02-01) del que es IP Javier García Roca, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCM, pude completar el análisis de las resoluciones de este Tribunal y también de los trabajos de la Comisión de Venecia para el Consejo de Europa. De ese proyecto y de otro titulado «Justicia, ciudadanía y vulnerabilidad. Narrativas de la precariedad y enfoques interseccionales» (FFI2015-63895C2-1-R), del que es IP María José Guerra Palmero,

surgió el artículo «Los debates electorales en la televisión: una necesaria revisión de su regulación», publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional nº 116 en 2019, que es avance de uno de los capítulos del libro.

También me ha sido de utilidad la participación en el Congreso Debatv, organizado por la Facultad de Periodismo de la Universidad de Vigo en septiembre de 2019, en el que pude contrastar opiniones con Alan Schroeder y Manuel Campo Vidal, ambos con amplia experiencia en el campo de la comunicación política. También quiero agradecer la ayuda al prof. José Manuel de Pablos, de la Universidad de La Laguna, por su ayuda en este foro académico y a Salvador Alsius, del Consejo Audiovisual de Cataluña, por la documentación sugerida.

Es de justicia dejar constancia de mi agradecimiento a los compañeros del Área de Derecho Constitucional de la Unversidad de La Laguna, especialmente a Antonio Domínguez y Gerardo Pérez, a los que tuve que sobrecargar de trabajo para cubrirme en la docencia durante algunas de las estancias. También al Dr. José Ignacio Navarro, letrado en el Parlamento de Canarias e inquieto y curioso jurista, por la ayuda y valiosas sugerencias con diversa documentación.

Finalmente, como suele pasar en la mayoría de los casos, son los más cercanos los que acaban por aceptar con resignación las numerosas horas de dedicación que requiere un trabajo de este tipo, a menudo fuera de los horarios laborales, mi agradecimiento y disculpas por el tiempo robado a mi compañera Mari y a mis hijos Violeta y Alonso.

## INTRODUCCIÓN

En nuestros sistemas de democracia representativa, las elecciones desempeñan un papel central en tanto que es el momento en el que, de forma periódica y libre, se manifiesta la voluntad popular y se ejerce la soberanía popular en su forma más genuina. En consecuencia, las leyes electorales fijan las principales reglas del juego democrático al establecer los mecanismos mediante los cuales la voluntad de los electores se traduce en la designación de los representantes.

La normativa electoral, dentro de lo que se ha venido a denominar «legislación electoral de contorno» atiende, además, a los condicionantes previos a las votaciones para tratar de asegurar la limpieza del proceso, en particular sobre los que tengan incidencia en la formación de la voluntad de los ciudadanos, es decir, la forma en la que los ciudadanos reciben la información necesaria que les permita una valoración consciente, responsable y madura de la situación y de las alternativas. En esa relación entre las formaciones políticas que pretenden ganar las elecciones y los ciudadanos que tienen que decidir el sentido de su voto hay unos intermediarios esenciales que son los medios de comunicación sociales y los días previos a las votaciones se convierten en especialmente importantes y sensibles.

El periodo electoral comprende los días que hay entre la convocatoria de las elecciones y el día de las votaciones. Dentro de él, nuestro ordenamiento diferencia el estricto periodo de la campaña electoral, que se refiere a los quince días previos a la votación (excluyendo el día de la votación y el día previo que es la jornada de reflexión) y que es donde se concentra una especial actividad de las formaciones políticas para captar sufragios.

Este trabajo se circunscribe al análisis del régimen jurídico español que afecta a los medios de comunicación audiovisuales durante el periodo de campaña electoral, especialmente de la televisión por ser el medio que tiene un seguimiento mayor y al que se reconoce una

especial capacidad de influencia; en consecuencia, no se abordan todos los asuntos que afectan al conjunto de medios de comunicación durante la campaña, tales como la prohibición general de difusión de sondeos o encuestas electorales en los días inmediatamente anteriores a las votaciones<sup>1</sup> o la prohibición de campañas o actos institucionales sobre logros por parte de los poderes públicos<sup>2</sup>.

El Capítulo primero se dedica a fijar, de forma breve e introductoria, una serie de presupuestos que conforman los principales parámetros necesarios para, más adelante, centrar el análisis en la parte específica. La fijación de este necesario marco pasa por delimitar unas ideas generales sobre las libertades informativas y su relevancia para el sistema democrático, el papel de los medios de comunicación y la formación de la opinión pública, la igualdad de oportunidades de los competidores electorales, el pluralismo de los medios (interno y externo), y unas reflexiones sobre la especial relevancia del medio televisivo y los nuevos retos que están planteando las nuevas tecnologías.

El Capítulo segundo analiza las llamadas campañas de información institucional que desarrollan los poderes públicos en radio y televisión para informar a los ciudadanos sobre diversos aspectos de la convocatoria electoral. Es relevante atender al alcance que puede tener estas campañas, qué poderes públicos pueden realizarlas, los medios que pueden emplear, el ámbito territorial, su contenido, etc. Se analiza con especial detenimiento la controversia sobre si esa campaña debe o no incentivar la participación.

El Capítulo tercero se dedica a la información sobre la campaña, en particular sobre los condicionantes de tiempo y orden que afecta a los

---

<sup>1</sup> Sobre este tema resulta especialmente recomendable atender al análisis que se recoge en el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral, de 2009, que dedica su Apartado VII.3 a La prohibición de la publicación y difusión de encuestas electorales. El Consejo hace un repaso de la normativa en derecho comparado, sintetiza los argumentos a favor y en contra de la prohibición y finalmente concluye que, con ciertas precauciones y medidas complementarias, es «razonable suprimir la prohibición de publicar o difundir encuestas durante los cinco días anteriores a la votación». Véase también, entre otros numerosos trabajos que abordan el tema, a Balaguer CALLEJÓN (2009). No obstante, pese a que la mayoría de la doctrina no cree necesaria tal prohibición (o la considera inaplicable en la práctica porque actualmente es imposible poner límites territoriales a la información), lo cierto es que el legislador la mantiene.

<sup>2</sup> En su momento oportuno se aportan las referencias doctrinales más relevantes para el análisis de estos temas que no serán objeto de estudio en este trabajo.

medios de comunicación, especialmente públicos, los conocidos como bloques electorales, que han sido objeto de una significativa oposición de los profesionales de la información que han llevado el asunto a los tribunales de justicia.

El Capítulo cuarto aborda los debates electorales, como programa estrella de la campaña electoral y que alcanzan las cifras de audiencia más relevantes. Se atenderá a la normativa reguladora, nacional y de algunas Comunidades Autónomas, así como a las instrucciones y criterios interpretativos de la Junta Electoral Central, que deben aplicar los principios de pluralismo, igualdad, proporcionalidad y neutralidad. Se diferenciará entre los debates bilaterales y multilaterales y la forma de determinación de las formaciones políticas que puedan ser invitadas y que pudieran tener derecho a participar, también teniendo en cuenta la naturaleza pública o privada del medio. Se hace un análisis crítico de la especialmente conflictiva participación de los grupos políticos significativos.

El Capítulo quinto analiza los conflictos en torno a las entrevistas a los líderes de las formaciones concurrentes a las elecciones y en las que los medios, al igual que con las informaciones y debates, deben aplicar el principio de proporcionalidad. También se dedica un apartado a los programas de infoentretenimiento, en principio, al margen de la regulación electoral.

El Capítulo sexto se ocupa de los espacios de propaganda electoral gratuita que ceden los medios audiovisuales de titularidad pública a las formaciones que concurren a las elecciones. Junto al tiempo que se ofrece a cada formación, en función de los resultados de las anteriores elecciones equivalentes, hay discrepancia en torno a la forma de determinar las franjas horarias en las que deben emitirse tales espacios. Además, se plantean otros problemas en relación al eventual control de los contenidos de tales espacios.

El Capítulo séptimo se dedica a analizar la conveniencia de mantener la prohibición de contratación de espacios de publicidad pagada en los medios audiovisuales, aportando una perspectiva de derecho comparado y la interpretación del TEDH que pone en cuestión la normativa nacional.

Junto al análisis de la normativa aplicable en nuestro país, con especial protagonismo de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, también es necesario atender a las leyes electorales autonómicas, así como a los textos internacionales con recomendaciones sobre las

medidas básicas para garantizar el correcto desarrollo de los procesos electorales, con especial atención a la labor de la conocida como Comisión de Venecia dentro del Consejo de Europa. Se hace un análisis de la escasa jurisprudencia nacional y del TEDH, y una amplia selección de resoluciones de la Junta Electoral Central<sup>3</sup>. Además del necesario manejo de la doctrina jurídica, por la temática de este trabajo, también hay aportaciones desde otras disciplinas involucradas, particularmente de la ciencia y sociología políticas y ciencias de la comunicación.

Se ha optado por no dedicar un capítulo específico al análisis de derecho comparado, entendiendo que es preferible indicar las aportaciones más interesantes de la experiencia de otros ordenamientos en aquellos aspectos concretos de cada capítulo en los que resulta de interés.

---

<sup>3</sup> Las referencias a los Acuerdos de la Junta Electoral Central (AJEC) se identifican con el número concreto que lo individualiza y el año, junto a la fecha de la resolución. Se considera que seguir con la inercia de otros trabajos doctrinales, y de la propia JEC cuando cita sus propios antecedentes, que sólo indican la fecha de la sesión en la que se toma el acuerdo no resulta adecuado dado que hay sesiones en las que se toman decenas de acuerdos y, en consecuencia, es complejo precisar a cuál de ellos se está haciendo referencia.

## Capítulo I

# BREVE APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LOS CONCEPTOS DE: LIBERTADES INFORMATIVAS, OPINIÓN PÚBLICA, LEGISLACIÓN ELECTORAL DE CONTORNO, PLURALISMO, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TELEVISIÓN

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, LA OPINIÓN PÚBLICA Y LAS ELECCIONES EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.—3. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE LEGISLACIÓN ELECTORAL DE CONTORNO.—4. EL PLURALISMO MEDIÁTICO: INTERNO Y EXTERNO: 4.1. Previsiones de los organismos europeos sobre el pluralismo mediático. 4.2. Diferenciación entre pluralismo interno y externo: 4.2.1. *El pluralismo interno*. 4.2.2. *El pluralismo externo*.—5. IDEAS BÁSICAS SOBRE LA PARTICULAR RELEVANCIA DEL MEDIO TELEVISIVO: 5.1. Breve caracterización de los modelos audiovisuales clásicos: el modelo de libre mercado y el modelo de servicio público: 5.1.1. *El modelo norteamericano del libre mercado de las ideas*. 5.1.2. *El modelo europeo de servicio público*. 5.2. La relevancia de los medios audiovisuales en la era de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

## 1. Introducción

Nuestros sistemas políticos han derivado —no solo, pero sí esencialmente— en democracias representativas<sup>1</sup> en las que los representantes tienen un mandato de duración determinada y las elecciones periódicas se convierten en un pilar básico para el sistema (art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). En las elecciones democráticas, el ciudadano debe poder ejercer su derecho a voto de

---

<sup>1</sup> Para un análisis de la evolución histórica de la democracia representativa en autores clásicos como Montesquieu, Burke, Rousseau o Condorcet y sobre su crisis en las últimas décadas, véanse las numerosas aportaciones de TORRES DEL MORAL (1975, 1982, 2004 y 2011). Para un análisis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la materia (GARCÍA ROCA, 1999, 58 y ss).

forma libre<sup>2</sup>, apoyando las opciones que considere más adecuadas según su propio criterio, su voluntad personal que en conjunto conforma la soberanía popular. En consecuencia, resulta fundamental atender al proceso de formación de la opinión política personal del ciudadano y ahí llegaremos a la conclusión de que resulta esencial la información de la que dispone para formarse un juicio sobre lo que ocurre a su alrededor, sobre los asuntos de la *res publica* y sobre las diferentes opciones y alternativas. Aquí es donde hay que destacar el papel de los medios de comunicación de masas en el proceso de formación de la opinión pública, sustrato imprescindible para la existencia de una democracia.

Cierto es que, además del acceso a la información de lo que ocurre y el acceso a las opiniones de los demás, también es necesario un cierto grado de formación cultural que ayude a comprender, a valorar y a contextualizar, sólo con un cierto grado de capacidad crítica se puede considerar que el voto corresponde a una persona adulta, madura, formada e informada.

En los párrafos anteriores se han señalado varios de los elementos que, entre otros, nos permitirán hablar de un sistema democrático: libertades informativas, opinión pública, elecciones libres, pluralismo en los medios de comunicación, etc. En consecuencia, aunque excedería de las pretensiones de este trabajo un análisis profundo de cada uno de ellos, sí haremos una breve referencia a todos ellos, aun a riesgo de superficialidad, para contextualizar debidamente el marco en el que se desenvuelven los medios audiovisuales en el sensible periodo electoral, que es el objeto de análisis de este estudio.

## 2. El derecho a la información, la opinión pública y las elecciones en la sociedad democrática

En este apartado se pone en relación tres de los elementos básicos del sistema democrático: el derecho a la información como presupuesto

---

<sup>2</sup> En palabras de GARCÍA ROCA (2014, 715): «Por muy compleja que sea la definición de democracia, es patente que sin elecciones libres la democracia moderna no existe. Estamos ante una *conditio sine qua non*. De hecho, es un requisito tanto para la adhesión de los Estados al Consejo de Europa como para mantenerse en su seno». El «Código de buena conducta en materia electoral» aprobado por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en 51.<sup>a</sup> Sesión Plenaria en 2002 recoge los principios del «patrimonio electoral europeo».

básico para la existencia de opinión pública libre que pueda manifestarse en las elecciones.

El sistema electoral aporta los instrumentos operativos que hacen posible materializar la democracia, es decir, permite una votación para que la voluntad de los ciudadanos (la soberanía popular) se transforme en representantes legítimos del pueblo. La trascendencia de esta función justifica que la ciencia jurídica le haya dado una importancia y un especial protagonismo, que se sigue manteniendo, buscando resolver posibles disfunciones del sistema.

Así, hay que reconocer que la voluntad popular, en su manifestación más trascendente, se expresa con el voto en elecciones libres y periódicas, pero ese voto es la materialización final de un proceso de reflexión personal del ciudadano que, en democracia, sólo puede considerarse válido y aceptable si se produjo en un contexto de transparencia donde reina la libre información y opinión<sup>3</sup>. Sólo cuando el ciudadano ha tenido acceso a informaciones veraces y a las opiniones de los demás ciudadanos, incluidas las que pueden inquietar y criticar a los poderes establecidos, se puede hablar de que han existido los requisitos que permiten la existencia de una opinión pública<sup>4</sup> libre.

Es conocida la importancia que tuvo el reconocimiento de la libertad de imprenta desde finales del siglo XVIII para consolidar las revoluciones liberales burguesas y el constitucionalismo y siglo y medio más tarde, en el marco de la Organización de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconocía en su art. 19 «*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*».

Durante esos años, las sociedades occidentales han tomado conciencia de la idea que ya vislumbraban los ilustrados de que las libertades informativas eran algo más que un derecho subjetivo a transmitir ideas,

<sup>3</sup> RUIZ ROBLEDO (2018, 303) señala que de la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho de los ciudadanos a participar en elecciones libres se desprende que «un auténtico voto libre no es solo aquel que se ejerce sin coacción (dimensión subjetiva) sino aquel que se ejerce dentro de una sociedad con un grado de libertad de opciones plurales que permite a los votantes formarse su propia opinión individual (dimensión objetiva)».

<sup>4</sup> Noelle-Neumann advierte de la complejidad de definir un concepto de opinión pública y hace un repaso historiográfico de las aportaciones doctrinales al tema (2010, 83 y ss.).

opiniones o información sin ser sancionado por ello. Las libertades informativas constituyen uno de los pilares en los que se asienta el sistema democrático, en palabras de Konrad Hesse<sup>5</sup>:

«Elecciones y votos pueden desempeñar su correspondiente función sólo cuando el ciudadano se encuentra en la posición de poderse formar un juicio sobre las cuestiones decisivas y cuando sabe lo bastante de la conducta de los gobernantes para poder aprobar o rechazar su gestión. La opinión pública presupone información sobre la cosa pública. Y la preformación previa de la voluntad política sólo es posible mediante contraste de las diversas opiniones y aspiraciones. Sólo donde reina la transparencia puede haber responsabilidad de los gobernantes y conciencia de esa responsabilidad. En resumidas cuentas, de acuerdo con su propio principio constitutivo, la democracia es cuestión de ciudadanos informados, mayores de edad y no de masas ignorantes y apáticas, conducidas sólo por afectos e impulsos irracionales, tenidas en la oscuridad sobre su propio destino por sus bien o malintencionados gobernantes».

En el mismo sentido también se puede citar a Sartori (1987, 116-117) que señala que «El poder electoral constituye “per se” una garantía mecánica de la democracia; pero la garantía sustantiva viene dada por las condiciones bajo las cuales el ciudadano obtiene la información y está expuesto a la presión de los fabricantes de opinión. En última instancia “la opinión de los gobernados es la base real de todo gobierno”».

La propia efectividad del Estado democrático (art. 1.1 CE) resultaría puesta en cuestión, e incluso falseada, si quienes han de participar en los asuntos públicos carecieran de la información necesaria para hacerlo de forma plena y auténticamente libre<sup>6</sup>. Para Fiss (1997, 171): «Nuestro respeto por la elección de una mayoría disminuye considerablemente cuando sabemos que la elección fue hecha apresuradamente, bajo fuerte presión, sobre la base de una información defectuosa o sin una adecuada consideración de las alternativas. Una verdadera democracia supone una cierta dosis de ilustración ciudadana».

A la vista de lo anterior, resulta trascendental para el sistema democrático, atender a los mecanismos preferentes que tienen los ciudadanos para obtener información y conocer las opiniones de los demás. Parece

<sup>5</sup> Citado por SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1988, 141) que no especifica la obra exacta de referencia.

<sup>6</sup> Véase ESCOBAR ROCA (2002): 49.

evidente que, en nuestras sociedades, el principal instrumento para influir en la opinión pública son los medios de comunicación de masas<sup>7</sup>, sin menospreciar la capacidad de influencia a través de las redes sociales que han irrumpido en las dos últimas décadas así como las posibilidades de manipulación que ofrece internet y que se verá más adelante.

De entre los medios de comunicación, la televisión juega un papel fundamental por su alta capacidad de persuasión, como ha sido provocadoramente destacado por Sartori (1998), y por la enorme influencia que tiene sobre la opinión pública<sup>8</sup>. Son éstas las principales razones que utilizan los poderes públicos para someter a los medios audiovisuales, especialmente a la televisión, a restricciones que no aplican a los medios escritos. En décadas anteriores también se utilizaba el argumento formal de la necesidad de concesión administrativa, para dar la exclusiva sobre la frecuencia por onda hertziana de radio o televisión, y en consecuencia su consideración de servicio público como justificadora de las intervenciones. En los capítulos siguientes volveremos sobre la especial naturaleza como razón justificadora del intervencionismo público.

Esta función tan relevante de los medios de comunicación en los sistemas democráticos ha llevado a calificar a éstos, en expresiones ya clásicas, como el «perro guardián de la democracia»<sup>9</sup> o como el «cuar-

<sup>7</sup> Sobre la relevancia de los medios de comunicación para la existencia de elecciones libres y transparentes y los parámetros de mínimos que se deben respetar, véase la Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones de 2009 suscrita por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la libertad de opinión y de expresión, el Representante de la OSCE para la libertad de los medios de comunicación, la Relatora Especial de la OEA para la libertad de expresión y la Relatora Especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

<sup>8</sup> Resulta especialmente interesante atender también a las aportaciones de la sociología en torno a la relación entre comunicación y poder político, por ejemplo CASTELLS (2009).

<sup>9</sup> La expresión «public dogwatch» tiene su origen en EE.UU., y es expresamente recogida por la STS del Caso New York Times Co vs. Sullivan 376 US (1964). Más tarde es adoptada, entre otros, por el TEDH, véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de septiembre de 1994, caso Jersild vs. Dinamarca: *«la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent donc une importance particulière (...). A sa fonction qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en était autrement, la presse ne pourrait jouer rôle indispensable de «chien de garde» public.* Para un análisis de la teoría del «public watch dog» en el pensamiento liberal véase MARTÍNEZ ALBERTOS (1994). Véase también una visión comparada entre EE.UU. y Europa en este tema en TENORIO SÁNCHEZ (2013).

to poder»<sup>10</sup>. Evidentemente, como aclara García Roca (2001, 30), nos «estamos refiriendo a otro tipo de poder más moderno, que no desempeña funciones públicas, se ejerce de manera más sutil, no mediante el Derecho o la coacción, y que se proyecta pero también se ejerce desde el terreno de la sociedad civil: “los poderes privados”».

En consecuencia, las libertades informativas y el pluralismo son varas de medir tan imprescindibles como sensibles a la hora de calificar el grado de autoritarismo o de democracia de una sociedad política<sup>11</sup>. Como decía Kelsen (1934, 120), la publicidad de los actos de gobierno es una característica de la democracia, mientras que la autocracia «mantiene el principio del secreto de gobierno», por tal motivo hemos acabado acuñando el aforismo de que las democracias mueren detrás de las puertas cerradas.

En efecto, existe una estrecha relación entre la forma de ejercer el gobierno y el sistema de comunicación social, así «la libertad de expresión es la piedra de toque de todo régimen político. Su existencia o su ausencia, su uso (...), su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación (...), revelan (...) la naturaleza más o menos liberal o más o menos democrática de la estructura de poder vigente en una sociedad en un momento determinado»<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, no es concebible la compatibilidad de un régimen totalitario ni autoritario con una información plural, en este último «el gobierno suele ejercer el control sobre los medios informativos mediante la censura previa, el incentivo de los que aun siendo distintos son pro gubernamentales y la tipificación como delitos de conductas que bajo un sistema democrático-constitucional son puro ejercicio de la libertad de expresión»<sup>13</sup>.

Partiendo del derecho del público a la información, también se pretende contar con el apoyo de los poderes públicos para que las funciones esenciales de los medios de comunicación se cumplan apropiadamente. Este planteamiento defiende la necesaria «beligerancia del Estado en el establecimiento de condiciones normativas que aseguren no sólo las

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1996, 97) atribuye la expresión «Cuarto Estado» a BURKE «quien parece ser afirmó que «había tres Estados en el Parlamento, pero que, más allá, en la tribuna de los periodistas, tomaba asiento el Cuarto Estado, el más importante, con mucho, de todos ellos»».

<sup>11</sup> BASTIDA FREJEDO (2004, 161).

<sup>12</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1992, 14).

<sup>13</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997, 152).

condiciones a las que se ha de adecuar el emisor de la información, sino también aquellas que preservan al destinatario de la misma»<sup>14</sup>. Y ello, añade Villaverde Menéndez (2003, 122), porque la ironía de la libertad de expresión —como recordara Owen Fiss (1999)—, consiste en que el Estado puede ser su mayor enemigo, pero también su imprescindible aliado, por cuanto ahora quien puede silenciar la voz de las minorías ya no es el Estado<sup>15</sup>, sino los grandes complejos mediáticos que trazan las grandes líneas informativas y fijan la agenda de temas sobre los que se debate. En los siguientes apartados nos ocuparemos de forma detallada del análisis del pluralismo en los medios de comunicación.

Así, la libertad de expresión en el Estado social y democrático no sólo debe proteger la posición de quien participa activamente en el proceso de comunicación pública para expresarse, también debe extender su protección a quien participa pasivamente, escuchando lo que los demás tienen que decir. Recuerda Bastida Freijedo (2004, 163) que:

«Se protege el mensaje emitido en cuanto manifestación individual de una voluntad de expresar ideas o difundir informaciones, pero también en cuanto proceso de formación de una comunicación pública libre “sin la cual serían formas huecas las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular” (STC 6/1981)».

Esta garantía del derecho del público a recibir información es la que justifica la intervención del Estado en el proceso de comunicación y la imposición de ciertas restricciones al sujeto activo. Como ejemplos de restricciones podemos citar la legislación que obliga al medio de comunicación a rectificar sus informaciones<sup>16</sup>, la que protege al profesional de la información frente a su propia empresa en casos de cambio de línea editorial<sup>17</sup>, la que limita la concentración de empresas buscando

<sup>14</sup> CARRILLO (1998, 122).

<sup>15</sup> En este mismo sentido véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1990, 49) que señala «En la doctrina constitucional, algunos trabajos sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales han hecho ver lo impropio de la teoría clásica liberal, que apreciaba en la intervención normativa del legislador sólo un potencial enemigo de las libertades y que, por eso, la limitaba al máximo y la subordinaba a la previsión explícita constitucional contenida en la reserva de ley».

<sup>16</sup> Véase la Ley Orgánica 2/1984 reguladora del derecho de rectificación.

<sup>17</sup> Véase Ley Orgánica 2/1997, sobre la cláusula de conciencia de los periodistas.

mayor pluralismo<sup>18</sup>, el derecho de acceso a los medios (art. 20.3 CE)<sup>19</sup>, etc. Por supuesto, en los capítulos que siguen analizaremos con detalle el particular régimen jurídico al que quedan sometidos los medios de comunicación audiovisuales, particularmente la televisión por su indudable capacidad de impacto, influencia y persuasión, especialmente durante el delicado y trascendental periodo electoral.

### 3. Aproximación a la noción de legislación electoral de contorno

La democracia representativa necesita diseñar un procedimiento electoral adecuado, competitivo, para elegir a las personas, y con ellas a sus proyectos, encargadas de ocupar los puestos de poder. El preámbulo de nuestra norma electoral (Apartado III de la LOREG de 1985) señala: «Un sistema electoral de un Estado democrático debe garantizar, como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular y esta libertad genérica se rodea hoy día de otro conjunto de libertades, como la libertad de expresión, de información, de reunión, de asociación, etcétera. Por ello, el efecto inmediato de esta Ley no puede ser otro que el de reforzar las libertades antes descritas, impidiendo que aquellos obstáculos que puedan derivarse de la estructura de una sociedad, trasciendan al momento máximo de ejercicio de la libertad política. El marco de la libertad en el acceso a la participación política diseñado en esta Ley es un hito irrenunciable de nuestra historia y el signo más evidente de nuestra convivencia democrática».

Existen diversos documentos de organizaciones internacionales que establecen recomendaciones para garantizar que las normativas estatales sobre las elecciones cumplan unos mínimos estándares en esta materia<sup>20</sup>.

En el marco de la OSCE se pueden destacar los Estándares internacionales sobre elecciones, adoptado en Copenhague el 29 de junio de 1990 y posteriormente el Informe sobre los requisitos de las elecciones

<sup>18</sup> Véase la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, arts. 25 y ss.

<sup>19</sup> Véase Estatuto de RTVE.

<sup>20</sup> El Boletín de Documentación núm. 33, de 2008, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, elabora un dossier sobre: «Legislación electoral: régimen jurídico de algunos elementos del sistema electoral» en el que se recopilan las referencias normativas del Consejo de Europa y las leyes, documentación, informes, jurisprudencia y bibliografía de Alemania, Francia, Italia y Reino Unido.

democráticas en los Estados miembros, aprobado en Varsovia el 30 de junio de 2003. El Consejo de Europa<sup>21</sup>, a través de la Comisión de Venecia<sup>22</sup>, elaboró en 2002 un Código de Buena Conducta en Materia Electoral en el que se relacionan los principios básicos<sup>23</sup> que deben ser incluidos por los Estados en sus legislaciones internas para garantizar la igualdad de oportunidades entre los contendientes en el proceso electoral, que se complementa con el Informe sobre el Derecho Electoral y la Administración de las Elecciones en Europa de 2006<sup>24</sup> y el Código de Buenas Prácticas en el Marco de los Partidos Políticos de 2008.

García Roca (2009, 900) recuerda que también el TEDH ha establecido que «elecciones libres y libertad de expresión, particularmente la libertad del debate político, forman conjuntamente el lecho (bedrock) de cualquier sistema democrático» (STEDH Caso Bowman vs. RU de 19 de febrero de 1998 y otras).

Como señala Sánchez Muñoz (2007, 2), una de las principales inquietudes de la doctrina jurídico-electoral de los últimos tiempos se sitúa en la llamada «legislación electoral de contorno», es decir, sobre «aquella parte de la regulación de los procesos electorales relativa, de una parte, al acceso a la competencia electoral y, de otra parte, a las garantías de la igualdad de oportunidades entre los sujetos participantes en dicha competición». Y ello porque parece evidente que la legitimidad del poder se resiente si el proceso electoral está desacreditado

<sup>21</sup> Véase el art. 3 del Protocolo Adicional al CEDH, sobre el Derecho a elecciones libres, que compromete a los Estados a organizar «a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo», es decir, a celebrar elecciones pluralistas, abiertas competitivas, que no son otra cosa que el presupuesto de la forma de Estado democrática (SAIZ ARNAIZ, 2018, 224).

<sup>22</sup> Véase la Recopilación de Dictámenes e Informes de la Comisión de Venecia sobre campañas electorales, centrado en aspectos de financiación, de 14 de octubre de 2019 (existe una versión en castellano realizada por la Unidad de Traducción e Intérpretes de la Dirección de Relaciones Internacionales del Congreso de los Diputados, disponible en la web de la Junta Electoral Central), y la Recopilación de Dictámenes e Informes sobre medios de comunicación y elecciones de 4 de julio de 2018.

<sup>23</sup> Esos principios son concreciones de las ideas de: neutralidad de los poderes públicos, prohibición de discriminación, igualdad de acceso, establecimientos de límites razonables a la financiación y gasto electoral, proporcionalidad en el tratamiento informativo, etc.

<sup>24</sup> Este dedica los apartados 107 a 121 al papel de los medios de comunicación en las competiciones electorales.

tanto por las insuficiencias de las libertades informativas y transparencia como por la falta de igualdad de oportunidades<sup>25</sup> que refleje y posibilite el pluralismo político existente en la sociedad. En nuestras sociedades democráticas tenemos consenso en que corresponde a los poderes públicos establecer normativas para garantizar la pureza del debate político y la visibilidad de todas las ideas, sin que otros factores como el poder económico, mediático o político de algunos grupos puedan distorsionarlo favoreciendo o marginando a determinadas opciones en perjuicio de la opinión pública que es sustento del sistema democrático. Por otra parte, la limitación del gasto también parece conveniente desde otro punto de vista, ya que si el gasto es desmesurado y se ven gravemente afectadas las finanzas raramente boyantes de los partidos, son de temer las irregularidades de financiación hasta el punto de caer en corruptelas que pueden poner en peligro el propio funcionamiento del sistema democrático (Martín-Retortillo, 2010, 99).

La democracia no sería tal si la mayoría desprotege a la minoría, si lo hiciera encerraría la posibilidad de una dictadura, únicamente diferente a la dictadura de la minoría en el número de sometidos. La democracia pluralista quiere que el proceso político sea cosa de todo el pueblo, no sólo de la mayoría, no se puede tratar a las minorías como grupos que están equivocados sobre la verdad y la justicia, que han de ser sometidos o extinguidos en virtud de una fingida voluntad general. En consecuencia, la elección libre entre varios grupos y la igualdad de oportunidades de la minoría para convertirse en mayoría se garantiza a través de un sistema pluripartidista, lo que incluye la igualdad de oportunidades entre partidos, la igualdad en el derecho electoral y en el derecho a la crítica y la propaganda (Hesse, 2011, 144-145).

En la misma línea, Loewenstein (1992, 343) afirma que «Hoy ha desaparecido toda duda de que la desigualdad de los partidos y los candidatos en los medios económicos de que disponen para la campaña y consiguientemente la desigualdad en el uso de los medios de

---

<sup>25</sup> Un análisis amplio de la idea de la igualdad de oportunidades en la competición electoral en SÁNCHEZ MUÑOZ (2007). Véase también RÍOS VEGA, para el que «el principio de equidad electoral no desaparecerá por completo todas y cada una de las ventajas y superioridades de los poderes —dinero, medios y gobierno— que compiten en la lucha por el cargo público, Pero sí, en cambio, permitirá que todos tengan la misma oportunidad de beneficiarse en forma razonable y bajo ciertos límites de dichos factores para obtener el voto popular» (2011, 195). En la misma idea, BIGLINO CAMPOS (2011) que plantea que las ventajas en materia de comunicación política deben tener límites en las reglas del juego democrático.

comunicación, tiene una importancia decisiva para el resultado de una decisión».

En consecuencia, una elección libre no es sólo aquella en la que no existe coacción sobre el ciudadano, entendemos que solo se puede reputar como libre una elección donde se le proporciona al elector el pleno conocimiento de los distintos grupos políticos. Los poderes públicos no pueden por ello limitarse a garantizar la ausencia de coacciones, sino que deben, además, realizar una actividad pública que garantice ese conocimiento, lo que sería, además, una concreción del derecho de igualdad del art. 14 en conexión con el mandato del 9.2 CE<sup>26</sup> y del principio de pluralismo político del art. 1.1 CE. Sánchez Muñoz (2011, 331) insiste en que la igualdad de oportunidades tiene un carácter ambivalente, por un lado garantiza que los competidores pueden actuar con libertad para desarrollar su campaña y hacer llegar su mensaje al electorado, pero también sería el fundamento justificativo de importantes limitaciones a los propios competidores, y a terceros (como los propios medios de comunicación), cuya finalidad sería evitar el ejercicio de influencias abusivas sobre el electorado. En los siguientes capítulos de este trabajo veremos las concretas limitaciones que se establecen sobre los medios audiovisuales en los periodos de campaña y que traen causa en lo que acabamos de señalar.

#### 4. El pluralismo mediático: interno y externo

La CE de 1978 incluye en su art. 1.1. una referencia explícita al pluralismo político como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento<sup>27</sup>, junto a la libertad, la justicia y la igualdad. Como recuerda Peces-Barba (1988, 47), la razón principal de esta mención al pluralismo político como valor autónomo podía tener sentido para subrayar que se salía de una dictadura que lo había sofocado, aunque, en puridad, «el pluralismo político es una dimensión de la libertad»<sup>28</sup>.

No cabe duda de que el pluralismo político es una de las señas de identidad de la democracia. Para Ara Pinilla (2015, 992) «de poco sirve

<sup>26</sup> GARCÍA LLOVET (1987, 159).

<sup>27</sup> Sobre los valores superiores y su interpretación constitucional véase DÍAZ REVORIO (1997).

<sup>28</sup> En el mismo sentido véase ARA PINILLA (2015, 1000) que relaciona abundante bibliografía sobre este asunto.

reconocer a todos la posibilidad de participar en el sistema democrático representativo si a la hora de la verdad se ponen (o no se remueven) trabas que entorpecen el ejercicio real de la función formalmente reconocida».

De lo analizado con anterioridad se desprende que los ciudadanos de una democracia deben tener conocimiento de ese pluralismo político existente en toda sociedad. Para ello, es necesario atender a si los medios de comunicación son capaces de reflejar ese pluralismo. Botella (2001, 27) recuerda que el ideal profesional del periodismo occidental supone que «los media son sólo vehículos que, gracias a la profesionalidad de los informadores y a la imparcialidad de las empresas periodísticas, ponen información al alcance del público, pero sin imponerle valoraciones o filtros políticos. Será cada espectador (oyente, televidente, internauta, ...) quien sacará sus propias conclusiones políticas a partir de la información imparcial que recibe». Sin embargo, en primer lugar tendríamos que admitir que la neutralidad y objetividad personal de los periodistas es un ideal absoluto imposible de alcanzar pese a buscar un exquisito rigor profesional, las preferencias ideológicas son inevitables: desde la selección de las informaciones que se deben destacar al uso del lenguaje, nunca completamente neutrales. En segundo lugar, también descartamos la imparcialidad de las empresas, que responden a determinados intereses económicos, sociales, políticos, etc.

En consecuencia, el pluralismo informativo<sup>29</sup> se convierte en pieza fundamental para garantizar que el ciudadano podrá tener acceso a diferentes visiones y perspectivas de la realidad que le rodea y que le permitirán una toma de posición madura y reflexiva (con información veraz y contrastada, contextualizada, y con acceso a diferentes enfoques) sobre los asuntos de interés público.

Ahora bien, una de las primeras cuestiones que nos surgen en torno al pluralismo es si debemos exigir que tal circunstancia se cumpla en cada medio de comunicación (pluralismo interno) o bien que se logre con el conjunto de la oferta existente (pluralismo externo), es decir, aceptando haya medios que sólo responden a determinadas orientaciones ideológicas pero garantizando que haya suficientes medios que abarquen todo el abanico político.

---

<sup>29</sup> Para una visión amplia del pluralismo informativo, véase la monografía de RALLO LOMBARTE (2000a).

Otra de las cuestiones del pluralismo es atender a la titularidad pública o privada de los medios, ¿en cuál de los dos mundos se asegura más la pluralidad de la visión de la realidad social? (Botella, 2001, 29) Se podría pensar que los públicos, por recibir cierta influencia desde las formaciones políticas coyunturalmente mayoritarias y gobernantes, podrían tener predisposición por éstas. Sin embargo, éstos, por estar relativamente liberados de la presión del mercado, podrían permitirse un mayor criterio de profesionalidad y pluralismo que los privados.

Por último, también conviene atender a otros condicionantes materiales de los medios como son la suficiencia económica y los parámetros de profesionalidad. Se puede especular con que sólo los medios con solvencia económica pueden dedicar los recursos necesarios para dotarse de servicios informativos capaces de buscar informaciones de investigación, detalladas, contrastadas, contextualizadas, etc., de lo contrario los medios pueden convertirse en meros transmisores de informaciones de agencia o canales de los servicios de prensa de los grupos mejor posicionados. Y en directa relación con lo anterior, es difícil que un medio con personal en precarias condiciones laborales pueda llegar a desarrollar una labor constante y regular de «perro guardián» que inquiete a los poderes establecidos.

#### 4.1. PREVISIONES DE LOS ORGANISMOS EUROPEOS SOBRE EL PLURALISMO MEDIÁTICO

En los últimos años, los organismos europeos, tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa, han seguido insistiendo en la relevancia que tiene la libertad, la transparencia y el pluralismo en los medios de comunicación para nuestros sistemas democráticos.

En el ámbito de la Unión Europea hay que destacar las conclusiones y recomendaciones del Grupo de Alto Nivel de la Comisión Europea sobre Pluralismo y Libertad de los Medios de Comunicación<sup>30</sup>, que resume los retos que pueden restringir potencialmente la libertad del periodismo o reducir el pluralismo: la influencia política, presiones comer-

---

<sup>30</sup> Este Grupo fue comisionado por la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Neelie Kroes, en octubre de 2011, para que proporcionaran un conjunto de recomendaciones para el respeto, la protección, el apoyo y la promoción del pluralismo y la libertad de los medios de comunicación en Europa, el documento fue entregado en enero de 2013.

ciales excesivas, cambios en el escenario de los medios de comunicación con los nuevos modelos de negocio o el brotar de los nuevos medios de comunicación. Entre las principales recomendaciones se propone: vigilar para evitar la concentración empresarial de medios y la transparencia de sus propietarios; evitar las injerencias gubernamentales y crear Consejos Audiovisuales independientes; fomentar el periodismo de calidad, de investigación y los códigos éticos y deontológicos; fomentar la educación mediática; garantizar el anonimato de las búsquedas de información y asegurar el pluralismo (geográfico, lingüístico, cultural y político, aunque no sea comercialmente viable).

La Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2018, sobre pluralismo y libertad de los medios de comunicación, recoge buena parte de las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel de 2013, pero también actualiza una serie de consideraciones a los más recientes y vertiginosos cambios producidos en este ámbito en los últimos años. Así, junto a las tradicionales apelaciones a la importancia de los medios de comunicación tradicionales para los sistemas democráticos, también añade que «el alcance de esta función debería ampliarse de modo que abarque también al periodismo ciudadano y por internet, así como a las actividades de los blogueros, los usuarios de internet, los activistas de las redes sociales y los defensores de los derechos humanos, con el fin de reflejar la actualidad de una realidad mediática profundamente transformada» (Considerando E). Y añade que «la difusión de noticias falsas y desinformación<sup>31</sup> de los medios sociales de comunicación o los sitios web de búsqueda ha afectado gravemente a la credibilidad de los medios de comunicación tradicionales, lo que por consiguiente limita su capacidad de actuar como guardianes» (Considerando G). Además, también advierte de uno, a nuestro juicio, de los principales nuevos peligros para el pluralismo mediático y que supone un riesgo de manipulación sin precedentes en las sociedades democráticas, se trata del crecimiento de los motores de búsqueda y plataformas de medios sociales de comunicación en manos de gigantes mediáticos que pueden acarrear consecuencias negativas para el pluralismo y debate político porque no haya condiciones equitativas de acceso a la información (Considerando S). Además, recuerda que el Observatorio Europeo del Sector Audiovi-

---

<sup>31</sup> Los problemas asociados a la desinformación y su influencia en la opinión pública también son preocupación creciente entre la doctrina, véase, por ejemplo, los trabajos de MAGALLÓN ROSA (2019) o GARCÍA SANZ (2019).