

LIBERTAD DE EXPRESION Y PROGRAMACION ESPECIAL EN DERECHO NORTEAMERICANO DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES

(Y notas sobre la última Ley española de Televisión Sin Fronteras, Ley 22/1999, de 7 de junio)

Por
ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
Doctor en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS CONTENIDOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES EN ESTADOS UNIDOS. BREVE RESEÑA HISTÓRICA: 1. *Introducción. Importancia jurídica y metajurídica de la libertad de expresión.* 2. *Ordenación administrativa de los contenidos en los medios audiovisuales.*—III. LOS CONTENIDOS A PROHIBIR O LIMITAR: PROGRAMAS DE SEXO Y VIOLENCIA GRATUITA: 1. *Disyuntiva entre programación indecente y libertad de expresión.* 2. *Orígenes del debate sobre la programación indecente en los medios audiovisuales.* 3. *La jurisprudencia asentada en el caso Pacifica Foundation.* 4. *Escasez (Scarcity), Persuasión (Pervasiveness) y Protección de la Infancia y la Juventud (Accessibility to Children) como justificación del control de los poderes públicos sobre los contenidos de los servicios audiovisuales.* a) *Escasez (Scarcity).* b) *Persuasión (Pervasiveness).* c) *Protección de los menores (Accessibility to Children).*—IV. DESREGULACIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROGRAMACIÓN INDECENTE. LA *COMMUNICATIONS DECENCY ACT* DE 1996: 1. *La Children's Television Act de 1990.* 2. *Re-regulación en los años noventa. La Communications Decency Act de 1996.*—V. EL FUTURO: INTERNET Y SU PROGRAMACIÓN INDECENTE.—VI. NOTAS SOBRE LA PROGRAMACIÓN INDECENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL AUDIOVISUAL.

I. PLANTEAMIENTO

La declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo (Sentencia 96-511, de 26 de junio de 1997) de la parte de la *Telecommunications Act* de 1996 dedicada a la programación de sexo y violencia gratuita —*indecent programming* (1)— en los medios audiovisuales (televisión e Internet, fundamentalmente), la *Decency Communications Act*, ha supuesto en Estados Unidos una reapertura del debate jurídico-constitucional sobre la amplitud que ha de tener en dichos medios la libertad de expresión (*freedom of speech*) (2).

(1) En nuestro ordenamiento este tipo de programación no tiene un nombre específico. Se dice, genéricamente, que son programas *susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores* (art. 17 Ley 25/1994). Sin embargo, la Directiva 89/552/CEE sí definía este tipo de programación como *pornografía y violencia gratuita*. Vid. *infra*, nota 4.

(2) Vid. M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN: *Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario de la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de*

Dicho interés, sin embargo, no es exclusivo de ese país. Las instituciones comunitarias siempre se han mostrado atentas a las implicaciones jurídicas y sociales de este tema (3). La Directiva 89/552/CEE, conocida como *Directiva de Televisión Sin Fronteras*, es un ejemplo de ello. Expresamente exige a los Estados miembros que adopten las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no inserten programas *que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita* (art. 22.1 inciso) (4). En su integración, en nuestro país se dictó la Ley 25/1994, de 12 de julio.

Recientemente, integrando la Directiva 97/36/CE, que modifica a la Directiva de 1989, acaba de aprobarse una importante Ley que actualiza la Ley 25/1994 regulando, entre otros asuntos, este tipo de programación. Es la Ley 22/1999, de 7 de junio, *de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 89/553/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*.

Las siguientes líneas son un breve comentario sobre el control administrativo y judicial de los contenidos audiovisuales en el Derecho norteamericano de las telecomunicaciones. Pretendemos, además, realizar un somero análisis de Derecho comparado, siempre que ello sea posible, en especial con respecto a nuestra Ley 22/1999. Este es un tema que ha sido profusamente estudiado y abordado por el Derecho norteamericano durante más de treinta años, e indudablemente podemos sacar de él importantes consecuencias para España, una vez superados los lógicos condicionantes sociológicos, histórico-jurídicos y culturales que hagan comprensibles en nuestro país las soluciones jurídicas adoptadas en Estados Unidos.

Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos), «Revista de Derecho Constitucional», núm. 53, mayo-agosto de 1998, págs. 283 y ss.

(3) Vid., entre otros documentos, *Comunicado de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Contenido ilegal y perjudicial en Internet*, COM (96) 487 final; *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*, COM (96) 483 final; *Resolución del Consejo sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, 97/C 70/01; *Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación social y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación*, COM (97) 623 final; etc.

(4) Entre nosotros, sobre esta Directiva, vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: *La Directiva de Televisión. Fundamento jurídico, análisis y transposición al derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 1995, y A. GODOY: *El derecho de la Televisión Sin Fronteras*, Valencia, Aguaclara, 1995.

II. CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS CONTENIDOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES EN ESTADOS UNIDOS. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. *Introducción. Importancia jurídica y metajurídica de la libertad de expresión*

Estamos ante una delimitación jurídico-constitucional de un derecho fundamental en los contenidos audiovisuales. Es por ello que sea necesario realizar un pequeño análisis sobre cómo se ha perfilado a lo largo del tiempo la legitimidad de la Administración para intervenir, genéricamente, en el sector audiovisual y, específicamente, en el control de algunos contenidos. A ello dedicamos las siguientes líneas.

Previamente hay que tener en cuenta que la libertad de expresión en Estados Unidos es un fenómeno que traspasa con mucho los límites del Derecho porque implica una identificación cultural, social y política de ese país. Esto es así porque la sociedad norteamericana, por encima de ninguna otra, se muestra orgullosa de concebirse a sí misma como un *desinhibido mercado de ideas* (5). Las peculiaridades históricas del nacimiento de Estados Unidos como nación hicieron que la libertad de expresión fuera, desde el primer momento, un derecho fundamental e irrenunciable que en su aplicación no conociera de excepción alguna. La libertad de expresión es, ante todo, la manifestación política de identidad de Estados Unidos como país creado por emigrados perseguidos en Europa, precisamente por sus ideas, esto es, por desconocerse su libertad de expresión.

Lo cierto es que la libertad de expresión es uno de los pilares en los que se asienta toda democracia occidental. Constituye la apoyatura constitucional y política con la que los ciudadanos pueden criticar o discutir los problemas de la sociedad, y en ella está incluida la posibilidad de crítica a los gobernantes —caso *Dunagin v. Oxford* (6)—. Así, el intercambio de información es un beneficio para la salud de toda democracia.

Teniendo tanta importancia este derecho, en materia audiovisual el Tribunal Supremo ha compartido protagonismo con la Administración. La Administración federal competente para conocer de los asuntos de telecomunicaciones, la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission*, FCC), es la Administración encargada de la defensa y protección de este derecho fundamental en lo atinente a los medios audiovisuales. El Tribunal Supremo norteamericano no ha puesto demasiados reparos a las decisiones de la FCC: «(*in evaluating... First Amendment claims... we must afford great weight to the decisions of Congress and the experience of the Commission... That is no to say we "defer" to the judgment of*

(5) D. BAZELON: *The First Amendment's Second Chance*, «Channels», febrero-marzo de 1985, págs. 16-17. También, J. WAGNER: *The deregulation of commercial television*, en «Fordham Urban Law Review», vol. XIII, pág. 389.

(6) 489. Fed. Supp. 763, 769, 1980.

*the Congress and the Commission on a constitutional question, or that we would hesitate to invoke the Constitution should we determine that the Commission has not fulfilled its task with appropriate sensitivity to the interests in free expression» —Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm (7)—. Al mismo tiempo que la FCC comenzó a conocer sobre el particular, el Tribunal Supremo dejó perfilada su doctrina, basada en que la programación indecente no está protegida por la Constitución —caso *Roth v. United States* (8)—, aunque igualmente comenzara un largo camino por intentar definir dicha programación.*

2. Ordenación administrativa de los contenidos en los medios audiovisuales

Antes de entrar específicamente en el análisis de cómo el Tribunal Constitucional y la Administración federal han abordado los contenidos que pudieran considerarse no amparados por la libertad de expresión, y sin ánimo de romper el hilo argumental, parece necesario hacer un breve resumen de la regulación dada a los medios audiovisuales en Estados Unidos y de cómo, paso a paso, la Administración ha ido asumiendo competencias en la materia.

La legitimidad de la Administración para supervisar los servicios audiovisuales no siempre ha estado bien perfilada.

A principios de siglo el uso del espectro radioeléctrico para las emisiones de radiodifusión sonora (radio) estaba casi sin regular. En los años veinte, el número de estaciones emisoras autorizadas, de acuerdo con la *Radio Act* de 1912 (9), por la Secretaría de Estado del Departamento de Comercio y Trabajo comenzó a incrementarse de forma vertiginosa. Como resultado, pronto se produjo un colapso en el espectro radioeléctrico ya que, junto al aumento de operadores utilizando las mismas frecuencias, para evitar las interferencias ocasionadas por los otros operadores, había constantes aumentos de la potencia de las emisiones. Ante tal situación, tanto los operadores como el público interesado en recibir emisiones de radio de calidad apelaron al Gobierno federal para que pusiese fin al caos de las ondas en que se había caído.

Sin embargo, la *Radio Act* de 1912 no era el marco jurídico adecuado para solucionar los problemas. Efectivamente, no le asignó a la Secretaría competencias claras ni reguló las líneas generales para el otorgamiento de las licencias, anular licencias, impedir las interferencias o, simplemente, requerir a los licenciatarios para que utilizaran las frecuencias previamen-

(7) 412 US 94, 1973. P. MILLER: *New technology, old problem: Determining the first amendment status of electronic information services*, en «Fordham L. Review», vol. 61, págs. 1147 y ss., y R. CORN-REVERE: *New technology and the First Amendment: Breaking the Cycle of Repression*, en «Hastings Communications and Entertainment Law Journal», vol. 17, págs. 247 y ss.

(8) 354 US 476 (1957).

(9) L. No. 264, § 1, 37 Stat. 302 (1912).

te asignadas —*Hoover v. Intercity Radio Co. y United States v. Zenith Radio Corp.* (10)—.

Es en ese ambiente de inseguridad jurídica en el uso de las posibilidades reducidas del espectro en el que nace la *Radio Act* de 1927 (11), que crea la Comisión Federal de Radio (*Federal Radio Commission*, FRC), como autoridad autorizante y arbitral. Esta Ley, entre otras cosas, se propuso *regular todas las formas de transmisiones y comunicaciones de radio tanto interestatales como internacionales... para mantener el control de los Estados Unidos sobre todos los canales de radiotransmisión y facilitar el uso de dichos canales, no la propiedad de los mismos, a los individuos, empresas o corporaciones por tiempos limitados bajo las licencias otorgadas por la autoridad federal...* (la FRC) (12). Esta adquirió amplias competencias y otorgaba las licencias de acuerdo a los principios claramente delimitados de *pública conveniencia, interés público y necesidad general* (13).

La FRC tenía, por lo que a nosotros importa aquí, incluso facultades de control sobre la programación de las estaciones de radio (14). Existía una detallada regulación sobre los contenidos a emitir ya que debían incluir, al menos (literalmente), *música clásica o ligera, programas religiosos, educativos e instructivos, los hechos públicos relevantes, discusiones sobre política general, el tiempo, informes sobre Economía y asuntos de interés para todos los miembros de la comunidad dentro de la demarcación* —*Informes Application of Great Lakes Broadcasting y Company Rev'd in part on other grounds* (15)—.

Posteriormente, el desarrollo acelerado de la industria provocó la aparición de nuevas normas jurídicas. Es así como surge una nueva norma de rango legal en 1934, que, entre otras cosas, otorga más poderes al órgano arbitral federal. En efecto, la *Communications Act* de 1934 vuelve a hacer especial incidencia en el control sobre la programación, otorgando los poderes de supervisión a un nuevo ente regulador, la FCC. El control administrativo se ejercía a través de la *supervisión de la programación, control de las emisiones, especialmente las publicitarias y las políticas en campaña electoral* (16). Esto subsistiría, especialmente para la televisión, con pocos cambios; no obstante, el hecho de que sea la Administración quien interprete cuál es la programación *que desea recibir la comunidad* (17) ha sido

(10) 286 F. 1.003 (D.C. App. 1923), y 12 F 2d 614 (N.D. III 1926).

(11) 44 Stat 1162-1174 (1927).

(12) *Id.*

(13) *Ibidem*, 1163.

(14) En 1934, la FRC estableció una serie de obligaciones sobre encabezamientos, terminación y cortes de los programas, especialmente los programas políticos electorales. En concreto, todos los programas políticos debían introducir los nombres de los intervinientes y el partido al que pertenecían. J. WAGNER: *The deregulation of commercial television*, cit., pág. 382.

(15) 3 FRC, Ann. Rep. 32 (1929), y 37 F 2d 993 (D.C. Cir. 1930).

(16) Vid. M. BOTEIN: *Telecommunications competitiveness*, en «*Cardozo Arts & Entertainment*», vol. 6, 1988, págs. 249-253.

(17) Vid. W. LOIS: *The Future of Content Regulation in Broadcasting*, en «*California Law Review*», vol. 69, págs. 555-556.

criticado por los operadores al considerar que la Constitución americana ha prohibido *todo tipo* de censura y la FCC no puede por esta vía imponer su propia censura (18).

Aunque la FCC no imponía una específica cantidad de tiempo para cada tipo de programación, sí se establecía la obligación de otorgar un *tiempo suficiente de programación de calidad* en las horas de mayor audiencia, y *respetar el interés general, sus necesidades y los deseos de la comunidad en la que la emisora se localiza, así como favorecer el desarrollo de la industria*. Se pretendía fomentar, entre otras cosas: *la oportunidad para la expresión local, el desarrollo y el uso de los talentos locales, programas para la infancia y la juventud, programas religiosos, programas educativos, programas sobre asuntos públicos, poder editorial en manos de los licenciarios, emisiones políticas, programas agrícolas, programas de noticias, informes sobre el tiempo y el mercado, programas deportivos, servicios a los grupos minoritarios, programas de entretenimiento* —Informe *Ascertainment of Community Problems by Broadcast Applicants* (19)—.

También seguía lo marcado en otro documento —*Ascertainment Primer* (20)—, en el que se señalaba que los gestores de las estaciones de televisión y radio debían *realizar entrevistas con los líderes significativos de cada comunidad en la demarcación para conocer los intereses generales y discutir cuáles son los intereses generales de la comunidad y proponer la programación que se quiere emitir de forma que se toquen los problemas de la comunidad* (21).

Finalmente, en los años ochenta, todas estas obligaciones serían abolidas porque la FCC consideró que, a la luz de la nueva realidad del audiovisual norteamericano, la autorregulación era suficiente y no eran pertinentes complejas regulaciones —Informe *Ascertainment of Community Problems by Broadcast Applicants: Small Market Ascertainment Exemption y caso Bamford v. FCC* (22)—.

Hoy, las dos principales obligaciones sobre contenidos que se imponen a los emisores se refieren a programas en los que intervienen candidatos políticos y los contenidos violentos y de sexualidad explícita. Aquí hemos decidido dedicarnos a estos últimos.

(18) A. NADEL: *A Unified Theory of the First Amendment: Divorcing the Medium from the Message*, en «Fordham Urban Law Journal», vol. 11, 1982, pág. 163.

(19) 57. FCC, 2d, 418 (1976).

(20) 27. FCC, 2d, 650 (1971).

(21) Cfr. *FCC Broadcast Standards for Ascertaining Community Needs*, en «Fordham Urb. Law Review», vol. 55, 1976.

(22) 86 FCC, 2d 798 (1981), y 535 F 2d 78 D.C. Cir. (1976).

III. LOS CONTENIDOS A PROHIBIR O LIMITAR: PROGRAMAS DE SEXO Y VIOLENCIA GRATUITA

1. *Disyuntiva entre programación indecente y libertad de expresión*

Todo lo anterior nos sirve para llegar al punto en que nos preguntemos cuál ha de ser el alcance del control administrativo sobre los contenidos audiovisuales de sexo y violencia gratuita, unos contenidos que fundamentalmente aparecen en las televisiones por cable y por satélite (23) y que constituyen una fuente saneada de ingresos (24). Es decir, hay que comprobar: 1) si los contenidos de la programación han de ser regulados por menorizadamente por el Estado en uso de las potestades para cumplimiento de los intereses generales de la población (25), o 2) si, por el contrario, se tiene que dar libertad de elección al operador de televisión basándose en la libertad de expresión que asiste tanto al operador como al abonado (26).

La solución no es tan sencilla como parece, y es necesario confrontar los intereses de la audiencia, los intereses generales y los intereses de las empresas (27).

2. *Orígenes del debate sobre la programación indecente en los medios audiovisuales*

La programación indecente no fue un problema para la FCC sino hasta bien entrada la década de los cincuenta. Una estación de televisión había emitido ciertas canciones indecentes (*a double meaning in its suggestive*

(23) C. FIRESTONE (dir.): *The Regulation and Deregulation of the New Video Technologies*, Legal Resource Manual, Communications Law Program, 1981, pág. 97.

(24) Cfr. T. KRATTENMAKER y M. ESTEROW: *Censoring Indecent Cable Programs: The New Media Meets New Media*, en «Fordham Law Review», vol. 51, págs. 143 y ss.

(25) En 1957, en el caso *Roth v. United States* (354 US 476, 1957), el Tribunal Supremo afirmó que la obscenidad (*obscenity*) no puede estar protegida por la Primera Enmienda puesto que se entiende que *material indecente* implica *material lascivo*, según estándares medios de la comunidad. No obstante, no dio definiciones concretas que fueran fácilmente reconocibles por todos los operadores jurídicos ya que no se sabe qué estándar se maneja. En 1973 aclaró un poco las cosas (*Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 US 49, 82-82, 1973), al decir que *la persona promedio, aplicando criterios de la comunidad actual podría encontrar que la obra, tomada como un todo, busca fomentar la lascivia, ya que describe de manera directa, conductas sexuales específicamente definidas, y la obra, también tomada como un todo, carece de seriedad literaria, arte o valores científicos o políticos ya que, podríamos añadir, su objetivo primero es conseguir estimular los intereses lascivos*. Algo parecido aparece en algunas legislaciones estatales (UTAH CODE ANN, § 76-10-1229, Supp. 1981). Vid. T. KRATTENMAKER y M. ESTEROW: *Censoring Indecent Cable Programs: The New Media Meets New Media*, cit., pág. 607.

(26) V. HALLICK ROBBINS: *Indecency on Cable Television. A Barren Battleground for Regulation of Programming Content*, en «St. Mary Law Journal», vol. 417, núm. 15, 1984, págs. 429 y ss.

(27) Para una panorámica general, cfr. R. A. POSNER: *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, págs. 243-434.

content). La FCC se basó, para sancionar a la emisora, en que la Sección 326 de la *Communications Act* de 1934 dejaba sin protección determinados contenidos que ni servían al interés general ni dejaban de ser ofensivos para un amplio grupo social —*Mile High Stations* (28)—.

Como vimos anteriormente, casi al mismo tiempo que la FCC se enfrentaba a las primeras decisiones sobre la materia, el Tribunal Supremo empezó a dictar las primeras sentencias —*Roht v. United States* (29)— en las que, aun cuando no se define específicamente qué es programación indecente, comienza una dura lucha en contra de dicha programación.

Gracias a la popularidad de las televisiones por cable y por satélite, las resoluciones de la FCC pasaron a centrarse en estos dos tipos de televisiones.

La televisión por cable apareció en Estados Unidos con fuerza poco después de la televisión por ondas hertzianas (30). Su uso es más amplio que la mera recepción de programas de televisión. El cable ha pasado de ser mera retransmisión de televisión a convertirse en un complejo sistema de canales, un conglomerado de distintos medios (libros, películas, periódicos, bases de datos, telefonía, etc.), casi imprescindible para los países que han cableado con profusión imponiendo este sistema sobre otros como la televisión local por ondas terrestres. El satélite, por su parte, ha inundado gran parte de la programación de las emisoras de televisión por cable. A medida que la población vea las ventajas del cable, va a ser difícil prescindir de este sistema de comunicación. Sin embargo, no todo son beneficios de la televisión por cable y por satélite, puesto que a lo largo de su desarrollo siempre ha habido un escollo a superar: la programación indecente. De ese modo, se ha llegado a decir que el cable y el satélite son el *escapate de la obscenidad* (31).

(28) 28 FCC.

(29) 354 US 476 (1957).

(30) Un canal de sexo implícito y desnudo (*softcore*), como *Playboy Channel*, al poco de aparecer en 1984 ya tenía setecientos mil abonados. Vid. GELLER y LAMPERT: *Cable, Content Regulation and the First Admendment*, en «U. Cath. U.L. Rev.», vol. 30, 1983. También, R. E. RIGGS: *Indecency on the Cable: Can it be regulated?*, en «Arizona Law Review», vol. 26, 1984, págs. 269 y ss., y M. SEIDEN (dir.): *Cable television USA. An analysis of government policy*, cit.

(31) T. KRATTENMAKER y M. ESTEROW: *Censoring Indecent Cable Programs: The New Media Meets New Media*, cit., pág. 603; GELLER y LAMPERT: *Cable, Content and the First Admendment*, cit. En jurisprudencia, destaca el caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 US 241, 258 (1974), en materia genérica de libertad de expresión, y que ha sido una referencia constante en política de control de programación en los medios de comunicación social audiovisuales norteamericanos hasta la fecha. En el caso *Tornillo*, básicamente se conoció del *derecho de réplica*. El legislador del Estado de Florida había permitido a los periódicos atacar a los políticos en cuanto quisieran, pero siempre dejando a éstos la posibilidad de responder a esos ataques utilizando el mismo periódico. El Tribunal Supremo consideró inconstitucional el estatuto que obligaba a los periódicos a dejar un espacio a los candidatos atacados previamente por el periódico. En cable, vid. *FCC Midwest Video Corp.*, 440 US 689 (1979); *FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting*, con sentencia en 1978. También, vid. O. G. CHASE: *Broadcast Regulation and the First Admendment*, cit., págs. 141-142.

3. *La jurisprudencia asentada en el caso Pacifica Foundation*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre programación indecente en los medios audiovisuales se resume en: 1) la programación indecente tiene que ser especialmente destinada a sistemas de distribución que permitan el filtrado o codificación de las señales, como es el caso del cable y el satélite, y 2) toda restricción de la libertad de expresión ha de apoyarse en una Ley federal (32). Toda decisión restrictiva de la libertad de expresión: 1) habrá de responder a una necesidad social evidente; 2) ha de ser eficaz; 3) no ha de ser desproporcionada en relación con las limitaciones que imponga, y 4) ha de ser proporcional.

En las muy importantes sentencias del Tribunal Supremo *Miller v. California* y *FCC v. Pacifica Foundation* (33) se reconoce expresamente que la programación indecente ha de ser especialmente controlada (34).

Interesante es destacar que en ellas se deja perfilada una *actuación procesal* que ha de seguir el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones y que sirve para delimitar qué ha de entenderse por programación indecente que ha de ser limitada. Aquella no es otra cosa que una serie de preguntas que hay que responder, que actúan a modo de criterio general normativo en que ha de subsumirse todo supuesto de hecho: «a) (W)ether the average person applying contemporary community standards would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest; b) wether the work depicts or describes, in a peently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and c) wether the work, taken as a whole, lacks serious literary, political or scientific value.» Si el material que se analiza cae dentro de los apartados mencionados, estaremos ante un tipo de programación no protegida constitucionalmente, ya que sobre una supuesta libertad de expresión del emisor está el interés y la garantía de la comunidad receptora, sus derechos (libertad de religión, intimidad, honor, libertad de asociación, etc.) y, particularmente, su libertad de expresión, ya que no se puede construir un derecho para una comunidad que se apoye en la vejación de otros importantes derechos o de los mismos derechos pero de

(32) A. TELL: *Cable TV's Sex Problem*, «NATL Law Journal», vol. 4, febrero 1982, págs. 28-29; O. G. CHASE: *Broadcast Regulation and the First Amendment*, cit., pág. 140.

(33) US 15 (1973) y US 726 (1978). Cfr. R. E. RIGGS: *Indecency on the Cable: Can It Be Regulated?*, en «Arizona Law Review», vol. 26, 1984, pág. 271. También, T. KRATTENMAKER y M. ESTEROW: *Censoring Indecent Cable Programs: The New Morality Meets the New Media*, cit., págs. 606 y ss., y F. H. CATE: *Law in Cyberspace*, «Howard Law Review», vol. 39, 1996, págs. 565 y ss.

(34) En estos años, la FCC tuvo que enfrentarse, gracias a la presión directa del Congreso norteamericano, a la censura de la denominada *topless radio*. Algunas emisoras de radio emitían charlas en directo generalmente destinadas a las amas de casa. Tales charlas incluían discusiones explícitas sobre técnicas sexuales. Dichos programas se hicieron muy populares pero generaron una larga lista de quejas. Como resultado de la acción de la FCC, las emisoras eliminaron sus programaciones para evitar males mayores. No obstante, una de las emisoras no reaccionó a tiempo y fue multada con dos mil dólares. Vid. *Sonderling Broadcasting Corp.*, 27 Rad Reg 2d (P & F) 285 (1970); T. KRATTENMAKER y M. ESTEROW: *Censoring...*, cit., pág. 607.

otros sujetos, aunque los controles del Estado tienen que ser especialmente cuidadosos —caso *Schneider v. State* (35)—.

La programación indecente no aporta nada a los valores sociales y al *diálogo social* en las democracias modernas —*FCC v. Pacifica Foundation* (36)—. Por ello tiene que ser controlada y limitada.

4. *Escasez (Scarcity), Persuasión (Pervasiveness) y Protección de la Infancia y la Juventud (Accessibility to Children) como justificación del control de los poderes públicos sobre los contenidos de los servicios audiovisuales*

El Tribunal Supremo ha utilizado los criterios señalados en los siguientes apartados como justificación para controlar la programación indecente.

a) *Escasez (Scarcity).*

La escasez del espectro ha sido la mayor justificación del legislador para regular la televisión de difusión (*broadcasting*). El legislador considera al espectro como dominio público y su uso, por motivos técnicos, es limitado, con lo que el número de usuarios será finito. Al ser finito existe un privilegio que ha de ser compensado mediante el cumplimiento de obligaciones sobre la programación que se exhibe. En efecto, en virtud de las evidentes limitaciones que implica la utilización de un *medio escaso* como es el espectro radioeléctrico, hay que diferenciar a los operadores que utilizan el espectro de otros operadores de comunicaciones, tales como las editoriales de periódicos u otros operadores no sometidos a las limitaciones en el uso de los medios técnicos de distribución de las señales —caso *Miami Herald Publishing Co. v. Tomillo* (37)—. Debido a que el espectro es limitado, el número de licencias para su uso tiene que ser forzosamente limitado, algo que no existe en la prensa escrita —*United Church of Christ v. FCC* (38)—, sin que esa limitación pueda entenderse como coerción de la libertad de expresión de los operadores que hayan quedado sin acceso al uso del espectro (39). El operador está obligado a hacer el mejor uso de la licencia —*National Broadcasting Co., Opinion* (40)— en beneficio de la comunidad (41).

(35) 308 US 147, 161 (1939). También, *NAACP v. Button*, 371 US 415, 433, 438 (1963), donde se afirma que *la libertad de expresión necesita espacio para respirar (breath)* (pág. 415).

(36) 438 US 726, 750 (1978).

(37) 418 US 241 (1974).

(38) 359 F 2d, 994 (DC Cir. 1966).

(39) O. G. CHASE: *Broadcast...* cit., pág. 138.

(40) 319 USA 216-219.

(41) En *McIntire v. William Penn Broadcasting Co. of Philadelphia* (151 F 2d 597, 599 3d Cir 1945) se dijo: *The theory underlying broadcast regulation is that a broadcast license is public trust, and that a broadcast licensee is therefore a public trustee.* Cfr. M. SOPHOS: *The Public Interest, Convenience, or Necessity: A Dead Standard in the Era of Broadcast Deregulation?*, en «*Pace Law Review*», vol. 10, 1990, págs. 661 y ss.

Pero ¿qué ocurre con otros medios de transmisión que no utilizan el espectro, como el cable?

En principio, en un sistema de distribución que permite multitud de canales a través de un simple hilo o cable o gracias a la digitalización y compresión de las emisiones, y con un futuro tecnológico de ilimitada capacidad, la teoría de la escasez del espectro parece que no puede aplicarse utilizando la *escasez del medio* como análogo a *escasez del espectro* —caso *Community Communications v. City of Boulder* (42)—. Pero, aunque el número de canales disponibles por cable y por satélite no esté sujeto a limitaciones técnicas derivadas de la escasez del espectro, el número de empresas de cable o de satélite sirviendo a una determinada demarcación sí es limitado por consideraciones económicas y de mercado. En muchas áreas solamente una empresa es económicamente viable, constituyendo de ese modo un *monopolio natural* (43) del que sólo se beneficia un operador en detrimento de los demás, aunque sea bendecido por las autoridades locales.

En efecto, el Tribunal Supremo encontró que la escasez basada en criterios económicos era una vía de control de las emisiones indecentes de los operadores. Demostrando que las empresas de cable y de satélite tienen características monopolísticas se llega a la *escasez* y, desde ahí, el siguiente paso lógico es considerar que los operadores no pueden emitir cualquier tipo de programación, no sirviendo la justificación dada por éstos para emitir diciendo que el usuario en cualquier momento podría darse de baja como abonado (44). Es cierto que, desde el punto de vista de los consumidores, el control sobre las líneas de cable o señales de satélite está más concentrado y es más rápido y sencillo que el control sobre la difusión, pues mientras en el cable y el satélite el control consiste en no seguir abonado a la red suministradora de programación indecente, en las ondas esto no es tan sencillo.

Pero este argumento sería válido sólo si hubiera posibilidad real de elegir, pero en muchas partes del país hay solamente una posibilidad de engancharse al cable o al satélite para cada vecino y, todo lo más, solamente hay posibilidad de elegir entre el operador de cable y el operador de satélite. Es así como las consecuencias de la escasez de cable y satélite pueden no diferir significativamente de la teoría de la escasez del espectro (45).

(42) 660 F 2d 1370, 1981.

(43) En contra del criterio de que el cable es un *monopolio natural*, vid., entre otros, A. BOLICK: *Cable Television: An Unnatural Monopoly*, «CATO Institute Policy Analysis», núm. 34, marzo 1984, y W. J. MARTIN: *The Information Society*. Londres, Aslib, 1988, pág. 47.

(44) *Access for CATV...*, cit., pág. 690.

(45) Un sistema de cable es, en puridad, una demarcación que permite a una empresa cavar las calles para poner cincuenta o cien canales en cada hogar. Aquellos que buscan y se les deniega el acceso a los canales no es porque la economía hace demasiado caro para ellos emitir en justa competitividad con el cablero ya licenciario, sino porque en cada demarcación solamente puede haber una licencia. Un sujeto privado puede rehusar otros accesos a otras personas en determinadas circunstancias, pero el Gobierno bajo la Primera Enmienda no puede dar la palabra a sus favoritos y denegarla a los otros. Una libertad de expresión fuerte es una restricción, gracias a la acción del Estado, contra este

b) *Persuasión* (Pervasiveness).

Una de las razones en el tratamiento diferenciado entre las emisiones por ondas y las emisiones por cable o satélite es el diferente grado de acceso a la privacidad de los hogares de una y otra forma de transmisión de programas, es decir, el poder que tiene cada medio de comunicación para decidir qué tipo de programación ha de recibir el usuario de dicho medio.

Los receptores de televisión por ondas terrestres, para recibir las emisiones simplemente tienen que adquirir un aparato de televisión. Los receptores de televisión por cable o por satélite, aparte de poseer ese aparato de televisión, tienen que suscribirse a una red determinada de cable o de satélite abonando una cuota de suscripción y unas cantidades mensuales determinadas. A la hora de suscribirse podemos pensar que conocen íntegramente el contenido de la programación que se les va a servir, con lo que el hecho de suscribirse implica el ejercicio de un acto expreso de voluntad de querer recibir toda la programación que se le ofrece a través de la red de cable o de satélite, incluida la programación indecente. Pero esto no siempre es así. Además, aunque esto sea así, al no existir posibilidad de elección entre diferentes redes de cable o de satélite, el suscriptor está dispuesto a recibir lo que se le entrega, presentado como un todo o nada.

Realmente, pocas veces el usuario conoce de antemano el contenido de la programación y la discriminación de los canales indecentes, ya que, salvo por la existencia de algunos canales de éxito que conoce todo el mundo, el suscriptor no sabe si los canales contienen programación de este tipo. Además, caso de canales como *HBO*, muchas veces se emiten películas que pueden caer dentro de la denominación de indecentes pero que se incluyen en canales que no lo son. Existe así una dificultad de delimitar este tipo de programación en ciertos canales.

La existencia de canales *premium* (46) tampoco resuelve mucho este problema puesto que, normalmente, el suscriptor tiende a recibir todo aquello que el operador es capaz de enviarle, sin discriminar. El consentimiento del usuario a ese tipo de programación es difícil de determinar. De ese modo, la mayor versatilidad del cable y del satélite frente a la difusión podría admitir un mayor control para favorecer los valores morales de una sociedad.

El Tribunal Supremo entiende que en el caso del cable, a diferencia de las ondas, la invasión de la privacidad (no posibilidad de controlar lo que se recibe) no es realmente un elemento a tener en cuenta de cara a limitar la programación indecente puesto que los suscriptores se enganchan a la red por propia elección —*Community Television of Utah, Inc. v. Roy City* (47)—.

tipo de discriminaciones en beneficio de todos los que buscan utilizar los canales de cable. J. ABRAMSON, F. C. ARTERTON y G. R. ORREN, *The Electronic Commonwealth. The impact of New Technologies on Democratic Politics*, Nueva York, Basic Books, 1992, pág. 255.

(46) Canales por los que se paga una tasa extra, fuera del *paquete básico*.

(47) 555 F. Supp 1164, 1167 (N.D. Utah 1982). Esta doctrina tiene su remoto origen en *Stanley v. Georgia* (394 US 557, 1969). En contra de lo dispuesto en una Ley del Estado

Además, la programación puede ser controlada por los padres a través de cajas de codificación de modo que los niños no puedan ver determinados canales sin consentimiento de los padres (48). Los programas de sexo y violencia gratuita han de ser filtrados, canalizados, individualizados, codificados y limitados en tiempo y lugar —casos *FCC Pacifica Foundation y Community Television of Utah, Inc. v. Roy City* (49)—. No obstante, aunque el cable no es difusión, bastantes veces es comparado con la difusión por los jueces norteamericanos. Podemos aplicar así el concepto de *escasez* a un medio aunque sea técnica y constitucionalmente diferente a la difusión. Pero hay determinados criterios a partir de los cuales podemos extraer similitudes con la televisión de difusión y que debemos tener en cuenta.

c) *Protección de los menores* (Accessibility to Children).

Aunque los padres tienen una obligación de proteger a sus hijos, el Estado está obligado a proteger a niños y jóvenes —casos *Ginsberg v. New York* y *Bellotti v. Baird* (50)—, y protegerlos incluso de los abusos de los padres —caso *United States v. Reidel* (51)—. Es por ello que el Estado ha de obligar a los operadores a identificar y codificar los canales indecentes y a presentar ese material solamente en esos canales, de forma homogénea y separada, evitando que haya dispersión entre distintos canales.

Las razones jurídicas son evidentes, ya que podemos decir que sólo existe realmente un ejercicio apropiado de la libertad de expresión cuando el emisor y el receptor pueden apreciar y comprender lo que se expresa y

de Georgia referente a otras materias, el Tribunal Supremo declaró (y esto es lo importante) que los poderes públicos no pueden invadir nunca aquel ámbito de actuación de los sujetos que se encuadra dentro de la estricta privacidad. De ahí se deduce que no pueda criminalizarse la mera tenencia de material obsceno. Vid. L. H. WINER: *The signal cable sends...*, en «Fordham Law Review», vol. 55, 1987, págs. 473 y ss.

(48) Las diferencias entre el *cable* y las *ondas*, a efectos de programación indecente, son: CABLE: 1) el usuario tiene que suscribirse, conectarse a una red y abonar las cuotas mensuales por los servicios de televisión que recibe; es necesario la manifestación de voluntad de recibir servicios de cable; 2) puede cancelar su suscripción si no está conforme con la programación que recibe o se siente herido por ella; 3) goza de programación ininterrumpida; 4) se transmite a través de hilos; y 5) los hilos son de propiedad privada y admiten sucesivas ampliaciones de capacidad. ONDAS: 1) no es necesaria la suscripción en general; 2) no hay posibilidad de quejarse cancelando suscripciones; 3) hay gran cantidad de emisión de publicidad; 4) no se pagan tasas por el servicio de televisión; y 5) las ondas son públicas y limitadas. Vid. *Community Television of Utah, Inc. v. Roy City*, 555 F. Supp. 1164, 1165-66 (ND Utah 1982).

(49) 438 US 726, 750 (1978). En una tarde de octubre de 1973, una emisora de radio de la ciudad de Nueva York (WBAL) emitió un monólogo de George CARLIN sobre las palabras que no se pueden decir en público o difundir por las ondas... (*the words you couldn't say on the public, ah, airwaves, um, and ones you definitely couldn't say...*). La emisora no emitió dicho comentario por otros motivos que no fueran una contribución satírica sobre las actitudes hacia el lenguaje en la sociedad contemporánea. Un radioyente escuchó parte del monólogo en su coche, con su hijo de corta edad, e interpuso una denuncia ante la FCC.

(50) 390 US 726, 757-758 (1978), y 443 US 622, 637-639 (1979).

(51) 402, US 351, 356 (1971).

tomar una decisión. Los menores tienen especiales dificultades para comprender determinadas expresiones tales como la propaganda racista o el material explícitamente sexual. Así es como es sostenible que el control sobre dicho material, siempre que pueda llegar a los menores sin ningún tipo de barrera, no infringe ni altera la libertad de expresión del emisor, el receptor o terceros (caso *Ginsberg v. New York*).

IV. DESREGULACIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROGRAMACIÓN INDECENTE. LA *COMMUNICATIONS DECENCY ACT* DE 1996

En la situación que se acaba de describir, a mediados de los años ochenta empezó un proceso de desregulación de la normativa que culminaría en 1996 con la *Telecommunications Act* y su *Decency Communications Act*. Algunos momentos importantes de este proceso los describimos en los siguientes párrafos.

1. *La Children's Television Act de 1990*

La revolución desreguladora de los medios audiovisuales durante los años ochenta tuvo como uno de sus frenos más importantes la *Children's Television Act* de 1990 (52), según la cual el Congreso, mayoritariamente demócrata, puso límites a los peligros que una desregulación excesiva podría acarrear. Fue una manera inteligente de comunicar a la FCC que protegiera con especial celo la programación que los más jóvenes veían en la televisión. Esta norma impone ciertas restricciones a la publicidad que se emite en los horarios en que la población infantil y juvenil normalmente ve la televisión (53).

La Ley también fomenta la *programación educativa* que pueda favorecer el desarrollo intelectual de los jóvenes y la infancia. La Secretaría del Departamento de Comercio sería la encargada de subvencionar a quienes produzcan programas educacionales para jóvenes. Tales subsidios harán posible que durante los dos primeros años los programadores de contenidos educacionales puedan distribuir sus productos en televisiones no comerciales. Después de dos años, los productores podrán distribuir sus programas en las televisiones comerciales. La prohibición de los dos años de emitir publicidad junto a la programación educacional se ha de coordinar con la prohibición de las televisiones receptoras de esta programación de utilizar tal programación (54) para hacer la competencia a las televisiones comerciales (55).

(52) A. EVANS y B. NOVACK: *The Reagan Revolution*, Nueva York, Addison, 1981, págs. 141-142.

(53) *Broadcast Regulation, Has The Market place Failed The Children: The Children's Television Act of 1990*, en «Seton Hall Legislative Journal», vol. 15, núm. 2, 1991, pág. 346.

(54) *Id.*, pág. 353.

(55) «Endowment», Pub. L. núm. 101-437, § 203 (a) (3).

2. *Re-regulación en los años noventa. La Communications Decency Act de 1996*

La *Communications Decency Act* de 1996 (Título V, Secs. 501 y siguientes, de la *Telecommunications Act* de 1996) introdujo importantes reformas en cuanto a la protección de los menores frente a los usos abusivos de los medios electrónicos en la prestación de servicios que llevan implícita una fuerte carga sexual o de violencia. Después de bastantes polémicas en torno a la posibilidad de contravenir la libertad de expresión y la privacidad de los ciudadanos abonados al cable o al satélite, así como de los usuarios de Internet, se dictó toda una serie de normas que controlaban severamente la emisión de material indecente o violento a través de las pantallas de televisión o de los ordenadores personales que utilizan los servicios de Internet (56).

Se recogía, en concreto, la obligación de los operadores de cable o satélite de codificar las señales (57) de modo que todos aquellos usuarios que quieran recibir ese tipo de programas puedan hacerlo, pero que los que no quieran recibirlos en sus hogares tengan la libertad de rechazarlos (58). Establecía, además, penas de prisión para quienes utilicen cualquier mecanismo de telecomunicación o permitan que cualquier sistema de telecomunicaciones bajo su control sea utilizado para transmitir material obsceno o indecente *con la intención de acosar o de amenazar a otra persona* (59).

Debido a los efectos que este tipo de material puede tener en la educación de los menores, pensaba el legislador norteamericano que han de ser los padres quienes tengan la posibilidad de eliminar, mediante sistemas especiales de protección, ese tipo de canales o de programación. Tienen que ser los padres quienes determinen, en el ejercicio de su papel de educadores, lo que han de ver sus hijos o no. Además, se preveía que los distribuidores operadores no podían emitir tal programación en las horas del día en que los menores normalmente ven la televisión o disfrutan de sus ratos

(56) Sobre el *chip* antiviolencia en Internet y en el resto de servicios audiovisuales, vid. S. D. FELDMAN: *The V-Chip: Protecting Children from Violence or Doing violence to the Constitution?*, «Howard Law Journal», vol. 39, 1996, págs. 587 y ss. El V-chip es un pequeño chip instalado en el televisor que permite a los padres bloquear las emisiones de determinados programas que, previamente, estén emitidos con un código especial. El chip identifica ese código y bloquea o deja libre la emisión. El Presidente CLINTON expresamente quiso introducir este sistema de control de la violencia y la pornografía en los medios audiovisuales: «*I call on Congress to pass the requirement for a V-chip in TV sets so that parents can screen out programs they believe are inappropriate for their children. When parents control what their young children see, that is no censorship; that is enabling parents to assume more personal responsibility for their children upbringing. And I urge them to do it*» (Discurso al Congreso de los Estados Unidos de 23 de enero de 1996). El V-chip es resultado de una larga batalla por el control de los contenidos violentos y pornográficos en televisión. En 1993 ya hubo una propuesta de regulación del V-chip, que supuso la apertura de un intenso debate que, con el tiempo, daría lugar a la aprobación de la medida en 1996.

(57) Sec. 640.

(58) Secs. 504 y 505.

(59) Sec. 502.

de ocio (60). Incluso se dejaba libertad a los operadores para emitir o no emitir todo o parte de los canales que contengan un contenido que pueda denominarse indecente, obsceno, crótico, etc.

Por último, se previó la posibilidad del uso de aparatos y *microchips* especiales que controlasen los contenidos de los canales que se están emitiendo por el cable o satélite (61), y un procedimiento especial en el que se tiene que dilucidar si una programación determinada es incluíble en este tipo de material o no (62).

Pero esta Ley, como vimos al principio, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo. Los motivos de la declaración de inconstitucionalidad son: 1) la vulneración del principio de proporcionalidad al no superar el test de escrutinio estricto (*strict scrutiny test*) del Tribunal Supremo, y 2) la afectación al desarrollo y ejercicio de los derechos amparados en la Primera Enmienda fuera de lo estrictamente necesario para asegurar el interés prioritario (*compelling interest*) de proteger a los menores. El test mencionado consiste en comprobar dos requisitos que tiene que superar la Ley: toda restricción a la libertad de expresión, para que esté amparada constitucionalmente: 1) tiene que servir para proteger un interés prioritario (*compelling interest*), y 2) tiene que utilizar el medio menos restrictivo con la libertad de expresión para conseguir su objetivo (*least restrictive means*) (63).

V. EL FUTURO: INTERNET Y SU PROGRAMACIÓN INDECENTE

Hoy día, una gran preocupación de los poderes públicos norteamericanos en la materia, de cara al futuro, está en las comunicaciones mediante computadora (Internet, fundamentalmente). Pero aquí existen demasiadas lagunas que todavía hay que llenar. Las resoluciones judiciales en el futuro tendrán que solventar problemas jurídicos que en el caso del cable y el satélite (aunque en este caso, con matices) no se dan, fundamentalmente derivados del hecho de la extraterritorialidad de las emisiones de estos servicios.

Los que realizan este tipo de comunicación no tienen control sobre el origen de los servicios y por ello no se sabe dónde interponer la demanda, si en el Estado que emite el servicio o el Estado donde se recibe el mismo. Dentro de Estados Unidos se plantean, además, problemas de jurisdicción entre Estados; estos problemas se agudizan cuando intervienen terceros países.

Por si todo esto fuera poco, tampoco hay coordinación entre los Tribunales de Justicia a la hora de enfrentarse a casos como los mencionados:

(60) Sec. 641.

(61) Sec. 551.

(62) Sec. 303.

(63) Vid. M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN: *Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet...*, cit., págs. 302 y ss.

por ejemplo, mientras un Tribunal federal de distrito afirmó que los servicios de información por suscripción (en el caso era *Compuserve*) no tienen control editorial sobre los contenidos que se emiten por ellos —*Cubby Inc. v. Compuserve Inc.* (64)—, un Tribunal de Nueva York, en unos hechos semejantes, condenó a *Prodigy* alegando que tiene *formas humanas y técnicas* de controlar los contenidos que se emiten a través de su servicio de información —*Stratton Oaakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.* (65)—. En el primer caso se consideró responsable al proveedor de los medios técnicos informáticos para distribuir la información en Internet, no al prestador de la información; y en el segundo caso se pensó que el proveedor ha de realizar una labor de control e inspección sobre todo lo que circula por su red y, en último extremo, responderá de todo lo que por ella se distribuya.

VI. NOTAS SOBRE LA PROGRAMACIÓN INDECENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL AUDIOVISUAL

1. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en España no hay demasiadas referencias legislativas o jurisprudenciales sobre la materia que nos ocupa (66). Interesante, no obstante, es la jurisprudencia asentada por la STC 52/1995, de 23 de febrero, que resumidamente afirma que: 1) los contenidos del derecho y las limitaciones o restricciones para proteger a la infancia o a la juventud sólo los establece la Ley; 2) no existe un requerimiento constitucional expreso que impida que sea la Administración la que en su caso adopte la medida restrictiva de que se trate, siempre y cuando exista un adecuado control jurisdiccional de su fundamentación; y 3) la restricción del ejercicio de derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, siendo la motivación un riguroso requisito del acto del sacrificio de los derechos (67). Dicho de otra forma: 1) las limita-

(64) 776, F. Sup. 135 (S. D. N. Y., 1991).

(65) WL 323710 (N. Y. Sup. Court, 1995).

(66) En España, sobre la protección de los ciudadanos frente a contenidos indecentes en los medios de comunicación social, vid., entre otras obras, E. LINDE PANIAGUA: «Legislación audiovisual y protección de la infancia», en VV.AA.: *Televisión, niños y jóvenes*, Valencia, RTVV, 1984; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993; M. COSSÍO: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993; M. MENÉNDEZ ALZAMORA: *Medios de comunicación audiovisuales e infancia y juventud: las relaciones de protección en el ordenamiento comunitario*, en «Revista General de Derecho», núms. 565-566, 1991; M. ALCARAZ RAMOS: «Comentario a la cláusula constitucional de protección de la infancia y la juventud», en VV.AA.: *Televisión, niños y jóvenes*, cit. A. GODOY: *El derecho de la Televisión Sin Fronteras*, cit., 1995.

(67) Vid., sobre el particular, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias et al., 1994, págs. 365-380. El RD 1189/1982, sobre actividades contrarias a la moral y las buenas costumbres, y el artículo 17.2 de la Ley 25/1994 son algunas de las pocas normas que se han dictado sobre la materia. Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La pornografía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «REDA», núm. 91, 1996, págs. 467 y ss.

ciones o restricciones las establecerá la Ley; 2) la Administración velará por su cumplimiento mediante resoluciones en que se motive el hecho causante de la restricción y la disposición infringida; 3) de tal manera que los tribunales puedan ejercer un control posterior de dichas resoluciones.

2. La Ley española 22/1999 ha modificado a la Ley 25/1994, como vimos al principio, para dar cabida a algunas reformas introducidas por la Directiva 97/36/CE. Una de las reformas se refiere a la programación indecente. La Ley ha optado por introducir una solución basada en limitar este tipo de programaciones: 1) según horarios, y 2) según filtrado de señales o, al menos, identificación clara de las mismas, al restringirlas a horarios en los que no tengan acceso los menores (entre las veintidós horas y las seis horas), y cuando tales programas se emitan sin codificar hay que insertar en la imagen un símbolo visual durante toda la programación. Esta Ley se aplica a todos los servicios de televisión: por ondas, por cable y por satélite.

La programación indecente, por las peculiares implicaciones que tiene en la educación, la infancia y la juventud (por ser capaz de *incidir en el desarrollo físico, mental o moral de los menores*), ha de estar proscrita a sistemas codificados de recepción, es decir, a todos aquellos sistemas que permitan el control o filtrado sobre la recepción o, en todo caso, ha de ser limitada de modo que actúe el control parental. De ese modo, los suscriptores o abonados, en el uso de su libertad y en el estricto ámbito de su privacidad, son los que eligen recibir este tipo de programación, siendo directamente responsables del control de sus hijos en el acceso a este tipo de programación. Es difícil pensar que el Estado puede ejercer, *a priori*, su poder de intervención y control sobre lo que en el ámbito de la estricta privacidad familiar unos padres responsables quieren ver en la televisión. El Estado no puede, en nuestra opinión, ser tan *hegeliano*. Es por ello que la solución aportada por la Ley 22/1999 sea perfecta ya que, respetando los intereses individuales de todos aquellos que quieran recibir este tipo de material, controla convenientemente el posible daño social que una difusión indiscriminada pudiera ocasionar. Esto obvia la necesidad de la censura previa, tan peligrosa, y aumenta la eficacia de la autorregulación al ser los receptores de las señales los que eligen qué quieren ver.

3. A pesar de establecer limitaciones a la programación indecente, no la define de forma expresa. El artículo 17.1 de la Ley 25/1994 sólo hace una delimitación clara en el caso de programas que fomenten el odio, la discriminación o el desprecio por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. Algo congruente con el artículo 14 CE. Pero no se dice nada acerca de lo que específicamente puede suponer un programa, escena o mensaje que pueda perjudicar el *desarrollo físico, mental o moral de los menores*. Esto provoca una cierta indefinición que deja el control sobre este tipo de programación en manos de la autorregulación de los operadores. Si bien es claro que ciertos

materiales caen de forma evidente dentro de la categoría mencionada (68), hay otros en los que los límites no son tan evidentes. Parece, eso sí, que, por extensión, se aplica la normativa reguladora de las películas cinematográficas en cuanto a su calificación para difusión en las salas de cine o en el mercado del vídeo (art. 17.2 Ley 25/1994).

Se ha de definir, por tanto, con mayor precisión qué se entiende por programación que sea susceptible de *perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores*, aunque sea difícil, puesto que no parece muy coherente que medios que pueden tener acceso a gran parte de la población y que reciben licencias de funcionamiento otorgadas por la Administración pública (incluidas las licencias para prestar servicios de acceso a la información, esto es, Internet) puedan emitir determinado tipo de programación. Si bien es cierto que este tipo de material cae dentro de algunos delitos tipificados en el Código Penal, la experiencia norteamericana demuestra que es necesario establecer limitaciones o gradaciones de modo que se sepa de antemano qué tipo de material se va a recibir.

4. Sería deseable que un órgano administrativo o Administración específica asumiera el control administrativo y la dirección indicativa de calificación de películas y programación y que su decisión sea tenida en cuenta para la distribución de ese tipo de material. Las funciones de control e inspección del cumplimiento de las disposiciones de la Ley se ejercerán por el Ministerio de Fomento y, en el ámbito autonómico, por las Comunidades Autónomas.

La autorregulación del sector no sirve para todo en este tipo de programaciones, como hemos visto en la experiencia norteamericana, porque hay valores que están especialmente en juego (69). Tan sólo hay un aspecto que se deja a la autorregulación en la Ley 22/1999: los operadores de televisión han de ponerse de acuerdo sobre un sistema uniforme de presentación de las calificaciones.

5. La programación, en todo caso, entendemos que ha de ser un elemento de valoración en los concursos de adjudicación de licencias o autorizaciones que impliquen la prestación de servicios audiovisuales. El hecho

(68) En toda la Unión Europea está expresamente prohibido, incluso con penas de privación de libertad, todo lo que atente contra la dignidad humana, lo cual incluye la pornografía infantil, la pornografía violenta (la que implica a adultos que no prestan su consentimiento), la zoofilia y la incitación al odio y la violencia. *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*, COM (96) 483 final, págs. 15-16. La pornografía infantil está expresamente prohibida desde la *Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por instrumento de 30 de noviembre de 1990. La STC 62/1982, de 15 de octubre, considera un ataque contra el ordenamiento jurídico la exhibición de fotografías de menores.

(69) Cfr., más ampliamente, D. BRENNER y W. RIVERS: *Free but Regulated: Conflicting Traditions in Media Law*, The Iowa State University Press, 1982. También, D. BOUDREAU y R. B. EKELUND: *The Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992: The Triumph of Private over Public Interest*, en «Alabama Law Review», vol. 44, núm. 355, 1993.

que un operador de cable o satélite, u otros sistemas de televisión que permitan la codificación, emita programación indecente, en cambio, por sí mismo no tiene por qué ser un elemento minusvalorativo siempre y cuando esa programación esté debidamente protegida mediante los sistemas de codificación y no sea mayoritaria.