

**Continguts audiovisuals en el marc de la convergència
tecnològica : anàlisi jurídica i prospectiva**

Estudi encarregat pel Consell de l'Audiovisual de Catalunya

Octubre de 1999

RPEEO 118



CAC
Consell de l'Audiovisual
de Catalunya

REPORT ANUAL 1999

**ANNEX:
ESTUDIS EXTERNIS**

ANNEX: ESTUDIS EXTERNES

Continguts audiovisuals en el marc de la convergència tecnològica: anàlisi jurídica i prospectiva. Joaquim Bisbal, Ramon Casas, Miquel Peguera professors d'Estudis de Dret de la Universitat Oberta de Catalunya

Informe sobre el règim jurídic de la responsabilitat dels operadors de Telecomunicacions per Cable. Elisenda Malaret, Joan Barata i Marta Timón professors de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona

**Informe emès a l'atenció del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

**Continguts audiovisuals en
el marc de la convergència
tecnològica: anàlisi jurídica
i prospectiva**

Joaquim Bisbal
Ramon Casas
Miquel Peguera

Estudis de Dret
Universitat Oberta de Catalunya
Octubre de 1999

Sumari

1. Introducció.....	4
2. La convergència dels sectors de telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació.....	7
a) El fenomen.....	8
b) La convergència a Internet. El <i>webcasting</i>	12
3. Algunes qüestions de política jurídica.....	17
a) Sobre la necessitat de noves definicions.....	17
b) Alguns aspectes d'interès en el sistema de definicions	24
b.1) La noció de serveis de la societat de la informació en el dret comunitari.....	24
b.2) La definició legal de televisió en el dret intern	27
c) El replantejament de l'arquitectura del marc regulador dels sectors afectats per la convergència	30
d) La reglamentació d'Internet.....	35
4. La distinció entre telecomunicacions i audiovisual	41
a) Perspectiva general	41
b) Consideració d'alguns serveis en particular	44
5. Les <i>must-carry rules</i> imposades als operadors de telecomunicacions per cable	47
6. La preocupació comunitària pels continguts audiovisuals: control governatiu i directrius per a l'autoregulació	51
7. La disciplina administrativa interna en matèria de continguts audiovisuals	59
a) Les lleis estatals 25/94 i 22/99 ("televisió sense fronteres")	59
b) Les previsions relatives als continguts en les normes estatals sobre telecomunicacions per cable.....	62
c) Normativa autonòmica catalana.....	64
8. Continguts audiovisuals i responsabilitat	70
a) Consideracions generals.	70
b) La proposta modificada de directiva comunitària sobre el comerç electrònic.	72
b.1) Simple transport de dades	73

b.2) "Caching"	74
b.3) "Hosting" o allotjament de dades.....	75
9. Els operadors de telecomunicacions per cable i els programadors independents.....	77
10. Conclusions	83

1 Introducció

La política jurídica en els sectors de les telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació té el repte de respondre adequadament al ràpid procés de convergència que s'està produint en aquests àmbits. La gran velocitat amb què se succeeixen els canvis fa molt difícil que la disciplina dissenyada en vista d'unes categories determinades es pugui aplicar sense desajustos a un escenari força diferent, i que no és definitiu sinó notòriament inestable, atès el dinamisme que provoquen l'aparició i l'extensió de les noves possibilitats tecnològiques.

La reflexió constant sobre el marc jurídic vigent i sobre les propostes reguladores esdevé del tot necessària en un context caracteritzat per la discussió sobre la consistència del conjunt normatiu actual, i fins i tot per la mateixa dificultat d'esbrinar-ne la capacitat d'aplicació concreta a cada una de les noves manifestacions dels serveis de comunicació.

El present informe té el seu origen en l'encàrrec formulat pel Consell de l'Audiovisual de Catalunya. A partir de la realitat de la convergència tecnològica i sectorial, el CAC ens planteja tot un seguit de qüestions referides tant al conjunt dels problemes de política jurídica que aquest fenomen suscita com, en particular, a la disciplina aplicable als operadors de telecomunicacions per cable, amb especial consideració del que fa referència a la responsabilitat d'aquests en matèria de continguts audiovisuals.

A fi d'exposar l'informe amb una major claredat, hem considerat convenient sistematitzar les diferents qüestions que se'ns formulen i desenvolupar-les seguint l'esquema que proposem a continuació.

L'exposició partirà de la descripció del fenomen de convergència (apartat 2), fent una especial atenció a les seves manifestacions a la xarxa d'Internet. Tot seguit (apartat 3), ens ocuparem de determinades qüestions de política jurídica que s'estan discutint en vistes de l'esmentat procés de convergència. Examinarem el problema de les definicions legals (apartats 3.a i 3.b) i les diferents possibilitats d'estructurar la disciplina dels sectors afectats per la convergència (apartat 3.c). Dedicarem una atenció particular al debat sobre la regulació d'Internet (apartat 3.d). L'apartat següent (4) el destinarem a l'anàlisi de la distinció entre telecomunicacions i audiovisual.

Continguts audiovisuals

Al llarg del desenvolupament d'aquests primers apartats tractarem de donar resposta a les preguntes concretes que ens formula el CAC referents a si la futura reglamentació ha d'introduir noves definicions per als nous serveis, que encaixen amb dificultat en les normes vigents; si cal tenir més en compte la naturalesa del servei que la infraestructura que li serveix de suport; el problema de diferenciar amb certa precisió allò que és telecomunicació i allò que és servei audiovisual; si serveis com el vídeo a la carta, el vídeo sobre demanda, etc., es poden considerar serveis de televisió; si altres teleserveis que es presten per cable són televisió o telecomunicació; i si els serveis de ràdio i de televisió que es presten a través d'Internet són serveis audiovisuals subjectes a aquesta reglamentació.

A l'apartat cinquè farem un breu repàs de les obligacions que tenen els operadors de cable de transportar determinats senyals televisius (les *must-carry rules*), tot considerant-ne la possible inconstitucionalitat.

A continuació, ens centrarem en la regulació dels continguts audiovisuals. En primer lloc (apartat 6), examinarem la disciplina comunitària, per passar després a l'anàlisi del règim establert al dret intern (apartat 7). Els problemes de responsabilitat els tractarem a l'apartat vuitè. Convindrà, a aquest efecte, fer un aclariment preliminar per distingir diferents àmbits de responsabilitat, bàsicament l'àmbit civil i l'administratiu (apartat 8.a). D'altra banda, ens referirem al sistema de responsabilitat dels prestadors intermediaris que estableix la proposta recentment modificada de directiva sobre comerç electrònic (8.b). Finalment, tractarem les qüestions relacionades amb els anomenats "programadors independents" (apartat 9).

És en aquest segon bloc, més centrat en els continguts audiovisuals, on tractarem la resta de qüestions que se'ns han formulat, concretament si el control dels continguts audiovisuals es pot aplicar als nous serveis (programació i publicitat); si cal establir formes de restricció de continguts en relació als serveis codificats; i també quina és la posició de l'operador de telecomunicacions per cable pel que fa a la responsabilitat de la programació que s'emet per la xarxa de cable, tot considerant si es poden diferenciar graus de responsabilitat de l'operador de cable segons que es tracti de l'anomenat servei bàsic (encara que estigui integrat per canals aliens) o d'altres serveis; i si, pel que fa a la responsabilitat, es pot distingir entre programació pròpia i programació aliena, és a dir, la subministrada pel programador independent.

* * *

2 La convergència dels sectors de les telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació

En el marc de la reflexió entorn de l'anomenada "societat de la informació", la Comissió Europea ha cridat l'atenció sobre el procés de convergència que s'està detectant en els sectors de les telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació, i sobre les repercussions d'aquesta convergència pel que fa a la construcció d'un marc regulador satisfactori dels sectors, les activitats i els serveis afectats. La Comissió ha obert un debat públic sobre la qüestió mitjançant el Llibre Verd de 3 de desembre de 1997.¹ La consulta s'ha dut a terme en dues fases i les conclusions de cada una s'han recollit respectivament en el document de treball de 29 de juliol de 1998² i en la Comunicació de la Comissió de 9 de març de 1999.³ El debat que s'ha generat al voltant del Llibre Verd constitueix un bon punt de partida per a l'anàlisi que hem de dur a terme en el present informe. Començarem, per tant, destacant de forma molt sintètica alguns dels aspectes de la descripció que ens ofereix el Llibre Verd i que afecten de forma particular els aspectes que ens interessa tractar aquí.

a El fenomen

Com a conseqüència del ràpid desenvolupament de la informàtica i de les tècniques de digitalització s'està produint una aproximació estructural dels tres sectors rellevants ja esmentats: a) el sector de les telecomunicacions; b) el dels mitjans de comunicació; i c) el de les anomenades "tecnologies de la informació" o informàtica.

Gràcies a la possibilitat de codificar i disposar de la informació en format digital, les infraestructures i xarxes dels diferents operadors comencen a estar en condicions de transmetre

¹ *Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación (en la perspectiva de la sociedad de la información)*. Comissió Europea, Brussel·les, 3 de desembre de 1997. COM(97) 623 final.

² *Documento de trabajo de la Comisión. Resumen de los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnología de la información, y temas que merecen ulterior reflexión*. Comissió Europea, DG X; DG XIII, Brussel·les 29 de juliol de 1998. SEC (98) 1284.

³ *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación. Resultados de la consulta pública sobre el Libro Verde*. Comissió Europea, DG X; DG XIII. Brussel·les, 10 de març de 1999. COM(99) 108 final.

de forma indistinta serveis que fins fa poc es transportaven a través de canals i xarxes diferenciats, com ara la veu, l'àudio, els continguts audiovisuals i la comunicació de dades.

Aquesta versatilitat de les infraestructures –i dels aparells domèstics de recepció, convenientment adaptats–, unida a l'enorme velocitat de transmissió que les noves tècniques aconseguen,⁴ està fent possible el que ja s'ha anomenat “*virtual broadcast*” o “radiodifusió virtual”.⁵ En aquest sentit el Llibre Verd va assenyalar que:

“Al generalizarse las infraestructuras de telecomunicaciones alternativas, las redes de alta velocidad basadas en fibras ópticas podrán pronto operar, en combinación con la moderna tecnología de servidores, de una forma rentable en modo de radiodifusión virtual (es decir entregar un mismo contenido a muchos consumidores, pero previa petición individual y no necesariamente al mismo tiempo).”⁶

L'aparició de noves modalitats de lliurament dels productes televisius ja es fa prou palesa si fem una simple anàlisi superficial de l'oferta comercial, on trobem fórmules com ara l'anomenat “*pay per view*” o “pagament per visió”; la comercialització no ja de canals de televisió sinó de conjunts o *paquets* de canals televisius; o l'anomenat “quasi vídeo a la carta” (*near video-on-demand, NVID*).⁷ Sembla escaient destacar que aquestes modalitats de prestació de serveis audiovisuals, si bé impliquen certament una intervenció activa de l'usuari receptor –el qual selecciona o fins i tot contracta de forma individualitzada la recepció d'un contingut específic–, no deixen de tenir un dels trets fonamentals de la difusió tradicional, que consisteix en el fet que la multiplicitat de recepcions del producte audiovisual respon a una única emissió, que es fa arribar a una pluralitat d'usuaris, els quals simplement han escollit si volien veure-la o no (encara que la decisió de veure-la signifiqui ara fer un pagament addicional –*pay per view*–).

Hem assenyalat només alguns exemples del que fa possible la tecnologia digital pel que fa a la manera d'oferir determinats continguts. Cal pensar també en l'aparició d'altres possibilitats, com ara la prestació de serveis de comunicació de dades multimèdia en el marc d'un paquet de

⁴ La transmissió a gran velocitat resulta possible no només en les noves xarxes basades en la fibra òptica, sinó que un aspecte fonamental de les noves tecnologies consisteix precisament a multiplicar de forma espectacular la capacitat transmissora de les xarxes tradicionals.

⁵ Aquest és un concepte que interessa remarcar des d'ara, de cara a la reflexió que més endavant haurem de fer sobre la política jurídica de control de continguts.

⁶ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1); capítol primer, apartat segon i nota al peu núm. 7.

⁷ Un paquet de canals per satèl·lit que compregui per exemple 60 canals pot emetre simultàniament 10 pel·lícules de 90 minuts, cada una de les quals s'iniciaria a intervals de 15 minuts (l'exemple és tret del *Libro Verde sobre la convergencia*, cit. a la nota 1; p. 5). Amb una oferta d'aquestes característiques, es posa a disposició del consumidor quelcom força similar a la possibilitat d'escollir lliurement quina pel·lícula vol veure i quan la vol veure.

canals de televisió digital o bé, per exemple, la connexió a la xarxa d'Internet mitjançant el receptor de televisió. També en el camp de la radiodifusió sonora la tècnica digital permet grans possibilitats d'innovació de serveis i d'increment de la qualitat de la recepció, particularment mitjançant la difusió de programes de ràdio a través d'Internet en combinació amb imatges i animacions multimèdia. De fet, Internet és l'element dinamitzador més notori del procés de convergència. En parlarem amb més detall a l'apartat següent.

Sorgeixen, doncs, noves formes d'oferir serveis ja existents –de forma especialment rellevant a través de l'ús d'Internet–, que n'incrementen la qualitat, però també sorgeixen serveis completament nous, com ara el diari electrònic, els supermercats i catàlegs en línia, el telebank o el vídeo a la carta.⁸ Neixen aplicacions multimèdia híbrides com ara, entre d'altres, els anomenats “infoanuncis” de la televisió digital, que permeten respondre de forma immediata via Internet i sol·licitar el producte que s'anuncia, o també fórmules interactives que permeten –per exemple– afegir la possibilitat de fer apostes en línia durant la transmissió d'una cursa de cavalls.⁹

D'altra banda, la propera generació de sistemes de comunicacions mòbils digitals té l'objectiu essencial d'assolir una plena integració de les tecnologies, amb i sense cable, de manera que els usuaris, amb independència del lloc on es trobin, puguin disposar d'una plataforma capaç de rebre un conjunt de serveis de veu, dades, multimèdia i audiovisuals.¹⁰

L'aplicació de les noves tecnologies –amb la gran interrelació dels diversos sectors afectats que això comporta– i la plena liberalització del sector de les telecomunicacions estan provocant també tot un seguit de polítiques d'aliances i fusions empresarials, tant a nivell horitzontal com a nivell vertical –és a dir, entre operadors situats a diferents alçades de la cadena, des de la creació de continguts fins al lliurament final del servei–, i canvis importants en l'estratègia dels operadors que decideixen, per exemple, introduir-se en mercats on fins ara no eren presents.

⁸ El Reglament estatal del Cable (Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre por el que se aprueba el *Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable*) va definir els conceptes de vídeo segons demanda i de vídeo a la carta en els termes següents: “Servicio de vídeo bajo demanda: es un servicio que consiste en la distribución de un programa audiovisual en el que el usuario final interactúa con la red para seleccionar el programa deseado y el momento del suministro.- Servicio de vídeo a la carta: es un servicio que consiste en la difusión de programas audiovisuales en el que el usuario final interactúa con la red para acceder al programa deseado, que le es suministrado en un momento prefijado por la red”.

⁹ Cf. *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1); apartat II.2.

¹⁰ Cf. *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1); p.6.

Des de la perspectiva de la demanda s'albiren ja certs canvis importants en els hàbits dels consumidors. A tall d'exemple,¹¹ l'any 1998, en el món es van vendre per primera vegada més ordinadors personals que televisors; l'any 1995, més de la meitat del temps que els habitants dels EUA van passar davant d'una pantalla el van passar davant la pantalla de l'ordinador i, segons alguns estudis d'audiència als EUA, els usuaris d'Internet consumeixen ja un 59% menys de televisió que l'espectador mitjà. La penetració a gran escala en la llar dels ordinadors personals amb capacitats multimèdia i connexió a Internet serà sens dubte un punt clau per al desenvolupament dels nous serveis. La tensió comercial entre les indústries de la televisió i de la informàtica és ben perceptible i, de mica en mica, els dispositius domèstics de recepció es van aproximant i permeten tant la navegació per Internet mitjançant el televisor, com rebre canals de televisió a través de l'ordinador personal.

b La convergència a Internet. El *webcasting*

Un dels àmbits on el procés de convergència es fa més evident és Internet, particularment amb l'anomenat "*webcasting*".¹²

Amb el terme *webcasting* (de vegades *netcasting*) es designa tot un grup de serveis emergents que utilitzen Internet per al lliurament dels continguts als usuaris, d'una forma molt similar als serveis de comunicació convencionals, i que, en alguns casos, ofereixen funcions addicionals que els mitjans tradicionals no han estat en disposició de proporcionar. En aquests serveis s'inclouen, entre d'altres, els serveis de textos i gràfics que s'envien periòdicament als abonats a través d'Internet; els mitjans de "flux continu" de contingut sonor o audiovisual difós en directe o bé a demanda, com ara la radiodifusió en RealAudio o en RealVideo; o la vídeo-conferència per Internet.

La navegació habitual per Internet, a través de la *World Wide Web*, es caracteritza pel fet que l'usuari agafa o "estira" les dades (tecnologia *pull*). En el *webcasting*, en canvi, l'usuari no "estira" les dades sinó que li són "posades" (tecnologia *push*) o bé enviades en flux continu (*streaming*).¹³

¹¹ Prenem les dades del que s'exposa al *Libro Verde sobre la convergència* (cit. a la nota 1); apartat II.3.

¹² En la redacció del present apartat seguirem de forma principal el document de l'OCDE *Webcasting and Convergence: Policy Implications* [Unclassified, OCDE/GD (97)221]. Quan citem números de pàgina ho farem en referència al text anglès, que es pot obtenir en format pdf a la plana web de la pròpia OCDE (<http://www.ocde.org>).

¹³ Amb l'expressió "pull" es designa el fet de demanar les dades a un altre programa o ordinador, mentre que amb l'expressió "push" es vol significar que les dades s'envien a l'ordinador sense que sigui aquest qui les obtingui per iniciativa pròpia. L'exemple més conegut de tecnologia *push* és el cas del correu electrònic (el remitent envia el missatge sense que el receptor l'hagi sol·licitat), mentre que quan es navega sobre la *World Wide Web* s'utilitza

Continguts audiovisuals

L'usuari que vol rebre un servei de *webcasting* haurà de prendre la iniciativa en un primer moment (per exemple demanant un servei enviat en flux continu o abonant-se a un servei de comunicació de tecnologia *push*). Ara bé, un cop hagi fet aquest primer pas, l'usuari rebrà els continguts *passivament*, sense necessitat d'altres intervencions, igual que succeeix en el cas de la radiodifusió tradicional, quan l'usuari ha seleccionat un canal de televisió o una emissora de ràdio.

La capacitat del *webcasting*, que inicialment es basava només en la transmissió punt a punt, ha incrementat notablement amb l'ús de la tecnologia de multidifusió (*Internet Protocol Multicasting*). Amb la transmissió punt a punt, les dades s'envien de manera individual a un destinatari i, per tant, si es vol enviar un mateix contingut a una multiplicitat d'usuaris, cal fer tantes transmissions de dades idèntiques com destinataris hi hagi per a rebre-les. En canvi, amb els sistemes de transmissió punt a multipunt (*one-to-many*) es fa possible que una pluralitat d'usuaris comparteixi una mateixa emissió o flux de dades, com succeeix també en el cas de la radiodifusió tradicional. A més, l'*IP Multicasting* ha de permetre també incorporar sistemes de pagament per recepció o visió a fi de contractar individualment determinats serveis, igual que es fa amb el *pay-per-view* a la televisió digital.

L'informe de l'OCDE sobre el *webcasting*¹⁴ classifica, de manera purament orientativa, els diversos serveis de *webcasting* en diferents categories. Tot seguit en farem un breu repàs, que pot resultar il·lustratiu.

Una categoria de serveis *webcasting* la constitueixen els proveïdors de biblioteques digitals de continguts audiovisuals amb forma de serveis segons demanda. L'usuari pot descarregar aquests continguts i visionar-los o escoltar-los, ja sigui en "temps real" ja sigui ulteriorment. En aquest grup s'inclourien per exemple els centenars d'emissores de ràdio que difonen els seus programes a través d'Internet mitjançant tècniques de flux continu (*streaming*).

Hi ha proveïdors de continguts que s'han especialitzat en la difusió per Internet d'esdeveniments en directe en format audiovisual. D'altres, també difonen esdeveniments en

tecnologia *pull*, de manera que una plana web no s'envia fins que el navegador no la demana. Els sistemes de *webcasting* es basen en tecnologia *push* perquè envien informació amb independència que algú l'hagi demanada o no.

En l'anomenat "streaming" les dades es tracten com si fossin un flux continu. Amb aquesta tècnica s'evita que l'usuari hagi de disposar d'un ordinador capaç de "baixar" o telecargar ràpidament grans fitxers multimèdia, i pugui visionar els continguts audiovisuals a mida que arriben, amb el benentès que les dades hauran d'arribar amb prou velocitat com per què la imatge i el so no sofreixin interrupcions, i que si arriben més dades de les que es poden visionar, l'ordinador haurà de poder-les emmagatzemar convenientment. Cf. *Webcasting and Convergence*, (cit. a la nota 12), p. 15.

¹⁴ Citat a la nota 12.

Continguts audiovisuals directe però en forma de serveis de text, en comptes de so o de vídeo, i donen informació escrita, per exemple, de com s'està desenvolupant en un moment determinat un esdeveniment esportiu.

Altres tipus de serveis *webcasting* són els dels proveïdors de serveis d'informació per subscripció en què el contingut s'envia als subscriptors automàticament. Alguns inclouen la possibilitat que l'abonat determini inicialment amb força precisió la mena de continguts que vol que li enviïn, ja sigui escollint determinats *canals* del proveïdor o bé designant llocs concrets d'Internet.

En alguns supòsits els proveïdors de serveis de *webcasting* utilitzen plataformes múltiples per al lliurament dels continguts. Hi ha proveïdors, per exemple, que difonen els continguts d'Internet a través de l'espectre radioelèctric. Però aquesta comunicació és unilateral i, per tant, necessiten utilitzar una altra xarxa (normalment la xarxa pública commutada de telecomunicacions) per rebre, via Internet, les demandes de continguts que els fa l'usuari. Com a variant, tenim els serveis del tipus *Web-TV*, que consisteixen a utilitzar un adaptador (*set-top box*) que fa possible que els continguts d'Internet que es reben mitjançant la xarxa pública commutada de telecomunicacions es puguin veure a l'aparell de televisió.

Uns altres tipus de serveis, que no es consideren pròpiament *webcasting*, són els que subministren per Internet guies electròniques amb programacions existents d'emissions d'àudio i de vídeo en *webcasting*. Aquests serveis fan la mateixa funció que les guies de serveis de radiodifusió tradicional.

No cal dir que, en aquest camp, la innovació i la incorporació de noves capacitats i serveis és constant, i que les combinacions de serveis que s'ofereixen són múltiples. La convergència s'hi fa palesa d'una forma particularment significativa i els problemes de política jurídica, als que farem referència més endavant, presenten força complexitat.

No obstant, el document de treball titulat *La régulation des services audiovisuels sur Internet: enjeux et problématique*,¹⁵ del *Conseil supérieur de l'audiovisuel* francès (CSA), ha remarcat que, amb tota versemblança, la difusió hertziana terrestre de cadenes de ràdio i de televisió generalistes nacionals continuarà reunint la major part de les audiències com a mínim durant els

¹⁵ *La régulation des services audiovisuels sur Internet: enjeux et problématique*. Document de treball elaborat pel Conseil supérieur de l'audiovisuel francès (CSA) per estimular la reflexió i el debat davant la propera trobada mundial de reguladors de l'audiovisual, centrada precisament en la regulació dels serveis audiovisuals a Internet, que el CSA –sota els auspicis de la UNESCO i en col·laboració amb l'*Institut international des communications* té previst celebrar a París els propers 30 de novembre i 1 de desembre de 1999. El document de treball es pot consultar a la pàgina web del CSA: <<http://www.csa.fr>>.

propers anys, i que, d'altra banda, la presència de les cadenes tradicionals en els diferents suports emergents en permetrà la continuïtat. El document assenyala també que, malgrat els progressos tecnològics, la importància de les inversions econòmiques necessàries per modernitzar les infraestructures de difusió farà que, a curt termini, no sigui possible desenvolupar a gran escala els serveis de televisió a Internet.¹⁶

* * *

¹⁶ És a dir, a la *World Wide Wait*, en l'expressió irònica que recull el document de la CSA.

3 Algunes qüestions de política jurídica

El fenomen de la convergència exigeix una reflexió aprofundida sobre quin tipus de marc normatiu pot resultar més adequat. En bona part, el que primer es planteja són les qüestions relatives a la concurrència, en la mesura que les transformacions comporten tota una sèrie de riscos i de reptes des de la perspectiva dels objectius de defensa de la lliure competència en el mercat. Però, aquest tipus de problemes no és objecte del present informe sinó que, més aviat, caldrà fer atenció a dos punts rellevants: la construcció de les definicions legals en els sectors afectats per la convergència i les opcions de la política jurídica per al disseny de l'estructura de la disciplina reguladora d'aquests sectors.

a Sobre la necessitat de noves definicions

Ha estat la pròpia Comissió Europea qui, en l'esmentat Llibre Verd, ha destacat la inseguretats jurídica que deriva de les mancances dels ordenaments pel que fa a les definicions que s'utilitzen. Aquesta inseguretats es manifesta tant en la dificultat de precisar l'abast o la manera com s'apliquen certes definicions, com en el fet que aquestes no s'ajusten de manera satisfactòria a la realitat de l'estructura dels mercats o de les característiques del servei que es defineix.

És evident que les definicions són un element fonamental per a la seguretats jurídica, en la mesura que la selecció de la disciplina aplicable a un servei o activitat en particular ve determinada pel fet que aquest servei o activitat s'hagi de considerar inclòs o exclòs en la definició que delimita l'àmbit d'aplicació d'una determinada norma o conjunt de normes.

Per tant, en un entorn d'aparició de noves formes de prestació de serveis, i fins i tot de naixement de nous serveis, els problemes que es plantegen són dos: en primer lloc, una qüestió de política jurídica que consisteix en la decisió que ha de prendre el legislador sobre el règim jurídic que vol aplicar als diferents serveis, i, en segon lloc, una qüestió de tècnica jurídica a l'hora de construir el sistema de definicions, tant pel que fa a l'extensió material que aquestes han de tenir com a la claredat i precisió amb que cal que es redactin.

El legislador ha de reflexionar, per exemple, sobre la conveniència que tots els serveis de naturalesa idèntica o anàloga quedin regulats per una mateixa normativa. Si vol assolir aquest objectiu, haurà d'esbrinar si les definicions que utilitza inclouen només una part de la realitat

que vol reglamentar i, per tant, si —en estar basades en elements que poden resultar accessoris, com ara el tipus de xarxa o infraestructura a través de la qual es presta el servei definit—, aquestes definicions deixen fora del seu àmbit serveis essencialment anàlegs al que es regula.¹⁷ És possible pensar que caldria subjectar també aquests serveis, anàlegs al definit, a la mateixa reglamentació que aquest últim, almenys en allò que faci referència precisament als aspectes del servei en els quals es verifica l'analogia essencial, perquè, d'altra manera, el marc normatiu podria considerar-se discriminatori. Això requeriria, per tant, modificar l'abast de les definicions que s'han utilitzat fins al moment. En qualsevol cas, està clar que, independentment de l'opció que prengui el legislador, les definicions apareixen com un element instrumental imprescindible.

D'altra banda, si la inclusió o exclusió d'un servei en una determinada definició no resulta prou clara, la inseguretats jurídica esdevé manifesta. I, en aquest punt, la transformació que les noves tecnologies provoquen en els serveis podria fer que, en el futur, un servei determinat pogués, per exemple, considerar-se inclòs en diverses definicions legals i, per tant, hagués d'ajustar-se —injustificadament— a una doble reglamentació. La tècnica de formulació de les definicions esdevé particularment crucial en un àmbit caracteritzat per la ràpida variació dels elements que són objecte de definició. Al problema que un mateix servei pogués resultar sotmès a més d'una normativa, i a la qüestió d'una possible discriminació derivada d'aplicar règims diversos a serveis essencialment anàlegs, s'afegeix un altre motiu de revisió de les definicions molt més simple: l'entorn sorgit de la convergència podria haver-les deixat desfasades i, fins i tot, privades de sentit.

Tot això —com a mínim— és el que ha d'afrontar el legislador en el camp de les definicions. Sobre aquest punt, s'han comparat diverses experiències reguladores. Potser la més significativa és la de l'ordenament alemany, que ha optat per construir noves categories i, per tant, noves definicions, i que distingeix tres grans nivells de serveis: els serveis de radiodifusió, els anomenats “serveis de mitjans de comunicació” i els anomenats “teleserveis”. Aquests dos últims conceptes pretenen marcar una distinció entre l'àmbit de les comunicacions de masses i el de les comunicacions individuals; distinció que obeeix a diferents raons, entre les quals destaca el problema dels diferents títols competencials atribuïts a la Federació i als *Länder*, però també la voluntat de donar una resposta ràpida per assegurar la certesa jurídica als operadors. I, en aquest punt, l'èxit de l'opció legislativa adoptada, que va entrar en vigor l'agost del 1997, no sembla que hagi estat excessiu sinó més aviat al contrari, atès que el problema d'incloure un servei en una o altra definició resulta sovint d'una dificultat extrema.

¹⁷ El que sembla fora de dubte és que, a la inversa, el sol fet que diversos serveis es prestin a través d'una mateixa xarxa de telecomunicacions no suposa pas que tots aquests serveis s'hagin de considerar de manera homogènia i entendre que són un servei únic (cf. *Libro Verde sobre la convergencia*, cit. a la nota 1; capítol IV.2.1).

En el Llibre Verd sobre la convergència, la Comissió va sotmetre expressament a consulta pública la qüestió de si les definicions utilitzades en les legislacions nacionals i/o comunitària pel que fa als sectors de les telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació estan o no adaptades al procés de convergència descrit.¹⁸ En el transcurs del debat, el conjunt d'intervencions referides a aquest punt¹⁹ va fer palesa la preocupació general per la seguretat jurídica i va insistir en la necessitat que els sectors a què afecta la convergència tinguin *un marc regulador clar i previsible*. També s'ha observat un consens força general en el sentit que el marc jurídic ha de ser neutre des del punt de vista tecnològic, és a dir que els serveis s'han de considerar amb independència de la tecnologia que s'utilitzi per prestar-los.

Al marge del consens que es manifesta en aquests punts, l'aparició de nous serveis planteja consideracions i inquietuds diverses. Alguns destaquen que la dificultat d'encaixar-los en les grans categories vigents (publicacions, serveis de telecomunicació, emissions de radiodifusió) pot tenir com a conseqüència que activitats similars quedin subjectes a regulacions diverses. D'altres plantegen que els nous serveis qüestionen alguns dels principis generalment acceptats en la reglamentació d'aquests sectors, com ara el que estableix que les comunicacions públiques han de ser objecte d'una major regulació que no pas les comunicacions de caràcter privat. S'ha cridat l'atenció, per exemple, sobre la qüestió de si la publicitat a Internet ha de rebre o no el mateix tracte que la publicitat en un mitjà de comunicació que s'emet per radiodifusió. O sobre quin ha de ser el tracte que rebin els enllaços interactius quan s'integren en una radiodifusió digital destinada, per tant, al públic en general. En realitat, doncs, la mateixa dificultat de determinar clarament si un supòsit concret és comunicació pública o privada planeja el qüestionament del principi esmentat, una discussió en la qual, d'altra banda, no hi ha un consens general.

El propi Llibre Verd ja apuntava que la convergència no ha d'impedir l'aplicació d'una regulació que es basi en la distinció fonamental entre allò que és públic i allò que és privat, però que és ben possible que el fenomen convergent desplaci el punt on fins ara se situava la línia fronterera entre tots dos àmbits i que això pot tenir conseqüències en la reglamentació dels supòsits concrets. També afegia que:

“en la medida en que se hayan formulado normas basadas en el carácter público más que privado de determinadas redes, servicios o actividades, puede resultar necesaria una reevaluación para determinar si la frontera que separa actualmente lo público de lo privado sigue siendo válida a la luz de la evolución de

¹⁸ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1); apartat IV.2.6 *in fine*.

¹⁹ Les conclusions i la síntesi de les intervencions es recullen al *Documento de trabajo de la Comisión* (citat a la nota 2).

Si bé el criteri d'atendre a la naturalesa pública o privada de la comunicació que s'estableix amb el servei en qüestió ha estat un principi molt rellevant per a la regulació, les dificultats que la convergència origina per a l'establiment d'una frontera clara han fet que es proposin altres criteris. El document de treball de la Comissió Europea posterior al Llibre Verd recull, per exemple, una proposta en la qual se suggereix que, a l'hora de distingir entre diferents àrees de reglamentació, el fet que una activitat s'ajusti o no s'ajusti a un horari hauria de ser el factor decisiu per sotmetre-la a la normativa reguladora de la radiodifusió.

D'altra banda, moltes entitats de radiodifusió han donat a entendre que el problema de la incertesa i poca adequació de les definicions només es presenta en els marges, i no pas en el nucli de les activitats i dels serveis actuals, i que, per tant, no s'han de posar en qüestió els objectius de política jurídica que hi ha al darrere de l'establiment d'una reglamentació diferenciada per a cada sector. Des d'aquest punt de vista, el perill de desdibuixament de les línies divisòries es presentaria només en les activitats limítrofes i, per tant, s'hauria de resoldre amb fórmules *ad-hoc*.

La qüestió, per tant, de si la futura reglamentació ha d'introduir noves definicions per als nous serveis que encaixen amb dificultat en les normes vigents no té encara una resposta definitiva, atès que segueixen obertes les diferents possibilitats de configuració de la disciplina, que són les que en el fons determinen quina ha de ser la formulació concreta de les definicions. Ara bé, d'una manera o altra, els nous serveis hauran de poder incloure's en definicions a fi de quedar sotmesos al règim que finalment se'ls vulgui aplicar, o, simplement, per excloure'ls de manera certa d'un règim jurídic determinat.

Resulta il·lustratiu veure com les noves produccions normatives són sensibles als nous fenòmens i miren de recollir-los en noves definicions o d'alterar les ja existents per què puguin incloure'ls. Pensem, per exemple, en la Llei 22/1999, de 7 de juny, que modifica la Llei de Televisió sense Fronteres.²¹ Aquesta llei incorpora el concepte de “televenda”,²² que rep a

²⁰ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1); capítol IV.1.

²¹ 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 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva* (BOE nº 136, de 8.06.1999).

²² La nova lletra h) de l'article 3 de la Llei de Televisió sense Fronteres (Llei 25/1994) incorpora la definició següent: “Televenta: la radiodifusió televisiva de ofertes directes al públic per a l'adquisició o el arrendament de tota classe de béns i drets o la contractació de serveis, a canvi d'una remuneració”.

partir d'ara un tractament específic com a fenomen diferent de la publicitat, mentre que els anuncis d'autopromoció dels serveis de televisió es qualifiquen com una forma de publicitat. O bé fixem-nos, per exemple, en les precisions que fa el recent Reial Decret 1462/1999 de 17 de setembre per distingir el concepte de "autopromoción" del de "anuncios realizados por el operador de televisión en relación con sus propios programas", de tal manera que només aquests últims s'exclouen del concepte de publicitat a efectes del còmput del temps d'emissió dedicat a la publicitat i a la televenda.

Així doncs, serà oportú considerar, sense voler ser gaire exhaustius, alguns trets significatius del sistema de definicions que proporcionen el dret intern i el comunitari. Vegem-ho a continuació.

b Alguns aspectes d'interès en el sistema de definicions

b.1) La noció de "serveis de la societat de la informació" en el dret comunitari

En el panorama de definicions del dret comunitari resulta il·lustrativa –per als propòsits d'aquest informe– la separació conceptual entre la noció de "serveis de la societat de la informació" i la de serveis de radiodifusió televisiva i sonora.

El concepte de "serveis de la societat de la informació", tal com va quedar definit a la Directiva 98/34/CE²³ ja forma part del "cabal comunitari".²⁴ S'entén per servei de la societat de la informació

"...[t]odo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios".

La definició explícita, a més, el que cal d'entendre aquí per "a distància" (manca de presència simultània de les parts); el que cal d'entendre per "via electrònica" ("*un servicio enviado desde*

²³ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998 [DO L 204 de 21.07.1998, p. 37], modificada per la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998 [DO L 217 de 5.08.1998, p. 18], por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

²⁴ Així ho reconeix la proposta modificada de Directiva del Parlament Europeu i del Consell, relativa a *determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior* [COM(1999) 427 final].

la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético"); i el que cal entendre per "a petició individual d'un destinatari de serveis". Pel que sembla, aquest últim requisit de la definició, que la directiva formula amb una bona dosi de tautologia, serveix per establir la frontera que ha de separar el concepte de serveis de la societat de la informació dels conceptes de serveis de radiodifusió televisiva i sonora. La directiva modificativa²⁵ recull un llistat indicatiu de serveis que *no* queden coberts per la definició, ja sigui perquè no s'ofereixen a distància, perquè no s'ofereixen per via electrònica, o perquè *no es presten a petició individual d'un destinatari de serveis*. Per aquest últim motiu, segons l'annex, queden fora de la definició de serveis de la societat de la informació els següents serveis:

"Servicios prestados mediante transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (transmisión "punto a multipunto"):

- servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta) contemplados en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE;
- servicios de radiodifusión sonora;
- teletexto (televisivo)"

És pot advertir fàcilment que l'element essencial del concepte de "petició individual"²⁶ que fa servir la directiva implica que es produeixi una transmissió individualitzada (punt a punt), i no tant que el destinatari hagi de dur a terme o no una determinada activitat de "petició". Dit d'una altra manera: determinats serveis requereixen una sol·licitud específica del destinatari per poder-los rebre, com és el cas dels sistemes de pagament per visió (*pay per view*), i no per això es considera que el servei es presti a petició individual d'un destinatari. El mateix passa amb el servei de quasi-vídeo a la carta.

La forma en què queda construïda la definició de "serveis de la societat de la informació" té repercussions que van més enllà de la directiva en qüestió. En aquest sentit, esdevé particularment significativa la remissió plena que la proposta modificada de directiva sobre comerç electrònic²⁷ fa a l'esmentada definició. Remissió que, entre d'altres coses, implica que

²⁵ Directiva 98/48/CE, citada a la nota 23.

²⁶ La pròpia directiva fa un esforç, com hem dit, per delimitar el sentit de l'expressió, malgrat que finalment ens ofereix una fórmula directament tautològica: "[a] efectos de la presente definición [diu el text de la directiva] se entenderá por: (...) 'a petición individual de un destinatario de servicios', un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual".

²⁷ Proposta modificada de Directiva del Parlament Europeu i del Consell, relativa a *determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior* (citada a la nota 24).

el règim de responsabilitat dels “prestadors intermediaris” que estableix aquesta proposta de directiva –i al qual farem referència més endavant – no es podrà aplicar als serveis de radiodifusió televisiva i sonora, ni tampoc al “teletext televisiu”. I també estableix que no serà vàlida pel servei de quasi-vídeo a la carta (que no seria un “servei de la societat de la informació”), *mentre que sí que s'aplicarà a la prestació del servei de vídeo a la carta, perquè aquest es presta “entre dos punts”*, cosa que el fa mereixedor del concepte de “servei de la societat de la informació”.²⁸ A aquest respecte, resulta molt clarificador el dens *considerando* tercer de la proposta modificada de directiva sobre comerç electrònic:

“(3): Considerando que los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas, que pueden consistir, concretamente, en la venta de mercancías en línea; que no se trata únicamente de servicios que ofrecen la posibilidad de celebrar contratos en línea, sino también, cuando se trata de una actividad económica, de servicios no remunerados por su destinatario, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen herramientas de búsqueda, acceso y recuperación de datos; que los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, ofrecer acceso a una red de comunicación o albergar información suministrada por el destinatario del servicio; que la radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; que, por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, son servicios de la sociedad de la información”

b.2) La definició legal de “televisió” en el dret intern.

La Llei 4/1980, de 10 de gener, del *Estatuto de la radio y la televisión* va definir “televisió” en els termes següents:

“Se entiende por televisión la producción y transmisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o mediante cables destinados mediatamente o inmediatamente al público en general o a un sector del

²⁸ L'exposició dels motius de la modificació de la proposta de directiva sobre comerç electrònic (citada a la nota 24) manifesta (punt 2.2.2) que “[l]a definició de «servicios de la sociedad de la información» establecida en la letra a) del artículo 2, que recoge literalmente la definición ya acuñada en la Directiva 98/34, ha sido sustituida por una referencia directa a dicha Directiva. De este modo se atiende y se acepta la enmienda 29, ya que queda claro que el concepto de «servicios de la sociedad de la información» ya forma parte del «acervo comunitario». Con el fin de explicar mejor el ámbito de la definición de «servicio de la sociedad de la información», se ha incluido en la propuesta un nuevo considerando (considerando 2 quater) y un añadido al considerando 3”. Reproduïm a continuació aquest considerando 2 quater:

“(2 quater): Considerando que la definición de servicios de la sociedad de la información ya existe en la legislación comunitaria, en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas tal como [queda] modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998; (...) que tal definición abarca cualquier servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, a través de redes, mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios; (...)”.

No obstant això, la definició va perdre vigor en virtut de la disposició derogatòria única de la Llei 31/1987, de 18 de desembre, de *Ordenación de las Telecomunicaciones*, llei que va formular una nova definició de televisió mitjançant l'article 25. Aquest article estableix en primer lloc que:

"[l]os servicios de difusión son servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente. La prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá concesión administrativa".

Immediatament després, els apartats segon i tercer estableixen que:

"2. La televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difusión y en ningún caso podrá prestarse como servicio final o de valor añadido.

Se entiende por televisión la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio.

Sin perjuicio de lo previsto en la presente Ley, el régimen jurídico de la televisión se regulará por su legislación específica".

"3. No tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios constituida de conformidad con lo previsto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, o en una manzana urbana de fincas colindantes.

Asimismo, no se considerará televisión la mera recepción de imágenes para su transmisión, realizada en las mismas condiciones enumeradas en el párrafo anterior, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de antenas colectivas, ni la transmisión de imágenes citada en el primer párrafo del artículo 14.3".²⁹

L'article transcrit continua en vigor per expressa declaració de la Llei 11/1998, de 24 d'abril (*General de Telecomunicaciones*, LGT), que va derogar la Llei 31/1987, (*Ordenación de las Telecomunicaciones*, LOT) però que va deixar en vigor, entre d'altres, l'article 25.³⁰

²⁹ L'apartat següent (quart) resulta il·lustratiu per destacar alguns serveis que no són televisió, com ara el teletext. Estableix aquest apartat que: "4. Las entidades explotadoras de servicios de difusión podrán prestar adicionalmente servicios de valor añadido como, entre otros, teletexto, imagen fija con sonido y radiodifusión de facsímil, siempre que utilicen como soporte sus propios servicios de difusión y en los términos que se establezcan en los respectivos Reglamentos Técnicos y de Prestación de Servicios. La prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá la previa concesión administrativa de los mismos".

³⁰ Cf. disposició derogatòria única de la Llei 11/1998, de 24 d'abril, *General de Telecomunicaciones*.

Ara bé, aquesta no és l'única definició legal de televisió. La Llei 25/1994, de 12 de juliol, que va incorporar a l'ordenament espanyol la primera directiva comunitària de televisió sense fronteres (89/552/CEE), va introduir una nova definició, que està vigent després de la modificació operada per la Llei 22/1999:

“Art. 3. Definiciones.- A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

a) «Televisión», la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público.

Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario, no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones, prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares.”³¹

El propi preàmbul de la Llei 25/1994 remarca la dualitat de definicions que resulten d'aquesta manera:

“[e]s de significar que los conceptos de la Directiva se recogen en la Ley, si bien adaptados en lo posible a los del Derecho interno. En este sentido, la definición de la televisión que ofrecen la Directiva y la Ley no es coincidente con la contenida en el artículo 25.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, diferencia que responde a que la definición que contiene esta última mira más al aspecto técnico y de las redes del servicio que a la televisión como medio de comunicación social y al mensaje que por ésta se emite y difunde.”³²

c El replantejament de l'arquitectura del marc regulador dels sectors afectats per la convergència

La reflexió entorn del marc legal més convenient per al conjunt dels sectors afectats pel procés de convergència passa necessàriament per definir en concret quina ha de ser l'estructura d'aquest àmbit normatiu específic. És en aquest sentit que la Comissió Europea, després

³¹ La Directiva que es trasllada proporciona una definició pràcticament idèntica, malgrat que enlloc de “televisió” parla de “radiodifusió televisiva”:

“A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) «Radiodifusión televisiva», la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público.- Comprenderá la comunicación de programas entre empresas con miras a una radiodifusión televisiva destinada al público. No incluirá los servicios de comunicaciones que presten, previa petición individual, elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares”.

³² Apartat tercer del preàmbul de la Llei 25/1994 de 12 de juliol, per la que s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la directiva 89/552/CEE, sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva.

d'assenyalar un seguit de principis molt generals,³³ ha sotmès a consulta pública l'oportunitat d'escollir alguna de les tres opcions següents:

i) *Primera opció*: Continuar amb les estructures actuals. Això vol dir que es respectarien els models vigents, que es caracteritzen per ser models de *reglamentació vertical*, és a dir, sistemes de normes diferents per al sector de les telecomunicacions i per al sector audiovisual/radiodifusió, i, en menor mesura, per a l'edició i les tecnologies de la informació.

ii) *Segona opció*: Elaborar un model reglamentari independent per a les noves activitats, que coexistiria amb la reglamentació referent a telecomunicacions i radiodifusió. Aquesta opció consistiria a crear una categoria nova de serveis que es dotarien d'una reglamentació específica i que, per tant, quedarien fora de la regulació de les telecomunicacions i de la radiodifusió, que continuaria per als serveis tradicionals. La dificultat rau en dibuixar clarament les fronteres del que hauria de passar a formar part d'aquest nou grup i el que hauria de continuar sotmès a la regulació tradicional.

iii) *Tercera opció*: Introduir progressivament un nou model reglamentari que inclogui tant els serveis ja existents com els nous. La Comissió considera que aquesta és l'opció més ambiciosa perquè comporta una reforma radical del marc normatiu actual. No es tracta necessàriament de crear un conjunt nou de normes, sinó més aviat de veure com es poden adaptar els marcs legals existents per fomentar la flexibilitat, suprimir les incoherències, evitar la discriminació intra i intersectorial, i garantir l'assoliment dels objectius d'interès públic. D'aquí sortiria un marc normatiu general que cobriria tots els sectors. Per fer-ho, caldria formular una definició més àmplia de *serveis de comunicació*, que substituïria les definicions de serveis audiovisuals i de telecomunicacions de la legislació comunitària. Un element fonamental d'aquesta nova regulació seria el *principi de proporcionalitat*, atès que, en operar amb una definició tan àmplia, caldria posar el nivell de reglamentació en consonància amb la naturalesa del servei³⁴ i amb el grau de competència existent.

³³ El Llibre Verd va proposar els següents principis per a una futura política reglamentària en els sectors afectats per la convergència: a) La reglamentació s'ha de limitar a allò estrictament necessari per aconseguir uns objectius clarament definits. És a dir, s'ha de fugir d'una regulació excessiva. I els mitjans per aconseguir els objectius de política jurídica han de ser proporcionats.- b) Els futurs enfocaments reglamentaris han de respondre a les necessitats dels usuaris.- c) Les decisions sobre la reglamentació s'ha de guiar per la necessitat d'establir un marc clar i previsible (seguretat jurídica), que permeti la inversió. Això no significa establir un marc immutable, però sí un marc que reaccioni d'acord amb criteris predeterminats i que mantingui la convenient flexibilitat per a adaptar-se a les novetats del mercat.- d) Cal possibilitar que tothom participi en la societat de la informació (servei universal en les telecomunicacions i missió de servei públic en la radiodifusió).- e) Cal que hi hagi autoritats reguladores efectives i independents.

³⁴ En aquest sentit, la Comissió ha destacat que: "[l]a reglamentación actual se basa, en parte, en que la televisión goza de una enorme difusión. Es evidente que la reglamentación debe ser proporcional y que, en una época digital, debe evolucionar, y de hecho ya está haciéndolo. Esto significa que la reglamentación podría ser más o menos ligera

La majoria d'Estats, autoritats, operadors i altres interessats que han participat a la consulta pública, s'inclina per la primera opció, és a dir, per mantenir l'estructura dels esquemes reguladors actuals.³⁵ En particular, aquesta ha estat l'opinió majoritària de les entitats de radiodifusió. S'ha entès que aquesta via serà la més adequada per garantir la seguretat de les inversions i que presenta l'avantatge de permetre que la regulació diferenciada de cada sector inclogui també separatament la protecció de l'interès públic atenent a les peculiaritats de cadascun. Al darrere d'aquesta preferència s'observa també, almenys en alguns dels participants en el debat, l'objectiu d'evitar que determinats àmbits fins ara no regulats passin a estar subjectes a reglamentació.

També s'ha suggerit una combinació entre la primera i la tercera opció, que consistiria, d'una banda, a reglamentar les xarxes, mitjançant un únic conjunt de normes que siguin neutres en relació a la tecnologia, i, de l'altra, a regular els continguts d'acord amb els marcs normatius actuals, marcs que distingeixen els diferents serveis en funció de les característiques pròpies de cadascun. Això suposaria, per tant, adoptar la primera opció pel que fa al subministrament de continguts i la tercera opció en allò que fa referència a les xarxes i a les infraestructures.

La segona opció, que consisteix a elaborar un model reglamentari independent per a les noves activitats, és la que ha rebut menys suport general. Les opinions favorables a aquest esquema les han sostingudes algunes entitats de radiodifusió i, sobre tot, diferents veus procedents d'Alemanya, on el nou marc legal (en vigor des del 1997) s'ha configurat bàsicament d'acord amb aquesta política.

La tercera opció, la més ambiciosa, ha rebut un suport molt important per part dels sectors de les telecomunicacions i de les tecnologies de la informació, que consideren oportú construir un conjunt coherent de normes en què es puguin basar tots els aspectes de la regulació d'aquests sectors. D'aquesta manera, la revisió de la disciplina no es limitaria a estendre l'àmbit

en función de la naturaleza del servicio (p. e., las transmisiones en pago por visión por satélite o por cable suelen estar sometidas a una reglamentación más ligera que la televisión terrestre tradicional, que puede considerarse el medio de comunicación de mayor difusión)". (*Libro Verde sobre la convergencia*, cit. a la nota 1; Anexo: La reglamentación actual).

³⁵ Recollim a continuació les idees principals reflectides al Documento de trabajo de la Comisión (citat a la nota 2), i en particular la síntesi de respostes a la qüestió 9.B. del *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1) que es va formular en els següents termes:

"Si la convergencia exige la adaptación de los enfoques actuales en materia de reglamentación, esta adaptación i) ¿debe apoyarse en los marcos actuales y si procede ampliarlos, más que propiciar la creación de otros nuevos?; ii) ¿debe crear un nuevo marco para los numerosos servicios en línea interactivos que coexista con los aplicados actualmente a las actividades tradicionales de telecomunicaciones y radiodifusión?; iii) ¿debe crear un marco global que permita aplicar enfoques reglamentarios similares en los tres sectores?"

d'aplicació de les normes ja existents sinó que es faria necessari replantejar els punts de vista tradicionals per veure si resultarien vàlids a llarg termini i si es podrien aplicar als serveis en línia.

Malgrat això, s'ha dit que aquest replantejament podria conduir a la desestabilització dels marcs normatius vigents i, per això, la major part de les observacions fetes en el debat consideren que una revisió d'aquest abast és innecessària. La majoria considera que els marcs legals vigents, malgrat els reptes que suposen els nous serveis, i en particular els reptes que planteja Internet, funcionen raonablement bé. Alguns fins i tot entenen que una revisió d'aquestes característiques seria contrària al principi de subsidiarietat. En tot cas, fins i tot aquells que defensen la tercera opció consideren que és un objectiu que requerirà una aplicació gradual i no sobtada, referida, en tot cas, al moment en què s'hagi consumat definitivament la transició a la radiodifusió digital.

Així doncs, per donar resposta a la qüestió de si, en la construcció del règim jurídic, s'ha de partir de la naturalesa del servei més que no pas de la infraestructura que li serveix de suport, cal dir en primer lloc que sembla força general el consens al voltant de la implementació d'una política jurídica neutra des del punt de vista tecnològic. Això implica que els mitjans tècnics que s'utilitzen per a la producció i/o lliurament d'un servei determinat no s'han de considerar determinants per fixar el règim jurídic d'aquest, almenys pel que fa a la disciplina en matèria de continguts. Ara bé, cal distingir entre les noves formes de prestar serveis ja coneguts i l'aparició de serveis nous, la naturalesa dels quals és hipotèticament diferent de la dels serveis tradicionals. D'aquí podria derivar l'aplicació d'un règim jurídic diferenciat. Però, certament, aquests nous serveis estan molt vinculats a les possibilitats que cada tipus de tecnologia ofereix, i la tecnologia pot condicionar d'alguna manera la viabilitat d'alguns elements de la normativa que es vulgui aplicar al servei en qüestió. En aquest sentit, la naturalesa del servei no sempre es pot considerar d'una forma completament independent de les característiques de la tecnologia que el suporta. Dit això, sembla oportú insistir, però, en la conveniència que la utilització d'una tecnologia diferent per donar un servei final de naturalesa idèntica o anàloga no sigui un obstacle per sotmetre ambdós serveis a una mateixa reglamentació.

d La reglamentació d'Internet

El principi de neutralitat tecnològica de la regulació, és a dir, el fet que els serveis es regulin amb independència de quina sigui la tecnologia amb la qual es presta el servei, permet els operadors de triar entre les diferents possibilitats tècniques a l'hora d'oferir el servei i facilita, d'altra banda, que la normativa pugui sobreviure en un àmbit en què la innovació tecnològica és constant, en no quedar vinculada a una determinada expressió tècnica. Però, al mateix temps,

l'aparició de noves plataformes que fan possible la prestació de serveis similars als tradicionals planteja nous problemes de política jurídica.

La qüestió que potser es planteja més intensament al legislador és què cal fer quan un servei de comunicació, de característiques similars a un altre que tradicionalment ha estat molt reglamentat, emergeix en una nova plataforma. Perquè si el nou servei se subjecta a la mateixa normativa, en ser considerat com un servei anàleg al reglamentat, potser s'estaran posant traves a les possibilitats de desenvolupament del nou servei i, si no se'l subjecta a la mateixa disciplina, pot resultar que els nous serveis juguin amb avantatge respecte dels serveis tradicionals, que han d'ajustar-se forçosament a una reglamentació minuciosa.³⁶

Aquesta mena de qüestions es planteja de manera molt acusada en el cas d'Internet, particularment en relació al *webcasting*, és a dir, a la difusió sobre la xarxa. S'ha dit que en aquest punt el legislador té dues grans possibilitats: o bé establir dos règims diferents segons que l'emissió audiovisual es faci via Internet o a través dels mitjans de difusió convencionals; o bé construir un únic règim jurídic que s'aplicaria amb independència de quin sigui el mitjà de difusió que s'empri. I, en aquest últim cas, trobem dos enfocaments diversos. En primer lloc, el d'aquells que consideren que hauria de ser un règim de llibertat sense fronteres, on no seria possible mantenir les polítiques de protecció de les expressions culturals nacionals o regionals en matèria audiovisual, de la mateixa manera que esdevindria difícil de continuar garantint els principis de continguts referents al pluralisme o a la protecció de la infància per al conjunt dels suports audiovisuals. En segon lloc, trobem l'opinió dels qui consideren que el règim que s'hauria d'aplicar a Internet hauria de ser un règim anàleg a l'aplicat als altres suports. En aquest cas, s'hauria d'avaluar exactament quines adaptacions caldria fer en el règim jurídic, quins principis caldria mantenir i de quins mitjans haurien de disposar les instàncies reguladores per complir plenament el seu paper.³⁷

Internet presenta complexitats evidents per a qualsevol legislador que pretengui establir alguna mena de reglamentació o control sobre els serveis que s'ofereixen a través d'aquesta xarxa. No es tracta només del fet que el proveïdor de continguts pot trobar-se físicament fora del territori de l'estat que vol reglamentar l'oferta dels serveis. Hi ha també el problema de l'enorme dificultat d'estendre mimèticament l'esquema tradicional de control, quan resulta que els proveïdors de serveis, que en cas dels mitjans de comunicació tradicionals eren pocs i coneguts, passen a ser una immensa multitud, fins i tot els establerts dins el territori estatal.

³⁶ Cf. *Webcasting and Convergence*, (cit. a la nota 12), p. 8.

³⁷

Cf. "*La régulation des services audiovisuels sur Internet: enjeux et problématique*", citat a la nota 15.

A l'hora d'analitzar si, en el cas del *webcasting*, resulten igualment justificats els motius de política jurídica que han dut a establir un determinat sistema normatiu per a la radiodifusió tradicional, els analistes han posat de relleu tot un seguit de diferències.³⁸

Pel que fa al problema de l'escassetat del l'espectre radioelèctric (que ha justificat un important grau de reglamentació i ha exigít una coordinació tècnica per a l'atribució dels diferents espais en la radiodifusió tradicional per ones hertzianes), en el cas del *webcasting*, la situació canvia radicalment, perquè, en comptes d'aquest medi físic de difusió, sol utilitzar les xarxes de fil (inicialment les xarxes públiques commutades de telecomunicacions, però també, i cada cop més, les xarxes de cable), de tal manera que no s'incideix significativament en el problema de l'escassetat de l'espectre radioelèctric.

Des del punt de vista de la protecció del pluralisme en les fonts d'informació, extrem que sovint ha estat present en la reglamentació dels mitjans de comunicació, el *webcasting* apareix precisament com a element dinamitzador d'aquest pluralisme.

Un altre element que tradicionalment ha format part de la regulació dels sistemes de radiodifusió convencional ha estat el d'imposar als operadors un seguit de requeriments pel que fa a l'extensió de la seva infraestructura i xarxa, a fi de garantir una determinada cobertura territorial i d'assegurar un cert grau de qualitat en la recepció. En el cas del *webcasting*, la qüestió es planteja de forma molt diferent, perquè en la mesura que no es tracta d'una xarxa, sinó d'un servei que utilitza les xarxes existents, no té sentit parlar d'extensió de cobertura territorial. De fet, per norma general, la cobertura geogràfica és tan extensa com ho és la de les xarxes públiques commutades de telecomunicacions, és a dir, gairebé universal. Un altre tema és la qüestió de la qualitat de recepció, però, de fet, això –deixant de banda el fet que el *webcasting* es troba encara en uns nivells inicials de desenvolupament tècnic– no depèn tant de qui presta el servei de *webcasting* (*webcaster*), com del proveïdor de la infraestructura de xarxa. És per això que no es considera adequat sotmetre el *webcasting* a la normativa vigent sobre requeriments de servei universal en termes d'extensió de la cobertura geogràfica i de garantia de qualitat de recepció.

D'altra banda, una de les preocupacions comunes dels legisladors ha estat assegurar una suficient diversitat i qualitat de continguts. A partir d'aquesta premissa, s'ha justificat el finançament de la radiodifusió pública, tot considerant que els mitjans purament comercials no podrien satisfer adequadament aquest objectiu de qualitat i varietat. De vegades, fins i tot havent-hi prou espectre disponible, s'ha decidit no atribuir noves llicències perquè s'ha entès

Continguts audiovisuals

que el volum global d'ingressos procedents de la publicitat, repartit entre un major nombre d'operadors, esdevindria insuficient i dificultaria la producció de programes de qualitat. Aquesta mena de consideracions, però, no sembla gaire rellevant en el cas del *webcasting*, sobre tot si tenim en compte les grans possibilitats que ofereix Internet per produir continguts dirigits a petits grups de destinataris amb interessos comuns. Habitualment, les qüestions de política nacional, cultural i lingüística també han estat força importants en la regulació tradicional de la radiodifusió. Una política dirigida, per exemple, a exigir unes proporcions determinades de continguts en una llengua concreta, que pot ser fàcil d'aplicar en el cas de la radiodifusió, resulta molt difícil de practicar en el cas del *webcasting*, que teòricament també pot ser una gran font de riquesa des del punt de vista de la varietat i pluralitat cultural dels continguts.

Pel que fa a les qüestions de privacitat,³⁹ protecció dels consumidors i ajustament als estàndards socials, és prou evident que el *webcasting* posseeix un enorme potencial per oferir continguts nocius i il·legals, i que la dificultat de prohibir-los i d'assegurar el compliment d'aquesta prohibició també és molt gran. Però l'establiment d'un sistema de control de la transmissió de continguts legals (no prohibits) probablement encara és més complex que el fet d'impedir i sancionar l'emissió de continguts il·legals. En el marc de tota la xarxa global d'Internet, és difícil de concebre el sistema de franges horàries per a l'emissió de materials perjudicials per als menors que habitualment s'ha establert en els mitjans tradicionals de radiodifusió. És per això que, de vegades, els tipus de solucions que es proposen passen per aplicar sistemes i tecnologies de filtració i classificació de continguts, que haurien de permetre als pares i educadors una major possibilitat de triar el tipus de materials a què podran accedir els menors que es trobin sota la seva responsabilitat. Ara bé, encara continua oberta la discussió sobre si els avantatges de les solucions d'autoregulació són suficients per assegurar que s'acompleixin els objectius d'interès públic pel que fa a la garantia d'una adequada protecció als infants i als adolescents.

* * *

³⁹ S'han destacat sovint els perills del *webcasting* des de la perspectiva de la protecció de la intimitat, atès que resulta tècnicament senzill captar, mitjançant una camera connectada a un ordinador, imatges pròpies de la vida privada de tercers i emetre-les obertament per Internet.

4 La distinció entre telecomunicacions i audiovisual

a Perspectiva general

El nostre ordenament pressuposa que és possible distingir entre telecomunicacions i audiovisual, fins al punt de construir sobre aquesta separació el sistema de distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats autònomes. L'article 149.1.21^a de la Constitució atribueix a l'Estat la competència exclusiva per regular les telecomunicacions, mentre que l'article 149.1.27^a li atorga competència exclusiva pel que fa a “[n]ormas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas”.

Si l'Estat pot regular les telecomunicacions emparant-se en un títol d'atribució exclusiva de competències però només pot dictar normes bàsiques en el camp dels mitjans de comunicació (i, pel que fa al cas, de comunicació audiovisual), i pot correspondre a les Comunitats Autònomes⁴⁰ la competència per al seu desenvolupament i execució, és necessari trobar alguna manera de delimitar on acaba el camp de les telecomunicacions i on comença el camp de l'audiovisual.

La pròpia Llei General de Telecomunicacions fa palès aquest difícil equilibri quan estableix en el seu article primer que “(...) se excluye del ámbito de esta Ley el régimen básico de radio y televisión que se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia, dictadas al amparo el artículo 149.1.27^a de la Constitución. No obstante, las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, estarán sujetas a lo establecido en esta Ley (...)”. I, sobre tot, quan exclou els serveis de difusió de ràdio i de

⁴⁰ L'art.16 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya disposa:

“1.- En el marc de les normes bàsiques de l'Estat, pertoca a la Generalitat el desenvolupament legislatiu i l'execució del règim de radiodifusió i televisió en els termes i casos establerts en la llei que reguli l'Estatut Jurídic de la Ràdio i la Televisió.

2.- Li pertoca igualment, en el marc de les normes bàsiques de l'Estat, el desenvolupament legislatiu i l'execució del règim de premsa i, en general, de tots els mitjans de comunicació social.

3.- En els termes establerts als apartats anteriors d'aquest article, la Generalitat podrà regular, crear i mantenir la seva pròpia televisió, ràdio i premsa i, en general, tots els mitjans de comunicació social per a l'acompliment dels seus fins”.

televisió del concepte de serveis de telecomunicacions, que formula a l'annex de definicions, on defineix "telecomunicacions" i "serveis de telecomunicacions" en els termes següents:

"Telecomunicaciones: toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos".

"Servicios de telecomunicaciones: servicios cuya prestación consiste, en su totalidad o en parte, en la transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones, con excepción de la radiodifusión y la televisión".

D'aquesta manera, el que en la realitat dels mercats ja és una unitat com a conseqüència del procés de convergència tecnològica (ja no són necessàries xarxes específiques per a cada tipus de senyal, perquè la digitalització permet transmetre de forma indistinta els diferents continguts d'informació), des del punt de vista de l'ordenament jurídic, continua considerant-se separatament. Així, mentre la transmissió de dades i de veu es consideren serveis de telecomunicació, no s'entenen com a tal els serveis de difusió de ràdio i televisió.

Està clar, d'altra banda, que hi ha una diferència entre aquells sistemes de comunicació de continguts audiovisuals que no fan servir una xarxa de telecomunicacions per fer arribar la informació al receptor (lloguer o venda de cintes de vídeo, cinema exhibit en sales cinematogràfiques, etc.) i aquells que fan arribar la informació a través d'una xarxa de telecomunicacions, és a dir, mitjançant un sistema de propagació que pot ser òptic o electromagnètic, i que transcorre per un determinat mitjà físic que pot ser fil, cable o espectre radioelèctric. Òbviament, el problema de la distinció material entre audiovisual i telecomunicació només es planteja en aquest últim grup de supòsits, és a dir, quan estem parlant de continguts audiovisuals que es fan arribar als usuaris a través d'una xarxa o sistema de telecomunicació. Des del punt de vista dels serveis, en el marc de la LGT, el sector audiovisual abasta els serveis de generació, producció i emissió d'informació (de ràdio i/o televisió) que fan servir una xarxa de telecomunicacions per fer arribar aquesta informació als consumidors, mentre que el sector de les telecomunicacions comprèn el transport de senyals des dels centres d'emissió fins a l'aparell receptor de l'usuari.⁴¹

Ara bé, quan parlem dels nous tipus de serveis sorgits de l'entorn de la convergència tecnològica, el problema d'incloure'ls en la noció de serveis audiovisuals o en la de serveis de telecomunicacions no resulta senzill. A continuació n'analitzarem alguns exemples.

⁴¹ Cf. CASTEJON MARTÍN, L., "Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones", dins ARPÓN DE MENDÍVIL, A; CARRASCO PERERA, A. [Directores]: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 52 i s.

b Consideració d'alguns serveis en particular

A partir del que s'ha exposat fins ara, interessa esbrinar en particular: 1) si a la vista de la legislació vigent⁴² *serveis com el vídeo a la carta, el vídeo sobre demanda, etc.*, es poden considerar serveis de televisió; 2) si altres teleserveis que es presten per cable són televisió o telecomunicació; i 3) si els serveis de ràdio i de televisió que es presten a través d'Internet són serveis audiovisuals subjectes a aquesta reglamentació (és a dir, a la reglamentació aplicable als serveis de televisió).

A partir del que considera la LGT, els serveis que siguin exclusivament de veu o de dades s'han de considerar com a serveis de telecomunicacions. Els que queden fora d'aquest camp són els de "radiodifusió i televisió". Per tant, el que cal esbrinar per saber si un determinat servei queda exclòs del caràcter de "servei de telecomunicacions" és –pel que fa al cas– si es pot incloure o no en el que el nostre ordenament considera "televisió", qüestió que remet a l'exposició que hem fet més amunt en repassar les definicions legals que tracten de fixar aquest concepte.⁴³

En aquest sentit, una primera aproximació ens indica que els serveis que responen a la idea de comunicació pública entrarien en el concepte de televisió, mentre que en quedarien fora els que responen a la idea de comunicació privada. Des d'aquest punt de vista, resulta il·lustratiu veure com la Llei francesa de llibertat de comunicació⁴⁴ construeix la frontera entre telecomunicació i comunicació audiovisual de forma explícita a partir del binomi correspondència privada/comunicació pública. D'aquesta manera, entén per comunicació audiovisual "tota aquella que, per un procediment de telecomunicació, posa a disposició del públic o de categories de públic, signes, senyals, escrits, imatges, sons o missatges de tota mena que no tinguin caràcter de correspondència privada".⁴⁵

⁴² En el moment de fer la sol·licitud d'aquest informe se'ns plantejava aquesta qüestió també en vistes de la legislació "en fase de projecte". En aquell moment es trobava en fase de projecte la llei de transposició de la directiva 97/36/CE (que modifica la directiva de "televisió sense fronteres"). Aquesta llei s'ha aprovat finalment el dia 7 de juny (Llei 22/1999, de modificació de la llei 25/1994; citada a la nota 21).

⁴³ Vegeu l'apartat 3, punt b.2) d'aquest informe.

⁴⁴ Loi n 86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication.

⁴⁵ L'article segon de l'esmentada llei 86-1067 disposa literalment el següent: "On entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques.-- On entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée".

El que no resulta evident, però, és que els serveis anomenats de vídeo a la carta i de vídeo segons demanda s'hagin d'excloure del que el nostre ordenament considera televisió, malgrat que resten exclosos de la tipificació que elabora la directiva de televisió sense fronteres. La menció a la nostra LTSF en el sentit que "*no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones, prestados previa petición individual [primera condició], cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares [segona condició]*" no ens sembla definitiva per determinar l'exclusió d'aquests serveis audiovisuals del camp de la televisió. I, pel que fa a d'altres teleserveis que es presten per cable, ja hem indicat que la mera transmissió de dades i de veu s'haurà d'incloure en el concepte de serveis de telecomunicació.

Està clar que la televisió codificada forma part de la definició de "televisió" de la LTSF i no hi ha dubte, per tant, que queda subjecta al règim de control de continguts que s'estableix en aquesta llei i, en conseqüència, també a les restriccions que s'imposen a la legislació del cable quan els continguts codificats es transmeten per aquesta via.

Quant a la qualificació dels serveis de ràdio i televisió que es presten a través d'Internet (*webcasting*), atès que constitueixen una nova forma de difusió, l'aplicació de l'esquema de comunicació pública / comunicació privada portaria a considerar-los com a serveis audiovisuals i, per tant, no com a simples serveis de telecomunicació.⁴⁶

Tanmateix, ja hem destacat més amunt la dificultat d'establir una frontera estricta entre la comunicació pública i la privada. En aquest sentit, l'experiència alemanya de la *Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz - IuKDG)*, que respon fonamentalment a un intent de respectar la distribució de competències entre la Federació i els *Länder*, ha hagut de distingir entre les categories de "serveis de mitjans de comunicació" i de "teleserveis": els primers entesos com a serveis de comunicació pública o de masses i els segons, com a serveis de comunicació individual. Però, malgrat l'esforç de definició, la realitat de la convergència en ocasions fa difícil assenyalar amb precisió si un determinat servei s'inclou nítidament en una d'aquestes dues nocions.

5 Les *must-carry rules* imposades als operadors de telecomunicacions per cable

⁴⁶ En aquest sentit, des de la perspectiva de l'ordenament francès, l'informe del CSA a què ja hem fet referència (vegeu nota 15) destaca que la definició francesa de comunicació audiovisual comporta que la major part dels serveis que ofereix Internet es poden qualificar potencialment de "serveis audiovisuals".

La LGT deroga la Llei estatal del Cable però continua mantenint en vigor tot el que fa referència a la difusió de televisió i, en particular, declara la vigència de determinats articles, entre els quals figura l'article 11.1, e), f) g), que transcrivim:

“Artículo 11:

1.- El operador de cable tendrá las siguientes obligaciones:
(...)

e) Distribuir a todos los abonados conectados a la red, el conjunto de servicios de difusión de televisión por ondas regulados en las Leyes 4/1980, de 10 de enero, y 10/1988, de 3 de mayo.

f) Distribuir a todos los abonados conectados a la red los servicios de difusión de televisión gestionados por la Comunidad o Comunidades Autónomas a las que pertenezca la demarcación territorial.

g) Distribuir a todos los abonados de cada Municipio conectados a la red los servicios de difusión de televisión local correspondientes al mismo, si sus titulares lo solicitan. Este mandato no le supondrá al operador de cable la obligación de suministrar la programación de este servicio, si sus gestores lo solicitan”.

Per la seva banda, la Llei catalana de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable disposa que, sense perjudici de les obligacions establertes en l'article 11 de la Llei estatal, l'operador de cable està obligat a:

“a) Distribuir a tots els abonats connectats a la xarxa els serveis de difusió següents:

Primer. Els serveis de radiodifusió de gestió directa.

Segon. Els serveis de radiodifusió de titularitat municipal que pertanyin a la mateixa demarcació, si llurs titulars ho sol·liciten.

Tercer. Tots els serveis de radiodifusió i televisió que la Generalitat qualifiqui d'interès públic”.⁴⁷

La Llei catalana de programació audiovisual distribuïda per cable també disposa que: “[l]es entitats que presten el servei públic de radiodifusió televisiva per cable estan obligades a difondre, gratuïtament i amb indicació de llur origen, els comunicats o les declaracions que en qualsevol moment, i per raons d'interès públic, el Govern estimi convenients” (art. 8 de la Llei 8/1996).

Les tres lletres de l'apartat primer de l'article onze de la Llei estatal que acabem de citar i el precepte de la Llei catalana que acabem de transcriure obliguen els operadors de

⁴⁷ Art. 4.1.a de la Llei del Parlament de Catalunya 8/1996.

telecomunicacions per cable a distribuir una sèrie de serveis de difusió de televisió hertziana, obligacions que recorden les *must-carry rules* establertes per l'ordenament nord-americà.⁴⁸

Les obligacions imposades als operadors de cable de difondre el senyal de les emissores de televisió convencional⁴⁹ van ser declarades inconstitucionals pel Tribunal Suprem dels Estats Units l'any 1985. El Tribunal les va considerar contràries a la llibertat que correspon als operadors de cable per decidir quins continguts volen transmetre, i va declarar insuficients els motius adduïts per a la imposició d'aquelles *must-carry provisions*. No obstant, la Llei nord-americana del cable de 1992 va tornar a establir el deure dels operadors de cable de transmetre els senyals hertzians de la televisió local, sense cap control editorial pel que fa als continguts. Finalment, el Tribunal Suprem ha considerat que aquestes obligacions, malgrat que podrien limitar el dret a la llibertat d'expressió, responen a un interès públic i estan recolzades per una motivació suficient. El Tribunal ha destacat que aquestes normes són compatibles amb la llibertat d'expressió i, per tant, constitucionals, atès que no s'imposen en virtut del contingut de la programació per afavorir una determinada ideologia, no pretenen afavorir o perjudicar una determinada emissora en funció dels seus continguts, ni tampoc obliguen els operadors de cable a alterar el contingut dels seus missatges com a conseqüència d'aquestes obligacions.⁵⁰

No sembla, però, que les motivacions que han dut a l'ordenament nord-americà a establir aquestes obligacions de transport es puguin incorporar al nostre sistema. És conegut que als EUA l'extensió del cable és enorme (es calcula que el 96 % de les llars americanes poden tenir accés al cable i que un 60 % hi estan abonades); que els operadors de cable tendeixen a constituir-se en monopolis de fet; que normalment les llars abonades al cable no estan en condicions de rebre la televisió hertziana si no és a través del cable; i, per tant, que si no s'obligués els operadors de cable a portar els senyals locals de televisió hertziana es privaria un percentatge molt important de llars de la seva recepció, que es considera d'interès general.⁵¹

⁴⁸ Les *must-carry rules* dels operadors de cable es troben actualment a les seccions 614 i 615 de la *Communications Act* de 1934.

⁴⁹ Cal tenir present que, als Estats Units, la televisió per cable va començar a finals dels anys quaranta no pas com un substitutiu de la televisió tradicional hertziana sinó com a recolzament d'aquesta, amb l'objectiu de permetre que les seves emissions poguessin arribar amb claredat a les regions més muntanyoses de la geografia nord-americana. Avui l'activitat de les televisions per cable va molt més enllà i, de fet, constitueix una competència directa de la televisió tradicional (*broadcast stations*). Cf. *Turner Broadcasting System, Inc., v. Federal Communications Commission*; 114 S. Ct. 2445 (1994).

⁵⁰ Cf. CALVO CHARRO, M., *La televisión por cable*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 174.

⁵¹ Cf. CALVO CHARRO, *op. cit.*, p. 172.

Continguts audiovisuals

Universitat Oberta de Catalunya

En el nostre ordenament, el problema rau en saber si existeix o no una justificació suficient per imposar les obligacions indicades als operadors de cable. Al nostre entendre, en la mesura que la justificació no es presenta de manera prou clara, resulta raonable dubtar de la seva constitucionalitat, en tant que aquestes obligacions incideixen en la llibertat editorial de l'operador que resulta de l'article 20 de la Constitució.

* * *

6 La preocupació comunitària pels continguts audiovisuals: control governatiu i directrius per a l'autoregulació

En el nou entorn de convergència és necessari abordar tot un seguit de problemes, entre els que figuren els referents a la intimitat, a la responsabilitat pels continguts i a la protecció dels menors.⁵² En el marc del replantejament de les opcions de política jurídica en aquest àmbit es planteja la qüestió de *la manera com* s'ha d'articular el control sobre els serveis i activitats que compreguin el lliurament de continguts audiovisuals, subministrats de manera diferent a la tradicional. Concretament, en vista de les repercussions que té la tecnologia sobre determinats serveis, i en aplicació del principi de proporcionalitat, es planteja la conveniència de tornar a pensar o avaluar *els mitjans* que s'empren per a l'assoliment dels objectius en matèria de control de continguts en els diferents supòsits.

En aquest sentit, el ja esmentat Llibre Verd sobre la convergència,⁵³ exposa la idea que no és necessari aplicar una única norma als mateixos continguts *amb independència del canal que s'utilitzi per a la seva distribució*, sinó que se'ls podria aplicar normes diferents. I, en particular, posa l'exemple dels serveis de publicitat en la televisió de pagament o a Internet, tot destacant que: *"es probable que los controles aplicados a la publicidad en la radiodifusión tradicional resulten inadecuados para un programa de televisión de pago o un servicio de Internet, dadas las características particulares de estos servicios"*.⁵⁴ Així mateix, remarca que, *atesa la naturalesa transaccional* d'alguns serveis convergents, el respecte al principi de proporcionalitat exigirà introduir reajustaments en els mitjans utilitzats per assolir els objectius de protecció dels menors i d'ordre públic.⁵⁵ La Comissió considera que la convergència fa qüestionar els plantejaments reguladors tradicionals –com ho il·lustra, per exemple, la dificultat d'obligar al compliment de les mesures de protecció referents als continguts il·lícits i nocius a Internet– per bé que no invalida el principi que les normes miren de protegir. S'apunten aleshores solucions basades més en l'autoregulació per part de la indústria que no

⁵² *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1), apartat IV.2.7.

⁵³ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1).

⁵⁴ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1), apartat IV.3.

⁵⁵ *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1), apartat IV.3.

Continguts audiovisuals pas en la reglamentació formal i reforçades per solucions tecnològiques que facin que els pares prenguin una major responsabilitat.⁵⁶

La Comissió Europea ha mostrat un especial interès en l'establiment d'una política de protecció dels menors i de la dignitat humana en l'entorn generat pel fenomen de la innovació tecnològica i de la convergència. Dos documents elaborats per la Comissió han servit per endegar el debat al voltant d'aquestes matèries: d'una banda, el *Llibre Verd sobre la protecció dels menors i de la dignitat humana en els serveis audiovisuals i d'informació*,⁵⁷ i, de l'altra, la *Comunicació sobre continguts il·licits i nocius a Internet*.⁵⁸

Ambdós documents es van adoptar simultàniament el 10 d'octubre de 1996 i, segons va manifestar la pròpia Comissió, estan concebuts de forma complementària, tant pel que fa als objectius com a la perspectiva temporal. La *Comunicació* examina el problema dels continguts il·licits i nocius en l'àmbit concret de la xarxa d'Internet i enfoca l'anàlisi des de la perspectiva de les mesures que cal adoptar a curt termini, mentre que el *Llibre Verd* pretén estimular el debat general i a llarg termini sobre la protecció dels menors, en particular, i de la dignitat humana en tot el camp dels serveis d'informació i audiovisuals.

Els treballs endegats amb la *Comunicació sobre continguts il·licits i nocius a Internet* i amb el *Llibre Verd sobre Protecció dels menors i de la dignitat humana en els serveis audiovisuals i d'informació* han desembocat en una Recomanació del Consell, de 24 de setembre de 1998,⁵⁹ en la qual es proposen una sèrie de directrius⁶⁰ per establir i aplicar un marc d'autoregulació en els diferents Estats membres.

⁵⁶ Cf. *Libro Verde sobre la convergencia* (cit. a la nota 1), apartat IV.3. És en aquesta direcció que s'apunten solucions a la Recomanació del Consell sobre la protecció dels menors i de la dignitat humana, a la qual farem referència més endavant.

⁵⁷ *Green Paper on the Protection of Minors and Human Dignity in Audiovisual and Information Services*. COM(96) 483 final, 16.10.1996.

⁵⁸ *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. COM(96)487 final, 16.10.1996.

⁵⁹ *Recomendación del Consejo 98/560/CE de 24 de septiembre de 1998 relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana*. Diari Oficial núm. L 270, 07/10/1998 p. 0048-0055.

⁶⁰ S'inclouen a l'annex de la Recomanació (citada a la nota anterior): "Directrices indicativas para la aplicación, a escala nacional, de un marco de autorregulación para la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea."

Continguts audiovisuals

El propòsit d'aquestes directrius és garantir una coherència general en l'elaboració, per part dels operadors i d'altres parts interessades, de marcs estatals d'autoregulació per a la protecció dels menors i de la dignitat humana. El seu àmbit material es limita als serveis proporcionats a distància, per mitjans electrònics, excloent, expressament, "*los servicios de difusión televisiva cubiertos por la Directiva 89/552/CEE del Consejo*" i també "*los servicios de difusión por radio*". A més es guia pel criteri de distinció entre comunicació pública i privada, tot limitant el seu àmbit a la primera i manifestant explícitament que "*[I]os contenidos de que se trata son los que se ofrecen al público, no los de correspondencia privada*"

A diferència del que succeeix amb les recomanacions que impulsen l'autoregulació, entesa com a procés voluntari i destinat principalment a completar la reglamentació vigent,⁶¹ la Unió europea ha produït també un instrument amb eficàcia normativa que, entre d'altres qüestions, estableix –per al seu àmbit material d'aplicació– una disciplina administrativa de control dels continguts audiovisuals. Ens referim a la Directiva 89/552/CEE (modificada per la Directiva 97/36/CE) anomenada de "televisió sense fronteres",⁶² que va establir el marc legal de la radiodifusió televisiva en el mercat interior. Tant la Directiva del 1989 com la seva posterior modificació, han estat traspassades al dret espanyol a través de les lleis estatals 25/1994 i 22/1999, a les quals dedicarem una atenció específica més endavant.

La Directiva 89/552 es va proposar adoptar una sèrie de mesures per garantir la transició dels mercats nacionals cap a un mercat comú de producció i de distribució de programes, i per crear les condicions de competència lleial, sense perjudici de la funció d'interès públic que correspon als serveis de radiodifusió televisiva.

Un dels objectius principals de la directiva va ser eliminar els obstacles que les disposicions legals dels diferents Estats membres podien suposar per a la lliure circulació de les emissions en la Comunitat Europea en referència a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva i de distribució per cable, i evitar que aquestes diferents normatives falsegessin el joc de la competència en el si del mercat comú.

Per tal de fer realitat aquests propòsits, era del tot necessària una coordinació de les legislacions aplicables. De fet, la directiva parteix del principi que n'hi ha d'haver prou amb què les

⁶¹ Cf. L'annex de la Recomanació 98/560/CE, citat a la nota 59.

⁶² Directiva 89/552/CEE del Consell, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinació de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Diari Oficial nº L 298 de 17/10/1989 P. 0023-0030). Modificada per la Directiva 97/36/CE del Parlament Europeu i del Consell de 30 de juny de 1997 (Diari Oficial nº L 202 de 30/07/1997 P. 0060-0071).

emissions siguin conformes a la legislació de l'Estat membre d'on procedeixin, per la qual cosa és obvi que les diferents legislacions han d'estar harmonitzades.

La directiva manifesta expressament en els seus "*considerandos*" que es limita "*a una regulación que tiende específicamente a la radiodifusión televisiva*" (que, pel que sembla, s'ha d'entendre com una delimitació del seu àmbit material d'aplicació, de manera que les seves disposicions no afecten a allò que quedi fora del concepte de radiodifusió televisiva tal com la pròpia directiva el defineix),⁶³ amb el benentès que tampoc no afecta a les emissions de radiodifusió televisiva destinades exclusivament a ser captades en països diferents dels Estats membres i que no es rebin directament o indirectament en un o diversos Estats membres.⁶⁴

Gairebé set anys després de la seva publicació, la Directiva 89/552 ha estat modificada per la directiva 97/36/CE, de 30 de juny de 1997. Entre les raons per a la modificació hi ha el fet de l'aparició del Llibre Verd de la Comissió sobre la protecció dels menors i de la dignitat humana en els serveis audiovisuals i de la informació.⁶⁵

El règim de protecció dels menors, tal com queda establert a la directiva modificada és el que es disposa als articles 22, 22 *bis* i 22 *ter*, sota la rúbrica de "*Protección de los menores y orden público*", que transcrivim:

«Artículo 22:

Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no incluyan ningún programa que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita.

Las medidas a que se refiere el apartado 1 se extenderán asimismo a otros programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que, normalmente, los menores que se encuentren en su zona de difusión no verán ni escucharán dichas emisiones.

Además, cuando tales programas se emitan sin codificar, los Estados miembros velarán por que vayan precedidos de una señal de advertencia acústica o estén identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración.»

«Artículo 22 *bis*:

Los Estados miembros velarán por que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.»

«Artículo 22 *ter*:

⁶³ La definició transcrita es pot veure més amunt, a la nota 31.

⁶⁴ Cf. art. 2.3 de la Directiva 89/552/CEE, (citada a la nota 62), art. 2.6 després de la modificació de 1997.

⁶⁵ Llibre Verd citat a la nota 57. Cf. el *considerando* núm. 6 de la Directiva 97/36/CE, citada a la nota 62.

La Comisión prestará especial atención a la aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el informe previsto en el artículo 26.

La Comisión, en el plazo de un año a partir de la fecha de publicación de la presente Directiva, en contacto con las autoridades competentes del Estado miembro, llevará a cabo una investigación de las posibles ventajas e inconvenientes de otras medidas destinadas a facilitar el control ejercido por los padres o tutores sobre los programas que pueden ver los menores. Este estudio abarcará, entre otras cosas:

- la necesidad de que los aparatos de televisión nuevos estén equipados con un dispositivo técnico que permita a los padres o tutores filtrar determinados programas,
- el establecimiento de sistemas adecuados de clasificación,
- el fomento de políticas de televisión familiar y de otras medidas educativas y de sensibilización,
- la toma en consideración de la experiencia adquirida en este ámbito dentro y fuera de Europa, así como las opiniones de las partes interesadas tales como los productores, educadores, especialistas en medios de comunicación y asociaciones pertinentes.».

A més d'aquestes previsions, la directiva disposa també tot un seguit de requeriments i limitacions al contingut de la publicitat. Així, entre d'altres extrems, s'estableix que la publicitat televisada no podrà atemptar contra el respecte a la dignitat humana; ni incloure elements de discriminació per motius de raça, sexe o nacionalitat; ni atemptar contra les conviccions religioses o polítiques; ni fomentar comportaments perjudicials per a la salut, per a la seguretat o per a la protecció del medi ambient. Es prohibeix, a més, la publicitat de tabac i es posen límits a la publicitat de l'alcohol. La directiva afegeix que la publicitat televisada no haurà de perjudicar moralment o física els menors i haurà de seguir una sèrie de criteris per a la seva protecció.⁶⁶

* * *

⁶⁶ Cf. Capítol IV de la Directiva 89/552 (citada a la nota 62).

7 La disciplina administrativa interna en matèria de continguts audiovisuals

Després de fer referència als elements del dret comunitari que contempnen el control dels continguts audiovisuals, convé que ens aturem ara breument, i de forma poc més que esquemàtica, a considerar el règim que finalment ha quedat fixat en el nostre dret intern pel que fa a l'establiment de límits o restriccions dels continguts audiovisuals. Des d'aquesta perspectiva, i sense pretendre ser exhaustius, donarem un cop d'ull a les lleis estatals que transposen les directives de televisió sense fronteres, i a les disposicions de la parcialment derogada Llei del Cable. En el pla autonòmic, considerarem la Llei 8/1995 (atenció i protecció als infants i adolescents) i la Llei 8/1996 (regulació de la programació audiovisual per cable).

a Les lleis estatals 25/94 i 22/99 ("televisió sense fronteres")

La llei que va incorporar a l'ordenament espanyol el contingut de la Directiva 89/552/CEE va ser la Llei 25/1994, de 12 de juliol: l'anomenada "Llei de televisió sense fronteres" (d'ara en endavant, LTSF).⁶⁷ Un cop adoptada la directiva 97/36/CE, modificativa de l'anterior, ha calgut introduir també tot un seguit de modificacions a l'esmentada LTSF, cosa que s'ha dut a terme recentment a través de la Llei 22/1999, de 7 de juny,⁶⁸ en la qual, d'altra banda, el legislador ha fet una sèrie d'adaptacions que ja resultaven necessàries i que resolien, entre d'altres aspectes, algunes imprecisions de l'anterior normativa. Resulta interessant destacar que, des del punt de vista dels subjectes, s'ha substituït el concepte de "*entidades que prestan el servicio público de televisión*" per la noció més general de "*operadores de televisión*". La definició que la nova llei fa d'aquests operadors resulta particularment interessant si la contemplem des del punt de vista de la determinació dels subjectes que han de ser considerats responsables de les possibles infraccions. D'acord amb el nou article 3.b)

⁶⁷ Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. (BOE nº 166, de 13.06.1994).

⁶⁸ 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 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. (BOE nº 136, de 8.06.1999). Determinats aspectes de la LTSF han estat desenvolupats en el recent R.D. 1462/1999, de 17 de setembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

“A los efectos de esta ley se entenderá por... b) Operador de televisión: la persona física o jurídica que asuma **la responsabilidad editorial** de la programación televisiva con arreglo a la letra a) y que la transmita o la haga transmitir por un tercero.”⁶⁹

Si analitzem el que la LSTF disposa en matèria de continguts, cal dir en primer lloc que estableix regles referents a la publicitat i a la televenda en les quals no ens aturarem ara. Instaurem, a més, un règim específic per protegir els menors davant la publicitat. Nosaltres, però, centrarem l'atenció en el que disposa l'article 17 sobre la protecció dels menors (capítol IV). El primer apartat de l'article 17, que no ha estat alterat per la modificació de 1999, disposa el següent:

“Las emisiones de televisión **no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo** que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

A aquesta previsió bàsica s'afegeixen una sèrie de regles –la redacció de les quals ha estat modificada per la reforma de 1999– en les quals s'estableix que l'emissió de programes susceptibles de perjudicar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors només es podrà fer entre les deu del vespre i les sis del matí, i s'haurà d'advertir sobre el seu contingut per mitjans acústics i òptics. Si són programes que s'emeten sense codificar, s'hauran d'identificar amb la presència d'un símbol visual que ha de romandre durant tota la durada del programa. Això s'aplica també a les emissions dedicades a la publicitat, a la televenda i a la promoció de la programació pròpia.

A més, s'exigeix, que, a l'inici de l'emissió de cada programa de televisió (de qualsevol mena) i en el moment en què es reprengui l'emissió després de les interrupcions de publicitat i televenda, caldrà que hi hagi un advertiment, per mitjans òptics i acústics, que contingui una qualificació orientativa per informar els espectadors sobre la major o menor idoneïtat del programa per als menors.

b Les previsions relatives als continguts en les normes estatals sobre telecomunicacions per cable

⁶⁹ Art. 3, b) de la LSTF. La lletra a) és la que conté la definició de televisió, que ja hem transcrit més amunt (*vid.* apartat 4, c. d'aquest informe). A banda de la major precisió que comporta parlar de la responsabilitat editorial de la programació, l'abandonament de la referència a la prestació d'un servei públic –tal com destaca la pròpia exposició de motius de la llei 22/1999– resultava necessària, atès que un cop aprovada la Llei de Telecomunicacions per Satèl·lit (Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite) no tots els serveis de televisió tenen la consideració de servei públic.

Continguts audiovisuals

Ja hem tingut ocasió de fer referència al fet que la Llei estatal del cable va ser derogada expressament per obra de la LGT. No obstant, la derogació només va ser parcial. La disposició derogatòria única de la LGT estableix que queda derogada “[l]a Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión. En especial, mantendrán su vigencia el artículo 9.2, primer párrafo; el artículo 10; el artículo 11.1, e), f) y g); el artículo 12, y los apartados 1 y 2 de la disposición adicional tercera”.

En conseqüència, el precepte de la Llei del Cable destinat a fixar la disciplina dels continguts de la programació audiovisual conserva plena vigència. El tenor d'aquest article és el següent:

“Artículo 12. De los contenidos de la programación audiovisual.

Cuando la distribución por cable de un mismo canal de televisión alcance más del cincuenta por ciento de los hogares abonados en el territorio de una Comunidad Autónoma o del veinticinco por ciento de los hogares abonados en el conjunto del territorio nacional, la programación de ese canal estará sujeta a la normativa general reguladora del régimen de publicidad y del patrocinio en televisión contenida en la

Los programas de televisión, en particular, y los servicios de telecomunicaciones por cable, en general, que puedan atentar contra las normas de protección de la juventud y de la infancia y otros bienes o derechos protegidos, deberán ofrecerse a los abonados de forma independiente, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

L'extensió material de l'article 12.2, que no es limita pas als “programas de televisión”, sinó que abasta també “los servicios de telecomunicaciones por cable, en general” no ens ha de passar per alt. Convé notar, doncs, que –almenys pel que fa al control dels continguts– la Llei (i en conseqüència el Reglament) estatal del Cable conserva vigor no només en l'àmbit dels serveis de difusió de televisió, sinó, en general, en tot l'àmbit dels serveis de telecomunicacions per cable.

El *Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable*, de 13 de setembre de 1996⁷⁰ dedica el capítol III del títol II als continguts de la programació audiovisual. Integren aquest capítol dos articles, el 40 i el 41, ambdós amb caràcter de normativa bàsica en matèria de continguts sobre mitjans de comunicació social i dictats a l'empara de l'article 149.1.27^a de la Constitució. L'article 41 disposa el que segueix:

“Artículo 41. Protección específica y control de contenidos.

⁷⁰ Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre.

Continguts audiovisuals

1. Los programas de televisión y los servicios de difusión de televisión por cable deberán cumplir lo establecido en el ***, de 22 de julio, en relación a la protección de la juventud y de la infancia, y en las demás normas aplicables a otros bienes y derechos protegidos.
2. Los programas de televisión, los servicios de difusión de televisión por cable y los servicios de valor añadido de telecomunicaciones por cable que puedan atentar contra las normas a que se refiere el apartado anterior, se deberán ofrecer a los abonados contratándose de forma independiente y no podrán formar parte del paquete básico de contratación.
3. El desarrollo y ejecución de lo establecido en los apartados anteriores de este artículo en relación a los programas del servicio de difusión de televisión por cable, **vídeo bajo demanda y vídeo a la carta**, corresponderá a las Comunidades Autónomas dentro del respeto a la libertad de retransmisión de radiodifusión televisiva que reconoce la Directiva 89/552/CEE".

La inclusió del vídeo segons demanda i del vídeo a la carta és expressa. Tant per a aquests serveis com per als programes del servei de difusió de televisió, el Reglament remet a les normes que dictin les Comunitats Autònomes. Passem ara a considerar quina és la normativa que s'ha dictat a Catalunya a aquest efecte.

c Normativa autonòmica catalana

El 5 de juliol de 1996 el legislador català dicta la Llei 8/1996, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable (d'ara endavant, Llei catalana del cable), i ho fa en el marc de la normativa estatal bàsica,⁷¹ en particular en el marc de la Llei estatal del cable, Llei 42/1995, a la qual ja hem fet vàries referències.

L'àmbit material subjectiu sobre el qual s'aplica la normativa de control de continguts que estableix la Llei catalana –al menys pel que fa a l'obligació de respectar els "principis de la programació"– és el de "*les emissions de les entitats que presten el servei públic de televisió per cable*" (art. 3). Trobem aquí un primer punt per destacar: no s'assenyala com a àmbit material la "radiodifusió televisiva". El que se subjecta al control de continguts són "les emissions" dels operadors de cable, noció que no ha de coincidir necessàriament amb la de "televisió" tal com es defineix a la LTSF. Aquestes *emissions* s'han d'ajustar als anomenats "principis de la programació" que s'estableixen a l'article tercer de la Llei.⁷²

⁷¹ Com ho exigeix l'article 16 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

⁷² Aquests principis són:

- a) El respecte als valors i als principis que informen la Constitució espanyola i l'Estatut d'autonomia de Catalunya i als drets i les llibertats que s'hi reconeixen i garanteixen;
- b) El respecte al pluralisme polític, religiós, social, cultural, ideològic i lingüístic;
- c) L'objectivitat, la veracitat i la imparcialitat de les informacions;

Més concretament, l'article 7 estableix una sèrie de mesures per garantir i fomentar la pluralitat lingüística –en les quals no ens aturarem ara–, i l'article 6 de la Llei determina els “[l]ímits als continguts de la programació audiovisual” que s'apliquen a la programació televisiva. Aquest límits són els següents:

“La programació de l'oferta audiovisual distribuïda per cable s'ha d'atènyer als límits que segueixen:

La programació de televisió distribuïda per cable ha de respectar la Llei de l'Estat 25/1994, del 12 de juliol, per la qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva, i el que disposa la secció segona del capítol V de la Llei de Catalunya 8/1995, del 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991, del 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció.

Els programes de televisió que poden atemptar contra les normes de protecció dels joves i dels infants o d'altres drets protegits s'han d'oferir als abonats de forma independent i clarament identificada. S'han de fixar per reglament els mecanismes per al compliment d'aquestes condicions.

L'operador ha d'oferir a l'abonat la possibilitat d'utilitzar tecnologies existents en el mercat per tal de limitar l'accés des del seu receptor als espais a què fa referència l'apartat b, i li ha de subministrar, sense cost complementari, aquest suport tecnològic”.

Doncs bé, pel que fa a l'obligació de respectar la LTSF –avui modificada amb la transposició de la nova directiva mitjançant la Llei 22/1999, de 7 de juny–, resulta clar que la Llei catalana no fa altra cosa que explicitar un efecte jurídic que ja deriva de la pròpia LTSF, perquè aquesta és aplicable també a la programació de televisió distribuïda per cable, tenint en compte tant l'àmbit subjectiu d'aplicació que determina la LTSF com la definició de “televisió” que la mateixa llei incorpora, en la qual s'inclou l'emissió primària amb cable, codificada o no, de programes televisats destinats al públic.

D'altra banda, l'obligació de respectar la secció segona del capítol V de Llei catalana d'atenció i protecció dels infants i adolescents (Llei 8/1995) és, en part, materialment equivalent a l'obligació de respectar la LTSF. De fet, l'article 36.2 de la Llei 8/1995, en la seva lletra a), reproduïx el contingut de l'apartat primer de l'article 17 de la LTSF (apartat que continua en vigor). I la lletra b) de l'esmentat article 36.2 reproduïx el contingut de l'apartat segon

d) La separació adequada entre informacions i opinions i la identificació dels qui sostenen opinions i llur lliure expressió, en els límits establerts per l'article 20.4 de la Constitució espanyola;

e) La protecció dels joves i dels infants;

f) La promoció de la cultura i de la normalització de la llengua catalana, i també de la llengua aranesa;

g) El respecte als principis d'igualtat i de no-discriminació per raó de naixement, de raça, de sexe o de qualsevol circumstància personal o social;

h) La promoció de la dona;

i) La defensa i la preservació del medi ambient”.

d'aquell article 17.⁷³ Ara bé, la Llei 8/1995 no es limita a recollir aquests preceptes de la LTSEF sinó que també estableix un règim específic i propi de protecció als infants i adolescents en el qual cal destacar que:

- Les programacions de ràdio i televisió, en les franges horàries més susceptibles de tenir infants i adolescents com a audiència, han d'afavorir els objectius educatius que permeten aquests mitjans d'educació i potenciar els valors humans i els principis de l'Estat democràtic i social (cf. art. 36.1);
- En la franja horària de protecció especial –que cal fixar per reglament– no s'hauran d'emetre programes ni missatges que incitin directament o indirecta al consum de substàncies que puguin generar dependència, que siguin de caràcter violent o pornogràfic ni de qualsevol altra índole perjudicial per al desenvolupament físic o mental, o el comportament ètic dels infants i els adolescents (cf. art. 36.3)
- La Generalitat ha de procurar que tots els mitjans de comunicació social dediquin als infants i als adolescents una atenció educativa especial.

L'article 36 de la Llei 8/1995, aplicable a les emissions dels operadors per cable, també formula una proposició de caràcter general en els termes següents:

"Les administracions públiques han de vetllar per què els infants i els adolescents no tinguin accés, per mitjà de les telecomunicacions, a serveis que poden danyar llur desenvolupament" (art. 36.4).

⁷³ L'article 36.2 de la Llei 8/1995 estableix:

"De conformitat amb el que disposa la Llei de l'Estat 25/1994, del 12 de juliol, de transposició de la Directriu 89/552/CEE, sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva, les emissions dels canals propis de televisió de la Generalitat i dels serveis de televisió el títol habilitant dels quals correspon d'atorgar a la Generalitat han de complir els requisits següents:

Les emissions de televisió no han d'incloure programes ni escenes o missatges de qualsevol tipus que puguin perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels infants i els adolescents, ni programes que fomentin l'odi, el menyspreu o la discriminació per motius de naixement, ètnia, sexe, religió, nacionalitat, opinió o qualsevol altra circumstància personal o social.

Els espais dedicats a la promoció de la programació pròpia i els programes susceptibles de perjudicar el desenvolupament físic, mental o moral dels infants i els adolescents i els que continguin escenes de pornografia o de violència gratuïta solament poden ser emesos entre les deu de la nit i les sis del matí i han de ser objecte d'advertiment auditiu i visual sobre llur contingut".

Convé remarcar que aquesta lletra b) reproduïx el contingut original de l'article 17.2 de la LTSEF, però que posteriorment, la modificació de la LTSEF obrada per la Llei 22/1999 ha canviat el text de l'art. 17.2 i, a més, ha afegit els nous apartats 3 i 4.

D'acord amb el precepte transcrit, queda clar que el propòsit de control governatiu –i en conseqüència l'obligació de les administracions públiques– pel que fa a la protecció dels infants i adolescents no s'esgota pas en el camp del que podem considerar serveis de difusió de televisió en el sentit estricte de la definició continguda a la LTSF, sinó que abasta qualsevol servei audiovisual al qual puguin tenir accés els menors per mitjà de les telecomunicacions (requisit, aquest últim, que es compleix per hipòtesi en el camp de la comunicació audiovisual).

D'altra banda, la Llei 8/1995 estableix una sèrie de límits a la publicitat que s'adreça de manera principal als infants i adolescents (art. 37), on recull, entre d'altres exigències, els requeriments preceptuats a la LTSF. La protecció es completa amb algunes mesures pensades per a la publicitat protagonitzada per infants i adolescents (art. 38).

El Decret 265/1997, de 17 d'octubre, pel qual es despleguen aspectes de la Llei 8/1996, de 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable,⁷⁴ formula de manera més clara que la Llei l'àmbit material d'aplicació de la normativa en establir que:

“El present Decret s'aplica als serveis de difusió de televisió per cable, als de vídeo segons demanda i als de vídeo a la carta, si bé amb l'excepció prevista a l'article 7.3 de la Llei 8/1996, de 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable” (art. 1).

De conformitat amb aquesta extensió de l'àmbit material, l'article 4 disposa que:

“Els programes de televisió, els serveis de difusió de televisió per cable, els de vídeo segons demanda i els de vídeo a la carta que puguin atemptar contra el desenvolupament físic, mental o moral dels menors, o perjudicar-lo seriosament, i, en tot cas, les emissions que incloguin escenes de pornografia o violència gratuïta, s'hauran d'adaptar a les limitacions següents:

Horari: únicament podran oferir-se entre les vint-i-dues i les sis hores.

Advertiment: amb caràcter previ a la seva difusió, caldrà informar sobre el seu contingut per mitjans acústics i òptics.

Distintiu visual: durant els cinc primers minuts d'emissió caldrà incorporar a la pantalla de forma permanent i visible el corresponent símbol en color vermell que s'especifica a l'annex d'aquest Decret.

Presentació, comercialització i accés selectiu: quan es difonen per cable, s'hauran d'oferir de forma separada i no podran formar part del paquet bàsic de contractació. Així mateix, l'operador ha d'oferir a l'abonat la possibilitat d'utilitzar tecnologies existents en el mercat per tal de restringir l'accés des del seu receptor a aquesta mena d'espais, sense cost complementari per aquest motiu”.

La LTSF –tal com queda modificada després de la Llei 22/1999– estableix, per al seu àmbit d'aplicació, unes limitacions similars.

⁷⁴ (Correcció d'errades en el DOGC núm. 2686, p. 9052, de 22.7.1998).

Continguts audiovisuals

Universitat Oberta de Catalunya

Ens hem referit fins aquí a la disciplina de control dels continguts, sense entrar encara a tractar els aspectes de responsabilitat que afecten els operadors de serveis audiovisuals. A continuació tractarem aquesta darrera qüestió.

* * *

8 Continguts audiovisuals i responsabilitat

a Consideracions generals

Un prestador de serveis de caràcter audiovisual, com qualsevol altre agent, pot provocar danys a un tercer de múltiples formes, per exemple infringint els seus drets de propietat intel·lectual o desplegant actes de competència deslleial contra un competidor, etc. També pot perjudicar els usuaris dels seus serveis amb incompliments contractuals, per exemple si emet una pel·lícula diferent de la que estava prevista, o si ho fa fora de l'horari pactat. D'altra banda, aquest prestador de serveis també pot infringir determinades previsions legals que vetllen per què els continguts audiovisuals no perjudiquin els menors o no incitin a la xenofòbia. Fins i tot, com és obvi, en el marc de la prestació de serveis audiovisuals es poden cometre delictes i faltes de diversa consideració, en particular tota mena de crims informàtics.

Tots aquests casos plantegen la qüestió de la responsabilitat. Ara bé, per a la determinació del règim jurídic de la responsabilitat de l'operador hem de concretar una mica més i distingir si parlem de responsabilitat administrativa, de responsabilitat civil o de responsabilitat criminal.

En fer referència a la responsabilitat administrativa, considerem l'existència d'una normativa reglamentadora (per exemple) dels continguts audiovisuals, la infracció de la qual dóna lloc a una responsabilitat que pot comportar la imposició de la sanció corresponent, prevista legalment. En aquest cas, les autoritats administratives són les encarregades de vetllar —en primer lloc— pel compliment d'aquella disciplina i de posar en marxa l'aparell sancionador. En un sentit diferent, considerem que un determinat operador incorre en *responsabilitat civil* quan la seva actuació en l'àmbit dels continguts audiovisuals constitueix un il·lícit civil, que el col·loca en una situació de deutor davant d'un tercer, ja sigui com a conseqüència d'haver incomplert el contracte que el vinculava amb aquest tercer (responsabilitat contractual), ja sigui perquè ha ocasionat un dany al tercer, dany que haurà de rescabalar (responsabilitat extracontractual, que pot derivar també d'un fet que, a més de ser un il·lícit civil, sigui també un il·lícit penal). En un tercer sentit, podem considerar la responsabilitat criminal, és a dir, aquella en què incorre l'operador quan la seva actuació en relació als continguts audiovisuals constitueix un delictes o una falta tipificats a la legislació penal.

En cada cas hi ha requisits diferents per a l'atribució de responsabilitat, de tal manera que en principi no ens resulta gaire útil parlar de responsabilitat dels operadors en un sentit general. Tanmateix, en l'escenari de les noves tecnologies de la informació i en particular en l'entorn

sorgit de la convergència, apareixen unes qüestions prèvies que tenen una incidència directa en la determinació de la responsabilitat dels agents i que sí que podem considerar de forma genèrica. En concret, la pluralitat d'agents que intervenen en els processos d'oferta i lliurament de continguts audiovisuals fa necessari esbrinar en primer lloc qui pot ser considerat responsable de l'il·lícit –administratiu, civil o penal– atès el seu grau de participació en el procés, o dit altrament, atesa la seva posició en aquest procés i la naturalesa de la seva intervenció. Això constitueix un *prius* a l'aplicació de les normes generals en matèria de responsabilitat, i en bona mesura es poden establir criteris comuns per a qualsevol tipus de responsabilitat en què es pugui incórrer en relació als serveis audiovisuals. En aquest sentit, pot resultar orientador arribar a determinar qui és el *responsable* d'uns continguts audiovisuals concrets, per decidir, a partir d'aquí, a quin subjecte haurem d'atribuir la responsabilitat d'haver comès una infracció administrativa, d'haver causat un perjudici patrimonial o d'haver perpetrat un acte criminal.

Ara bé, la dificultat de tractar aquests aspectes de forma general apareixerà, un cop més, quan trobem que la determinació d'aquest "responsable dels continguts" la fa una norma dictada per a un àmbit material específic, la qual cosa farà difícil aplicar-la quan ens trobem amb problemes de responsabilitat que escapen de l'àmbit material d'aquella norma.

Tot i que presenta un àmbit d'aplicació força limitat des del punt de vista de la comunicació audiovisual, sembla interessant exposar el sistema de responsabilitat que preveu la proposta modificada de directiva comunitària sobre comerç electrònic.

b) La proposta modificada de directiva comunitària sobre el comerç electrònic

La proposta modificada de directiva referent a determinats aspectes jurídics del comerç electrònic en el mercat interior⁷⁵ estableix de forma expressa un sistema de responsabilitat dels "prestadors intermediaris" en els serveis de la societat de la informació. Convé precisar en primer lloc que –atès l'àmbit material de la proposta de directiva– el règim de responsabilitat que aquesta disposa no afecta a la disciplina jurídica aplicable a les prestacions de serveis que no tinguin la consideració de "serveis de la societat de la informació",⁷⁶ com tampoc no afecta al subministrament de béns en sentit estricte.⁷⁷

75

Citada a la nota 24.

76

Sobre el concepte de "serveis de la societat de la informació" *vid.* més amunt, apartat 4.a).

77 Cf. Considerando núm. 6 in fine de la proposta modificada de directiva (citada a la nota 24).

La proposta construeix un règim de responsabilitat que es formula en termes negatius (indicant ens quins casos un determinat subjecte no s'haurà de considerar responsable) i abstractes (sense especificar un tipus de responsabilitat concret). De fet, tampoc no s'indica la naturalesa del potencial il·lícit en qüestió (administratiu, civil, penal).

Distingeix tres tipus diferents de serveis –tots ells serveis de la societat de la informació– prestats per un operador intermediari: a) el simple transport (“*mere conduit*”); b) l'emmagatzematge de dades en “*caching*”; c) l'allotjament de dades en “*hosting*”.

b.1) Simple transport de dades

D'acord amb la proposta de directiva, el prestador d'un servei de la societat de la informació que consisteix a *transmetre* en una xarxa de comunicacions *dades facilitades pel destinatari del servei*, o a *facilitar un accés a la xarxa* de comunicacions, no podrà ser considerat com a *responsable de les dades transmeses*, excepte en el marc d'una acció de cessació, a condició que aquest prestador de serveis:

- a no hagi originat ell mateix la transmissió;
- b no seleccioni el destinatari de la transmissió; i
- c no seleccioni ni modifiqui les dades transmeses. Les activitats esmentades de transmissió i de concessió d'accés engloben també l'emmagatzematge automàtic, provisional i transitori de dades transmeses, sempre que aquest emmagatzematge serveixi exclusivament per executar la transmissió en la xarxa de comunicacions, i que la seva durada no superi el temps raonablement necessari per a l'esmentada transmissió.⁷⁸

b.2) “*Caching*”.

La proposta de directiva preveu que quan es presti un servei de la societat de la informació consistent en transmetre per la xarxa de comunicacions dades facilitades pel destinatari del servei, el prestador del servei –excepte en el cas d'una acció de cessació– no podrà ser considerat com a *responsable per l'emmagatzematge automàtic, provisional i temporal d'aquesta informació a petició d'altres destinataris del servei*, a condició que el prestador del servei:

⁷⁸ Cf. Art. 12 de la proposta modificada de directiva (citada a la nota 24).

- a no modifiqui la informació,
- b respecti les condicions d'accés a la informació,
- c respecti les normes relatives a actualització de la informació, indicades de forma coherent amb les normes del sector,
- d no interfereixi en la tecnologia, coherent amb les normes del sector, que s'utilitzi per a obtenir dades sobre l'ús de la informació, i
- e actuï amb promptitud per retirar la informació o per fer que l'accés a la mateixa sigui impossible tant bon punt tingui coneixement efectiu d'un dels fets següents: que la informació ha estat retirada del lloc de la xarxa on era inicialment; que s'ha fet impossible accedir a aquella informació; o que l'autoritat competent ha ordenat retirar-la o ha prohibit que s'hi accedeixi.⁷⁹

b.3) "Hosting" o allotjament de dades.

Pel que fa a l'allotjament durador de dades, conegut com a "hosting" la proposta de la directiva estableix que en la prestació d'un servei de la societat de la informació consistent en emmagatzemar dades facilitades pel destinatari del servei, el prestador del servei no podrà ser considerat com a responsable de les dades emmagatzemades a petició del destinatari, excepte en el marc d'una acció de cessació, a condició que:

- a el prestador de serveis no tingui realment coneixement que la activitat és il·lícita i, en el cas d'una acció de danys i perjudicis, no tingui coneixement de fets o circumstàncies per les quals una activitat reveli el seu caràcter d'il·lícita o que,
- b tan bon punt tingui coneixement d'aquests extrems, actuï amb promptitud per retirar les dades o bé per impossibilitar-hi l'accés.⁸⁰

La proposta de directiva afegeix que, en cap dels tres casos assenyalats (simple transport, *caching* i *hosting*), els prestadors de serveis no estaran sotmesos a una obligació general de supervisar les dades que transmetin, ni a una obligació general de realitzar cerques actives de fets o circumstàncies que indiquin que hi ha una activitat il·legal. Tanmateix, això s'haurà d'entendre sense perjudici de qualsevol activitat de supervisió, selectiva i transitòria, per part de les autoritats judicials del país de conformitat amb el que es disposa a la legislació nacional, quan resulti necessari per garantir la seguretat de l'estat, la defensa, la seguretat públic i per prevenir, investigar, detectar i perseguir infraccions penals.⁸¹

⁷⁹ Cf. Art. 13 de la proposta modificada de directiva (citada a la nota 24).

⁸⁰ Cf. Art. 14 de la proposta modificada de directiva (citada a la nota 24).

⁸¹

* * *

Cf. Art. 15 de la proposta modificada de directiva (citada a la nota 24). A la versió oficial castellana es diu "respecto de los servicios contemplados en los artículos 12 y 14", però és clar que no hauria de dir "12 y 14" sinó "12 a 14": precisament la modificació de la proposta de directiva –com es pot veure a la versió anglesa– ha aprofitat per modificar aquesta errada, malgrat que el text en castellà no ho hagi recollit.

9 Els operadors de telecomunicacions per cable i els programadors independents

La Llei estatal del cable dedica l'article desè als programadors independents. Aquest precepte continua en vigor per declaració expressa de la disposició derogatòria única de la LGT. S'hi disposa el següent:

“Artículo 10. Programadores independientes.

1. Los operadores de cable distribuirán mediante su red programas audiovisuales propiedad de programadores independientes, en los términos establecidos en la presente Ley y en la normativa que las Comunidades Autónomas dicten en el ámbito de sus competencias.

A estos efectos, se entenderá por programadores independientes las personas físicas o jurídicas propietarias de programas audiovisuales o de datos distribuidos por el operador de cable que no sean objeto de influencia dominante de éste, directa o indirectamente, por razones de propiedad o participación financiera.

Se considera que existe una influencia dominante cuando se den los supuestos de hecho regulados en el ***.

2. La relación del operador de cable con los programadores independientes será libremente pactada entre ellos en el marco de la normativa que dicte el Estado o, en su caso, las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

3. Cuando se presenten situaciones de dominio del mercado de redes de cable en una determinada demarcación que afecten al desarrollo de un mercado competitivo de servicios de telecomunicación por cable, el Ministerio de Fomento o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en medios de comunicación social, dispondrán las medidas reguladoras y de arbitraje necesarias para garantizar a los usuarios una oferta variada de servicios competitivos. Estas medidas deberán ser proporcionales, transparentes y no discriminatorias.

Todo ello, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en los términos que en la misma se establecen, a las prácticas contrarias a la libertad de competencia realizadas por los operadores de cable y los programadores independientes”.

Per la seva banda, la Llei 8/1996 del Parlament de Catalunya, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable, pretén, entre d'altres objectius, la creació d'un marc de relacions transparents que respecti la igualtat en el tracte entre l'operador i els *programadors independents*, que garanteixi la lliure concurrència i que eviti situacions de domini de mercat. Disposa que els operadors de cable han de comunicar a l'òrgan competent de la Generalitat, en la forma que s'estableixi per reglament, els contractes que subscriuguin amb els programadors independents o la constitució amb aquests de societats per a la comercialització de programes audiovisuals, i les modificacions contractuals o societàries que es puguin produir. Exigeix, a més, que qualsevol alteració de les circumstàncies reflectides en la documentació requerida en virtut d'aquest article requereix una nova comunicació en els mateixos termes indicats (art. 5).

Aquestes obligacions es concreten al Reglament català del cable en el qual s'estableix que en tot cas, el programador independent té dret a exigir a l'operador de cable li faciliti la informació següent: a) Nombre d'abonats subscrits a cada canal de difusió de televisió per cable dels programadors independents, dins de cada municipi; b) En cas d'haver-se analitzat, audiència obtinguda pels canals de televisió per cable dels programadors independents; c) Activitat desenvolupada a fi de comercialitzar els canals de televisió per cable de programadors independents, distribuïts per la xarxa; d) Estructura general de l'oferta de serveis de difusió de televisió per cable i lloc que ocupen en aquesta els canals que corresponen a operadors independents (art. 3).

Un cop feta aquesta referència a la figura dels programadors independents, cal examinar si a efectes de responsabilitat de l'operador de cable es pot distingir entre programació pròpia i programació aliena, és a dir, la que és subministrada pel programador independent; i quina és la responsabilitat d'aquest davant l'operador de cable. De forma general, interessa saber quina és la posició de l'operador de telecomunicacions per cable pel que fa a la responsabilitat de la programació que s'emet per la xarxa de cable i, en concret, si es poden diferenciar graus de responsabilitat de l'operador de cable segons que es tracti de l'anomenat servei bàsic, tot i que estigui integrat per canals aliens, o d'altres serveis.

L'operador de telecomunicacions per cable presta –o pot prestar– quatre grans blocs de serveis: telefonia, dades, internet i televisió (o millor, serveis audiovisuals en general). D'aquests quatre àmbits, només en els dos últims hi ha comunicació audiovisual. Pel que fa a la televisió i als serveis audiovisuals diferents d'Internet, l'operador de telecomunicacions per cable disposa de llibertat per decidir, organitzar i escollir quins continguts vol fer arribar als seus usuaris, amb dos tipus de límits (al marge dels referits a la idoneïtat dels continguts): a) el límit que resulta de les ja comentades *must-carry rules*, que el fan actuar com a simple transmissor d'un contingut editorial seleccionat per tercers en el qual no participa ni pot participar, perquè el deure de transmissió se li imposa de forma obligatòria, i on no sembla que quedi espai per decretar la responsabilitat de l'operador de cable, mentre no se li hagi ordenat suspendre aquestes transmissions; b) el límit que resulta de l'obligació de reservar un determinat percentatge de la seva programació a programadors independents. En aquest punt, la restricció a la llibertat editorial de l'operador de cable és més subtil.

La Llei estatal del cable va establir a l'article 11, lletra b) que l'operador de cable estarà obligat

a:

“Asignar, desde el mismo inicio de sus actividades, un mínimo del 40 por 100 del total de la oferta audiovisual distribuida por su red a programadores independientes, salvo que no exista una oferta suficiente.

En este supuesto, el operador de cable podrá, previa justificación de la falta de disponibilidad de programación, solicitar la reducción del porcentaje establecido en el párrafo anterior al órgano

competente de la Comunidad Autónoma afectada o, en caso de tratarse de una demarcación que afecte a varias Comunidades Autónomas, al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente”

De forma conseqüent amb la Llei estatal, la normativa catalana va recollir també aquesta obligació a l'article 4 de la Llei del Cable, tot establint que serà obligació del concessionari la de:

“b) Reservar, com a mínim, el 40% de l'oferta audiovisual distribuïda per la seva xarxa a programadors independents.
Excepcionalment, i únicament en el supòsit que no hi hagi prou oferta audiovisual, l'òrgan competent de la Generalitat que s'estableixi per reglament pot autoritzar la reducció de l'esmentat percentatge de reserva, amb la sol·licitud prèvia de l'operador i sempre que aquest acrediti la manca de disponibilitat de programació aliena. L'autorització esmentada té una durada màxima d'un any, si bé pot ser prorrogada, amb una nova sol·licitud prèvia de l'interessat i l'acreditament que subsisteixen les circumstàncies que motivaren la reducció anterior. L'autorització de pròrroga pot adequar, en més o en menys, el percentatge establert en la resolució anterior”.⁸²

El règim descrit estableix una limitació a la facultat d'elaborar segons el propi criteri la totalitat dels continguts audiovisuals, en la mesura que un 40% de l'oferta audiovisual haurà d'haver estat produïda per programadors independents. Però resulta prou evident que l'obligació de donar sortida als continguts d'aquests programadors és molt diferent de les *must-carry rules* que ja hem examinat: l'operador de cable és lliure d'escollir els programadors independents que prefereixi, de tal forma que la totalitat de l'oferta audiovisual del programador (llevat dels canals de televisió hertziana que resta obligat a transportar) és conseqüència de la seva llibertat editorial, de la seva decisió empresarial referida a la configuració de la graella de programes i productes audiovisuals. En conseqüència, les qüestions relatives a la responsabilitat per continguts (en la mesura que es pot parlar d'aquesta matèria de forma general) afectaran a l'operador de cable encara que la producció del contingut es degui a un programador independent.

No sembla viable que l'operador al·legui la manca d'oferta suficient de programadors independents per escollir aleshores transmetre continguts il·lícits o continguts dels quals se'n derivarà responsabilitat. La manca d'oferta suficient de continguts lícits haurà de ser motiu suficient per sol·licitar la rebaixa del percentatge a què abans ens hem referit, i no sembla, en canvi, que valgui com a pretext per excusar de responsabilitat l'operador de cable si decideix emetre continguts il·lícits procedents de programadors independents.

Continguts audiovisuals

Així doncs, pel que fa a la distinció entre canals propis i canals aliens, tenim, d'una banda, els canals aliens que ho són per complir l'obligació de reservar el percentatge legal als programadors independents. De l'altra, tenim els canals aliens que l'operador emet lliurement més enllà del percentatge legal obligatori. Ni en el primer cas, ni —amb més raó— en el segon, el fet que la producció del programa vingui de programadors independents sembla que pugui evitar la responsabilitat de l'operador que ha decidit transmetre aquests continguts en la seva xarxa. Tampoc no creiem suficient per modificar-ne la responsabilitat el fet que determinada part de l'oferta audiovisual quedi o no inclosa en el paquet bàsic.

* * *

Al llarg del present informe hem tractat tot un seguit de qüestions relacionades amb els continguts audiovisuals, tal com es presenten en un entorn caracteritzat per la convergència tecnològica i estructural dels sectors de les telecomunicacions, els mitjans de comunicació i les tecnologies de la informació.

Hem vist com, amb el desenvolupament de les tècniques de digitalització, qualsevol tipus de contingut informatiu, ja sigui veu, dades, àudio o vídeo, es pot gestionar, transportar i lliurar de manera indistinta, amb la qual cosa les diferents xarxes de telecomunicacions passen a ser completament polivalents pel que fa a la seva capacitat de fer arribar la informació als destinataris i s'inicia, a més, un procés de fusions i modificacions estructurals dels operadors per fer front a la nova manera integral d'actuar en el mercat.

Aquest procés de convergència material i sectorial, accelerat amb les constants innovacions tecnològiques, i de manera molt acusada amb la xarxa d'Internet, planteja diverses qüestions en el camp de la política jurídica, d'entre les quals hem destacat la conveniència de fer front a l'escassa seguretat jurídica que proporciona el sistema de definicions vigent, que implica alhora problemes de política i de tècnica legislativa. En aquest camp, sembla haver-hi un consens força general a favor de construir la disciplina a partir del principi de neutralitat tecnològica, principi que no significa prescindir immediatament de la consideració del suport tecnològic dels diferents serveis i activitats, ja que les noves tècniques no només obren pas a maneres diferents de prestar els mateixos serveis, sinó també a l'aparició de serveis nous, la diferent naturalesa dels quals deriva en part de la infraestructura tecnològica que els fa possibles.

Altres qüestions rellevants que hem considerat pel que fa a la política jurídica són la discussió sobre l'estructura que ha de tenir la reglamentació dels sectors afectats per la convergència i l'espinesa qüestió de l'oportunitat i forma de regular la xarxa d'Internet, regulació que en tot cas sembla necessària.

La distinció entre telecomunicacions i audiovisual és un altre dels punts que es difuminen amb la irrupció de la convergència. La fixació d'una frontera clara que separi el que és correspondència privada (que correspondria als serveis de telecomunicacions) del que és comunicació pública (que correspondria a l'audiovisual) pot clarificar alguns supòsits, però les noves tecnologies fan molt difícil precisar el lloc per on passa aquesta frontera: i no només perquè sembla que es "privatitza" la transmissió de determinats continguts informatius que fins

Continguts audiovisuals

ara es comunicaven públicament, sinó també perquè les formules privades i particulars de lliurament de continguts (punt a punt) prenen una connotació innegable de comunicació pública ja que responen a un interès editorial i comercial de difusió i aconseguen un resultat socialment similar.

Hem tingut ocasió, d'altra banda, de remarcar que l'exclusió de les categories de vídeo segons demanda i de vídeo a la carta de la definició de "televisió" de la LTSF no és res d'evident ni de definitiu.

Les anomenades "*must-carry rules*", que obliguen als operadors de telecomunicacions per cable a transportar el senyal dels canals hertzians de televisió, plantegen dubtes d'inconstitucionalitat, atès que no resulta suficientment clara i motivada la justificació d'aquesta limitació de la llibertat editorial dels operadors.

Hem fet un repàs dels instruments del dret comunitari i del dret intern que miren d'establir límits i mecanismes de control i d'autoregulació en matèria de continguts audiovisuals, on resulta cabdal la protecció dels menors i de la dignitat humana. Des del punt de vista del dret intern, hem analitzat tant la LTSF com la normativa reguladora de les telecomunicacions per cable. En aquest àmbit, la derogació parcial de la Llei estatal del cable per part de la *Ley General de Telecomunicaciones* dona lloc a un panorama positiu confús pel que fa a la determinació del que resta o no en vigor en aquest camp. En aquest punt, hem destacat que l'àmbit del que continua en vigor a la Llei estatal del cable és més extens del que es pot desprendre d'una primera lectura de la disposició derogatòria única de la LGT.

Un altre dels punts en què ens hem detingut és el referent a l'àmbit d'aplicació de la disciplina de control dels continguts, on hem tingut l'oportunitat de remarcar l'existència de normes d'abast molt gran pel que fa al deure de l'Administració de tutelar els interessos públics en les comunicacions audiovisuals, com és el cas de l'article 36.4 de la Llei catalana d'atenció i protecció dels infants i dels adolescents, aplicable a les emissions dels operadors per cable.

En les qüestions tocants a la responsabilitat dels operadors, hem destacat les dificultats de tractar el problema d'una manera general, assenyalant, però, les especificitats comunes que presenten les noves tecnologies. Hem exposat amb caràcter il·lustratiu el règim de responsabilitat que se suggereix a la proposta modificada de directiva comunitària sobre el comerç electrònic, que abasta als anomenats "serveis de la societat de la informació".

Finalment, hem dirigit l'atenció al règim de les relacions entre l'operador de telecomunicacions per cable i els programadors independents, tot posant de relleu que, des del punt de vista de la responsabilitat de l'operador per cable, el fet que els continguts provinguin d'un programador

Continguts audiovisuals

Universitat Oberta de Catalunya

independent no exclou la responsabilitat del primer, que gaudeix de llibertat editorial per

seleccionar d'entre els diferents productes que els programadors ofereixen.

* * *

Barcelona, 6 d'octubre de 1999.