

**Informe sobre el règim jurídic de la responsabilitat dels
operadors de telecomunicacions per cable**

Estudi encarregat pel Consell de l'Audiovisual de Catalunya

Juny de 1999

RPEEO 119

**INFORME SOBRE EL RÈGIM JURÍDIC DE LA
RESPONSABILITAT DELS OPERADORS DE
TELECOMUNICACIONS PER CABLE**

ELABORAT PER ENCÀRREC DEL CONSELL AUDIOVISUAL DE

CATALUNYA

JUNY DEL 1999

Elisenda MALARET i GARCIA (Directora)

Joan BARATA i MIR

Marta TIMÓN HERRERO

ÍNDIX**RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS AUDIOVISUALS PER CABLE (p. 11)**

I.- Règim de competències (p. 11)

II.- Els operadors de telecomunicacions per cable i la seva responsabilitat (p. 14)

1.- El títol habilitant (p.14)

A) El títol habilitant a la LTC (p. 14)

a) La LTC i la concessió de servei públic (p. 14)

b) Serveis habilitats per la concessió: concretament, els serveis audiovisuals (p. 15)

B) El títol habilitant en virtut de la LGT (p. 16)

a) Introducció (p. 17)

b) La LGT i el servei d'interès general: autoritzacions generals i llicències individuals (p. 17)

c) La transformació dels títols habilitants atorgats en base a la LTC (p. 19)

c.1.- Règim jurídic general (p. 19)

c.2.- Règim dels diferents serveis de telecomunicacions per cable (p. 21)

c.3.- La possibilitat de l'existència d'una pluralitat d'operadors en una mateixa demarcació (p. 22)

d) El servei de difusió de televisió *ex novo* (p. 24)

2.- Règim de responsabilitat dels agents (p. 25)

A) Els agents implicats en la prestació de serveis de telecomunicacions per cable (p. 25)

- a) Els programadors (p. 25)
 - a.1.- Noció (p. 25)
 - a.2.- Classificació dels programadors atenent a diferents criteris (p. 26)
- b) Els operadors. Qüestions relatives a la titularitat de la xarxa (p. 29)

B) Règim jurídic dels continguts audiovisuals (p. 32)

- a) Els conceptes implicats (p. 32)
- b) Determinació dels continguts audiovisuals il·lícits o generadors de responsabilitat (p. 35)
 - b.1.- Normativa estatal (p. 36)
 - b.1.1.- Règim general (p. 36)
 - b.1.2.- Règim específic contingut a la normativa de cable (p. 39)
 - b.2.- Normativa autonòmica catalana
 - b.2.1.- Introducció (p. 40)
 - b.2.2.- Normativa de protecció de menors (p. 41)
 - b.2.3.- La LPAC (p. 41)
- c) Règim d'atribució de responsabilitat a cadascun dels actors (p. 46)
 - c.1.- Introducció (p. 46)
 - c.2.- La prestació del *servei públic de televisió per cable* en tant que criteri central (p. 48)
 - c.3.- Estudi sobre els diferents àmbits de responsabilitat (p. 51)
 - c.3.1.- Introducció (p. 51)

c.3.2.- L'àmbit *lingüístic* i els seus problemes interpretatius (p. 52)

c.3.3.- La declaració d'autoregulació (p. 54)

c.4.- La necessitat d'introducció de determinades *modulacions* en el règim general de responsabilitat exposat aquí (p. 55)

c.4.1.- Els anomenats *principis de la programació* (p. 55)

c.4.2.- Les obligacions dels programadors independents en matèria lingüística (p. 56)

c.4.3.- Els programadors independents i la quota del 40% (p. 56)

c.4.4.- La imposició legal de difondre determinades emissions de televisió (p. 57)

c.4.5.- La *cessió*, per part de l'operador, d'una part de la xarxa als programadors (p. 60)

c.4.6.- Excurs final sobre la subcontractació de serveis (p. 62)

C) Règim jurídic de la intervenció administrativa. Òrgans i competències (p. 63)

a) Les potestats de la Direcció General de Radiodifusió i Televisió de la Generalitat (p. 63)

a.1.- La inspecció i la *comprovació* (p. 64)

a.2.- Facultats relatives a la quota de programadors independents i a la declaració d'autoregulació (p. 66)

a.3.- La potestat sancionadora (p. 68)

a.4.- L'extinció de la concessió de servei públic de televisió per cable per incompliment culpable del contractista (p. 74)

b) El Consell Audiovisual de Catalunya (p. 76)

**LA REGULACIÓ JURÍDICA DE LA RESPONSABILITAT PER CONTINGUTS A INTERNET.
CONSIDERACIÓ ESPECIAL DE LA RESPONSABILITAT DELS OPERADORS DE
TELECOMUNICACIONS PER CABLE (p. 82)**

I.- Introducció: aproximació a les característiques pròpies d'Internet (p. 82)

1.- Multiplicitat de serveis oferts i diferents conseqüències jurídiques (p. 85)

2.- La pluralitat dels agents implicats a Internet (p. 88)

3.- La incidència de la naturalesa bipolar d'Internet a la seva regulació (p. 90)

a) Internet i el binomi mitjà d'edició/ mitjà de comunicació social (p. 90)

b) Internet i el binomi televisió/telecomunicacions (p. 92)

4.- Les conseqüències de la convergència en la regulació de l'audiovisual (p. 93)

II) La regulació dels continguts audiovisuals a Internet des de la perspectiva del Dret Comunitari (p. 96)

1.- Les nocions comunitàries de continguts *il·lícits* i *nocius* (p. 98).

2.- La proposta de regulació comunitària: línies d'actuació i mesures concretes (p. 104)

a) El foment de l'autoregulació (p. 106)

b) Mecanismes de supervisió de continguts: classificació i filtració (p. 111)

b.1.- La classificació de continguts *il·licits* i *nocius* (p. 111)

b.2.- La filtració dels continguts *nocius* (p. 114)

3.- Determinació de la responsabilitat per continguts *il·licits* i *nocius* (p. 115)

III.- Els operadors de cable i Internet en el nostre sistema jurídic (p. 120)

1.- La impossibilitat de deduir una regulació específica d'Internet en el marc del binomi televisió/telecomunicacions (p. 121)

2.- Els títols habilitants per al subministrament d'Internet mitjançant el cable (p. 124)

3.- Determinació de la responsabilitat per continguts *il·licits* i *nocius* (p. 127)

ANNEXES DE NORMATIVA (p. 130):

1.- Normativa estatal

a) Normativa general de telecomunicacions

b) Normativa en matèria de telecomunicacions per cable

c) Normativa en matèria de televisió

2.- Normativa autonòmica catalana

3.- Normativa comunitària

PRINCIPALS ABREVIACIONS UTILITZADES

LOT: Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones

LGT: Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones

OAG: Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares

OLI: Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares

LTC: Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable

RTC: 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

LERTV: Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de la radio y la televisión

LTCT: Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión

LTP: Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada

LTSF: Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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 (también denominada Directiva *Televisió sense fronteres*)

LTL: Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres

LPIA: Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i dels adolescents

LPAC: Llei 8/1996, de 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable

RCAC: Decret 3/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament del Consell Audiovisual de Catalunya, modificat pel Decret 222/1998, de 30 de juliol

RPAC: Decret 265/1997, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la Llei 8/1996

LPL: Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística

RÈGIM JURÍDIC DELS SERVEIS AUDIOVISUALS PER CABLE

I- Règim de competències

La determinació del règim de competències relatiu a la matèria que és objecte del present estudi passa per l'anàlisi i la interpretació del tenor dels articles 149.1.21 i 149.1.27 CE. El primer atribueix a la competència exclusiva de l'Estat les telecomunicacions. El segon duu a terme l'esmentat tipus d'atribució en referència a les *"normas 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"*.

Ambdós preceptes, segons acabem d'assenyalar, són necessaris per fixar el règim de competències relatiu a l'establiment del règim jurídic de la matèria que ens ocupa, així com per a l'execució d'aquest. Estem parlant, en primer lloc, i tal com ja fa avinent el títol del present estudi, d'un sistema de telecomunicacions, concretament aquell que utilitza com a suport físic una sèrie d'infraestructures que conformen una xarxa de cable. D'altra banda, aquesta xarxa de telecomunicacions, en relació amb el que aquí ens interessa, serveix per a l'emissió de programes de televisió¹ i, d'una manera més àmplia, d'una determinada oferta audiovisual, de tal manera que aquesta infraestructura constitueix, en definitiva, el mitjà a través del qual es difonen i emeten serveis que es poden emmarcar dins la categoria de la comunicació social.

Resulta clara, per tant, l'aplicabilitat dels preceptes abans esmentats a la matèria que ens ocupa. No obstant això, és important intentar delimitar l'àmbit d'aplicació de cadascun d'ells, especialment si atenem als perills que podria presentar una interpretació

¹ La xarxa de cable, tal com assenyalarem en un moment posterior, permet la prestació d'un gran nombre de serveis, entre els quals figura l'emissió de programació audiovisual. D'altra banda, també en un apartat posterior, farem una definició de la noció de televisió.

expansiva de l'abast de l'article 149.1.21 CE en relació a les competències autonòmiques que, pel que fa a la normativa de desenvolupament en matèria de mitjans de comunicació social, consagra l'article 149.1.27.

D'altra banda, podem trobar aquesta línia de raonament en la pròpia jurisprudència del Tribunal Constitucional. Concretament, la Sentència 168/1993, de 27 de maig, relativa a una sèrie de recursos d'inconstitucionalitat acumulats contra la LOT, destaca la dualitat de títols de competències que afecten el règim jurídic de la ràdio-televisió, tot advertint sobre el risc de buidament de la competència compartida consagrada a l'article 149.1.27 CE, com a conseqüència de la superposició de la competència exclusiva estatal recollida a l'article 149.1.21 amb l'esmentada en primer lloc. De manera que caldria situar el criteri delimitatiu, d'una banda, en la consideració d'aquells aspectes de la radiodifusió que es troben connectats als drets i llibertats continguts a l'article 20 CE, *"en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa"*, aspectes que *"encuentran un natural acomodo en el artículo 149.1.27 CE a efectos de distribución de competencias"*. D'altra banda, en *"aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven (...) quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex artículo 149.1.21 CE (...)".*²

Segons veurem, la normativa utilitzada per a l'elaboració del present estudi abasta els dos àmbits materials als quals s'acaba de fer referència. D'altra banda, com és

² En aquest supòsit el Tribunal Constitucional fa referència a les ones radioelèctriques i electromagnètiques, és a dir, a elements que incideixen en l'anomenat domini públic radioelèctric per justificar, precisament, la competència estatal en relació a l'ordenació del mateix. No obstant això, és evident que el raonament de l'Alt Tribunal pot ser estès a qualsevol altre mitjà tècnic d'emissió i difusió televisiva. Sobre aquestes qüestions, vegeu GAY FUENTES, C., "La gestión autonómica de la televisión", dins CREMADES, J., *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, p. 465 i s., així com PÉREZ i VELASCO, M. del M., *La conflictividad competencial. Mitjans de comunicació social*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992.

igualment evident, la relació ineludible i la penetració mútua que aquests presenten fa que la normativa esmentada no els inclogui d'una forma rigorosament separada, sinó que ens trobem davant d'un règim jurídic en què la regulació de les telecomunicacions per cable *strictu sensu* i la regulació de la comunicació audiovisual constitueixen un tot on cal integrar subjectes normatius i executors diversos. No obstant això, també cal advertir que en ocasions podem detectar un intent clarificador de la norma corresponent.³

Així doncs, al llarg de les properes pàgines, sovint serà necessari emprendre la recerca del que Jordi Conde anomena el punt concret d'intersecció entre els diferents títols de competències en joc, a fi de dur a terme una interpretació ajustada de l'abast de cadascun d'ells.⁴

II.- Els operadors de telecomunicacions per cable i la seva responsabilitat

1.- El títol habilitant

A) El títol habilitant a la LTC

³ Un exemple d'això, i sense perjudici que posteriorment ens referim als problemes que presenta la vigència de gran part dels seus articles, el podem trobar al RTC, concretament a la seva disposició final primera, que estableix: "*El Reglamento aprobado por este Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.21 de la Constitución, salvo los artículos 26.d), 26.e), 26.f), 26.g), 32.3, 38.1, 40, 41, 54 y 56 que se refieran a programadores, distribución de los servicios de difusión de televisión y contenidos de la programación audiovisual, que tienen el carácter de normativa básica en materia de contenidos sobre medios de comunicación social y se dictan al amparo del artículo 149.1.27*".

⁴ Vegeu CONDE i CASTEJÓN, J., "El Reglamento de las telecomunicaciones por cable", dins CREMADES, J., *Derecho de las telecomunicaciones*, op. cit., p. 549 i s. Aquest autor destaca igualment que l'esmentat règim de competències condueix a un condicionament recíproc en l'exercici de les respectives competències, el qual porta necessàriament al disseny d'un marc de col·laboració que tingui en compte, a més de la complexitat dels interessos involucrats, l'exercici legítim de les pròpies competències de manera que no s'obstaculitzi l'exercici de les alienes.

a) La LTC i la concessió de servei públic

El títol que habilita els operadors de cable per a la prestació dels diversos serveis que és possible oferir a través de la xarxa corresponent constitueix un dels elements que possiblement es veu més afectat pel procés de canvis en l'ordenament que es produeix amb posterioritat a l'aprovació de la LTC l'any 1995. Si partim de l'esmentada norma, concretament de l'article 1.1, les telecomunicacions per cable i les xarxes que els serveixen de suport constitueixen un servei públic. La conseqüència d'aquesta declaració pel que fa als empresaris privats que pretenguin exercir la seva activitat econòmica en l'àmbit que és objecte d'aquesta norma rau en la necessitat de l'obtenció prèvia d'una concessió administrativa per tal de poder operar. Això vol dir, tal com podem deduir del tenor de l'article 3 LTC, que el legislador hauria atribuït als subjectes privats —o, com a mínim, aquells subjectes que presenten una forma jurídic-privada— la prestació dels serveis de telecomunicacions per cable, tot atorgant-los la categoria de gestors indirectes d'un servei públic, per a la qual cosa han de sol·licitar la corresponent concessió administrativa. D'altra banda, cal tenir igualment en compte que el sistema de prestació dels serveis parteix de la divisió del territori en demarcacions i limita al seu torn el nombre de possibles operadors dins de cadascuna d'elles.⁵

b) Serveis habilitats per la concessió: concretament, els serveis audiovisuals

No podem estendre'ns ara en les diferents facultats, des del punt de vista de la prestació del servei de telecomunicacions per cable en el seu conjunt, que conferia, en base a la normativa esmentada, la referida concessió. En relació amb el que aquí ens interessa, i d'acord amb les previsions genèriques contingudes a l'article 9.1 LTC, i, més específicament, les de l'article 28 RTC, l'esmentat títol de concessió habilita, entre d'altres coses, per a la prestació de serveis de difusió de televisió, de vídeo segons

⁵ Vegeu, en aquest sentit, els articles 2 i 6 i la disposició addicional 2a LGT, així com els capítols II i III i la disposició addicional 1a RTC.

demanda i vídeo a la carta, tot utilitzant com a suport la pròpia xarxa de cable, les xarxes i infraestructures ja existents o els serveis portadors d'altres titulars habilitats, i tot quedant exclosos els serveis de televisió terrestre per ones hertzianes regulats a la LERTV, la LTCT i la LTP.

Apareixen ja aquí tres conceptes, la definició dels quals és necessari perfilar, donat que hauran de ser utilitzats forçosament a l'hora d'aclarir els problemes essencials que aborda el present estudi.

En primer lloc, el de servei de difusió de televisió per cable. Segons l'article 42 RTC, es tracta d'aquells serveis *"que consisten en la difusión mediante redes de cable de imágenes no permanentes con su sonido asociado, transmitidas en un sólo sentido, codificadas o no, que constituyen una programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio."* Per la seva banda, el vídeo segons demanda consistiria 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"*. Finalment, el vídeo a la carta se'ns defineix en tant que *"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"*.

D'aquesta manera, doncs, en l'àmbit del que podem anomenar la programació audiovisual difosa per cable podem fer una gran distinció entre aquells supòsits, d'una banda, en què l'usuari del servei no pot interactuar sobre ell i forma part indistinta d'un conjunt més ampli d'usuaris, de tal manera que la programació emesa es troba absolutament prefixada pel programador corresponent, i, d'altra banda, una sèrie de supòsits en què l'usuari final dels diferents programes pot interactuar amb la xarxa per

tal de seleccionar diversos elements relatius al subministrament d'aquests, supòsits que van des de la tria del programa a la determinació del moment de la seva emissió.⁶

B) El títol habilitant en virtut de la LGT

a) Introducció

Un cop plantejades les qüestions anteriors, d'ordre general i introductori en relació amb el que desenvoluparem a partir d'aquest moment, cal referir-se ara als efectes que, pel que fa al règim jurídic acabat de descriure, genera la introducció de tot un seguit d'innovacions normatives, especialment la recent aprovació de la LGT i els seus reglaments de desenvolupament.

En aquest sentit, i tornant a advertir que incideixen en aquesta matèria tot un seguit de qüestions que no poden ser objecte del present estudi, cal assenyalar d'entrada que la LGT deroga gran part de l'articulat de la LTC. Concretament, la seva disposició derogatòria única preveu aquesta circumstància de manera expressa, si bé, i aquesta és una qüestió que ens interessa especialment, estableix igualment la vigència de totes aquelles disposicions de la LTC que es refereixin al règim del servei de difusió de televisió. En especial, s'afegeix que mantindran la seva vigència els articles 9.2 primer paràgraf, 10, 11.1.e), f) i g), l'article 12, així com els apartats 1 i 2 de la disposició addicional tercera.

b) La LGT i el servei d'interès general: autoritzacions generals i llicències individuals.

⁶ Cal apuntar aquí l'existència de l'anomenat *video nearly on demand*, que és susceptible de ser integrat dins del segon grup, tot i que el RTC no hi fa referència expressa, i que consisteix en un servei de difusió de pel·lícules que s'emeten diversos cops al dia amb intervals breus d'inici i que permeten a l'usuari de triar quina emissió vol veure.

El primer que cal assenyalar és que les telecomunicacions per cable quant a tals i en virtut de la nova normativa no constitueixen un servei públic. D'acord amb l'article 2 LGT, el conjunt de les telecomunicacions constitueixen el que anomena *serveis d'interès general*, denominació que provoca un cert grau d'inseguretat. No podem intentar reflexionar aquí sobre l'abast jurídic de la declaració esmentada. No obstant això, la no coincidència de la categoria abans esmentada amb la de servei públic – almenys pel que fa a noció de servei públic que apareixia a la LTC– ens la confirma el propi article 2 LGT quan diu, en primer lloc, que les telecomunicacions, en tant que servei d'interès general, es presten en règim de concurrència, i, en segon lloc, que només tenen la consideració de servei públic o es troben sotmesos al que anomena obligacions de servei públic els serveis regulats a l'article 5 LGT⁷ i al títol III de la Llei esmentada.⁸

Des de la perspectiva del títol habilitant per a la prestació de serveis de telecomunicacions per cable, cal assenyalar que el que aquest confereix, des de la perspectiva de la LGT, és la facultat per operar en el mercat en règim de lliure competència –sense perjudici, com ja s'ha advertit, de les obligacions de servei públic que igualment es preveuen a la Llei i que poden ser imposades als operadors–. D'altra banda, pel que fa a la seva naturalesa jurídica, podem dir que l'esmentat títol ja no tindrà, en principi, naturalesa de concessió, sinó que es tractarà, segons la terminologia de la LGT, bé d'una autorització general, bé d'una llicència individual. D'altra banda,

⁷ Es tracta dels serveis de telecomunicacions per a la defensa nacional i la protecció civil.

⁸ Aquest títol s'anomena precisament "Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones". Es tracta del servei universal de telecomunicacions – referit a determinats aspectes de la prestació del servei de telefonia–, dels serveis obligatoris de telecomunicacions –als quals es refereixen els articles 40 i 41 LGT i que no abasten en cap cas l'audiovisual– i de l'habilitació de la previsió per part del Govern d'altres possibles obligacions de servei públic, fonamentades, bàsicament, en necessitats de la defensa nacional i de la seguretat pública, i en raons de cohesió territorial o d'extensió de l'ús de nous serveis i tecnologies a la sanitat, l'educació o la cultura – article 42 LGT–.

els requisits per a l'obtenció dels esmentats títols habilitants, confirmen la voluntat del legislador d'apartar-se del règim de concessions anterior i, en definitiva, de liberalitzar el sector.⁹

L'estudi dels títols habilitants en l'àmbit concret de les telecomunicacions per cable exigeix plantejar una qüestió que, en vista de la realitat del sector, és d'una importància remarcable, és a dir, l'efecte que l'aprovació de la referida nova normativa produeix en les concessions per a la prestació dels serveis de telecomunicacions per cable ja atorgades.

c) La transformació dels títols habilitants atorgats en base a la LTC

c.1.- Règim jurídic general

Per a l'anàlisi d'aquesta problemàtica cal acudir en primer lloc a l'apartat 6.d) de la disposició transitòria primera LGT, que preveu, en relació als titulars de concessions – dins de les quals, d'acord amb la resta del precepte, hem d'entendre incloses les de telecomunicacions per cable– l'obligació de sol·licitar, abans del 31 d'agost de 1998, i davant l'òrgan administratiu que les va atorgar, la transformació d'aquestes. Concretament, i d'acord amb l'apartat c) de la disposició referida, aquesta transformació haurà d'haver-se produït amb anterioritat a l'1 d'agost de 1999.

⁹ Segons l'article 11 LGT, les autoritzacions s'atorguen de manera reglada i automàtica, amb l'assumpció prèvia per part de l'interessat de les condicions que s'estableixin mitjançant la corresponent Ordre ministerial per a cada categoria de xarxes i serveis, i amb la comprovació prèvia per part del Ministeri de Foment dels requisits que es prevegin en la mateixa. Per la seva banda, segons l'article 16 LGT, les llicències individuals s'atorguen de manera reglada, amb l'acreditació prèvia per part del sol·licitant del compliment dels requisits exigibles per a la seva concessió i l'assumpció de les condicions generals establertes mitjançant la corresponent Ordre del Ministre de Foment.

L'òrgan competent per a l'atorgament de la concessió haurà de dictar una resolució expressa i transformar-la, segons procedeixi, i d'acord amb el que preveuen els articles 10 a 21 LGT, en llicència individual o en autorització general. La resolució esmentada haurà de contenir una declaració d'anul·lació del títol habilitant inicial, així com una referència expressa als drets i obligacions derivats d'aquest que són diferents dels que resulten de la nova regulació i que es mantenen. Cal destacar, però, l'avertiment que a continuació s'efectua sobre el fet que els esmentats drets i obligacions mantinguts no podran suposar la conservació d'avantatges competitiu per als antics titulars que siguin incompatibles amb les previsions de la LGT, o la disminució de les facultats d'aquells que haguessin obtingut els seus títols habilitants de conformitat amb aquesta.

Sense perjudici de fer notar que són moltes, sens dubte, les qüestions d'interès que plantegen les previsions acabades d'esmentar, cal que ens centrem ara en els aspectes que constitueixen el nostre punt d'atenció específic en el marc del present treball. En aquest sentit, cal veure en quins termes afecten les previsions esmentades a la prestació concreta del servei de distribució de programació audiovisual per cable.

En aquest sentit, l'apartat b) de la disposició transitòria primera de l'OLI aborda de manera directa un dels aspectes essencials de la problemàtica que ens ocupa. Així, se'ns diu el següent:

“Los títulos habilitantes otorgados al amparo de la Ley de las Telecomunicaciones por Cable, modificada por la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, se transformarán en los siguientes nuevos títulos: Licencia de tipo B1 y cuantas autorizaciones generales correspondan. Además, se mantendrá vigente su actual concesión para los servicios de difusión de televisión”

En conseqüència, i d'acord amb el precepte citat, els operadors de telecomunicacions per cable que haguessin obtingut el seu títol habilitant a l'empara de la LTC, se'ls

convertirà en una llicència individual de tipus B1¹⁰ i en una sèrie d'autoritzacions generals, en funció dels serveis de telecomunicacions que pretenguin prestar. No obstant això, pel que fa als serveis de difusió de televisió no es produiria la conversió esmentada, i continuaria vigent, en relació amb ells, la concessió obtinguda.

c.2.- Règim dels diferents serveis de telecomunicacions per cable

A partir d'aquí, el primer que hem de plantejar-nos és l'àmbit de serveis als quals abasta específicament la concessió que es manté. L'OLI ens parla de serveis de difusió de televisió. Aquesta al·lusió connecta, al nostre entendre, amb la previsió continguda a la ja esmentada disposició derogatòria única de la LGT, en virtut de la qual es manté la vigència de la LTC pel que fa a un determinat àmbit de la programació audiovisual emesa per cable, concretament, els serveis de difusió de televisió per cable.

I quins són, concretament, aquests serveis? Creiem que per respondre aquesta pregunta cal acudir al RTC. Hem de considerar que, pel que fa a la regulació esmentada, aquest, en tant que norma desenvolupadora de la LTC i que, en conseqüència, també abasta la regulació del referit àmbit de serveis, roman en vigor. Doncs bé, segons les definicions que ens subministra i que, d'altra banda, ja han estat comentades abans, estaríem parlant d'aquells serveis de televisió per cable en els quals no existeix una individualització de l'usuari i una interacció d'aquest sobre el servei. Aquestes definicions, d'altra banda, tenen el suport previ dels articles 25 i 26 LOT, la vigència dels quals és mantinguda per part de la LGT.¹¹

¹⁰ Veure l'article 2.2 OLI.

¹¹ Concretament, l'article 25 LOT assenyalava: "1. Los servicios de difusión son servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente. La prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá concesión administrativa. 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 el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio. (...)"

Quedarien, doncs, excloses de l'àmbit de la concessió tant el vídeo segons demanda com el vídeo a la carta, i hauríem d'incloure dins l'àmbit d'aquesta els serveis de distribució d'una determinada oferta audiovisual amb les característiques acabades d'esmentar, ja es tractés de programes subministrats per operadors dependents o independents de l'operador de cable, o bé de la programació televisiva susceptible de ser subministrada igualment per ones hertzianes d'acord amb la seva legislació reguladora (ens referim, com és evident, a la LERTV, la LTCT, la LTP i la LTL). En relació a aquests darrers serveis, doncs, hauríem de mantenir la consideració de servei públic gestionat indirectament, en la demarcació respectiva, per l'operador corresponent.

c.3.- La possibilitat de l'existència d'una pluralitat d'operadors en una mateixa demarcació

Les consideracions que acabem de dur a terme ens condueixen al plantejament de la possibilitat de l'existència de més d'un operador de cable per demarcació, donat que el règim d'exclusivitat se'ns apareix com a susceptible de ser aplicat exclusivament a la concessió del servei públic de televisió per cable, però no als altres serveis de telecomunicacions susceptibles de ser prestats a través de l'esmentada infraestructura, els quals es presten en virtut d'un títol diferent de l'anterior.

En aquest sentit, el manteniment, per part de la LGT, de la vigència de la LTC i el RTC amb relació al règim jurídic relatiu al servei de difusió de televisió per cable permet, d'entrada, postular l'aplicabilitat de l'article 6.1 LTC a les activitats de l'operador en l'esmentat àmbit. Això vol dir que, per a la prestació del referit servei, serà necessària l'obtenció d'una concessió administrativa, de les quals només se'n podrà atorgar una per demarcació. Això determina, doncs, la impossibilitat, excepte en els casos previstos a la disposició addicional segona LTC, de l'existència, en el marc del nou règim establert

per la LGT, i en el si d'una mateixa demarcació, de més d'un operador de cable que presti, a través de la infraestructura esmentada, serveis de difusió de televisió.

Ara bé, creiem que aquesta limitació, segons s'acaba de referir, se circumscriu a l'àmbit dels serveis que acabem d'esmentar. És a dir, que, en vista de la nova normativa existent a l'empara de les previsions de la LGT, és possible l'existència simultània, en una mateixa demarcació, d'una pluralitat d'operadors de cable els quals, en relació amb el que aquí ens interessa, i un cop proveïts del corresponent títol habilitant, subministren serveis de caràcter audiovisual –i, en general, de telecomunicacions– diferents dels televisius; així com d'un operador concessionari del servei públic a què ens estem referint constantment.

d) El servei de difusió de televisió per cable *ex novo*

Cal estudiar ara breument aquells casos en què l'operador de cable hagi d'acollir-se exclusivament al règim jurídic establert per la LGT i la seva normativa de desenvolupament –així com, evidentment, aquelles disposicions que no hagin estat derogades per la Llei esmentada–.

En aquest sentit, creiem que les conclusions a què podem arribar en relació a aquesta matèria no difereixen excessivament de les formulades a l'epígraf anterior, i, en bona mesura, han estat ja avançades.

En primer lloc, pel que fa al servei de difusió de televisió per cable, hem vist ja a l'apartat anterior que el seu règim jurídic continua sent el que preveu la LTC, norma que és declarada expressament vigent pel que fa a la regulació d'aquesta matèria. En conseqüència, doncs, aquell operador que pretengui la prestació d'aquest servei haurà d'obtenir la corresponent concessió de servei públic, i sotmetre's, d'altra banda, al

règim jurídic inherent a aquesta i a l'esmentada declaració servicial de l'activitat esmentada.

En segon lloc, pel que fa a la resta de la seva oferta audiovisual, el règim a què s'haurà de sotmetre l'operador serà el de la LGT i la seva normativa de desenvolupament (és a dir, essencialment, l'OLI i l'OAG), en virtut de la qual, i en base així mateix als diferents tipus de serveis de telecomunicacions que es pretenguin prestar podrà determinar-se quin o quins títols habilitants seran necessaris.

Queda palesa, doncs, una clara diferència pel que fa a la naturalesa jurídica entre els diversos possibles serveis de telecomunicacions prestats a través d'una xarxa de cable. Diversitat que genera no poques incerteses interpretatives, i la qual, d'altra banda, tampoc no presenta una causa clara de justificació.

2.- Règim de responsabilitat dels agents

A) Els agents implicats en la prestació de serveis audiovisuals per cable. En concret, l'operador de cable

a) Els programadors

a.1.- Noció

Tant la legislació estatal com autonòmica en matèria de cable fan referència a la figura del programador. En aquest sentit, l'article 10 LTC, tot i referir-se específicament als anomenats programadors *independents*, ens aproxima a una noció general d'aquesta figura per mitjà de la dada de la *propietat*. En aquest sentit, un programador seria aquella persona física o jurídica que és propietària dels programes o, en definitiva, productes audiovisuals que seran distribuïts a través d'una concreta xarxa de cable.

En conseqüència, el programador seria aquell agent el qual, en tant que titular d'una sèrie de drets relatius a l'explotació i a la difusió d'una obra audiovisual, duu a terme un determinat negoci jurídic amb l'operador de cable, en virtut del qual aquest darrer pot distribuir entre els seus abonats el producte en qüestió.

No obstant això, l'esmentada definició general ha de ser objecte d'una sèrie de distincions per tal que resulti prou explicativa en relació a la matèria que estem estudiant.

a.2.- Classificació dels programadors atenent a diferents criteris

En aquest sentit, cal parlar, d'una banda, d'aquells casos en què l'emissió d'una determinada programació audiovisual no és el fruit d'un negoci jurídic entre operador i programador, sinó d'una imposició legal. Parlem, en aquests casos, de l'obligació de distribuir els serveis de difusió de televisió per ones a què es refereixen la LERTV, LTP, LTCT i, si així se sol·licita, els de la LTL [article 11.e), f) i g) LTC i 4 LPAC].¹²

D'altra banda, cal fer referència també a la distinció entre programador dependent i independent. Així, la legislació vigent parla de programadors dependents en aquells casos en què l'operador de cable tingui una influència dominant en la persona física o jurídica propietària dels programes audiovisuals de què es tracti, ja es produeixi de manera directa o indirecta, per motiu de propietat o de participació financera, d'acord amb el que estableix l'article 3.f) LTSP.

¹² Cal tenir en compte, però, que, malgrat l'existència de l'esmentada obligació legal, l'article 4.2 LPAC confereix llibertat a l'hora de l'establiment de contraprestacions econòmiques entre els operadors de xarxes de cable i els gestors dels serveis que acabem de referir.

Aquesta darrera distinció revesteix una certa importància, en la mesura que la LTC, vigent a aquests efectes, imposa als operadors de cable l'obligació d'assignar, des de l'inici de les seves activitats, un mínim d'un 40% del total de l'oferta audiovisual distribuïda per la seva xarxa a programadors independents [article 11.1.d) LTC]. No obstant això, en aquest cas, no es pot dir que existeixi estrictament una imposició a l'operador de cable de l'adquisició d'uns determinats programes, però sí que, precisament, un determinat percentatge d'aquests provinguin d'actors del mercat de l'audiovisual que no es trobin econòmicament vinculats a ell. En aquest sentit, l'article 10.2 LTC estableix que la relació de l'operador de cable amb els programadors independents serà pactada lliurement entre ells en el marc de la normativa que dictin l'Estat o les Comunitats Autònomes. Concretament pel que fa a Catalunya, la LPAC encomana als operadors de cable el deure de comunicar a l'òrgan competent¹³ els contractes que subscriu amb els programadors independents o la constitució amb ells de societats per a la comercialització de programes audiovisuals, així com les modificacions contractuals o de la societat que poguessin produir-se.

L'operador independent és, doncs, i segons veurem més endavant, una figura d'especial rellevància en el marc de les qüestions que ens ocupen aquí. Es tracta, en primer lloc, del *titular* dels drets d'una sèrie de productes audiovisuals. La legislació vigent *no li encomana ni la responsabilitat de l'elaboració dels productes en qüestió, ni l'ofertament directe d'aquests als abonats de la xarxa de cable corresponent*. La seva posició, doncs, com passa també amb la resta del que legalment es denomina *programadors*, no coincideix amb la que podríem arribar a deduir de l'esmentada denominació.

D'altra banda, de les previsions legals igualment referides, sembla que podem deduir-ne la necessitat d'un cert grau de desvinculació dels anomenats programadors independents respecte de l'operador de cable que distribueix els programes dels que ells són titulars. Concretament, aquesta desvinculació es mouria dins l'àmbit de la *manca d'influència*

¹³ Segons l'article 2.b) RPAC, la Direcció General de Radiodifusió i Televisió.

derivada de la possible propietat o participació financera —en una proporció superior al 50% del capital— per part de l'operador en el programador corresponent. Es tracta, doncs, del fet que la independència del programador dependria, segons la LTC, de l'existència d'un veritable marge d'autonomia de la voluntat per tal de negociar la cessió de la titularitat dels drets sobre els productes audiovisuals corresponents a un o altre operador. A més, segons hem dit, l'esmentada previsió d'afavorir l'existència d'un mercat de drets audiovisuals ha de ser entesa igualment com un intent de dotar d'un cert pluralisme a la programació proporcionada per part d'un determinat operador de cable.

Ara bé, una vegada assenyalat l'anterior, creiem necessari destacar una sèrie de qüestions a l'entorn de la matèria que ens ocupa, qüestions que centraran part de les nostres posteriors reflexions. En aquest sentit, cal advertir que la desvinculació entre operador i programador independent no pot ser de cap manera absoluta. Com sabem, ambdós es troben lligats per un contracte, i fins i tot és possible que, respectant els marges de la llei, constitueixin, segons hem dit ja, societats per a la comercialització de productes audiovisuals.

D'altra banda, i sense perjudici que fem referència ara a una qüestió que ens ha d'ocupar més àmpliament en un moment posterior, podem assenyalar que la legislació vigent no permetria una independència absoluta del programador anomenat, precisament, *independent*, respecte de l'operador, si aquesta implica que aquest darrer es limiti a facilitar una infraestructura que permeti al primer una absoluta llibertat en relació al subministrament a l'usuari de productes audiovisuals. En aquest sentit, doncs, és possible afirmar ara que el qualificatiu d'*independent* serveix només als efectes de referir-se al grau d'influència patrimonial o financera que l'operador exerceix damunt d'un determinat programador, però de cap manera resulta útil per abordar la problemàtica sobre el grau de vinculació o desvinculació de l'operador en relació als continguts audiovisuals que són cedits pel programador corresponent i facilitats a l'usuari.

b) Els operadors. Qüestions relatives a la titularitat de la xarxa

Dins d'un segon grup d'agents i figuren els operadors de cable. Inclourem dins d'aquest grup tots aquells agents del sector que hagin obtingut el corresponent títol habilitant per a la prestació de serveis de telecomunicacions per cable i que, concretament, en relació amb el que aquí ens interessa, distribueixen entre els seus abonats programes audiovisuals. Així doncs, l'operador és aquell agent que, per dir-ho així, *aconsegueix* els continguts audiovisuals que formaran part de l'oferta als seus abonats.

Segons s'ha apuntat anteriorment, molt possiblement el títol habilitant per a la distribució als usuaris de tot un paquet de programació audiovisual no serà el mateix per al conjunt de la mateixa. En aquest sentit, hem vist ja que la figura de la concessió per a la prestació de l'anomenat servei de difusió de televisió per cable havia d'entendre's, a partir d'una interpretació acurada de la legislació vigent, com la que comprèn exclusivament aquells serveis audiovisuals per cable on no existeixi interacció amb l'usuari, i que la resta de serveis –el vídeo a la carta i el vídeo segons demanda– han de sotmetre's al règim jurídic, pel que fa als títols habilitants, previst per la LGT.

Un cop assenyalat l'anterior, creiem oportú, i sense perjudici que més endavant haguem d'aprofundir més en aquesta qüestió, analitzar breument quina és exactament la posició de l'operador de cable en tant que actor destacat en el marc de la matèria que ens ocupa.

En aquest sentit, hem vist a l'apartat anterior que la figura del programador podia ser entesa en tant que *subministrador* de programes a l'operador de cable. No obstant això, tal com de fet ja s'ha apuntat, aquell que configura i ofereix un determinat conjunt de programes, i, en conseqüència, una programació audiovisual, a l'usuari, és l'operador de cable. La posició del programador –en el sentit legal del terme– és, en definitiva, la de cedir la titularitat dels seus drets en relació a l'explotació d'una obra audiovisual, per tal

que aquesta sigui *programada* en el marc d'una determinada oferta audiovisual que l'operador realitza en relació als seus possibles abonats. Es tracta doncs, d'un agent que opera en el mercat dels drets d'explotació d'obres audiovisuals, mercat al qual ha d'acudir, com és evident, tot operador de cable per tal de confeir una determinada programació. D'altra banda, cal insistir igualment que és la pròpia Llei, en base a la ja referida quota del 40% d'adquisició a programadors independents, la que pretén garantir el funcionament, en termes veritablement de competència, d'aquest mercat, sense perjudici de servir, igualment, a altres valors com ara el pluralisme.

En definitiva, i sense perjudici que més endavant haguem d'insistir sobre aquestes qüestions, creiem que podem afirmar d'entrada que l'operador és aquell que, en el marc dels serveis audiovisuals per cable, exerceix les funcions de veritable *mitjà de comunicació*, en la mesura, insistim, que es troba legislativament considerat no només en tant que simple titular *neutral* d'una xarxa per la qual circula el conjunt de l'oferta audiovisual a què pot accedir un determinat usuari, sinó que aquest darrer, en definitiva, el que fa és decidir si el *paquet* o oferta de programació audiovisual que l'operador li ha preparat li resulta atractiva o no, tenint en compte que l'únic responsable a l'hora de dur a terme la preparació esmentada és l'operador.

Arribat aquest punt, creiem que cal fer un cert advertiment. No podem oblidar, segons hem dit més amunt, que, des d'un punt de vista jurídic, la regulació de les relacions entre les figures legals de l'operador i el programador es mou dins d'uns paràmetres de preservació de l'autonomia de la voluntat d'ambdós agents. En aquest sentit, doncs, són diversos els possibles pactes que poden concloure's entre ells, pactes que, en molts supòsits podrien, certament, alterar els termes en base als quals acabem de plantejar, des d'un punt de vista general, el paper de l'operador i el programador en relació a la difusió per cable de programes de televisió. Estem plantejant, en definitiva, aquells supòsits en què el negoci jurídic que es conclougui entre ambdós agents impliqui, estrictament, no només la mera cessió dels drets d'un o varis programes televisius, que passen a ser

distribuïts per part de l'operador, sinó la possibilitat del programador de disposar d'una part dels recursos de la xarxa de cable per tal de fer arribar als abonats una programació que, en última instància, és estructurada i organitzada per l'esmentat agent. Circumstància que, segons veurem, pot condicionar el règim de responsabilitat a què farem referència en un moment posterior.

Finalment, cal fer ara un breu esment a la problemàtica relativa a la titularitat de la xarxa. En aquest sentit, l'operador assumeix, certament, la tasca de proporcionar a l'usuari una determinada programació audiovisual. No obstant això, no és imprescindible que la xarxa que utilitzi l'operador sigui pròpia, sinó que és possible que, mitjançant el corresponent negoci jurídic, se serveixi d'una infraestructura de cable aliena. Aquest fet ens introdueix un altre actor, el titular pròpiament dit de la xarxa, en relació al qual caldrà igualment plantejar-se, en base a la normativa vigent, el règim de responsabilitat.

B) Règim jurídic dels continguts audiovisuals

a) Els conceptes implicats

Per tal de perfilar els trets fonamentals del règim jurídic dels continguts audiovisuals hem de saber exactament a què ens referim, és a dir, què són els continguts audiovisuals i quina és, especialment, la relació del concepte esmentat amb el de televisió.

El que constitueix l'objecte d'anàlisi en aquesta primera part del present estudi són els continguts audiovisuals en tant que servei susceptible de ser transmès utilitzant una xarxa de cable com a infraestructura. Ara bé, ¿estem parlant, exclusivament, de televisió? La LTSF, d'importància rellevant pel que fa al present treball, intenta formular, a l'article 3, una definició de televisió, que, no obstant, presenta el problema d'incloure l'objecte de la definició dins d'aquesta. Així, se'ns diu que televisió és

l'emissió primària, amb o sense cable, per terra o per satèl·lit, codificada o no, de programes televisats destinats al públic. Per tal de ser una mica més explicatiu, l'esmentat precepte continua aclarint que aquell concepte comprèn la comunicació de programes entre persones físiques o jurídiques, públiques o privades, que tinguin per finalitat l'emissió de televisió destinada al públic. D'altra banda, i des d'un punt de vista negatiu, no s'inclouen dins la definició legal de televisió serveis de comunicacions prestats prèvia petició individual, la finalitat dels quals sigui l'aportació d'elements d'informació o d'altres prestacions, com ara els serveis de facsímil, bancs de dades electròniques i d'altres serveis similars.

Com pot desprendre's del que venim assenyalant fins ara, existiria una certa dificultat per encabir tots els tipus de programadors dins l'àmbit de la definició de televisió que ens aporta la LTSF. En aquest sentit, els casos d'interactivitat als quals ja s'ha fet referència aquí entrarien difícilment dins l'àmbit de la noció de televisió de què se serveix la LTSF, la qual, en diversos moments del seu articulat, sembla remetre'ns a una fórmula de comunicació audiovisual en què la programació es troba preestablerta i es dirigeix a un públic que la rebrà, per dir-ho així, d'una manera *passiva*.¹⁴

Cal tenir igualment en compte, a fi de confirmar aquestes darreres consideracions, els articles 25 i 26 LOT, vigents després de l'aprovació de la LGT. Així, l'article 25, tot integrant la televisió dins la categoria dels serveis de difusió, estableix que aquests darrers "*son servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente*". D'altra banda, per televisió s'hauria d'entendre, concretament, aquella forma de telecomunicació "*que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas*

¹⁴ En aquest sentit, i a tall d'exemple, l'article 14, que regula els temps màxims de transmissió dedicats a l'emissió publicitària, preveu que el temps màxim no serà superior al 15% del *temps diari d'emissió*. Com és evident aquest darrer concepte resulta difícilment aplicable dins del marc dels serveis televisius interactius del tipus vídeo segons demanda o vídeo a la carta, de la mateixa manera que, sense anar més lluny, la pròpia pràctica de la inserció d'espais publicitaris.

electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio". Així doncs, en definitiva, la televisió seria una determinada variant de la categoria més àmplia del que podem anomenar els continguts o l'oferta audiovisual, la qual abastaria serveis diferents dels de la mera difusió de televisió.

Finalment, i encara que tornem a una qüestió que ja ha estat tractada aquí, hem vist ja que, en vista de la normativa específicament referida a les telecomunicacions per cable, podem dur a terme una distinció entre el que és difusió de televisió i altres serveis audiovisuals. Així, d'acord amb l'article 42.a) RTC, per poder parlar de la primera, cal trobar-se, en primer lloc, davant d'un servei dedicat a la difusió d'imatges no permanents amb so associat; en segon lloc, cal que la transmissió es produeixi *en un sol sentit*; i, finalment, també és important, que respongui a una *programació prefixada*, que, d'acord amb el que s'acaba d'assenyalar, s'adreça a una multiplicitat d'usuaris que *no interactuen* en relació al servei referit.

En conseqüència, de tot el que venim assenyalant al llarg del present epígraf podem concloure que els serveis de televisió, i entre ells, com és evident, els difosos mitjançant una xarxa de cable, es caracteritzen, en primer lloc, per una sèrie d'elements d'ordre tècnic. S'ha de tractar, en aquest sentit, de la difusió de so i imatges en unes determinades condicions, i, d'altra banda, de la seva transmissió de manera unidireccional. Ara bé, per poder identificar el veritable *prestador* del servei en un marc on hi pot haver una pluralitat d'actors –el titular de la xarxa de difusió, el titular dels drets d'explotació dels programes, l'autor d'aquests, etc.– també cal trobar-se davant d'un *mitjà de comunicació* pròpiament dit. És a dir, que, per poder parlar de servei difusió de televisió, resulta igualment necessària la concurrència d'elements de caràcter no estrictament tècnic, concretament, l'assumpció, per part d'un subjecte concret, de la responsabilitat de *previsió* i *sistematització* dels diferents continguts audiovisuals que

seran emesos, erigint-se, de cara al receptor, com a subministrador de tots ells en tant que conjunt.

b) Determinació dels continguts audiovisuals il·lícits o generadors de responsabilitat

b.1.- Normativa estatal

b.1.1.- Règim general

Entrant ja en l'àmbit que ens interessa aquí, cal assenyalar que la LTSE, als articles 16 i 17, conté una sèrie de limitacions relatives a la lliure emissió de continguts televisius, fonamentades en la protecció dels menors. Concretament, el segon dels preceptes esmentats es refereix específicament a la protecció dels menors davant de la programació.

El primer que creiem que és obligat assenyalar pel que fa a aquesta qüestió és el fet que ens trobem davant d'una matèria certament delicada des d'un punt de vista jurídic, en la mesura que el que es troba en joc és, en definitiva, la fixació de determinades limitacions a l'abast de l'exercici de la llibertat d'expressió en l'àmbit de la comunicació audiovisual. Creiem, doncs, que és important destacar aquí que *estem operant amb un dret fonamental que gaudeix del màxim nivell de protecció constitucional, la qual cosa genera, en tot cas, la necessitat d'interpretar en clau restrictiva tot intent de limitar-lo.*

Pel que fa concretament al contingut de les previsions de la LTSE relatives a la protecció de menors davant de la programació, podem dividir-les en dos apartats – d'acord, igualment, amb l'article 16–. En primer lloc, s'indica que les emissions de televisió *no inclouran* programes, escenes o missatges de qualsevol tipus que puguin

perjudicar seriosament el desenvolupament físic, mental o moral dels menors, ni programes que fomentin l'odi, el despreci o la discriminació per motius de naixement, raça, sexe, religió, nacionalitat, opinió o qualsevol altre circumstància personal o social. En segon lloc, s'especifica que l'emissió de programes susceptibles de perjudicar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors i, en tot cas, d'aquells que continguin escenes de pornografia o violència gratuïta només podrà realitzar-se entre les 22 i les 6 hores, i s'haurà d'advertir del seu contingut amb mitjans acústics i òptics. Es pot detectar doncs una certa incongruència pel que fa al règim relatiu als programes susceptibles de perjudicar els menors. Mentre la primera de les disposicions sembla impedir-los, a continuació, a l'apartat següent, es regulen els seus horaris i els termes en base als quals s'emetran. *Sembla, doncs, que caldria interpretar aquella previsió en tant que indicativa mentre que, en definitiva, la prohibició es mouria, exclusivament, dins l'àmbit dels programes que fomentin l'odi, el menyspreu o la discriminació.*

Cal advertir que la Directiva aplicada per la LTSF ha estat objecte de reforma mitjançant la Directiva 97/36/CE del Parlament Europeu i del Consell de 30 de juny de 1997. Concretament, en relació amb el que estem assenyalant aquí, es fa una nova redacció a l'article 22 de l'anterior text, que mereix la pena ser reproduït:¹⁵

"1. 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 el desarrollo, físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita.

2. 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 la emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que, normalmente, todos los menores que se encuentren en dicha zona de difusión no verán ni escucharán dichas emisiones.

¹⁵ Fem servir la versió espanyola publicada al DOCE L de 30 de juliol de 1997.

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

Cal destacar aquí el fet que, al nostre entendre, el text de la modificació de la Directiva endureix el règim jurídic de protecció de menors, establint, en el seu apartat primer, el que sembla una veritable *prohibició absoluta* en relació a l'emissió *televisiva* de programes que incloguin escenes de pornografia o de violència gratuïta. Certament, a l'apartat 2 es preveu la possibilitat de l'articulació de determinades garanties pel que fa a l'horari d'emissió o la utilització de diverses mesures tècniques; no obstant això, aquests mitjans són aplicables en tot cas a *altres* programes que puguin afectar el desenvolupament físic, mental o moral dels menors, però no resulten aplicables als referits àmbits de la pornografia o la violència gratuïta on, insistim, la prohibició és absoluta. Així mateix, l'apartat 3 introdueix la referència a la utilització de senyals acústics i òptics, que, segons veurem, també són considerats per part de la normativa autonòmica.¹⁶ No obstant això, cal insistir en el fet que, en tot cas, d'acord amb les disposicions normatives ara citades, *estem parlant d'un règim jurídic exclusivament aplicable als continguts dels programes que són objecte de radiodifusió televisiva, la qual cosa, segons venim sostenint aquí, no abasta a totes les modalitats de distribució de continguts audiovisuals.*

b.1.2.- Règim específic contingut a la normativa de cable

Un cop vist l'anterior, cal advertir que existeix, a nivell estatal, un conjunt de previsions, contingudes a la LTC i al RTC, que regulen concretament els continguts de la programació audiovisual distribuïda per cable. Es tracta d'una sèrie de previsions que analitzen el fenomen de la comunicació audiovisual des d'una perspectiva àmplia, és a dir, que comprèn totes les possibilitats diverses de prestació de serveis audiovisuals a

¹⁶ En el moment de finalitzar aquest treball no s'ha produït la reforma de la LTSF per tal d'adaptar-la a la modificació esmentada.

què s'ha fet ja referència aquí, encara que referida concretament a aquells casos en què aquestes siguin subministrades a l'usuari mitjançant una infraestructura de cable. Concretament, la LTC, deixant de banda les previsions relatives al règim de la publicitat, estableix a l'article 12 que els programes de televisió, en particular, i *els serveis de telecomunicacions per cable en general* que puguin atemptar contra les normes de protecció de la joventut i de la infància i d'altres béns o drets protegits, hauran d'oferir-se als abonats de forma independent, en els termes que reglamentàriament es prevegi. I, en aquest sentit, l'article 41 RTC especifica que els programes de televisió i els serveis de difusió de televisió per cable hauran de complir amb allò previst al capítol IV LTFSF, en relació amb la protecció de la joventut i la infantesa i a les altres normes aplicables a d'altres béns i drets protegits.

Així doncs, tant la LTC com el RTC semblen determinar l'aplicabilitat de la normativa general relativa als continguts televisius a qualsevol de les formes possibles de distribució d'aquests a través del cable.

Ara bé, hem d'advertir que els efectes de les clàusules derogatòries contingudes a la LGT no poden deixar d'afectar les disposicions acabades de citar. En aquest sentit, cal recordar que aquesta darrera Llei salva la vigència de les previsions relatives al servei de difusió de televisió, però no a les altres modalitats d'emissió de programació audiovisual. De tal manera que, en virtut de les previsions derogatòries contingudes a la LGT, i en el marc de la normativa per cable estatal, només podem considerar aplicables aquestes previsions en relació als serveis de difusió de televisió per cable, però no a la resta de l'oferta audiovisual, de manera que *la regulació dels continguts audiovisuals que apareix al llarg de la normativa acabada de referir només podem considerar-la aplicable, d'acord amb la LGT, a l'àmbit estricte dels serveis de televisió, en els termes de servei de difusió en què aquests han estat definits en un moment anterior.*

b.2.- Normativa autonòmica catalana

□

b.2.1.- Introducció

Les normes que ens han d'ocupar a partir d'aquest moment podem considerar-les habilitades per dos títols de competències. En primer lloc, i tal com ja ha estat objecte de tractament aquí, per l'establert a l'article 149.1.27 CE i, correlativament, l'article 16 EAC, en referència a la competència per a l'establiment de la normativa de desenvolupament en matèria de premsa, ràdio i televisió i, en general, de tots els mitjans de comunicació social. En segon lloc, podem parlar també de les competències autonòmiques en matèria de protecció de menors, que, concretament pel que fa a Catalunya, podem relacionar amb la competència exclusiva que es reconeix a l'article 9.28 EAC.

b.2.2.- Normativa de protecció de menors

Per abordar la matèria que acabem de referir cal acudir en primer lloc al que disposa la LPIA. Concretament, el seu article 36.2 recull expressament les disposicions relatives a la protecció dels menors en relació als continguts audiovisuals previstes a la LTSF. Així, pel que fa a la regulació d'aquelles activitats dels mitjans de comunicació social que puguin incidir en l'àmbit de la protecció de menors, conté una sèrie de previsions que acullen les de la Llei estatal. D'altra banda, i des del punt de vista de la matèria que ens ha d'ocupar especialment en el marc del present treball, és a dir, la determinació de l'agent responsable de l'emissió il·lícita, l'article 52.2.f) LPIA estableix clarament que la responsabilitat derivada de les infraccions comeses en l'àmbit a què fem referència constantment –que són qualificades com a greus– correspon als *mitjans de comunicació infractors*. Deixem apuntada de moment aquesta qüestió, que ens ha d'ocupar de manera especial al llarg de l'epígraf següent, especialment en vista del caràcter de mitjà de comunicació que hem atribuït al propi operador de cable en pàgines precedents.

b.2.3.- La LPAC

Cal que ens referim ara a la LPAC, que, en el marc dels objectius de les presents reflexions, revesteix, al nostre entendre, una importància fonamental. Segons assenyala el seu article primer, la llei esmentada determina el règim jurídic de l'oferta audiovisual distribuïda per cable dins l'àmbit territorial català, amb la voluntat, en tot cas, de respectar i d'integrar en el si d'aquest les previsions contingudes a la normativa bàsica i sectorial.

A partir d'aquí, l'article 2, referit precisament al seu àmbit d'aplicació, ens aporta ja una dada d'especial interès pel que fa als objectius del present estudi. Segons l'esmentat precepte, la LPAC s'aplica a *les entitats que presten el servei públic de televisió per cable*. És evident doncs, que, sense perjudici que, en el moment de la seva aprovació, en el qual es trobava vigent la LTC, podíem dubtar si era possible estendre l'àmbit d'aplicació de la LPAC al conjunt de l'oferta audiovisual per cable, el cert és que, en l'actualitat, i en base al que assenyala el precepte abans referit, el règim jurídic previst a la LPAC només esdevé aplicable a aquelles activitats dels operadors de cable que puguin continuar sent encabides dins la noció de servei públic. Activitats que, segons hem insistit ja aquí àmpliament, són aquelles que consisteixen en els serveis de difusió de televisió, però no en els altres serveis audiovisuals, és a dir, en definitiva, els de caràcter interactiu.

Un cop fixat aquest marc general, podem destacar ja que la primera previsió de la LPAC relativa als continguts audiovisuals es troba a l'article 3, on s'estableixen el que anomena els principis de la programació. Concretament, aquests principis han de ser seguits per *les emissions de les entitats que presten el servei públic de televisió per cable*, amb sintonia, d'altra banda, amb el que estableix l'article 2 en relació a l'àmbit d'aplicació de la Llei, que se circumscriu a les referides entitats. Cal assenyalar aquí que molts d'aquests principis han inspirat ja altres formes de difusió de programes de

televisió en tant que serveis públics –respecte als valors i principis constitucionals i estatutaris, respecte al pluralisme, l'objectivitat, la veracitat i la imparcialitat de les informacions...–, si bé, en alguns casos, també és cert que la seva formulació presenta un cert grau d'amplitud, la qual cosa fa que sigui certament complicat concebre'ls en tant que paràmetres de control –promoció de la dona, defensa i preservació del medi ambient–.

Molt més específic resulta ja el tenor de l'article 6, que porta com a títol "*límits als continguts de la programació audiovisual*". Concretament, es preveu que la programació de televisió distribuïda per cable ha de respectar tant la LTSF com els articles 33 a 47 LPIA. Així mateix, s'especifica que els programes de televisió que puguin atemptar contra les normes de protecció dels joves i nens o altres drets protegits hauran d'oferir-se als abonats de manera independent i clarament identificada. Finalment, s'atribueix igualment a l'operador l'obligació d'oferir a l'abonat la possibilitat d'utilitzar tecnologies existents al mercat, a fi de limitar l'accés des del seu receptor als espais a què acabem de fer referència, i de subministrar-li, sense cost complementari, l'esmentat suport tecnològic.

Més específic al respecte és el RPAC. En aquest sentit, l'article 4, al qual ja hem fet abans al·lusió, preveu que aquells continguts audiovisuals –és a dir, segons s'especifica clarament, 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'han d'adaptar a una sèrie de limitacions d'horari i que cal advertir, prèviament a la seva difusió, del seu contingut per mitjans acústics i òptics, i incorporar durant els seus primers minuts d'emissió un símbol permanent especificat al propi annex del

Reglament.¹⁷ D'altra banda, s'especifica igualment que aquest tipus de programes s'hauran d'oferir de forma separada i no podran formar part del paquet bàsic de contractació. També es regula la possibilitat d'utilitzar mitjans tecnològics de control d'accés que no suposin un cost addicional.

Cal advertir, però, sobre l'existència d'una extensió, per part del RPAC, del règim jurídic previst a la LTSF i la LPIA i recollit per la LPAC a supòsits no previstos per aquesta darrera norma. En aquest sentit, hem dit que l'article 6.a) i b) de la Llei que acabem d'esmentar determina tant l'aplicabilitat d'aquelles Lleis com l'obligació de la separació i identificació de continguts perjudicials en relació als programes *de televisió*, en l'accepció que hem vingut sostenint fins ara, mentre que, com hem vist igualment, el RPAC inclou també el vídeo segons demanda i el vídeo a la carta dins de l'esmentat àmbit.

Tornant a la LPAC, i continuant amb el tema de la regulació dels continguts, podem trobar, a l'article 7, una sèrie de previsions relatives a allò que el propi precepte denomina *pluralitat lingüística*. En aquest sentit, s'estableix que les *entitats que presten el servei públic de radiodifusió televisiva* hauran de destinar el 50% del temps de reserva destinat a la difusió d'obres europees a l'emissió d'obres d'expressió originària en qualsevol llengua oficial de Catalunya, havent-se de garantir que, com a mínim, el 50% d'aquestes obres siguin en llengua catalana. Es tracta d'una previsió que cal relacionar amb la de l'article 5.1 LTSF, el qual assenyala que les entitats que prestin directament o indirectament el servei públic de televisió hauran de reservar el 51% del seu temps d'emissió anual a la difusió d'obres europees, tot especificant-se, a l'apartat següent, que més del 50% del temps de reserva esmentat haurà de dedicar-se a l'emissió d'obres europees en expressió originària en qualsevol llengua espanyola. D'altra banda,

¹⁷ Es tracta de la utilització d'un distintiu de color vermell i de forma triangular. Si es tracta de programes susceptibles de perjudicar o ferir seriosament la sensibilitat dels menors d'edat a causa de la seva violència física o psíquica, o del seu erotisme, es col·locarà un distintiu, i si es tracta de programes susceptibles de ferir la sensibilitat pel seu caràcter pornogràfic o de violència gratuïta, se'n col·locaran dos.

en l'apartat 2 del mateix article 7 s'estableix que les emissions de pel·lícules, sèries televisives o documentals doblats a una llengua diferent de l'original hauran d'oferir-se simultàniament, com a mínim, en llengua catalana, previsió aplicable, igualment, als productes subtitulats.

Cal assenyalar que el precepte que acabem d'assenyalar presenta, al nostre entendre, una sèrie de problemes des del punt de vista de la determinació concreta del seu destinatari. Problemes que s'incrementen en vista del que estableix, al seu torn, l'article 26.1 LPL.¹⁸ No obstant això, aquesta és una qüestió que serà tractada a l'apartat següent quan intentem fixar el règim de responsabilitat de cadascun dels actors del sector.

L'article 8, per la seva banda, obliga les entitats que presten el servei públic de radiodifusió televisiva per cable a difondre, gratuïtament i amb indicació del seu origen, els comunicats i declaracions que, en qualsevol moment i per raons d'interès públic, el Govern consideri convenients.

Finalment, cal referir-se igualment a un precepte que, en el marc de les consideracions que durem a terme al llarg de l'epígraf posterior, tindrà una importància destacada en relació amb els objectius que es planteja el present estudi. En aquest sentit, l'article 9, sota el títol *declaració d'autoregulació*, preveu, concretament al primer apartat, que el titular del servei ha d'aportar, trimestralment, davant l'òrgan administratiu competent, la declaració justificativa del compliment dels requeriments establerts pels articles 6, 7 i 8.

c) Règim d'atribució de responsabilitat a cadascun dels actors

¹⁸ "Sense perjudici de l'aplicació de la Llei 8/1996, del 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable, les entitats a què fa referència la Llei esmentada han de garantir que com a mínim el cinquanta per cent del temps d'emissió de programes de producció pròpia de qualsevol mena i dels altres teleserveis que ofereixen sigui en llengua catalana."

c.1.- Introducció

Hem vist al llarg de l'apartat anterior com la legislació aplicable imposava el que podem considerar una sèrie d'obligacions relatives, principalment, als continguts de la programació distribuïda a través d'una xarxa de cable. Es tracta doncs de previsions que pretenen vincular jurídicament el comportament dels subjectes que puguin ser considerats com a destinataris d'aquestes.

A partir d'aquesta premissa general, el problema que cal plantejar en aquest moment rau en la identificació, precisament, dels esmentats destinataris. Com hem vist, són diversos els subjectes que intervenen en el marc de la distribució, entre els diferents abonats a una xarxa de cable, de programes audiovisuals. Ara bé, caldrà fer una certa anàlisi de la normativa vigent al respecte per tal de determinar sobre quin o quins subjectes l'ordenament fa recaure el pes d'analitzar i adequar la seva actuació a l'esmentada normativa referida als continguts.

Per tal de resoldre l'esmentada qüestió, possiblement és necessari prendre com a punt de partida un principi general que, al nostre entendre, es pot deduir del conjunt de les previsions que han estat descrites al llarg de l'epígraf anterior. En aquest sentit, i de manera genèrica, podem dir que els postulats normatius de referència constant parteixen de la voluntat del legislador de regular l'accés dels usuaris de les xarxes de cable a determinats continguts audiovisuals, els quals, per la seva capacitat d'incidència en determinats valors fonamentals de la societat, justificarien la previsió, en relació a aquests, d'excepcions al règim general que es deriva del text constitucional de llibertat de transmissió i difusió pública d'obres, idees, pensaments, etc.

A partir d'aquí, resulta necessari estudiar els preceptes que aquí ens ocupen per tal d'identificar el subjecte o subjectes al quals l'ordenament considera, estrictament, com a veritables subministradors de productes audiovisuals als usuaris, així com els subjectes

als quals l'ordenament es limitaria a atorgar un paper merament instrumental en l'esmentada tasca comunicativa, els quals, en conseqüència, podran ser considerats jurídicament com a no destinataris de les obligacions a què abans hem al·ludit.

Prèviament, però, cal fer l'advertiment que, d'acord amb la teoria general aplicable al tipus d'obligacions a què ara fem referència, la consagració d'aquestes comportarà la correlativa atribució a l'Administració de les potestats necessàries per determinar-ne l'abast, així com fiscalitzar el compliment efectiu d'aquestes, atribució que, segons veurem, es mourà en diversos àmbits, entre ells el sancionador.¹⁹

c.2.- La prestació del *servei públic de televisió per cable* en tant que criteri central

Al nostre entendre, la resolució dels problemes interpretatius que acabem de plantejar ha d'abordar-se necessàriament a partir no ja del tenor de tots i cadascun dels preceptes específics al quals s'acaba de fer referència, sinó d'un precepte que ja ha estat objecte específic de comentari aquí: l'article 2 LPAC. La referida norma assenyala que la LPAC s'aplica a totes aquelles entitats que presten el *servei públic de televisió per cable*.

Ja ens hem referit aquí àmpliament a quin és l'abast de l'expressió darrerament formulada dins del marc del complex conjunt normatiu que conformen la LGT i totes aquelles disposicions de la LTC que no han estat derogades per aquella. En aquest sentit, s'ha assenyalat ja que l'anomenat servei públic de televisió per cable consisteix en la distribució, per part de l'operador titular de la corresponent concessió, d'una programació televisiva entre els diferents abonats, a través d'una determinada xarxa de cable. I, segons hem dit ja, hem d'entendre per programació televisiva aquell conjunt de productes audiovisuals que se subministren a l'usuari a través d'un sistema de difusió,

¹⁹ Sobre aquestes qüestions, vegeu GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1998, p. 129 i s.

és a dir, d'acord amb el que estableix la pròpia LOT, utilitzant un mitjà en què la comunicació es porta a terme en un sol sentit a diversos punts de recepció simultàniament.

En conseqüència, dins l'àmbit de la matèria que ens ocupa, creiem que es pot afirmar que *l'entitat prestadora del servei no és cap altre agent diferent de l'operador de cable*. Concretament, l'esmentat operador durà a terme una funció de prestació del servei públic de televisió per cable quan, en virtut de la corresponent concessió administrativa –títol habilitant necessari en vista de la LOT, la LTC, la LGT i l'OLI–, es trobi en capacitat de proporcionar als abonats un conjunt de programes televisius. Aquests programes o bé seran propietat d'agents que al seu torn presten, a través del mitjà de difusió corresponent, altres modalitats del servei públic de difusió de televisió, o bé seran oferts com a conseqüència del corresponent negoci jurídic privat entre l'operador i el titular dels seus drets, o bé, finalment, seran elaborats pel propi operador o per una empresa *vinculada* a ell. En tot cas, creiem que es pot afirmar ara que *l'origen dels programes, és a dir, l'existència d'un agent que s'ha encarregat de la seva factura, no altera de cap manera l'exclusivitat de l'operador de cable en la seva posició de gestor del servei públic de televisió per cable a què estem fent reiterada referència*.

D'altra banda, cal insistir igualment en el fet que és certament possible, i d'altra banda serà el més habitual, que els diferents programes de televisió que rep l'abonat corresponent es trobin agrupats i subdividits en base al format clàssic de *canals*, tal com col_loquialment podem entendre l'esmentat concepte. Aquest fet obliga a plantejar de nou la possibilitat de l'existència d'un negoci jurídic entre operador i *programador* –en el sentit legal del terme– en virtut del qual aquest darrer adquirís veritablement tal condició, de manera que el primer es convertís, en definitiva, en poc més que un simple *arrendador* d'una xarxa de cable, i alterés, en conseqüència, els termes del plantejament que acabem d'efectuar al paràgraf anterior. En aquest sentit, sembla evident que si la referida circumstància fos legalment possible hauríem d'alterar el raonament que ara

estem construint i que tendeix a considerar l'operador en tant que *responsable* en relació al compliment de la normativa relativa a continguts audiovisuals transmesos per cable. De nou deixem apuntada aquesta matèria, que serà tractada al final del present epígraf.

Així doncs, sense perjudici que l'esmentada qüestió quedi pendent, podem afirmar ara que *hem d'entendre que les previsions contingudes a la LPAC, delimitatives dels continguts susceptibles de ser distribuïts a través de la xarxa de cable corresponent, es refereixen a l'operador, és a dir, tal com venim assenyalant, al concessionari del servei públic de televisió per cable.*

L'afirmació anterior ens porta a una primera conclusió de certa importància. Aquesta seria la de *la inaplicabilitat del règim jurídic que constitueix l'objecte del present treball a l'àmbit dels serveis audiovisuals distribuïts per cable diferent del de difusió de televisió*. Així, si bé és cert que, com hem assenyalat ja, l'ordenament conté alguns elements de confusió al respecte, especialment les ja referides previsions del RPAC en relació a l'extensió de les previsions de la LPAC a tots els serveis audiovisuals, el cert és que, en vista del que venim assenyalant, és a dir, de les diferents previsions contingudes tant a la legislació estatal com autonòmica, l'única conclusió jurídicament possible és la de l'alienació dels serveis audiovisuals no televisius al règim jurídic que ens ocupa aquí, això, com és evident, sense perjudici de la possible aplicació de preceptes propis de l'àmbit penal, l'estudi dels quals es troba completament fora dels objectius de les presents pàgines.

c.3.- Estudi sobre els diferents àmbits de responsabilitat

c.3.1.- Introducció

El primer conjunt de disposicions que cal entendre que s'adrecen directament a tot operador de cable mereix ser destacat per l'al·lusió explícita, per part d'aquestes, a la prescripció esmentada. Es tracta, concretament, dels articles 6.c)²⁰ 7.4²¹ i 5²² LPAC.

D'altra banda, i d'acord amb el que hem vingut sostenint fins ara, creiem també que cal entendre que s'adrecen directament a l'operador els mandats de l'article 3 en relació al que anomena els *principis de la programació*, 6.a) i b) en relació als límits dels continguts audiovisuals, de l'article 7.1 i 2 en relació a la pluralitat lingüística, de l'article 8 en relació a les comunicacions d'interès públic, així com de l'article 9 pel que fa a la declaració d'autoregulació.

A partir d'aquí, i en relació a alguns d'aquests preceptes, creiem necessari dur a terme una sèrie de reflexions i matisos.

c.3.2.- L'àmbit *lingüístic* i els seus problemes interpretatius

L'apartat primer de l'article 7 LPAC ens diu que, dins del temps reservat a la difusió d'obres europees –concretament el 51% a què es refereix l'article 5.1 LTSE–, un 50% haurà de ser destinat a l'emissió d'obres d'expressió originària en qualsevol llengua oficial de Catalunya, havent-se de garantir, al mateix temps, que el 50% d'aquestes obres –això vol dir, en definitiva, el 50% del 50% primerament referit– sigui en llengua catalana.

²⁰ Fa referència a la necessitat que l'operador ofereixi a l'abonat la possibilitat d'utilitzar les tecnologies existents en el mercat a fi de limitar l'accés des del seu receptor a continguts que puguin afectar determinats drets protegits, i que subministri aquest suport tecnològic sense cost complementari.

²¹ Comprèn l'obligació dels operadors i programadors independents d'utilitzar, com a mínim, el català en els sistemes de comunicació, tan audiovisuals com escrits, que estableixin amb els seus abonats.

²² Fa referència a l'obligació de l'operador de distribuir als abonats connectats a la xarxa els serveis de difusió de televisió que s'emeten principalment en català i, a la Vall d'Aran, en aranès.

El primer problema que es planteja aquí rau en com calcular els percentatges assenyalats. Concretament, es tracta de saber en base a quins paràmetres calcularem el 51% a què es refereix la LTSF, donat que és el percentatge inicial a partir del qual s'han d'efectuar els altres.

En aquest sentit, podem preguntar-nos si aquest percentatge s'ha de calcular en base al conjunt de la programació televisiva que s'emet per la xarxa de cable, o bé si cal fer-ho en relació, per exemple, a cadascun dels canals que s'ofereixen. Ja hem assenyalat en pàgines anteriors que el propi operador de cable mereix la consideració, quant a tal, de mitjà de comunicació que ofereix una determinada programació. No obstant això, no podem deixar de tenir en compte una evidència que es palesa principalment en la pròpia pràctica de la difusió de la televisió per cable, tal com ja ha estat apuntat en algun moment anterior, l'evidència de la continuació d'una determinada lògica d'emissió per *canals*, lògica que, al nostre entendre, és la que orienta la redacció del precepte que ara ens ocupa. D'aquesta manera, i sense perjudici que pugui introduir un cert grau d'inseguretat jurídica, cal dir que el percentatge de referència haurà de calcular-se en relació a cadascun dels diferents canals distribuïts a través de la xarxa de cable. Sense deixar de tenir en compte, però, allò que estableix l'article 7.3 LPAC, que preveu, en relació amb el que aquí ens interessa ara, que els actuals canals oberts poden oferir-se sense els condicionaments acabats de referir. En conseqüència, caldrà interpretar aquesta previsió en el sentit que els esmentats canals no podran ser utilitzats a l'hora de calcular el percentatge de reiterada referència. I amb l'avertiment, d'altra banda, que, en la mesura que es tracta, doncs, d'una limitació que afecta exclusivament els canals contractats per l'operador de cable —o, en tot cas, aquells canals en relació als quals l'operador té una posició de domini—, ha de recaure, en tot cas, sota la seva responsabilitat tot el que faci referència a l'incompliment de la referida quota lingüística.

D'altra banda, cal fer també esment de l'article 26.1 LPL, que estableix:

□

“Sense perjudici de l'aplicació de la Llei 8/1996, del 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable, les entitats a què fa referència la Llei esmentada han de garantir que com a mínim el cinquanta per cent del temps d'emissió de programes de producció pròpia de qualsevol mena i dels altres teleserveis que ofereixin sigui en llengua catalana.”

Al nostre entendre, aquest precepte no resulta excessivament clar, especialment pel que fa a la utilització de l'expressió *producció pròpia* en relació al cable. No obstant això, el que sí és cert és que a través de la referència als *altres teleserveis* sembla referir-se a l'emissió no ja només de programes de televisió, sinó, igualment, de la resta de productes audiovisuals susceptibles de ser distribuïts a través d'una xarxa de cable. D'altra banda, en tot cas, el que és cert és que *de cap manera a l'incompliment d'aquesta darrera disposició, la qual, insistim, constitueix una innovació de la LPL, podrà aplicar-se-li el règim sancionador que, segons veurem, està previst a la LPAC.*

c.3.3.- La declaració d'autoregulació

Un altre precepte que mereix aquí un cert comentari és l'article 9 LPAC. Concretament, segons hem assenyalat ja, atribueix a l'operador l'obligació d'aportar, davant l'òrgan administratiu competent, una declaració trimestral justificativa del compliment dels requeriments continguts als articles 6, 7 i 8.

En primer lloc, i pel que fa a l'òrgan administratiu competent, cal advertir que, concretament, es tracta de la Direcció General de Radiodifusió i Televisió de la Generalitat (DGRT), d'acord amb el que estableix l'article 2.c) RPAC. D'altra banda, creiem que estem davant d'un precepte que confirma en bona mesura els plantejaments que s'han vingut sostenint al llarg d'aquestes pàgines. En aquest sentit, la declaració justificativa a què fa referència l'esmentat article 9 palesa l'atribució de responsabilitat

que la LPAC fa a l'operador en relació als continguts audiovisuals. És evident, i sense perjudici del que puguem ampliar al final del present epígraf sobre aquesta delicada matèria, que només en un context en què existeixi un seguiment i, en definitiva, la pròpia decisió de l'operador en relació a la programació distribuïda per cable serà possible situar-lo en una posició en què pugui justificar davant l'Administració el compliment del règim jurídic dels continguts televisius.

c.4.- La necessitat d'introducció de determinades *modulacions* al règim general de responsabilitat exposat aquí

c.4.1.- Els anomenats *principis de la programació*

Tal com hem assenyalant en el seu moment, l'article 3 LPAC conté una sèrie de principis, que, de manera general, haurien d'inspirar la programació televisiva emesa per cable. Entre aquests es troba la necessitat del respecte al pluralisme, als valors i principis constitucionals i estatutaris, així com als drets i llibertats que es garanteixen en els esmentats textos, el deure d'objectivitat, veracitat i imparcialitat de les informacions, així com alguns d'altres la formulació dels quals, tal com hem dit ja, resulta extremadament genèrica i abstracta. En aquest darrer grup hom podia encabir *la promoció de la dona o la defensa i preservació del medi ambient* –apartats h) i i), respectivament, de l'article 3–.

Al nostre entendre, resulta necessari advertir aquí de les dificultats que presenta la conversió d'aquestes previsions legals en obligacions específiques en matèria de continguts audiovisuals. En aquest sentit, ¿quan es pot considerar que una emissió de televisió és contrària al principi de defensa i preservació del medi ambient? ¿A quin tipus de programació televisiva pot atribuir-se-li la desatenció de la promoció de la dona? Sembla, doncs, que, malgrat l'aparent juridicitat de bona part dels principis continguts a l'esmentat precepte, alguns d'ells semblen certament condemnats a

aparèixer al text de la Llei en tant que meres declaracions genèriques d'intencions, aspiracions, en definitiva, del legislador que estarien condemnades a esgotar-se amb la seva mera proclamació.

c.4.2.- Les obligacions dels programadors independents en matèria lingüística

Si bé és cert que la regla general és l'atribució de responsabilitat a l'operador, hi ha una sèrie de supòsits en què l'emissió de determinats continguts audiovisuals pot generar algun tipus de responsabilitat en actors diferents d'ell.

En primer lloc, cal acudir a l'article 7.4 LPAC. Aquest precepte estableix l'obligació de l'operador d'utilitzar, com a mínim, el català en els sistemes de comunicació, audiovisuals o escrits que estableixi amb els seus abonats. No obstant això, segons el tenor literal d'aquest article, aquesta obligació s'estén també als programadors independents. La qual cosa ens obliga, en definitiva, a incloure'ls, pel que fa als casos d'incompliment d'aquesta concreta obligació, en el marc dels responsables que estem estudiant aquí.

c.4.3.- Els programadors independents i la quota del 40%

En segon lloc, cal entrar a plantejar-se, igualment, si en tots els casos existeix un mateix grau de responsabilitat de l'operador en relació a l'emissió de determinats continguts. Pensem, en aquest sentit, en la quota del 40% destinada als programadors independents. ¿Podria un operador sancionat al _legar que la inclusió d'un determinat programa obeïa a la necessitat de complir amb l'esmentada quota? Al nostre entendre, aquesta posició resulta difícilment defensable. En aquest sentit, creiem que cal interpretar la voluntat de les diverses normes relatives a l'esmentada quota del 40% en el sentit que, en tot cas, l'operador disposa de plena autonomia per rebutjar l'adquisició de drets relatius a emissions televisives que li impedissin de complir amb els límits i obligacions que, des

del punt de vista dels continguts, li imposa la referida legislació. En conseqüència, creiem igualment que si l'operador pot justificar la concurrència d'aquest impediment per tal de complir amb la referida quota, estariem davant d'un supòsit que es pot incloure dins la circumstància legal d'*inexistència de suficient oferta audiovisual*, i, en definitiva, de *manca de disponibilitat de producció aliena* –article 4.1.b) LPAC–, en què la norma permet, precisament, la reducció de la quota en qüestió.²³

c.4.4.- La imposició legal de difondre determinades emissions de televisió

D'altra banda, i també en la línia de la modulació de la responsabilitat de l'operador en relació a l'emissió de determinats continguts, podem plantejar-nos igualment fins a quin punt la difusió de serveis televisius com a conseqüència de l'existència d'una imposició legal al respecte i no d'un determinat projecte de programació dissenyat i *negociat* per ell pot generar la seva responsabilitat de la mateixa manera que en la resta de casos.

Creiem, en aquest sentit que, a fi de resoldre aquesta qüestió, cal acudir a la disposició addicional LPAC, reiterada per la disposició també addicional RPAC. L'esmentada norma preveu que els articles 3, 6, 7, 8 i 9 LPAC s'apliquen als canals de televisió gestionats directament per la Generalitat i als canals el títol habilitant dels quals correspon ser atorgat a la Generalitat, sigui quin sigui el mitjà tècnic de difusió, és a dir, en l'actualitat correspon als canals de televisió analògica terrenal per ones hertzianes de gestió directa de la Generalitat i als de caràcter local en base a la LTL.

La interpretació de l'esmentada norma, que introdueix una dosi bastant significativa de confusió en el marc dels plantejaments generals de la ja poc clara LPAC, parteix de la realització d'una sèrie de consideracions.

²³ Vegeu, així mateix, l'article 2.a) RPAC.

En primer lloc, cal partir de la premissa que els termes en base als quals el concessionari es veu legalment obligat a difondre els serveis televisius abans referits impedeixen considerar-lo en tant que jurídicament responsable dels continguts audiovisuals difosos a través de la seva xarxa de cable. En aquest sentit, resulta evident que l'operador es troba mancat de tot paper actiu en relació al subministrament als usuaris de la programació dels *canals* obligatoris, havent-se de limitar, d'acord tant amb la LPAC com amb la pròpia LTC –concretament, els seus articles 11.1 e), f) i g)– a convertir-se en mer transmissor d'una programació la responsabilitat a l'entorn de la qual resulta clarament atribuïble a una altra instància. Així, l'operador, pel que fa a les emissions obligatòries de constant referència, es limita a subministrar una infraestructura de cable i a permetre que els programes de televisió originaris d'una sèrie d'entitats, gestores al seu torn d'un altre servei públic, arribi als usuaris.

A partir d'aquí, en relació a les previsions de la disposició addicional LPAC, confirmades també per la del RPAC, hem d'interpretar que les obligacions legalment previstes en relació als continguts audiovisuals que tinguin el seu origen en *canals* de televisió que la Generalitat gestiona directament o als quals la Generalitat atorga el títol habilitant, i que siguin difosos per cable com a conseqüència de l'obligació continguda als articles 11.1 LTC i 4.1 LPAC, s'imposen als esmentats canals i *no* al concessionari, com resultaria de l'aplicació del règim general.

Però, ¿què succeeix en relació a la resta de supòsits, és a dir, aquells canals, de distribució igualment obligatòria, diferents dels abans esmentats –per exemple, els gestionats per les concessionàries privades del servei públic essencial de televisió analògica per ones terrestres de titularitat estatal (article 1 LTP), o el propi ens públic gestor d'aquest–? En aquests casos, al nostre entendre, esdevenen inaplicables les previsions contingudes a la LPAC en matèria de continguts audiovisuals. En el seu cas, procedirà l'aplicació de la normativa general en matèria de continguts televisius a què s'ha fet referència, però en cap cas la LCAP. Per la seva banda, com és igualment

evident, i donada la identitat de supòsits en relació al que hem plantejat al paràgraf anterior, és clar que, en aquests supòsits, tampoc no podrem considerar responsable el concessionari, tenint en compte la LPAC.

En definitiva, podem dir que en el fons de les argumentacions exposades al llarg del present epígraf, en la mesura que, segons veurem, es troben vinculades a la possibilitat de l'exercici de potestats de sanció, rau el principi de culpabilitat, el qual cal entendre'l vigent i aplicable en el marc del nostre Dret administratiu sancionador.²⁴ Aquest principi determinaria la necessitat de poder apreciar una conducta dolosa o imprudent per tal de poder procedir a sancionar-la, conducta que, en els supòsits acabats de plantejar, difícilment concorrerà en l'operador.

c.4.5.- La *cessió*, per part de l'operador, d'una part de la xarxa als programadors

Cal que reflexionem ara sobre una matèria de prou importància dins l'àmbit de l'atribució de responsabilitat en matèria de continguts televisius distribuïts per cable. En aquest sentit, cal reprendre aquí les consideracions dutes a terme al llarg de pàgines anteriors pel que fa a la possibilitat que, en virtut del negoci jurídic corresponent, es pacti la *cessió* virtual, per part de l'operador de cable, d'una part de la infraestructura al programador corresponent per tal que aquest pugui distribuir-hi un determinat *paquet* de programació en relació al qual exerciria un poder de decisió considerablement ampli. El problema que pot plantejar-se aquí és, com es pot suposar, el de fins a quin punt, ateses les circumstàncies esmentades, pot responsabilitzar-se l'operador, en els termes que hem vingut sostenint al llarg del present epígraf, de l'emissió d'uns continguts en relació als quals podem dir que no té un poder de decisió gaire elevat.

²⁴ Vegeu NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, així com DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.

Des del nostre punt de vista, creiem, i així ho confirma la pròpia legislació aplicable, que el principi general de llibertat, d'autonomia de la voluntat pel que fa a les relacions jurídiques privades entre operador i programador, no impedeix acceptar l'existència de determinats principis que poden modular determinades manifestacions d'aquestes. En aquest sentit, el propi article 5 LPAC atribueix als operadors de cable l'obligació de comunicar a l'Administració bona part de les circumstàncies relatives a les relacions d'ordre jurídic privat que puguin mantenir amb els operadors independents –els quals, d'altra banda, són, per definició, el tipus d'agent amb relació al qual pot plantejar-se el tipus de problema que estem abordant aquí–. Creiem doncs, que *la possibilitat de la cessió a què estem fent referència en aquest moment no pot arribar a tenir un abast tan gran, dins l'àmbit de les relacions operador-programador, que signifiqui l'abdicació, per part del primer, de les obligacions que la legislació vigent li atribueix i que, al nostre entendre, passen, entre d'altres, per conservar la capacitat per poder formular la declaració a què fa referència l'article 9 LPAC.* En aquest sentit, doncs, el fet de posar en coneixement de l'Administració els paràmetres en base als quals s'articulen les relacions jurídiques d'ordre privat entre els agents a què hem fet referència reiteradament, proporciona a l'Administració la possibilitat de conèixer *ex ante* si l'operador es troba en una situació d'abdicació de responsabilitats i controls tan gran que l'exonera de possibles responsabilitats en relació a l'emissió de continguts televisius per part del programador. Certament, hauríem de plantejar-nos si la manca de reacció administrativa davant de determinats règims contractuals, podria, en determinats casos, situar l'operador en una posició que, donat el cas, li permetés d'eludir la seva responsabilitat en relació a l'emissió d'uns continguts il·lícits en relació als quals, d'altra banda, per motius d'ubicació geogràfica, podria resultar difícil perseguir el programador.

Al nostre entendre, si bé és cert que, tal com ja hem destacat, en el marc del nostre Dret administratiu sancionador regeix el principi de culpabilitat, el qual imposa la necessitat de l'existència d'algun tipus de vinculació entre el subjecte infractor i la seva conducta,

de tal manera que aquesta li pugui ser recriminada en tant que dolosa o culpable, també ho és que *la realització d'un negoci jurídic del tipus abans referit, més que exonerar-lo de responsabilitat, al nostre entendre, determinaria l'incompliment, per part de l'operador corresponent, i en grau d'imprudència, d'allò que estableix l'article 9 LPAC*. Aquesta infracció, segons veurem més endavant, es troba prevista quant a tal en el marc del règim sancionador previst a l'article 13.2 LPAC.

c.4.6.- Excurs final sobre la subcontractació de serveis

L'article 116 de la Ley 13/1995, de 18 de maig, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), preveu la possibilitat que, pel que fa als contractes administratius en general, i amb excepció d'aquells casos en què el contracte disposi el contrari o en què per la seva naturalesa es prevegi l'execució directa per part de l'adjudicatari, aquest concertí amb tercers la seva realització parcial. No obstant això, cal tenir en compte les previsions contingudes a l'article 171 LCAP, referides específicament a la subcontractació del contracte de serveis públics, en què s'estableix que aquesta només podrà recaure sobre prestacions *accessòries*.

A partir d'aquí, sembla lògic que ens plantejem fins a quin punt podrem aplicar les esmentades previsions al marc de la concessió del servei públic de televisió per cable, que, com sembla evident, pot incloure's *a priori* en la categoria de contracte de gestió de serveis públics.²⁵ En aquest sentit, ens sembla necessari precisar d'entrada quina és la prestació principal a què cal entendre obligat l'operador de cable en virtut de la concessió de servei públic a què fem referència constantment. En aquest sentit, de la lectura de les obligacions que l'article 26 LTC atribueix al concessionari, així com del conjunt de la normativa vigent al respecte, es desprèn que correspon a aquest *l'assumpció de la distribució als usuaris d'una sèrie de serveis de televisió, que, des de*

²⁵ L'aplicabilitat de les esmentades previsions de la LCAP al tipus de concessió que aquí ens ocupa la trobem confirmada per preceptes com ara els articles 11 a 20 RTC, que cal considerar vigents en relació amb el que estem tractant aquí.

la perspectiva que ara ens interessa, hauran de respondre a una sèrie de principis i requisits des del punt de vista del contingut.

En conseqüència, i sense perjudici del fet que es tracta d'una matèria que, per la seva complexitat, no podem tractar aquí amb l'abast que es mereix, cal assenyalar que l'aplicació de la figura de subcontractació a la matèria que ens ocupa és un plantejament que requereix en tot cas tenir present el fet que *la tasca de programar, en el sentit propi del terme, els continguts televisius que arribaran a tot usuari d'una xarxa de cable constitueix una de les prestacions principals derivades del títol de concessió de l'operador*, per la qual cosa, des de la perspectiva de la LCAP, hem de descartar un cop més la possibilitat de la conversió d'aquell en un mer gestor d'una infraestructura de cable desvinculat dels continguts audiovisuals que hi circulen.

C) Règim jurídic de la intervenció administrativa. Òrgans i competències

a) Les potestats de la Direcció General de Radiodifusió i Televisió de la Generalitat

a.1.- La inspecció i la *comprovació*

Segons preveu l'article 2.g) RPAC, la Direcció General de Radiodifusió i Televisió (DGRT) ha de *vetllar* pel compliment de les mesures de protecció dels menors previstes pel propi Reglament a l'article 4, així com pels drets de les minories i la dignitat de les persones. En conseqüència, d'una manera un tant genèrica, el RPAC atribuiria a l'esmentat òrgan de l'Administració activa un paper de *garant* en relació al respecte, per part dels diferents continguts televisius distribuïts pel cable,²⁶ de la normativa aplicable.

²⁶ Estrictament, tal com ja hem advertit, el RPAC estén la seva vigència a tots els continguts audiovisuals i no només televisius distribuïts per cable. No obstant això, ja s'han assenyalat els problemes que aquesta opció presentava des del punt de vista de la seva adequació a les previsions de la LPAC.

No obstant això, creiem que aquesta previsió reglamentària, per tal que el seu significat jurídic sigui complet, s'ha d'interpretar conjuntament en relació amb d'altres preceptes. En aquest sentit, tal com adverteix el propi article 2.g) RPAC, es tracta d'una funció compartida amb el CAC, òrgan que, segons veurem, exerceix aquesta funció d'una manera autònoma.

Tornant a l'esfera d'atribucions de la DGRT, i en relació a la referida anteriorment, cal ara fer esment de l'article 2.e) LPAC, que confereix a l'esmentat òrgan competències per "*realitzar les inspeccions i comprovacions necessàries a operadors de cable per tal de garantir el compliment de la normativa vigent*". D'altra banda, aquest mateix precepte afegeix que, pel que fa a l'exercici de les potestats esmentades, els diferents operadors estan obligats a conservar "*tota la programació emesa corresponent als dotze mesos immediatament anteriors*".

Així doncs, el RPAC, d'acord amb el que ja estableix l'article 9.2 LPAC, atribueix a la DGRT les potestats d'*inspecció i comprovació* en relació als continguts televisius distribuïts per cable. Pel que sembla, s'al·ludeix a dos tipus de funcions diferents que caldrà caracteritzar. Segons les poques aproximacions doctrinals existents en relació a la figura de la inspecció, podem dir que es tracta d'una activitat administrativa de caràcter *instrumental* —és a dir, prèvia a una altra activitat de caràcter *principal*, orientada pròpiament al servei d'interessos públics—, que consisteix en la provisió o obtenció de mitjans informatius a través d'una acció directa de captació de dades, que no es trobarien a disposició pública de qualsevol, i en relació a la qual seria legítim, en darrera instància, el recurs a la coacció.²⁷ Es tracta, per tant, d'una activitat administrativa d'obtenció d'informació sobre determinades activitats dels particulars, que, d'una banda, exigeix una certa dosi d'intervenció o limitació de la seva llibertat, donat que

²⁷ Vegeu un desenvolupament de la definició exposada a MARTÍ BAGUÉ, J.A., "Inspección", dins VV.AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tom XII, Seix, Barcelona, 1977, p. 871 i s.

s'accedeix a dades no disponibles de manera general; i, de l'altra, tendeix a constituir la base per a l'exercici d'altres potestats administratives, principalment, la de sancionar.

Creiem que aquesta noció explica les previsions contingudes en el segon paràgraf del precepte que ens ocupa. En aquest sentit, l'actuació inspectora de la DGRT consistirà en un accés no equiparable al dels usuaris en relació a la programació en ocasió de la seva emissió i, a més, abastarà tota la programació oferta als abonats durant els darrers dotze mesos, que, segons hem dit, l'operador haurà de tenir a la seva disposició.

Un cop aclarit això, hem de preguntar-nos què cal d'entendre per *comprovació*. Al nostre entendre, tant la LPAC com el RPAC conceben dues fases diferents des del punt de vista de la intervenció administrativa prèvia a l'exercici de la potestat sancionadora. En aquest sentit, la inspecció, tal com hem assenyalat, consistiria en la mera *obtenció* dels continguts audiovisuals en qüestió, en el fet de *posar-los a disposició* de l'Administració, o, com a mínim, en la verificació, per part d'aquesta, de la seva conservació per part de l'operador. A partir d'aquí, la *comprovació* faria referència a una tasca diferent i sens dubte més complexa, que comportaria el visionat i la detecció, en els diferents programes, d'aquells continguts que podrien arribar a originar la incoació de l'expedient sancionador corresponent. Molt possiblement, aquesta tasca de *comprovació* podria ser encabida dins d'una noció àmplia d'inspecció, però el cert és que el legislador ha optat per separar-les i aquesta és, al nostre entendre, la forma més raonable d'interpretar la distinció esmentada.

a.2.- Facultats relatives a la quota de programadors independents i a la declaració d'autoregulació.

Segons l'article 2.a) RPAC, la DGRT resol les sol·licituds dels operadors que es fonamenten en la insuficiència del mercat i que pretenen reduir el 40% de l'oferta audiovisual que han de reservar obligatòriament als programadors independents.

En el marc del precepte esmentat, creiem necessari a insistir aquí en els termes en què hem dit que cal entendre l'existència de la imposició legal de la quota esmentada. En aquest sentit, ja hem advertit sobre el fet que l'acompliment d'aquesta quota no eximia l'operador de les obligacions que la legislació vigent també li imposa en relació al respecte de la normativa de continguts audiovisuals, per la qual cosa la noció d'*insuficiència del mercat* havia de ser interpretada en sentit ampli si no es volia, en cas contrari, trencar el principi de responsabilitat que regeix el conjunt de la normativa que estem estudiant.

D'altra banda, l'article 2.b) RPAC atribueix a la DGRT la competència de "*conèixer els contractes subscrits entre operadors de cable i programadors independents, així com la constitució de societats entre ambdós per a la comercialització de programes audiovisuals*" i estableix, a continuació, un termini perquè l'operador de cable trameti la documentació corresponent. Sobre aquesta qüestió cal que ens remetem de nou a qüestions ja tractades aquí, concretament als dubtes que en pàgines anteriors expressàvem pel que fa a la limitació de les potestats de la DGRT en aquest àmbit al mer *coneixement* de les relacions jurídico-privades que poguessin establir-se, donat que la celebració d'aquestes en base a uns determinats paràmetres podria arribar a comprometre la posició jurídica de l'operador en tant que responsable, posició que és, cal insistir-hi, jurídicament irrenunciable.

Finalment, l'article 2.c) RPAC també atribueix a la DGRT la competència per *rebre* la declaració d'autoregulació a què fa referència l'article 9 LPAC. En realitat, es tracta d'una manera de recordar l'existència de l'*obligació* de l'operador de lliurar l'esmentada declaració i l'esmentat precepte serveix, per tant, per precisar l'òrgan competent per rebre-la. D'altra banda, també es consagra el deure de la DGRT de col·laborar amb el CAC, concretament pel que fa a l'accés per part d'aquest darrer òrgan a la documentació a què fa referència el precepte que ara ens ocupa.

a.3.- La potestat sancionadora

Tal com ja hem avançat en epígrafs anteriors, el règim sancionador relatiu a l'oferta audiovisual distribuïda per cable es troba previst als articles 13, 14 i 15 LPAC. Concretament, l'article 13 fa una tipificació de les diferents infraccions i l'article següent estableix les sancions corresponents.

Pel que fa a les primeres, poden ser molt greus —en casos de reiteració d'una infracció greu—, greus —que comprenen els casos d'incompliment del que estableixen els capítols II i III LPAC, de violació dels principis de l'article 3, de negativa a facilitar la informació sol·licitada i d'obstrucció de les tasques inspectores, així com de negativa a difondre un comunicat dels regulats a l'article 8—, i lleus —en aquells casos d'incompliment de qualsevol de les obligacions i deures previstos a la LPAC que no estiguin qualificats com a infraccions greus—.

Pel que fa a les sancions previstes, en tots els casos es combinen dos tipus de mesures: d'una banda, les d'ordre econòmic —des de 500.000 pessetes a 50.000.000 pessetes— i, de l'altra, si així ho acorda l'òrgan competent, les referents a les activitats del subjecte infractor —suspensió de les emissions o d'una part de la programació o, fins i tot, cancel·lació del canal—.

Cal que ens tornem a aturar un moment en relació al subjecte responsable de la conducta infractora. Al llarg de les pàgines anteriors hem formulat ja el que constitueix, al nostre entendre, el paràmetre d'atribució de responsabilitat en relació als continguts audiovisuals distribuïts per cable. No obstant això, cal fer ara algunes reflexions en relació a les sancions d'ordre no pecuniari susceptibles de ser imposades. En aquest sentit, segons la LPAC, és possible la suspensió de les emissions o d'una part de la programació durant un cert període de temps i, fins i tot, la *cancel·lació del canal*.

Al nostre parer, és evident que, en aquells casos en què la conducta infractora es produeixi com a conseqüència de l'aplicació de la disposició addicional LPAC, que ja hem comentat àmpliament, no es plantegen gaires problemes, donat que la norma esmentada ens parla igualment de *canals*, fet que permet de considerar els gestors d'aquests (televisions públiques de gestió directa i televisions locals de concessió) com subjectes infractors.

Ara bé, en aquells casos en què, segons hem vist, haguem de considerar l'operador com responsable, ¿com aplicarem les previsions de reiterada referència? Què implicaria dur a terme la *cancel·lació del canal*? Quin abast tindria la suspensió de les emissions o d'una part de la programació?

En una primera aproximació podríem dir que, en la mesura que al llarg del present estudi s'ha defensat un concepte d'operador en tant que *programador*, la possible suspensió o *cancel·lació* a què fa referència l'article 14 LPAC s'hauria d'aplicar en base al conjunt de la programació distribuïda per l'operador, és a dir que estaríem parlant de privar l'operador del dret de prestar serveis televisius a través de la xarxa de cable. El problema que es plantejaria en aquests casos seria el de saber si estem parlant estrictament de l'*extinció* de la corresponent concessió de servei públic, amb la distorsió que, al nostre entendre, provocaria la inclusió d'aquesta dins de la lògica d'un procediment sancionador.

Creiem que aquesta solució seria molt carregosa per a l'operador i que, d'altra banda, no acaba de comptar amb un recolzament legal clar, almenys pel que fa a la legislació de cable.²⁸ En aquest sentit, cal insistir en el fet que la terminologia legal fa referència, en tot cas, a la *cancel·lació* o la suspensió de la programació *del canal*. Així doncs, creiem

²⁸ Aquestes afirmacions són sense perjudici del que, en un capítol posterior, assenyalem tot prenent la LCAP com a punt de partida.

que la interpretació correcta de les disposicions que ara ens ocupen passa per considerar *en tant que conseqüència jurídica d'una conducta infractora de l'operador, i de manera simultània a la imposició de la corresponent sanció pecuniària, la suspensió o la cancel·lació d'aquells programes de televisió que formin part d'un determinat conjunt més ampli en relació al qual s'ha produït el corresponent i previ negoci jurídic entre l'operador i el programador pròpiament dit.* Així doncs, estariem fent d'una utilització extrajurídica i no excessivament tècnica, però socialment estesa, del concepte de canal de televisió, que és precisament la que sembla utilitzar la LPAC en relació als supòsits que ara plantegem.

Pel que fa a l'atribució concreta de la potestat sancionadora, i en vista del silenci de la LPAC, l'article 5 RPAC estableix que correspondrà:

- a) Al Director General de Radiodifusió i Televisió, si es tracta d'infraccions lleus.
- b) Al Secretari General del Departament de la Presidència, si es tracta d'infraccions greus.
- c) Al Conseller del Departament de la Presidència, si es tracta d'infraccions molt greus."

A més, d'acord amb l'article 6 RPAC, cal tenir en compte que l'inici dels procediments sancionadors es produeix en tot cas mitjançant resolució administrativa del director general de Radiodifusió i Televisió. D'acord amb l'article 2.d) RPAC, aquesta atribució és coherent amb la competència ja esmentada de vetllar pel compliment de la normativa referent als continguts audiovisuals, concretament pel que fa a *"les mesures de protecció dels menors establertes a l'article 4, així com els drets de les minories i la dignitat de les persones (...)"*.

D'altra banda, també cal tenir en compte que el CAC també té un cert paper en relació a la incoació dels expedients sancionadors de què es tracta. En aquest sentit, l'article 4.3.a) RCAC atribueix a aquest òrgan la competència per vetllar pel compliment del que

estableix la normativa relativa a la programació i publicitat audiovisuals (a aquest respecte, el RCAC es refereix principalment a la LTSF). A partir d'aquí, es preveu igualment que el CAC ha de "*comunicar les seves conclusions i informes a l'Administració competent*". Així doncs, hem d'entendre que el RCAC encomana al CAC el deure de posar en coneixement de la DGRT la detecció de supòsits d'incompliment de la normativa reguladora dels continguts audiovisuals.²⁹

No podem deixar aquí les nostres consideracions sobre el règim sancionador que ens ocupa. En aquest punt hem de referir-nos a les disposicions que la LPIA conté sobre la matèria.

Ja hem vist que l'esmentada norma estableix un seguit de disposicions en relació als continguts audiovisuals, disposicions a les quals, segons hem referit igualment, es remet la pròpia LPAC, a través de l'article 6, per confirmar-ne l'aplicabilitat a l'àmbit dels serveis de difusió de televisió per cable. Recordem aquí, d'altra banda, que la funció de les esmentades disposicions consisteix, d'acord amb allò que reconeix expressament l'article 36.2 LPIA, a recollir dins de l'ordenament jurídic autonòmic les previsions contingudes a la LTSF sobre la matèria a què ens referim constantment.

Ara bé, cal advertir igualment que la LPIA conté, en els articles 59 i següents, un règim sancionador que podria portar a l'equívoc pel que a la seva possibilitat d'aplicació a la matèria que aquí ens ocupa. No obstant, tal com adverteix expressament l'article 60.2, cal destacar que:

²⁹ Cal tenir en compte que aquesta facultat de *comunicar conclusions i informes a l'Administració competent* és fruit de la nova redacció donada al precepte per part del Decret 222/1998, de 30 de juliol. En la seva primera versió, el RCAC atribuïa al CAC la tasca de *denúncia de les infraccions detectades* davant l'Administració competent.

“Les infraccions de les obligacions i els principis establerts pels articles 36.2, 37.3 i 38.2 són sancionades de conformitat amb el que disposa l'article 19.2 de la Llei de l'Estat 25/1994.”

Per tant, segons la pròpia LPJA, el règim sancionador a què cal acudir és el contingut a la LTSF, la qual, com ja hem vist en un moment anterior, estableix un règim jurídic relatiu als continguts televisius, que, a la seva vegada, i d'acord amb l'article 6 LPAC, resulta aplicable a la programació televisiva distribuïda per cable. Pel que fa a l'esmentat règim sancionador, concretament als subjectes passius i a les competències de control i sanció, l'article 18 LTSF preveu el següent:

- “1. El régimen sancionador establecido en este capítulo será de aplicación a las entidades públicas o privadas contempladas en el artículo 2.1 de la presente Ley.
2. Las funciones de control e inspección del cumplimiento de las disposiciones de esta Ley para los servicios de televisión se ejercerán con las excepciones señaladas en el párrafo siguiente, por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. La imposición de las sanciones que el incumplimiento de dichas disposiciones pueda comportar en estos supuestos corresponderá, para las infracciones graves, al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, y para las muy graves, al Consejo de Ministros.
3. Las Comunidades Autónomas ejercerán las funciones de control e inspección e imposición de sanciones respecto a los contenidos de la programación de los terceros canales propios y de los servicios de televisión sobre los que les corresponde otorgar el título habilitante.”

A l'apartat anterior ja hem vist que el número 2 del precepte que acabem de citar serà objecte d'aplicació, dins l'àmbit del cable, en aquells casos en què es distribueixin a través de la xarxa esmentada continguts il·lícits produïts per les entitats regulades a la LERTV i a la LTP. Des del punt de vista de la normativa aplicable per a la fixació de les conductes infractores concretes, hem d'entendre que, a més del que estableix la LTSF, també es poden aplicar, en la mesura que les emissions siguin difoses a través d'una

xarxa de cable catalana, les disposicions contingudes a l'article 36 LPIA, tenint en compte allò que preveu l'apartat 2 de la disposició addicional tercera LPIA:

“Si qualsevol mitjà televisiu o radiofònic altre que els esmentats en l'apartat 1, exclòs, per tant, de l'aplicació d'aquesta Llei, que emet o té difusió en el territori de Catalunya incompleix de manera manifesta i greu les normes de protecció de menors establertes pels articles 36, 37 i 38, la Generalitat ho ha de posar en coneixement de l'òrgan de control que sigui competent en cada cas, perquè aquest insti, si escau, les actuacions que estimi pertinents.”

Per la seva banda, l'apartat 3 atribueix a les Comunitats autònomes les funcions de control, inspecció i sanció relatives a aquells canals als quals hagin atorgat el seu títol habilitant. Ja hem vist, igualment, en quins termes hem d'interpretar aquesta disposició en relació a la televisió per cable.

Per tant, dins d'aquest complex conjunt de remissions encadenades, l'únic que trobaríem a faltar seria una remissió, per part de la LPIA, al règim sancionador establert a la LPAC, concretament pel que fa a la responsabilitat dels operadors de cable. No obstant això, com és sabut, aquesta darrera norma s'encarrega de resoldre qualsevol dubte que pugui plantejar la connexió de les diferents normes a què acabem de fer referència.

a.4.- L'extinció de la concessió del servei públic de televisió per cable per incompliment *culpable* del contractista

A l'epígraf anterior hem apuntat la possibilitat d'extinció del títol que habilita l'operador per a la prestació del servei públic de televisió per cable, és a dir, de la concessió corresponent. No obstant això, es tracta d'una matèria que cal estudiar, tenint en compte no tan sols la legislació del cable, sinó també la legislació específica de

contractes de les Administracions públiques, que, com ja hem vist, resultava aplicable, concretament pel que fa a la subcontractació, al tipus de concessió que aquí ens ocupa.

En aquest sentit, l'article 112 LCAP, després de referir-se a una sèrie de supòsits que motiven l'extinció dels contractes administratius, al·ludeix, en l'apartat g), al "*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*", previsió que, segons l'article 168 LCAP, es pot aplicar específicament als contractes de gestió de serveis públics. Es tractaria, per tant, d'una previsió que inclouria com a causa justificativa de la rescissió del contracte corresponent per part de l'Administració, l'existència d'una manca de compliment, per part del concessionari, d'aquelles obligacions que li corresponen principalment en tant que contractista.

Així doncs, sembla que ens trobem davant d'un altre instrument a disposició de l'Administració en relació als casos d'incompliment de les obligacions que, segons hem vist, la legislació vigent imposa a l'operador-concessionari del servei públic de televisió per cable en matèria de continguts. Al nostre entendre aquest instrument, tal com hem ja apuntat, està desvinculat de l'òrbita de les potestats sancionadores de l'Administració i seria susceptible de ser utilitzat en aquells supòsits en què l'operador reincidís en conductes infractores o es tractés d'incompliments veritablement greus.³⁰ En conseqüència, ens trobem davant de supòsits en què, si bé és cert que podem parlar de la necessitat d'un incompliment *culpable* per part del concessionari, no valdran principis

³⁰ D'altra banda, aquesta és, tal com ens recorda LEGUINA VILLA, la doctrina del Consell d'Estat en relació a la matèria general de l'extinció dels contractes administratius per incompliment del contractista. En aquest sentit, el Dictamen d'1 de març de 1979 assenyala: "*la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura*". De la mateixa manera, el Dictamen de 9 de juny de 1988 assenyala que ha de tractar-se d'"*incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato*". Sobre aquestes qüestions, vegeu LEGUINA VILLA, J., "La extinción de los contratos", dins GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 541 i s., en especial, p. 545 i s.

d'aplicació exclusiva a l'àmbit del Dret administratiu sancionador, com ara el de presumpció d'innocència o el de *non bis in idem*.

b) El Consell Audiovisual de Catalunya

Al llarg de les pàgines anteriors hem pogut analitzar gairebé la totalitat d'elements, tant d'ordre jurídic material com organitzatiu, que incideixen dins de l'àmbit del règim jurídic de la responsabilitat dels operadors de telecomunicacions per cable, especialment pel que fa referència a la distribució de productes audiovisuals entre els seus abonats.

Però encara hem de referir-nos a un òrgan, en relació al qual ja hem tingut ocasió d'apuntar alguna cosa i que està cridat a tenir un paper d'una certa rellevància dins l'àmbit de l'audiovisual a Catalunya: el CAC.

El RCAC constitueix la norma fonamental que ens permet aproximar-nos a la naturalesa jurídica i a les funcions del CAC. Així, si bé és cert que és a través dels articles 10 i següents LPAC que es crea el CAC i se'n dibuixen els trets principals, de fet, és a la norma abans referida on trobem una regulació detallada de l'esmentat òrgan.

Cal dir, d'entrada, que el CAC no pot integrar-se dins de l'àmbit del que s'anomenen les *administracions independents*. No podem profunditzar aquí en una matèria que escapa àmpliament als objectius del present treball. No obstant això, podem assenyalar que el RCAC es refereix a allò que anomena *autonomia orgànica i funcional* del CAC. Concretament, l'article 3 assenyala que, en l'exercici de les seves funcions, el CAC actua amb autonomia orgànica i funcional i gaudeix d'independència respecte dels òrgans legislatius. No obstant això, aquest precepte també afirma l'*adscripció* del CAC al Departament de la Presidència, terme que troba la seva concreció en el marc de l'article 9 RCAC, que encomana a aquest Departament la prestació de suport administratiu al CAC. D'altra banda, des d'un punt de vista pressupostari, el CAC

"disposa dels crèdits que, per atendre les despeses de funcionament i d'inversió, figurin en la secció corresponent del pressupost de la Generalitat en cada exercici". Finalment, un altre element interessant des del punt de vista de les presents consideracions és el règim de nomenament i d'incompatibilitats previst en relació al President i els vocals del CAC –persones, en tot cas, i segons l'article 5 RCAC, amb reconeguda formació tècnica i professional–. Concretament, l'article 6.1 RCAC preveu que el President i quatre vocals són nomenats pel Govern, quatre vocals pel Parlament i els altres quatre, a parts iguals, per la Federació de Municipis de Catalunya i l'Associació Catalana de Municipis. Cal destacar, però, i amb excepció de la previsió feta a l'article 7 respecte al President, la manca de la previsió d'un règim d'incompatibilitats en relació als integrants del CAC.³¹

Del conjunt d'elements a què hem fet referència anteriorment, creiem que cal concloure'n, en primer lloc, la situació de relativa ambigüïtat en què sembla situar-se al CAC. En aquest sentit, malgrat la referència a l'autonomia orgànica i funcional, i la independència d'aquest respecte del poder legislatiu, es tracta d'un òrgan que, de manera simultània, està *adscribit* al Departament de la Presidència. Pel que fa a les conseqüències d'aquesta adscripció, al llarg del RCAC l'únic que trobem reconegut específicament és l'obtenció de *suport administratiu* d'aquest Departament. D'altra banda, cal destacar de manera especial la qüestió ja plantejada del règim d'incompatibilitats pràcticament inexistent, cosa que planteja la possibilitat d'inclusió en el CAC de persones que puguin estar vinculades a determinades estructures de jerarquia o influència, amb les conseqüències nefastes que aquest fet pot provocar en relació a la formació del criteri col·legial del CAC. En conseqüència, malgrat les previsions i declaracions d'ordre general contingudes al RCAC, existeixen carències significatives pel que fa a la garantia de l'exercici de les funcions del CAC, en els

³¹ L'article 7 RCAC subjecta el President del CAC al règim d'incompatibilitats que estableix la Llei 21/1987, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

termes d'autonomia derivada del prestigi tècnic i professional dels seus membres que semblarien desprendre's d'alguns dels seus preceptes.

Pel que fa a les atribucions del CAC, podem agrupar-les en diversos grans grups. En primer lloc, el CAC exerceix tot un conjunt de funcions consultives i d'assessorament agrupades a l'article 4.2 RCAC, que consisteixen en l'elaboració d'informes i dictàmens d'ordre divers.³² En segon lloc, el CAC ostenta igualment competències de comunicació amb la societat (article 4.4 RCAC), dins de les quals podem incloure l'exercici de tasques d'arbitratge, de copsar les demandes i els suggeriments dels usuaris dels mitjans d'informació, així com de mantenir una relació constant i fluïda amb el ciutadà, els professionals del sector audiovisual, les empreses i les diferents associacions i entitats interessades, així com amb els centres de formació audiovisual. En tercer lloc, cal fer referència a la previsió d'una sèrie de funcions en relació al suport al procés de normalització lingüística.³³

Hem reservat per al final aquelles funcions que resulten particularment interessants en el marc dels objectius del present treball. Ens referim concretament al bloc contingut en l'article 4.3 RCAC, agrupat sota la denominació de *competències de vigilància i control*. De manera específica, cal centrar la nostra atenció en les previsions contingudes a l'apartat a) de l'esmentat precepte i que fan la següent atribució de competències al CAC.³⁴

³² Aquests comprenen l'assessorament del Govern de la Generalitat mitjançant informes sobre matèries relacionades amb la legislació i la regulació del sistema audiovisual i de radiodifusió, l'informe amb caràcter preceptiu i no vinculant sobre projectes de llei relacionats amb la matèria de radiodifusió i televisió, així com l'elaboració d'informes i dictàmens en matèries de la competència d'ofici del CAC, o a instància del Govern o del Parlament.

³³ Aquestes funcions, previstes de manera concreta en l'article 4.5 RCAC, comprenen la realització d'un seguiment de l'ús del català als diferents mitjans que distribueixen programació audiovisual, la denúncia dels incompliments dels mínims de producció en llengua catalana, així com el subministrament de la informació que se sol licitar sobre l'ús del català a la programació audiovisual.

³⁴ Com ja hem advertit, la redacció d'aquest apartat és fruit de la reforma operada pel Decret 222/1998, de 30 de juliol.

“Vetllar pel compliment del que estableix la normativa relativa a la programació i publicitat audiovisuals, en especial les lleis d'incorporació a l'ordenament de les directives de televisió sense fronteres, i comunicar les seves conclusions i informes a l'Administració competent.

A aquests efectes es farà un seguiment de les programacions de les emissores basant-se en les declaracions justificatives del compliment dels requisits establerts als articles 6, 7 i 8 de la Llei 8/1996, de 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable i als articles 25 i 26 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística. El Consell Audiovisual de Catalunya sol·licitarà aquestes declaracions a la Direcció General de Radiodifusió i Televisió.

El Consell Audiovisual de Catalunya pot sol·licitar, per mitjà de la Direcció General de Radiodifusió i Televisió, la informació que requereixi de les entitats que operen en el sector audiovisual i de radiodifusió.”

Veiem doncs que, simultàniament amb la DGRT, l'ordenament confereix al CAC la competència de *vetllar* pel compliment de la normativa vigent en matèria de continguts audiovisuals. El que passa és que, a diferència de l'òrgan administratiu referit en primer lloc, i tal com es desprèn del precepte esmentat, la posició del CAC en tant que *garant* del compliment de la normativa esmentada no és gaire àmplia. En definitiva, les funcions que s'atribueixen al CAC abasten un àmbit força reduït de responsabilitat, que torna a contrastar amb el prestigi requerit als seus vocals i amb la capacitat tècnica d'aquest quant a òrgan col·legiat que es desprèn, sense anar més lluny, de la resta de responsabilitats, ja referides aquí.

Concretament, el que el RCAC atribueix al CAC és una tasca de *seguiment* de les programacions de les diferents emissores, que està relacionada amb la declaració d'autoregulació continguda a l'article 9 LPAC. En aquest sentit, la funció del CAC seria la comprovació de la veracitat dels extrems continguts en l'esmentada declaració – que, segons sabem, realitza l'operador de cable– tenint en compte els diversos continguts audiovisuals distribuïts per l'operador esmentat. Ens movem, doncs, dins de l'àmbit

d'una tasca amb un gran nombre de concomitàncies respecte a la de *comprovació* que, en un epígraf anterior, hem vist que es trobava encomanada a la DGRT. D'altra banda, a fi de dur a terme aquesta tasca, el CAC hauria de tenir dret a obtenir de l'esmentat òrgan de l'Administració activa tant les corresponents declaracions com tota aquella altra informació que pugui necessitar. En aquest sentit, no hem d'oblidar que, tal com ja hem vist, l'ordenament confereix a la DGRT les potestats necessàries per a l'obtenció d'aquesta informació.

Al nostre entendre, tot això ens porta a la conclusió que, tant la LPAC com el RCAC, des del punt de vista dels límits dels continguts audiovisuals, parteixen d'una concepció del CAC en tant que òrgan de suport o de *gestió*, la funció del qual seria la de fer un procés previ de selecció de l'ingent volum de producció audiovisual existent —que, d'altra banda, està augmentant constantment—, anterior a l'exercici de les potestats de control i sanció pròpiament dites per part dels òrgans de l'Administració activa i, de manera principal, la DGRT. Aquesta funció, insistim, contrasta, una vegada més, amb la voluntat genèrica que sembla desprendre's de la normativa de crear un òrgan dotat d'un cert prestigi i d'una autonomia tècnica que l'habilitarien per a l'exercici de funcions més importants.

LA REGULACIÓ JURÍDICA DE LA RESPONSABILITAT PER CONTINGUTS A INTERNET. CONSIDERACIÓ ESPECIAL DE LA RESPONSABILITAT DELS OPERADORS DE TELECOMUNICACIONS PER CABLE

Malgrat que l'activitat actual dels operadors de cable sigui fonamentalment la prestació de serveis audiovisuals, concretament els de difusió de programes de televisió, la tècnica actual obre noves possibilitats, com la d'oferir productes audiovisuals via Internet. Així, encara que l'accés a Internet a través del cable es trobi en una fase embrionària, el seu desenvolupament n'afavorirà la rapidesa i l'abaratiment dels costos, davant de la connexió realitzada a través de la línia telefònica, amb la qual cosa els operadors de cable assoliran un paper rellevant en aquest sector.

És per això que aquesta segona part de l'informe fa referència a la problemàtica general que planteja el fenomen d'Internet, les particularitats del qual fan impossible l'aplicació de definicions i esquemes amb els quals ha operat tradicionalment el nostre ordenament jurídic, fonamentalment a partir de les dades aportades pel dret comunitari. Concretament, es farà una atenció especial al règim jurídic aplicable als operadors de cable que facilitin l'accés o prestin serveis a través d'Internet i a la determinació de la seva responsabilitat eventual per l'aparició a la xarxa de continguts audiovisuals de caràcter il·lícit o nociu.

I.- Introducció: aproximació a les característiques pròpies d'Internet

Internet es configura com un nou tipus de servei dels anomenats *serveis en línia* de caràcter obert, que entenem com "*sistemas de comunicaciones electrónicas que ofrecen, mediante una suscripción, una amplia gama de prestaciones (correo electrónico, servicios de información, juegos o foros de debate) accesibles por medio de la red*

telefónica, un módem y un ordenador."³⁵ D'aquesta manera, Internet esdevé el paradigma del fenomen multimèdia, ja que la digitalització de la informació permet la transmissió de tot tipus de senyals: textos, imatges, vídeo d'animació, veu, etc. i, per tant, la prestació d'una multiplicitat de serveis diversos. En realitat, Internet no suposa tant una innovació de continguts o serveis com la innovació en la forma d'oferir als usuaris aquests serveis i continguts tradicionals. **La seva particularitat rau en el fet que no pot qualificar-se ni com a servei ni com a xarxa, ja que, per una banda, no es constitueix com un servei únic, sinó que permet l'agrupament de diversos serveis a través d'un únic canal; i per altra banda, les seves modalitats de transport són variades (cable, satèl·lit, línia telefònica).**

Dins d'aquesta pluralitat de serveis, Internet possibilita l'accés a continguts de caràcter audiovisual, la qual cosa implica acceptar una noció d'audiovisual en sentit ampli o global; és a dir, fonamentada, no en base al suport utilitzat o a la forma de transmissió al públic, sinó partint de les seves característiques tècniques pròpies (com l'associació veu-imatge, imatge en moviment etc.). Els continguts audiovisuals posats a disposició del públic no encaixen en la definició tradicional de televisió –que suposaria, aleshores, una modalitat concreta i específica de la comunicació audiovisual– com tampoc no hi semblen encaixar noves formes de radiodifusió, amb un major grau d'interactivitat, com el vídeo segons demanda o el vídeo a la carta que s'exclouen de la regulació vigent en matèria de radiodifusió. Aquesta realitat plural i dinàmica recolza la posició dels qui sostenen que *"la regulación del audiovisual no se puede ya centrar solamente en la televisión (...)Hoy en día se puede acceder a productos audiovisuales de forma independiente de la televisión convencional, esto es de la televisión que es objeto de difusión o distribución por cualquier medio"*, la qual cosa obliga *"a considerar la oportunidad de hacer una regulación del fenómeno ya sea de forma unitaria con la nueva Ley General del Audiovisual, ya sea de forma separada, pero con ocasión de la*

³⁵ Vegeu *Libro Verde de protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de la información*, COM (96) 483 final.

misma, de modo que todos los fenómenos sean contemplados de forma conjunta que evite incoherencias regulatorias.”³⁶

Internet planteja, a més, una nova forma de relació amb l'usuari, en primer lloc, perquè aquest esdevé no només receptor dels serveis sinó potencial proveïdor de continguts; i en segon lloc, perquè la configuració tècnica d'Internet – a partir de la connexió mundial de servidors que ofereixen informació en forma d'hipertext– permet un major grau d'interactivitat, de manera que l'usuari pot no tan sols triar la informació a la qual desitja accedir, sinó que també té l'opció de prescindir d'una lectura seqüencial d'aquesta tot “saltant” d'un *site* a un altre de forma indiscriminada. Aquesta connexió mundial d'ordinadors mitjançant un determinat protocol (TCP/IP), que permet la divisió de la informació en petits segments separats que es reuneixen a l'arribada, conforma l'anomenada *World Wide Web*, l'accés a la qual ve determinat pel contracte entre l'usuari i el proveïdor d'accés a Internet i la possessió d'un instrument informàtic de navegació, com per exemple *Navigator* de Netscape o *Internet Explorer* de Microsoft.

D'aquesta primera aproximació també es dedueixen altres característiques intrínseques al fenomen d'Internet, com són la seva transnacionalitat –es parla de xarxa global o “*red de redes*”– i el seu caràcter obert i descentralitzat, per contraposició als serveis tradicionals de difusió de televisió; trets que juntament amb el seu caràcter multimediàtic conformen una realitat nova a la qual és necessari adaptar les mesures jurídiques existents. Així, per una banda, el seu caràcter mundial i transfronterer comporta nombrosos problemes d'aplicació de les lleis, donada la divergència de

³⁶ Afirmacions sostingudes per Tomàs DE LA QUADRA SALCEDO a l'*Informe preliminar sobre el règim jurídic del Audiovisual* amb motiu del Seminari sobre el règim jurídic de l'audiovisual celebrat els dies 26, 27 i 28 de novembre de 1998. Perspectiva que comparteix el Llibre Verd sobre la protecció dels menors i de la dignitat humana, l'objecte del qual són els nous serveis audiovisuals i d'informació dins dels quals s'inclouen els tradicionals serveis de difusió de televisió amb les noves variants (televisió digital, vídeo a la carta i vídeo segons demanda) i els nous serveis en línia, tant les xarxes propietàries, com les no propietàries, com Internet. Per tant, s'assumeix un enfocament global.

regulacions en cada Estat i la possibilitat de canviar els continguts il·lícits d'un servidor a un altre, o de reproduir-los a les anomenades pàgines *web mirall*. Aquesta és la raó per la qual els mitjans tradicionals de regulació basats en la imposició de sancions, administratives o penals, no sembla adient en aquests casos. D'altra banda, en configurar-se com un servei obert i descentralitzat, o una xarxa no propietària, apareixen nombrosos agents que compleixen diverses funcions i dificulten l'establiment *a priori* d'obligacions i responsabilitats.

1.- Multiplicitat de l'oferta de serveis i diferents conseqüències jurídiques:

La diversitat de serveis que es poden oferir via Internet planteja qüestions jurídiques diverses que, donat el caràcter d'aquest informe, només poden apuntar-se de la següent manera a tall d'exemple:

- **Teledescàrrega (*downloading*)** de fitxers d'imatges, sons, música, jocs, etc. que facilita l'accés a centres de documentació, biblioteques, universitats, etc. Dintre d'aquest grup de serveis podem incloure la teleinformàtica (TELNET) que permet operar en fitxers informàtics d'arreu del món mitjançant la connexió de terminals a distància amb un ordinador central. Aquest primer grup de serveis va constituir el nucli inicial del desenvolupament de la xarxa, patrocinada en un principi pels sectors acadèmics i professionals. En aquest àmbit les principals qüestions que es plantegen fan referència als drets de propietat intel·lectual o industrial, a la pirateria informàtica, i a la protecció de dades personals pel que fa al seu tractament informàtic.
- **Correu electrònic**, o missatgeria privada, que planteja el problema del respecte a la confidencialitat de la correspondència privada i la intimitat.

- **Diàleg multi-usuaris en directe (CHATS), fòrums o grups de discussió temàtica,** que s'han de relacionar directament amb la llibertat d'expressió i comunicació. Com ha posat de relleu el Parlament Europeu, és en aquests àmbits, i no tan sols a les pàgines *web*, on es poden trobar continguts il·lícits o contraris a la dignitat de la persona.
- **Pàgines *web*,** que suposen la recopilació de textos i informacions gràfiques connectades per hipertext i que poden incloure continguts de caràcter audiovisual. Suposa un accés multimediàtic i selectiu a la informació, de manera que l'usuari pot abandonar una lectura seqüencial per triar els continguts concrets als que vol accedir. Per això són especialment necessaris els útils de navegació i el coneixement de les adreces de les *web*. Així, l'anomenada *world wide web* suposa l'establiment d'una xarxa mundial de servidors que ofereixen la informació en format hipertext mitjançant la utilització del protocol http (*hypertext transfer protocol*). Aquest és l'àmbit principal d'estudi d'aquest informe i el punt on se susciten les qüestions relatives a la regulació de continguts i a la protecció de determinats interessos sensibles (drets fonamentals, menors i adolescents etc.) respecte d'una utilització il·lícita d'Internet.
- **Serveis telefònics i vídeo-conferències.**³⁷ En aquest àmbit s'ha de tenir en compte que la Comunitat Europea ha entès que la prestació d'aquests serveis via Internet no és equiparable al servei de telefonia vocal, principalment per la manca de concurrència de dos requisits essencials d'aquell: la garantia d'una comunicació en temps real i amb la mateixa qualitat que els serveis tradicionals oferts a través de les xarxes telefòniques commutades. Es configuren així com serveis de telecomunicacions de valor afegit i per tant liberalitzats i no sotmesos a la

³⁷ Internet permet la comunicació vocal transmesa entre l'ordinador personal d'un usuari i el telèfon tradicional, i entre l'ordinador personal d'un usuari i l'ordinador personal d'un altre usuari. Vegeu la "*Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de los servicios de voz en Internet de acuerdo con el Derecho comunitario y en particular con la Directiva 90/388/CE*".

sol·licitud d'una llicència individual. Les qüestions jurídiques claus fan referència, doncs, al respecte de la lliure competència.

- **Comerç electrònic:** La configuració d'Internet com una plataforma descentralitzada i mundial la fa idònia per facilitar els intercanvis comercials, amb independència de les fronteres locals, regionals o estatals, i amb disminució dels costos. En aquest àmbit són essencials les qüestions referides a la firma electrònica, que permet el receptor de verificar l'autenticitat i la integritat de les dades transmeses, i als serveis criptogràfics que garanteixin la seguretat i la confiança en les relacions electròniques.³⁸

2.- La pluralitat dels agents implicats a Internet

La principal dificultat que planteja l'establiment *a priori* d'una regulació o d'un sistema de responsabilitat a Internet deriva de les seves pròpies característiques: xarxa oberta i descentralitzada, transnacionalitat i interactivitat. Així, **la identificació del responsable esdevé difícil davant la presència d'una pluralitat d'operadors (des de l'operador de cable, en aquest cas, fins a l'usuari, passant per tot un conjunt d'intermediaris) que realitzen diverses funcions. En efecte, en aquest àmbit es produeix un fenomen de concentració horitzontal, de tal manera que el proveïdor de la xarxa pot esdevenir proveïdor de continguts i d'accés, la qual cosa afecta lògicament a la seva eventual responsabilitat posterior. A més, s'ha de tenir en compte que el grau d'interactivitat**

³⁸ Vegeu en aquest sentit el Llibre Verd sobre "La Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de información y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación", COM (97) 623 final, de 3 de desembre de 1997; la Comunicació de la Comissió "Fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica-Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado". COM (503 final), de 8 d'octubre de 1997; i el Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica" DOCE C 40 de 15 de febrer de 1999.

present als serveis oferts via Internet permet que el propi usuari esdevingui productor i editor de continguts.

La terminologia utilitzada per definir als diferents actors presents a Internet és confusa ja que varia en funció de les fonts utilitzades. No obstant, perquè quedi més clar, caldria distingir entre:

- 1- *Operadors de telecomunicacions o proveïdors de xarxa*:: per exemple, Telefònica assumeix actualment el paper de facilitar la connexió de l'usuari a Internet a través de la via telefònica. Podria considerar-se com un "transportista" ja que garanteix la interconnexió de xarxes. En aquest sentit, l'operador de cable també posarà a disposició dels diversos operadors tota la infraestructura del cable per dur a terme la connexió a Internet via cable. Generalment, aquest tipus d'operador no es limita a exercir funcions de "transportista" i garantir la interconnexió de xarxes sinó que també esdevé proveïdor d'accés i de continguts, normalment a través de societats filials.
- 3- *Proveïdors d'accés*: Intermediari que comercialitza la prestació tècnica d'interconnexió dels equips privats dels abonats amb la infraestructura IP (protocol d'Internet) mitjançant un contracte de servei amb l'usuari.
- 5- *Proveïdors de serveis*: intermediaris entre el proveïdor de continguts i els usuaris abonats.
- 7- *Proveïdors d'infraestructura informàtica*: s'encarreguen de la distribució de programes informàtics necessaris per a la "navegació" i connexió a la xarxa.
- 9- *Proveïdors de continguts*: creació i producció de continguts que es posaran a disposició del públic, i dintre dels quals s'ha d'incloure els usuaris quan elaboren les seves pàgines *web*.

3.- La incidència de la naturalesa bipolar d'Internet en la seva regulació

a) Internet i el binomi mitjà d'edició/ mitjà de comunicació social

L'aplicació d'aquest esquema jurídic a Internet no és possible ja que no pot equiparar-se a un servei de difusió, tal com es defineix en el nostre ordenament jurídic –a la LOT–, per tal com aquesta exclou la interactivitat de l'usuari, que és una de les característiques essencials dels serveis oferts a través d'Internet. Sembla que aquesta interactivitat que determina que la informació es transmeti d'un punt de difusió a un punt de recepció situï aquests serveis en l'àmbit de les telecomunicacions, però, no obstant, l'equiparació d'Internet a serveis com el telefònic i la vídeo-conferència suposa adoptar una perspectiva molt limitada. L'important, doncs, és admetre'n el **caràcter mixt**, tal com posa de manifest la Comissió al Llibre Verd sobre la convergència: *"Internet admite simultáneamente un abanico de modos de comunicación que incluyen tanto la transacción como la difusión: de uno a uno, de uno a muchos y de muchos a muchos"*; és a dir, que *"funciona simultáneamente como medio de edición y de comunicación"*.

En definitiva, aquesta natura bipolar de la xarxa ens allunya d'un model de comunicació de massa per situar-nos, com ha afirmat molt descriptivament la Comissió al Llibre Verd sobre la Convergència, dins d'un model de comunicació individual que comporta l'esborrament de les fronteres entre comunicacions públiques i comunicacions privades, entre comunicació audiovisual i correspondència privada, etc.; i, per tant, la necessitat de trobar un equilibri entre la regulació i la llibertat d'expressió.

Això comporta tot un seguit de conseqüències per a la regulació en funció de si s'opta per un model més proper al de la premsa escrita o més proper al dels mitjans de comunicació social. La configuració d'Internet fa impossible, al nostre parer, que se li pugui aplicar la categoria de servei públic, com veurem de seguida, la qual cosa incideix directament en el règim d'entrada al mercat; de la mateixa manera que les obligacions d'objectivitat i veracitat de la informació, respecte al pluralisme polític, a la pluralitat

lingüística o als espais per a comunicacions d'interès públic, no semblen de moment extrapolables a Internet. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que la pròpia evolució del mercat i el desenvolupament de noves necessitats dels ciutadans de la Societat de la Informació en un context essencialment dinàmic, poden determinar que en un futur Internet adquireixi la qualificació de servei públic. No obstant, actualment l'oferta no és equiparable ni en termes de quantitat ni en termes de qualitat, malgrat la seva sorprenent progressió.

Aquesta bipolaritat de la xarxa també incideix en la determinació del règim de competències. Així, en cas que s'optés per legislar el fenomen d'Internet de manera específica, creiem que hauria de prevaler el seu caràcter de mitjà de comunicació individual, la qual cosa suposaria, en virtut de l'article 149.1.27 que correspondria a l'Estat la potestat legislativa bàsica i a les Comunitats Autònomes el seu desenvolupament. Tot això sense perjudici que sobre aquelles qüestions referides estrictament a la xarxa de transport es mantingués la competència exclusiva de l'Estat.

b) Internet i el binomi televisió/telecomunicacions:

La multiplicitat de serveis oferts a través d'Internet i el fet, com hem dit abans, que no es pugui qualificar ni com a servei *strictu sensu* ni com a xarxa, determinen la dificultat d'aplicar les definicions i les categories jurídiques tradicionals del nostre ordenament jurídic –serveis de telecomunicació, serveis de radiodifusió– a determinats serveis oferts a través d'Internet; o, també, la possibilitat que el servei quedi comprés en diverses definicions i provoqui incertesa a l'hora de determinar la normativa aplicable.

En el nostre sistema jurídic la regulació del sector de la comunicació, en un sentit ampli, es basava, fins a la recent LGT que adopta una perspectiva més global, en els diferents canals tècnics emprats; i en la distinció fonamental entre serveis de telecomunicacions i serveis de difusió. Els primers, com s'ha vist a la primera part d'aquest informe, suposen l'existència d'una comunicació bidireccional, mentre els serveis de difusió es

caracteritzen perquè la informació es realitza en un únic sentit i vers diversos punts de recepció.³⁹ Aquesta distinció comporta conseqüències jurídiques rellevants, perquè només aquests serveis de difusió –que semblen referir-se estrictament a la televisió– gaudeixen de la qualificació de mitjans de comunicació social, la qual cosa comporta un règim de competències i de regulació diferent, tal com es desprèn dels articles 149.1.21 i 149.1.27 de la nostra Constitució.

Com veurem en tractar més concretament els operadors de cable i d'Internet, actualment no es pot deduir del nostre ordenament jurídic una regulació específica del fenomen d'Internet perquè es continua operant en el marc del binomi televisió/telecomunicacions amb el qual no es poden tenir en compte les múltiples facetes d'aquesta, donat el seu caràcter mixt.

4) Les conseqüències de la convergència en la regulació de l'audiovisual: plantejament general

Internet es configura com una de les manifestacions més concretes del fenomen general de convergència entre telecomunicacions, informàtica, radiodifusió i televisió, dins del qual ens trobem immersos i que ha estat objecte d'un Llibre Verd per part de la Comissió de la Comunitat Europea.⁴⁰ **Aquesta convergència qüestiona radicalment la regulació tradicional basada en el suport tècnic utilitzat per transmetre la informació i planteja el dubte de si és realment necessària una nova regulació específica**

³⁹ Vegeu els articles 25 i 26 LOT. També l'article 1 LGT, quan determina el seu àmbit d'aplicació, exclou el règim bàsic de la ràdio i la televisió, sense perjudici que les infraestructures utilitzades com a suport d'aquests serveis de difusió restin sotmeses als principis d'interconnexió i lliure accés a la xarxa.

⁴⁰ Llibre Verd sobre la Convergència dels sectors de les telecomunicacions, mitjans de comunicació i tecnologies de la informació i les seves conseqüències a la reglamentació. COM (97) 623 final, del 3 de desembre de 1997. Aquesta convergència suposa, per exemple, que les entitats de radiodifusió estenguin les seves activitats a la difusió per Internet o a la prestació de serveis de telecomunicacions, alhora que els operadors de telecomunicacions prestin serveis de caràcter audiovisual, i els proveïdors de serveis Internet adquireixen material audiovisual.

sobre Internet, o si es poden mantenir, degudament actualitzats, els instruments jurídics ja existents. En aquest sentit el Llibre Verd sobre la Convergència posa de manifest la necessitat de *“alejarse del modelo vertical de regulación sectorial a favor de un modelo horizontal en el que se efectúe una distinción entre la red o la capa de transmisión en los sectores convergentes y los servicios que se transporten a través de esas redes”*, encara que, tenint en compte que *“la idea de convergencia lleva aparejada la realidad de que no resulta posible una separación estricta entre la prestación del servicio por un lado y la transmisión y el transporte por otro”* i també que la intercanviabilitat de suports no suposa que *“la prestación de servicios diferentes a través de la misma red o de la misma plataforma de servicios haga equivalentes a esos servicios, ni que los objetivos de interés público que inspiran la reglamentación puedan traspasarse automáticamente de un servicio a otro”*.

El dret comunitari proposa tres opcions que per a l'elaboració de la reglamentació en vista dels problemes que planteja la convergència tècnica i de serveis: 1- Manteniment de les estructures de reglamentació tradicionals basades en models verticals que distingeixen la regulació de les telecomunicacions, per una banda, i del audiovisual/radiodifusió, per altra; 2- Elaboració d'un model reglamentari independent per les noves activitats i serveis que coexisteixi amb el model tradicional basat en la distinció telecomunicacions/radiodifusió; 3- Redefinició global del marc reglamentari preexistent de forma que es comprenguin els serveis tradicionals i els nous, partint d'una noció àmplia de serveis de comunicació.⁴¹

A aquests problemes derivats de l'intent d'ubicació d'un fenomen nou i essencialment dinàmic dintre dels paràmetres de regulació existents, s'afegeix el fet de la

⁴¹ Com posa de manifest FERNÁNDEZ ESTEBAN (Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales Mc Graw-Hill, 1998), la convergència entre comunicacions interpersonal i mitjans de comunicació fa difícil operar amb els models preexistents. Així, afirma que la regulació aplicada als mitjans bidireccionals, com el telèfon, no sembla útil per a Internet, perquè menysprea una vessant pública molt important; el model de la premsa escrita no té en compte la interactivitat pròpia d'Internet; i el model tradicional públic sembla massa restrictiu.

transnacionalitat i el caràcter descentralitzat d'Internet que determinen la dificultat de compatibilitzar les diverses regulacions existents en cadascun dels Estats, d'identificar-ne els eventuais responsables i d'aplicar d'una forma efectiva les normes de protecció de la joventut i de la infància davant de determinats continguts.

Per fer front a aquests problemes se suggereix, des d'instàncies comunitàries, la formulació d'uns principis generals comuns⁴² que determinin quins hauran de ser els aspectes a regular, i quines directrius orientaran les regulacions dels Estats Membres per tal d'establir un marc de protecció comparable i contribuir a l'eficàcia de les mesures proposades. El problema que suscita l'elaboració d'aquests principis comuns es remet al debat que ja es va plantejar a la Comunitat Europea arran de l'elaboració o no d'un catàleg propi de drets fonamentals: en definitiva, el perill que aquests principis es converteixin en un mínim comú denominador i facin taula rasa pel nivell més baix de protecció en què coincideixin tots els Estats Membres.

L'esperit d'aquestes orientacions proposades per la Unió Europea és el mateix que es troba a les Directives de Televisió sense fronteres, si bé, en no ser equiparables els serveis de televisió i els oferts conjuntament via Internet se'n fa necessària l'adaptació i la introducció de tècniques i mitjans específics, com veurem més endavant. En tot cas, de la lectura comparada es desprèn que la idea fonamental és la protecció, per una banda, de la lliure prestació de serveis i del respecte de la lliure competència; i per altra, de la dignitat humana i de la joventut i la infància davant de determinats continguts que puguin perjudicar-ne el desenvolupament físic, psíquic o moral.

L'establiment d'un marc regulador comú a nivell de la Unió Europea, per tal d'harmonitzar les diverses regulacions dels Estats Membres, ha de respectar el principi

⁴² Vegeu Llibre Verd sobre la convergència, *op. cit.*, i Llibre Verd sobre la protecció dels menors i de la dignitat humana, *op. cit.*

de subsidiarietat,⁴³ el de proporcionalitat o adequació de la reglamentació als objectius clarament definits amb caràcter previ i el de no discriminació. Aquests principis de caire general han estat concretats al Llibre Verd sobre la convergència en enumerar els principis en els quals s'hauria de basar una futura política reglamentària en els sectors afectats per la convergència: "1- *La reglamentación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos claramente definidos; 2- Los futuros enfoques reglamentarios deben responder a las necesidades de los usuarios; 3-Las decisiones sobre reglamentación deben guiarse por la necesidad de establecer un marco claro y previsible; 4- Garantía de la plena participación en el entorno surgido de la convergencia y 5- La existencia de autoridades reguladoras independientes y efectivas será esencial para el proceso de convergencia*".

II) La regulació dels continguts audiovisuals a Internet des de la perspectiva del Dret Comunitari

Com s'analitzarà després, al nostre sistema jurídic no hi ha una regulació específica d'Internet, com tampoc no sembla existir la possibilitat d'incloure aquest fenomen en les previsions normatives existents, sobretot a partir de la LGT. És per això que ens hem centrat fonamentalment en l'anàlisi del dret comunitari, específicament el de la Decisió 276/1999 del Parlament Europeu i del Consell per a l'elaboració d'un marc plurianual per fomentar la seguretat de la xarxa, donat que és, de moment, l'únic document vinculant per als Estats membres. La resta d'actes jurídics comunitaris no són vinculants: els Llibres Verds ja esmentats, les Recomanacions del Consell, i tot un

⁴³ Segons el paràgraf núm. 21 de l'exposició de motius de la *Decisió 276/99 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de enero, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales*, DOCE L 33, la intervenció comunitària és conforme a aquest principi perquè "los objetivos de las acciones propuestas, debido al carácter transnacional de los problemas en cuestión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, y por consiguiente, por razón de los efectos paneuropeos de la acción propuesta, pueden lograrse mejor a nivel comunitario".

seguit de dictàmens del Comitè Econòmic i Social (d'ara endavant CES), del Comitè de les Regions (d'ara endavant CR) i del Parlament Europeu, que malgrat el seu caràcter no vinculant són una mostra dels debats que tenen lloc en el si de la Unió Europea i esdevenen essencials per comprendre la política i les orientacions comunitàries en aquest tema concret. Els debats sobre aquesta qüestió també es produeixen en el dret comparat, com a França i Alemanya, i en aquest segon cas, han donat com a resultat l'aprovació d'una Llei sobre el fenomen multimèdia considerat globalment.

S'ha de tenir en compte que tots els elements de la Decisió núm. 2761 aprovada pel Parlament Europeu i el Consell el gener d'aquest any són de contingut obligatori per als seus destinataris, però donat que l'objectiu d'aquesta Decisió és l'establiment d'un marc plurianual on es duguin a terme accions concretes per fomentar la seguretat a les xarxes mundials amb la seva conseqüent dotació financera, el seu abast no és general, com a les Directives o als Reglaments, sinó singular. Així, encara que a l'article 8 de la Decisió es defineixen com a destinataris d'aquesta els Estats membres, només restaran obligats al compliment de les seves prescripcions aquells que participin efectivament a través de diverses entitats, una vegada aprovats els seus projectes, a les diferents accions que aquesta preveu.⁴⁴

També és interessant constatar quins són els objectius que persegueix la Comunitat i que determinen el seu interès en aquesta matèria. La lectura dels considerants de la Decisió ens aporta l'element clau: **l'objectiu essencial és aconseguir la màxima seguretat a la xarxa, precisament perquè només amb la creació d'un entorn segur i**

⁴⁴ L'article 7 de la Decisió determina quines són les persones jurídiques que podran participar en el pla d'acció: les establertes als Estats de l'AELC que siguin Estats Membres de l'EEE, les establertes als Estats associats de l'Europa Central i Oriental d'acord amb els acords d'associació, les persones jurídiques establertes a Xipre sobre la base de crèdits suplementaris; i persones jurídiques establertes a tercers Estats i organitzacions internacionals, si la seva participació resulta una contribució eficaç per l'execució del pla d'acció, tot i que, aquestes últimes no reben assistència financera per part de la Comunitat.

fiable poden prosperar les iniciatives i les empreses.⁴⁵ És, per tant, la perspectiva econòmica la que sembla prevaler: el desenvolupament de les indústries i de la competitivitat europea, que poden experimentar un gran impuls gràcies a la utilització d'una plataforma com Internet; concretament, el desenvolupament de la indústria dels serveis audiovisuals i multimediàtics, i del comerç electrònic. **Aquesta perspectiva, el revers de la qual és la protecció del consumidor, és la que determina que la regulació comunitària se centri fonamentalment en la protecció dels menors i dels adolescents davant dels possibles continguts il·lícits o nocius que es puguin difondre a través d'Internet.** En realitat, la regulació dels continguts audiovisuals a la televisió també partia de la necessitat de garantir la lliure circulació de mercaderies però d'una forma respectuosa amb determinats interessos sensibles. Preocupació inicial que semblava reconduir-se exclusivament als casos de pornografia a la xarxa i violència gratuïta, però que a partir de la Recomanació del Consell i del dictamen del Parlament, s'ha fet extensiva als casos de tràfic d'éssers humans o als de difusió d'idees racistes, xenòfobes o, en general, susceptibles de violar la dignitat humana.

1.- Les nocions comunitàries de continguts *il·lícits* i *nocius*

El problema bàsic que pretén resoldre la Comunitat Europea en aquest àmbit és, doncs, el d'assegurar la protecció dels menors i de la dignitat humana, per tal d'aconseguir el màxim desenvolupament de la indústria relacionada amb Internet. El seu punt de partida es troba en la distinció entre *continguts il·lícits* i *continguts nocius* de la qual es deriven problemes i solucions diverses. Una vegada definits, la tasca principal és la d'identificar aquests continguts per poder aplicar d'una forma efectiva mesures de prevenció i control.

⁴⁵ Vegeu els paràgrafs 1, 2, 3, 5 *in fine* i 11 de l'exposició de motius de la Decisió. L'article 2 de la Decisió afirma que "*El plan de acción tiene el objetivo de propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y fomentar a nivel europeo la creación de un entorno favorable para el desarrollo de la industria vinculada a Internet*".

Abans, però, de delimitar l'abast d'ambdues nocions comunitàries, cal fer algunes observacions prèvies: d'una banda, que donat l'objectiu d'aquest informe no es realitza un estudi sobre la criminalitat contra la pròpia xarxa, sinó sobre els eventuais comportaments il·licits que es verifiquen "gràcies a" –és a dir, utilitzant– la pròpia xarxa; i d'altra banda, que ens referim a continguts de caràcter audiovisual als quals s'accedeix, generalment, a través de les pàgines *web* – mitjançant el descarregament d'imatges i so– tant les editades pels proveïdors de continguts, com les realitzades pels propis usuaris. Això té com a conseqüència que tot allò relatiu a la protecció de la intimitat de les persones, en relació, per exemple, al correu electrònic o al tractament informàtic de dades personals, així com allò relatiu a la seguretat econòmica o la seguretat de la informació, i, finalment, a la protecció de l'honor per eventual difamació a la xarxa queda fora de l'abast del nostre estudi.⁴⁶

Reprenent la distinció apuntada *supra* entre *continguts il·licits* i *continguts nocius*, la pròpia Comissió ha emfatitzat la necessitat "de evitar confundir problemas de diferente naturaleza, tal como la pornografía infantil, que es ilegal y está sujeta a responsabilidades penales, y el acceso de los menores a la pornografía para adultos, que si bien es perjudicial para su desarrollo, puede no ser ilegal para los adultos",⁴⁷ i que comporta diferents solucions reguladores. La diferència bàsica es troba, aleshores, en el fet que el contingut *il·licit* remet a l'àmbit de la llei i la seva vulneració, mentre que el contingut *nociu* fa referència "tanto a los contenidos autorizados cuya difusión está restringida (por ejemplo, a los adultos exclusivamente), como a aquellos que pueden agraviar a determinados usuarios."⁴⁸

⁴⁶ Encara que, com posa de manifest el CES en el seu dictamen sobre la "Propuesta de Decisión del Consejo por la que se adopta un plan pluriannual de acción comunitaria para fomentar la seguridad en la utilización de Internet" totes aquestes qüestions quedarien incloses en la noció de *continguts il·licits*. No obstant, en aquesta anàlisi només ens centrarem en aquelles modalitats que es relacionen directament amb el seu caràcter audiovisual.

⁴⁷ Vegeu el *Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de la información*, COM (96) 483 final.

⁴⁸ Dictamen del CES sobre la "Propuesta de Decisión [...]" *op. cit.* El Parlament Europeu també insisteix en la necessitat de diferenciar els *continguts il·licits*, que

Precisament per aquest motiu, el contingut *il·lícit* esdevindrà més fàcil d'identificar que el *nociu* que es remet a usos socials i culturals, encara que a tots dos supòsits, i donat el caràcter mundial d'Internet, s'afegeix l'obstacle d'harmonitzar les diferents regulacions i les diferents cultures de cada Estat, per la qual cosa la Comunitat proposa l'establiment d'un marc regulador a nivell europeu.

Aquesta distinció ja havia estat apuntada per la Comunitat en l'àmbit de la televisió (article 22 de la Directiva Televisió sense fronteres) i represa al nostre ordenament per la llei d'aplicació d'aquesta, encara que potser amb poca claredat. En efecte, com s'ha apuntat a la primera part d'aquest informe, sembla que l'article 22.1 prohibeixi amb caràcter general continguts que després accepta amb determinades limitacions. **La qüestió clau és la d'incloure en la noció de *contingut il·lícit* totes aquelles conductes prohibides amb un caràcter general o específic, mentre que la noció de *contingut nociu* es refereix a continguts no prohibits, en definitiva lícits, però que per la seva possible incidència perjudicial en determinats sectors, ha de complir una sèrie de garanties com la seva distribució independent, la seva senyalització amb marques sonores o visuals, o, en el cas de la televisió, la seva emissió fora de determinats horaris.**

La noció de contingut *il·lícit* ha estat gairebé equiparada als continguts de pornografia infantil. Aquesta perspectiva limitada ha estat denunciada pel CES que observa que *"se presta muy poca atención a los contenidos ilícitos que afectan, por ejemplo, a la protección de la propiedad intelectual, de la dignidad humana y de la intimidad, y a*

pertanyen a l'àmbit de la llei, dels continguts nocius que pertanyen a l'àmbit de la moral, diferenciació que es troba al marge de si aquests continguts es canalitzen via Internet o per mitjà d'altres medis de comunicació. La mateixa distinció es troba a la *"Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la industria europea de servicios audiovisuales y de información a través de la promoción de marcos nacionales destinados a conseguir un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana, DOCE L 270, de 7 d'octubre de 1998.*

delitos relativos a la seguridad nacional y económica",⁴⁹ i es dedica la major part dels recursos financers a la protecció dels menors mitjançant la sensibilització i la creació de mecanismes d'assistència als usuaris. L'enfocament del CES pressuposa aleshores una perspectiva més global en allò que fa referència a la prevenció i control d'eventuals comportaments il·licits a la xarxa. Des del punt de vista, més limitat, de la protecció davant de determinats continguts audiovisuals *il·licits*, considerem positiu que aquesta noció no es constrenyi a la protecció dels menors (a la violència, a la pornografia o a modalitats de comercialització abusives), sinó que també inclogui la protecció de la dignitat humana (incitació a l'odi i a la discriminació per motius de raça, sexe, religió, nacionalitat o ètnia) i de la seguretat nacional (per tal com poden aparèixer imatges amb instruccions per a la fabricació de bombes, la producció d'estupefaents, la promoció d'activitats terroristes etc.).

També cal tenir en compte, com posa de relleu el Parlament Europeu, que el problema dels continguts *il·licits* afecta no tant les pàgines *web* com els fòrums o grups de discussió, o el correu electrònic, on es poden difondre missatges que afectin a la dignitat humana o que afectin a la seguretat nacional o econòmica.

La regulació dels *continguts il·licits* i la determinació de les conseqüents responsabilitats suposa generalment una doble opció: o bé regular-ho de forma general, independentment del suport tècnic, o bé adoptar una regulació diferent en funció del mitjà a través del qual es difonen aquests continguts. En la primera línia s'emmarcarien aquelles conductes qualificades com a delictes pel Codi Penal de 23 de novembre de 1995 i vehiculades a través d'Internet. Així, per exemple, i segons l'article 189 CP, incorre en un delicte relatiu a la prostitució "*el que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográfico*", la qual cosa s'ha

⁴⁹ Dictamen del CES sobre la "*Propuesta de Decisión [...]*", *op. cit.* Llistat més ampli de continguts *il·licits* que es va plasmar en una esmena en aquest sentit del Parlament, que finalment no ha estat recollida pel text definitiu de la Decisió aprovada el 25 de gener de 1999 i que només fa referència a tall d'exemple a la pornografia infantil i aquells continguts que incitin a l'odi o a la xenofòbia per motius de raça.

de relacionar amb la tipificació com a delictes de la difusió, venda o exhibició de material pornogràfic, per qualsevol mitjà directe, entre menors d'edat o incapaços (186 CP). De la mateixa manera, la provocació de l'odi, de la violència contra grups o associacions per motius racistes, ideològics, religiosos, ètnics, sexuals, o en referència a minusvalideses, etc. està qualificat com a delictes que comporta la privació de llibertat (510 CP). Amb aquests dos exemples concrets es mostra que **els continguts il·lícits determinaran, en la majoria dels casos, una responsabilitat d'ordre penal i, per tant, de caràcter absolutament personal.**

En aquesta primera línia de regulació general de continguts il·lícits també quedaria inclosa la Llei catalana d'atenció i protecció a la infància i a l'adolescència, que en els articles 33 a 39 enumera un seguit de continguts prohibits en la publicitat i en la programació audiovisual,⁵⁰ la vulneració dels quals generaria una responsabilitat administrativa. El problema rau en el fet que, pel que sembla, en determinades previsions s'estan barrejant els conceptes d'il·lícit i nociu que es desprenen del dret comunitari, sobretot quan preveu la possibilitat d'emetre continguts audiovisuals incitadors a la violència en determinades franges horàries. En aquest cas, no es tractaria d'un contingut de caràcter il·lícit sinó d'un contingut de possibles efectes nocius amb les conseqüències que apuntàvem *supra*.

En la segona línia, que opta per una regulació específica en funció del mitjà a través del qual es difonen els continguts, s'inscriuen la Directiva de Televisió sense fronteres – amb la seva modificació de 1997–, la llei estatal 25/94 que la trasllada, la Llei catalana de regulació de la programació distribuïda per cable etc. En totes elles es troba present la necessitat de protegir als menors dels continguts que puguin atemptar contra el seu desenvolupament físic, mental i moral; les minories; la dignitat de les persones i, en

⁵⁰ Per exemple, la prohibició d'emetre missatges perjudicials per a menors i adolescents, que incitin a conductes contràries als drets i principis reconeguts a la Constitució; la prohibició que estiguin a la seva lliure disposició publicacions que incitin a la violència o a la discriminació, o que tinguin continguts pornogràfics, etc.

definitiva, el respecte dels drets fonamentals. El problema és que, després d'aquesta afirmació genèrica que podria incloure tant continguts il·lícits com nocius, sembla que la seva articulació a través dels mitjans específics, que ara veurem, ens torna a ubicar en l'àmbit dels continguts nocius.

Aquesta diferent naturalesa dels continguts fa que els mitjans per evitar l'aparició de continguts il·lícits a la xarxa se centrin fonamentalment en sistemes de línies directes de denúncia d'aquests comportaments i de cooperació internacional entre les autoritats policials i judicials dels Estats implicats.

El tractament dels continguts audiovisuals nocius, en no tractar-se de continguts prohibits sinó en tot cas d'accés restringit a un sector determinat a causa de la seva incidència eventualment perjudicial, suposa, en tot cas, l'exclusió de l'àmbit de la responsabilitat penal, així com solucions particulars basades en la sensibilització i educació en el si dels propis nuclis familiars o educatius per fomentar un ús responsable de la xarxa i l'aplicació de mecanismes d'identificació i senyalització, i de diversos tipus de filtració –sigui pel propi usuari contractat, sigui pel subministrador d'accés–.

2.- La proposta de regulació comunitària: línies d'actuació i mesures concretes

Des d'aquesta perspectiva de fomentar la seguretat en la utilització d'Internet, i una vegada definides les nocions comunitàries de *continguts il·lícits i nocius*, el següent pas necessari és el d'establir mecanismes de classificació i d'identificació d'aquests continguts. Les dades que la normativa estatal o la catalana contenen sobre aquests mecanismes no són, en principi, extrapolables, ja que el seu àmbit es limita a la difusió de televisió. La Decisió del Parlament i del Consell que comentem proposa mesures concretes en aquest sentit basant-se en tres línies d'actuació: **1- el foment de l'autoregulació per part del sector i dels mecanismes de supervisió de continguts;** **2- el desenvolupament dels mitjans de classificació i filtració de continguts i 3- la**

sensibilització tant dels usuaris com dels poders públics quant a la utilització de la xarxa.

Si es parteix, aleshores, del principi de l'autoregulació del sector (representat pels operadors de xarxes, pels proveïdors de sistemes informàtics, pels proveïdors d'accés i de serveis, pels proveïdors de continguts i pels usuaris), la qüestió que es planteja de forma immediata és la de determinar a qui correspon l'obligació de classificar els continguts per tal de fer-los identificables; a qui la de posar a disposició del públic els mecanismes de filtració; i, en definitiva, qui esdevindrà responsable en cas d'aparició de continguts il·lícits o nocius a la xarxa.

Aquesta qüestió cabdal de la determinació de la responsabilitat en un entorn obert i descentralitzat on concorren una pluralitat d'operadors –com veurem *infra*– ha estat obviada per la Decisió comentada a la seva versió definitiva, malgrat que durant el seu procés d'elaboració aquesta matèria fou objecte de debat. Així a la Proposta de Decisió amb data de febrer de 1998⁵¹ es preveia expressament la necessitat de “*formular propuestas con vistas a una reglamentación común de la responsabilidad jurídica por los contenidos en Internet*” donada la importàcia de “*determinar con precisión la cadena de responsabilidades, para atribuir la responsabilidad jurídica de los contenidos ilícitos a quienes los hayan creado*”. De la mateixa manera, tots els dictàmens emanats pel CES i el CR han afrontat la qüestió de la responsabilitat legal pels continguts posats a disposició del públic a través de la xarxa, com ara analitzarem, i que, malgrat el seu caràcter no vinculant, ens aporten les directrius essencials a seguir, tal com ja s'ha fet en altres ordenaments jurídics.

a) El foment de l'autoregulació:

⁵¹ Vegeu DOCE C 48, de 13 de febrer de 1998, concretament els paràgrafs 12 i 18 de la seva Exposició de Motius.

El caràcter descentralitzat i internacional d'Internet, al que ja hem al·ludit, i que suposa, com ho posa de manifest el Parlament Europeu,⁵² que ens trobem davant d'un "*medio de comunicación sin comunicadores y sin fronteras, por lo que su control por parte de los Estados Miembros y de los gobiernos es difícil o imposible*", és el factor determinant de l'opció comunitària per l'autoregulació del propi sector.⁵³ Això implica decantar-se per una protecció a priori o prevenció basada en l'elaboració de codis deontològics amb la participació de tots els integrants del sector, i en la cooperació internacional, però dintre d'un marc comú de principis generals.

Sembla que l'autoregulació del sector és la forma més idònia per respectar l'equilibri entre la llibertat d'expressió i la protecció de determinats interessos sensibles en un entorn que participa, com vam veure *supra*, de les característiques d'un mitjà de comunicació social i d'un mitjà de comunicació privada. És per això que els integrants del sector, no només els participants en la indústria sinó també els usuaris, fonamentalment els pares i els educadors, adquireixen un paper essencial en l'aplicació de les mesures concretes aprovades pel Parlament Europeu i el Consell a la Decisió objecte de comentari. Però aquesta opció per l'autoregulació també implica el paper rellevant de les Administracions públiques quant a la informació i a la sensibilització dels usuaris, així com la conveniència de crear una Autoritat Reguladora que pugui harmonitzar els diferents interessos en conflicte o bé d'aprofitar les ja existents.

Per la Comunitat Europea, **l'autoregulació del sector suposa com a mínim dues accions fonamentals:** en primer lloc, **la creació d'instàncies d'autoregulació on es**

⁵² Vegeu la *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, de 17 de febrero de 1997, sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, DOCE C 70, de 6 de marzo de 1997, i la Recomanació del Consell, abans citada.

⁵³ Vegeu el paràgraf 10 de la seva exposició de motius on es destaca "*el papel que puede desempeñar el sector privado en la protección de los intereses de los consumidores y la promoción y cumplimiento de las exigencias éticas, mediante la adopción de mecanismos eficaces de autoregulación conformes al ordenamiento jurídico y apoyados por él*".

trobin presents totes les empreses interessades així com les associacions de consumidors i usuaris i els poders públics, i en el si de les quals i partint de la col·laboració de les parts implicades, es pugui crear un marc nacional d'autoregulació. La idea bàsica és, per tant, la de la participació de tots els interessats en l'elaboració d'aquestes directrius nacionals, i l'existència d'instàncies on dur-la a terme, la qual cosa planteja si aquesta participació es podria ubicar en el si d'Autoritats de Regulació independents ja existents –com per exemple, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya– o si cal pensar en altres formes d'institucionalitzar-la; així com també, si després caldrà crear una Autoritat Reguladora a nivell comunitari que harmonitzi els diferents marcs d'autoregulació nacionals per aconseguir la creació d'un marc comú d'autoregulació a nivell de la Unió Europea.

Directament relacionada amb el punt anterior es troba **la necessitat d'elaborar uns codis deontològics com a normes bàsiques de regulació**, la voluntarietat de les quals facilitaria l'aplicació d'aquestes per part de tots els agents del sector. Per a l'elaboració d'aquests la Decisió preveu el desenvolupament d'unes directrius d'àmbit europeu que, de fet, ja es troben dibuixades a la Recomanació del Consell de setembre de 1998,⁵⁴ l'àmbit de la qual exclou els serveis de difusió inclosos en la Directiva 89/552/CE – recentment modificada– i els serveis de difusió per ràdio, així com els continguts relatius a la correspondència privada.

En la seva Recomanació el Consell precisa que la funció d'aquests Codis de conducta hauria de ser la de clarificar la diversitat de serveis i funcions que assumeixen els diferents operadors presents en el sector i les responsabilitats respectives, així com la diversitat d'aplicacions dels serveis en línia (en xarxes obertes, com Internet, o tancades) i el diferent grau d'interactivitat. Per això, és totalment encertada l'observació

⁵⁴ Recomanació del Consell, de 24 de setembre de 1998, *op. cit.* DOCE L 270, de 7 d'octubre de 1998.

del Comitè de les Regions⁵⁵ que aquests codis de conducta esdevindrien la font idònia per informar a cadascuna de les parts implicades “*sobre la naturaleza de la responsabilidad –penal, civil, administrativa– en la que incurrirían respecto de los marcos normativos nacionales, así como sobre la naturaleza de las sanciones que se les podría imponer en caso de violación de las normas*”.

El Consell preveu, a més, l'**exigència d'un contingut mínim per als Codis deontològics** que es remet a dues categories essencials: la **protecció dels menors** (incloent-hi els mitjans i la forma d'informar els usuaris; les mesures que s'utilitzaran per identificar els continguts que tot i ser legals poden resultar nocius per als menors i perjudicar-ne el desenvolupament físic, mental o moral; la forma de recolzar el control dels pares mitjançant la filtració de determinats continguts, bé a través de programes informàtics activats pels propis usuaris, bé per sistemes activats pel proveïdor de serveis a petició de l'usuari; l'establiment de procediments de gestió de reclamacions o denúncies, etc.) i la **protecció de la dignitat humana** (en referència a qüestions com la informació dels usuaris, la gestió de reclamacions i mètodes de cooperació entre els operadors i les autoritats policials i judicials).

Lògicament, el problema que susciten els codis deontològics és el de l'aplicació efectiva, i el de les conseqüències jurídiques del seu incompliment donat el seu caràcter essencialment voluntari. El Consell proposa l'establiment de mesures dissuasives, dintre de les quals podríem incloure la publicitat de les infraccions comeses per un determinat operador, publicitat no desitjada en un entorn empresarial, així com l'establiment de procediments de recurs i de mediació. D'altra banda, el compliment d'aquests codis es potencia des del moment que la Decisió sobre l'establiment d'un marc que fomenti la

⁵⁵ Dictamen del Comitè de les Regions sobre la “*Comunicación de la Comisión relativa al seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana*”, i sobre la “*Comunicación de la Comisión relativa al Plan de fomento de la seguridad en la utilización de Internet*”, publicat al DOCE C 251, de 10 d'agost de 1998.

seguretat a Internet, preveu l'atorgament d'etiquetes acreditatives de *sites web* de qualitat a aquells que respectin les mesures establertes per aquests codis.

L'autoregulació aconseguida mitjançant la participació de totes les parts interessades en el si d'instàncies nacionals de regulació i de cooperació i l'elaboració de codis de conducta té la seva clàusula de tancament en la creació, com preveu la **Decisió relativa a la seguretat en la utilització d'Internet, d'un sistema de línies directes (que cobreixin tot l'àmbit de la Unió Europea, geogràficament i lingüística) i mitjançant les quals els ciutadans poden denunciar els continguts que considerin il·lícits i que es trobin a disposició del públic a la xarxa**. S'atribueix així un important paper a l'usuari en l'autoregulació i creació d'un entorn més segur, ja que aquestes línies directes li permetran "*notificar los contenidos que hayan encontrado al utilizar y que a su juicio sean ilícitos*". Aquesta línia d'actuació es refereix exclusivament als continguts il·lícits o il·legals –i no als nocius, la regulació dels quals partirà bàsicament de la selecció i la filtració–, i requereix de la col·laboració de les autoritats policials i judicials dels Estats Membres, ja que són aquestes les autoritats competents per processar i sancionar als eventuais responsables.

Encara que hagi estat concebuda com una línia d'actuació diferenciada, la sensibilització del usuaris i dels consumidors respecte a la utilització d'Internet es troba íntimament lligada a l'autoregulació del sector. En efecte, els documents comunitaris examinats mostren com a destinataris principals d'aquesta sensibilització els pares i els educadors, que després assumiran un paper rellevant quant a la selecció o la filtració de continguts, o quant a la denúncia dels comportaments il·lícits a través del sistema, ja esmentat, de les línies directes. Els protagonistes d'aquesta tasca de sensibilització seran les institucions públiques, bé a nivell europeu, bé a nivell nacional, mitjançant l'elaboració de campanyes d'informació per utilitzar tot el potencial d'Internet d'una forma més segura, a través de la televisió, la ràdio, CD-roms, escoles etc. i la programació de diversos tallers. Tal com posa de manifest el CR seran els ens locals i

regionals, donada la seva proximitat als ciutadans, els que assumiran un paper fonamental en l'educació i formació sobre les noves tecnologies de la informació.

b) Mecanismes de supervisió de continguts: classificació i filtració

b.1.-La classificació de continguts il·lícits i nocius

Les mesures essencials perquè tot el sistema previst en base a l'autoregulació del sector funcioni són les relatives a la identificació, classificació, filtració i eventual bloqueig dels continguts il·lícits i nocius. Precisament aquest punt es relaciona directament amb l'exigència de possibles responsabilitats posteriors: a qui correspon la tasca de classificar i filtrar els continguts?, es configura aquesta tasca com una obligació?, amb quins mecanismes?, qui és el responsable en cas que els continguts il·lícits arribin a Internet o que la filtració de determinats continguts nocius no sigui efectiva?

En primer lloc, hem de tenir en compte que **la supervisió de continguts pot suposar una ingerència greu en la llibertat d'expressió i que, per tant, haurà de ser establerta complint en tot cas el principi de proporcionalitat i no discriminació, no prohibint la distribució a Internet, per exemple, de material que es trobi disponible en altres mitjans, i evitant regulacions desmesurades; el que, en definitiva, ens remet al principi de "regulació neutral des del punt de vista tecnològic."**⁵⁶ En segon lloc, tampoc no s'ha d'oblidar que la diferent naturalesa dels continguts *il·lícits* o *il·legals* i dels continguts *nocius* planteja forçosament solucions diferents.

El pas previ per a la supervisió de continguts és la seva **identificació**, per la qual cosa cal un mecanisme de classificació que *"describa el contenido según un esquema*

⁵⁶ És a dir que, com posa de relleu el CES, *"el menor número posible de normativas, políticas y procedimientos nuevos deberían ser específicos para los nuevos servicios"*. Vegeu el Dictamen del CES sobre la Proposta de Recomanació del Consell relativa a la protecció dels menors i de la dignitat humana als serveis audiovisuals i d'informació, DOCE C 214, de 10 de juliol de 1998.

ampliamente reconocido (en el cual, por ejemplo, se asigne a temas como la sexualidad o la violencia un grado dentro de una escala determinada” o, en definitiva, un **sistema d'etiquetatge de continguts a Internet**. Això ens apropa a la regulació sobre continguts vigent en matèria de televisió (tant a la Directiva 89/552/CEE, com a la Llei estatal 25/94 que la trasllada al nostre ordenament intern i la Llei catalana de televisió per cable), ja que, d'una banda, pel que fa als continguts il·lícits, un procés de classificació en permetrà la identificació i la denúncia conseqüent a les autoritats competents; i, d'altra banda, pel que fa als continguts nocius, es remet directament a la senyalització amb determinats signes recognoscibles de les pàgines *web* on es puguin trobar un determinat tipus de continguts que puguin resultar perjudicials per als menors i adolescents. Així, la utilització de pàgines d'advertència i de senyals visuals i sonors que informin sobre el caràcter de la informació a la qual s'accedeix fa referència, en tot cas, als continguts nocius.

Aquest sistema de classificació i posterior filtració pel qual opten actualment les instàncies comunitàries no és, però, l'única opció possible. Així, el CES assenyala com alternativa a la classificació el bloqueig de determinats continguts, és a dir, la utilització de programes informàtics que, quan s'instal·len als ordinadors, substitueixen –en base a unes llistes predeterminades per tercers– totes les expressions o imatges inoportunes per senyals sonors i recuadres. Aquest mitjà és molt més radical, però pel CES no suposa una coartació de la llibertat d'expressió *“porque en el caso de tales programas quien asume la responsabilidad de una aplicación correcta de los mecanismos de filtración, no es el distribuidor, sino el receptor de la información.”*⁵⁷ **La diferència bàsica entre els sistemes de classificació prèvia i els de bloqueig rau en el fet que, en el primer cas, es requereix un enfocament global amb la participació de tots els implicats a la indústria, inclosos els usuaris, mentre que, en el segon cas, l'important és estimular**

⁵⁷ Dictamen del CES sobre la *“Propuesta de Decisión presentada por la Comisión relativa al establecimiento de un marco plurianual para fomentar la seguridad en Internet, DOCE 214, de 10 de julio.*

l'adquisició i l'ús raonable d'aquest tipus de programes per part de pares, educadors, etc.

No obstant això, la Comunitat, encara que a la Decisió no es faci referència a cap sistema en concret, sembla haver optat, de moment, per la implantació d'una plataforma europea de selecció de continguts – “Euro-PICS”– que s'integri en la ja creada internacionalment pel Consorci *World Wide Web* i que, mentre es desenvolupa l'europea, hauria d'adoptar-se com a norma global donat que permet l'accés al contingut.

Respecte a la tasca d'efectuar la classificació dels continguts, la Decisió comentada sembla decantar-se per la creació d'una entitat independent que garanteixi un tractament uniforme i neutral, sense perjudici que es fomenti el paper dels propis proveïdors de continguts en la classificació d'aquests. El que no diu és si aquestes dues propostes conformen una alternativa o si la classificació prèvia del contingut per part del proveïdor haurà de ser ratificada posteriorment per l'entitat independent. No obstant això, si partim dels principis bàsics que guien les instàncies comunitàries en aquesta matèria –autoregulació voluntària del sector, elaboració de codis de conducta, etc.–, haurem de resoldre que aquesta confirmació posterior no serà necessària i que, en cas d'una classificació errònia de la qual derivi l'aparició de continguts il·lícits o nocius a la xarxa, això serà, com veurem, responsabilitat del proveïdor. La complementarietat d'aquestes dues opcions també es dedueix de l'afirmació continguda a l'annex de la Decisió que estableix que *“la clasificación realizada por entidades independientes (...) cubre los casos en que el proveedor de los contenidos no ha efectuado una clasificación adecuada”*.

b.2.- La filtració dels continguts nocius:

Com s'ha vist, aquesta classificació que permet la identificació dels continguts esdevé la premissa per l'aplicació dels programes o mecanismes de filtració. En aquest punt, la qüestió més interessant és discernir a qui correspon posar en marxa aquests mecanismes. Donat que Internet suposa un elevat grau d'interactivitat de l'usuari, que pot escollir la informació que desitja en cada moment, i suposa un trencament amb la tradicional lectura o visió seqüencial; i donat que l'objectiu essencial de la Comunitat és la protecció dels menors contra la informació nociva, **el dret comunitari ha optat per què siguin els pares i els educadors els que seleccionin els continguts apropiats per a l'educació dels menors al seu càrrec, i ha fet recaure en el sector industrial la responsabilitat d'oferir aquests mitjans de filtració d'una forma efectiva.** En definitiva, per tal de no perjudicar la llibertat d'expressió es parteix de la base que *"la capacidad para determinar los contenidos potencialmente nocivos reside en primer lugar en la persona misma, independientemente de su función educadora"*

No obstant això, aquest principi general ha de ser objecte d'una matisació important tal com demostra el dret comparat o la lectura dels diversos documents comunitaris de caràcter no vinculant. En efecte, **sembla que juntament amb els pares i els educadors, s'ha de tenir en compte la possibilitat que els proveïdors d'accés a Internet, fonamentalment, puguin assumir aquestes funcions de filtració de continguts.** En aquest sentit, el CES indica a la Comissió que *"(desde el punto de vista técnico) no sólo los educadores sino también los suministradores de servicios de acceso a Internet pueden utilizar mecanismos de filtración para la protección de los menores contra la información nociva. Lo cual significaría que un sistema que se presenta como 'user empowering' (la responsabilidad reside en el usuario) puede convertirse en un instrumento de control que evita de antemano precisamente que el ciudadano pueda elegir"*. Malgrat que suposi la reducció de la capacitat d'elecció del ciutadà, aquesta opció pot resultar positiva si s'articula a partir de la petició prèvia de l'usuari.⁵⁸

⁵⁸ En aquesta línia vegeu la Recomanació del Consell, *op.cit.*, on s'inclou com una mesura de recolzament al control per part dels pares, *"las opciones de filtrado activadas por los proveedores de servicios previa petición del usuario final antes de que el"*

En aquest cas, el que s'ha d'aclarir és com s'ha de vehicular aquesta tasca, si es fa com una funció potestativa del proveïdor d'accés o com una condició obligatòria establerta a l'autorització o títol habilitant per dur a terme la seva activitat. Si a això s'afegeix que la possessió de mecanismes de filtració implica un coneixement dels continguts a què es dóna accés, ens trobem davant d'un dels elements clau per determinar l'eventual grau de responsabilitat del proveïdor d'accés.

3.- Determinació de la responsabilitat per continguts *il·lícits* i *nocius*

La pluralitat d'operadors present a Internet dificulta l'establiment *a priori* d'una cadena de responsabilitats per continguts *il·lícits* o *nocius* pels motius ja esmentats. Actualment, les qüestions referides a la responsabilitat són objecte de debat en el si de la Comunitat, debat del qual han sorgit una sèrie de principis que, malgrat tot, no s'han reflectit a la Decisió del Parlament Europeu. En altres ordenaments jurídics, com el francès o sobretot l'alemany, on el 1997 s'aprovà una Llei global sobre el fenomen multimèdia, ja existeixen propostes específiques en una mateixa línia.

Sembla que **configuració d'Internet com a espai de comunicació individual on el propi usuari pot esdevenir editor de continguts aconsella acceptar com a principi general la responsabilitat de l'editor o autor de la informació**, que, en funció de la natura del contingut posat a disposició del públic, serà de caràcter penal o administratiu. la qual cosa ens apropa al règim comú de responsabilitat. **Aquest principi general pressuposa *a priori* la responsabilitat de tres tipus d'agents: 1) la del proveïdor de continguts que contracta amb l'operador de cable la venda dels seus productes; 2) la de l'usuari que edita les seves pròpies pàgines *web* respecte als continguts que hi**

contenido llegue al usuario (por ejemplo, un acceso limitado a sitios de la red determinados previamente o un acceso global a los servicios)".

apareixen; i 3) i la de l'operador de cable titular de la xarxa només quan hagi assumit la funció de editor de continguts propis a la xarxa.

El primer problema que es suscita és el relatiu a la identificació de l'autor d'aquells continguts, sobretot en el cas que la informació sigui transmesa anònimament. No obstant això, cal tenir en comte que ja existeixen i s'estan desenvolupant instruments tècnics que permeten "rastrear" el recorregut de la informació fins arribar a la font original. **Precisament aquest podria ser el fonament de la imposició d'obligacions legals als proveïdors d'accés, en el sentit que disposessin d'aquests mitjans d'identificació, amb la qual cosa el seu incompliment generaria una responsabilitat administrativa, no pel contingut il·lícit o nociu en si mateix, sinó per no haver fet front a determinades obligacions de caire preventiu.** Així, el Parlament Europeu proposa "*que se adopten medidas a nivel de la Unión Europea en virtud de las cuales todos los suministradores de informaciones a través de Internet estén obligados a identificar claramente al emisor.*"⁵⁹ En aquest sentit, a França es proposa sotmetre l'activitat del proveïdor d'accés, que en aquest cas s'identificaria amb l'operador de cable, a un *cahier de charges*, és a dir, al respecte de determinades obligacions com la d'identificació dels abonats en el moment de sol·licitud d'accés o connexió al servei, i/o la conservació d'aquestes dades de connexió, l'incompliment de les quals generaria una responsabilitat de tipus administratiu. En el nostre cas, aquestes condicions haurien de vehicular-se a través de l'autorització general que constitueix el títol habilitant per a l'exercici d'aquesta activitat.

Quant als actors intermediaris, es parteix de la premissa que només és responsable aquell que té coneixement de la il·licitud o de el possible caràcter nociu de la informació transmesa i que té possibilitats i mitjans tècnics suficients per controlar-la, exigència que, a més, ha de respectar el principi de proporcionalitat. En

⁵⁹ Vegeu la Resolució del Parlament sobre la "*Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*", DOCE C 150.

definitiva, l'idea de responsabilitat es vincula directament amb les nocions de coneixement i capacitat de control dels continguts, tal com ha quedat consagrat a la Conferència Europea de Bonn celebrada al juliol del 1997 i al Llibre Verd sobre la protecció dels menors i la dignitat humana en els nous serveis audiovisuals i d'informació, on s'afirma com a regla general l'exoneració de responsabilitat dels intermediaris tècnics, com els proveïdors de xarxa o els proveïdors d'accés, en virtut de l'aplicació dels principis de proporcionalitat i no discriminació, i el respecte a la llibertat d'expressió.⁶⁰ Això suposa que l'operador de cable que pot actuar com a simple operador o proveïdor de xarxa, o com a proveïdor d'accés no seria responsable quan actua com a intermediari tècnic, és a dir, quan canalitza o facilita l'accés a continguts que no li són propis.

Però aquesta formulació general està sotmesa a una matisació important vinculada, precisament, amb les nocions, abans citades, de coneixement i capacitat de control, és a dir, que, fins i tot quan s'està actuant simplement com a intermediari tècnic es pot esdevenir responsable de l'aparició a la xarxa de continguts nocius o il·lícits no propis, sempre que es conegui prèviament el caràcter il·lícit o nociu dels continguts que s'estan posant a disposició del públic, i sempre que, tenint els dispositius tècnics suficients per controlar-los i per evitar-ne l'aparició, aquests no s'utilitzin. En aquest últim cas, tal com es desprèn de la jurisprudència americana, s'ha de provar la "insuficiència necessàriament voluntària de mesures de control d'accés dels menors", perquè aquest supòsit es relacionaria amb una intencionalitat prèvia.⁶¹

⁶⁰ Vegeu el Llibre Verd, COM (96) 483 final, on s'afirma que, pel que fa a la responsabilitat dels intermediaris tècnics, "*se trata de determinar lo que es técnicamente posible, económicamente razonable y respetar un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y de la vida privada por una parte, y la protección de la dignidad humana y de los menores por otra*", pàg. 16 de la versió espanyola.

⁶¹ Vegeu *Inténet et les reseaux numériques*, text publicat pel Consell d'Estat francès, on es fa una relació de la jurisprudència americana sobre la determinació de la responsabilitat dels operadors.

Generalment, un intermediari tècnic com el proveïdor d'accés podrà tenir coneixement del caràcter del continguts als quals facilita l'entrada si ha assumit les funcions de filtració dels continguts nocius. La filtració de continguts pressuposa, com s'ha vist *supra*, una classificació prèvia que permet el proveïdor d'accés d'identificar si un contingut il·lícit no ha estat eliminat de la xarxa –i aleshores posar-ho en coneixement de les autoritats competents– o si existeixen continguts nocius que s'han de senyalitzar d'una manera específica. Aleshores, quan un proveïdor d'accés assumeix aquesta tasca de filtració, es pressuposa el coneixement de la informació a la qual dona accés i, per determinar la seva responsabilitat, caldrà dilucidar si posseïa els mitjans tècnics suficients per fer front a l'aparició dels continguts il·lícits i nocius a la xarxa.

S'ha de tenir en compte que, en aquest cas, la responsabilitat del proveïdor d'accés no exclou la de l'autor del contingut, i, a més, que aquella ho serà en una escala menor, és a dir, que el **principi general enunciat al començament d'aquest epígraf admet determinades matisacions que donen com a resultat l'establiment d'un sistema de responsabilitat amb diferents graus.** Aquesta ha estat l'opció adoptada per la Llei alemanya sobre Multimèdia de 1997 que estableix una gradació de la responsabilitat en funció de les possibilitats de control de la informació: **1 - responsabilitat plena dels autors dels continguts i, per tant, dels proveïdors d'accés respecte als continguts propis; 2- responsabilitat dels proveïdors d'accés respecte al material de tercers que ells posin a disposició del públic, si es demostra el seu coneixement previ del material i si hagués estat tècnicament possible el bloqueig d'aquests continguts; 3- absència de responsabilitat quan s'han limitat a permetre'n l'accés.**⁶²

⁶² Les solucions proposades a França també van en aquest sentit: no hi ha responsabilitat dels intermediaris tècnics, concretament dels proveïdors d'accés, excepte en els casos en què hi hagi coneixement previ, ja siguin ells mateixos els que hagin comès la infracció o hagin participat en la mateixa; per tant, es manté el règim de la responsabilitat editorial en allò concernent a l'edició dels continguts i un règim de responsabilitat comú per a la resta de funcions exercides a la xarxa Internet. Vegeu *Intérnet et les reseaux numériques*, *op. cit.* En definitiva, es tracta de no convertir el proveïdor d'accés en una mena de director de publicació, ni tan sols respecte a les pàgines personals dels usuaris.

Els principis de gradació i condicionalitat de la responsabilitat esdevenen, doncs, elements clau per a l'elaboració d'un sistema de responsabilitat sobre continguts a Internet, tal com també es desprèn de la proposta del Parlament Europeu quant a la determinació de la responsabilitat per aparició de continguts nocius: *“los suministradores de acceso y de servicios estarían obligados al cumplimiento de las siguientes normas mínimas: 1) respecto de los contenidos suministrados por ellos mismos, responderán con carácter ilimitado y asumirán toda la responsabilidad incluida la penal; 2) respecto de los contenidos delictivos de servicios ajenos suministrados por ellos, responderán si tienen verdadero conocimiento de los distintos contenidos concretos y si les resulta técnicamente posible y soportable impedir su utilización; 3) respecto de los contenidos no delictivos, los suministradores de acceso y de servicios deben establecer instrumentos de autocontrol.*

III.- Els operadors de cable i Internet en el nostre sistema jurídic

Finalment, després d'introduir les nocions generals necessàries per fer una aproximació al fenomen d'Internet i d'analitzar les premisses derivades del Dret Comunitari, cal fer una referència específica als supòsits on el subministrador de l'accés a Internet, o de determinats continguts, és l'operador de cable.

1.- La impossibilitat de deduir una regulació específica d'Internet en el marc del binomi televisió /telecomunicacions

Tal com hem vist a la introducció, Internet gaudeix d'una naturalesa bipolar que n'impedeix la classificació en els models limitats que operen a partir dels binomis mitjà d'edició/mitjà de comunicació social i televisió/telecomunicacions. En el nostre sistema jurídic, la rellevància donada a aquests binomis a partir dels quals s'estructura tota la

regulació dels mitjans de comunicació –en un sentit ampli– fa difícil d'inserir-hi el fenomen d'Internet.

La Llei 42/95 de telecomunicacions per cable definia el servei de telecomunicacions per cable com "*el conjunto de servicios de telecomunicación consistente en el suministro, o en el intercambio de información en forma de imágenes, sonidos, textos gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada a través del cable*", mentre que a l'Exposició de motius de la llei esmentada especificava que "*entre éstos, podemos mencionar los servicios de difusión sonora y los servicios de transmisión de imagen de carácter interactivo, siendo éstos últimos los que se consideran de mayor crecimiento, y por consiguiente, los que conforman el núcleo principal del servicio*". Definicions de caire general que podrien referir-se perfectament a la prestació de serveis via Internet i determinar, d'aquesta forma, la normativa aplicable.

No obstant això, com ja hem vist a la primera part d'aquest informe, quan l'article 9.1 de la mateixa llei, i concretament l'article 28 del RTC, especifiquen els serveis que són objecte de la concessió, es refereixen fonamentalment als serveis de difusió, als serveis de vídeo segons demanda i als serveis de vídeo a la carta (excloent els serveis de televisió per ones hertzianes). Si atenem a les definicions que l'article 42 del RTC fa d'aquests serveis, no podem considerar que l'oferta multiserveis a través de la xarxa Internet estigui compresa dins d'aquest àmbit, ja que es preveu que es tracti d'una "*programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio*" o, en tot cas, amb una possibilitat limitada d'interactuar per seleccionar el programa desitjat (vídeo a la carta) o el programa i el moment del subministrament (vídeo segons demanda).

Així, l'oferta actual de serveis a través d'Internet no es pot assimilar a aquests serveis, en primer lloc, perquè pressuposa una major interactivitat de l'usuari que no només té la

capacitat de triar la informació o la programació que vol rebre en cada moment, sinó que, en determinats casos, pot actuar sobre aquesta i manipular-la, i pot prescindir d'una lectura o visualització seqüencial gràcies a la configuració tècnica d'Internet mitjançant l'hipertext; en segon lloc, perquè els continguts de caràcter audiovisual disponibles via Internet s'inscriuen en un context multimediàtic; i, en tercer i últim lloc, perquè encara no pot parlar-se d'una oferta equiparable en termes de qualitat ja que encara es troba en un estat embrionari i no pot substituir els serveis tradicionals.

Malgrat la impossibilitat de reconduir l'oferta de serveis via Internet cap als serveis de difusió tradicionals, l'article 28.c) aporta l'element clau ja que inclou, dintre dels serveis per als quals es troben habilitats els operadors de cable, aquells serveis que anomena "*servicios de valor añadido, en especial los relacionados con formatos multimedia y con aplicaciones informáticas, una vez disponga de los correspondientes títulos habilitantes*". Que Internet es podria considerar com un d'aquests serveis de valor afegit es deriva de la relació entre les definicions que realitza l'article 42 RTC dels serveis de valor afegit de telecomunicacions per cable i de serveis multimèdia interactius, respectivament. Així, dintre dels primers inclou "*cualquier tipo de servicio de telecomunicación que, utilizando las capacidades de transporte y de procesamiento de información de una red de telecomunicaciones por cable, es distinto del servicio telefónico básico, del servicio de difusión de televisión por cable, del servicio télex, del servicio telegráfico, del servicio portador de alquiler de circuitos y de los servicios de vídeo bajo demanda y vídeo a la carta*". Definició residual o de caire negatiu que es complementa amb la definició del serveis multimèdia interactius entesos com "*servicios de valor añadido de telecomunicaciones por cable consistentes en la distribución o intercambio de información bajo la forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinación de ellos que requieren de un canal de retorno para su prestación*." La clàusula de tancament la trobem a l'article 44 RTC que, partint de la configuració de la xarxa de cable com una xarxa oberta, inclou com a prestacions mínimes d'aquesta "*la difusión de televisión digital, el vídeo bajo demanda y el vídeo a la carta, servicios*

multimedia interactivos y servicios de comunicaciones de datos de carácter bidireccional”.

Segons es deduïa d'aquests preceptes, la consideració dels serveis oferts via Internet com a serveis de telecomunicacions per cable de valor afegit, tot i obviar el vessant d'Internet com a mitjà de comunicació, permetia la identificació de la normativa aplicable en relació a l'accés al mercat, als principis generals de respecte obligat, a la regulació dels continguts etc. No obstant això, l'actual LGT només manté la vigència d'aquests preceptes per tal com es refereixin als serveis de difusió de televisió, per la qual cosa Internet queda fora del seu àmbit d'aplicació.

A nivell autonòmic, la Llei de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable sembla partir d'un enfocament més global que faciliti la inclusió de les noves tecnologies que es fan realitat a través del cable. Es tracta d'un enfocament interessant, donat que el seu àmbit d'aplicació no es redueix a les entitats que prestin el servei de televisió per cable, sinó a tota l'oferta audiovisual distribuïda per cable, dintre de la qual s'inclourien aquells continguts específics de caràcter audiovisual accessibles via Internet.

No obstant això, la lectura de la llei i del seu reglament de desenvolupament mostren que es continua operant en termes de difusió de televisió: es parla en tot cas de programació; els nous serveis interactius semblen referir-se exclusivament al vídeo segons demanda i al vídeo a la carta; les obligacions de pluralisme polític i lingüístic encaixen difícilment en l'estructura de la xarxa Internet, de la mateixa manera que les limitacions previstes per a determinats continguts i basades en restriccions horàries tampoc no poden aplicar-se en aquest àmbit.

2.-Els títols habilitants per al subministrament d'Internet mitjançant el cable

Com hem vist en la primera part d'aquest informe, de la LGT es desprèn que les telecomunicacions per cable es configuren, actualment, com a serveis d'interès general que es presten en règim de lliure concurrència, sense perjudici de les obligacions de servei públic que poden ser imposades als operadors. D'aquesta nova configuració, i de l'adaptació de la Directiva comunitària 97/13/CE referida a la instauració d'un sistema homogeni de títols habilitats (autoritzacions generals i llicències individuals), es dedueix la pèrdua del caràcter confessional del títol habilitant que s'atorgui a l'operador de cable i la necessitat de transformar els títols habilitants atorgats amb anterioritat a la LGT.

En referència al que aquí ens interessa, de la conjunció de la LGT i de l'OLI es desprèn que els títols habilitants atorgats d'acord amb la LTC es converteixen en una llicència individual tipus B1 a la qual s'afegiran les autoritzacions generals necessàries per prestar determinats serveis de telecomunicacions per cable. En la regulació anterior, continguda a la LTC i al RTC, ja es preveia que, encara que la concessió per prestar serveis de telecomunicacions per cable permetia la prestació de serveis multimèdia interactius, calia l'atorgament d'una habilitació expressa per aquests serveis concrets. Així, de la mateixa manera que la prestació de serveis telefònics via Internet requereix una autorització general –en no considerar-se com a telefonia vocal bàsica que exigiria una llicència individual, tal com es posa de manifest a la Comunicació de la Comissió abans esmentada–, considerem que la prestació de multiserveis a través d'Internet i d'acord amb el que disposa la LGT⁶³ requerirà, en tot cas, una autorització general,⁶⁴ o comunicació, que s'adequaria perfectament al caràcter de serveis de valor afegit que de moment s'atribueix als serveis oferts per Internet. Per tant, i donat el caràcter automàtic i regalat de les autoritzacions generals, qualsevol operador que disposi de les

⁶³ Vegeu l'article 15 LGT que estableix els supòsits en els quals es requereix una llicència individual (establiment o explotació de xarxes públiques de telecomunicacions, prestació del servei telefònic disponible al públic, prestació de serveis o explotació de xarxes de telecomunicacions que utilitzin el domini públic radioelèctric) i dintre dels quals no es pot incloure Internet. De la mateixa manera que no s'inclou en la noció de difusió de televisió d'on sembla partir l'OLI per exigir la llicència individual.

⁶⁴ Vegeu els articles 10 a 14 LGT.

infraestructures necessàries i que adopti les normes comuns i els protocols d'Internet podrà prestar el servei de facilitar l'accés a la xarxa mundial.

De totes les funcions abans enumerades, l'activitat sotmesa a autorització general seria la de prestació de serveis d'Internet en un sentit ampli o la de proveïdors d'accés; i la seva importància rau en el fet que aquestes autoritzacions podrien incloure condicions relatives a la protecció efectiva dels menors davant de determinats continguts, l'incompliment de les quals generaria una responsabilitat administrativa en el proveïdor d'accés (encara que, com veurem, es tracti d'una responsabilitat condicional).⁶⁵

La LGT⁶⁶ ja preveu la possibilitat d'imposar condicions a les autoritzacions generals, relatives, per exemple, a la prestació adequada del servei, als requisits tècnics i de qualitat exigibles; a la protecció dels usuaris, etc. Aquesta previsió legal permet, per tant, la imposició de veritables obligacions, com la de subministrar o conservar la informació, a fi d'aconseguir un millor control dels continguts il·lícits presents a Internet, a l'operador de cable que, a més de facilitar la infraestructura a d'altres possibles competidors, sol·licita autorització per esdevenir proveïdor d'accés i serveis.

No obstant, l'OAG no inclou previsions d'aquest tipus. D'una banda, en establir la classificació de les autoritzacions generals, no es fa referència en cap moment a la prestació del servei de subministrament de l'accés a Internet per part dels operadors de telecomunicacions per cable –ja que l'accés a Internet suposa molt més que un servei de transmissió de dades que requereix una autorització general de tipus C–; i, de l'altra, dintre de la definició de les condicions aplicables a cada tipus d'autorització no es

⁶⁵ Vegeu el Dictamen del CES sobre la recomanació del Consell, *op. cit.*: “La concessió de licències a Internet Service Providers y a los proveedores de contenido organizativo permitirá a los reguladores incluir condiciones y sanciones en las licencias a las que luego pueden hacer referencia en el caso de que se haya puesto al alcance de los menores contenidos ilícitos o nocivos”.

⁶⁶ Vegeu l'article 11 en relació al 14 LGT que preveu sancions administratives en el cas d'incompliment de les condicions de l'autorització general.

preveuen obligacions equiparables a la instauració d'un sistema d'identificació de la informació per a la protecció del propi usuari.

En tot cas, el servei de subministrament de l'accés a Internet quedaria inclòs en el capítol III de l'OAG que fa referència a l'atorgament d'autoritzacions generals amb caràcter provisional "*para poder prestar un nuevo servicio o explotar un determinado tipo de red de telecomunicaciones que no haya sido aún objeto de regulación*". En aquest cas, el Ministeri de Foment haurà de determinar les condicions definitives d'aquestes autoritzacions, podent-hi incloure, aleshores, exigències més específiques com les mencionades *supra*.

3.- Determinació de la responsabilitat per continguts *il·lícits* i *nocius*

Davant de l'absència de regulació actual, la determinació del règim de la responsabilitat dels operadors de cable per l'aparició de continguts *il·lícits* i *nocius* s'ha de referir a les directrius aportades pel dret comunitari. Així, tal com hem vist, s'ha de partir dels principis de gradació i condicionalitat de la responsabilitat, que portarien al següent esquema:

1.- L'operador de cable serà responsable respecte als continguts propis que ell mateix posi a disposició del públic a través de la xarxa; és a dir quan actua com a proveïdor de continguts. Aquesta responsabilitat és total i inclou la responsabilitat penal.

2.- L'operador de cable serà responsable quan assumeixi la funció de proveïdor d'accés a Internet i tingui el coneixement del caràcter *il·lícit* o *nociu* d'una determinada informació i els mitjans tècnics necessaris per evitar-ne l'aparició a la xarxa. Això significa que han de concórrer aquests dos criteris –coneixement i disposició dels mitjans tècnics– per al naixement de la responsabilitat. La manca de

qualsevol d'ells en determinaria l'exoneració. En aquest cas, la responsabilitat de l'operador de cable per continguts aliens o de tercers és condicional i no total, ja que, en tot cas, el responsable principal n'és l'autor.

3.- L'operador de cable serà responsable de l'incompliment de les obligacions eventuais que se li imposin per llei o, en concret, de les autoritzacions generals que l'habilitin per subministrar l'accés a Internet, com per exemple, la d'identificar tota la informació que subministra i conservar les dades; la de filtrar els continguts prèviament classificats, etc.

4.- Estarà totalment exonerat de responsabilitat en els supòsits en els quals, o bé assumeixi simplement la tasca de "transportista" i posi la seva infraestructura a disposició de tercers; o bé, encara que assumeixi la funció de proveïdor d'accés, no tingui coneixement del caràcter il·lícit o nociu dels continguts, o no disposi dels mitjans tècnics necessaris per evitar que es posin a disposició del públic.

ANNEXES DE NORMATIVA

1.- Normativa estatal

a) Normativa general de telecomunicaciones

- Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones.
- Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones.
- Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares.
- Orden del Ministerio de Fomento de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares.

b) Normativa en matèria de telecomunicacions per cable

- Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por 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.

c) Normativa en matèria de televisió

- Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de la radio y la televisión.
- Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión
- Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada.
- Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación 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 (també anomenada Directiva *Televisió sense fronteres*).⁶⁷

- Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres.

2.- Normativa autonòmica catalana

- Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i dels adolescents.

- Llei 8/1996, de 5 de juliol, de regulació de la programació audiovisual distribuïda per cable.

- Decret 3/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament del Consell Audiovisual de Catalunya, modificat pel Decret 222/1998, de 30 de juliol.

- Decret 265/1997, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la Llei 8/1996.

- Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística.

3.- Normativa comunitària

- **Decisión nº 276/1999/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. DOCE L 33, de 6 de febrero de 1999.
- **Propuesta modificada de Decisión** del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se adopta un Plan plurianual de acción comunitaria para fomentar una mayor seguridad en la utilización de Internet. DOCE C 324, 22 de octubre de 1998.

⁶⁷ Cal tenir present que, amb posterioritat a la redacció definitiva d'aquest treball, s'ha aprovat la Llei 22/1999, de 7 de juny, de modificació de la LTVSF, com a conseqüència de la necessitat d'incorporar a l'ordenament espanyol la modificació que, tal com hem assenyalat, s'havia produït a la Directiva europea sobre Televisió sense fronteres.

- **Propuesta de Decisión** del Consejo por la que se adopta un Plan plurianual de acción comunitaria para fomentar la seguridad en la utilización de Internet, DOCE C 48, de 13 de febrero de 1998.
- **Recomendación** del Consejo, 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, DOCE C 270, de 7 de octubre de 1998.
- **Dictamen** del Comité de las Regiones sobre la “Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa al seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”, y sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones- Plan de fomento de la seguridad en la utilización de Internet, DOCE C 251, de 10 de agosto de 1998.
- **Dictamen** del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones- La mundialización y la sociedad de la información _ Necesidad de reforzar la coordinación internacional”, DOCE C 284, de 14 de septiembre de 1998.
- **Dictamen** del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información, DOCE C 214, de 10 de julio de 1998.
- **Dictamen** del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Decisión del Consejo por la que se adopta un plan plurianual de acción comunitaria para fomentar la seguridad en la utilización de Internet”, DOCE C 214, de 10 de julio de 1998.
- **Resolución** del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 1997, sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet. DOCE C 150, de 19 de mayo de 1997.

- **Resolución** del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, de 17 de febrero de 1997, sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet, DOCE C 70, de 6 de marzo de 1997.
- **Comunicación** de la Comisión sobre La naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al derecho Comunitario, y en particular, la Directiva 90/388/CEE, DOCE C 6, de 10 de enero de 1998.
- **Libro Verde** sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de información y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, COM (97) 623 final, de 3 de diciembre de 1997.
- **Libro Verde** sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información. COM (96) 483 final, de 16 de octubre de 1996.