

PUBLICIDAD FRENTE A PROPAGANDA EN LAS EMISIONES DE LAS TELEVISIONES PUBLICAS

1.- INTRODUCCIÓN

Publicidad y propaganda son dos campos del derecho cuya delimitación jurídica es de interés, porque el concepto y el tratamiento de cada uno de ellos presenta diferencias significativas.

Limitamos nuestra reflexión al ejercicio de ambas actividades en un medio de comunicación concreto: las televisiones públicas.

Nuestra aproximación al objeto sometido a consideración seguirá dos estadios sucesivos. En primer lugar, haremos una exposición sumaria de los espacios que las normas vigentes autonómicas, estatales y europeas prevén para la televisión pública, delimitando, en lo mínimamente necesario, el concepto de aquéllos que no coinciden con los espacios objeto de esta reflexión. La finalidad de dicha exposición es obvia: establecer los límites de nuestro trabajo. Una vez conocido el campo de las emisiones de televisión, procederemos en una segunda parte al estudio detallado del concepto y de la regulación de la publicidad. Dedicaremos, luego, la tercera parte a un estudio sumario de la propaganda. Finalmente, en un punto dedicado a conclusiones, estableceremos un resumen de lo expuesto.

1.1 PRIMERA PARTE

Información y opinión. Derecho de antena y comunicaciones oficiales. Generalidades sobre el concepto de estos términos

La LVTV nos permite formular un esquema inicial de los espacios previstos por la normativa vigente para la televisión pública.

En su artículo 3-b sólo se prevén y diferencian los siguientes espacios:

Información.

Opinión.

Publicidad comercial

Más adelante aparecen:

El llamado ‘derecho de antena’ (arts. 8.2.e, 21 y 22.1).

La ‘propaganda’, sea electoral (art. 22.2 y normas electorales a las que dicho artículo y apartado hacen expresamente referencia) o no.

Finalmente los ‘mensajes institucionales’ (arts. 24 y 25).

Seguidamente intentaremos establecer las líneas más generales de los conceptos de información, opinión, derecho de antena y comunicaciones oficiales o mensajes institucionales a la luz de la normativa autonómica, estatal y europea al objeto de empezar delimitando el campo de la televisión ajeno a la publicidad y a la propaganda.

a)La legislación autonómica y estatal.

La Constitución de 1978 distingue expresamente entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, es decir, la expresión libre de la opinión (art. 20.1.a), y

el de comunicar o recibir libremente información, o libertad de información (art. 20.1.d).

Sobre esta base constitucional, el artículo 3-b de la LVTV, eleva a principio rector de la actividad de los medios *la distinción y separación* entre información y opinión, añadiendo, también como algo diferente, y que debe aparecer separado de los espacios anteriores, la publicidad comercial. Y en los demás artículos que acabamos de mencionar de la misma disposición, se prevén el derecho de antena de los grupos sociales y políticos representativos y otros grupos de menor significación, en aplicación directa del artículo 20-3 CE, así como las declaraciones o comunicaciones oficiales y el régimen especial de espacios previsto en la legislación electoral.

Como antecedente estatal de la LVTV tenemos el ERTV, cuyos artículos 4º-b; 8º-1, letra k; 22, 23 y 24, establecen un régimen análogo en materia de información, opinión, publicidad, derecho de antena, régimen de emisiones electorales y declaraciones o comunicaciones oficiales, con la salvedad de que el artículo 4º-b sólo se refiere expresamente a la separación entre información y opinión y el artículo 24 no cita literalmente los grupos culturales mencionados en el artículo 21-2 LVTV.

Estas leves diferencias no significan, en nuestra opinión, diferencias de régimen jurídico. El ERTV no incluye la publicidad en la separación que exige en su art. 4º-b entre informaciones y opiniones, porque la publicidad es, como veremos, una forma de información que tiene su regulación específica y no necesita referencia expresa. En cuanto a los grupos culturales, es claro que son y van comprendidos, cuando menos en el concepto de grupos sociales.

El Legislador vasco, más detallista que el estatal en ambos casos, ha preferido subrayar el carácter jurídicamente específico de la publicidad comercial, citándola expresamente (art. 3º-b LVTV), así como mencionar los grupos culturales entre los grupos de significación menor (art. 21-2 LVTV).

b) *La regulación europea.*

En lo que se refiere a la normativa europea la disposición de interés específico es la Directiva 552 y es de advertir ya desde ahora, que su objetivo fundamental es la regulación de los espacios publicitarios y análogos (patrocinio y televenta) y que su contenido ha sido incorporado al Ordenamiento jurídico español por la LIDUE. Esta última tiene el carácter de norma básica. conforme a su disposición final primera.

En esta primera parte interesa destacar del contenido de la disposición europea mencionada el reconocimiento que hace de los espacios televisivos fundamentales de la televisión ya aludidos, así como de su recíproca diferenciación, el carácter independiente del espacio publicitario y su tratamiento en un marco de evidente prevención. La modificación de esta Directiva por la Directiva 36 sólo aporta alguna ampliación esporádica en materia de espacios informativos y de opinión, que mencionaremos algo más adelante al intentar fijar los conceptos de este tipo de emisiones.

El reconocimiento de los espacios televisivos fundamentales separados aparece con claridad meridiana en la Exposición de Motivos y en los artículos 4 y 5 de la Directiva 552 en su primera versión.

Los considerandos 7, 8 y 11 de la misma indican expresamente, que el derecho a la libre circulación de los servicios remunerados aplicado a la difusión y distribución de servicios de televisión es *manifestación específica del derecho a la libertad de expresión* consagrado por el artículo 10-1¹ del Convenio de

¹ El art. 10.1 del Convenio de Roma (Aranzadi 1979, nº 2421) dice así: 'Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa'

Roma, sin más límites que los previstos en el aptdo. 2 de dicho art. 10² y en el art. 56-1 del Tratado CEE³. Por ello, la coordinación de las legislaciones aplicables tiene por objeto facilitar la libre circulación de *las informaciones y las ideas* dentro de la Comunidad.

En los artículos 4-1 y 5 de la Directiva 552 se hace referencia expresa a “las responsabilidades del organismo de radiodifusión televisiva para con su público *en materia de información, de educación, de cultura y de entretenimiento*”.⁴

Finalmente en los considerandos 27 a 30 de la Exposición de Motivos citada, primera versión, la Directiva 552 *atiende de manera diferenciada a la publicidad*, cuya regulación específica se contiene en el Capítulo IV (arts. 10 a 20) de la misma.

Tenemos, pues, el reconocimiento de los tres espacios con sustantividad propia: la información o *espacio informativo*, la difusión de ideas, de programas educativos, culturales y de entretenimiento o *espacio de opinión*, y la publicidad o *espacio publicitario*.

² Dice así: ‘El ejercicio de estas libertades que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.’

³ Decía así: ‘Las disposiciones del presente capítulo (Derecho de establecimiento) y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas’ Después de Maastricht, este artículo recibió el número de art. 46.1 y su contenido se traslada al art. III-140.1 de la Constitución para Europa –por ahora *non nata*– que se establece por el Tratado de Roma de 20 de octubre de 2004. Ambas normas repiten, literalmente en el caso de la primera, y casi literalmente en el de la última, el texto del art. 51.1 del Tratado CEE.

⁴ La cursiva es nuestra.

La LIDUE no ofrece novedad sobre el contenido de la Directiva 552, ya que es básicamente transcripción de la misma. Además, tampoco se refiere con tanta claridad a los espacios informativos y de opinión, porque se hallan ya claramente delimitados –aunque no definidos– en el ERTV.

c) Generalidades sobre los conceptos de información, opinión, derecho de antena y comunicaciones oficiales.

No debe perderse de vista que hay una diferencia sustancial entre los dos primeros conceptos y los del derecho de antena y de comunicaciones oficiales: la información y la opinión comprenden el carácter y el contenido de los mensajes, mientras que los otros dos son instrumentos de acceso al medio y pueden contener, por ello, materiales clasificables en cualquiera de los dos primeros conceptos indicados, así como de los correspondientes a otros espacios televisivos.

Una segunda observación es que, con frecuencia, no resulta posible segregar totalmente los conceptos de información y opinión. Sobre ello, diremos unas palabras más adelante al hablar de los criterios del Tribunal Constitucional.

La primera aproximación al concepto de la *opinión* y del *derecho de antena* se nos ofrece en el art. 20, aptdos. 1 y 3, CE. La opinión es la expresión de “pensamientos, ideas y” –valga la redundancia– “opiniones” (aptdo. 1.b). El derecho de antena se entiende como la garantía de “acceso a “ los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público “de los grupos sociales y políticos representativos” (aptdo. 4) No hay, en cambio, desarrollo alguno del concepto de información: el aptdo. 1.d de dicha norma constitucional se limita a citar la información, pero no delimita el concepto.

Ni en la LVTV, ni en el ERTV aparecen descripciones o definiciones de información o de opinión. Tal vez se ha considerado que es suficiente el art. 20 CE y que se trata de algo obvio: la información se refiere a la comunicación de hechos y de acontecimientos.

tecimientos, la opinión a las reflexiones subjetivas que se transmiten al público. Lo cierto es que no hay ninguna conceptualización de estos términos en las normas mencionadas. En cambio, podemos descubrir referencias al concepto del derecho de antena y de las declaraciones o comunicaciones oficiales.

El derecho de antena tiene una serie de referencias en las disposiciones estatales y autonómicas. En la misma línea del art. 20.3 CE, como no podía ser menos, se trata de la *garantía de acceso* a los medios de comunicación públicos *ofrecida a los grupos políticos y sociales significativos* que prevén el art. 24 ERTV y complementan, en cuanto a criterios de determinación de dichos grupos y porcentaje de horas de emisión, el propio art. 24 y el art. 8.1.k, ambos de la misma disposición.

La LVTV establece concepto y regulación análoga en sus arts. 2.1 y 8.2.f. Sin embargo, *amplía ese derecho a grupos políticos, sociales y culturales de menor significación*. Dado que los grupos culturales no aparecen expresamente citados en la CE, ni en el art. 24 ERTV, ni en el Art. 21.1 LVTV y que en este art. 21.2 LVTV se habla de grupos culturales de menor significación, hay que concluir que el legislador vasco ha entendido que hay *también grupos culturales significativos* y que van *incluidos en la rúbrica de grupos sociales significativos*, como, por lo demás, parece perfectamente admisible.

Finalmente las *declaraciones o comunicaciones oficiales* son actos imperativos del Gobierno, sea Estatal, sea Autonómico, que las televisiones públicas tienen el deber de emitir. Así el art. 22 ERTV y el art. 24 LVTV. Además, el art. 25 LVTV prevé el deber de rectificación y de aclaración a requerimiento de la Administración.

En la Directiva 552 y en la Directiva 36 que la modifica, aparecen desperdigados esbozos de concepto de opinión y de información. Los considerandos 11, 21, 25 y 33 de la exposición de motivos y los artículos 4.1 y 5 de la primera, y los considerandos 27, 38 y 44 y la versión del art. 11.5 de la segunda nos permiten una aproximación, al menos rudimentaria, a estas nociones.

Según las normas mencionadas, tendremos *información* siempre que se trate de:

Emisión de hechos y acontecimientos. Considerando 33 de la Directiva 552.

Emisión de manifestaciones deportivas. Art. 4.1 y art. 5 de la Directiva 552 y considerando 38 de la Directiva 36. En definitiva, se trata de acontecimientos como se reconoce en el considerando citado en último lugar.

Parece que los documentales, mencionados en el considerando 38 y en el art. 11.5 de la Directiva 36, también deben calificarse preferentemente como información, ya que suelen versar más bien sobre hechos, aun cuando no se descarten las valoraciones y manifestaciones de puntos de vista.

A su vez, tendremos *opinión*, al menos en un sentido amplio, cuando se trate de:

Emisión de ideas (Considerando 11)

Emisión de cualesquiera creaciones susceptibles de ser retransmitidas por televisión, como son las obras cinematográficas (Considerando 24, en relación con los considerandos 21 y 24 de la Directiva 552), películas de ficción (considerando 27 de la Directiva 36), obras teatrales (considerando 38 de la Directiva 36), y los juegos y espacios de educación, cultura y entretenimiento (Art. 4.1 y art. 5 de la Directiva 552 y considerando 44 de la Directiva 36). La educación y la cultura constituyen comunicación y difusión de ideas. Los juegos y los espacios de entretenimiento obedecen inevitablemente a determinadas visiones o concepciones de la realidad, por lo que implican siempre cierto grado de inspiración ideológica.

En el derecho europeo, las Directivas examinadas no hacen referencia explícita al llamado derecho de antena, sin embargo puede encontrarse una ligera referencia al mismo en los

“llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” y a las declaraciones y comunicaciones oficiales bajo el nombre de “anuncios de derecho público” (Directiva 552, art. 18.3 y considerando 34 de la Exposición de Motivos de su modificación). Es lógico que no se extiendan más en la materia, puesto que estas disposiciones están orientadas a regular los espacios televisivos fundamentales, es decir, las variedades de información, opinión y publicidad.

Un resumen de lo hasta aquí expuesto sobre información y opinión nos lleva a la conclusión de que la información apunta directamente a la emisión televisiva de cualquier tipo de hechos, sucesos o acontecimientos, mientras que la opinión comprende toda emisión de ideas, pensamientos, posiciones subjetivas, criterios valoraciones e ingredientes análogos.

A su vez, el llamado derecho de antena y las comunicaciones oficiales no constituyen propiamente espacios televisivos, sino instrumentos para acceder al medio. Por ello pueden utilizarse, y de hecho se utilizan, tanto para informar como para emitir opiniones. En el primer caso, informaciones y opiniones de grupos políticos, sociales y culturales significativos, como pueden ser partidos políticos, sindicatos, grupos religiosos y asociaciones diversas con peso social, o también –al menos en la televisión autonómica– grupos menores de las mismas características. En el segundo caso, informaciones, notificaciones, criterios, etc. de los Gobiernos respectivos.

Aun cuando esta conceptualización pueda parecer suficiente, hablando de derecho positivo es fundamental contrastar la interpretación personal y directa con el criterio de los Tribunales y, particularmente en este caso, con el del Tribunal Constitucional.

Son muchas las resoluciones en que el Alto Tribunal ha abordado la diferencia entre los conceptos de información y opinión. Podemos citar desde la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo⁵,

⁵ BJC-2, p. 128, f.j. 4

innumerables Sentencias posteriores: 51/1985, 10 de abril; 105/1990, 6.06; 171/1990, 5.11; 2/2001, 15.01; 49/2001, 26.02; 47/2002, 25.02; 99/2002, 6.05; 232/2002, 9.12; 126/2003, 30.06, etc.⁶

Valgan las Sentencias siguientes por todas las citadas:

La Sentencia 47/2002 se pronuncia así en su fundamento jurídico 3:

“...Este Tribunal ha manifestado que mientras la primera” -se refiere a la libertad de expresión, es decir, a la opinión- “tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor», el derecho de información «versa, en cambio, sobre hechos» (S.T.C. 61/98, de 17 de marzo, fundamento jurídico 5º); es decir, lo que se trasmite, «en un caso es la idea y en otro la noticia o el dato» (S.T.C. 223/1992, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 1º). Aunque en no pocas ocasiones resulta complicado determinar cuándo nos encontramos ante ideas u opiniones y cuándo ante datos o hechos.”

La Sentencia 99/2002 incluye en la opinión los “juicios personales y subjetivos” (f.j. 5).

La Sentencia 232/2002 recurre, además, a las “apreciaciones” (ff.jj. 2 y 3)

Tenemos, pues, que para el Tribunal Constitucional la *opinión* se refiere al “pensamiento, ideas, creencias, juicios subjetivos y personales de valor y apreciaciones”, mientras que la *información* viene constituida por “hechos, noticias o datos”. La primera opera en el ámbito personal, subjetivo, y la segunda en el campo objetivo.

⁶ Números y lugares del BJC: 49, p. 543, f.j. 10; 111, p. 77, f.j. 4-a; 115, p. 125, f.j. 9 (10?); 208, p.37, ff.jj. 2, 3, y 5; 239, p. 274, f.j. 6; 254, p. 15, f.j. 5; 261, p. 88, ff.jj. 2 y 3; 252, p. 84, ff.jj. 3 y 4.

No obstante, es claro que, en la realidad, la distinción no implica un corte radical: los hechos suelen ser enjuiciados, valorados, mientras que los pensamientos, ideas, apreciaciones, etc. parten frecuentemente de hechos, noticias, sucesos o acontecimientos, es decir, de datos.

El Tribunal Constitucional reconoce esta urdimbre de hechos y opiniones y la dificultad consiguiente de discernir ante cuál de estas figuras estamos. Cuestión ésta importante, ya que el tratamiento jurídico de unos y otras no es idéntico. La Sentencia 126/2003 aborda la cuestión de la forma siguiente:

“...Es cierto que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión...Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del artículo 20 C.E., al elemento que en ellos aparece como preponderante...”

Habría que añadir a esta doctrina que la mera selección de los hechos, datos o noticias implica ya una apreciación, un juicio de valor. Y ello hace aún más compleja la posibilidad de separar ambos conceptos. Decíamos antes, por ello, que los documentales parecen clasificables como información, pero, con independencia de que en ellos aparecen frecuentemente también apreciaciones subjetivas, la mera elección del tema y la decisión sobre los ingredientes que se van a documentar implican también juicios de valor y, en ocasiones, justificarán la inclusión de estas producciones en el concepto de opinión.

Una vez delimitado en lo posible el campo jurídico de estos dos espacios televisivos, así como la naturaleza que asignan las normas vigentes a los instrumentos de acceso al medio denomina-

dos derecho de antena y declaraciones o comunicaciones oficiales, entramos en el análisis del significado del objeto propio del presente trabajo, es decir, los conceptos de publicidad y propaganda, que constituye la segunda parte de esta reflexión.

1.2 SEGUNDA PARTE

La publicidad.

Hemos visto que la publicidad es uno de los espacios televisivos fundamentales. Parece necesario ahora precisar el concepto legal de publicidad y de lo que, conforme a derecho, no es publicidad, así como exponer la regulación de la publicidad como espacio separado y conceptualmente independiente de otros espacios televisivos que acabamos de precisar, y finalmente aludir a la prevención con la que las normas vigentes parecen contemplarla.

Dado que el propio Legislador estatal nos dice expresamente (LIDUE, Exposición de Motivos, I, párrafo quinto) que, entre los textos legales que regulan el ámbito de la televisión como medio de comunicación social, está la LGPU, tendremos que tenerla en cuenta, además de acudir a la Directiva 552 y a la LIDUE⁷, para abordar el concepto y los límites legales de la publicidad.

a- Las normas de la Directiva 552, de la LIDUE y de la LGPU

El concepto de publicidad televisiva.

El artículo 2 LGPU define la publicidad como sigue:

⁷ A partir de aquí citamos la Directiva 552 una vez incorporadas las modificaciones introducidas en ella por la Directiva 97/36/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 30 de junio de 1997, omitiendo la cita de ésta última. Del mismo modo citamos la LIDUE según las modificaciones de la Ley 22/1999, de 7 de junio, sin tener en cuenta, por el contrario, las modificaciones introducidas por el artículo 8 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que no afectan a los objetivos de este trabajo.

“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La definición que de “publicidad televisiva” ofrece el art. 1-c de la Directiva 552 coincide sustancialmente con la de la LGPU y dice así:

“...cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

La única diferencia apreciable es la inclusión de la autopromoción en la definición de la Directiva, es decir, en definición del considerando 34 de la Directiva 36, “los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos”

Finalmente el artículo 3-c de la LIDUE recoge prácticamente la definición de la Directiva 552, e incluye como publicidad los mensajes emitidos por cuenta de terceros para promover actitudes o comportamientos en los telespectadores. Dice textualmente así:

“...cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contra-prestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo.

Los mensajes dedicados a la autopromoción tendrán, a efectos de esta Ley, la consideración de publicidad.

También se considerará publicidad, cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”.

Se ha de destacar, pues, que la normativa vigente entiende, al menos en principio, por publicidad televisiva:

- mensajes televisados a cambio de remuneración
- referentes a actividades comerciales, industriales, artesanales o de profesiones liberales.
- cuya finalidad es promover la contratación de los bienes o servicios respectivos, mediante la correspondiente remuneración.

Así pues, la publicidad televisiva sería una actividad económica, que forma parte del mercado y que promueve mediante precio el contacto de los consumidores y usuarios con los oferentes de bienes y servicios, a los efectos de obtener una respuesta de aquéllos, directa o indirectamente favorable a lo ofrecido y preferentemente de carácter contractual. La consideración de la autopromoción como publicidad no modifica obviamente la naturaleza del concepto, puesto que esta actividad se propone igualmente una respuesta favorable de los destinatarios y, al menos indirectamente, posibilidades contractuales para el oferente. Basta recordar la relación entre audiencia y contratación de publicidad, importante fuente de financiación del medio.

Esto es, por lo demás, jurídicamente muy claro, si se examinan las referencias a objetos de comercio en los casos de publicidad prohibida (arts. 12 a 16 de la Directiva 552 y arts. 8, 9 y 10 LIDUE), y a la remuneración en los supuestos de televenta (considerando 36 de la Directiva 36, arts. 1.f y concordantes de la Directiva 552 y) o de patrocinio (art. 15 de la Directiva 552 y art. 15 LIDUE).

El examen de los Títulos I y II (arts. 1 a 8) de LGPU vuelve a situarnos ante una actividad de mercado, esencialmente económica, en la que se regula la presentación adecuada de bienes y servicios destinados a consumidores y usuarios mediante precio.

En esta misma línea del carácter económico de la actividad publicitaria se hallan el hecho de que se contemple la publicidad en normas de carácter netamente económico o referidas directamente al mundo de las transacciones económicas sobre bienes y servicios, como son el art. 8º de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o el artículo 5º, párrafo primero, de la Ley vasca 10/1.981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor⁸.

No hay ninguna otra norma sustantiva fundamental en que se regule con carácter general la publicidad, es decir, el mensaje informativo pagado acerca de bienes y servicios que hay en el mercado.

Objeción al carácter exclusivamente económico de la publicidad.-

La redacción poco precisa del párrafo tercero del art. 3.c transcrito de la LIDUE puede suscitar duda razonable sobre el carácter económico de la actividad publicitaria. Podemos preguntarnos con todo fundamento qué significa un “mensaje emitido para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”. Parece que, sin más precisiones, la publicidad podría encaminarse a suscitar cualquier tipo de actitudes y comportamientos, no sólo económicos, sino políticos, sociales, ideológicos, religiosos y del cariz más variado. De este modo, la publicidad derivaría desde su vocación mercantil a objetivos de propaganda, invadiendo los ámbitos de la opinión y de la información de efectos ajenos a lo propiamente contractual, mercantil.

Nos parece que esa interpretación de la norma no es coherente con otros aspectos de la regulación.

Para empezar, es claro que la publicidad debe tener un campo propio, puesto que debe separarse de los espacios de opinión e información, según hemos enunciado más arriba y vamos

⁸ Su redacción definitiva fue publicada en el B.O. del País Vasco de 2.03.83.

a ver con más detalle. En segundo término, los mensajes no mercantiles encaminados a promover actitudes y comportamientos del telespectador, como son los “anuncios de servicio público “ y los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” se excluyen “ de los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta”, como prevé el considerando 34 de la Directiva 36. Parece, por tanto, que dichos mensajes no son jurídicamente publicidad y que los primeros podrían incluirse en el concepto de las declaraciones y comunicaciones oficiales, mientras que los llamamientos gratuitos obedecerían a una forma del ejercicio del derecho de antena, figuras ambas que ya hemos mencionado anteriormente. Además, el texto de la norma se refiere expresamente a mensajes emitidos “por cuenta de terceros”, es decir, que son mensajes a cambio de un precio, lo que, unido a las dos primeras razones, lleva a la conclusión de que los mensajes previstos por esta norma han de entenderse encaminados a suscitar actitudes o comportamientos favorables o desfavorables a determinadas mercancías o servicios de carácter mercantil. Finalmente en la Directiva 552 todas las norma de publicidad –incluidas las de televenta y patrocinio- tienen contenido y finalidad mercantil. No encontramos ninguna similar al texto de la LIDUE que comentamos, o capaz de generar una duda análoga. Por tanto, los mensajes del texto del párrafo tercero del art. 3-c de la LIDUE no suponen excepción de ninguna clase respecto del carácter mercantil que el derecho da a la publicidad.

Los límites legales de la publicidad televisiva.

El carácter netamente económico que, como acabamos de ver, tiene la publicidad en la normativa vigente, excluye, en principio, de su ámbito legal y práctico cualquier actividad que no sea la actividad de mercado y que no tenga por objeto los bienes y servicios materia de transacciones mercantiles o análogas.

La seguridad de que existe esa limitación jurídica del ámbito de la publicidad televisiva, se ratifica al considerar que la televisión tiene, como también hemos visto más arriba, espacios de

información y de opinión con la extensión y el carácter indicados en la Primera Parte de este trabajo. Pues, bien, esos espacios son los verdaderamente propios de los fines y de la función del medio en cuanto instrumento para hacer posible el ejercicio de los derechos del art. 10.1 del convenio de Roma y del art. 20 CE. Ello explica que el Legislador considere el espacio publicitario como una posible amenaza de perturbación para los otros dos espacios, con los que, además, está expresamente prohibido hacer o entremezclar publicidad, ya que ésta ha de emitirse con separación y distinción de los demás programas en forma estricta y claramente perceptible por el televidente. (Directiva 552, art. 10; LIDUE, art. 11; y el art. 3-b LVTV anteriormente citado)

Por si esto no fuere suficientemente claro, también hemos podido ver que en las televisiones públicas existe el derecho de antena, para que los grupos políticos, sociales y culturales puedan ejercer gratuitamente el derecho fundamental de libertad de opinión, expresión e información (CE, art. 20). Y ello precisamente en los espacios televisivos de información y opinión, no destinados a la publicidad.

Es, por lo tanto, una consecuencia jurídica obligada, que el artículo 9-1-c LIDUE prohíba terminantemente la publicidad de contenido esencial o primordialmente político o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza, al igual que su artículo 15.3 prohíbe patrocinar, total o parcialmente, programas diarios sobre noticias o de actualidad política, salvo que se trate de información deportiva y metereológica. Estas disposiciones deben enmarcarse en el ámbito más amplio de la exclusión general de toda publicidad de contenidos u objetivos no económicos.

-Naturalmente el Legislador puede considerar oportuno hacer excepciones, aun cuando las que se contemplan aparentemente como tales, no lo son en verdad.

- Así el citado artículo 9-1-c LIDUE tiene en cuenta la salvedad que impone el artículo 60 de la Ley Orgánica 5/1.985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para un período –el

electoral- que es también un momento excepcional. La excepción, en realidad, no es tal, puesto que el nº 1 de ese artículo 60 sigue prohibiendo la publicidad política, es decir, la contratación retribuida de espacios para emitir mensajes políticos en los medios de titularidad pública, y, como veremos más adelante, la autorización del nº 2 es para otra cosa –la emisión gratuita de mensajes políticos en campaña electoral- que la norma califica con precisión como propaganda. Por lo demás, el artículo 22-2 LVTV enmarca la propaganda electoral dentro del derecho de antena, es decir, fuera del ámbito de la publicidad.

- Parece otra excepción a la norma de prohibición de mensajes publicitarios de contenidos o fines no económicos, la posibilidad legal de que las Instituciones emitan mensajes al amparo del artículo 24 LVTV el cual faculta al Gobierno Vasco para ordenar la emisión de cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias. La misma regulación establece el artículo 22 ERTV. Una aplicación de tales principios puede verse en el artículo 18 LVEC, que ordena al Gobierno Vasco realizar campañas orientadoras e informativas en materia de derechos de los consumidores y usuarios. Otra aplicación parecida serían los artículos 23, 26 y 27-1 de la Ley vasca 10/1.982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera, que dan al Gobierno Vasco el mandato de promover el empleo preferente del euskera en los medios y de fomentar el uso del euskera en todos los ámbitos de la vida social y en la publicidad. Hay, verosímilmente, más aplicaciones de este tipo, pero aquí nos limitamos a los mandatos legislativos fundamentales.

Y decimos que la mal llamada publicidad institucional “parece” una excepción al principio jurídico general que excluye del ámbito publicitario los mensajes de contenido o finalidad no económicos, porque, en nuestra opinión, tampoco es realmente una excepción. Y no lo es, porque esa “publicidad” no es tal, sino “propaganda”, es decir, emisión de mensajes gratuita y que además puede no ser de contenido económico. La LVTV deja muy claro este punto, colocando también el artículo 24 citado en el ámbito del derecho de antena, que es de ejercicio absolutamente

gratuito y ajeno al ámbito publicitario. No sería obstáculo a esta calificación jurídica el que, para compensar a los medios públicos de la pérdida de ingresos de publicidad que les pueda representar la reducción de espacios publicitarios por la propaganda institucional, les indemnizaran las Instituciones con el precio de lo que el medio hubiera obtenido con la publicidad en su dimensión total.

El carácter independiente del espacio publicitario y el deber jurídico de separarlo claramente del resto de la programación

Como en la LVTV (art. 3-b), ambas características aparecen expresamente en la norma europea y en la LIDUE.

El artículo 10 de la Directiva 552 dispone que la publicidad televisada debe ser: fácilmente identificable, diferenciarse del resto del programa por medios ópticos, acústicos o de ambas clases, y aparecer agrupada salvo excepciones, quedando prohibidas las técnicas subliminales y de encubrimiento, es decir, las fórmulas que pueden nacer de la confusión con otros espacios o generar confusión con ellos, entorpeciendo la capacidad del televidente para tomar conciencia del verdadero mensaje.

La misma regulación presentan con mayor amplitud los artículos 8.2 y 11 de la LIDUE. Ésta empieza por remitir a la LGPU⁹ en materia de definición de la publicidad subliminal y en la Exposición de Motivos originaria, punto 3, asegura que:

“Cuestión de capital importancia en la Ley son las reglas sobre la identificación de la publicidad, su diferenciación del resto de la programación y su difusión agrupada, permitiéndose

⁹ El art. 7 LGPU define la publicidad subliminal como sigue: “A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.” El uso de éstas técnicas se puede dar en cualquier espacio de información, opinión o entretenimiento y es presumible que se pretenda emplearlas en espacios de esa clase de gran audiencia comprobada o presumible, confundiendo con dichos espacios.

tan sólo de modo excepcional los espacios publicitarios aislados; así como las establecidas en relación con los lugares de la programación en los que deberá insertarse la publicidad, los plazos y cadencias de interrupción de la programación para las emisiones publicitarias y los porcentajes máximos de tiempo de transmisión dedicado a la publicidad sobre el total de las emisiones”.

La prevención del Legislador frente a la publicidad.

Con arreglo a la Directiva 552, para proteger los intereses de los consumidores como telespectadores “es básico que la publicidad televisiva se someta a cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas ... para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia” (Exposición de Motivos de la primera versión, considerando 27, cuyo contenido respecto de la posibilidad de normas más estrictas se reitera en el considerando 44 de la Exposición de Motivos de la modificación) Esa declaración queda plasmada en el art. 3.1 y se materializa en una serie de mandatos. Así la publicidad ha de insertarse entre los programas, o en las partes autónomas o intervalos de los programas, o después de períodos completos de 45 minutos de un programa (art. 11), se limita el tiempo diario u horario que puede dedicarse a la publicidad (artículo 18 y 18 bis) y se prohíbe el patrocinio de telediarios y emisiones de actualidad política (art. 17.4). Todo ello presenta a la publicidad con cierto carácter de riesgo para la función, los fines y el pluralismo de los medios y, por tanto, para la libertad de expresión e información.

Los artículos 12, 13 y 15.3 de la LIDUE recogen análogas prevenciones y limitaciones, con especial referencia a las emisiones deportivas, los largometrajes y los programas informativos, documentales, religiosos e infantiles (n.ºs. 2, 4, 5 y 6 del art. 12), así como a idéntica prohibición del patrocinio de los programas diarios sobre noticias o de actualidad política (art. 15.3). Como hemos visto un poco más arriba, estas prevenciones y limitaciones se consideran como “cuestión de capital importancia” en el párrafo transcrito de la Exposición de Motivos originaria.

Se ve, pues, que el Legislador, tanto comunitario, como estatal, contemplan la publicidad como una actividad de riesgo que ha de someterse a normas estrictas, si no se quiere frustrar la libre circulación de las informaciones e ideas, tarea que corre a cargo precisamente de los espacios informativos, educativos, culturales y de entretenimiento de los medios en un ambiente de pluralismo, evitando al máximo recortar el tiempo dedicado a dichos espacios, necesario para hacer posible ese pluralismo. A la vista de ello, no creemos exagerar diciendo que la publicidad es a los ojos del Legislador una actividad económicamente necesaria, pero perturbadora para la libertad de expresión y de información. Se podría decir que es un mal necesario desde el punto de vista de este derecho fundamental.

1.3 TERCERA PARTE

La propaganda

Una vez examinados algunos de los aspectos más destacables de la publicidad televisiva, procedemos a considerar un concepto, al parecer, pariente de aquélla, la propaganda, que, sin embargo, únicamente es tal en apariencia, ya que son dos realidades que sólo son coincidentes en constituir emisión de mensajes. Empecemos, pues, por distinguirlas.

a.- Propaganda y publicidad

En el ordenamiento jurídico la propaganda tiene un sentido muy preciso que la separa netamente de lo que el derecho entiende por publicidad. Aun a riesgo de incurrir en repeticiones, en este punto intentaremos profundizar sobre los conceptos jurídicos de propaganda y derecho de antena.

Hemos visto ya en los apartados precedentes de este trabajo que la publicidad consiste en la difusión, mediante precio, de mensajes de contenido y finalidad económicos formulados en el campo de las transacciones industriales, artesanales, comerciales y profesionales. Pues, bien, la distinción con la propaganda apa-

rece claramente en el artículo 60 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (en adelante, LOREG).

El nº 1 de dicho artículo excluye expresamente el precio y dispone literalmente lo que sigue:

“No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública”.

A primera vista podría resultar engañosa la expresión “publicidad electoral”. Es decir, que parece que cabría alguna publicidad de fines y contenidos no mercantiles. Pero el nº 2 del mismo artículo despeja claramente la incógnita, cuando dice:

“Durante la campaña electoral los...que concurren a las elecciones tienen derecho a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de televisión y de radio de titularidad pública...”

Es decir, que los espacios de difusión de ideas políticas electorales son propaganda y son gratuitos; no son publicidad, cosa jurídicamente obvia habida cuenta del contenido mercantil de ésta y del hecho de que la publicidad es de pago como hemos visto al examinar las normas vigentes sobre ella

Puede objetarse que la norma es específica para el período electoral, lo cual es indudable. Sin embargo eso no obsta para que lo expuesto, en lo que se refiere a la distinción entre publicidad y propaganda, represente la aplicación de principios generales aplicables al margen de las campañas electorales. Es lo que se concluye, si se considera que, cuando se publica la LOREG, estaba vigente el Estatuto de Publicidad publicado por Ley 61/1964, de 11 de junio, porque esta disposición, que fué derogada tres años y cinco meses después de la publicación de la LOREG por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, (disposición derogatoria), dice así en sus artículos 2º y 3º:

“Artículo 2º.- Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de

los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación.”

“Artículo 3º.- No tendrán la consideración de actividad publicitaria a efectos del presente Estatuto:

1º.- Cualquier forma de difusión o información que no se oriente de modo inmediato a favorecer o promover la contratación de bienes o servicios.

2º.- Los edictos, anuncios, notificaciones y demás formas de información que se realicen en cumplimiento de prescripciones legales o reglamentarias.

Las anteriores exclusiones no prejuzgan el carácter de las relaciones económicas que se establezcan para la difusión.”

Se ve, pues, claramente que se distingue entre una divulgación con fines contractuales que se califica de publicidad, y las divulgaciones que tienen otros fines. Y esta distinción es la que se introduce en el artículo 60 de la LOREG, que, con independencia de admitir el carácter contractual de la divulgación publicitaria y de prohibirla para difundir mensajes electorales, califica de propaganda las divulgaciones de carácter electoral, precisamente porque no tienen finalidad contractual.

Tenemos, pues, así, perfectamente separadas por las normas aludidas dos formas de divulgación: la publicidad que tiene fines contractuales, fundamentalmente mercantiles, y la propaganda que tiene otras finalidades.

Como hemos visto repetidamente, esa idea de la publicidad sigue vigente en el derecho actual, que añade expresamente la necesidad de que sea divulgación por precio.

La legislación europea es algo más parca en el establecimiento de esta distinción. Sin embargo hemos aludido ya a ciertas

referencias legislativas¹⁰, en las que se adivina la distinción. Así el considerando 34 de la Exposición de Motivos de la modificación de la Directiva 552 segrega de los tiempos asignados a la publicidad los asignados a “anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente”. Del mismo modo, el artículo 18.3 de la Directiva mencionada se pronuncia como sigue:

“A efectos del presente artículo, no estarán incluidos en la publicidad:

-los anuncios de servicio público ni los llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente.”

El grupo de anuncios de servicio público encuentra su paralelo en las declaraciones o comunicaciones oficiales. En cuanto a los llamamientos benéficos encajan perfectamente en el llamado derecho de antena. De aquéllos y de éste hemos hablado anteriormente y seguidamente vamos a hablar con más detenimiento.

b.- Clases de propaganda.

El examen precedente del artículo 60 de la LOREG nos revela que el derecho vigente prevé la existencia de una propaganda electoral. Pero hay otras normas que regulan también la difusión de hechos, datos e ideas carentes de objetivo contractual o mercantil, es decir, la difusión de propaganda, fuera del ámbito de una campaña electoral. Son las que regulan el uso de dos instrumentos de acceso a las emisiones de televisión: el llamado derecho de antena y los mensajes institucionales, de los cuales venimos haciendo mención repetidas veces.

Propaganda electoral.

Nos limitamos a la LOREG, porque las normas autonómicas de la CAPV en la materia –arts. 81 a 85 de la Ley del

¹⁰ Vid. Segunda Parte, aptdo. a), epígrafe “Objeción al carácter exclusivamente económico de la publicidad”, párrafo tercero.

Parlamento Vasco 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco- se ajustan a lo previsto en aquélla. Pues bien, hemos visto que el artículo 60 de la LOREG prohíbe contratar publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública¹¹. Hemos visto igualmente, que quienes concurren a las elecciones tienen derecho a espacios gratuitos para hacer difusión de sus mensajes políticos, es decir, derecho a espacios de propaganda gratuitos¹². Pues bien, en desarrollo de estos principios la propia LOREG establece lo siguiente:

Que sólo pueden hacer campaña electoral “*los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios*”. Apartado. 3 en relación con el apartado 2, ambos del artículo 50.

Que “*no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado ni tampoco durante el período comprendido entre la convocatoria de las elecciones y la iniciación legal de la campaña*”. Art. 53.

Así pues, la propaganda, en su versión electoral, se caracteriza por ser gratuita, destinarse a la emisión de mensajes políticos de una clase específica, es decir, mensajes dirigidos a la captación de sufragios, estar autorizada solamente a unos sujetos muy determinados -los que concurren a las elecciones en ese momento- y, finalmente, estar limitada a un período fijado legalmente: el de campaña electoral. Tales características la alejan totalmente de la publicidad. Esta es de pago, se refiere a la captación de clientes para la adquisición de bienes de uso y de consumo y el disfrute de servicios de carácter privado, se ejerce exclusivamente por industriales, comerciantes o profesionales y no tiene épocas predeterminadas por ley.

La LOREG prevé también la posibilidad de mensajes de propaganda institucional en período electoral, pero dejamos su

¹¹ Tercera Parte, letra a)

¹² *ibid.*

consideración para el momento de examinar la regulación de los mensajes institucionales.

Propaganda fuera del ámbito de las elecciones.

El carácter de este tipo de propaganda difiere de la propaganda electoral por la ausencia de limitaciones a una época determinada y por la extensión de los sujetos autorizados a hacerla y la amplitud de los temas que pueden ser objeto de ella.

Evidentemente este tipo de propaganda está autorizado en todos los espacios de carácter informativo y de opinión que programen los medios. Sin embargo, dejar la emisión de este tipo de espacios huérfana de regulación sería someter la libertad de expresión y de comunicación al criterio y a la voluntad exclusivos del medio. Pues bien, para ampliar ese abanico de posibilidades en consonancia con la idea de pluralismo sociopolítico que reconocemos, perseguimos y debemos alimentar en nuestra sociedad, se ha configurado en el ámbito del ordenamiento jurídico el llamado derecho de antena.

El artículo 20.3 de la Constitución vigente dispone que *“la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”*.

El mandato se recoge y desarrolla, como hemos mencionado anteriormente¹³, en los artículos 8º.2.e, 21 y 22.1 de la LVTV. Estas normas establecen lo siguiente:

Que tienen derecho de acceso a los medios públicos de la CAPV los grupos sociales y políticos representativos, fijados con arreglo a criterios de representación política, sindical, patronal y

¹³ Vid. Primera Parte, líneas introductorias; aptdo. a), párrafo segundo; y aptdo. c), párrafos quinto y sexto.

de interés social y cultural, lo cual se garantiza, además, a los grupos políticos, sociales y culturales de menor significación. Art. 21.

La determinación de los criterios para ser considerado grupo representativo o de menor significación y el porcentaje de programación que se les destina se establece por el Consejo de Administración del organismo. Art. 21.1 y art. 8º.2.e.

Que también se considera derecho de antena la difusión diferida de debates parlamentarios y la información sobre los mismos. Sin embargo, en este punto el derecho de las fuerzas políticas no es a exigir la emisión de los debates, sino a la proporcionalidad del espacio dedicado a cada una de ellos, en el caso de que el medio decida o acepte emitirlos. Art. 22.1.

La misma regulación se encuentra en el ERTV respecto de los medios públicos de titularidad estatal con las diferencias anteriormente apuntadas¹⁴ y con la salvedad de que el ERTV no prevé una medida similar a la del art. 22.1 de la LVTV.

En lo que se refiere a la legislación europea, podemos incluir dentro de este mismo capítulo de propaganda no electoral los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente” del art. 18.3 de la Directiva 552 y del considerando 34 de la Exposición de Motivos de la modificación de la misma, ya mencionados como parte del derecho de antena¹⁵. Parece obvio que tal previsión no hace referencia a llamamientos de carácter mercantil –son llamamientos “de carácter benéfico”- y que pueden efectuarse por cualquier grupo, sindical, empresarial, social religioso o cultural, y hasta político. Esto significa que su lugar propio es el del derecho de antena. Con todo, no cabe duda de que también las instituciones pueden emitir y emiten llamamientos de este tipo, lo que podría llevarnos a considerar estas emisiones también dentro del concepto de declaraciones o comunicaciones oficiales.

¹⁴ Vid. Primera Parte, aptdo a), párrafo tercero.

¹⁵ Vid. Tercera Parte, aptdo. a), *in fine*.

De lo expuesto se deduce que el derecho de antena es un cauce de acceso al medio caracterizado por las siguientes notas:

Limitación del derecho a grupos políticos, sindicales, patronales, sociales y culturales significativos, o menos significativos en el caso de los medios de la CAPV. Ningún ciudadano individual dispone de este derecho. Una de las razones de esa exclusión podemos encontrarla tal vez en el hecho de que el día tiene sólo veinticuatro horas y, si todos los ciudadanos individualmente considerados tuviéramos derecho a exigir el acceso al medio, este quedaría bloqueado al poco tiempo y sus funciones y el cumplimiento de sus objetivos anulados.

Contenido amplísimo en lo que a la difusión de ideas y comunicaciones de esos grupos se refiere, es decir, a la propaganda de tipo político, sindical, empresarial, filosófico, cultural o religioso que pueden hacer sus titulares, con los límites elementales de respeto al orden público y a terceros, y de las normas penales, y con exclusión de los mensajes que hemos calificado como propios de la publicidad¹⁶

Ausencia de límites a períodos determinados, siempre que no se utilice el espacio para hacer propaganda electoral, ya que ésta tiene sus propios cauces legales.

Gratuidad.

Es, por tanto, claro que se trata de un instrumento en el que cabe la información, la opinión y, como parte de ésta última, la propaganda, pero que es una estructura ajena al concepto de mensajes publicitarios mercantiles de pago.

c.- Los mensajes institucionales.

Se trata de lo que la legislación del Estado y de la CAPV llama “declaraciones o comunicaciones oficiales” y la normativa

¹⁶ Vid. Tercera Parte, aptdo. a), párrafo segundo y ss.

europea “anuncios de servicio público”. De todo ello hemos hecho mención anteriormente¹⁷.

Existe la posibilidad de emitir mensajes institucionales, tanto en campaña electoral, como fuera de ese ámbito. Dado que las normas de campaña se refieren a un momento especial, examinaremos en primer lugar la emisión de mensajes institucionales fuera de campaña. Conviene tener en cuenta que aquí no examinamos principalmente la posibilidad legal de emitir este tipo de mensajes, sino el derecho de la institución de la que se trata a exigir su emisión.

Prescindimos de considerar la obligación, que determinadas Leyes pueden imponer en relación con anuncios, edictos, notificaciones, etc. de carácter judicial o administrativo, porque es cuestión ajena al objeto de este trabajo.

Los mensajes institucionales fuera de campaña electoral.

La complejidad de este cauce de acceso a las emisiones de televisión obliga a tener en cuenta una pluralidad de disposiciones. Unas regulan propiamente el instrumento y sus contenidos, pero hay otras que regulan los sujetos a los que la Ley autoriza a utilizarlos. Empezamos por abordar las normas reguladoras.

Examen de las normas que regulan el instrumento y sus contenidos.

Las normas de referencia son autonómicas, estatales y europeas. Las primeras se contienen en los arts. 24 y 25 LVTV, las estatales en el art. 22 ERTV y las europeas consisten en la mera referencia a los “anuncios de servicio público” del art. 18.3 de la Directiva 552 y del considerando 37 de la Exposición de Motivos de su modificación, a los que nos hemos referido repetidas veces en este trabajo.

¹⁷ Vid. Primera Parte, aptado. a), párrafo segundo, y Tercera Parte, aptdo. a), últimos párrafos.

Conviene tener en cuenta el texto literal de los artículos 24 y 25 LVTV. Dicen así:

Art.- 24.- El Gobierno Vasco podrá hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias, con indicación de su origen. Por razones de urgencia, apreciadas por el Gobierno, estas comunicaciones y declaraciones tendrán efecto inmediato.

Art. 25.- Los Directores de los Medios estarán obligados a emitir, al día siguiente a su recepción, cuantas notas y comunicados les remita la Administración, a través del Ente Público, rectificando o aclarando informaciones emitidas sobre actos propios de su competencia y función. La rectificación deberá ser emitida en el programa informativo correspondiente al mismo horario en que fué emitida la información causante.

Como elemento de comparación nos parece de importancia tener a la vista la letra del artículo 22 ERTV, que se expresa como sigue:

Art. 22.- El Gobierno podrá hacer que se programen y difundan cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público estime necesarias, con indicación de su origen. Por razones de urgencia, apreciadas por el propio Gobierno, estos comunicados y declaraciones tendrán efecto inmediato.

Como puede observarse, el texto del art. 24 LVTV y el del 22 del ERTV son prácticamente idénticos; el art. 25 LVTV regula una situación diferente. Pues bien, considerando el contenido de las normas autonómicas, y al margen de otras precisiones, deben destacarse dos ingredientes en el texto de las normas mencionadas: las facultades que conceden y el sujeto legalmente habilitado para requerir la emisión de los mensajes objeto de las disposiciones enunciadas.

Las facultades.

En el caso de las normas autonómicas, tenemos dos facultades diferentes:

- Facultad de ordenar y difundir declaraciones o comunicaciones de interés público que se estimen necesarias. Se refiere a lo que solemos entender en el lenguaje habitual como mensajes de promoción o de propaganda de valores de interés público, informaciones y notificaciones de interés general. Así mensajes relativos a la sanidad, a la enseñanza, a temas de interés para el derecho del consumidor, información de medidas oficiales en los campos más diversos de las competencias gubernamentales, como, p.e., la promoción del idioma vasco, notificaciones de cuestiones que afectan a los ciudadanos y toda clase de mensajes e informaciones sobre actuaciones y previsiones de carácter oficial. Sin embargo, también caben aquí los “llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente”, puesto que, en muchas ocasiones pueden entenderse como llamamientos de interés común, p.e., si se trata de objetivos benéficos, nacionales o internacionales, de la política gubernamental.

- Facultad de exigir la emisión de notas y comunicados rectificando o aclarando informaciones emitidas sobre actos propios de la competencia y función de la Administración. Esto no es sino el reconocimiento y la regulación específica del deber de rectificación en favor de la Administración.

- Es claro que de ambos tipos de facultades es gratuito, sin perjuicio de eventuales compensaciones al medio ajenas al concepto de precio, que anteriormente hemos mencionado¹⁸

Una vez más estamos en un ámbito alejado del concepto del mensaje publicitario, tanto por razones de contenido y de objetivos, como por el hecho de tratarse de espacios gratuitos.

Los sujetos de los derechos indicados.

Una vez establecido el contenido objetivo de las normas autonómicas citadas -las facultades que regulan-, es necesario exa-

¹⁸ Vid. Segunda Parte, aptdo. a), epígrafe “Los límites legales de la publicidad”, último párrafo.

minar su aspecto subjetivo: los titulares habilitados por esas disposiciones para ejercer las facultades mencionadas.

En lo que se refiere al derecho de exigir la emisión de mensajes de promoción o propaganda, hay que distinguir:

- *El derecho a exigirla es exclusivo del Gobierno*, como dice expresamente el artículo 24 LV y también, en forma coincidente, el art. 22 ERTV. Por lo tanto, ninguna Administración pública que no sea Gobierno.

- *El derecho a solicitarla puede ser de cualquiera*. Es lo que se deduce de la indicación que hace la norma, al decir que el Gobierno ejercerá su competencia “con indicación de su origen”. Tal expresión significa indudablemente que el origen de la petición puede ser muy variado. *Sin embargo*, para ser exigible, la petición habrá de hacerse *siempre a través del Gobierno*, el cual decidirá si le da o no curso y si la presenta o no con exigencia de emisión.

En materia de deber de rectificación y de aclaración, el sujeto con competencia para exigir su cumplimiento al medio es *la Administración competente* en la materia que, cuando lo juzgue procedente, podrá ordenar que se rectifiquen o aclaren informaciones emitidas sobre actos propios de su competencia y función. (art. 25). Y es la *Administración en general*, no una Administración determinada. Por lo tanto, a nuestro entender, la rectificación o aclaración puede ser ordenada *directamente por cualquier órgano de la Administración pública competente en la materia en cualquiera de sus grados: estatal, autonómico, provincial o municipal*.

Qué se entiende por “Gobierno”.

Al llegar a este punto nos encontramos con dos conceptos diferentes: la Administración y el Gobierno. No parece ofrecer duda la Administración, puesto que se trata de cualquier grado y de cualquier órgano de la Administración competente y afectada por la información u opinión sometidas a rectificación o aclara-

ción. Por el contrario parece conveniente precisar el contenido del término “Gobierno” en estas disposiciones, dada la costumbre de atribuir al Gobierno en general lo que pueden ser actos de alguno de los Ministros o bien Consejeros en el caso del Gobierno autonómico.

Entendemos que en estas disposiciones la palabra Gobierno está utilizada en el sentido más estricto del término. Son varias las razones que nos llevan a esa conclusión.

En primer lugar, los mensajes a los que se refieren estas normas son cuestiones de interés público general sobre las cuales es el Gobierno como tal quien tiene la competencia. Hemos dicho anteriormente que no nos referimos aquí a disposiciones reguladoras de materias concretas –p.e., de orden público, de administración sanitaria o educativa y análogas- que pueden otorgar facultades a determinados miembros del Gobierno o de la Administración¹⁹.

En segundo término, la limitación de la capacidad de emisión diaria del medio exige, a nuestro entender, una canalización severa de los accesos al mismo. Evidentemente cualquier miembro de un Gobierno puede comparecer en televisión. Pero una cosa es la comparecencia –que puede ser a petición del propio medio o por iniciativa del compareciente- y otra muy diferente utilizar el derecho de acceso para ofrecer mensajes de carácter general. Esta última facultad, puesta a disposición de cualquier miembro de un Gobierno y en todo momento, podría también llegar a bloquear el medio y resultar gravemente perturbadora para sus funciones y su objetivo.

Finalmente la referencia legal expresa al Gobierno a secas parece que debe entenderse en el sentido estricto que el derecho vigente da a dicho término.

¹⁹ Vid. Tercera parte, aptdo. c) tercer párrafo de su introducción.

Pues bien, todas las definiciones legales –art 98.1 CE; art. 29 EAE; art. 16 LVG y art.1, aptdos. 2 y 3 LEG- coinciden *unánimemente* en que el Gobierno es:

Un órgano integrado por el Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros (CE art. 98.1 y art. 1, aptdo. 1 LEG)

Que forman un Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas. (art.1, aptdo. 2 LEG).

Que, por ello, constituyen un órgano colegiado. (art. 29 EAE y art. 16 LVG).

Así pues, cuando la ley habla de “Gobierno” sin ninguna otra precisión o aclaración, debe entenderse que se refiere precisamente al colegio de Presidente o Lehendakari, Viceministros o Viceconsejeros y Ministros o Consejeros, *deliberando y decidiendo como tal órgano colegiado*. Tratándose de la televisión pública autonómica será, en principio y de ordinario, el Gobierno de Euskadi y –a nuestro juicio, por extensión del citado art. 22 ERTV en relación con la supletoriedad del derecho estatal prevista en el último inciso del artículo 149.3 CE- el Gobierno del Estado en casos excepcionales que interesen claramente a toda la comunidad política.

Los mensajes institucionales en campaña electoral.

Se hallan expresamente previstos en el art. 50.1 de la LOREG. Dice textualmente así esta disposición:

“Artículo 50.-

1.- Los poderes públicos pueden realizar en período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación en las elecciones, sin influir en la orientación del voto de los electores”.

Es claro que están prohibidos mensajes que en sí, o por las circunstancias del momento, o por cualquier otro motivo, presenten el más leve sesgo partidario encaminado a la captación de voto. La única cuestión que requeriría esfuerzo de interpretación, sería la

de precisar qué se entiende por “poderes públicos” en esta disposición. Y no es cuestión simple, dada la generalidad de la expresión por una parte, y, por otra, la necesidad de evitar una proliferación de propaganda, discutible en cuanto a que sea necesaria o meramente conveniente y que ponga en riesgo otros espacios de los medios, exigidos por el artículo 20 CE. Parece, por ello, que la expresión “poderes públicos” debe quedar limitada a las instituciones colegiadas de carácter territorial y de máxima jerarquía

Deben entenderse, por tanto, comprendidos:

Sin duda, el Gobierno de la Comunidad Autónoma donde el medio tiene su “establecimiento” y, en casos de claro interés para todo el Estado, el Gobierno del Estado. Esto parece elemental por aplicación de los principios del art. 2.3 de la Directiva 552 y del artículo 2.2 de la LIDUE. Estas normas prevén un sistema aparentemente bastante complicado, pero, al menos en lo que afecta a nuestro caso, puede reducirse a la idea de que el Estado con jurisdicción sobre un organismo de radiodifusión televisiva es aquél en el que se halla su sede principal, cuando, además, se toman en ella las decisiones editoriales de programación o en dicha sede opera una parte significativa de su personal. En nuestro caso, es claro que la televisión pública autonómica está sometida a la jurisdicción de los Gobiernos Vasco y Estatal.

Parece que, en el caso de elecciones locales, también las Diputaciones, y hasta los Ayuntamientos, podrían tener interés en emitir propaganda electoral institucional, ajena evidentemente a todo sesgo partidario, como exige el art. 50.1 LOREG transcrito. Por ello, es razonable concluir que, en dichas elecciones, unas y otros podrían legalmente exigir la emisión de esa propaganda, puesto que son, sin duda, “poderes públicos”.

2.- CONCLUSIONES

El contenido de la exposición efectuada puede resumirse en algunos principios fundamentales, recordando en todo momento que nuestra reflexión se refiere exclusivamente a los organismos de radiodifusión televisiva públicos.

Hay tres clases de espacios televisivos fundamentales: el de información, el de difusión de ideas u opiniones y el publicitario comercial. Estos espacios deben presentarse al televidente de tal forma que pueda identificar y distinguir claramente los espacios de una u otra clase. En particular, son cuestión de capital importancia las reglas sobre la identificación de la publicidad, su diferenciación del resto de la programación y su difusión agrupada..

Por información se entiende la emisión televisiva de hechos, noticias, acontecimientos, sucesos o datos, mientras que la opinión se concibe como emisión de ideas, pensamientos, posiciones subjetivas, criterios, valoraciones o juicios subjetivos y personales de valor, apreciaciones e ingredientes análogos. En cambio, la publicidad es una actividad económica, que forma parte del mercado y que promueve mediante precio que paga al medio, el contacto de los consumidores y usuarios con los oferentes de bienes y servicios, a los efectos de obtener una respuesta de aquéllos, favorable a lo ofrecido y preferentemente de carácter contractual.

En el espacio publicitario no se autoriza a emitir mensajes que carezcan de contenido y finalidad económicos, o de orientación que no sea hacia el ámbito de las transacciones industriales, artesanales, comerciales, o profesionales retribuidas. Todo mensaje que no tenga ese contenido y esa finalidad queda excluido del espacio publicitario. Dentro de esa exclusión general, el Legislador ha considerado procedente formular la prohibición expresa de la publicidad de contenido o finalidad políticos.

Las normas dan la impresión de que, a los ojos del Legislador, la publicidad es una actividad económicamente necesaria, pero que, aun cuando participa de los derechos de libertad de expresión e información, es en cierta medida perturbadora de esos derechos. Por lo tanto, toda pretensión publicitaria ha de contemplarse con criterios jurídicos, si no restrictivos, por lo menos estrictos.

Dentro del concepto de información y de opinión, las normas prevén la posibilidad de difusión gratuita de hechos, datos e ideas no orientadas de modo inmediato a favorecer o promover la

contratación de bienes o servicios. Esta actividad es la conocida con el nombre de propaganda.

Se prevé la posibilidad de propaganda en período electoral con fines de captación de votos. Están autorizados a hacerla los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que participen en la campaña.

En período electoral se puede hacer también propaganda institucional. Los Gobiernos autonómico y estatal siempre; las Instituciones territoriales de grado inferior cuando se trate de elecciones de ámbito local. En todo caso, esta propaganda debe tener por objeto la participación popular sin ingredientes encaminados a la captación de votos.

En todo momento, electoral o no, siempre que, en el caso de los períodos electorales, se mantenga la neutralidad de los mensajes en cuanto a captación de voto y que los titulares del derecho de hacer propaganda electoral se ciñan a las circunstancias de tiempo y lugar previstas legalmente para esa situación, cabe la emisión de mensajes de propaganda. Para ello, la ley prevé dos instrumentos, diferentes por los titulares del derecho y las características del cauce.

El primero de esos instrumentos es el llamado derecho de antena que tiene las siguientes características: otorga derecho de acceder al medio a grupos políticos, sindicales, patronales, sociales y culturales significativos, y hasta menos significativos en el caso de la CPV, sin que ningún ciudadano individual goce de tal prerrogativa. El contenido posible de este derecho es amplísimo en lo que se refiere a difusión de ideas, información, comunicaciones y llamamientos de carácter benéfico de los grupos autorizados, es decir, a la propaganda de carácter político, sindical, patronal, filosófico, religioso o cultural que pueden hacer sus titulares, con los límites elementales de respeto al orden público y a terceros, a las normas penales, y con exclusión de los mensajes que hemos calificado de publicidad. Finalmente la gratuidad es otra de las características de estos mensajes. El carácter significativo de los grupos se regula por acuerdo del Consejo de Administración del medio.

Hay un segundo instrumento de acceso al medio, reservado a los Gobiernos bajo cuya jurisdicción se encuentre el medio. Consiste en ordenar la emisión de declaraciones y comunicaciones oficiales de interés público o anuncios de servicio público, es decir, mensajes de promoción o propaganda de valores de interés público e informaciones y notificaciones de interés general. El ámbito de estos mensajes es, como puede imaginarse, amplísimo. Titular de la facultad de ordenar las emisiones es exclusivamente el Gobierno competente. La facultad de solicitar una determinada emisión es de cualquier persona individual o jurídica, pero ha de hacerlo en todo caso a través del Gobierno correspondiente.

Por último, una especie de modalidad de este segundo instrumento es la facultad de exigir rectificación o aclaración al medio por parte de cualquier Administración afectada por la emisión de alguna información u opinión.

3.- ANEJO

Normas que se aplican y siglas con las que se citan.

3.1 Europeas

- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)

- Directiva 89/552/CEE, del Consejo Europeo, de 3 de octubre, modificada por la Directiva 1997/36/CE, de 30 de junio (Directiva 552)

- Trasposición a la normativa del Estado: Ley estatal 25/1994, de 13 de julio, de incorporación de la Directiva 552 al Ordenamiento jurídico español, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, (que recoge, entre otras cosas la modificación de la Directiva 552 por la Directiva 97/36/CEE, de 30 de junio), y por Ley 39/2002, de 28 de octubre, (LIDUE)

3.2 Estatales

- Constitución de 1978 (CE)

- Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LEG)
- Ley 4/1980, de 10 de enero, sobre el Estatuto de Radiotelevisión Española (ERTV)
- Ley estatal 61/1964, de 11 de junio, del Estatuto de la Publicidad (LEP)
- Ley estatal 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición derogatoria.2-12º) y por el Capítulo III de la Ley 39/2002, 28 de octubre,(en adelante LGPU)
- Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, (modificada por las Leyes Orgánicas 1/1987, de 2 de abril; 8/1991, de 3 de marzo; 6/1992, de 2 de noviembre; 13/1994, de 30 de marzo; 1/1997, de 30 de mayo; 3/1998, de 15 de junio; 8/1999, de 21 de abril; también por la Ley Orgánica 5/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; y últimamente por el art. 5 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo. (Con las modificaciones mencionadas, se cita la Ley electoral como LOREG)
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

3.3 Autonómicas

- Ley del Parlamento Vasco 7/1981, de Gobierno (LVG)
- Ley del Parlamento Vasco 5/1982, de 20 de mayo, de Creación y Estatuto del Ente Público Euskal Irrati Telebista-Radio Televisión Vasca (redacción dada por las Leyes 4/1996, de 11 de octubre, y 8/1998, de 27 de marzo) (LVTV)
- Ley del Parlamento Vasco 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor (en su redacción definitiva, publicada en el B:O:P:V de 2.03.83) (LVEC)

3.4 Referencias jurisprudenciales

- Boletín de Jurisprudencia Constitucional.- Se cita como BJC

J. Gabriel de Mariscal