



Revista de Estudios de la Administración
Local y Autonómica

E-ISSN: 1989-8975

reala@inap.es

Instituto Nacional de Administración
Pública
España

López García, Mabel

El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen
de los medios audiovisuales

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 311, septiembre-
diciembre, 2009, pp. 11-49

Instituto Nacional de Administración Pública
Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576461200003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El régimen de Internet como medio audiovisual: su incidencia en la evolución del régimen de los medios audiovisuales¹

Mabel López García

Doctora en Derecho

Derecho Administrativo. Universidad de Málaga

mabel@uma.es

Resumen

En este trabajo nos acercamos a la evolución del sector audiovisual en España, tomando como línea de desarrollo la regulación jurídica de Internet. Se analiza en qué supuestos Internet actúa como medio de comunicación audiovisual atendiendo a los diferentes ámbitos que intervienen: telecomunicaciones, servicios de la sociedad de la información y comunicación audiovisual. Para posteriormente atender al régimen jurídico que lo ha presidido hasta la aprobación de la reciente LGCA. Terminamos el trabajo atendiendo a las consecuencias que la LGCA ha tenido y a como el estatuto de Internet ha sido anticipo y esquema del régimen general resultante.

Palabras clave

Internet, medio de comunicación audiovisual, Ley General de la Comunicación Audiovisual.

Internet regulation as audiovisual broadcast media: its incidence in the regulation evolution of the audiovisual broadcast media

Abstract

This work explains the evolution of the audiovisual sector in Spain and how Internet has influenced in it. Specifically this work analyse if Internet is broadcast media, which is its legal system and how has been included in the Audiovisual Communication General Law.

Key words

Internet, audiovisual broadcast media, Audiovisual Communications General Law.

¹ En este trabajo, con las actualizaciones oportunas realizadas, se resumen algunas de las consideraciones y conclusiones que sobre Internet incluía en mi tesis doctoral “Servicio público, libre competencia y derecho a la información en la oferta de contenidos audiovisuales”. Dicha tesis, defendida el 12 de junio de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, obtuvo la calificación de sobresaliente “Cum Laude”.

I. INTRODUCCIÓN²

En nuestro país la regulación de los medios audiovisuales en cuanto medios de comunicación social se llevó a cabo tras la Constitución de 1978 por el Estatuto de la Radio y Televisión de 1980 (ERTV), que definió la radio y la televisión como un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado, quedando así configuradas éstas como un servicio público en sentido estricto (actividad reservada como tal y en su integridad al Estado, al sector público) y de gestión estatal. Por determinación de normas posteriores, la gestión pública de la radio y la televisión, originariamente atribuida sólo al Ente público RTVE, se extendió al conjunto del sector público en sus distintas variantes territoriales, y se abrió la posibilidad de su gestión indirecta concesional por el sector privado. Todo ello, efectuado de modo progresivo y al paso de sucesivas leyes que complementaron lo dispuesto por el ERTV³. Pero en todo caso –y como dato relevante– todas estas normas, con las excepciones progresivas producidas en lo que respecta a la radiotelevisión por cable y por satélite, mantenían la definición de la radio y la televisión como servicio público de titularidad pública y básicamente estatal, siguiendo así el criterio consagrado por el ERTV de 1980.

Sin embargo, no es menos cierto que ese modelo de regulación del sector bajo el criterio de su “publicatio” estricta parece haber entrado en su definitiva crisis. Para empezar, con la liberalización de las redes e infraestructuras del audiovisual derivada de la nueva redacción dada en 2005 a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones (LGTel)⁴, que consagra el régimen de liberalización del soporte de los medios audiovisuales salvo para la radio y la televisión por ondas hertzianas terrestres. Y en segundo lugar, y en lo que específicamente respecta a los servicios de radio y televisión, por el

2 Abreviaturas utilizadas: BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; DSCA: Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, “Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual”; ERTV: Estatuto de la Radio y la Televisión de 1980; LGTel: Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; LGCA: Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; LRTTE: Ley 17/2006, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal; LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; TDT: Televisión Digital Terrestre; TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

3 Así, la Ley 46/1983, de 3 de diciembre del Tercer Canal; la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada; la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, por la que se reguló la Televisión Local por Ondas Terrestres; la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable; la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite; la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disposición adicional 44) que reguló los servicios públicos de radiodifusión sonora y de televisión digital terrenal (TDT); la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo; la Ley 17/2006, de 5 de junio de la radio y la televisión de titularidad estatal; y el reciente Real Decreto Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional.

4 De acuerdo con la modificación realizada por la Ley 10/2005, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de la Liberalización del Cable y de Fomento del Pluralismo.

alcance que la aprobación de la Ley 17/2006, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal (LRTTE) (a sumar a la expresa liberalización anterior de la televisión por cable y por satélite) ha tenido sobre la “publicatio” de tales servicios. Un alcance éste ciertamente muy significativo, aunque no del todo determinante, que ha venido a culminar la recién aprobada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA).

Así desde 2006, año en el que se aprueba la LRTTE, hasta 2010, año en el que se aprueba la LGCA; la radiotelevisión “de titularidad estatal” (la gestionada por la Corporación RTVE) quedó regulada por la LRTTE conforme a un régimen de servicio público objetivo o funcional⁵, mientras que para todas las demás variantes de la difusión televisiva hertziana (digital o analógica, pública o privada) distintas de las de RTVE se mantenía el viejo régimen del servicio público estricto de gestión directa o concesional y de titularidad pública en su integridad; pues, la LRTTE aunque formalmente derogó el ERTV de 1980 (eje del viejo paradigma general publicante), sin embargo, lo mantuvo vigente a los efectos aplicables a la Ley 46/1983, de 3 de diciembre, del Tercer Canal, y la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Ello conllevaba la necesidad de una doble intervención administrativa (para la utilización del espacio radioeléctrico, con base en la LGTel; y para la prestación del servicio, con base en el ERTV y demás normativa específica aplicable). Como excepción, no obstante, la televisión por cable y por satélite se encontraban, desde hace más de una década, totalmente liberalizadas tanto en lo que respecta al soporte como a la prestación del servicio. En fin, en cuanto a los nuevos medios que se estén desarrollando o que puedan crearse en un futuro el soporte quedó liberalizado por la LGTel y la prestación del servicio desregulada hasta la aprobación de la LGCA, al haber quedado derogado a estos efectos, como hemos dicho, el ERTV por la nueva LRTTE.

Todo ello evidenciaba el tránsito desde el viejo modelo de “publicatio” estricta del audiovisual hacia un nuevo paradigma de “despublicatio” de los medios de difusión audiovisual para su funcionamiento en régimen de libre iniciativa sujeta a regulación. Muestra de ello es el importante paso dado con la aprobación de la LGCA⁶ que se define en su propia Exposición de Motivos, como “una ley que codifique, liberalice y modernice la vieja y dispersa normativa actual, otorgue seguridad y estabilidad al sector público y privado, a corto y medio plazo, mediante un marco jurídico básico suficientemente flexible para adaptarse al dinamismo que por definición tienen en este sector ante la vertiginosa y continúa evolución tecnológica”.

Entre las causas que explican esa evolución hacia la “despublicatio”, la liberalización y consecuente regulación del sector, se encuentra –como ha sucedido en otros sectores– el acelerado progreso de la tecnología, y en concreto Internet que, en cuan-

⁵ En este caso lo que se considera servicio público es la función o, con más precisión, una definida función entre las de RTVE.

⁶ BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

to medio audiovisual, aparece como piedra de toque en el camino hacia esa “despublicatio” general de los medios audiovisuales y por ello mismo como factor demostrativo en términos reales del desfase entre nuestro tradicional régimen de explotación de tales medios, el de “publicatio” estricta, y el nuevo régimen liberalizado en que parece nos hemos situado.

A ello, a Internet como medio de comunicación audiovisual y a su estatuto como anticipo del nuevo régimen de los medios nos referiremos con detalle en este artículo.

II. INTERNET COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Cuando hablamos de Internet como medio de comunicación audiovisual no pretendemos acotar todo lo que es Internet, sino sólo una de sus vertientes o funcionalidades, y ello como objeto específico de nuestro interés: la consideración de Internet como red de difusión y más concretamente como medio de comunicación audiovisual en el contexto de la convergencia tecnológica⁷.

Internet es un nuevo medio originado por la llamada convergencia (el proceso de integración de los medios de comunicación, las telecomunicaciones y las tecnologías de la información, consecuencia de la digitalización) que permite se transmitan toda clase de datos en un solo tipo de unidades básicas de información, los *bits*. Es así, un canal de comunicación digital a través del cual pueden difundirse de manera conjunta textos, gráficos, imágenes en movimiento y sonido, permitiendo múltiples formas de producción, transmisión, recepción y almacenamiento⁸. Por ello, al acercarnos al tema, nos encontramos ante la duda que ya se planteó Souvirón Morenilla al abordar la convergencia de los medios y la regulación de Internet⁹: ¿la Red es un medio de comunicación distinto o un simple soporte para la distribución de los típicos mensajes tradicionales aunque caracterizado por su especial tecnología y función múltiple?

Para poder dar respuesta a esta pregunta es preciso que previamente determinemos cómo se realiza la transmisión de información por Internet y si ello es realmente “difusión”. Pues, siendo la difusión del mensaje (la transmisión en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de receptores-usuarios) el elemento que define a los medios de comunicación social¹⁰, de ello dependerá la pertinencia de plantearnos el régimen de Internet como medio audiovisual de comunicación social.

7 Vid. Pérez Chulia, B. (2002), *El régimen jurídico del sector audiovisual y de las telecomunicaciones. Un desafío para Europa*. Granada: Comares, p. 337.

8 Escobar de la Serna, L. (2001), *Derecho de la información*. Madrid: Dykinson, p. 500.

9 Souvirón Morenilla, J.M.³ (2001), “Convergencia de medios y regulación de Internet en el anteproyecto de Ley de servicios de la Sociedad de la Información”, *Revista Autocontrol*, 52.

10 Sanabria Martín, F. (1994), *Información audiovisual. Teoría y técnica de la información radiofónica y televisiva*. Barcelona: Bosch p.13.

1. La transmisión de información por Internet: ¿difusión?

Así pues, ¿cómo se transmite la información por Internet? La información que se transmite por Internet se trocea en paquetes con identidad propia, que permiten conocer su origen y destino así como el lugar que ocupan dentro de la información a transmitir, lo que posibilita recomponer el mensaje original en el lugar de destino. De esta manera se pone en marcha la red de conmutación de paquetes, frente al paradigma dominante de las telecomunicaciones conocidas con anterioridad: la red de conmutación de circuitos, que suponía un camino fijo y permanente entre ambos extremos de la comunicación mientras la misma estaba establecida.

Para que pueda funcionar la red de conmutación de paquetes son necesarias unas normas de funcionamiento y organización funcional que pueden resumirse como sigue. En la estructura de Internet hay unas unidades básicas, los nodos, que se comunican entre sí con conexiones de red a velocidades muy altas (cientos de *Mega-bytes* por segundo) y son los encargados de recoger y ordenar la información que les llega, convertir formatos de datos y protocolos y reenviar los datos a los destinos que se desee. Para que esto pueda tener lugar son necesarios unos convenios de entendimiento entre los distintos nodos y de éstos con los receptores: son los protocolos, denominados de forma genérica TCP/IP, existiendo tres grandes grupos de protocolos: a) IP (Protocolo de Internet), que tiene como tarea el encaminamiento y la entrega de paquetes al punto de destino; b) TCP (Protocolo de control de transmisión), orientado a la conexión y que permite que un flujo de *bytes* originados en un ordenador se entreguen sin error en cualquier otro ordenador de la red; c) Protocolos de aplicación, es decir, los protocolos específicos de las aplicaciones básicas de Internet, como transferencia de ficheros (FTP), correo electrónico (SMTP), etc.¹¹.

Sobre esa base, es claro que Internet no puede identificarse con ninguno de los sistemas de transmisión tradicionales porque no está restringido a un soporte o medio determinado. Las comunicaciones entre ordenadores pueden tener lugar a través de cables telefónicos, cables coaxiales, fibra óptica, microondas, ondas de radio, etc. pudiéndose hablar así de Internet por cable, por ondas, por satélite, por telefonía móvil¹². Partiendo de este hecho, es claro que Internet es más que un nuevo soporte, es una nueva forma de transmitir información sea cual sea el soporte que se utilice.

¹¹ Feijóo González, C. y Pérez Martínez, J. (Coord. GRETEL) (2000), *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Vol. 1*. Madrid: Colegio oficial de Ingenieros de Telecomunicación, pp.510-522.

Conviene precisar que en la conmutación de paquetes los mensajes y ficheros de datos que tienen que ser enviados mediante TCP-IP se dividen en paquetes pequeños. Cada paquete contiene un identificador con la dirección del ordenador al que va destinado. Los paquetes viajan individualmente, pueden ir por rutas diferentes y circular en los dos sentidos de una conexión, pero siempre con un destino servidor-interactor, un solo sentido (consideramos más apropiado hablar de servidor e interactor, que de emisor-receptor debido a las características del medio. El servidor es el ordenador desde el que se difunde el mensaje y el interactor el sujeto que lo recibe).

¹² "Internet no debe ser asociado a una red en exclusiva sino a un protocolo de funcionamiento gracias al cual une todas las redes de telecomunicaciones como una telaraña mundial. Lo trascendental de

Ahora bien, ¿se puede considerar que esa nueva forma de transmisión propia de Internet es difusión? Atendiendo a la clasificación tradicional que hasta no hace mucho mantenía la doctrina¹³, los modos de difusión que conocíamos eran emisión¹⁴, edición¹⁵ y exhibición¹⁶, sin embargo, en el caso de Internet no nos encontramos ante ninguno de estos modos de difusión en sentido literal, aunque sí podemos afirmar que existe difusión desde el momento en que la información transmitida por Internet puede llegar simultáneamente a una pluralidad de receptores (al público).

Y es que, como precisa Ribes i Guardia, a través de Internet se pueden realizar funciones conectoras (de uno a uno), funciones distribuidoras (de uno a muchos), o funciones colectoras (de muchos a uno). Aunque parezca una paradoja esto es posible gracias a que técnicamente la comunicación se establece siempre uno a uno, en un acto singular de comunicación, a pesar de que Internet es un medio global que llega a un gran número de interactores. Cada individuo hace una petición a un servidor de información y éste le facilita la información solicitada a él y sólo a él. Los servidores pueden atender simultáneamente a varios interactores a la vez pero siempre de manera individual. Pueden en este sentido darse tres tipos de comunicación entre el interactor y el servidor: a) personalizada, en la que el receptor –interactor- obtiene una información distinta del resto de los interactores, adaptada a sus preferencias o intereses; b) genérica, como en la prensa escrita, en la que cada receptor o interactor recibe exactamente la misma información al efectuar una determinada petición; y c) en directo, en cuyo caso todos los interactores que están conectados simultáneamente obtendrán, como en la radio o en la televisión, contenidos idénticos que no podrán ser recuperados instantes después¹⁷.

A la vista de lo expuesto, en nuestra opinión, siempre que se transmita la información en un solo sentido a múltiples usuarios podemos en principio hablar de difusión, independientemente de que la transmisión de información se produzca a través de la conmutación de circuitos o a través de la conmutación de paquetes. Así, aun partiendo de que en Internet la comunicación se establecerá en todo caso uno a uno (entre un servidor y cada uno de los posibles múltiples interactores), y de que no toda

Internet es haber aportado un protocolo de vinculaciones, de interrelaciones". Cebrián Herreros, M. (2001), *La radio en la convergencia multimedia*. Barcelona: Gedisa, p. 65.

13 Vid. Bell Mallen, I., et al. (1992), *Derecho de la información I, sujetos y medios*. Madrid: Colex, p. 367. Corredoira y Alfonso, L.: "Consecuencias de la convergencia. Las "push technologies", un nuevo modo de difusión" en Corredoira y Alfonso, L., et al. (1999), *Retos jurídicos de la información en Internet: Las libertades de acceso y difusión*. Madrid: Universidad Complutense, Seminario Complutense de telecomunicaciones e información, pp. 15-26.

14 Se emite una única señal que se multiplica al llegar a los receptores. Es el modo de difusión propio de la radio y la televisión analógicas o digitales.

15 Se produce una multiplicación del mensaje antes de que llegue al público. Ej.: edición de los medios impresos, Cd's, dvd, cintas...

16 Exige la presencia física del público en el momento de la representación además del oportuno elemento técnico que permite visionar el mensaje. Como ejemplo típico, la cinematografía.

17 Ribes i Guardia, X. (2001), *Las emisoras de radio del Estado español en Internet: los bitcasters*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral. En línea <<http://www.tdx.cesca.es>> (consulta: 12 noviembre de 2009).

transmisión por Internet será difusión (por ejemplo la comunicación “personalizada”) sólo será, por el contrario, la transmisión mediante la llamada “comunicación en directo”¹⁸ entre el interactor y el servidor. Ahora bien, conviene precisar, aceptado en el sentido expuesto el carácter difusivo de la transmisión de información por Internet (y recordemos la virtualidad de la difusión para la caracterización de los medios de comunicación social), que cuando hablamos de Internet como medio audiovisual de comunicación no nos estamos refiriendo como tal sólo al supuesto de que los mensajes de los medios audiovisuales de comunicación social convencionales (radio o televisión) a su vez se difundan por Internet, sino también a la posible especificidad de Internet como medio audiovisual de comunicación social autónomo.

Y es que, dentro de la consideración general de Internet como medio de comunicación (que englobaría toda transmisión de información a través de Internet o a la que se pueda acceder en Internet), a su vez, hay que distinguir estos distintos supuestos:

1. Internet como medio de comunicación individual o de grupo restringido: como ejemplo convencional, el correo electrónico, además de las nuevas posibilidades abiertas por los foros, chats, etc. En este caso, el emisor no transmite una información programada, ni en su conjunto ni tampoco en cada uno de los mensajes, ni, por lo demás, hay tampoco un objetivo de transmisión “al público” en general sino restringida, al funcionar en este caso Internet como mero lugar de encuentro individual (correo electrónico) o colectivo (foros, chats).
2. Internet como archivo de información accesible. Tal información puede ser sonora, de imágenes, escrita, etc., pero lo característico es que esa información está organizada como un archivo al que se pueda acceder en cada uno de sus componentes. No hay por tanto una programación de la información difundida.
3. Internet como soporte para la difusión de los medios audiovisuales clásicos (radiodifusión sonora y televisión) de modo simultáneo al de la difusión de éstas por sus vías convencionales. En este caso nos hallamos ante una difusión al público y de carácter programado (la programación de su difusión por dichas vías convencionales).
4. Internet como soporte o modalidad específica de difusión de los medios audiovisuales clásicos (radiodifusión sonora y televisión) pero de contenidos ya previamente difundidos por las vías convencionales de éstos (ondas, ca-

18 No debemos confundir la comunicación en directo entre interactor y servidor con la transmisión en directo. La transmisión en directo hace referencia a la prolongación espacial del contenido del mensaje (Cebrián Herreros, M. (1995), *Información audiovisual. Concepto, técnica, expresión y aplicaciones*. Madrid: Síntesis, p. 58), mientras que la comunicación en directo hace referencia a la relación entre servidor e interactor y permite tanto la prolongación espacial del contenido (transmisión en directo) como temporal (transmisión en diferido).

ble, etc.) y que se “vuelcan” a la red con el carácter por tanto de archivos. Por ello, aunque en origen tales emisiones de radio o televisión fueran emisiones programadas, con su vuelco en Internet (como archivo) dejan ya de tener este carácter programado.

5. Internet como medio autónomo de difusión audiovisual. En este caso, Internet aparece como soporte o modalidad de difusión de contenidos audiovisuales (por ejemplo de radiodifusión sonora o televisiva) pero llevada a cabo directa o exclusivamente por Internet. Por eso mismo tales contenidos no tienen en este caso carácter de archivo. A su vez, este supuesto de difusión por Internet podría tener dos subvariantes: a) la llevada a cabo por una empresa u organismo ya dedicado a la difusión de radio o televisión por las vías convencionales; y b) la llevada a cabo por un organismo, entidad o persona que sólo realiza difusión por Internet.

Pues bien, ¿cabe en todos los supuestos anteriores reconocer Internet como un medio audiovisual de comunicación social? Para poder responder a ello es necesario acotemos entre tales supuestos aquéllos en los que la transmisión de información por Internet se produce mediante “difusión audiovisual” (la propia de un medio audiovisual de comunicación social), que podemos definir como la difusión programada de mensajes auditivos y/o visuales a un público indeterminado o no y que precisa a tal fin de la utilización de medios técnicos de gran potencia. De ese modo en el concepto de medios audiovisuales de comunicación social deberían incluirse todos aquellos servicios audiovisuales en los que concurren los siguientes requisitos o características: a) *difusión*, es decir, transmisión en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios; b) *programación en su conjunto y en cada uno de los mensajes*, dato éste que con independencia de que esa difusión tenga lugar mediante la técnica tradicional o través de otras redes, se constituye como elemento principal y característico, al marcar la diferencia con otros servicios audiovisuales existentes hoy día (por ejemplo, los servicios de descarga o visualización de videos almacenados a través de Internet en los que la difusión no tiene lugar conforme a una programación); c) emisión de *mensajes sonoros y/o visuales*; d) *recepción* por un público indeterminado o no; e) utilización de los *medios técnicos* que permitan la recepción por una parte significativa del público en general.

A partir de estos elementos y a la vista de la anterior clasificación de supuestos de comunicación por Internet, podemos concluir que no concurren las características de un medio de difusión audiovisual en los supuestos 1,2 y 4, pero sí en los supuestos 3 y 5. Todo ello con las peculiaridades de régimen que establece la Directiva de Televisión sin fronteras tras su reforma de 2007, actualmente Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA), a la que nos referimos más adelante¹⁹. Por ello nos centraremos posteriormente, en cuanto objeto lógico del régimen de Internet como

¹⁹ Advirtamos, por lo demás, que esta conclusión así como el cuadro de supuestos expuestos responde a los criterios que hemos establecido como elementos de partida, pero ello no quiere decir que

medio audiovisual, en los supuestos 3 y 5, que son aquéllos en que Internet aparece como medio audiovisual de comunicación propiamente dicho –asimilable a la radio y televisión tradicionales– es decir, el de la radio y la televisión difundidas por Internet de modo simultáneo a su difusión por la vía convencional, y el de la difusión audiovisual efectuada por Internet como medio autónomo. Siendo este último supuesto el que por su objetivo de difusión y su analogía con la radiotelevisión convencional, merece un especial análisis desde la perspectiva del régimen jurídico del acceso a la explotación de los medios audiovisuales.

2. ¿Cómo se “difunde” en Internet?

En la evolución de Internet y en su virtualidad para transmitir muy distintos tipos de mensajes y contenidos se incluye desde hace tiempo la presencia en la red tanto de emisiones de radio y televisión difundidas por los canales de transmisión tradicionales, como también de nuevas modalidades de exclusiva difusión por Internet (la modalidad que denominábamos Internet como medio autónomo)²⁰. Abordaremos más adelante cuál sea el régimen jurídico de estas modalidades de transmisión de contenidos audiovisuales por Internet, pero antes resulta de interés analizar la tecnología a través de la cual la misma puede tener lugar, en tanto que presupuesto de dicho régimen y por las interesantes cuestiones jurídicas que en torno a su eventual utilización ya se han suscitado.

2.1. La difusión IPTV

La difusión IPTV (*Internet Protocol Television*) o televisión sobre el protocolo IP consiste en el uso de IP (*Internet Protocol*) como protocolo de transmisión de paquetes. Sin embargo, este sistema de distribución se utiliza para dos conceptos de televisión, dos modelos de negocios y de explotación diferentes, aunque a nivel de tecnología y servicios ofrecidos presenten similitudes²¹.

en un hipotético futuro, y dada la convergencia tecnológica, pudieran considerarse como medios audiovisuales otros supuestos.

²⁰ Como ejemplo, *Radio Teknoland*, la primera emisora de radio de difusión exclusiva por Internet y que transmitió a través de Internet el concierto que Luz Casal hizo el 5 de octubre de 1995 en la plaza de Las Ventas de Madrid. Vid. Franquet, R. (1999), “Comunicar en la sociedad de la información”, *Zer*, 7. En línea <<http://www.ehu.es/zer>> (consulta: 12 de noviembre de 2009). Luzón Fernández, V. (2001), “La irrupción de Internet en las rutinas productivas de los informativos diarios televisivos”. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis doctoral. En línea: <http://www.tdx.cesca.es> (consulta: 12 de noviembre de 2009) Ribes i Guardia, X. (2001): *Las emisoras de radio del Estado español en Internet: los bitcasters*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis doctoral. <http://www.tdx.cesca.es> (consulta: 1 de noviembre de 2009) Gabino Campos, M.A. y Pestano, J.M. (2004), “La radio digital: análisis de la difusión web” *SdP: Revista electrónica Sala de Prensa*, 63. En línea: <<http://www.saladeprensa.org>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).

²¹ Subgrupo de radiodifusión mediante tecnología IP. (xDSL) (2008), *Aspectos relevantes del despliegue de servicios de televisión de alta definición en sistema de radiodifusión mediante tecnologías IP*. Madrid: Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. En línea: <<http://www.televisiondigital.es>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).

El sistema de distribución IPTV se ha desarrollado basándose en el *video-streaming* derivado de la aplicación del *streaming* para la difusión radiofónica en directo por Internet, y consiste en el envío de pequeños paquetes de información que llegan justo en el momento en que tienen que ser visionados. De esta forma la carga sobre la red es más ligera que si se envía el paquete completo. Las utilidades, muy variadas, pasan por retransmisiones de conciertos, eventos deportivos, comunicaciones internas; estando el vídeo y el audio integrados en la retransmisión mediante un sistema de compresión digital para el traslado a Internet que permite la difusión por la red de redes sin cortes o excesivos retrasos, así como la total interactividad del sistema²².

En general la difusión IPTV se vincula a un sistema de televisión en un entorno controlado, en el cual un proveedor de servicios gestiona la red de transmisión y de acceso, así como también los contenidos a ofrecer: son las redes IP gestionadas. En España, varias empresas de comunicación ofrecen ya IPTV. Por ejemplo Telefónica ofrece un servicio de televisión IP bajo el nombre de Imagenio y Jazztel a través de Jazztelia TV. Sin embargo el sistema de transmisión IP puede ser también utilizado para la transmisión y recepción de mensajes audiovisuales a través de una red no gestionada. Así el mayor desarrollo de la televisión a través del sistema de transmisión IP tiene lugar con el uso del mismo para la difusión mediante la utilización del ordenador personal²³.

Las posibilidades que ofrece esta nueva forma de difusión no se limitan ya a la difusión “tradicional” a través de Internet, sino que lo “último” –por el momento– son las posibilidades abiertas a través de juegos virtuales en los que los jugadores pueden acceder en el juego a un acontecimiento en directo que se está produciendo en el mundo “no virtual” en tiempo real²⁴. En diciembre de 2006 la Cadena Ser fue la primera emisora de radio en emitir en directo su programa por esta vía, permitiendo a su vez a los jugadores virtuales acudir en directo al estudio virtual de radio²⁵. Independientemente de lo que podamos opinar respecto a estos nuevos medios e incluso estilos de vida, lo cierto es que una parte de la población mundial (hoy por hoy muy

22 Para la transmisión son necesarios: un codificador; un servidor *streaming*, software encargado de la gestión de las peticiones de los usuarios para acceder al vídeo; un reproductor, software encargado de la reproducción de los archivos suministrados por el servidor *streaming* a través de Internet. A su vez el usuario debe tener instalado en su ordenador el reproductor correspondiente para recibir los vídeos del servidor. Actualmente hay empresas que se dedican a proveer de productos y servicios a las empresas españolas que quieran emitir sus contenidos de audio y vídeo a través de Internet.

23 Ello resulta especialmente significativo para las televisiones locales dado el bajo coste que conlleva la creación y mantenimiento del canal, como se puede comprobar atendiendo al caso de Marina ZTV, un canal de televisión local basado en Málaga, que se inició como canal de información turística y que con el uso de la tecnología IP ha logrado ser la primera televisión local en Europa en usar la red IP. En línea: <<http://www.tvlocal.com/CasoDeEstudio.asp>>.

24 El origen de esta posibilidad se haya en el juego *Second Life*, consistente en crear una “segunda vida” virtual. Un juego que se descarga gratuitamente de la web, pero para ser propietario de una parcela virtual de 500 metros cuadrados hay que pagar una mensualidad de 10 dólares. Vid. En línea: <<http://foros.secondspain.es>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).

25 Vid. *El País*: “Hoy por hoy, primer programa en castellano que emite en Second Life”, 20 de diciembre de 2006.

reducida, teniendo en cuenta que en el mundo hay aproximadamente seis mil millones de personas y que más de las tres cuartas partes de la población mundial se preocupa aún por sobrevivir en el mundo real) ha optado por recibir información y contenidos audiovisuales por este “modo de difusión”.

2.2. La difusión P2P

Junto a la difusión a través de IP, se ha desarrollado un nuevo sistema de difusión en Internet (el sistema *peer to peer*, P2P) que está planteando importantes debates jurídicos en tanto afecta a derechos vinculados a la propiedad intelectual y los derechos de explotación.

El sistema *peer to peer* permite el intercambio de ficheros entre ordenadores con mucha rapidez. La base de la velocidad deriva de que a medida que un ordenador empieza a descargar una determinada información de un servidor, puede ponerlo a disposición de otros ordenadores, de modo que al distribuir las descargas se reducen las posibilidades de saturación de las redes. Para ello los usuarios deben tener instalados en su ordenador un programa específico que les permita compartir los archivos (actualmente los más comunes son: BitTorrent, eDonkey, Kazaa...). Este sistema ha sido elegido por grandes compañías cinematográficas como Warner Bros para distribuir a través de Internet contenidos protegidos por derechos de autor de forma consentida, lo cual entendemos puede resultar interesante a efectos de que las productoras utilicen Internet para distribuir sus productos²⁶. Sin embargo, las quejas de las productoras, autores y titulares de derechos de explotación por el uso de este sistema han sido muchas desde sus inicios y su uso indebido en la transmisión de archivos ha llevado en más de una ocasión a los tribunales a pronunciarse sobre su legalidad.

Cabe destacar las decisiones de los tribunales estadounidenses en el caso *Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster*²⁷, resuelto con la idea de que el sistema P2P como tal no es ilegal sino que lo que podrá ser legal o ilegal será el uso que se le dé y que hay que entender como responsable a quien distribuye un dispositivo con el fin de promover su uso ilegal con independencia de la responsabilidad de los usuarios infractores²⁸.

26 La base del acuerdo se haya en que el buscador BitTorrent.com no muestre material protegido por copyright y la Warner distribuirá sus películas y series por la red BitTorrent el mismo día que salgan en DVD por un precio razonable, aunque la copia descargada sólo podrá ser reproducida en el ordenador usado para la descarga. Vid. el acuerdo firmado por Warner Bros y BitTorrent. En línea: <<http://www.bittorrent.com/2006-05-09-Warner-Bros.myt>> (consulta:12 de noviembre de 2009).

27 Las sentencias pueden encontrarse. En línea: <http://www.copyright.gov/docs/mgm/index.html> (consulta:12 de noviembre de 2009).

28 El Tribunal de Apelaciones de EEUU, en su sentencia de 19 de agosto de 2004, rechazó las alegaciones presentadas por las discográficas y los estudios de cine que acusaban a las redes de intercambio gratuito de haber contribuido a que en el año 2003 perdieran globalmente 7.500 millones de dólares, y reclamaban que dicha cantidad fuera abonada en compensación por las redes P2P Grokster, Morpheus y Kazaa. El Tribunal entendió que el caso de las redes P2P es similar al de las fotocopadoras (de las que puede hacerse un uso legal o ilegal, recayendo en este último caso la responsabilidad sobre sus usuarios, no

Igualmente merece ser reseñada la resolución de marzo de 2005 del *Tribunale de Grande Instance* de París en el caso *Société civile des producteurs phonographiques v. Anthony G.*, que precisó que “una vez que una obra ha sido difundida, el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso privado del copista o destinadas a un uso colectivo...”, y sobre la base de la cual el gobierno francés se planteó la posibilidad de que la transmisión libre de archivos quedara consagrada por Ley (no obstante finalmente y en gran medida como consecuencia de la negativa de importantes grupos de presión la proyectada “licencia global”, que legalizaba en la práctica los intercambios en redes P2P a cambio del pago de un abono, no vio la luz).

En España el artículo 270 del Código Penal protege las titularidades de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios²⁹, sin embargo la aplicación de este artículo a las descargas o en su caso difusión a través del sistema P2P es difícil, porque funciona en la mayoría de los casos a través de páginas

sobre los fabricantes), a partir de lo cual concluyó que la responsabilidad no podía surgir del mero hecho de la utilización de tecnología P2P para el intercambio de archivos y que, ante la ausencia de pruebas que acreditaran su contribución activa y sustancial a las infracciones, no podía considerarse que las demandadas tuvieran responsabilidad por ellas. La base de esta decisión estriba en que no se suministraba el sitio e instalaciones, sino que eran los usuarios los que se conectaban a las respectivas redes, seleccionaban los archivos a compartir, enviaban y recibían búsquedas y descargaban archivos, sin que las demandadas estuvieran involucradas en forma sustancial (diferencia fundamental con el caso *Napster*, que no cabe comentar aquí, por lo que nos remitimos a Barral Viñals, I. (2002), “El derecho de autor en Internet: el caso Napster”. *Societas & Lex*, 7(abril): 27 y ss.; Bouza, M.A. y Castro Marques, M. (2000), “El caso Napster”. *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, tomo XXI: 435- 450.).

Pues bien, el 27 de junio de 2005, la Suprema Corte de los EEUU, revocó el fallo del Tribunal de Apelaciones que había dispuesto que las demandadas no eran responsables. La Suprema Corte consideró que quien distribuye un dispositivo con el fin de promover su uso para infringir el Copyright es responsable por los actos infractores de terceros que utilizan ese dispositivo más allá de los usos lícitos de que éste pueda ser objeto. Y que cuando se utiliza un producto ampliamente difundido para cometer infracciones, puede resultar imposible ejercer los derechos contra los infractores directos, de forma tal que la única alternativa práctica consiste en accionar contra el distribuidor del dispositivo por responsabilidad subsidiaria.

29 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, *con ánimo de lucro* y en perjuicio de tercero, *reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización* de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses *quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización*. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos *sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia*; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

de enlaces. En este sentido es especialmente relevante el Auto de 11 de septiembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid sobre la legalidad de las webs de enlaces a los archivos³⁰, según el cual la actividad realizada por estas webs viene reconocida en la Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico (LSSI), a la que se ha de atender para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Conforme a la misma los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización³¹, o b) actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En cualquier caso la citada exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos (art. 17 LSSI)³².

30 Auto núm.582/2008, de 11 de septiembre de 2008. En línea <<http://derecho-internet.org/proyectos/procedimientos-libres/wiki#defensa-de-webs-de-enlaces-a-archivos-en-redes-p2p>> (consulta: 12 de noviembre). Anteriormente ya se había pronunciado el Juzgado de Instrucción núm.9 de Barcelona, por auto de 7 de marzo de 2003, que optó por el sobreseimiento de la denuncia presentada por ONO contra la web www.ajoderse.com que incluía enlaces a otras páginas web que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. E igualmente la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3.Civil), en la Sentencia de 22 de febrero de 2007 y la Audiencia Provincial de Navarra en la de 20 de diciembre de 2007.

31 Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos; o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución. Sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. (Art.17.2 LSSI).

32 Un ejemplo práctico de los conflictos reales que se pueden plantear en relación con la explotación de medios audiovisuales convencionales como consecuencia de este tipo de difusión por Internet es la denuncia presentada por Audiovisual Sport S.L, Canal Satélite Digital S.L., y Distribuidora de Televisión Digital S.A. contra TVMIX, denuncia finalmente sobreseída por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid el 5 de mayo de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 5952/2005. En línea: <<http://derecho-internet.org/node/433>> (consulta: 12 de noviembre de 2009). El problema que se plantea para los denunciantes es la difusión de determinados contenidos por Internet, concretamente la retransmisión de partidos de la liga de fútbol profesional, sobre la que aquéllos tenían los derechos exclusivos de retransmisión. La difusión se lleva a cabo mediante el sistema de difusión P2P, y a través de la página web www.tvmix.net se facilita la agenda de los acontecimientos deportivos, haciendo constar que en páginas de Internet chinas existe una agenda de programación P2P para la visualización de eventos deportivos (desconociendo qué derechos tienen los naturales de dicho país para emitir en Internet dichos eventos), así como información sobre los programas necesarios para la visualización.

Conforme a los argumentos de los denunciantes, los derechos contractuales que pudiera tener China para la retransmisión de tales eventos se agotan cuando se traspasan las fronteras de la Unión Europea, argumento que resulta del todo congruente. Sin embargo, frente a tal argumentación, el conflicto ciertamente debería dilucidarse entre los denunciantes, titulares de los derechos de explotación en España y China, pero en ningún caso podría entenderse que la actividad realizada por TVMIX constituya un ilícito. Según precisa el Tribunal: "TVMIX no transforma ninguna señal, no interfiere en la señal de audio ni la digi-

En gran medida podríamos, pues, entender que si existe delito lo será por parte de los particulares que acceden a los contenidos, en tanto su actuación pudiera implicar un almacenamiento en su ordenador de la información a la que han accedido, sin perjuicio de la concurrencia en su caso de un ilícito civil conforme a la Ley de Propiedad Intelectual en tanto no pueda entenderse que la descarga se subsume en el concepto de copia privada permitida por la ley, en la medida en que se haya producido una comunicación pública no autorizada³³. Ahora bien, las posibilidades de proceder contra tales particulares son en principio muy escasas dado que para poder determinar quién ha almacenado dichos contenidos es necesario identificar a las personas que utilizan este tipo de redes, lo que puede suponer una vulneración del derecho a la intimidad. Así se deriva de la resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de enero de 2008, recaída en la Cuestión prejudicial C-275/06 presentada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid³⁴: es necesario en todo caso atender a una interpretación normativa que asegure el justo equilibrio entre los “derechos fundamentales con los demás principios generales del Derecho comunitario como el principio de proporcionalidad”³⁵.

taliza, realizando una información de agenda de emisoras P2P de fuera de España; también facilita información sobre programas (no realizadas por él), necesarios para la visualización de la señal de las emisoras anteriores; y finalmente no se percibe una remuneración directa por tales hechos y sí un pago que en concepto de publicidad y en relación a las personas que visitan la página le realiza Google Spain S.L. Todo ello supone que desde el punto de vista penal no puede hablarse de ilícito alguno, debiéndose sobreseer las presentes actuaciones a la vista de todas las diligencias practicadas, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones”.

33 Vid. arts. 17, 20.2.i.) y 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

34 La cuestión se planteaba en los siguientes términos: el Derecho comunitario y, concretamente, los arts. 15.2 y 18 de la Directiva 2000/31, el art. 8.1 y 2 de la Directiva 2001/29, el art. 8 de la Directiva 2004/48, y los arts. 17.2 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “¿permiten a los Estados miembros restringir al marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional, con exclusión, por tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, que recae sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamientos de datos?”. DOUE C212/19, de 2 de septiembre de 2006.

35 Tomando textualmente las conclusiones del TJCE: “las Directivas (...) no obligan a los Estados miembros a imponer (...) el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Sin embargo, el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garanticen un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el Derecho jurídico comunitario (...) Corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad”. STJCE de 29 de enero de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid). Asunto C-275/06. *Productores de Música de España (Promusicae)/Telefónica de España, S.A.U.* DOUE C64/9, de 8 de marzo de 2008.

III. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE INTERNET COMO MEDIO AUDIOVISUAL

1. Los diversos planos de Internet como medio audiovisual y su respectiva normativa

Aunque, como hemos podido comprobar, por su novedad y peculiaridad Internet plantea muchas incógnitas sobre el régimen jurídico de las distintas actividades que a través de dicha red pueden desarrollarse, lo que específicamente nos ocupa es la consideración de Internet como medio audiovisual. Por ello, tras habernos acercado al concepto y variantes de comunicación audiovisual que ofrece Internet, debemos ahora analizar los datos del ordenamiento que resultan relevantes para delimitar el régimen jurídico de Internet en su consideración como medio audiovisual y llegar a algunas conclusiones al respecto, a fin de poder determinar sus diferencias con relación al tradicional régimen general de los medios audiovisuales de comunicación social y sus consecuencias de futuro, hoy en gran medida hechas efectivas en la LGCA.

Recordemos que, conforme hemos expuesto, en Internet pueden distinguirse diferentes supuestos de transmisión de información, y sólo algunos de ellos nos interesaban especialmente en cuanto implicaban la presencia en Internet de la radio y la televisión. En concreto, la emisión por la red de una programación de radio o televisión que simultáneamente se difunde por la vía convencional: ondas, cable, etc. (el supuesto 3 de la clasificación expuesta anteriormente); y la emisión directa y exclusivamente por Internet –por tanto, sin que simultáneamente se haga por las vías convencionales– de una programación de radio o televisión, sea o no por personas o entidades dedicadas a la radiodifusión convencional (el supuesto 5 de nuestra anterior clasificación: lo que hemos llamado Internet como medio autónomo). Sólo estas variantes podían ser calificadas, según lo hemos argumentado ya, como medios de comunicación social, excluyendo, pues, de esta noción el uso de Internet como medio de comunicación individual o como soporte de archivos audiovisuales accesibles.

Pues bien, tales variantes en principio quedan o pueden quedar sujetas, de una u otra manera, al ámbito de aplicación de tres distintos bloques normativos: la normativa sobre telecomunicaciones, la de los servicios de la sociedad de la información, y las leyes audiovisuales. La concreción de la aplicabilidad de tales bloques normativos (o cuál de ellos) a cada una de las citadas variantes no es, sin embargo, fácil. Pero, aun así, podemos partir de este dato previo: los dos primeros bloques serán aplicables en todo caso –aunque en distintos planos– a Internet, al estar ésta expresamente cubierta por tal normativa. La aplicabilidad del último bloque, el de las leyes audiovisuales ha sido hasta la aprobación de la LGCA, sin embargo, más problemática por no estar éstas expresamente dirigidas a la regulación de Internet (algo lógico, pues la propia caracterización de Internet como medio audiovisual de comunicación social resulta, como estamos viendo, de suyo problemática).

En todo caso, y para dilucidar la aplicabilidad de los citados bloques normativos, es necesario diferenciar estos distintos tres planos: a) Internet como red y la explotación de ésta; b) la provisión (la explotación) de los correspondientes servicios de “difusión” a través de Internet; c) el régimen de los contenidos transmitidos/difundidos.

2. Internet como red o infraestructura soporte

Las infraestructuras soporte de Internet quedan sujetas al régimen general aplicable a las telecomunicaciones establecido por la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel). Todo ello de acuerdo con las siguientes consideraciones.

Definida por la LGTel la telecomunicación como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos”³⁶, dicha ley regula (como incluidas en el concepto de telecomunicaciones) tanto la explotación de las redes como la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Textualmente el artículo 1 de la LGTel precisa que “el objeto de esta Ley es la regulación de las *telecomunicaciones*, que comprenden la *explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas* y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21. de la Constitución”. ¿Pero qué es un servicio de comunicaciones electrónicas? La Ley lo define como “el *prestado por lo general a cambio de una remuneración* que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales *a través de redes de comunicaciones electrónicas*, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”³⁷.

Lo que nos remite a un nuevo concepto, el de red de comunicaciones electrónicas, definido legalmente, a su vez, como “los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, *incluida Internet*) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales,

³⁶ Apartado 32, del Anexo II, Definiciones, de la LGTel.

³⁷ Los servicios de comunicaciones electrónicas quedan definidos en el apartado 28, del Anexo II, Definiciones, de la LGTel.

redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”³⁸.

La LGTel incorpora, pues, de modo expreso como objeto de su regulación a Internet, entendida ésta como red soporte que permite la transmisión a través de un sistema basado en la conmutación de paquetes (como ya vimos en un epígrafe anterior). Ahora bien, conviene aclarar en lo que respecta al otro gran apartado que junto a las redes es objeto de la LGTel, los servicios de comunicaciones electrónicas que no todos los servicios de este tipo quedan sujetos al ámbito de aplicación de esta ley. Pues por previsión expresa de ésta quedan fuera de su ámbito material, de una parte, el régimen aplicable a la transmisión a través de redes de los contenidos de carácter audiovisual, así como el régimen básico de los medios de comunicación social (que se regirán por la legislación derivada del artículo 149.1.27 CE, es decir las leyes audiovisuales); y, de otra, la regulación de cualquier otro servicio que, no consistiendo en el transporte de señales, suministre contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas (entre ellos los de Internet), es decir, los servicios regulados por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información³⁹.

Subrayemos, pues, 1.º) que la LGTel excluye de su ámbito de aplicación estos dos grandes bloques de servicios en cuanto tales: los servicios de contenidos audiovisuales –y el régimen de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual-, y los servicios de la sociedad de la información); 2.º) pero, de acuerdo con la previsión de su artículo 1.1, la explotación de todas las redes de comunicaciones electrónicas, incluidas por tanto las que sirven de soporte a los medios audiovisuales de comunicación social, así como, en su caso (de acuerdo con el inciso final del artículo 1.2), el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, entre las que se sitúa por definición Internet, sí quedan sujetos a la LGTel. Consecuentemente y en resumen, la explotación de Internet en cuanto red y los servicios de transporte de señales que a través de ella se suministran, quedan sujetos a la LGTel, mientras que la provisión a su través de servicios consistentes en el suministro de contenidos queda excluida del ámbito de regulación de ésta, para sujetarse eventualmente a la Ley Servicios de la Sociedad de la Información y en su caso a las leyes audiovisuales (cuestiones éstas que vamos a abordar a continuación)⁴⁰.

38 Las redes de comunicaciones electrónicas se definen en el apartado 25, del Anexo II, Definiciones, de la LGTel.

39 Art. 1.2. LGTel: “Quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los *contenidos de carácter audiovisual* transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los *medios de comunicación social de naturaleza audiovisual* a que se refiere el artículo 149.1.27.a de la Constitución.

Asimismo, se excluye del ámbito de esta ley la regulación de los *servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas*, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, *que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas*”.

40 Vid. a este respecto el comentario al artículo primero de la LGTel en la obra de García de Enterría, E. y De la Quadra Salcedo, T. (2003), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, pp. 35-50.

3. Internet como servicio de la sociedad de la información

Hemos visto que la LGTel, que sujeta Internet en cuanto red o soporte a sus determinaciones, excluye sin embargo de su ámbito de aplicación los “servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónica” (siempre que no consistan en el transporte de señales) regulados por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico⁴¹ (LSSI).

Pues bien ¿son subsumibles los servicios previstos a través de Internet en los regulados por la LSSI?, ¿en qué medida resulta esta última aplicable a Internet? Para responder a estas preguntas, y al igual que hemos hecho en el epígrafe anterior, será preciso que atendamos en el presente al objeto de la LSSI y sus definiciones, a efectos de determinar su ámbito material y su posible aplicación a Internet en el caso de que los servicios de la sociedad de la información que dicha Ley regula vengan a subsumir los normalmente suministrados por la Red.

3.1. Los servicios de la sociedad de la información y los que suministran contenidos a través de la Red

El artículo 1 de la LSSI nos delimita su objeto⁴²: los “servicios de la sociedad de la información”, definidos por la misma LSSI como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”⁴³.

Se trata ahora de verificar si en los servicios que suministren contenidos audiovisuales a través de Internet concurren esas características que definen a los servicios

41 BOE núm. 166 de 12 de julio de 2002. Modificada por: Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; y Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

42 “1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

2. Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia.”

43 Apartado a, del Anexo Definiciones, de la LSSI.

de la sociedad de la información (que se presten a distancia, por vía electrónica y a petición individual, y constituyen una actividad económica para el prestador de los mismos). Pues bien, las tres primeras características son claras en los servicios de contenidos a través Internet. En cuanto a la naturaleza de actividad económica del servicio, aunque habrá que atender al caso concreto, con carácter general podemos decir que habrá actividad económica cuando por las actividades que se lleven a cabo se reciban ingresos, ya directos o indirectos, ya sea por publicidad o patrocinio.

En definitiva la LSSI acoge, como expresa textualmente su Exposición de Motivos, “un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información”, en el que cabe incluir a Internet. Originariamente, la propia LSSI precisaba que siempre que represente una actividad económica, son servicios de la sociedad de la información, entre otros, el suministro de información por vía telemática; y el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual⁴⁴.

3.2. El suministro de información por vía telemática, el vídeo bajo demanda y la difusión programada de contenidos audiovisuales como servicios de la sociedad de la información

A la vista de lo expuesto es claro que había un tipo de comunicación audiovisual por Internet sujeta expresamente a la LSSI: el vídeo bajo demanda y en general cualquier servicio en el que el receptor puede acceder a archivos de audio o/y vídeo en cualquier momento, además de –como vimos al tratar el sistema de difusión P2P– los servicios consistentes en facilitar acceso a otros contenidos. Tendríamos así resuelta una primera cuestión: quedaban sujetos a la LSSI los supuestos 2 y 4 de nuestra anterior clasificación de posibles variantes de la transmisión de información audiovisual por Internet. Es decir cuando ésta, Internet, funciona como archivo de información accesible resultado de contenidos “volcados” en la Red, incluidos por tanto los programas de radio y televisión previamente ya difundidos por sus canales convencionales (en este caso sin perjuicio de que, en lo que respecta a esa previa difusión por tales canales convencionales, la misma deba sujetarse a lo previsto por la correspondiente ley audiovisual).

Ahora bien, se nos plantea la duda de si la difusión programada de contenidos audiovisuales efectuada de modo directo y exclusivamente por Internet, es decir, el supuesto 5 de la clasificación comentada⁴⁵, quedaba sujeta a la LSSI. En este supuesto, y como vimos páginas atrás, a pesar de ser el usuario-interactor quien decide el contenido a recibir y realiza una petición individualizada a tal fin, la comunicación se produce en directo y para todos los sujetos que realicen la petición, de modo que se

⁴⁴ Anexo de Definiciones a), apartados 5 y 6 de la LSSI.

⁴⁵ Ver apartado II.1 de este trabajo.

está produciendo una comunicación simultánea entre un público y el emisor de unos contenidos que no podrán ser recuperados posteriormente (en suma, conforme a un proceso similar al de un canal con el mando de televisión). En estos supuestos es claro no se trata de un vídeo bajo demanda, pues el interactor no elige el momento de suministro y recepción del programa sino que se adapta a una programación previamente establecida. Sin embargo, y si se dan las características generales citadas (constituir una actividad económica, prestada a distancia, por vía electrónica y a petición individual), entendemos que dicho supuesto debía subsumirse en principio bajo la cobertura de la LSSI. A mayor abundamiento vista la determinación del anexo de Definiciones de la Ley, donde se definían como servicios de la sociedad de la información “en general la distribución de contenidos previa petición individual”.

Así pues, la provisión en general de contenidos audiovisuales por Internet quedaba sujeta a la LSSI, incluida la difusión programada de tales contenidos y por tanto, la difusión directa y exclusivamente por Internet de radio y televisión. Sin embargo, el apartado 6 del anexo en el que se incluían ha quedado derogado por la LGCA.

3.3. La radio y televisión por Internet como servicio de la sociedad de la información

Ahora bien, debemos dilucidar un último extremo. La LSSI excluye –desde su aprobación– del concepto de servicios de la sociedad de la información y por tanto de su ámbito de aplicación una serie de supuestos entre los que expresamente cita –entre otros que no afectan al tema que tratamos– “los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya”⁴⁶ y “los servicios de radiodifusión sonora”⁴⁷.

Dicha exclusión debe ser objeto de la oportuna interpretación. Conforme ya hemos visto, hay determinados supuestos en los que Internet actúa como verdadero servicio de difusión audiovisual (es más, como servicio audiovisual de comunicación social): cuando a través de la Red se difunden unos específicos contenidos programados de sonido e imagen (radio y televisión por Internet en sentido estricto y como medio autónomo); y ello con independencia del supuesto de incorporación como archivos de Internet accesibles de programas de radio o televisión previamente difundidos por sus canales convencionales. Pues bien, si nos atenemos a una mera interpretación literal del precepto transcrito, tales emisiones por Internet quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la LSSI, para regirse por la normativa

⁴⁶ Anexo de Definiciones a) apartado 3 *in fine* de la LSSI.

⁴⁷ Anexo de Definiciones a) apartado 3 *in fine* de la LSSI.

correspondiente (la legislación audiovisual de la radiodifusión sonora y televisiva). Ahora bien, la cuestión estriba en qué deba entenderse por esos servicios de “radiodifusión sonora” y “radiodifusión televisiva” que expresamente la LSSI excluye de su ámbito de aplicación: si la LSSI con ello se refiere a estos servicios en cuanto suministrados ya por una fuente de difusión distinta de Internet con un régimen específico, o si se refiere también a la radio y la televisión directa y exclusivamente difundida por Internet, o sea por ésta como fuente originaria. Actualmente y como veremos, el problema queda resuelto en la LGCA. Sin embargo hasta su aprobación los servicios suministrados ya por una fuente de difusión distinta de Internet con un régimen específico quedarían excluidos de la LSSI, pero aquéllos que se difunden directa y exclusivamente por Internet quedarían sin una clara cobertura por otras normas, ni siquiera las que regulaban la explotación del audiovisual, pues éstas partían para acotar su objeto de una concreta modalidad identificada con el soporte: radioeléctrico, cable, satélite, etc⁴⁸. Ello implica que estos últimos deban considerarse un servicio de la sociedad de la información de los regulados por la LSSI, o bien hasta la aprobación de la LGCA una variedad anómica o totalmente desregulada de comunicación audiovisual.

Es importante referir, en todo caso, que el hecho de que la normativa audiovisual haya cambiado no supone la inaplicabilidad total de la LSSI, pues en todo caso las previsiones de la LSSI se mantienen en lo que afecta a la labor del prestador de servicios de la sociedad de la información, es decir: el servicio de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en sus propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros (en lo que aquí nos afecta el específico servicio de comunicación audiovisual suministrado por el titular del medio de comunicación audiovisual, que quedaría sujeto a la normativa audiovisual).

En definitiva la aplicación de la LSSI a la explotación de la radio y televisión por Internet (provisión de contenidos) nos parece la conclusión obligada, teniendo en cuenta el objeto de la Ley y las características generales que definen un servicio de la sociedad de la información: a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Todo ello sin perjuicio de que en materia de contenidos, además de respetarse los propios límites al respecto derivados de la LSSI, deban respetarse también los derivados de la legislación audiovisual en el caso de la radio y televisión que emitida originariamente desde otra fuente (y por serlo así), luego se difunda por Internet. Y también sin perjuicio de que la normativa audiovisual pueda regular el régimen de la explotación del servicio de radio y televisión por Internet, tal y como hace la LGCA, algo en su caso diferente al suministro o provisión de contenidos generales que realice el prestador de servicios de la sociedad de la información.

⁴⁸ Recuérdese la definición de radiodifusión sonora dada por el Estatuto de Radio y Televisión, y la definición de radiodifusión televisiva dada por la Ley 25/1994, de 12 de julio.

4. Internet como servicio de difusión de contenidos audiovisuales: su inclusión en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual

Asumido, como hemos propuesto, que Internet constituye un medio de difusión audiovisual equiparable en esa consideración a los hasta ahora convencionales (la radiodifusión sonora y televisiva), particularmente cuando se trate de los supuestos 3 y 5 del cuadro tipológico que incluimos en el epígrafe II.1, un último apartado a considerar es el del régimen jurídico de los contenidos que a través de tales modalidades de difusión por Internet se ofrezcan. Desde esta perspectiva la cuestión estriba en si a Internet le resultan aplicables las normas sobre los contenidos establecidos en las leyes del audiovisual.

Desde luego, aceptado que Internet es un medio de difusión audiovisual resultaría lógico aplicarle las reglas al respecto establecidas por dichas leyes. El problema estriba en que esa aplicación, que será analógica si no existen normas que expresamente prevean su aplicación a Internet, podría ser muy discutible.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía con Internet como soporte de comunicación y como medio de difusión, plano este carente hasta la aprobación de la LGCA de una expresa regulación específica (lo que ha exigido la indagación que hemos realizado hasta aquí), en lo que respecta a los contenidos audiovisuales el ordenamiento audiovisual ha respondido con más presteza, introduciendo innovaciones con el fin de dar respuesta al panorama singular abierto con la expansión de Internet. Y así la principal norma sobre regulación de contenidos audiovisuales a nivel europeo, la Directiva sobre actividades de radiodifusión televisiva, se modificó precisamente –entre otros objetivos– con el fin de que la misma resulte aplicable a los servicios de comunicación audiovisual difundidos por Internet.

En efecto, la Directiva 89/552/CE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (la originaria Directiva “Televisión sin fronteras”) fue modificada en 2007 para incluir en su ámbito de aplicación a Internet⁴⁹, de lo que es muestra evidente el cambio de la propia rúbrica de la Directiva, actualmente denominada Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA). Pues bien, la Directiva incluye en este concepto de “servicio de comunicación audiovisual” dos distintos modalidades: los llamados “servicios lineales” y los llamados “servicios no lineales”. La Directiva define los primeros como “un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación *para el visionado simultáneo de programas sobre la base un horario de programación*”, citando en particular la televisión analógica y la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet

49 Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2007.

(*live streaming*) y la difusión web (*webcasting*), en definitiva, la redifusión televisiva, la televisión en sentido muy amplio. Define, por otra parte, los segundos, a los que se refiere como servicios de comunicación audiovisual a petición, como “un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el *visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia* sobre la base de un *catálogo de programas* seleccionado por el prestador de servicios de comunicación”, en suma, los servicios de descarga o de visualización de vídeos almacenados en los que la difusión no tiene lugar conforme a una programación sino conforme a un catálogo.

Repáremos en que si comparamos nuestra clasificación del epígrafe II.1 de este trabajo con las previsiones de la DSCA, resulta que Internet como medio de comunicación individual (nuestro supuesto 1) también en la Directiva queda excluido del concepto de servicio de comunicación audiovisual mientras que los restantes supuestos de nuestra clasificación son considerados por la Directiva variantes de la comunicación audiovisual. Aunque con una importante diferencia. Si nuestros supuestos de Internet como soporte para la difusión simultánea de radiodifusión sonora y televisión ya difundidas por sus vías convencionales y de Internet como medio autónomo de difusión audiovisual (supuestos 3 y 5) quedan en la Directiva equiparados, en cuanto a su régimen, a los medios tradicionales de radiodifusión incluyéndose entre los llamados “servicios lineales”, nuestros supuestos de Internet como archivo de información accesible y de Internet como soporte o modalidad específica de difusión de los medios audiovisuales clásicos pero de tan sólo sus contenidos “volcados” en la Red (supuestos 2 y 4) suponen un tipo de comunicación diferente con especialidades en su régimen, incluibles en los “servicios no lineales”.

IV. EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD DE DIFUSIÓN AUDIOVISUAL EN INTERNET ANTES DE LA APROBACIÓN DE LA LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Hemos visto hasta aquí la caracterización jurídica de Internet como medio audiovisual de comunicación, lo que hemos efectuado –porque en Derecho toda caracterización es o deriva de un régimen– analizando el triple plano con que Internet puede ser contemplado desde esa perspectiva (red soporte, servicio de difusión audiovisual, y vehículo de contenidos). Y ello a la luz de ordenamiento, en este caso de lo dispuesto en tres distintos bloques normativos interrelacionados: el de las telecomunicaciones, el de los servicios de la sociedad de la información, y el regulador de los contenidos audiovisuales.

Pero, hecho esto, procede ahora detallemos, aun de modo sintético, el régimen jurídico concretamente aplicable a Internet. Debemos, pues, analizar las previsiones de la LGTel en tanto Internet es red soporte de la comunicación audiovisual que a través de la Red se efectúa; de la LSSI en la medida que Internet es un servicio de la sociedad de la información, y de la DSCA dado que Internet es servicio de comunica-

ción de contenidos audiovisuales, para cerrar el trabajo con un apartado final en el que se exponen las consecuencias que la aprobación de la LGCA ha tenido en relación con ello.

1. Como red o infraestructura de soporte

El régimen de la LGTel sobre la explotación de las infraestructuras y redes (que, como se ha dicho, resultará aplicable a la explotación de Internet como red o infraestructura) puede sintetizarse como sigue. Definidas las telecomunicaciones por la LG-Tel como actividades –servicios de interés general– que se prestan en régimen de libre competencia (artículo 2 de la Ley), para la explotación de una determinada red, bastará la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con anterioridad al inicio de la actividad y debiendo el operador notificar cada tres años su intención de continuar con la prestación o explotación de la red⁵⁰. Se trata, pues, en general el de la explotación de las redes de telecomunicación de un régimen de plena liberalización, sujeto, no obstante a algunos matices.

En primer lugar, conforme al artículo 45 de la Ley, cuando se requiera la utilización del dominio público radioeléctrico para la instalación y la explotación de redes deberá obtenerse la oportuna concesión demanial previa acreditación de la condición de operador. A su vez, conforme al artículo 56 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, quedarán sujetos a obligaciones de servicio público aquellos operadores de redes que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio y televisión al público, o utilicen una red con un número significativo de usuarios finales de dichas redes que las utilicen como medio principal de recepción de programas de radio y televisión. Pero ello siempre que la imposición de tales obligaciones de servicio público sean necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos por la legislación básica en materia de comunicación social y se cumplan los principios generales aplicables en la imposición de obligaciones de servicio público definidos en el mismo Reglamento⁵¹.

50 Vid. Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, BOE núm.102, de 29 de abril de 2005, arts. 4, 5 y 6.

51 — Imposición de cargas no excesiva para los operadores (el concepto “excesivo” se utiliza en el sentido de que pueda llegar a afectar a su acceso al mercado).

— Objetividad y transparencia en los métodos utilizados para determinar el operador obligado, las ayudas y financiación de la que disfrutará, y el momento y condiciones en que debe producirse.

— No discriminación entre los distintos operadores, procurando mantener el equilibrio en el mercado.

— Neutralidad tecnológica y, en la medida de lo posible, de las obligaciones impuestas y de las ayudas y financiación otorgadas.

— Prioridad de las opciones que permiten un menor coste para el conjunto del sector o que supongan una menor necesidad de financiación.

De este modo, en un régimen liberalizado se establecen, no obstante, diferencias en función del uso de las redes, principalmente vinculadas a la utilización del dominio público radioeléctrico en general y a la posibilidad de imponer a los operadores de redes obligaciones de servicio público dirigidas a garantizar –en el caso de las utilizadas para la radio y la televisión– los objetivos de la legislación audiovisual. Ahora bien, en lo que respecta a Internet en general, y en concreto a la difusión de contenidos audiovisuales y de radio y televisión a través de Internet, ello no conlleva ninguna consecuencia jurídica relevante, ya que la misma, en cuanto a la explotación de esta red soporte, queda liberalizada, como toda red de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas en los términos expuestos.

2. Como servicio de la sociedad de la información

2.1. *El principio de libre prestación de los servicios audiovisuales por Internet como servicios de la sociedad de la información*

La LSSI establece para los llamados “servicios de la sociedad de la información” el principio de su libre prestación, lo que supone, de entrada, que el desarrollo de tales actividades no esté sujeto a autorización alguna. En efecto, el artículo 6 de la LSSI dice textualmente: “La prestación de servicios de la sociedad de la información *no estará sujeta a autorización previa*. Esta norma *no afectará a los regímenes de autorización* previstos en el ordenamiento jurídico que *no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica* de los correspondientes servicios”.

De esa manera, pues, y si como hemos concluido la difusión audiovisual (radio y televisión) por Internet puede ser caracterizada en nuestro Derecho y hasta la aprobación de la LGCA como un servicio de la sociedad de la información, en principio, y a diferencia de lo que sucede con otro tipo de medios o servicios audiovisuales de comunicación, la prestación a través de Internet de servicios de comunicación audiovisual radiotelevisiva no está sujeta ni siquiera a autorización. En este sentido, el tenor de ese artículo 6 de la LSSI resulta muy significativo: la no exigencia de ningún tipo de título habilitante (la referencia a la autorización subsumiría la licencia, y con más razón la concesión) para prestar los servicios de la sociedad de la información (y por tanto los de radio y televisión a través de Internet) no excluye que en su caso deban respetarse los regímenes “de autorización” previstos por el ordenamiento jurídico que no tengan como objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica. Es decir, que si se trata de “difusión audiovisual” secundaria por Internet (es decir, de medios que difunden a la vez por sus vías convencionales y por Internet) deberá obtenerse el título habilitante (autorización, dice el citado artículo, pero también, por ejemplo, la concesión del servicio público de televisión hertziana terrestre) preciso para la explotación de la convencional radiodifusión sonora o televisiva, ajena como tal a Internet, pero que luego en su caso se “vuelca” en Internet o se difunde simultáneamente por la Red.

Se trata de un dato que, aplicado a los servicios audiovisuales por Internet, resulta muy significativo, no sólo por esa eliminación de los títulos habilitantes necesarios para la difusión de radio y televisión convencionales, sino también por el balanceo del marco jurídico, desde el criterio de la libertad ordenada “a priori” (a través de los títulos habilitantes), al de la libertad responsable “a posteriori”⁵², en el que al final ha derivado el nuevo marco jurídico del audiovisual.

2.2. *El régimen de los prestadores de radio y televisión por Internet en cuanto servicio de la sociedad de la información*

Además de lo expuesto, conforme a lo establecido en la LSSI la explotación de los servicios de la sociedad de la información requiere el sometimiento de los prestadores de tales servicios (definidos tales prestadores como la “persona física o jurídica que presta un servicio de la sociedad de la información”⁵³), a las obligaciones establecidas en dicha Ley y al régimen de responsabilidad previsto en su capítulo II.

Dichas obligaciones, que por lo expuesto resultarán aplicables a los prestadores de servicios audiovisuales de radio y televisión por Internet, se pueden resumir en el deber de informar sobre los datos de su inscripción en el Registro Mercantil a efectos de adquirir la personalidad jurídica o en su defecto en cualquier otro; de información general con independencia de lo previsto en la normativa vigente; de solicitar consentimiento informado, previo y expreso al usuario en los casos de los servicios de tarificación adicional; y de colaboración de los prestadores de servicios de interme-

52 En este sentido, la LSSI, establece ese control “a posteriori” sobre los servicios de la sociedad de la información en los siguientes términos de su artículo 8:

“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información *atente o pueda atentar contra* los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

- a) La *salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.*
- b) La *protección de la salud pública* o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de *consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.*
- c) El *respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y*
- d) La *protección de la juventud y de la infancia.*

(...) En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado *se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos* previstos en el ordenamiento jurídico *para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información*, cuando estos pudieran resultar afectados.”

53 Apartado b y c del Anexo de definiciones de la LSSI. Entre ellos se diferencian un tipo específico de prestadores de servicios, los prestadores de servicio de intermediación de la sociedad de la información, que son aquellas personas físicas o jurídicas que a) facilitan el servicio de acceso a Internet, b) transmiten datos por redes de telecomunicaciones, c) realicen copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, d) alojan en sus propios servidores datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, e) proveen de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

diación⁵⁴. En cuanto al régimen de responsabilidad, el prestador de servicios de la sociedad de la información está sujeto al régimen general de responsabilidad civil, penal y administrativa. Sin embargo, cuando realice actividades de intermediación y no tenga bajo su dirección, autoridad o control al proveedor de los contenidos a los que se enlaza o cuya localización facilita, está exento de responsabilidad siempre que se den las condiciones que fija la Ley⁵⁵.

Es importante en todo caso traer a colación que el objeto de la LSSI es regular estos servicios en “lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios”⁵⁶. De este modo, el objeto de la Ley no es tanto regular Internet en su totalidad sino una determinada faceta del mismo, y principalmente las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de tales servicios. Todo ello bajo el “principio de libre prestación de servicios”. La cuestión es relevante. Por ello, aunque ya hemos apuntado a ella de modo colateral en este epígrafe y en la medida que dicho principio afecta directamente al régimen del desarrollo de tales servicios de la sociedad de la información y consecuentemente, en su caso, a la difusión audiovisual por Internet, abordamos específicamente la cuestión en el epígrafe que sigue.

3. Régimen de los contenidos audiovisuales

El régimen de la difusión de contenidos audiovisuales en cuanto tal, el régimen propio de los contenidos, se regía hasta la aprobación de la LGCA por la Ley 25/1994, de 12 de julio, sobre actividades de radiodifusión televisiva, que transpone a nuestro ordenamiento las determinaciones de la Directiva “Televisión sin Fronteras”.

Originariamente las previsiones de ésta contemplaban la difusión de contenidos a través de los medios televisivos, la televisión clásica⁵⁷, lo que planteaba dudas sobre su aplicación a Internet. Sin embargo, como hemos visto, en 2007 la Directiva fue modificada precisamente para extender su ámbito de aplicación a todos los servicios de comunicación audiovisual, entre ellos los servicios de difusión de contenidos audiovisual a través de Internet. La nueva Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por la LGCA, sin embargo a pesar de ello y a fin de poder entender mejor las previsiones de la Ley, entendemos que es necesario resumir sucintamente el esquema de la nueva Directiva, llamada ahora Directiva de servicios de Comunicación Audiovisual (DSCA).

54 Arts. 10 a 12 de la LSSI. La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, suprimió el artículo 9 por el que se obligaba a la inscripción registral del nombre de dominio.

55 Cuando desconozcan la ilicitud de la actividad (lo que se determinará atendiendo a la inexistencia de la declaración de ilicitud por el órgano competente) o actúen con la diligencia exigida una vez declarada la ilicitud y ordenada la retirada o imposibilidad de acceso a los servicios. Vid. arts. 13 y ss., de la LSSI.

56 Art. 1 de la LSSI.

57 “Emisión primaria que se produce, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público”. Arts. 1.a) del texto originario de la Directiva de “Televisión sin Fronteras”, y 3 de la Ley 25/1994.

La DSCA incluye una serie de disposiciones generales aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual, y una serie de disposiciones específicas únicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición (recordemos, los supuestos 2 y 4 de nuestra clasificación, aquellos que propiamente no constituyen un medios audiovisual de comunicación social). Pero además, y en lo que aquí nos interesa, un régimen concreto aplicable a los servicios de radiodifusión televisiva o servicios de comunicación audiovisual lineales, definidos –recordemos– como aquel “*servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación*”⁵⁸, y entre los que podríamos incluir la radio y la televisión difundidas por Internet de modo simultáneo a su difusión por la vía convencional, y la difusión audiovisual efectuada por Internet como medio autónomo (los supuestos 3 y 5 de nuestra clasificación), en los que Internet aparece como medio audiovisual de comunicación asimilable a la radio y televisión tradicionales.

Conforme a las previsiones de la Directiva los servicios de comunicación audiovisual lineal quedan sujeto a una serie de medidas restrictivas vinculadas a la protección de los menores y el establecimiento de una serie de reglas formales a las que deben someterse las emisiones de publicidad televisiva, en concreto, en lo que respecta a la presentación, cadena de interrupción publicitaria y tiempo máximo de emisiones televisivas dedicadas a publicidad. Además de a las previsiones concretas de carácter positivo que se relacionan con la promoción de obras europeas⁵⁹.

3.1. Disposiciones aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual

Las disposiciones generales aplicables a todos los servicios de comunicación audiovisual, afectan principalmente a los mínimos exigidos para garantizar el derecho de los receptores del servicio a acceder de manera fácil, directa y permanente, a la información sobre el prestador del servicio⁶⁰, además de establecer prohibiciones generales para las comunicaciones comerciales audiovisuales.

La nueva Directiva regula la “comunicación comercial audiovisual” (en la que se incluye el concepto de publicidad) junto al patrocinio, la televenta y el emplazamien-

⁵⁸ Art.1.e) DSCA.

⁵⁹ El concepto de obra europea se modifica, suprimiéndose el límite mínimo del 51% del total de autores, intérpretes, técnicos y otros trabajadores que participen en ellas como requisito necesario para la consideración de obra europea. Ahora se atenderá a que las obras estén esencialmente realizadas con la participación de autores y trabajadores europeos siempre y cuando se den alguno de los siguientes requisitos: a) que las obras sean realizadas por uno o más productores establecidos en uno o varios de los Estados miembros de la Unión Europea o Estados partes del Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza; b) que la producción de las obras sea supervisada y efectivamente controlada por uno o varios productores establecidos en uno o varios de dichos Estados; c) que la contribución de los coproductores de dichos Estados sea mayoritaria en el coste total de la coproducción, y esta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de dichos Estados.

⁶⁰ Nombre, dirección, señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador y órgano regulador o supervisor competente. Vid. Art.3 bis DSCA.

to de producto, entre otras⁶¹, incluyéndose todas las limitaciones establecidas con anterioridad. Así, entre otras⁶², la prohibición de la comunicación audiovisual encubierta; del uso de técnicas subliminales; de la comunicación comercial audiovisual de cigarrillos y demás productos del tabaco; de productos medicinales y tratamientos médicos que sólo puedan obtenerse mediante receta; de bebidas alcohólicas dirigida a menores; y de aquélla que produzca perjuicio moral o físico a los menores.

La nueva DSCA añade, no obstante, una serie de limitaciones en el contenido de las comunicaciones comerciales audiovisuales tales como atentar contra la dignidad humana; incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual; fomentar comportamientos nocivos para la salud o la seguridad; o fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente.

Recoge, asimismo, en principio, la prohibición del “emplazamiento de productos”, definido como “toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación económica”⁶³. Pero, dicho emplazamiento de productos se admite, salvo que la norma de transposición de cada Estado disponga lo contrario, cuando se produzca en obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas de deportivos y programas de entretenimiento, salvo que estén destinados a menores, y en los casos en los que no haya, como tal, emplazamiento, por tratarse de un suministro gratuito de determinados bienes y servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

3.2. Disposiciones únicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición

Las medidas únicamente aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición están directamente dirigidas a la protección de los menores, estableciéndose de modo expreso que “los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción que puedan dañar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores se faciliten únicamente de manera que se garantice que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichos servicios de comunicación audiovisual a petición”⁶⁴.

La Directiva no precisa cómo se ha de garantizar la citada exigencia. Sin embargo, ofrece algún dato al respecto, pues en su considerando 45 se dice: “La Recomen-

61 Art. 1.h de la nueva DSCA.

62 Vid. Arts. 3 sexies, 3 septies y 3 octies.

63 Art. 1.m de la DSCA.

64 Art. 3 nonies de la DSCA.

dación relativa a la protección de los menores y la dignidad humana y al derecho de réplica⁶⁵ reconoce ya la importancia de los sistemas de filtrado e identificación, e incluye una serie de posibles medidas que pueden llevarse a cabo en beneficio de los menores, tales como proporcionar sistemáticamente a los usuarios un sistema de filtrado eficaz, actualizable y fácil de utilizar cuando se suscriban a un proveedor de acceso o la oferta de acceso a servicios específicamente destinados a los niños y dotados de un sistema de filtros automáticos.”

Junto a esta previsión sobre la protección de los menores, la DSCA establece la obligación de promoción de obras europeas para los servicios de comunicación audiovisual a petición, eso sí, siempre y cuando ello sea factible, estableciéndose un sistema de seguimiento sobre la aplicación de estas medidas⁶⁶.

3.3. Disposiciones aplicables a los servicios de comunicación audiovisual lineal o radiodifusión televisiva

Además de las previsiones generales ya vistas, que afectan tanto a los servicios lineales como los no lineales, la DSCA establece una serie de medidas que hay que entender afectan únicamente (conforme a la sistematización propia que realiza la norma) a los servicios de radiodifusión televisiva, y que suponen la aplicación del régimen general sobre los contenidos audiovisuales a Internet como servicio de difusión audiovisual lineal.

En relación con la protección de los menores, los programas no pueden perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, ningún programa debe incluir escenas de pornografía o violencia gratuita, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichas emisiones. Además cuando tales programas se emitan sin codificar deben ir precedidos de una señal de advertencia acústica o quedar identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración.

En relación con la publicidad (comunicaciones comerciales), además de las previsiones generales y una serie de previsiones específicas en relación con la publicidad y la televenta de bebidas alcohólicas⁶⁷, la Directiva realiza algunos reajustes en las reglas formales de emisión de publicidad aplicable únicamente a los servicios de comunicación audiovisual lineal. Así, la proporción de los anuncios queda determinada en un 20% por hora, lo que viene a impedir a su vez la posibilidad de agrupar la publicidad en horario de máxima audiencia, como ocurría con anterioridad.

⁶⁵ Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, DOUE L 378, 27 de diciembre de 2006.

⁶⁶ Art. 3 decies de la DSCA.

⁶⁷ Art. 5 DSCA.

En relación con la promoción de obras europeas⁶⁸, se establece la obligación de que los Estados miembros velen para que los organismos de radiodifusión televisiva se reserven una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión para la difusión de obras europeas y un 10% de su tiempo de emisión o en su caso, a elección del Estado miembro, de su presupuesto de programación a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva⁶⁹.

V. EL RÉGIMEN DE INTERNET Y EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES. LA LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

1. El estatuto de Internet como anticipo y esquema del régimen general de los medios

Como hemos podido comprobar, los medios audiovisuales de comunicación han sufrido en los últimos años una característica evolución, pues al modo clásico de distribución de los mensajes por parte de los medios tradicionales de comunicación audiovisual caracterizado por la difusión mediante ondas hertzianas, se fueron añadiendo nuevas modalidades como el cable y el satélite, a las que se suma hoy de un modo especial Internet en cuanto vehículo para la difusión de contenidos audiovisuales.

Sin embargo, la asunción de esta evolución por nuestro ordenamiento no se ha llevado a cabo, ni mucho menos, de manera coherente y sistemática. Todo lo contrario, nuestro Derecho durante mucho tiempo (la LGCA rompe con esa línea) ha optado por responder a ese hecho tan sólo mediante la superposición de normas sucesivas que han mantenido la vigencia parcial de las anteriores con el fin de sostener el eje de un modelo en gran medida periclitado: la “publicatio” estricta de los medios audiovisuales de comunicación social, en concreto de la radio y la televisión. Pero ciertamente ese modelo (por serlo su eje) parece ya insostenible, por haber quebrado los fundamentos en que se apoyaba: la limitación del espacio radioeléctrico como única vía posible de difusión así como la propia esencia de la institución de servicio público estricto entendida como garantía del acceso de la ciudadanía a unos servicios que supuestamente de otra forma no podrían desarrollarse eficazmente.

Consecuentemente, el sector audiovisual en España ha estado regido hasta el momento presente por un conjunto normativo hecho de normas fragmentarias centradas en la regulación de las técnicas de difusión y el control público discrecional sobre la explotación de los medios, aprobadas al paso del avance de la técnica, pero que contradictoriamente con el proceso de liberalización de las telecomunicaciones

68 Quedan exceptuadas aquellas emisiones de televisión destinadas a una audiencia local y que no forme parte de una red nacional. Vid art. 9 de la DSCA.

69 El tiempo de difusión y emisión se calcula exceptuando el tiempo dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a publicidad o los servicios de teletexto y a la teletienda. Vid. Art.4 y 5 de la DSCA.

y el desarrollo del mercado del audiovisual se han apoyado en la “publicatio” de la radiodifusión como criterio rector del sector audiovisual. Todo ello con la consecuencia de que la explotación de radiotelevisión queda así sujeta en el caso de la “privada”, además de a la acción concurrente de la radiotelevisión pública, a la necesidad de obtener una doble concesión administrativa (concesión de uso del dominio radioeléctrico, y concesión para la prestación del servicio), y en el caso de la radiotelevisión pública, sin una específica concreción del contenido del servicio público que justifica la gestión pública.

Pues bien, tras el análisis realizado, podemos concluir que con Internet y su espectacular desarrollo culmina el desfase existente entre la tradicional regulación de la explotación de los medios audiovisuales y el cambio real acaecido como consecuencia de los avances tecnológicos⁷⁰. Desfase en gran medida debido a un conservadurismo institucional, que en todo caso ha sido incapaz de resistir la libertad de difusión que Internet permite (como antes lo hicieran otras novedades tecnológicas: cable, satélite, transmisión digital), y por ello de velar la artificiosidad actual de muchos de los viejos criterios dirigidos al control “ex ante” de la explotación de medios audiovisuales.

Como hemos visto, el actual estatuto jurídico de Internet como medio de comunicación audiovisual dista de ser el de los medios audiovisuales tradicionales al estar liberalizado como soporte y como servicio de la sociedad de la información, aunque, ciertamente, en contrapartida, tienda a la homologación con aquéllos en cuanto al régimen de los contenidos. La potencia de Internet como medio audiovisual revela así la obsolescencia en la que se ha mantenido nuestro régimen general del audiovisual, apareciendo por ello mismo su estatuto (liberalización de la red y de la explotación del servicio y sólo regulación de los contenidos) casi como el paradigma por el que en el futuro sin duda discurrirá la regulación del resto de los medios audiovisuales. Y no ya como un desiderátum, sino como resultado final de un proceso finalmente abocado a ese desenlace, tal y como ha tenido lugar al aprobarse la LGCA.

En efecto, en la difusión de contenidos audiovisuales por los medios de comunicación social, se han conjugado tradicionalmente tres planos diferentes pero vinculados entre sí en la específica regulación de cada tipo de medio⁷¹: el uso de las infraestructuras y redes, en su caso de las frecuencias radioeléctricas necesarias para la prestación del servicio; el transporte de la señal; y la difusión audiovisual, la comunicación social propiamente dicha. Sin embargo, el desarrollo de la conver-

⁷⁰ De suyo Internet es red una abierta, en absoluto regulada en cuanto al acceso. Por eso, y dada esa inexistencia de límites jurídicos (incluso por encima de la soberanía), con Internet como medio audiovisual y esa libertad de difusión propia de la Red –en cuanto a la explotación de la misma, como medio– culminaría la “despublicatio” de los medios audiovisuales.

⁷¹ Así en la Ley de Televisión Privada (art. 6 y 7), partiendo de la diferenciación entre los servicios, se establece que el servicio portador es un servicio distinto del de difusión y por tanto a habilitar a entidades distintas de las concesionarias de televisión privada.

gencia técnica⁷² está permitiendo el uso de infraestructuras y de soportes de transporte de señales muy diferentes a los tradicionalmente característicos de cada medio. Lo que ha dejado el citado esquema tradicional muy atrás del contexto tecnológico, económico y social progresivamente vigente⁷³. Todo ello, al paso de las nuevas perspectivas ya imperantes en el seno de la Unión Europea⁷⁴, ha derivado en una nueva política que aborda, entre otros extremos, una configuración jurídica actualizada del régimen de los medios audiovisuales de comunicación social.

No se trata, sin embargo, de un tema sencillo donde todo se mezcla: liberalización de los soportes, nueva conceptualización del servicio público, liberalización de la explotación de las actividades, etc. Como precisan Gómez Reino y Adolfo de Abel, el desarrollo de la convergencia da lugar, por ejemplo a que seis industrias tradicionalmente distintas (equipos de telecomunicaciones, servicios de red, soporte físico informático, soporte informático de explotación, redes de distribución audiovisual, y contenidos audiovisuales) se encuentren actualmente unidas, siendo cada vez más difícil adoptar como válida la clásica segmentación de la industria de las telecomunicaciones en función de la naturaleza de la información transmitida. Aunque, como afirman estos autores, “el soporte común, la asimilación en las infraestructuras, no significa, sin embargo, que esos servicios sean automáticamente asimilables, ni que al reglamentar la prestación de los mismos hayan de ser tenidos en cuenta los mismos intereses públicos”⁷⁵.

Desde esa opción, que no habría dificultades en compartir, conviene dejar en claro una consideración de fondo de carácter general: el régimen de uno u otro medio audiovisual de comunicación social no debería estar predeterminado, ni menos excepcionado respecto del régimen general de tales medios (en cuanto al acceso de su explotación y los contenidos) por razón del tipo de soporte que utilice (este sí tendrá su propio régimen específico), sino tan sólo en lo que resulta adecuado para la correspondiente actividad de difusión audiovisual como tal. La justificación de que deba ser así parece clara, atendiendo además de al principio de neutralidad tecnoló-

72 Nos referimos aquí a un concepto de convergencia limitado a la tecnología que podríamos definir como el resultado de la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares.

73 Así, diversas compañías originariamente de telecomunicaciones ofrecen ya de manera integrada servicios de telefonía, Internet y televisión.

74 COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde sobre la Convergencia de los Sectores de Telecomunicaciones, Medios de Comunicación y Tecnologías de la Información y sobre sus consecuencias para la Reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM(97) 623, versión 3, Bruselas, 1997. CONSEJO DE EUROPA: *Conclusiones del Consejo, de 27 de septiembre de 1999, sobre los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia (en particular los aspectos relativos a los medios de comunicación y el sector audiovisual)*, DO C283, de 6 de octubre de 1999. *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo*, de 25 de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión, DOUE C30, de 2 de febrero de 1999.

75 Gómez- Reino y Carnota, E y De Abel Vilela, F.A. (2004), “Los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual ante el fenómeno de la convergencia tecnológica: algunas reflexiones desde el punto de vista de los receptores de la información”, en Gómez- Reino y Carnota, E., *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*. Valencia: Tirant monografías, pp. 360-361.

gica, a la simple lógica jurídica. Pues si se entiende que el acceso a la explotación de los servicios audiovisuales debe estar presidido por el principio de la libertad todo servicio de comunicación audiovisual debería ajustarse a ese criterio y, a la inversa, si se entiende como necesario un título administrativo habilitante, dicho título debería ser preceptivo en todo caso. Y ello con independencia de que en alguna modalidad difusiva la disponibilidad del soporte requiera un título específico –por ejemplo, el correspondiente para el uso radioeléctrico–, ya que, de ser así, dicho título específico debería ser considerado como añadido y no mixtificado con el propiamente habilitante de la actividad de comunicación audiovisual.

No hay duda del interés de este cambio de paradigma y de su aplicación para el régimen general de los medios audiovisuales (al cabo el tránsito de un modelo publicitado y controlado “ex ante” a un modelo de estricta regulación), y respecto del cual el régimen de Internet bien podría ser su natural anticipo. Dicho tránsito no se ha mostrado en todo caso pacífico, ni en lo conceptual, ni en el plano de la política legislativa. Baste a este último respecto evocar la prolongada latencia de la LGCA, anunciada en 2005 y finalmente aprobada en 2010, en tensión con los intentos hechos por reforzar el viejo modelo de los títulos habilitantes previos⁷⁶.

En definitiva, el desarrollo de Internet como medio de difusión audiovisual –y su régimen– no ha podido menos que incidir en el camino hacia la “despublicatio” general de los medios audiovisuales (e incluso como vía en la que finalmente pueden subsumirse, producto de la convergencia tecnológica, muchos de los medios audiovisuales tradicionales), siendo, por lo demás, elemento demostrativo en términos reales del desfase existente entre el régimen de explotación tradicional de los medios audiovisuales de comunicación social (el de “publicatio” estricta, que sigue siendo hasta hoy mismo el vigente para la radio y la televisión hertziana) y el nuevo régimen liberalizado.

Lo expuesto hasta aquí describe en términos bien significativos el panorama en el que nos encontramos: el ámbito de la radio y la televisión se encuentra sometido a un acelerado desarrollo tecnológico como producto del cual el marco jurídico tradicional de los medios audiovisuales ha entrado en crisis, especialmente en lo que afec-

76 Este fue el caso, por ejemplo, de la enmienda parlamentaria presentada al Proyecto de Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (convertido en Ley 56/2007, de 28 de diciembre). Enmienda 177 al Proyecto de Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, BOCC, Serie A, núm. 134-9, de 19 de septiembre de 2007, presentada por el Grupo parlamentario PSOE.

Conforme a esta enmienda se generalizaba la exigencia de título habilitante para la prestación de todo servicio de difusión de radio y televisión, “cualquiera que fuera la modalidad de difusión”, identificando a su titular como responsable directo de los contenidos ofrecidos y subsidiario cuando se limitara a la mera difusión de canales cuya titularidad correspondieran a un tercero, y considerando infracción muy grave la prestación del servicio sin título habilitante, con independencia del tipo de servicios de comunicaciones electrónicas utilizado para su transmisión. El revuelo suscitado por esta enmienda que podía haber predeterminado el posible cierre no sólo de las emisoras de radio y televisión que emitieran por Internet, sino también de todas aquéllas en situación de alegalidad hasta que no finalizara el plazo para la transición digital, principalmente las locales) dio lugar a su retirada por el Grupo parlamentario proponente.

ta a las posibilidades de explotación y a la titularidad de los mismos⁷⁷, y es objeto de un proceso de cambios constantes que ha dado lugar con la aprobación de las nuevas leyes audiovisuales (la LGCA y la LRTTE) a un rotundo cambio en el régimen general de explotación.

Pues bien, en nuestra opinión y conforme a las consideraciones hechas hasta este momento, atendiendo al régimen general de los medios, a su evolución, a la nueva consideración del servicio público, al desarrollo tecnológico, y la evolución comunitaria acorde con los principios de libre competencia, etc., el único marco jurídico que entendemos consecuente es aquél conforme al cual se reconozca ciertamente la concurrencia de medios de comunicación de titularidad pública y de titularidad privada, sometidos todos a un mismo régimen objetivo sobre el desarrollo del servicio, y que establezca una regulación ordenada sobre la explotación y, sobre todo, sobre el objeto de la comunicación: los contenidos. Todo ello basado en estas claves: a) Previa autorización administrativa del acceso a la explotación de radio y televisión cuando se utilice el dominio público, bastando en el resto de los supuestos con la mera notificación que permita la habilitación automática para el efectivo ejercicio de la actividad; b) Obligación de inscripción registral a efectos de poder identificar a los titulares de los servicios y responsables de los contenidos, de modo que pueda imponerse un régimen sancionador por el incumplimiento de las exigencias generales regulatorias de la explotación. c) Reconocimiento, más allá de la concurrencia de los medios de titularidad pública (creados en virtud de la iniciativa pública en la actividad económica que consagra el art. 128 CE) y sujetos a la libre competencia con los medios de titularidad privada, de una función objetiva de servicio público del audiovisual atribuida a los primeros, pero no impeditiva de que, en su caso, también los medios privados puedan participar en el cumplimiento de dicha misión a través de la imposición a los mismos de las correspondientes obligaciones de servicio público.

2. Las consecuencias de la proyectada Ley General de la Comunicación Audiovisual

A la línea apuntada parece responder en gran medida la LGCA, que tras su aprobación es la norma básica del sector⁷⁸, que se complementa en el ámbito de la radio y televisión pública con la LRTTE.

Según hemos expuesto, con Internet se ha puesto finalmente de manifiesto la obsolescencia de nuestro régimen general del audiovisual, apareciendo el estatuto de Internet, tal y como hemos llegado a integrarlo (liberalización de la red y de la explotación del servicio y regulación de los contenidos) como el paradigma por el que debiera discurrir la regulación del conjunto de los medios, con algunas excepciones pun-

⁷⁷ Vid. los Estatutos de las CCAA y la asunción por éstas de la titularidad de tales servicios de su competencia.

⁷⁸ BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

tuales por razón del uso del dominio público radioeléctrico. Pues bien, éste es el régimen por el que opta nuestro legislador en la LGCA.

La aprobación de la LGCA tiene así como principal consecuencia la homogenización del régimen general de todo el sector audiovisual, incluyendo a todos los medios existentes, por supuesto a Internet así como a las nuevas modalidades de la televisión de movilidad y la televisión de alta definición, y todo bajo un principio general de liberalización de su explotación.

Todo el régimen establecido en la Ley deriva de un criterio de partida similar al que hemos expuesto (y propuesto) en las páginas precedentes: un concepto de los medios de comunicación tecnológicamente neutro que permite la aplicación de la normativa básica del audiovisual a todos los medios independientemente de que para la difusión se utilicen las ondas, el cable, el satélite, Internet, tecnología móvil, etc. Por ello, la Ley tiene por objeto no ya los medios audiovisuales sino los “servicios de comunicación audiovisual”, concepto éste más amplio que acoge “aquellos servicios cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o enseñar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales”. De esa manera incluye como modalidades de comunicación audiovisual: “el servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación” y “el servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación”.

Conforme a este concepto, la difusión de contenidos audiovisuales programados a través de Internet, es decir Internet como medio de comunicación (supuestos 3 y 5 de nuestra clasificación) se sitúa en el mismo plano que los medios tradicionales clásicos, además de incluir el supuesto de difusión por Internet a través de un catálogo de programas volcados, en el mismo sentido que ya lo hace la DSCA, aunque ahora con un alcance mayor al afectar la regulación no sólo a los contenidos sino también al régimen de explotación, como veremos.

Digamos en todo caso que el estatuto jurídico de Internet descrito en las páginas anteriores no sufre grandes modificaciones. Ni en cuanto al régimen de Internet como red, pues no se modifican las previsiones de la LGTel; ni en cuanto a Internet como servicio de la sociedad de la información, pues a pesar de la modificación del anexo de definiciones que comentamos en su momento, sigue siendo aplicable como norma específica necesaria por las diferencias técnicas existentes en el suministro o provisión de contenidos entre Internet y los medios convencionales⁷⁹. Sí cabe resal-

⁷⁹ En el caso de la difusión por Internet se requiere un necesario servicio previo que ofrece el prestador de servicios de la sociedad de la información y que consiste, entre otros, en el acceso a Internet

tar, en todo caso, en el ámbito de la regulación de los contenidos, que las previsiones de la DSCA (analizadas al tratar el régimen de los contenidos audiovisuales difundidos por Internet) se incorporan por esta vía a nuestro derecho interno conforme a las previsiones de la LGCA⁸⁰.

Pero, cabe preguntarse entonces ¿qué supone realmente la aprobación de la LGCA?, Precisamente lo apuntado y defendido hasta aquí: el acotamiento de un mismo régimen para la prestación de todo servicio de comunicación audiovisual. Expresamente el artículo 22 de la Ley dice: “Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos”, siendo necesaria la licencia (apréciese, no concesión) únicamente cuando los servicios se presten mediante ondas hertzianas⁸¹, y basando en el resto de los supuestos con comunicación fehaciente del inicio de la actividad al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (art.47.c y d) y la inscripción en el registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual (art. 33)⁸².

Las citadas obligaciones son responsabilidad del prestador de servicios de comunicación audiovisual (art. 61) que se encuentre establecido en España⁸³, es decir y conforme a la definición dada en la Ley, la persona física o jurídica que tenga el control efectivo sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas (art. 2.1). El incumplimiento de las citadas obli-

y el alojamiento en servidores de los datos, aplicaciones y, junto a ello, en nuestra opinión, el específico servicio de comunicación audiovisual.

80 Disposición final segunda: “Incorporación del derecho de la Unión Europea. Mediante esta Ley se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva”.

81 En este sentido la exigencia de licencia se da tanto para la televisión tradicional por ondas hertzianas como para la llamada televisión en movilidad (art.34 de la LGCA), definida por la Ley como una nueva forma de comunicación audiovisual televisiva que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil. Aunque llama la atención que para la radio en movilidad la Ley no establece ninguna medida específica.

82 Vid. Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se constituye el Registro Estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual (RO 2010/941). Sesión número 18/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de junio de 2010.

83 Se considera que el prestador de servicios de comunicación audiovisual está establecido en España a) cuando tenga su sede central en España y las decisiones editoriales se tomen en España; b) cuando tenga su sede central en España y las decisiones editoriales se tomen en otro Estado miembro de la UE siempre que una parte significativa de su personal trabaje en España, o en España y el otro Estado miembro, o se inició por primera vez la actividad en España y se mantiene un vínculo estable y efectivo con la economía de España; c) cuando su sede central esté en España, las decisiones editoriales se tomen en otro Estado o viceversa y una parte significativa de su personal que realiza actividades de comunicación audiovisual trabaje en España (art.3 LGCA).

gaciones supone una infracción muy grave de acuerdo con las previsiones del artículo 57 de la Ley, lo que conlleva la correspondiente multa por valor de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 100.001 a 500.000 para los radiofónicos (art. 59).

Conforme a lo dicho podemos comprobar como el régimen de explotación de todos los servicios de comunicación audiovisual sigue el criterio de libertad responsable, y tanto la emisión primaria, ya sea por Internet o por las vías convencionales (con excepción en este caso de la emisión por ondas hertzianas), como la emisión secundaria mantienen el principio de la libre prestación. Lo que supone una novedad fundamental en el régimen tradicional de los medios por disminuir considerablemente el control sobre la explotación y una novedad fundamental en el régimen de explotación del servicio a través Internet por establecerse un régimen de control que antes no existía y al que ya nos referimos en líneas anteriores como propuesta de un nuevo marco jurídico del sector audiovisual.

Es igualmente importante precisar que la LGCA atiende de manera clara a las especialidades técnicas de la difusión a través de Internet y establece previsiones específicas por la vinculación entre los servicios de las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual. En este sentido reconoce el derecho del prestador de servicios de comunicación audiovisual de acceder a los servicios de comunicaciones electrónicas para la emisión de canales y catálogo de programas (art.11), así como la obligación de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas de “garantizar el acceso a los prestadores de comunicación audiovisual y productores independientes, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones y las capacidades técnicas de su ancho de banda”, y de “garantizar la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva” (art. 31.1). En cualquier caso y como prevé la ley “los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas podrán serlo también de comunicaciones audiovisuales, estando sometidas a la presente Ley en cuanto prestadores de este servicio” (art. 31.4), en cuyo caso cabe entender que con independencia de las obligaciones a las que estén sujetos conforme a la LSSI y la LGTel como prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas quedan sujetos a las obligaciones que se recogen en la LSCA, entre otras las de notificación previa e inscripción registral.

BIBLIOGRAFÍA

- Barral Viñals, I. (2002), “El derecho de autor en Internet: el caso Napster”. *Societas & Lex*, 7 (abril): 27 y ss.
- Bell Mallen, I., et al. (1992), *Derecho de la información I, sujetos y medios*. Madrid: Collex, p. 367. Corredoira y Alfonso, L.: “Consecuencias de la convergencia. Las “push technologies”, un nuevo modo de difusión” en Corredoira y Alfonso, L., et al. (1999), *Retos jurídicos de la información en Internet: Las libertades de acceso y*

- difusión*. Madrid: Universidad Complutense, Seminario Complutense de telecomunicaciones e información.
- Bouza, M.A. y Castro Marques, M. (2000), "El caso Napster". *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, tomo XXI: 435-450.
- Cebrián Herreros, M. (1995), *Información audiovisual. Concepto, técnica, expresión y aplicaciones*. Madrid. Síntesis.
- Cebrián Herreros, M. (2001), *La radio en la convergencia multimedia*. Barcelona. Gedisa.
- Escobar de la Serna, L. (2001), *Derecho de la información*. Madrid. Dykinson.
- Feijóo González, C. y Pérez Martínez, J. (Coord. GRETEL) (2000), *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Vol. 1*. Madrid: Colegio oficial de Ingenieros de Telecomunicación.
- Franquet, R. (1999), "Comunicar en la sociedad de la información", *Zer*, 7. En línea <<http://www.ehu.es/zer>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).
- Gabino Campos, M.A. y Pestano, J.M. (2004), "La radio digital: análisis de la difusión web" *SDP: Revista electrónica Sala de Prensa*, 63(2). En línea: <<http://www.saladeprensa.org>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).
- García de Enterría, E. y De la Quadra Salcedo, T. (2003), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Gómez- Reino y Carnota, E y De Abel Vilela, F.A. (2004), "Los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual ante el fenómeno de la convergencia tecnológica: algunas reflexiones desde el punto de vista de los receptores de la información", en Gómez- Reino y Carnota, E., *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*. Valencia: Tirant monografías.
- Luzón Fernández, V. (2001), "*La irrupción de Internet en las rutinas productivas de los informativos diarios televisivos*". Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis doctoral. En línea: <http://www.tdx.cesca.es> (consulta: 12 de noviembre de 2009).
- Pérez Chulía, B. (2002), *El régimen jurídico del sector audiovisual y de las telecomunicaciones. Un desafío para Europa*. Granada. Comares.
- Ribes i Guardia, X. (2001), *Las emisoras de radio del Estado español en Internet: los bitcasters*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral. En línea <<http://www.tdx.cesca.es>> (consulta: 12 noviembre de 2009).
- Sanabria Martín, F. (1994), *Información audiovisual. Teoría y técnica de la información radiofónica y televisiva*. Barcelona. Bosch.
- Souvirón Morenilla, J.M.^a (2001), "Convergencia de medios y regulación de Internet en el anteproyecto de Ley de servicios de la Sociedad de la Información", *Revista Autocontrol*, 52.
- Subgrupo de radiodifusión mediante tecnología IP. (xDSL) (2008), *Aspectos relevantes del despliegue de servicios de televisión de alta definición en sistema de radiodifusión mediante tecnologías IP*. Madrid: Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. En línea: <<http://www.televisiondigital.es>> (consulta: 12 de noviembre de 2009).

Recibido: 26 de noviembre de 2009

Aceptado: 9 de julio de 2010