

## PANORÁMICAS



# EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN ITALIA. EL SISTEMA DE RADIO Y TELEVISIÓN: ¿UNA ANOMALÍA EN EL CONTEXTO COMPARADO?<sup>1</sup>

GIORGIA PAVANI

*Profesora Titular de Derecho Público Comparado  
Universidad de Bolonia*

## SUMARIO

- I. Introducción metodológica.
- II. Fundamentos constitucionales del régimen de los medios de comunicación.
- III. El papel de la Corte Constitucional en la construcción del sistema de radio y televisión (la anomalía italiana).
- IV. Independencia de los medios de comunicación. Los pilares del servicio público de radio y televisión y la relación con los partidos políticos.
- V. Regulación y control del sistema de los medios de comunicación.
- VI. Reflexiones sobre la dificultad de distanciarse de un modelo cultural.

## I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

En este artículo se analiza el desarrollo de los medios de comunicación en Italia desde una óptica que tiene en cuenta los modelos culturales consolidados en el tiempo en el área europea.

1 Traducción de Santiago Sánchez González, Profesor de Derecho Constitucional de la UNED.

Se pretende en realidad enmarcar la experiencia italiana en un modelo (el mediterráneo), a fin de explicar algunos fenómenos, cuya interpretación con los solos instrumentos del derecho interno, podría llevar a etiquetarlos precipitadamente como «anómalos». Esta afirmación puede valer para algunos medios de comunicación (por ejemplo, la radiotelevisión, en ciertos aspectos), pero no necesariamente para otros (como la prensa escrita).

El momento actual resulta crucial para el servicio público radiotelevisivo italiano: en menos de un año llegará a su término la convención con la emisora pública RAI. Recientemente, el Gobierno ha presentado un proyecto de ley sobre «el servicio radiotelevisivo, rai radiotelevisión italiana sociedad anónima» para modificar algunos caracteres de la emisora pública y para salir del *impasse* de la reforma inaplicada contenida en la ley 112/2004 (la denominada ley Gaspari, según el nombre del Ministro de las Comunicaciones del Gobierno Berlusconi).

La televisión sigue siendo el medio de gran alcance más utilizado por los usuarios (en el nuestro, como en los países en los cuales Internet tiene una penetración mayor). En Italia «la televisión gratuita mantiene una posición predominante entre las elegidas para obtener información. El 76% de los ciudadanos adquiere información a través de la Tv gratuita; El 44% también mediante los diarios; el 11% también a través de la Tv de pago»<sup>2</sup>.

Asimismo, el sector editorial está sufriendo profundos cambios en el proceso productivo: más y más contenidos se divulgan a través de diversos medios de comunicación, de modo que los editores se están convirtiendo en productos de un «universo narrativo» que contiene información, profundidad, cultura, entretenimiento, contenidos *web*, audio, vídeo<sup>3</sup>.

En el sector de la editorial clásica (marcada, en Italia, por un buen grado de pluralismo y por una contenida concentración del mercado), se registra un declive de la prensa escrita no compensado plenamente por la edición *on line*: frente a una disminución, en los últimos años, de cerca del 20% del facturado en el primer sector, las ventas de los periódicos *on line*<sup>4</sup> se triplican.

Eso a pesar del atraso italiano en las infraestructuras de soporte de la Red (somos los últimos en Europa en la clasificación de la velocidad de la banda), y del acercamiento desconfiado a este instrumento de comunicación (el *digital divide* es evidente en un país en el que Internet está considerado un «pre-requisito» para acceder a una serie de servicios públicos, pero al mismo tiempo, en el que una gran cantidad de población jamás ha navegado).

2 Estos y otros datos están a disposición en el Fascicolo Iter del ddl S. 1880 «Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo», en el Senado de la República.

3 A. Minc, *I dieci giorni che sconvolgeranno il mondo: il futuro che ci attende*, Milano 2010, en particular las p. 44 y ss.

4 En la relación AGCOM del 2013 se lee: «aunque no ha disminuido la necesidad de información, están cambiando los modos de adquirirla: se reduce el consumo de los diarios, pero los portales web de información se utilizan ahora ya por un tercio de los italianos».

Entre los italianos que usan Internet como instrumento de información, ha aumentado notablemente el número de los que se informan a diario a través de la Red (el doble respecto al 2007); sin embargo, la televisión continua superando ampliamente a la Red como canal de información<sup>5</sup>.

Los datos estadísticos ayudan a dar una idea del estado real de realización de la libertad de expresión de un país. Sirven, en el plano externo, para verificar el respeto de las directivas y de las recomendaciones comunitarias y, más en general, per comprobar el grado de ajuste —o, por el contrario, el *gap*— de un país con los estándares paneuropeos que recomiendan independencia y neutralidad de los medios de comunicación. En el plano interno, sirven para comprender el contexto en el que el legislador debe intervenir para regular el sector de la comunicación (decidiendo financiar algunos medios en lugar de otros; adhiriéndose a políticas de regulación supranacional, etc.)

Estos datos confirman, en Italia también, que se está consolidando un sistema 'híbrido' de superposición de fuentes y de medios de información; un sistema en el que los *new media* no excluyen a los tradicionales, sino que se integran entre los mismos. Como sucedió en el pasado, la televisión no ha afectado a la radio; hoy en día la Red no está reduciendo a la nada a los otros medios de comunicación; sino que se pone a su servicio, incidiendo, sin embargo, sobre su regulación.

Si el medio es el mensaje —según la conocida aserción de Marshall McLuhan— estos nuevos medios no sólo se suman a los ya antiguos, sino que rompen también los esquemas clásicos y plantean nuevos interrogantes sobre los límites al control estatal sobre las formas y los medios de comunicación.

Por estos motivos, el jurista se enfrenta a nuevos retos y se ve obligado a ocuparse de un objeto de estudio que, por su naturaleza, sobrepasa los límites de la disciplina y es susceptible de experimentar nuevas aproximaciones (y nuevos desafíos) metodológicos.

Los diversos grados de interacción entre estas ciencias van a depender de la sensibilidad del estudioso; en particular el especialista en análisis comparado puede afrontar estos retos y tratar de manejarse —sobre todo, en el plano metodológico— entre nuevos conocimientos<sup>6</sup>.

5 Los datos de la investigación «Informazione e politica» dell'*Osservatorio Capitale Sociale*, al cuidado de Demos-Coop, del 9 de diciembre 2014 ([www.demos.it](http://www.demos.it).) confirman que la distancia entre los dos últimos medios de comunicación, desde el 2007 a hoy, se ha reducido alrededor de 60 a 30 puntos porcentuales. La radio y, sobre todo, los periódicos de papel se consultan, en cambio, por una cuota de personas mucho más reducida y en continua disminución.

6 Entre los especialistas en derecho comparado, hace tiempo que hay quienes consideran fundamental para los juristas los conocimientos históricos, sociológicos y culturales, relativos a los ordenamientos jurídicos sometidos a examen. Véase, por ejemplo, W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The legal systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. Incluso quienes confirman el enfoque positivista y el análisis realizado por los formantes (N. del T.: Según R. SACCO el formante es la base jurídica sobre la que se desarrolla el ordenamiento jurídico de una sociedad) expresos no ignoran la importancia de los «criptotipos», elementos indispensables para comprender las características de ciertas experiencias

En este sector, en el que la tecnología avanza velozmente, es necesario conocer y emplear datos, informaciones, incluso categorías extrañas a la investigación jurídica. Este conjunto de conocimientos extrajurídicos permite comprobar la actuación concreta de la normativa sobre los medios de comunicación en un país e integrar el análisis jurídico (centrado en el respeto de los principios constitucionales expresos o deducidos por los Tribunales Constitucionales). Además, permite aplicar la experiencia estatal a modelos (culturales) diversos y prescribirla después para la normativa siempre más uniforme y homogeneizante producida por las organizaciones supranacionales.

En esta progresiva invocación de disciplinas y prácticas uniformes (sobre todo por parte de la UE) se corre el riesgo de ignorar las diferencias (de detalles profundos) de los distintos sistemas de comunicación, que reflejan las características de los Estados miembros. Sintetizaba gráficamente Debbasch a finales de los años '60: «Les citoyens ont le droit de la radiodiffusion qu'ils méritent»<sup>7</sup>.

Las (pocas) categorías en uso entre los juristas pueden ser insuficientes: por ejemplo, contraponer el modelo estadounidense de televisión comercial al modelo europeo del servicio público radiotelevisivo, así como analizar la prensa únicamente desde la óptica de las fuentes de financiación y de las concentraciones del mercado, resultaría reduccionista ante el panorama actual de los medios. En concreto, los instrumentos utilizados hasta ahora por los juristas (en el análisis del derecho predominantemente interno o del derecho extranjero focalizado en su algunos temas clave), no permiten escoger un elemento fundamental para comprobar el grado de independencia y de pluralismo de los medios de comunicación: su relación con la política.

Se trata de algo que va más allá del dato normativo, algo que difícilmente se logra embridar en la taxonomía jurídica en posesión del jurista positivista, un factor que, en principio, podríamos definir como «histórico-político-cultural», para poder caracterizar significativamente a un país y, al mismo tiempo, asociarlo a otros, en apariencia, distantes. Lo cual permite interpretar además la disciplina árida y esquemática de las nominaciones de los órganos vértice de las emisoras radiotelevisivas, de las normas deontológicas de la clase periodística, de los límites impuestos a la propiedad de los medios de comunicación, etc. Y explica como normas similares conducen a resultados tan distintos (por ejemplo, por qué, ante normas que permitirían una injerencia penetrante del gobierno, es decir, en la realidad, no se produce, como la experiencia británica de la BBC demuestra siempre).

Tal factor puede comprenderse sólo si se superan las barreras entre las ciencias jurídicas y las 'otras' ciencias y si se toman en consideración los estudios sobre los

y para explicar las desviaciones de los modelos, a veces inexplicables simplemente con los instrumentos jurídicos. Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto Costituzionale Comparato*, Cedam, Padova, 2013. La solicitud redundante de desarrollar la investigación bajo la bandera de la «interdisciplinariedad» muchas veces se transforma en necesidad y lleva al especialista en derecho comparado a asumir un rol de coordinador entre disciplinas.

<sup>7</sup> C. DEBBASCH, *Le droit de la radio et de la télévision*, Puf, Paris, 1969, p. 5.

lazos entre los medios y la política (realizados por politólogos y por sociólogos), no solo como un mero adorno de la investigación comparada, sino como clave de lectura para comprender algunos matices (a veces señales evidentes) del funcionamiento de ciertos sistemas de comunicación. Este enfoque —ya experimentado con éxito por la doctrina en algunos sectores<sup>8</sup>— permite comprender el clima en el que operan los medios y, en lo que respecta en lo concreto a los servicios públicos radio-televisivos, evidenciar algunas formas de circulación de los modelos organizativos que difícilmente se explicarían con el sólo análisis del derecho positivo.

Existe un campo doctrinal descubierto en los años '50 con los estudios sobre la prensa<sup>9</sup> y extendido, decenios después, a la radiotelevisión, que estudia las relaciones entre medios y política, sobre las influencias recíprocas y sobre las causas que diferencian profundamente los medios de comunicación de un país a otro.

El enfoque comparado de estos estudios «hace visible lo invisible» y pone el acento en algunos aspectos del sistema de comunicación que «pueden darse por descontado y que [son] difíciles de individualizar cuando la atención está centrada solo en un caso nacional»<sup>10</sup>.

Una investigación, en particular, se ha valido del método comparado para formular tres modelos de sistemas de información<sup>11</sup>: el Atlántico Norte o Modelo Liberal<sup>12</sup>; el Europeo Central Norte o Modelo Democrático Corporativo<sup>13</sup>; y el Mediterráneo o Modelo Pluralista Polarizado, al que pertenece Italia, junto con España, Portugal, Grecia y Francia<sup>14</sup>.

8 En el derecho público como en el derecho privado: en la ingeniería genética en los estudios sobre el «fin de la vida», a las formas de regulación de los nuevos núcleos familiares, etc.

9 Nos referimos al clásico de F.S. SIEBERT, T. PETERSON, W. SCHRAMM, *Four Theories of the Press: The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility, and Soviet Communist Concepts of What the Press Should Be and Do*, University of Illinois Press, Urbana, 1956.

10 En este sentido se expresan J.G. BLUMLER, M. GUREVITCH, *The Crisis of Public Communication*, Routledge, Londres, 1995, p. 76.

11 Nos referimos al estudio de D.C. HALLIN, P. MANCINI, *Comparing Media Systems. Three Models of Media and Politics*, Cambridge, 2004, en el que otros se han inspirado (es el caso de G. Terzis (ed), *European media governance: national and regional dimensions*, Chicago, 2007, que analiza todos los países europeos, subdividiéndolos en áreas construidas según la clasificación de Hallin y Mancini).

12 Este modelo prevalece en el Reino Unido, en Irlanda, en Norteamérica y se caracteriza por una preponderancia de los *media* comerciales y por la costumbre de razonar siempre en términos de «periodismo anglo-americano». Se da, sin embargo, en este modelo una tremenda disociación entre la radiotelevisión (pública, por excelencia, en el Reino Unido y en Irlanda y comercial en los Estados Unidos) y los otros medios de comunicación.

13 Este modelo prevalece en la Europa continental y se caracteriza por una fuerte cohesión entre los medios de comunicación y las formaciones sociales (sindicatos, organizaciones religiosas, movimientos culturales y políticos). En estos países, la televisión constituye un ejemplo particularmente relevante de lógica del Estado social aplicada a los *media*. Para un análisis completo del modelo véase la obra de D.C. HALLIN, P. MANCINI, *Comparing Media Systems Beyond the Western World*, cit., p. 143 y ss.

14 Este modelo prevalece en los países europeos del área del Mediterráneo (incluida Francia, aunque con frecuencia es tratada como un caso marginal respecto a los otros países), y se caracteriza por una fuerte vinculación entre los *media* y la política y una intervención igualmente notable del Estado en los medios de comunicación (en su mayoría públicos).

El estudio demuestra que las características del sistema político y de la historia socio-política de un país inciden sobre el desarrollo de los *media*, que existe un vínculo entre el sistema político y el sistema de los *media* (cuya intensidad se mide mediante los parámetros utilizados para la clasificación) y, al mismo tiempo, que el sistema de los *media*, a su vez, produce efectos sobre el sistema político<sup>15</sup>.

Estas influencias se advierten particularmente en los países pertenecientes al modelo mediterráneo, en los cuales «los *media* han estado siempre estrechamente implicados en los conflictos políticos que marcaban la historia de la región, y ha existido siempre una poderosa tendencia a considerarlos medios de expresión ideológica y de movilización política». Este modelo se ha caracterizado por una escasa circulación de los periódicos y por una prensa de élite; por un alto nivel de paralelismo político, sobre todo en el sector televisivo<sup>16</sup>; por una considerable intervención del Estado que se manifiesta de diversas maneras (subsidios económicos a la prensa en Italia y en Francia; desregulación acentuada; controles preventivos sobre algunos medios de información).

Por estos motivos, estimamos útil enmarcar la panorámica sobre los medios de comunicación (en concreto la radiotelevisión), que nos proponemos realizar, en el contexto más amplio del modelo mediterráneo antes descrito. Lo cual nos permitirá comprender mejor algunas características históricas de los medios de nuestro país, e interpretar las propuestas recientes de reforma del servicio público radiotelevisivo desde una óptica comparada.

## II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El fundamento constitucional de los medios de comunicación se encuentra en la primera parte de la Constitución, precisamente en el art. 21, que regula la

15 Los modelos se han elaborado tomando en consideración cuatro macro-criterios: el desarrollo del mercado de los *media* con particular atención a la circulación de los periódicos; el llamado «paralelismo político», o sea, la relación entre *media* y partidos políticos, o más en general «el modo y el nivel en el que el sistema de comunicación refleja las principales divisiones políticas existentes en la sociedad»; el desarrollo del periodismo profesional; el grado y la naturaleza de la intervención estatal en el sistema de los *media*. D.C. HALLIN, P. MANCINI, *Comparing Media Systems*, cit., p. 21 y ss. Cada uno de los cuatro criterios constituye de por sí un término de comparación para el que «se puede hablar distintamente de niveles altos o bajos de circulación de la prensa, de paralelismo político, de profesionalidad periodística y de intervención estatal».

16 Como demuestran otros estudios en los que el criterio del paralelismo, individualizado por Hallin e Mancini, está declinado sobre los servicios públicos radiotelevisivos. Dos estudios son especialmente útiles para comprender el fenómeno. El primero, en orden temporal, es de M. KELLY, *Influences on Broadcasting Policies for Election Coverage*, en J.G. BLUMER (bajo la supervisión de), *Communication to Voters: Television in the First European Parliamentary Elections*, Londres, 1983, pp. 65-82, clasifica los países en base al nivel de paralelismo y P. Humphreys, *Mass Media and Media Policy in Western Europe*, Manchester, 1996 que individualiza cuatro modelos de gestión de las políticas públicas: gubernativo, profesional, parlamentario, cívico o corporativo.

libertad de manifestación del pensamiento definida por el Tribunal Constitucional italiano como la «piedra angular del ordenamiento democrático»<sup>17</sup>, y en los arts. 41 y 43 que, en lo particular, han permitido regular la actividad radiotelevisiva.

Una de las principales críticas realizadas al constituyente es la de haber carecido de visión de futuro y de haber adoptado una actitud retrospectiva en la redacción del art. 21, alejada de los textos internacionales<sup>18</sup> y de las Constituciones de otros Estados europeos vigentes en ese momento<sup>19</sup>. Según parte de la doctrina, el constituyente habría «tenido en cuenta las experiencias del pasado, más que las perspectivas de futuro»<sup>20</sup>, regulando solamente el aspecto activo de la libertad de manifestación del pensamiento (y no, también, los perfiles pasivos y reflexivos), y la prensa como único medio de comunicación<sup>21</sup>.

La labor interpretativa del Tribunal Constitucional ha sido, por lo tanto, fundamental para extrapolar del texto constitucional algunos trazos conceptuales formalmente no presentes, como la libertad de informarse y de ser informados<sup>22</sup>, y otros básicos para desarrollar una disciplina de los medios de comunicación distintos de la prensa.

Los principios constitucionales en materia de prensa se inspiran en una visión liberal, tendente a controlar lo menos posible este medio de comunicación, para evitar que se repita lo que sucedió en la época fascista, pero al mismo tiempo dirigida a garantizar el pluralismo informativo externo. Estos se encuentran recogidos en el art. 21: libertad de manifestación del pensamiento con cualquier medio (en consecuencia, apertura también a la forma empresarial de organización de

17 Co. cost., sent. 84/1969 y, entre la doctrina, por todos: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 228, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 48, L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, en *Quaderni costituzionali*, 1987, p. 14.

18 El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, no hace referencia solo al aspecto positivo de la libertad de expresión, sino que contempla también la libertad de «[...] buscar, recibir y difundir informaciones e ideas a través de cualquier medio y sin tener en cuenta las fronteras».

19 Como, por ejemplo, la Ley Fundamental alemana de 1949, la cual en el art. 5, además de la libertad de expresión e información, reconoce los llamados derechos de la comunicación, o sea: la libertad de prensa, de cinematografía y, literalmente, la libertad de información a través de la Radio («die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk»), convertida después en *Rundfunkfreiheit* (libertad de radiotelevisión), gracias a la interpretación del Tribunal Costituzional.

20 L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, en L. PALADIN (bajo la supervisión de), *Libertà di informazione*, Torino, 1979, p. 6.

21 En la Asamblea constituyente fue rechazada la enmienda de Fanfani y Gronchi sobre las «empresas de radiodifusión» para añadir las al art. 21, y tampoco fue mencionada la radio que, durante la época fascista, se había ya consolidado como medio de difusión del pensamiento. Sobre estos puntos nos remitimos a R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e Costituzione*, Milano, 1977, p. 30 y ss., al cap. 2 para las referencias a la radio en la época fascista.

22 Las mismas garantías constitucionales de la libertad de manifestación del pensamiento (en el aspecto activo) se han extendido a la libertad de información, a la libertad de prensa (a partir de las sentencias 25/65 y 18/66), a la libertad de informarse, de ser informado.

la prensa); ausencia de límites preventivos del ejercicio de la libertad de prensa (prohibición de autorizaciones o censuras)<sup>23</sup>, salvo la obligación de registro de las diversas cabeceras ante el Tribunal competente y el aseguramiento de las garantías centrado principalmente sobre la «libertad *de* prensa», más que sobre la libertad *de la* prensa»<sup>24</sup> (reserva de ley y de jurisdicción en los casos de secuestro); transparencia de las fuentes de financiación de la prensa periódica (de modo que se pueda poner en evidencia a los «mantenedores» extra-editoriales). El legislador ordinario ha traducido estos principios en la ley 47/48, que habría debido activar el apartado tercero del art. 21, estableciendo una disciplina orgánica de la prensa. En realidad, el resultado ha sido más limitado respecto a las expectativas, pero ha servido para eliminar los límites principales dejados por el régimen precedente. A diferencia de la radiotelevisión, la prensa ha seguido el esquema privatístico de la empresa privada. La ley 416/81 ha regulado sucesivamente el sector de la edición que, a diferencia de otros países europeos, en Italia no presumía de normativa orgánica alguna. Esta ley, no obstante las diversas modificaciones, constituye la normativa de referencia del sector para las reglas sobre la transparencia y sobre la concentración de la propiedad<sup>25</sup>; sobre la intervención estatal en la edición; sobre las nuevas modalidades de financiación que pasan de predominantemente directas a indirectas, etc.

Sobre este último punto, la situación italiana, no resulta, en sí, anómala respecto a los otros países europeos<sup>26</sup>, donde son frecuentes las formas de mante-

23 Lo tutelado por la Constitución es la prensa entendida como producto de la actividad editorial (del periódico a la hoja volante); la ley 47/48 sobre la prensa define de hecho como impreso «todas las reproducciones tipográficas o de alguna forma obtenidas con medios mecánicos o físico-químicos, de cualquier modo, destinadas a la publicación».

24 Por todos, sobre los orígenes de la distinción entre libertad *de* prensa y libertad *de la* prensa, véase F. SCHIAVETTI, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, *Le libertà civili e politiche*, Firenze 1969, p. 442 y ss.

25 La garantía de la transparencia y del pluralismo está asegurada por la obligación de inscripción de las empresas editoras en el Registro de los operadores de comunicaciones (ROC), que permite conocer las estructuras editoriales y anotar los cambios de propiedad, así como recoger el balance anual de toda sociedad editorial. El Registro estaba inicialmente previsto en la ley 416/81 con un nombre diferente y después pasó a la competencia del AGCOM y de los Co.re.com con la ley 249/1997. Desde la óptica de la convergencia de los medios de comunicación, deben inscribirse en el Registro no ya solamente las empresas editoras, sino también los operadores radiotelevisivos, de las comunicaciones y, después de la ley 62/2001, los operadores de la edición electrónica.

26 La financiación directa estaba prevista respecto de las «empresas de valor singular», cuya lista estaba fijada por ley y las empresas editoriales que publican diarios o periódicos considerados como «órganos o periódicos de fuerzas políticas» con al menos dos parlamentarios elegidos (con estas financiaciones se cubría hasta el 70% de los costes mantenidos por los órganos o periódicos de fuerzas políticas). Véase en clave histórico-reconstructiva la aportación de R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, I parte, in *Dir. inform. informatica*, 1988, p. 517 y ss.). La crisis económico-financiera de los últimos años ha afectado también a este sector; el decreto ley 201/2011, convertido con modificaciones en la ley 214/2011, pone fin al primer tipo de financiación para la gestión del 2013. La fase de transición ha planteado algunos problemas; así las cosas se aprobó el decreto ley 63/2012, convertido en la ley 103/2012, para disciplinar el acceso a las financiaciones directas solo en algunas situaciones concretas. Las financiaciones directas van siendo sustituidas por las de tipo indirecto que consisten, p.ej., en

nimiento de las empresas editoriales, de forma más penetrante en algunos países, pertenecientes al modelo mediterráneo (p.ej. Francia, el Estado que gasta siempre más para financiar a los propios *media*, distribuye ayudas directas, como las facilidades en las tarifas de transporte ferroviario de los diarios, o formas de sostenimiento para la modernización de las redes de venta y ayudas indirectas, como cuotas impositivas reducidas) y menos en otros o solo de algunos tipos (el Reino Unido ha optado por las ayudas indirectas; en los países federales o regionales como Alemania y España las contribuciones se corresponden con el nivel de descentralización) de los *Länder* o de las Comunidades Autónomas. En una encuesta realizada sobre los sistemas de financiación pública de la edición en seis países resulta que Italia, en comparación con Francia, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos, es el penúltimo como dotación pública global al sostenimiento de la prensa (así como de la televisión pública), y el último en cuanto a gastos *pro capite* (43 euro)<sup>27</sup>. El caso italiano destaca un poco de los otros países en relación a la concentración de la propiedad de las empresas editoras, sobre todo después de la reciente adquisición de una parte del grupo RCS por parte del grupo Mondadori<sup>28</sup>.

Al contrario de la prensa, la radiotelevisión no aparece mencionada en el art. 21; los principios constitucionales se han extraído vía interpretativa por la Corte Costituzionale, en una serie de sentencias con las que la Corte ha acogido las razones que en todas partes han justificado la regulación de este medio de comunicación (exigencia de un título habilitativo para desarrollar la actividad radiotelevisiva, admisión de formas de control preventivo sobre algunas transmisiones, respeto del pluralismo interno y externo, de las cuales daremos cuenta en más adelante).

Sólo algunos signos van dirigidos a Internet, un medio de comunicación que difícilmente se presta a la regulación por parte de un solo Estado. En espera de una convergencia, en el ámbito internacional, sobre algunos temas clave en la

la reducción de las tarifas telefónicas, de los transportes, de los envíos postales, o en las facilidades de pago fiscales (en el momento en que redactamos este texto, el impuesto sobre los e-books ha bajado del 22% al 4%, como para los libros de papel. La línea política del actual Gobierno sigue orientada aún hacia la financiación de las editoriales, aunque se ha reafirmado la voluntad de superar las formas precedentes de financiación y de «incentivar las inversiones en las empresas editoriales, también de nueva constitución, orientadas hacia la innovación tecnológica y digital, al acceso de jóvenes profesionales cualificados en el campo de los nuevos media», y a «apoyar las re-estructuraciones de las empresas y los amortizadores sociales». Este es el objetivo del Fondo extraordinario para las intervenciones de apoyo a la tarea editorial puesto a disposición del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio de la ley de estabilidad para el año 2014 (ley 147/2013). En este sentido va el proyecto de ley A.C. n.º 1990, presentado el 23 de enero de 2014, dirigido a derogar numerosas disposiciones relativas a la financiación de la labor editorial, presentado el 17 de julio de 2014, la VII Commissione della Camera dei deputati.

27 Véase el estudio *Ten Years that Shook the Media*, bajo la supervisión de R. KLEIS NIELSEN, del *Reuters Institute for the Study of Journalism* de la Universidad de Oxford, 2012.

28 En octubre de este año, el grupo italiano Mondadori, que pertenece a la familia Berlusconi y está presidido por Marina Berlusconi, anunció la compra de RCS libros por 127,5 millones de euros, por lo que controlará el 35 por ciento del mercado editorial y se convertirá en la mayor editorial del país.

utilización de la red, algunos Estados han codificado el derecho de acceder a Internet en las Constituciones (Estonia, Grecia, Ecuador); otros han reconocido a través de la jurisprudencia el carácter instrumental para el ejercicio pleno de la fundamental libertad de expresión (el Conseil Constitutionnel en Francia); la mayoría tutela el derecho mediante la legislación ordinaria. A diferencia de los otros medios de comunicación, para los cuales se recurre a una interpretación deductiva del texto constitucional para extender siempre más la regulación partiendo de una libertad fundamental constitucionalizada, para la Red, por el contrario, asistimos a una labor de inducción posibilitada por una ampliación del modelado jurisprudencial (verdadero «creador» derechos tales como el derecho a la confidencialidad, derecho al olvido,...), a una codificación vía legislativa que, en algunos casos, ha llevado a intentos de reforma de la Constitución en una parte (la dedicada a los derechos) que, notoriamente no se modifica, al menos en la experiencia de la Europa continental.

En Italia, el legislador ordinario ha regulado algunas formas de utilización de la Red aplicada a actividades ya disciplinadas en la forma tradicional (p.ej. la ya mencionada edición online) y algunos tipos delictivos nuevos o ampliados del uso de la Red (los delitos informáticos, la pedofilia en la Red, etc.).

Aumenta, también en Italia, el debate sobre la configuración del acceso a Internet como derecho fundamental<sup>29</sup>. Según la doctrina se trata de un derecho propedéutico y preliminar al ejercicio por vía informatizada de una serie de derechos y de deberes constitucionales codificados (de la emisión de certificados por parte de los entes públicos a varias formas de participación, hasta al cumplimiento de las obligaciones como contribuyentes).

Una de las voces más autorizadas de la doctrina dedicada a estos temas ha propuesto modificar la Constitución añadiendo un art. 21bis dedicado a esta faceta de la libertad de expresión<sup>30</sup>.

También en el ámbito institucional existe interés sobre el uso de Internet: la Presidente de la Cámara de los Diputados ha constituido recientemente un grupo de estudio para la redacción de una «Carta de Internet» que se someterá al Gobierno para que la proponga, a su vez, en las sedes internacionales<sup>31</sup>.

29 Destacamos dos obras recientes: T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2015 e O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (bajo la supervisión de), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Paper No. 2013-12 patrocinado por la Università Luigi Bocconi de Milán y por la Rules Research Unit Law and Economics Studies, disponible online, que recoge, principalmente, las comunicaciones presentadas en el Congreso «Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali», celebrado el 14 de diciembre de 2012, en la Università commerciale «Luigi Bocconi» de Milán.

30 El ex Presidente de la Autoridad garante para la protección de los datos personales, el jurista Stefano Rodotà, en el 2010 ha propuesto insertar un artículo añadido para reforzar y expandir los principios constitucionales relativos a la igualdad y la libre construcción de la personalidad. La propuesta inicial se encuentra en el diario online *Articolo21.info* (<http://archivio.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet-.html>).

31 La Presidente Laura Boldrini el 28 julio 2014 constituyó en la Cámara de los Diputados una Comisión de estudio para la redacción de los principios y de las líneas directrices en asuntos de garantías, derechos

Otro aspecto incide sobre el fundamento constitucional de la libertad de expresión: el tipo de Estado (descentralizado o centralizado) que se refleja (o, mejor, debería reflejarse) también sobre la disciplina de los medios de comunicación. En Italia, hasta la reforma constitucional de 2001, de hecho, la competencia legislativa en materia de comunicación pertenecía al legislador estatal. La ley constitucional 3/2001 ha rediseñado —al menos sobre el texto— el regionalismo italiano, potenciando la competencia legislativa de las Regiones en un vasto número de materias. Entre ellas, la materia «ordenamiento de la comunicación» ha pasado de la competencia exclusiva del legislador estatal a la competencia concurrente del Estado y las Regiones, en virtud de la cual el Estado adopta las leyes marco sobre las materias válidas para todo el territorio y las Regiones, las leyes de ejecución (art. 117, comma 3 Cost.). Esta opción está en línea con la jurisprudencia constitucional en materia de información que, desde los años '90, había permitido una apertura de los poderes de las Regiones, en ausencia de una norma explícita que les atribuyera una competencia específica en el sector de la comunicación<sup>32</sup>.

Esta transferencia de competencias ha suscitado un debate en el seno de la doctrina, en primer lugar sobre la posibilidad de incluir en esta materia todos los ámbitos de la comunicación (que si resulta pacífico en lo referente a las telecomunicaciones y a la radiotelevisión, algunos han planteado dudas sobre el sector editorial, correos, el cine y el teatro, la comunicación política y pública)<sup>33</sup>; en segundo lugar, por parte de la doctrina, la naturaleza «de red» del sistema de las comunicaciones se prestaría mal a un «marco de regulación diferenciado en el interior del territorio nacional», sino que por el contrario requeriría la «salvaguarda de los perfiles unitarios» subyacentes en el ordenamiento de la comunica-

y deberes para la utilización de Internet, formada por 10 parlamentarios y 13 técnicos, y presidida por Stefano Rodotà. En octubre del 2014 se hizo público un borrador con 14 artículos, sobre el que se ha abierto una consulta pública (de éxito un poco incierto, porque se han presentado un centenar de aportaciones). El texto se redactará, teniendo en cuenta las sugerencias realizadas por la sociedad civil a la RAI y se remitirá al Gobierno para que lo proponga en sede internacional.

32 En una fase inicial, la Corte costituzionale ha negado la posibilidad de intervención por parte de las Regiones (cfr. sents. 46/61, 94/77, 206 e 207/85), luego ha cambiado de orientación con la sent. 348/90, en la que ha considerado como no contraria a la Constitución una ley de la Región del Piemonte, con la que se anotaban las intervenciones económicas a favor de empresas locales que trabajaban el sector de la información periodística. La Corte ha afirmado que la información no puede ser considerada solo una materia, sino una «condición preliminar para la realización a todos los niveles, central o local, de la forma propia de Estado democrático». Un resumen de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales de la época P. COSTANZO, voz *Informazione nel diritto costituzionale*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, 1993, Torino, Utet, p. 368 y ss.

33 De la doctrina véase al menos: A. VALASTRO, *Il futuro dei diritti fondamentali in materia i comunicazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di P. Barile*, Cedam, 2003, p. 865 y ss.; E. CARLONI, «L'ordinamento della comunicazione alla luce della legislazione regionale (2001-2005)», en *Le Regioni* n.º 5/2005, p. 785 y ss.; ID., «L'ordinamento della comunicazione dopo la (ed alla luce della) riforma del Titolo v della Parte II della Costituzione», en *Dir. Pubbl.* n.º 3/2002, p. 1001 y ss.; A. PACE, «L'ordinamento della comunicazione», en *Dir. Pubbl.* n.º 3/2004, p. 939 y ss.

ción<sup>34</sup>. En este sentido se ha manifestado la Corte constitucional en los años sucesivos a la revisión del Título V, identificando uno a uno los rasgos unitarios que afectan a la materia de las comunicaciones y que exigen una intervención (garantista) del legislador estatal<sup>35</sup>, sin excluir la competencia de la ley regional sobre determinados aspectos. No han faltado, por otro lado, las iniciativas legislativas dirigidas a conservar la materia del ordenamiento de la comunicación entre las competencias exclusivas del Estado<sup>36</sup>. Las Regiones no se han opuesto a este clima institucional poco propenso a incentivar su potestad legislativa y, de hecho, no la han ejercido<sup>37</sup>.

A la descentralización político-institucional corresponde, de un lado, un sistema radiotelevisivo que cuenta con un elevadísimo número de canales locales privados (sobre todo radiofónicos, que ha caracterizado siempre a nuestro país<sup>38</sup>) y de otro, una debilísima regionalización del servicio público radiotelevisivo, lo que, en la opinión de quien esto escribe, representa una violación del principio del pluralismo (en su aplicación vertical) y una falsa aplicación de la normativa del sector (en la que se mencionan la descentralización, la tutela de las minorías, etc. entre los principios fundamentales).

En los ordenamientos descentralizados (incluidos aquellos con más larga tradición federal), todo aquello que «toca» los derechos y libertades tiende a ser atraído a la esfera del poder central (federal) para evitar el riesgo de una excesiva diferenciación de los derechos. Además, en los países pertenecientes a la Unión

34 R. ZACCARIA et al, *L'«ordinamento della comunicazione» fra Stato e regioni*, in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo: normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, 2004, p. 271 y ss.

35 La Corte costituzionale ha reconocido al Estado la posibilidad de intervenir en materia de «regulación de las comunicaciones» ante la presencia de «intereses nacionales relevantes, subyacentes, en las competencias territoriales [...] como los que afectan a la distribución de la energía y al desarrollo de los sistemas de comunicaciones» (sent. 307/03), para la tutela del ambiente (sent. 307/03), y la tutela de la concurrencia para garantizar una «eficiente red de infraestructuras de comunicación electrónica, [para el] desarrollo económico del país y la competencia de las empresas» (sent. 336/05); la Corte ha confirmado esta última orientación algunos años después cuando ha reconocido la legitimidad del plan estratégico de realización de la banda ancha y ultra-ancha (incluso entrando en la materia de las comunicaciones, esta intervención estructural por parte del Estado se fundamenta en la «exigencia de ejercicio unitario de la función administrativa correspondiente a la adopción de un programa estratégico y, consecuentemente, en su reglamentación», sent. 163/12). También el principio del pluralismo informativo ha hecho de volante de la centralización de los poderes frente al legislador estatal, en el momento en que la Corte ha salvado la normativa estatal sobre la distribución de las contribuciones para la adquisición de decodificadores para la recepción de las señales televisivas mediante técnica digital terrestre (sent. 151/05).

36 En el curso de la XIV, de la XV y de la XVI legislatura se han presentado iniciativas en tal sentido, pero ninguna ha prosperado. Para una panorámica eficaz hasta el 2008 remitimos a E. ALBANESI, *L'ordinamento della comunicazione verso un «ritorno» alla potestà esclusiva dello Stato?* in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (bajo la supervisión de), *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, p. 39 y ss.

37 In dottrina: P. CARETTI, *Dieci anni dopo. Più o meno autonomia?* in *Le Regioni*, 2011, p. 572.

38 Sobre una reconstrucción de la realidad televisiva local v. A. GRASSO, *La TV del sommerso. Viaggio nell'Italia delle TV locali*, Milano, 2006.

Europea, una buena parte de la materia de las comunicaciones recae en la esfera supranacional, acentuando el trato uniforme de la regulación.

Teniendo en cuenta que los sectores en los que operan los medios de comunicación afectan a la regulación del mercado y a la tutela de los derechos de determinadas categorías de sujetos-usuarios, se justifica la tendencia a atraer a la esfera superior la intervención, incluso donde la materia de la ordenación de las comunicaciones «se transfiere» de la competencia del poder central a la compartida entre centro y periferia, como ha sucedido en Italia.

Sin embargo, en el panorama europeo, en los Estados federales, como Alemania, Bélgica, Suiza, hay correspondencia entre el contenido normativo (la materia de la comunicación y de competencia de los entes territoriales o, a lo más, repartida con el Estado central) y la organización descentralizada del servicio radiotelevisivo. Incluso en un país con fuerte regionalismo como España, no obstante algunas tentativas de supresión de la autonomía regional por parte del legislador estatal, algunas Comunidades autónomas han adquirido la competencia en materia de comunicación y han disciplinado los propios emisores públicos.

La correspondencia entre ordenación descentralizada y competencia en la materia no es siempre lineal. Si utilizáramos como criterio principal, en un intento de clasificación, la distribución de la competencia legislativa (o mejor, la cantidad de materias repartidas entre el Estado central y las Regiones), en una hipotética escala de nivel de descentralización en cuya cúspide se situó a Alemania y en el último peldaño al Reino Unido (pasando por Bélgica, Austria, España e Italia), aun tendríamos que esforzarnos mucho para encontrar una perfecta correspondencia entre el grado de descentralización que caracteriza a cada país y la sistematización de la materia de las comunicaciones.

En Italia, esta correspondencia no existe y, después de más de una década de la reforma constitucional del 2001, no hay signos de un intento serio de regionalizar el sector radiotelevisivo, si bien algo cambiará cuando finalice el tránsito de la técnica analógica a la digital, momento en el que se atribuirán a las Regiones las competencias administrativas relativas a la expedición de los títulos habilitadores<sup>39</sup>.

### III. EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE RADIO Y TELEVISIÓN (LA ANOMALÍA ITALIANA)

De todos es conocido que la televisión ha dividido a los teóricos contraponiéndoles en dos grandes corrientes: los sostenedores de la liberalización del mer-

39 Arts. 12 y 18 del T.U.

cado y los de la regulación<sup>40</sup>. Los primeros, a favor del desarrollo de la competencia y de la autorregulación del mercado, se identificaban en el modelo estadounidense; los segundos consideraban necesaria la intervención estatal para garantizar el funcionamiento del nuevo medio de comunicación y se identificaban con el modelo europeo.

Italia se encuentra claramente inserta en el segundo modelo: la radio en primer lugar y la televisión después nacen en forma de monopolio estatal, cuya legitimidad ha sido confirmada en varias ocasiones por la Corte constitucional<sup>41</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha sido fundamental para extraer del art. 21 de la Constitución una serie de rasgos de la libertad de manifestación del pensamiento no expresamente contemplados en el texto; además, ha sido importante en la construcción de un verdadero y propio sistema radiotelevisivo. La Corte no se ha limitado a corregir parte de la normativa contraria a aquellos principios fundamentales que ella misma ha contribuido a interpretar del tejido constitucional, sino que ha desempeñado un papel en parte supletorio del legislador ordinario. Ante el silencio del constituyente, la obra reconstructora de la Corte constitucional parece en línea con las otras experiencias europeas cuyas Constituciones fueron adoptadas antes de que la radiotelevisión se consolidase como el medio de comunicación más poderoso<sup>42</sup>. Lo que ha diferenciado al caso italiano ha sido la ausencia manifiesta (y no el simple retraso) del legislador, al que se había confiado la tarea de garantizar y realizar el ejercicio de la libertad de manifestación del pensamiento mediante el instrumento radiotelevisivo. El legislador no se ha limitado a seguir al desarrollo tecnológico —como sucede con frecuencia con las tentativas de adecuar la normativa a la rápida evolución de los *media*—, sino que ha dejado de manera reiterada a la Corte constitucional la carga de llenar los vacíos normativos. La Corte ha cumplido, con una serie de sentencias aditivas, manipulativas, de principio, etc., que han afectado bien el aspecto organizativo, bien al de la actividad y de la *mission* de la radiotelevisión; en ambos, la Corte ha

40 En este estudio damos por conocidas las corrientes ideológicas y doctrinales que han llevado a los autores de diferentes materias a sostener o rechazar la idea de un Estado regulador en el sector radiotelevisivo, contraponiendo este medio de comunicación a la prensa. Son suficientes menciones de las obras clásicas pero actuales en su impostación: E. BARENDT, *Broadcasting Law: a Comparative Study*, cit., para las referencias a la regulación en el sector radiotelevisivo; W. HOFFMANN-RIEM, *Regulating Media. The licensing and supervision of broadcasting in six countries*, New York, 1996 para un estudio de las soluciones adoptadas en diferentes sistemas europeos y anglosajones; M.E. PRICE, *Television, the Public Sphere, and National Identity*, Oxford, 1995; T. GIBBONS, *Regulating The Media*, Sweet and Maxwell, London, 1998; D. GOLDBERG, T. PROSSER, S. VERHULST, *Regulating the Changing Media. A Comparative Study*, Oxford, 1998.

41 El monopolio nace con la concesión en el año 1924 del servicio radiofónico, en régimen de licencia exclusiva, al la Unione Radiofonica Italiana (URI), que en el 1927 se transforma en EIAR (Ente italiano audizioni radiofoniche) y mantiene la concesión exclusiva de trasmisión durante 25 años.

42 La construcción de la «libertad de radiotelevisión» obra del Tribunal constitucional alemán es un ejemplo asombroso del papel de la jurisprudencia constitucional. Sobre el tema remitimos al estudio detallado de M.<sup>a</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, *La libertad de la Televisión. El modelo alemán*, Barcelona, 1998.

aplicado una serie de principios ya elaborados por otros medios de comunicación y ha concretado otros expresamente referidos a la televisión<sup>43</sup>.

La historia del sistema radiotelevisivo italiano es, por lo tanto, la historia de una continua carrera entre la Corte constitucional y legislador ordinario para comprender un fenómeno —el duopolio de derecho y de facto— que siempre ha traspasado la naturaleza económica, franqueando los límites de las relaciones políticas de casi medio siglo a esta parte y que, más que peculiar, ha sido definido por los estudiosos como anómalo.

En el proceso interpretativo del texto constitucional, la corriente doctrinal ha acompañado a la jurisprudencial suministrando una aportación relevante en la solución de algunos problemas cruciales relativos a la naturaleza, a la actividad, y al fundamento constitucional de la radiotelevisión<sup>44</sup>.

En lo que respecta a los dos primeros aspectos (la naturaleza del medio radiotelevisivo y la actividad que el mismo permite realizar), la Corte ha acogido la posición de la doctrina según la cual el art. 21 Const. comprendería la libertad de difundir, reproducir y divulgar el pensamiento con todos los medios de comunicación<sup>45</sup>.

El paso ulterior se refiere al uso de ese instrumento particular y, por lo tanto, al fundamento constitucional del ejercicio de la actividad radiotelevisiva. ¿Hasta que punto —se ha preguntado— tal ejercicio puede entenderse comprendido en el art. 21? ¿Que tipo de derecho se configura respecto a la actividad radiotelevisiva: un verdadero y propio derecho de libertad incluido en el art. 21, o un derecho funcional, para la realización de otro derecho social? La Corte constitucional italiana, a semejanza de otros Tribunales, ha excluido que la creación de canales radiotelevisivos se encuentre dentro del marco de las facultades que derivan directamente de la libertad de expresión<sup>46</sup>. Se trata de actividades cuyo funda-

43 Una síntesis puntual de los principios elaborados por la Corte se encuentra en R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 7.<sup>a</sup> ed., Padova, 2010, p. 49 y ss., a donde remitimos al lector.

44 De hecho la doctrina se preguntado sobre el significado que debe atribuirse al medio radiotelevisivo, si debe entenderse como instrumento de manifestación o también de divulgación del pensamiento, dos aspectos vistos por Barile como una «endíadis», dos caras de la misma medalla: P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 6 y ss.

45 Cfr. sentt. 59/1960 e 105/1972. En este sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina italiana: V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà di informazione»*, in *Il politico*, 1964, p. 297; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 27; L. PALADIN, *Libertà di pensiero*, cit., pp. 17 e 21 y, aún más S. FOIS, que extiende la interpretación hasta un derecho de utilización de los medios de difusión del pensamiento: S. FOIS, *La libertà di diffusione del pensiero e monopolio televisivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, p. 1127.

46 De la sent. 105/1972 de conformidad hasta la 112/1993. La Corte, en el ámbito de los principios elaborados expresamente por el medio radiotelevisivo, ha intervenido más veces para recordar el respeto de la igualdad en el acceso al medio. Igualmente en otros Tribunales constitucionales, y en línea con el art. 10 della CEDU, la Corte ha confirmado la constitucionalidad (y la necesidad) de un título habilitante (pasando de la «autorización vinculada» en la sent. 202/1976 al régimen de concesión en la sent. 112/1993, luego revisado en la sent. 155/2002).

mento constitucional se busca también en las normas que protegen la iniciativa económica y, específicamente, en el art. 41 Const.<sup>47</sup>.

La particular naturaleza y la dificultad de acceso a la radiotelevisión han llevado a la Corte constitucional a precisar que la libertad de información (en el doble aspecto activo y pasivo), no comprende «el derecho a disponer de todos los medios» (sent. 105/1972), no obstante las palabras del primer apartado del art. 21<sup>48</sup>.

Compete, por lo tanto, al legislador regular la actividad radiotelevisiva, ponderando los valores constitucionales contenidos en los arts. 21 y 41 de la Const. (además del 43, justificativo de la opción inicial del monopolio público). A él le está confiada la realización de las condiciones para garantizar el ejercicio del derecho de información mediante la empresa radiotelevisiva: si el legislador proporciona la posibilidad de utilizar el medio, tal posibilidad debe entenderse como una «libre utilización en condiciones de igualdad»<sup>49</sup>.

Pero, hay que decir en principio que la Corte constitucional a veces ha debido desempeñar una tarea para-legislativa y se ha dejado guiar por un principio cardinal del sistema democrático, que ha aplicado para resolver las cuestiones relativas bien a los aspectos organizativos de la radiotelevisión, bien a aquellos inherentes a la verdadera y propia actividad. Se trata del principio del pluralismo, faro de la disciplina en materia de radiotelevisión y condición indispensable para la realización de la libertad de información, declinado en el interior (apertura, potencial, a todas las fuerzas sociales y las diversas tendencias políticas y culturales del país), en el exterior (apertura al mayor número de operadores de la información de tal modo que el ciudadano pueda conocer las noticias de más voces y pueda hacerse una opinión prestando oídos a orientaciones diversas)<sup>50</sup>, y sustancial (tal pluralismo debe ser asegurado también a las fuerzas políticas en los momentos delicados de las contiendas electorales).

47 Se ha hablado de «derecho transversal», según la definición de F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1995, p. 75 y ss.

De modo crítico, y en contradicción respecto a la doctrina mayoritaria italiana, V. Zeno-Zencovich sostiene con firmeza que «[la libertad de manifestación del pensamiento] es atribuida a los individuos a fin de que puedan expresar plenamente la propia personalidad, no a sujetos empresariales cuya finalidad primera es el [...] logro de una utilidad económica. Las empresas de comunicación de masas no son titulares de la libertad de manifestación del pensamiento más que una empresa de transporte de personas lo es de la libertad de circulación»: cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Libertà di espressione*, Bologna, 2004, p. 45 y ss. Y el reenvío a la literatura extranjera sobre la apelación —instrumental— que las empresas de comunicación hacen de la libertad de manifestación del pensamiento.

48 Pero como recuerda A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 430 «no tenemos un verdadero y propio derecho al uso del medio, ni tampoco si nos referimos a la disponibilidad de la hoja de papel mediante la cual queremos manifestar nuestro pensamiento [...] [pero] está garantizado el derecho de libre manifestación con los medios de los que se tenga la disponibilidad jurídica».

49 Cfr. V. CRISAFULLI, *Problematica*, cit., p. 297 (en este sentido, también P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 8).

50 Véanse, en particular, las sentencias 112/1993 e 466/2002.

Esto ha sucedido desde cuando la radiotelevisión estaba en régimen de monopolio público mediante una serie de indicaciones que el legislador ha recogido solo al cabo de años<sup>51</sup>. Ya en la primera sentencia sobre el monopolio «se percibe inmediatamente el papel decisivo que la Corte asumirá [en la] difícil tarea de redefinición de las directrices de una disciplina del medio radiotelevisivo, que esté en sintonía con los nuevos principios constitucionales» (sent. 59/1960)<sup>52</sup>.

En aquella sentencia de la Corte, «invoca[ndo] un argumento de tono rooseveltiano»<sup>53</sup>, no se limita, solamente, a un juicio de compatibilidad entre una de las posibles formas organizativas —no la única, como se precisa en la sentencia— y la garantía de la libertad de manifestación del pensamiento. La sentencia justifica el monopolio público sobre la base de la escasez de frecuencias, del peligro de formación de un oligopolio privado, pero comienza las primeras *advertencias* al legislador (sobre la necesidad de extender el acceso a los medios a los diversos sectores de la sociedad, y sobre el desplazamiento del Gobierno al Parlamento de la actividad de orientación y de control de la concesionaria pública). Tales *indicaciones* serán desoídas durante más de una década, y serán necesarias otras intervenciones de la Corte para remover el debate parlamentario sobre la reforma de la regulación del monopolio radiotelevisivo.

Frente a la inercia del legislador y al vacío normativo sobre la planificación de las frecuencias, complice la recuperación económica y el progreso tecnológico de los años '70, se produce el fenómeno de la ocupación de facto de las frecuencias por parte de las emisoras locales<sup>54</sup>.

La Corte, poniendo en discusión una vez más la regulación del aspecto organizativo, no pierde la ocasión para volver a confirmar las advertencias expresadas en 1960 y para hacer otras que deduce del tejido constitucional<sup>55</sup>. En la sent. 225/1974 la Corte establece una serie de «instrucciones» que el legislador traduce en la ley 103/1975, con la cual estructura el sistema radiotelevisivo usando la

51 El sistema televisivo italiano se desarrolla un poco más tarde que en otros países europeos a causa de la recesión económica y social de la postguerra (la primera transmisión de la televisión pública comenzó a las 11.00 horas del domingo 3 de enero de 1954). La ya mencionada concesionaria pública radiofónica EIAR en 1944 se transforma en RAI (Radio audizioni italia) y en el 1952 se convierte en la RAI-Radiotelevisione italiana y obtiene la concesión en exclusiva para las transmisiones radiofónicas y televisivas.

52 P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2009, p. 114.

53 Puesto que se justificaba el régimen sobre la base del «carácter «naturalmente» monopolístico de las difusiones radiotelevisivas que, una vez liberalizadas habría inevitablemente llevado a [...] la constitución de oligopolios en las manos de empresarios privados»: así A. REPOSO, *Profili istituzionali della organizzazione radiotelevisiva*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2/1980, p. 282.

54 En 1971 comienzan las transmisiones de Tele Biella, el primer canal televisivo por cable, que opera sobre la base de la nueva tecnología de transmisión, pero sin un marco normativo de referencia.

55 En 1974, con las sentt. 225 e 226, la Corte no justifica ya el monopolio público *tout court* y abre a los particulares con limitaciones la (re)transmisión de programas de canales extranjeros y a los servicios radiotelevisivos por cable a nivel local.

categoría del servicio público esencial, basado sobre una serie de principios fundamentales, como la independencia, la objetividad y la apertura cultural<sup>56</sup>.

La intervención del legislador resulta, sin embargo, decididamente tardía, teniendo en cuenta la situación de facto creada con las emisoras privadas: un grupo empresarial destaca sobre los otros; en pocos años sus redes llegan a cubrir un tercio de la audiencia televisiva nacional<sup>57</sup>.

Poco después en la sentencia del 1974, la Corte se pronuncia sobre la ilegitimidad del monopolio de los servicios radiotelevisivos a escala local<sup>58</sup>.

Los años '70 transcurren, por lo tanto, entre la conquista salvaje de las frecuencias por parte de los particulares, las advertencias de la Corte al legislador para que ponga fin a tal situación, la tardía intervención de este último y, finalmente, una sentencia de la Corte que reconoce la situación y amenaza al legislador con declarar inconstitucional la normativa en vigor porque atenta contra el principio del pluralismo. En la sent. 826/1988 se afirma que «el pluralismo en el ámbito nacional no podría en ningún caso considerarse realizado por la concurrencia entre un polo público y un polo privado que esté representado por un único sujeto y/o que de todas formas ostenta una posición dominante en el sector privado».

Este largo periodo, conocido con el nombre del «caos del éter» dura hasta la ley 223/1990 (llamada ley Mammi), por la que se «Disciplina el sistema radiotelevisivo público y privado», con la cual se establece una normativa de base del sistema radiotelevisivo (público y privado) que, en esencia, refleja la realidad y legitima el duopolio legislativo Fininvest-Rai y recoge las indicaciones de la Directiva 89/552 «Televisión sin fronteras».

56 Una de las instrucciones más importante emanada del legislador versaba precisamente sobre el desplazamiento del Gobierno al Parlamento de la actividad de orientación y control de la concesionaria pública que, con la L. 103/1975, se confía a una Comisión parlamentaria especial (v. §V.2). De este modo, el legislador ha respondido a una petición de garantía de pluralismo interno preconizada por la Corte, pero ha creado un órgano que no puede presumir de independencia del poder político, puesto que está formado por parlamentarios.

57 La noticia es conocida: Silvio Berlusconi crea en 1980 la red Canale 5 y propone en todo el territorio nacional la misma programación mediante la explotación de la técnica de la interconexión funcional (o sea transmitiendo en lugares distintos del territorio —por consiguiente, en recipientes limitados— el mismo programa a la misma hora). Algunas opciones estratégicas de programación televisiva (la 'soap opera' Dallas y el Mundialito de 1980) consagran el network, permiten en pocos años la adquisición de otros canales (Italia 1 y Rete 4), tener la cobertura del Gobierno en funciones (En 1984 el Presidente del Consejo Bettino Craxi firmará dos decretos-leyes —el primero de los cuales se verá bloqueado en el Parlamento, el segundo se convertirá en la ley 10/1985— para permitir al grupo empresarial mantener el control de los tres canales televisivos) y poner en marcha un proceso de concentración que conducirá al conocido duopolio Mediaset-Rai.

58 En la sent. 202/1976 se desmontarán las bases sobre las cuales se había asentado hasta ese momento el sistema radiotelevisivo italiano (o sea, sobre el régimen monopolístico público justificado no tanto por las razones técnicas en sí de la limitación del medio, sino en tanto estrechamente relacionadas con la función social que desempeñaba en la vida democrática del país). La Corte rompe esta relación y admite un sistema mixto público-privado, partiendo del aumento objetivo de la disponibilidad de transmisión, pero —otra anomalía— abierto solo a las emisoras que transmiten a nivel local.

El principio del pluralismo lleva a la Corte a dictar sentencias siempre más de detalle, como la 420/1994, en la cual indica un umbral porcentual que permita asegurar el pluralismo radiotelevisivo en relación con el número de redes nacionales<sup>59</sup>, y la 466/2002, donde fija una fecha cierta para poner fin al periodo transitorio sancionado por ley 249/1997 (denominada ley Maccanico) —«Instituciones de la Autoridad para la garantía en las comunicaciones y normas sobre los sistemas de telecomunicaciones y radiotelevisivo»<sup>60</sup>.

En ambos casos, indicando porcentajes y fijando fechas, la Corte *sanciona* al legislador, pero con sentencias aditivas le indica el camino que debe seguir, declinando el principio pluralista a la luz de las exigencias de la regulación antitrust.

Siempre movida por el respeto del pluralismo, la Corte extiende al medio radiotelevisivo otros principios elaborados anteriormente para la prensa, como la transparencia de las fuentes de financiación<sup>61</sup> y la regla de la *par condicio* en las campañas electorales<sup>62</sup>.

59 Con la sentencia 420/1990 la Corte declara inconstitucional el mecanismo de la ley 223/1990 sobre la concentración en materia radiotelevisiva (art. 15, p. 4), que fijaba en el 25% el límite de las concesiones, aunque, establecía un máximo de no más de tres (concesiones) para cada sujeto. Tal límite es considerado «inidóneo e inadecuado» a la luz de las nuevas redes privadas nacionales previstas en la misma Ley (para la Corte «umbral insuperable de ingreso que mantiene fuera de la categoría de los concesionarios privados cualquier canal ulterior no situado en el escalafón»); tal umbral resulta no apto porque reforzaría las posiciones dominantes ya existentes en el sistema e impediría la apertura a nuevos sujetos, violando así el pluralismo exigido en varias ocasiones. La Corte, realmente, demanda al legislador «que se mueva en la dirección de frenar las posiciones dominantes ya existentes, así como ampliar, incluso gradualmente la realización concreta del valor del pluralismo» y lo hace específicamente indicándole como punto de comparación la regulación anti-concentración prevista para la prensa escrita, que es más rigurosa (20%) que la de la televisión (y, según la Corte, el mayor laxismo en la concentración de la propiedad de las radiotelevisiónes es irracional). La ponderación de los valores del pluralismo y la libertad económica y de empresa (proyectada para lograr una dimensión óptima en el mercado radiotelevisivo) propende, por tanto, todavía, a favor del primero.

60 A continuación de la sent. 420/1994 el legislador pone remedio solo en parte al problema de la concentración señalado por la Corte. La Ley 249/1997 establece una nueva disciplina sobre las posiciones dominantes, pero contiene también una norma que permite a los operadores que superan el límite de concentración continuar transitoriamente (hasta el paso definitivo al satélite o vía cable de la programación excedente) por un periodo no precisado, sino reenviado a una decisión de la neonata Autorità para la garantía de las comunicaciones (AGCOM), que tardará mucho en pronunciarse. Ante esta incertidumbre del periodo transitorio, consciente de no haber seguido las directrices señaladas por la Corte en la sent. 420/1994, el legislador, con la L. 66/2001, fija un plazo (poco optimista: diciembre del 2006) para el paso definitivo de la técnica analógica a la digital, a fin de conseguir la ampliación de los «espacios» para la programación y redefinir así las bases del cálculo para el umbral de la anticoncentración. Señala después, la fecha del 31 de diciembre de 2002 para la aprobación en el ámbito nacional de la asignación de las frecuencias en digital (PNAF) por parte de la AGCOM. La Corte interviene para sancionar todavía otra vez la técnica de la prórroga/reenvío *sine die* declarando inconstitucional el art. 3, p. 7 de la Ley Maccanico «en la parte en la que no se prevé la fijación de un término final cierto y no prorrogable, que de todos modos no sobrepase el 31 de diciembre del 2003». El término es así fijado por la Corte.

61 Principio que la Corte deduce del art. 21 y extiende todavía más a la radiotelevisión (sent. 826/1988).

62 Disciplina que la Corte extrae de la reconstrucción del principio del pluralismo en el aspecto interno (espec. la sent. 420/1994) y, más en detalle, pone en práctica en las decisiones sobre la propaganda (sent. 161/1995).

El principio del pluralismo informativo es defendido también por el Presidente de la República Carlo Azeglio Ciampi en 2003, cuando remite al Parlamento la ley sobre las «Normas de principio en materia de disposición del sistema radiotelevisivo y de la Rai-Radiotelevisione italiana S.p.A., así como de delegación en el Gobierno para la elaboración del Texto único de la radiotelevisión», aprobada por el Parlamento en diciembre del 2003 a la vista del vencimiento del término establecido por la Corte constitucional para el traspaso de las redes excedentes por satélite o por cable (vid. *supra*). El Presidente invita al Parlamento a respetar las indicaciones proporcionadas por la Corte en el curso de los años y a aplicarlas al nuevo escenario tecnológico de las transmisiones via digital. Ante la urgencia, el Gobierno Berlusconi aprueba un decreto ley para que finalice el período transitorio y envía a la Autoridad garante el examen de toda la oferta televisiva a fin de calcular los porcentajes y las cuotas necesarias para aplicar la disciplina antitrust.

Pocos meses después, a continuación de un iter legislativo particularmente cargado e intenso, ve la luz la ley 112/2004 (denominada ley Gasparri, del nombre del Ministro de las comunicaciones del Gobierno Berlusconi)<sup>63</sup> que, todavía hoy constituye la base del sistema radiotelevisivo italiano. La ley 112/2004 se incorpora (sin variaciones) al Texto Único de la radiotelevisión (d.l. 177/2005) —después denominado «de los Servicios de los medios audiovisuales y radiofónicos»— que en la actualidad es la referencia normativa principal en materia de radiotelevisión (visto el fracaso de la iniciativa legislativa propuesta por el Gobierno de centro izquierda en el 2006).

### 1. Una tentativa (fracasada) de ruptura del duopolio. El caso «Europa 7»

La peripecia del canal Europa 7 se ha convertido en el *case study* por antonomasia que permite comprender todos los aspectos de la anomalía del sistema radiotelevisivo italiano: el duopolio de facto, y luego de derecho, compartido por un solo grupo empresarial y la concesionaria del servicio público; la demora del legislador y la elección de legitimar posiciones adquiridas en lugar de innovar el panorama radiotelevisivo; el incumplimiento de la (entonces neo-nata) Autoridad independiente para las comunicaciones; la conexión entre el instrumento televisivo y la clase política.

El evento ha discurrido por varias instancias judiciales: iniciado en el 1999 y concluido con la sentencia del Tribunal Europeo de derechos del hombre de Strasburgo en el 2012, con la que se condena a Italia a pagar 10 millones de euros

<sup>63</sup> La ley fue aprobada con 142 votos a favor, 91 en contra y 1 abstención; ha superado seis remisiones entre la Cámara y el Senado (en Italia no existe un órgano de resolución de los conflictos entre las dos Cámaras) durante los cuales se han presentado otras 14.000 enmiendas.

de indemnización por los daños materiales y morales (además de 100 mil euros de gastos legales) por violación de los arts. 10 y 14 de la CEDU.

Durante este periodo, la sociedad «Centro Europa 7», aun habiendo obtenido de las autoridades italianas el título habilitante para transmitir en territorio italiano por tres frecuencias, pudo hacerlo solo en el 2009 por una sola frecuencia porque, de hecho, las frecuencias estaban ocupadas y —en espera de la intervención del legislador— las normas transitorias permitían la prolongación del uso de la frecuencia por los canales ya existentes (los sujetos del duopolio). Cuando se liberaron las frecuencias, el panorama radiotelevisivo había cambiado profundamente: la difusión del digital terrestre había convertido en prácticamente inútil el esfuerzo para adquirir las tres frecuencias que (solo formalmente) habían sido asignadas en el lejano año de 1999.

Procederemos ahora a sintetizar todo el episodio, mostrando los pronunciamientos del juez administrativo italiano, del Tribunal de Justicia de la UE, de la Corte constitucional (aunque indirectamente) y, finalmente, de la *Grand Chambre* del Tribunal de Strasburgo.

#### a) *La anomalía*

La sociedad «Centro Europa 7» participa en el procedimiento para la adjudicación de las frecuencias (ex art. 3, c. 2 de la ley 249/1997) y, mediante la orden ministerial del 28 de julio de 1999, obtiene una concesión para la radiodifusión televisiva en el ámbito nacional, que la autoriza a instalar y gestionar una red analógica nacional con una cobertura del '80 por ciento del territorio nacional. Sin embargo. Las frecuencias no están materialmente disponibles porque el plan nacional de asignación de las radiofrecuencias (adoptado por la AGCOM el 30 de octubre de 1998) no sería ejecutado, a causa de la prolongada aplicación del régimen transitorio ex art. 3, subpárrafos 6 y 7, de la misma ley n.º 249 del año 1997. Este régimen transitorio permitía a la Rai y a Mediaset continuar transmitiendo por los tres respectivos canales, aunque un canal por cabeza debería haber pasado al satélite o al digital.

#### b) *Los incumplidores*

La AGCOM tarda muchos años en establecer el plazo para el paso de las redes excedentes de Mediaset y de la Rai; el legislador (no obstante la intervención sustitutoria de la Corte constitucional con la sent. 446/2002) interviene solo en 2004, con la ley 112/2004 (denominada. «ley Gasparri»), redefiniendo completamente los límites a las concentraciones de las redes televisivas y estableciendo una nueva disciplina de todo el sistema radiotelevisivo. La sociedad «Centro Europa 7» denuncia la demora al Ministerio de las Comunicaciones en 1999, pero

este se niega a conceder las frecuencias que (formalmente) ya habían sido asignadas a la emisora televisiva. Asimismo la Comisión europea inicia un procedimiento por infracción (n. 2005/5086) contra Italia por la falta de cumplimiento de la legislación en materia radiotelevisiva de las prescripciones comunitarias. El Parlamento aprueba una ley en el 2008<sup>64</sup>.

c) *Los recursos*

El «Centro Europa 7» se dirige en varias ocasiones al juez administrativo.

Con un primer recurso, impugna la nota con la que el Ministerio se niega a conceder la frecuencia. El 16 de septiembre de 2004 el T.A.R. (Tribunal Administrativo Regional) de la región del Lazio admite el recurso y ordena al Ministerio que adjudique las frecuencias o revoque la concesión; la sentencia es confirmada el 31 de mayo de 2008 por el Consejo de Estado<sup>65</sup>.

En un segundo recurso, en el año 2003, la sociedad «Centro Europa 7» reclama al T.A.R. del Lazio, además del reconocimiento de su derecho a obtenerla asignación de las frecuencias, la indemnización por el daño sufrido por no haber entregado las mismas. El 16 de septiembre de 2004, el T.A.R. declara en parte inadmisibles y en parte infundado el recurso. En la apelación, el 19 de abril de 2005, el Consejo de Estado, apunta que el no haber asignado las radiofrecuencias era debido, esencialmente, a una sucesión de procedimientos legislativos (desde el art. 3, p. 7 de la ley 240/1997 hasta la ley 112/2004), alguno de los cuales adoptado en contraste con la sent. 446/2002 de la Corte constitucional y decide plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la UE. Se demanda al Tribunal un pronunciamiento respecto a la conformidad de tal situación con el art. 10 de la CEDU (con arreglo al art. 6 del Tratado de la Unión), con las normas del Tratado en materia de libre prestación de servicios y de competencia, así como, en la medida que resulte aplicable *ratione temporis*, con las previsiones del grupo de directivas CE del 2002 sobre las comunicaciones electrónicas<sup>66</sup>. A continuación de la decisión de la Corte, el Consejo de Estado, con decisiones del 31 de mayo de 2008, aun reafirmando que no puede sustituir al Gobierno en la asignación directa de las frecuencias, confirma la obligación de la administración de cumplimentar la demanda de asignación de las frecuencias

<sup>64</sup> Según la comisión, la ley Gasparri alimenta un conflicto potencial con las obligaciones comunitarias sobre la competencia, desde el momento en el que restringe el suministro de servicios de transmisión y concede ventajas a los operadores analógicos ya existentes. También sobre este punto la ley Gasparri insiste en establecer una disciplina ad hoc para quien operar ya en el sector radiotelevisivo. Con la ley para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias 101/2008 el Parlamento trata de poner remedio al procedimiento de infracción.

<sup>65</sup> Respectivamente T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 2004 n.º 9325 y Cons. Stato, sez. VI, 31 mayo de 2008 n.º 2624.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. VI, 19 julio de 2005 n.º 3846.

formulada en su momento por la recurrente, respetando los criterios señalados por el Tribunal de Justicia, y reconoce la obligación de resarcir los daños a la sociedad<sup>67</sup>. Así, el Ministerio adjudica al Centro Europa 7 un canal televisivo nacional a partir del 30 de junio del 2009, cerca de 10 años después de la liberación de la concesión.

d) *Las enseñanzas de los Tribunales supranacionales*

Con la sentencia del 31 de enero de 2008 el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la cuestión prejudicial y afirma la incompatibilidad con el derecho comunitario de la situación creada en Italia en relación con el problema de la distribución de las frecuencias para la actividad radiotelevisiva<sup>68</sup>. El Tribunal de Justicia evita pronunciarse sobre la cuestión relativa al art. 10 CEDU. Esta tarea corresponde al Tribunal Europeo de derechos humanos, instado por «Centro Europa 7» mediante un recurso presentado el 16 de julio del 2009, inicialmente adjudicado a la segunda sección, que el 30 de noviembre de 2010, decide remitirla a la *Grand Chambre* a los efectos del art. 30 CEDU.

La sociedad sostiene que la fallida concesión de las frecuencias habría implicado una violación de derechos garantizados en la CEDU, violación jamás comprobada ni resarcida por la autoridad italiana; en concreto deplora la conculcación de las siguientes normas: art. 10, sobre la libertad de expresión; art. 14, que prohíbe las discriminaciones en el disfrute de los derechos garantizados por la Convención, en relación con el art. 10; art. 6.1 en materia de proceso justo y, finalmente, art. 1 del protocolo adicional, sobre la protección de la propiedad.

En su decisión, el Tribunal admite el recurso al comprobar la violación del art. 10 de la CEDU y del art. 1 del Protocolo, al tiempo que se admiten las censuras relativas al art. 14 sustancialmente asimiladas a la violación constatada del art. 10, y las relativas al art. 6.1, en parte asimiladas, en parte manifiestamente infundadas.

El Tribunal ha recordado después que incumbe en primer lugar a la autoridad nacional corregir toda reclamación de violación de la Convención.

Respecto a la demanda por violación del art. 10 CEDU (libertad de expresión), el Tribunal ha recapitulado los principios generales establecidos en su ju-

67 Cons. Stato, sez. VI, 20 enero de 2009 n.º 242, por la cual condena el Ministerio a entregar al recurrente la suma de 1.041.418 euros (la petición de la recurrente era de otros dos mil millones de euros).

68 Tribunal de Justicia UE, sent. 31 enero de 2008, Causa C-380/05, *Centro Europa 7*. El Tribunal dispone que las normas de la directiva «marco» (art. 9, par. 1), de la directiva «autorizaciones» (art. 5, par. 1 e 2, y art. 7, par. 3) y de la «directiva concurrencia» (art. 4), «se oponen, en materia de radiodifusión televisiva, a una legislación nacional cuya aplicación conduzca a que un operador titular de una concesión se encuentre en la imposibilidad de transmitir ante la falta de frecuencias de transmisión asignadas sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales».

risprudencia en lo que hace al pluralismo de los medios de comunicación audiovisual. Como ha hecho notar con frecuencia, «no puede haber democracia sin pluralismo, ya que la democracia vive de la libertad de expresión». La libertad de expresión, tal y como se garantiza en el art. 10 CEDU constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones fundamentales para su progreso, y los medios audiovisuales, como la radio y la televisión, desempeñan un papel particularmente importante en este sentido, y por su poder para transmitir a través de ellos mensajes sonidos e imágenes, estos medios de comunicación producen unos efectos más inmediatos y poderosos que los impresos.

En el caso de autos, el Tribunal ha considerado que la negativa a conceder una licencia de transmisión constituye una interferencia en el ejercicio del derecho garantizado por el art. 10 de la Convención. La fallida asignación de las frecuencias a la sociedad recurrente ha privado a la licencia de todo alcance práctico, ya que aun cuando la actividad fuera autorizada, resulta «de facto» imposible de desarrollar durante casi diez años. Lo que constituiría un obstáculo sustancial y, por lo tanto, una injerencia en la libertad de expresión; por estos motivos se admite que se ha producido la violación del art. 10 CEDU.

La sentencia ha dispuesto que el Estado italiano deberá pagar a la sociedad recurrente, dentro de tres meses, 10.000.000 € (diez millones de euros), más las eventuales tasas que pudieran recaer, a título de daños patrimoniales y no patrimoniales; además deberá satisfacer, dentro de tres meses, 100.000 euros (cien mil euros) por las costas y los gastos a los que ha tenido que hacer frente.

#### IV. INDEPENDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. LOS PILARES DEL SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN Y LA RELACIÓN CON LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Pluralismo e independencia son los dos principios cardinales sobre los que se construye el sistema de comunicaciones de un Estado moderno; en particular, el pluralismo, en su proyección interna (pluralismo de voces e independencia de las mayorías políticas de turno) entra en los estándares paneuropeos exigidos a los sistemas radiotelevisivos públicos. Más de una vez se ha llamado la atención a Italia a propósito de esos estándares y, más de una vez, se ha demorado en su cumplimiento<sup>69</sup>.

69 Existe una Resolución dirigida al Gobierno italiano en al que se denuncian los profundos cambios respecto a las indicaciones realizadas por el Consejo de Europa en el curso de los años (*Résolution 1387 (2004) Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie*) y, concretamente, en Italia, de la libertad de expresión y de información (2003/2237(INI), adoptada el 22 de abril de 2004. La última Recomendación (2012) 1 «On public service media governance», adoptada por el Consejo de Ministros del Con-

Estos principios deberían guiar al legislador al diseñar la organización de los emisores públicos y de su misión.

Sobre el primer punto, particularmente delicada resulta la formación del órgano del vértice del servicio público, su nombramiento, duración, requisitos subjetivos demandados a sus miembros, etc.

En el panorama europeo se percibe la tendencia a asignar el poder de nominación al Parlamento, raramente en exclusiva, y más frecuentemente, junto a otros sujetos institucionales (en concreto el Gobierno y la Autoridad Independiente). Eso debería garantizar la participación de las minorías y una neutralidad mayor en la elección de la persona destinada a dirigir las emisoras públicas.

No obstante, si no se contextualizan tales datos en un escenario más amplio, como la atmósfera político-institucional de un país, se corre el riesgo de suministrar una visión limitada (y a veces errónea) de la *governance* de los emisores públicos y de la interferencia de la política en su actividad.

Como se ha indicado anteriormente, Italia pertenece al modelo mediterráneo y, en lo que respecta específicamente al servicio público radiotelevisivo, presenta las características del modelo parlamentario. Los rasgos que caracterizan este modelo se perciben en la relación entre la política y el emisor público. En la literatura extranjera sobre los sistemas radiotelevisivos, el término (sin traducir) «*lottizzazione*» aparece constantemente en las páginas dedicadas a Italia para indicar aquella práctica de reparto-asignación de las posiciones clave del emisor público RAI por obra de los partidos políticos. Tal práctica está estrechamente relacionada con la historia política del país, vinculada al número elevado de partidos políticos y a la anomalía reproducida en la creación de una Comisión parlamentaria que designa a los miembros del órgano de la cima y, al tiempo, de igual modo, debe controlar lo realizado por ellos.

La historia política italiana se ha reflejado en las relaciones entre los partidos y la radiotelevisión pública, en particular en las diversas composiciones del Consejo de Administración (CdA) de la RAI y sobre los nombramientos de los Presidentes y del Director general, patrimonio del Gobierno desde la posguerra a los años '70. La forma de gobierno parlamentario, junto a un sistema electoral de naturaleza proporcional y a un panorama político cubierto de más partidos representados en el Parlamento (y presentes en número elevado también en el Gobierno, entre los cuales destacaba la Democracia Cristiana) ha llevado al reparto de los tres canales de la Rai «*influenciados*» respectivamente por la DC misma (RAI 1); por el Partido socialista (RAI 2) y por el Partido comunista (RAI 3).

Con la L. 103/1975, al igual que otros países, se ha querido cambiar la orientación y el control sobre emisión pública desde el Gobierno al Parlamento, a fin

sejo de Europa el 15 de febrero de 2012, constituye un documento importante para orientarse en el nuevo contexto multimedia en el que operan, hoy, los servicios públicos radiotelevisivos.

de extender a las minorías las opciones estratégicas relativas al medio radiotelevisivo. La Comisión parlamentaria bicameral para la orientación general y la vigilancia de los servicios radiotelevisivos (llamada Comisión de Vigilancia RAI), instituida basándose en las indicaciones de la Corte costituzionale, perseguía justo esa finalidad. Sin embargo, la notable influencia política y cultural (además de religiosa) sobre la RAI continúa siendo constante en el sistema italiano<sup>70</sup>. Aún las modificaciones (sustanciales) de la forma de gobierno producidas por el tránsito de un sistema electoral proporcional a uno prevalentemente mayoritario (por el que los partidos se han visto obligados a agruparse en dos polos: centro-derecha centro-izquierda, llevando a una estabilidad de gobierno prácticamente desconocida hasta ese momento), han cambiado solo los equilibrios en el interior de la Comisión, pero no la práctica del reparto. Así, con el actual sistema electoral que es proporcional solo en la forma, muchas fuerzas políticas permanecen fuera del Parlamento y, en consecuencia, también del servicio público radiotelevisivo. Como revelan los sociólogos de la comunicación, la participación de las fuerzas políticas (en abstracto todas las fuerzas políticas) es una forma de realización del pluralismo. En este momento, por el contrario, continúa la práctica del reparto, y el pluralismo se concentra en las fuerzas que componen la mayoría de gobierno. Si el Gobierno luego está ampliamente de acuerdo, las escasas oposiciones parlamentarias permanecen totalmente fuera.

Las reglas actuales sobre la composición del CdA de la RAI y sobre el nombramiento del Director general disciplinan una situación *in progress*, aferrada a la promoción del procedimiento de privatización del ente mismo, bien lejos de concluir.

El art. 49 del Texto Único de los servicios de *media* audiovisuales y radiofónicos establece antes de nada que hasta el 6 de mayo de 2016 la concesión del servicio público general radiotelevisivo se encomienda a la RAI-Radiotelevisione italiana Spa, a la que se aplica la normativa general de la sociedad anónima, salvo

70 Los factores político y cultural-religioso (católico) se han insertado en el desarrollo del sistema de partidos italiano y se han reflejado indirectamente sobre la RAI, bien en el plano estructural-organizativo (la influencia de la DC se atenúa, pero desaparece, con el paso del nombramiento gubernativo al parlamentario de la Comisión de Vigilancia RAI; así, la disolución del partido político ha implicado solamente una distribución del complejo católico en varias corrientes en el interior de nuevos o viejos partidos), bien en el sustancial de los contenidos de la programación (establecidos por los Directores de los canales, sujetos a la mencionada práctica de la 'lottizzazione'). De paso, hay que recordar que entre los principios generales de la normativa de base del sistema radiotelevisivo italiano, aplicable a todos los operadores —públicos y privados—, aparece «la apertura a las opiniones y tendencias políticas diversas, sociales, culturales y religiosas» (art. 3 T.U.); mientras, entre los deberes del servicio público radiotelevisivo se encuentra la garantía del acceso a la programación «dentro de los límites y según la modalidad indicados en la ley, a favor de los partidos y de los grupos representados en el Parlamento y en las asambleas y Consejos regionales, de las organizaciones asociativas de las autonomías locales, de los sindicatos nacionales, de las confesiones religiosas, de los movimientos políticos, de los entes y de las asociaciones políticas y culturales, de las asociaciones nacionales del movimiento cooperativo jurídicamente reconocidas, de las asociaciones de promoción social inscritas en los registros nacionales y regionales, de los grupos étnicos y lingüísticos y de los otros grupos de interés social relevante que los soliciten» (art. 45 T.U.).

en lo que se prevea de forma distinta en el T.U. Sobre el papel, los 9 miembros del CdA son nombrados por la Asamblea; el Presidente del CdA es nombrado por el Consejo entre sus miembros y su designación es efectiva después de la obtención del parecer favorable, manifestado por una mayoría de 2/3 de sus componentes, de la Comisión de Vigilancia RAI; el Director general es nombrado por el CdA, de acuerdo con la Asamblea; su mandato tiene la misma duración que la del Consejo.

Sin embargo, tal nueva disposición organizativa está subordinada a la privatización plena de la RAI, que discurrirá por varias etapas (unidas a la progresiva cesión del capital), cada una de las cuales prevé un sistema de nombramientos distinto.

Actualmente (y hasta la venta del 10% del capital social), los componentes del CdA son elegidos por la Comisión de Vigilancia RAI (7 miembros, por mayoría) y por el Ministro de economía (2, entre los cuales el Presidente, previo consenso de los 2/3 de la Comisión). Una vez privatizado el 10% del capital, el CdA será elegido partiendo de la lista de la Sociedad anónima, pero hasta que el Estado mantenga las acciones, tal lista será formada por la Comisión y por el Ministerio de economía, y presentada por este último. El último Cda ha sido nombrado el pasado mes de agosto según la normativa originaria contenida en la Ley Gasparri: es decir, después de 11 años no ha empezado la privatización disciplinada por esa Ley.

En este clima de vuelta al pasado (recibido en el T.U., pero diseñado antes todavía de la ley Gasparri del 2004) se esconde una anomalía específicamente italiana, conocida como «conflicto de intereses», que ha caracterizado a Italia durante casi veinte años<sup>71</sup>. Si bien tal argumento se conecta más con la concentración de los medios de comunicación que a la independencia de los órganos del PSB, en Italia la cuestión se confunde. Lo que destaca es la coincidencia de intereses económicos y funciones gubernativas que no encuentra semejanza en el panorama comparado.

El inmovilismo de estos años parece que está dejando paso a una propuesta de reorganización del servicio público radiotelevisivo, teniendo en cuenta

71 El acontecimiento es conocido: en la misma persona (Silvio Berlusconi), en el periodo de casi veinte años de manera no continuada, se han sumado el cargo de Presidente del Consejo de Ministros y la condición de propietario del coloso televisivo privado más importante que opera en Italia. La situación de conflicto de intereses es objeto de regulación bien en el derecho privado, bien en el público. En particular, la disciplina publicística lleva a considerar algunas situaciones incompatibles con los cargos públicos y, a veces, las mismas condiciones pueden configurar causas de inelegibilidad. Ya desde la primera candidatura de Silvio Berlusconi en 1994, parte de la doctrina constitucionalista italiana había previsto una situación de inelegibilidad, como tal verificable por la Junta Electoral (en particular, A. Pace). Silvio Berlusconi, condenado a 4 años por fraude fiscal, desprovisto del cargo de senador a fines 2013 a renglón seguido de la aplicación de la ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190 «Disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la administración pública», y seguirá siendo inelegible durante 6 años contados a partir de la fecha de la sentencia definitiva.

también la aparente decadencia de la concesión a la RAI. En este sentido puede interpretarse el diseño de la ley AS. 1880 «Reforma de la RAI y del servicio radiotelevisivo, de iniciativa gubernamental, presentado al Senado el 20 de abril de 2015 y aprobado el 31 de julio del mismo año<sup>72</sup>.

Como se lee en la presentación, «el diseño de la ley interviene de modo incisivo en reformar la ordenación de la *governance* de la RAI, con el doble objetivo de hacerla al mismo tiempo más eficiente y más autónoma del condicionamiento político, a fin de acentuar la función social de servicio público». Entre los aspectos más relevantes, señalamos:

- la sustracción a la Comisión de Vigilancia RAI de las tareas que interfieren en la gestión de la sociedad y de su *governance*.
- el nombramiento por parte del Gobierno de solo dos miembros del consejo de administración.
- prórroga de la duración de los contratos de servicio de tres a cinco años.
- la reducción de los componentes del consejo de administración de nueve a siete miembros, de los cuales dos elegidos por la Cámara de Diputados, dos por el Senado de la República, dos de nombramiento gubernativo, designados por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Finanzas, uno designado por la asamblea de los dependientes. Los consejeros son revocables previa deliberación de la asamblea luego del informe favorable de la Comisión parlamentaria para la orientación general y la vigilancia de los servicios radiotelevisivos.
- la introducción de la figura del administrador delegado (en lugar del Director general), que no puede ser dependiente de la RAI y es nombrado por el consejo de administración a propuesta de la asamblea. La Comisión de Vigilancia RAI continuará desempeñando las funciones de orientación general y de vigilancia sobre los servicios públicos radiotelevisivos, tal y como han sido redefinidos por el diseño de la ley. La nueva *governance* se aplicará hasta tanto no se enajene más del 10% del capital de la RAI Spa.
- la delegación en el Gobierno para que adopte, dentro de los doce meses desde la fecha de entrada en vigor de la ley, uno o más decretos legislativos para la regulación del sistema de financiación pública de la RAI Spa. El decreto se adoptará a propuesta del Ministro de Desarrollo Económico y de acuerdo con el Ministro de Economía y Finanzas, una vez oído el parecer de las Comisiones parlamentarias competentes.

<sup>72</sup> Disponible en la dirección siguiente: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchede-DDL/ebook/45552.pdf>

La necesidad de una revisión de la normativa al respecto sentida hace tiempo, a la luz de la ineficacia del actual sistema de recaudación y de la peculiaridad de la naturaleza impositiva del mismo.

El proyecto de ley sometido al examen del Senado, apenas presentado, ha sufrido ya una parada en su tramitación, como puede leerse en el dossier del Servicio del presupuesto del Senado; el proyecto de ley en algunos párrafos clave se limita a una «mera enunciación de los ámbitos temáticos que deben abordarse», sin indicar «de modo explícito procedimientos o estrategias que deban ponerse en marcha» para lograr los objetivos declarados. Ni la relación técnica que lo acompaña «presenta datos en relación con los parámetros relevantes» para la evaluación de la eficacia efectiva del procedimiento.

En particular, han sido confirmadas las delegaciones «en blanco» que confían en el ejecutivo la futura disciplina de la financiación pública y de la reordenación normativa del servicio público<sup>73</sup>.

## V. REGULACIÓN Y CONTROL DEL SISTEMA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En este momento, en Italia, las instituciones involucradas en los temas de la regulación y control de los medios de comunicación son: la ya mencionada Comisión parlamentaria para la orientación general y la vigilancia de los servicios radiotelevisivos y la Autoridad para la garantía de las comunicaciones (AGCOM).

La institución de una Autoridad garante para las comunicaciones está en línea con la opción realizada por otros Estados, dentro y fuera de los confines de la Unión Europea, mientras que la Comisión parlamentaria representa un *unicum* en el panorama comparado.

### 1. La Comisión de Vigilancia de la RAI

La «Comisión de Vigilancia de la RAI» es de una Comisión parlamentaria bicameral (o sea formada por miembros de la Cámara de los Diputados y miembros del Senado de la República), instituida con la ya citada ley 103/1975 por la que se establecen «Nuevas normas en materia de difusión radiofónica y televisiva», modificada, últimamente, por la ley 112/2004. Está compuesta de 40 miembros designados paritariamente por los Presidentes de la Cámara de los Diputados y del Senado entre los representantes de todos los grupos parlamentarios (a

<sup>73</sup> De la misma opinión es parte de la doctrina, en particular, v. la audición ante las Comisiones reunidas VII y IX de las Cámaras de los Diputados del Dr. Roberto Zaccaria, ex Presidente de la RAI, del 29 de septiembre de 2015 en representación de la Asociación art. 21.

indicación suya), de manera que se asegure una representación proporcional. La Comisión se renueva totalmente al comienzo de cada legislatura y, en el caso de elección de una sola Cámara, se renuevan los componentes pertenecientes a tal Cámara. Al igual que las otras Comisiones, la Comisión de vigilancia elige en su seno a un Presidente, dos vicepresidentes y dos secretarios<sup>74</sup>.

Como sucedió en la mayoría de los países europeos, durante años, también el legislador italiano trató de conjugar las garantías constitucionales de la libertad de expresión con la intervención del Estado en el sector; sin abandonar las razones que justificaban esta intervención se pretendió redimensionar el papel del gobierno en favor del Parlamento, considerado el órgano constitucional más idóneo para ejercer un control sobre el servicio público radiotelevisivo.

El papel de la Comisión es relevante y se refleja, bien sobre la vertiente estructural (por medio de la designación de los miembros del Consejo de administración de la Rai), bien sobre la vertiente sustancial de la programación de la concesionaria del servicio público radiotelevisivo. La Comisión es competente en materia de orientación en los enfrentamientos de la concesionaria del servicio público, de vigilancia sobre la materialización de tal orientación, de acceso al medio radiotelevisivo público por parte de los organismos colectivos portadores de intereses socialmente relevantes<sup>75</sup> y de comunicación pública y paridad de acceso durante las campañas electorales y referendarias (junto a la AGCOM,). La Comisión tiene, por lo tanto, competencia para dirigir a la Rai «actos de orientación» relativos a los criterios y a los contenidos de la programación radiotelevisiva, respetando la autonomía de los periodistas y de la independencia que debería caracterizar a los directores de la Rai. En este sentido, la composición proporcional a las corrientes políticas debería garantizar el respeto del pluralismo de la programación de la concesionaria del servicio público.

## 2. La Autoridad para las garantías en las comunicaciones (AGCOM)

Mientras estaba vigente el régimen de monopolio público, la regulación de los medios audiovisuales se limitaba a la garantía del pluralismo interno y al control de su actuación. Después de la liberalización, el sector se hizo demasiado sensible para dejarlo en manos del Gobierno y de la administración pública (es

<sup>74</sup> Por costumbre, la Presidencia de las comisiones parlamentarias se confía a un representante de los grupos minoritarios; sin embargo esta práctica ha sido más veces desatendida desde los años '90 en adelante, después de la modificación de la ley electoral en sentido mayoritario y del cambio sustancial de la forma de gobierno que ha cambiado de parlamentaria con predominio del Parlamento a parlamentaria con predominio del ejecutivo. El actual Presidente de la Comisión de vigilancia y un representante del Movimento 5 estrellas, un grupo parlamentario nuevo en la escena política y parlamentaria italiana, el cual ha manifestado muchas veces el deseo de ser el último Presidente de una comisión que según su opinión debería ser suprimida.

<sup>75</sup> Estas competencias se ejercen por una Subcomisión y se desarrollan respetando el reglamento aprobado por la Comisión el 30 de enero del 2001.

decir, ya no podía dejarse en manos de una de las partes directamente interesadas en la actividad de los medios públicos, junto con los medios privados).

Al mismo tiempo, no se intentó la vía de la autorregulación, utilizada en otros sectores del mundo de la comunicación. El audiovisual y, en particular, el medio televisivo, por las razones que ya vimos, no era susceptible de regularse mediante normas desde el interior. Muchos eran los intereses y los operadores implicados para someterse únicamente a las decisiones voluntarias de los propios medios y a un mínimo legal; el peligro era demasiado grande debido a la ausencia de mecanismos externos de control.

Así, para dar respuesta a la pregunta ¿a quién entregar la tarea de controlar los operadores del sector audiovisual?, a partir de los años noventa, en Europa, la mayoría de los Estados contemporáneos creó una autoridad audiovisual, entidad independiente de los poderes públicos y del mercado, a la cual encomendó la función de regular el sector (es decir: ordenar, controlar y supervisar el respeto de los derechos por parte de los operadores de contenidos audiovisuales; ponderar los intereses de varios sujetos con independencia, objetividad y equidad; garantizar la competencia y controlar los contenidos de las emisiones).

La creación de esas autoridades llevó a las crisis del paradigma tradicional del Estado de derecho por el que se admitía un control de los contenidos audiovisuales por parte de los poderes públicos (en particular, por parte de la autoridad judicial que procedía ordinariamente a instancia de parte).

La AGCOM fue creada bajo el marco normativo supranacional-europeo compuesto, en su mayoría, por fuentes «atípicas» (o, mejor dicho, por actos de *soft law* del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de otras entidades supranacionales que actúan en el sector audiovisual), por medio de la ley del 3 de julio de 1997, n.º 249, o sea, antes de la aprobación de la Recomendación (2000) 23 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 20 de diciembre de 2000, relativa a la independencia y funciones de las autoridades reguladoras del sector de la radiodifusión<sup>76</sup>.

No existió en Italia un modelo orgánico para la creación de las Autoridades administrativas independientes; cada Autoridad es el resultado de intervenciones legislativas que se han sucedido a lo largo del tiempo para responder a la demanda de regulación de algunos sectores como los monetarios, crediticios, financieros o de servicios públicos.

Al igual que las otras Autoridades, la AGCOM se caracteriza por algunos rasgos y problemas comunes a las Autoridades administrativas independientes (en relación a las competencias administrativas, normativas, arbitrales y para-jurisdiccionales) y por otros específicos del sector de las comunicaciones.

76 Véase también: Council of Europe — Directorate General of Human Rights, Media Division (2003), *An overview of the rules governing broadcasting regulatory authorities*, Council of Europe, Strasbourg, 2003.

La AGCOM es una de las pocas autoridades convergentes en el entorno europeo<sup>77</sup>. En los últimos años, el debate sobre la tutela de los derechos fundamentales frente a los medios de comunicación se ha vuelto más sensible por razón del fenómeno de la convergencia. Con este término se alude a la integración entre redes de comunicación y servicios de comunicación, entre infraestructuras y contenidos audiovisuales. La ley n.º 249 de 1997 hizo confluir las experiencias precedentes en el ámbito de la prensa y de la radiotelevisión en una única autoridad, a la que se atribuyen, por tanto, tareas que inciden en los diversos sectores de la comunicación<sup>78</sup>.

Si razonamos en términos de elementos que permiten hablar de independencia y adscribir las Autoridades del audiovisual al más amplio género de las Autoridades administrativas independientes, la AGCOM se presenta así:

- naturaleza jurídica: es una entidad con personalidad jurídica propia, no adscrita a ningún órgano de la Administración, ni estatal ni autonómica;
- carácter colegiado, que debería permitir el contraste de opiniones: la AGCOM está compuesta por 4 miembros (inicialmente eran 8 pero se disminuyó por el Decreto «Salva Italia» n.º 201/2001 para hacer frente a la crisis económica): el Presidente, el Consejo en el que participan el Presidente y los Comisarios, la Comisión para las infraestructuras y las redes y la Comisión para los servicios y los productos (cada una de estas Comisiones está formada por el Presidente y cuatro Comisarios);
- sistema de elección de los miembros que pueda garantizar la independencia de los miembros (en el panorama comparado, las leyes sobre las Autoridades administrativas tienden a no dejar los nombramientos en las manos de los Gobiernos, sino a otorgarlos a los Parlamentos —en particular a sus Presidentes— u órganos constitucionales imparciales, como el Presidente de la República en las democracias parlamentarias, a menudo tras la propuesta de los Presidentes de las Cámaras): el Presidente de la AGCOM es nombrado mediante un decreto del Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, de acuerdo con el Ministro de las telecomunicaciones (hoy, Ministro del desarrollo económico), previa opinión de las comisiones parlamentarias. Los miembros de las Comisiones (la de las infraestructuras y las redes, y la de los productos y servicios) son nombrados por el Parlamento por el sistema del llamado «voto limitado». Los Comisarios son nombrados a partes iguales por la

<sup>77</sup> No obstante la UE desde hace tiempo presta atención a este fenómeno; ya desde finales de 1997 la Comisión Europea publicó el *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*.

<sup>78</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, «Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla L. 31 luglio 1997, n.º 249», en R. ZACCARIA, *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999, p. 203 y ss.

- Cámara de Diputados y el Senado, pudiendo cada diputado apuntar solo a dos candidatos, uno para cada Comisión;
- requisitos subjetivos de los miembros (que deberían ser personas de reconocido prestigio con experiencia en los distintos ámbitos del sector en el cual actúa la autoridad) junto a la previsión de las causas de incompatibilidad (entre este cargo y actividades profesionales o de asesoría, la posición de administrador o dependiente de entes públicos o privados, un cargo electivo): en Italia, no obstante la regla según la cual los Comisarios de la AGCOM deben tener experiencia profesional en el sector, no puedan ejercitar actividades profesionales o de consultoría, ocupar puestos públicos o cargos electivos, el procedimiento de nombramiento se presta a la división entre fuerzas políticas<sup>79</sup>.
  - inamovilidad de los miembros (que demuestra la falta de nexo con la mayoría política del momento): los miembros de la AGCOM no pueden ser revocados por los sujetos que los han nombrado.
  - duración del mandato (habitualmente superior al periodo natural de una legislatura); en este caso es de 7 años.
  - autonomía organizativa (habitualmente se ejerce en el respeto a un reglamento o estatuto interno sobre el funcionamiento, aprobado por los miembros de la Autoridad), y la imposibilidad de recibir instrucciones u órdenes del Gobierno; autonomía normativa o, al menos, el poder de adoptar una serie de mecanismos que entran en la variada área del *soft law* que, si bien no pueden equipararse a la potestad reglamentaria, son eficaces en proporción a la autoridad del ente que los adopta<sup>80</sup>; autonomía presupuestaria (en el caso de las autoridades audiovisuales eso no impide la posibilidad de que sean financiadas con recursos de naturaleza pública y privada —ej. tasas de los operadores audiovisuales—); potestad sancionadora (necesario corolario de la función de regulación): la AGCOM goza de estas autonomías, además, siendo una Autoridad de garantía y de re-

79 La elección en verano de 2012 de los miembros de la AGCOM fue objeto de fuertes críticas cuestionándose la autonomía de algunos de los cuatro componentes. Cfr, por ejemplo, los artículos, «Agcom e Privacy, eletti i nuovi membri Idv e radicali fuori dall'aula per protesta», en *www.repubblica.it* del 6 junio 2012.

80 El poder normativo siempre ha sido el más contestado y objeto de estudios de la doctrina y de casos judiciales. La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado en varias ocasiones de los reglamentos adoptados por las Autoridades independientes, afirmando, por ejemplo, que debe considerarse superada «la tradicional valoración negativa, según la cual la atribución de poderes normativos resulta configurable solo frente a sujetos dotados de representatividad», por lo que se ha afirmado un «policentrismo normativo» que se vincula «a la siempre más vasta distribución de las funciones públicas entre una pluralidad de sujetos, también aquellos situados fuera del aparato gubernativo y ministerial». (Consejo de Estado, sección consultiva, actos normativos, de 14 de febrero de 2005, n.º 11603/04). La doctrina italiana ha estudiado mucho el tema. Si ser exhaustivos véase: S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, p. 107 Y ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004.

gulación, en concreto tiene competencias de vigilancia, control, sanción, autorización, inhibición, documentación, información, y para-judicial (los recursos frente a las disposiciones de la AGCOM entran en la jurisdicción exclusiva del juez administrativo). Una materia bastante discutida es la comunicación política; regulada por el legislador estatal<sup>81</sup>, regional<sup>82</sup>, por las disposiciones de la Comisión parlamentaria para la vigilancia de los servicios televisivos y por el reglamento de la AGCOM. En este ámbito, por tanto, se entremezclan las competencias de los dos órganos, de vigilancia (AGCOM y Comisión parlamentaria), a los cuales, previa consulta recíproca, compete adoptar reglamentos específicos para garantizar un correcto debate político respetuoso del pluralismo informativo, y la formación espontánea y no coaccionada de la opinión pública y de la adecuada dialéctica democrática.

La AGCOM tiene su sede principal en la ciudad de Nápoles y actúa como una Autoridad nacional y (formalmente) descentralizada: en cada región se establecen autoridades locales (Comités regionales de comunicación — Co.re.com) las cuales, por sus características y, en particular, sus pocas funciones atribuidas, no permiten considerarlas verdaderas autoridades independientes de nivel regional. Estos Comités son creados por leyes regionales que los dotan de recursos organizativos y estructurales y están llamados a asumir una tibia descentralización de las funciones delegadas por la autoridad central (desempeñan sobre todo funciones de asesoría en temas de comunicación y funciones arbitrales en tema de telecomunicaciones)<sup>83</sup>.

El análisis de las autoridades audiovisuales europeas permite afirmar que no siempre la naturaleza descentralizada de los ordenamientos jurídicos ha incidido sobre la modalidad de selección y de institución de las autoridades audiovisuales. El panorama comparado europeo delinea, de hecho, una pluralidad de soluciones estructurales las cuales evidencian que los modelos organizativos no siguen la

81 Ley del 22 de febrero de 2000, n.º 28 («Disposiciones sobre la paridad de acceso a los medios de información durante las campañas electorales y referéndums y sobre la comunicación política»), modificada por la ley del 6 de noviembre de 2003, n.º 313 («Disposiciones sobre la actuación del principio de pluralismo en la programación de las emisoras radiofónicas y las televisiones locales»).

82 La ya citada reforma constitucional adoptada por la ley n.º 3 de 2001 puso la materia de la comunicación política en el ámbito de la materia «ordenamiento de la comunicación», es decir en una materia de competencia concurrente Estado-regiones.

83 En relación a la estructura y a la organización de estos Comités, la AGCOM, bajo el acuerdo de la Conferencia Estado-regiones, estableció que los componentes de los Comités sean cinco, incluido el Presidente (deliberación del 28 de abril de 2009, n.º 52/99/CoNS, art. 1). Sin embargo, algunas leyes regionales se han apartado de esta decisión, estableciendo la presencia más componentes. Las leyes regionales, además, prevén algunos criterios de nombramiento que no parecen adecuarse completamente a las exigencias de independencia (por ejemplo, la duración del mandato debía ser de cinco años y las regiones establecieron un paralelismo entre el mandato de los miembros de los Comités y los de la legislatura regional, conectando a los Comités con la mayoría política regional).

trayectoria de la descentralización, es decir, que no es posible operar una clasificación de las experiencias de regulación y de control partiendo de las clasificaciones sobre las formas de Estados descentralizados. Los análisis basados en «círculos concéntricos» (de los cuales el más grande representa la forma de Estado y el más pequeño la regulación de un sector relevante de los ordenamientos jurídicos modernos), en este caso, no son aplicables. Si en los ordenamientos unitarios la presencia de una autoridad audiovisual centralizada se justifica también por la ausencia de competencia legislativa por parte de los entes territoriales<sup>84</sup>, en los ordenamientos descentralizados la intensidad de la descentralización no siempre coincide con las disposiciones organizativas de las Autoridades audiovisuales. Italia es un claro ejemplo<sup>85</sup>.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DIFICULTAD DE ALEJARSE DE UN MODELO CULTURAL

El análisis que acabamos de hacer sobre los medios de comunicación en Italia permite algunas reflexiones a manera de conclusión.

En primer lugar se confirma una propensión a la regulación y a la intervención del Estado en los sectores clásicos (en particular el radiotelevisivo), y varios intentos de regular los *new media*. Esta orientación (típica del modelo mediterráneo) se aleja un poco de las indicaciones de la Unión europea de disminuir el impacto de la regulación de los medios de comunicación en favor de las prácticas de autoregulación y de co-regulación.

La Unión Europea es consciente de los desafíos que el desarrollo tecnológico implica: la Directiva 2010/13/UE les plantea a los Estados básicamente dos alternativas al sistema tradicional de regulación estatal: la corregulación-autoregulación de los medios de comunicación social o bien una extensión de la regulación

<sup>84</sup> Se incluyen en este ámbito países en los cuales las autoridades han representado un importante ejemplo de regulación como el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* francés; el *Commissariaat voor de Media* holandes. En Portugal, la autoridad administrativa independiente encargada de vigilar el sector de las comunicaciones sociales para asegurar la libertad de información y prensa en los medios de comunicación se estableció en la Constitución con la sexta reforma constitucional en 2004, art. 39. (*Entidade Reguladora para a Comunicação Social*). Tienen relaciones con el Gobierno las autoridades de los países de Europa del Norte, ej. la autoridad danesa Radio- og tv-nævnet (*Radio and Television Board — RDT*), la *Finnish Communications Regulatory Authority (FICORA)* finlandesa, agencia relacionada con el Ministerio de Transporte y de las Comunicaciones, la *Medietilsynet (Norwegian Media Authority)* relacionada con el Ministerio de los asuntos culturales y «religiosos». Cfr. G. Pavani, *Las autoridades audiovisuales en Europa como instrumento de garantía institucional*, en REDA, nr. 61/2015, p. 365 y ss.

<sup>85</sup> Una buena síntesis de las posiciones doctrinales italianas y del debate sobre el futuro de la AGCOM y de las autoridades regionales se encuentra en S. Calzolaio, B. MALAISI, *Core.com. Nuove funzioni e ruolo istituzionale*, cit., y recientemente en G. GARDINI, *I Corecom, l'eterna sperimentazione collaborativa e l'attesa di un sistema regionale delle comunicazioni*, en P. CARETTI (COOF.), *L'informazione, il percorso di una libertà*, vol. II, Passigli, 2012, pp. 131-175.

a los nuevos medios digitales<sup>86</sup>. En cualquier caso, estos mecanismos de control de los códigos de comportamiento y conducta se deben desarrollar por autoridades independientes (cuya creación y autonomía es uno de los objetivos y la finalidad de la Directiva europea). En Italia existen formas de autoregulación, pero están restringidas principalmente a las categorías profesionales (periodistas) y al sector de la prensa escrita.

En segundo lugar, el recorrido histórico-jurídico confirma la anomalía de la creación de la televisión privada y, en general, el desarrollo del sistema televisivo italiano, caracterizado desde entonces por un duopolio Mediaset-Rai.

En tercer lugar, el análisis confirma la permanencia de un vínculo más bien fuerte entre algunos medios de comunicación y el mundo político.

Si no se comprende este factor y si no se contextualiza la experiencia italiana en el modelo mediterráneo más amplio, difícilmente se puede explicar el sistema de la información y, en particular, la organización y la *governance* del servicio público radiotelevisivo.

Este vínculo entre medios y política es *algo* intangible que revela las características intrínsecas de ciertos medios de comunicación. Es *algo* que puede comprenderse solo desde la óptica de un análisis global que tenga en cuenta las normas verbalizadas y las no verbalizadas, aquellas que completan el ordenamiento y que «el hombre practica sin ser plenamente consciente de ello»<sup>87</sup>.

El modelo mediterráneo, en particular, ofrece algunas respuestas a las diversas tentativas de explicar el funcionamiento real de la organización interna de los emisores públicos radiotelevisivos, del nombramiento de sus miembros, del sistema de los controles, y estimula algunas reflexiones sobre aquello que, inicialmente, habíamos denominado factor «histórico-político-cultural» y ahora, bajo una mirada más atenta y con el apoyo de los estudios apenas mencionados, se revela como un formante cultural particularmente invasivo que marca profundamente los ordenamientos jurídicos contenido en esta clase, integra el derecho positivo, y debería permitir al estudioso del derecho comparado comprender el clima en el que operan los medios y proponer soluciones (normativas) en línea con las características culturales de un país.

86 Como recuerda J.C. GAVARA DE CARA, *La autorregulación como mecanismo de autocontrol de los medios de comunicación: intervención pública y regulación interna*, Bosch constitucional, Barcelona, 2013, pp. 41 y 42: «la autorregulación en su sentido más puro y estricto implica que los propios actores adoptan los códigos de conducta necesarios para desarrollar los procesos de control de las emisiones audiovisuales, solucionando los conflictos mediante reglas de arbitraje al margen de las normas jurídicas o el Derecho. Los propios actores que fijan las normas de conducta son los encargados de aplicarlas, no existiendo diferencias entre la producción y la ejecución de las normas». En cambio, «la correulación se caracteriza por adoptar sistemas de cooperación entre la autoridad pública y la sociedad civil o los agentes de un determinado sector, de forma que se trata de un sistema mixto en el que el poder público integra mediante reglas el desarrollo de la autorregulación, participando actores y poderes públicos en la elaboración de las reglas y normas».

87 R. SACCO, *Il diritto muto: neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

Por lo demás, la situación es compleja, ya que nos encontramos ante una serie de organizaciones (la televisión, la prensa...) al servicio de una libertad fundamental, siempre, estrecha e inevitablemente unida a la expresión política de un país, para cuya comprensión es preciso analizar otros elementos distintos de los que se contienen en los textos normativos<sup>88</sup>. Se trata de un modo de investigar más fiel a la búsqueda del «law in action», que debería seguirse cuando el dato positivo resulta no solo insuficiente para el carácter exhaustivo del análisis, sino incluso erróneo. Como recuerda la doctrina, «la exigencia de evaluar los criptotipos y la disociación entre formantes no implica de hecho el abandono de un enfoque positivista a los estudios comparados; por el contrario enfatiza lo que está puesto (positivum), obviamente no solo por la ley, exalta el derecho que vive, para extraer de él elementos de comprensión y, en seguida, de comparación»<sup>89</sup>.

En consideración a este acercamiento metodológico, en general, el vínculo existente entre medios de comunicación y política no parece una característica exclusiva del sistema italiano. Lo que parece anómalo es el vínculo particular (de carácter personal) entre un (ex) Presidente del Consejo de Ministros y el propietario del mayor grupo televisivo privado que ha caracterizado al país durante años.

Todos estos elementos permiten hacer una lectura más consciente de la propuesta de reforma del servicio radiotelevisivo presentada por el Gobierno, y contextualizarla en un recorrido innovador amplio perceptible en otros países que pertenecen al modelo mediterráneo.

En estos países se percibe una nueva tendencia a hiper-regular las fases de la elección de los miembros de los órganos de gobierno de los emisores públicos, mediante instrumentos clásicos como agravar los procedimientos, la mayor implicación de los entes y autoridades independientes en un intento por debilitar el lazo entre política y medios de comunicación.

Por ejemplo, Francia, al redactar las reglas sobre la governance de la radiotelevisión pública, ha disminuido el poder de nombramiento presidencial y ha aumentado el poder del Conseil Supérieur de la' Audiovisuel (cuyos miembros son nombrados ahora por los Presidentes de las dos Cámaras). Grecia, en cambio, ha modificado toda la ordenación del servicio público y ha creado un consejo de supervisión para asegurar la independencia del Gobierno de la nueva emisora pública NERI.

Parece que los legisladores desean «alojar» en el interior del dictado normativo ese factor cultural del que hablábamos, que, de por sí, no es negativo, y así lo encontramos en declinaciones diversas, incluso en países en los que no se con-

<sup>88</sup> Lo que G. Lombardi sintetiza en la «formula politica istituzionalizzata» que expresa «la esencia del sistema constitucional individualizando sus elementos típicos», cfr. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato: problemi di metodo*, Milano, 1986.

<sup>89</sup> L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Cedam, 2013, p. 42.

sidera politizados a los emisores públicos<sup>90</sup>. Más bien, de los estudios sociológicos se deduce que con unos pocos y escogidos recortes normativos es difícilmente posible cambiar un contexto que se nutre de la historia, la tradición y la cultura locales. Este es el escenario que presenciamos en los países vecinos (culturalmente) de Italia, y en el que se deberían situar las actuales propuestas de reforma del servicio radiotelevisivo italiano que actualmente se discuten en el Parlamento.

Puesto que nos encontramos tan solo al comienzo del iter parlamentario, no nos parece oportuno comentar el borrador de la ley más allá de cuanto hemos hecho en el apartado IV. Sin embargo, podemos tomar las propuestas innovadoras para el servicio público (en particular, las que inciden sobre la composición del consejo de administración y sobre la figura del administrador delegado) y compararlas con las tendencias recientes citadas.

Por lo tanto, el (potencial) refuerzo de algunas figuras directivas en el interior del emisor RAI no es de por sí anómalo, ni extraño en el panorama comparado. Pero, contextualizado en un modelo con determinadas características, comprobamos que se desvía de las tendencias analizadas en algunos países de eliminar el poder de nombramiento del Gobierno (mediante una serie de traspasos a círculos comunicantes).

\*\*\*

TITLE: *The Italian Media System. The Public Service Broadcasting: an Anomaly in the Comparative Context?*

ABSTRACT: *The paper analyzes the Italian media system with a focus on public service broadcasting and his new challenges, to verify if they observe the principles of independence and impartiality fixed in the national, european and international laws. The analysis considers also the other sciences results in a interdisciplinary and comparative perspective.*

RESUMEN: *El artículo ofrece una panorámica de los medios de comunicación en Italia con una atención particular al servicio público de radio y televisión y sus nuevos desafíos, a fin de determinar si se respetan los principios de independencia y neutralidad recogidos en la normativa estatal, europea e internacional. El análisis da cuenta también de los resultados de otras ciencias no jurídicas desde una perspectiva interdisciplinar y comparada.*

KEY WORDS: *media systems; broadcasting and tv public service; method; freedom of speech; interdisciplinary.*

PALABRAS CLAVE: *medios de comunicación; servicio público de radio y televisión; método; libertad de información; interdiscipliniedad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.06.2015

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2015

90 En los países que pertenecen al modelo corporativo los partidos políticos no están excluidos de las emisoras públicas; antes al contrario participan en el nombramiento de los miembros de los órganos directivos al igual que otros sujetos institucionales (sindicatos, confesiones religiosas, etc.).