

DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO A LA COMUNIDAD (*)

Por
PABLO SALVADOR CODERCH,
MARC-ROGER LLOVERAS I FERRER
y JOAN CARLES SEUBA I TORREBLANCA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MENSAJEROS, EDITORES Y EMISORES.—3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA Y LA DOCTRINA DEL SERVICIO PÚBLICO.—4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PROGRESIVA EROSIÓN DE LA DOCTRINA DEL SERVICIO PÚBLICO: 4.1. *La STC 12/1982 y la doctrina del servicio público.* 4.2. *Evolución de la doctrina de la STC 12/1982 en la jurisprudencia posterior.* 4.3. *Servicio público y libertad de expresión: la STC 206/1990.* 4.4. *Las SSTC sobre la LOT y las críticas a la retención estatal de las telecomunicaciones.* 4.5. *La STC 127/1994, de 5 de mayo, sobre la Televisión Privada, y la crisis de la doctrina del servicio público:* 4.5.1. Los recursos de inconstitucionalidad. 4.5.2. Las alegaciones del Abogado del Estado. 4.5.3. La sentencia: a) La reserva de ley orgánica. b) La distinción entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a crear medios de comunicación. c) La reserva de ley del artículo 53.1 CE, la habilitación reglamentaria del artículo 5 LTP y la distinción entre competencias autonómicas (art. 149.1.27 CE) y competencias estatales (art. 149.1.21 CE) y la STC 168/1993. d) La constitucionalidad de la «publicación» de la televisión y la libertad de empresa. La exigencia del ámbito nacional de emisiones y los principios de universalidad y pluralismo. 4.5.4. Los votos particulares. 4.6. *La quiebra de la jurisprudencia: la STC 31/1994 y la Televisión Local por cable.* 4.7. *Televisión pública, mercado de las lealtades y servicio a la comunidad.*

1. INTRODUCCIÓN

Una paradoja notable de la legislación y de la jurisprudencia españolas sobre los derechos a expresarse libremente y a comunicar y a recibir información veraz es la siguiente: la Constitución española de 1978 establece de forma rotunda y por dos veces que ambos derechos se reconocen y se protegen sea cual sea el medio usado para expresarse, informar o recibir información —«la palabra, la escritura o

(*) Este trabajo fue presentado en el *Seminari d'Actualitat Jurídica*, que, bajo el título «La llibertat d'expressió a la fi de segle», y organizado por la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, se celebró los días 13, 14 y 15 de diciembre de 1994. Agradecemos los comentarios y aportaciones hechas por los ponentes del seminario: Lee C. Bollinger, Miguel Angel Aparicio Pérez, David M. Skover, Ronald K. L. Collins, Marc Carrillo López, Steven Shiffrin, Frederick Schauer, Nadine Strossen, Luis López Guerra y Robert C. Post. Igualmente hemos de manifestar nuestro agradecimiento a los profesores Francisco Rubio Llorente y José Juan González Encinar, y al profesor Eduardo García de Enterría y a los profesores del Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

cualequier otro medio de reproducción», dice el art. 20.1.a) CE; y «por cualquier medio de difusión», añade la letra d) del mismo artículo y párrafo—. Pero, por otro lado y de la misma manera que en el resto de la Europa Occidental (1), la regulación legal de la radiotelevisión siempre ha sido más intensa y limitativa de las libertades individuales y de empresa que la de la prensa escrita (2). De este modo, la creación de medios audiovisuales de comunicación y los mensajes que éstos emiten han estado y están mucho más limitativamente regulados que la prensa escrita o la expresión individual oral, escrita o corporal. Asimismo, hay que destacar que los derechos a expresarse, informar e informarse necesitan de algún medio o soporte de comunicación y, por tanto, de la posibilidad de crearlos. En caso contrario, los derechos en cuestión se reducirían a la simple libertad de pensamiento, materia regulada en sede diferente, en el artículo 16 de la Constitución.

De este modo, hasta hace muy pocos años, la libertad casi omnimoda de la que gozan los editores y periodistas en el mundo de la prensa escrita se ha contrapuesto con naturalidad, como si se tratase de una obviedad, a las limitaciones de las posibilidades otorgadas a los particulares de crear medios de comunicación audiovisual o, una vez creados, de emitir en este o aquel ámbito territorial tales o cuales mensajes de tal o cual contenido, procedencia o duración o expresados en tal o cual lengua o dirigidos a tal o cual audiencia (3). Hoy, aun así, y por las razones que enseguida destacaremos, esta contraposición ha dejado de parecer algo natural.

(1) Véanse Eric BARENDT, *Broadcasting Law. A Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1993, págs. 1 y ss., y Eric BARENDT (ed.), *Media Law. The International Library of Essays in Law and Legal Theory Areas 21*, Darworth, Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1993.

(2) Véase lo que señalábamos en *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 117 y ss.

(3) Tanta es la naturalidad con la que se acepta la intensa regulación estatal de las telecomunicaciones en general y de la radiotelevisión en particular, que incluso se oyen voces autorizadas que se plantean la razonabilidad de la propuesta de generalizar el modelo de regulación en cuestión y discutir la oportunidad de aplicarlo a la prensa escrita: «Si la intervención de los poderes públicos es necesaria para garantizar el pluralismo en la televisión, ¿no sería posible llegar a las mismas conclusiones en relación a la prensa escrita? ¿No existen dentro de ésta, como actividad sujeta a las leyes del mercado, las tendencias hacia el monopolio o el oligopolio que justifican la intervención del Estado en la televisión?». Luis LÓPEZ GUERRA, «Garantía del pluralismo e intervención pública en los medios de información», Ponencia presentada en el *Seminari d'Actualitat Jurídica* citado. Esto significaría, como añade el autor, abandonar el modelo dual de regulación de las telecomunicaciones y «pasar de la regulación de las telecomunicaciones a la regulación de las comunicaciones, *tout court*» (*ibidem*). Sobre este punto cabe señalar inmediatamente dos cosas: la competencia, si existe, garantiza el pluralismo externo; el monopolio lo impide y el oligopolio lo limita seriamente, pero la intervención estatal no lo garantiza: el remedio puede ser peor que la enfermedad en contra lo que enseñan aquellos que olvidan la falacia del Nirvana.

Los ejes de este trabajo versan sobre la razonabilidad actual de los dos argumentos clásicos justificativos de la dualidad apuntada de trato normativo: el argumento de la *escasez*, según el cual los medios audiovisuales necesitan de la utilización de recursos escasos y, consecuentemente, de la intervención normativa y administrativa del Estado; y el argumento de la *comunidad*, conforme al cual los medios audiovisuales ejercen una influencia esencial en la creación, vertebración y preservación de la lengua, la cultura y los valores básicos de las comunidades nacionales que los Estados tratan de controlar. La tesis básica es que el primer argumento ha perdido gran parte de su fuerza, mientras que el segundo se encuentra con los costes y las dificultades crecientes que tienen los Estados para mantener la identidad de las comunidades nacionales en una cultura electrónica. Adicionalmente, se llama la atención sobre los problemas que plantea el segundo argumento en cualquier Estado democrático y en Estados plurinacionales como el español. En todo caso, se sostiene que el argumento de la comunidad encuentra su justificación, pero sobre todo sus límites, en el servicio efectivamente prestado por los poderes públicos a los miembros de aquella: a veces, los Estados no sirven a los intereses de sus comunidades sino que se sirven de ellas, que de servidas pasan a ser servidoras, cuando no cautivas (4).

Eric BARENDT ha definido el concepto de televisión pública con seis características:

1. Accesibilidad geográfica general.
2. Interés por la identidad nacional y cultural.
3. Independencia de los intereses estatales y comerciales.
4. Imparcialidad de la programación.
5. Amplitud y variedad de la programación.
6. Financiación sustancial mediante una tasa sobre el uso (5).

El autor advierte que estos principios se solapan. En esta introducción queremos destacar los dos primeros y el quinto. El tercero y el cuarto se relacionan con la difícil cuestión de las relaciones de comunidad y los poderes políticos y económicos. Y la sexta es instrumental en relación a las anteriores. Como veremos enseguida, la ju-

(4) BARENDT, *Broadcasting Law...*, cit. en nota 1, págs. 4 y ss., recoge y discute cuatro argumentos justificativos de la regulación de las comunicaciones audiovisuales: el espacio radioeléctrico como dominio público, su escasez, el carácter particularmente intrusivo y persuasivo de la radio y de la televisión y, en último lugar, la relativa novedad de la radiotelevisión relacionada con la tendencia tradicional a regular las novedades que manifiestan los poderes públicos. Este último argumento fue tenazmente defendido por uno de los participantes en el seminario, el profesor Lee BOLLINGER.

(5) BARENDT, *Broadcasting Law...*, pág. 52.

risprudencia del Tribunal Constitucional español no ha seguido hasta ahora esta orientación, al menos de una manera explícita, y se ha centrado en el llamado pluralismo interno, así como en algunas justificaciones del principio de servicio público más formales que sustanciales.

2. MENSAJEROS, EDITORES Y EMISORES

En el área cultural norteamericana las funciones y diferencias de regulación que en Europa asociamos con la doctrina del servicio público se articulaban tradicionalmente a partir de una triple distinción, que, innegablemente, tuvo en el pasado su momento: hace quince o veinte años, las comunicaciones tenían tres protagonistas con funciones claramente diferenciadas: llamémoslos *mensajeros*, *editores* y *emisores* (6).

— Los *mensajeros* (*common carriers*) eran los monopolios clásicos de correos y teléfonos: servicios públicos por antonomasia y, en consecuencia, garantes del principio de universalidad de su prestación; tenían que aceptar todo tipo de mensajes y tenían que hacerlos llegar a todo el mundo sin ningún tipo de discriminación ni demasiadas consideraciones a la eficiencia, pero no podían crear ni editar sus propios mensajes.

— Los *editores* (*publishers*) de diarios y libros tenían libertad casi total en la elección de los contenidos de sus informaciones y en la selección de sus autores. Pero, a cambio, la libertad de expresión no tenía el paraguas del monopolio: tenían que conseguir vender sus mensajes en el mercado de las ideas.

— Los *emisores* (*broadcasters*) de radio y televisión gozaban de una posición intermedia. Estaban intensamente regulados por dos razones muy diferentes entre sí:

a) El medio a través del cual se difunden sus mensajes —el espacio radioeléctrico— era escaso y sólo unos pocos podían acceder al mismo; la regulación estatal del acceso y réplica y de la operación

(6) Véanse Philip H. MILLER, *New Technology, Old Problem: Determining the First Amendment Status of Electronic Information Services*, 61 «Fordham Law Review», 1147-1201 (1993); Ithiel DE SOLA POOL, *Technologies of Freedom*, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1983; Jonathan WEINBERG, *Broadcasting and Speech*, 81 «California Law Review», 1101-1206 (1993); Jonathan W. EMORD, *Freedom, Technology, and the First Amendment*, San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy, 1991.

del medio garantizan la igualdad de oportunidades de los solicitantes así como, en teoría, el correcto —hablando técnicamente— funcionamiento del servicio. El caso que se suele citar en esta sede, *Red Lion Broadcasting Co., Inc., v. FCC*, fue resuelto en 1969 por el Tribunal Supremo Federal (7). La emisora de televisión denegó a Fred J. Cook, autor de un libro criticado en un programa, el derecho de réplica. La Comisión Federal de Comunicaciones atendió la reclamación de Cook y la emisora recurrió ante los Tribunales. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la Comisión:

«Tratar a los licenciarios como representantes de toda la comunidad, obligados a dedicar suficiente atención y tiempo a cuestiones de gran interés público, no viola la Primera Enmienda, puesto que tienen el privilegio de usar frecuencias de radio escasas.» «Las licencias para emitir no otorgan la propiedad de las frecuencias de que se trata, sino sólo el privilegio temporal de utilizarlas» (8).

Conviene destacar aquí que este argumento ya había sido discutido, con las armas de la teoría económica neoclásica, mucho antes de que se dictara esta sentencia. De este modo, Ronald H. COASE había escrito un famoso artículo en 1959 (9) en el que defendía la creación de *property rights* en materia de radiotelevisión, y criticaba el argumento de la escasez con estas palabras:

«Es usual en la economía que la mayoría de los recursos utilizados en un sistema económico (y no sólo las frecuencias de radio y televisión) estén limitados y sean escasos; no hay cantidad suficiente para satisfacer a todos. La tierra, el trabajo y el capital son exiguos, pero esta particularidad *no implica* que el Gobierno deba instrumentar una regulación» (10).

Y también cabe señalar que el propio Tribunal Supremo Federal era consciente de que la evolución de la tecnología podía llegar, como después ha pasado, a modificar los parámetros del problema:

«La rapidez con que se suceden los avances tecnológicos para crear un uso más eficiente del espacio radioeléctrico, por una parte, y para crear más usos en favor

(7) 395 U.S. 367 (1969).

(8) *Ibidem*, pág. 394.

(9) Ronald H. COASE, *The Federal Communications Commission*, 2 «Journal of Law and Economics», 1 (1959). Reproducido en el capítulo 5 de su *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Económica, Madrid, 1994, págs. 79 y ss.

(10) Pág. 92. *Cursiva nuestra*.

de más gente, por otra, hace poco aconsejable especular sobre la futura asignación de este espacio» (11).

b) En segundo lugar, el mensaje audiovisual era considerado más intrusivo, más persuasivo y, por tanto, más influyente que el escrito. El control estatal de la radiotelevisión trataba de contrarrestar o, al menos, de modular en mayor o menor medida esta influencia. También aquí se intentaba controlar la corrección del funcionamiento del servicio, pero en este caso era una corrección en sentido jurídico, político o cultural. La radiotelevisión se veía como un vehículo básico de formación y control del consenso social, como algo que establecía incluso la infraestructura de este consenso mediante la preservación de la lengua y la cultura. Es importante destacar que esta razón no siempre se ha explicitado.

El caso de referencia aquí es de 1978, *FCC v. Pacifica Foundation* (12). En respuesta a una reclamación relacionada con la emisión por una emisora de radio de un monólogo pregrabado del artista del cómic George Carlin, la Comisión Federal de Comunicaciones resolvió que algunas expresiones del monólogo eran indecentes y que su emisión estaba prohibida por la ley. La emisora afectada recurrió ante los Tribunales y obtuvo una sentencia favorable, pero la Comisión recurrió ante el Tribunal Supremo y éste resolvió en favor de la Comisión. De todas las formas de comunicación, dijo el Tribunal, la radiodifusión es la que ha recibido una protección más limitada bajo la Primera Enmienda, y para justificar esta protección inferior dio dos argumentos:

«Primero, los medios de comunicación audiovisual tienen establecida una presencia excepcionalmente penetrante en las vidas de todos los americanos. El material patentemente indecente presentado a través de las ondas se encara al ciudadano no sólo en público sino también en la intimidad del hogar, donde el derecho del individuo a ser dejado solo tiene claramente más peso que el derecho a la Primera Enmienda de un intruso» (13).

«Segundo, la radiotelevisión es especialmente accesible a los niños, incluso a aquellos que son demasiado pequeños para leer» (14).

(11) Pág. 399.

(12) 438 U.S. 726 (1978).

(13) Pág. 748.

(14) Pág. 749.

Los cambios tecnológicos que ya se preveían en el caso Red Lion han convertido en obsoletas estas distinciones (15). Por citar sólo un ejemplo de la próxima producción legislativa, en fase de proyecto en el Estado español en el momento de escribir este trabajo, la futura ley de televisión por cable fuerza a reconocer el cambio de parámetros al que hacíamos referencia hace un momento. La televisión por cable reduce sustancialmente la fuerza que podía tener el argumento de la escasez y redimensiona el argumento de la intrusión: los servicios contratados y prestados a cambio de una contraprestación económica requieren una decisión individual razonablemente activa. Un caso paradigmático de lo que queremos decir nos lo ofrece Home Box Office (HBO) (16), la compañía de televisión de pago más antigua, grande y rica de los EE.UU. Esta empresa, fundada en 1972,

(15) POOL, *Technologies of Freedom...*, cit. en nota 6: «La escasez de frecuencias ya no es un problema técnico, sino uno causado por el hambre», pág. 142.

David CLEEVELY, de Analysys Ltd., una consultora de telecomunicaciones, ha señalado que la tecnología guía la demanda, pese a que esto pueda parecer una herejía económica. El coste decreciente de la tecnología y sus nuevas posibilidades «catalizan» el cambio de la organización de la sociedad y de la economía. «La tecnología— dice el autor— está alterando también la cadena de valores. Los fabricantes de bienes de equipo del sector están librando continuamente cada vez más operatividad por el mismo o menor precio, y, por eso, su crecimiento potencial es limitado. Los operadores de redes de comunicación también están notando los efectos de la tecnología. Equipos cada vez más fiables con funciones más avanzadas implican costes más bajos. La llegada de la fibra óptica significa que el coste de transportar bits extra es ahora extraordinariamente bajo. El crecimiento de los ingresos puede ser muy difícil para un operador de telecomunicaciones si sus costes no están afectados por un incremento en el tráfico y si trabaja en un mercado competitivo.» «La demanda de comunicaciones e información se satisface por sistemas progresivamente menos costosos basados en tecnología como la electrónica y la fibra. Pero cuando esta demanda se incrementa, se introduce otro factor: las economías de escala. A mayor demanda, más reducido es el coste unitario. Siendo esto cierto para la mayor parte de las industrias, las economías de escala son particularmente fuertes en los sistemas modernos de telecomunicaciones. Las mejoras técnicas y el incremento de la demanda conducen a unos costes por bit muy bajos. Esto conducirá inevitablemente a que el tráfico de los operadores tradicionales de telecomunicaciones sea una materia prima de muy bajo coste, y posibilitará que se ofrezcan aplicaciones de banda ancha a muy bajo coste.» El autor estudió a principios de 1994 la evolución de las tarifas de los servicios básicos de telecomunicaciones en los cuatro países más importantes de la Unión Europea, Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido. En los cuatro casos comprobó que las tarifas disminuían tan rápidamente que incluso con un incremento del volumen de tráfico de un 3% en un año, el coste total de las comunicaciones se reducía entre un 3 y un 5% anual. Es obvio que la tendencia del beneficio es la misma que la tendencia del coste. Además, y reforzando las tendencias puestas de manifiesto en el estudio, el análisis nos muestra una sustancial disminución del capital necesario para construir una nueva red. David CLEEVELY, *How Technology is Changing the Industry's Structure*. The 6th Economist Telecommunications Conference, Strategies for the 21st Century, Meeting the Challenges of a Changing Industry. Madrid, 25 y 26 de octubre de 1994.

El argumento según el cual la televisión y, en general, los medios de comunicación audiovisual son subyugantes tiene una base empírica dudosa: «los estudios empíricos sobre el impacto de la televisión en las actitudes políticas y sociales no son concluyentes», escribe Eric BARENDT en la Introducción a *Media Law*, cit. en nota 1, pág. XIII.

(16) Los datos que siguen se toman de «The Economist», de 4 de junio de 1994, *Reinventing Hollywood*, págs. 70-73.

llamó la atención de los críticos de televisión el pasado mes de septiembre de 1994, cuando obtuvo 17 premios EMI, más que cualquiera de las grandes cadenas tradicionales de televisión. HBO, una división del grupo Time-Warner, es también la que más beneficios obtiene; así, al menos por una ocasión, calidad y beneficios no son incompatibles (17). No obstante, la televisión de pago hace difícil mantener el principio de universalidad de la doctrina del servicio público y no puede evitar producir una cierta segmentación cultural y social. Lo que nos queda es la responsabilidad de preservar un espacio de comunicación que vertebre la infraestructura cultural de la comunidad, empezando por la lengua (18).

3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA Y LA DOCTRINA DEL SERVICIO PÚBLICO (19)

La legislación española a partir del año 1980 destacó en seis ocasiones sucesivas que la radiotelevisión era un servicio público esencial y de titularidad estatal:

1. *La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión* (20) (ERTV), según la cual la radiodifusión y la televisión «son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado» (art. 1.2). La Ley, además, autorizó al Gobierno central a «conceder a las Comunidades Autónomas, previa autorización por Ley de

(17) En 1993 tuvo un beneficio de 230 millones de dólares sobre unos ingresos brutos de 1.440 millones de dólares. Esto es más que lo que ganaron las tres grandes cadenas de televisión hertziana tradicional. HBO emite 60 películas al mes para sus 18 millones de suscriptores, además de documentales, música y deportes, aparte de otros entretenimientos. *Ibidem*, pág. 73.

(18) Responsabilidad próxima a la *Grundversorgung* que corresponde a la televisión pública, y, complementariamente, también a la televisión privada en la República Federal de Alemania. Véase la síntesis de LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons Ed., Madrid, 1994, págs. 59 y ss., y 326 y ss.

(19) Véanse FRANCISCO J. BASTIDA, *La libertad de antena*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990; *El Tribunal Supremo y los vídeos comunitarios*, «Poder Judicial», 9, págs. 115-129; CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; prólogo a *Legislación básica sobre Radio y Televisión*, Ed. Tecnos, 1988; JOSÉ ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP, Madrid, 1984; CELESTE GAY FUENTES, *La televisión ante el Derecho Internacional y Comunitario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991; *La televisión por cable*, «Cívitas Revista Española de Derecho Administrativo», 79, julio-septiembre 1993, págs. 427-455; ENRIQUE GÓMEZ-REINO, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medios de comunicación social», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. IV, págs. 3539 y ss.; JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la Televisión Privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Cuadernos de Estudios Europeos, Ed. Cívitas, Madrid, 1993.

(20) «BOE» núm. 11, de 12 de enero.

las Cortes Generales, la gestión directa de un canal de televisión» creado específicamente «para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma» (art. 2.2) (21).

En este contexto hay que destacar la remisión que el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya hace al ERTV: «... corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión en los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto jurídico de la Radio y la Televisión». Debido a que el ERTV la configura como un servicio público de titularidad estatal, la falta originaria de apoderamiento de la Comunidad Autónoma para detentar la titularidad del servicio es notable (22).

2. Tres años más tarde, la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión (23), autorizó al Gobierno central para adoptar las «medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión de titularidad estatal y para otorgarlo, en régimen de concesión, en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma» (art. 1). El Estado se obligaba a proporcionar a cada Autonomía la infraestructura técnica necesaria para la difusión del canal. La Ley también regulaba la gestión, principios de programación y control, presupuestos y financiación de los terceros canales. Esta Ley ha sido desarrollada por las Comunidades Autónomas de Catalunya (24), Galicia (25), Andalucía (26), Comunidad Valenciana (27) y Madrid (28).

(21) También se regula la organización del ente público rector del monopolio tradicional de la televisión estatal (en términos de monopolio comercial, arts. 17 y ss.) —RTVE—, así como la programación y control (Capítulo IV, arts. 21-26), los presupuestos y financiación (Capítulo V, arts. 27-33), el patrimonio (Capítulo VI, art. 34) y las relaciones laborales del ente (Capítulo VII, arts. 35 y 36).

Véase también el RD 1615/1980, de 31 de julio («BOE» núm. 187, de 5 de agosto), por el que se dictan disposiciones en cumplimiento y desarrollo del Estatuto de la Radio y Televisión.

(22) Para el análisis de esta regla y otras parecidas en otros Estatutos de Autonomía, véase LAGUNA DE PAZ (págs. 166 y ss.) y las SSTC 10 y 26/1982.

(23) «BOE» núm. 4, de 5 de enero.

(24) RD 2296/1984, de 26 de diciembre, a través del cual se desarrolla la Disposición Transitoria de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y se concede su gestión directa a la Generalitat de Catalunya para el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma («BOE» núm. 312, de 29 de diciembre).

(25) RD 915/1985, de 25 de mayo, a través del cual se concede a la Comunidad Autónoma de Galicia la gestión directa del Tercer Canal de Televisión («BOE» núm. 149, de 22 de junio).

(26) RD 320/1988, de 8 de abril, a través del cual se concede a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión directa del Tercer Canal de Televisión («BOE» núm. 88, de 12 de abril).

(27) RD 321/1988, de 8 de abril, a través del cual se concede a la Comunidad Valenciana la gestión directa del Tercer Canal de Televisión («BOE» núm. 88, de 12 de abril).

(28) RD 532/1988, de 20 de mayo, a través del cual se concede a la Comunidad de Madrid la gestión directa del Tercer Canal de Televisión («BOE» núm. 131, de 1 de junio).

3. La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (29), en desarrollo del artículo 149.1.21 CE, estableció de nuevo que «las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público» (art. 2.1) y, en concreto, que la prestación en régimen de gestión indirecta «de los servicios de difusión», entre los cuales se hallaba la televisión (30), «requerirá concesión administrativa» en todo caso (art. 25).

4. En cuarto lugar, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de «Televisión Privada» («BOE» núm. 108, de 5 de mayo), que regula «la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión cuya titularidad corresponde al Estado» (art. 1). La gestión se realiza por sociedades anónimas (31) en régimen de concesión administrativa, en un máximo de tres (art. 2) y por un plazo de duración de diez años (art. 11). El objeto de la concesión debe ser la emisión de programas con cobertura estatal (art. 4). Además, se prevé un «Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada», que ha de ser elaborado por el Gobierno central (art. 5), lo que provocó los recursos de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas. Las concesiones se otorgaban por concurso público (art. 8.1) convocado por acuerdo del

(29) «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre. Desde ahora, LOT.

(30) «Artículo 25.2.2.º: Se entiende por televisión la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, mediante ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio.

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

Asimismo, no se considerará televisión la mera recepción de imágenes para su transmisión, realizada en las mismas condiciones enumeradas en el párrafo anterior, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de antenas colectivas, ni la transmisión de imágenes realizada para el servicio final videotelefónico mencionado en el artículo 13 de la presente Ley.»

La Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley 31/1987, dio el siguiente redactado al artículo 25.3:

«Artículo 25.3: Asimismo, no se considerará televisión la mera recepción de imágenes para su transmisión, realizada en las mismas condiciones enumeradas en el párrafo anterior, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de antenas colectivas, ni la transmisión de imágenes citada en el primer párrafo del artículo 14.3.»

(31) Las sociedades concesionarias no podrán tener otro objeto social distinto al de la emisión de programas de televisión, sus acciones han de ser nominativas (art. 18.1), y el capital social debe ser de, al menos, 1.000 millones (18.2); no podían ser concesionarias las que fueran titulares de otra concesión; ninguna persona física o jurídica podría ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria; el límite máximo de participación en una empresa concesionaria de que pueda ser titular una persona se fijaba en el 25%, y el mismo límite se aplicaba a las acciones de titularidad extranjera.

Consejo de Ministros. La valoración de las ofertas debería hacerse teniendo en cuenta las garantías ofrecidas para salvaguardar el pluralismo, la necesidad de diversificación con los medios informativos, la evitación de los abusos de posición dominante y otras prácticas restrictivas de la libre competencia (art. 9). Además, había que atender a los siguientes criterios: viabilidad técnica y económica; producción nacional, comunitaria y extranjera; capacidad para atender a las necesidades de programación con una estructura territorial limitada y previsiones para satisfacer las diversas demandas y los plurales intereses del público (32).

5. La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por satélite (33). La Ley estableció un régimen jurídico del servicio público de la televisión que utiliza satélites de comunicaciones, buscó un mercado audiovisual equilibrado e intentó conseguir un desarrollo de la industria y de los «servicios nacionales» de este sector. La Ley tiene las disposiciones mínimas para articular este régimen jurídico y, en este sentido, se remite para posibles lagunas al ERTV, a la LOT y a la Ley de Televisión Privada. Su Exposición de Motivos nos recuerda que «[l]a televisión se encuentra configurada... como un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado» (34).

6. La Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (35). El objeto de la Ley, que se encuentra definido en el artículo 1, es garantizar la libre difusión y recepción de las emisiones televisivas entre los Estados de la Unión Europea (especialmente relevante es, en este sentido, el art. 4, *Libertad de recepción*); desarrollar determinadas producciones televisivas (Cap. II, arts. 5-8); proteger ante determinadas formas de publicidad y regular el patrocinio televisivo (Cap. III, arts. 9-15); y defender a los menores (Cap. IV, arts. 16-17). La reiteración de la idea de publicación del medio se encuentra en el enunciado de los artículos (por ejemplo, arts. 2, 5, 6) y en los órganos competentes para controlar el cumplimiento de la Ley y, en su caso, sancionar: el artículo 18.2 considera competente

(32) Véase LAGUNA DE PAZ, págs. 239 y ss.

(33) «BOE» núm. 308, de 24 de diciembre.

(34) Esta retención de titularidad también se manifiesta en la forma de gestionar el servicio: de forma directa por el ente público de Radiotelevisión (art. 2), y de forma indirecta, a través del otorgamiento de concesiones (art. 3).

(35) «BOE» núm. 166, de 13 de julio.

para la función de control e inspección al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. La autoridad competente para sancionar es diferente según se trate de una infracción grave (Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente) o muy grave (Consejo de Ministros). El artículo 18.3 prevé que las Comunidades Autónomas ejercerán las hasta ahora citadas funciones respecto del contenido de la programación de los terceros canales propios y de los servicios de televisión sobre los cuales les corresponda otorgar el título habilitante.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PROGRESIVA EROSIÓN DE LA DOCTRINA DEL SERVICIO PÚBLICO

La legislación citada en el epígrafe anterior fue declarada globalmente admisible desde un punto de vista constitucional en una serie de sentencias que empiezan con la STC 12/1982 y que, de momento, finalizan con la STC 127/1994. No obstante, desde 1990 el Tribunal Constitucional español ha acusado la progresiva pérdida de fundamentación de gran parte de la doctrina tradicional defensora del principio de retención estatal de las telecomunicaciones y ha forzado a los poderes públicos a elaborar los proyectos de disposiciones normativas que rompan el citado principio. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había rechazado el monopolio estatal de radiotelevisión.

En la sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia y otros contra Austria* (36), decidió por unanimidad que el monopolio austríaco de radiotelevisión era una limitación intolerable a las reglas básicas sobre libertad de expresión del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que todos los Estados miembros del Consejo de Europa se comprometen a respetar.

En el caso, fueron varios los demandantes: unos vecinos y unos comerciantes de un bloque de apartamentos que querían instalar una red de televisión por cable, un político de extrema derecha que quería crear una emisora de radio, una asociación que pretendía emitir programas radiofónicos no comerciales y una sociedad mercantil que demandaba la concesión de una frecuencia radiofónica (37). A todos

(36) Publicado en el volumen 276 de la serie A de las Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994.

(37) *Informationsverein Lentia* era una asociación de copropietarios y vecinos de una

ellos, excepto a uno que desistió a la vista de la legislación aplicable, el Gobierno austríaco les denegó la correspondiente autorización.

Para el Gobierno demandado, el monopolio estatal del servicio público de televisión, por ejemplo, estaba sobradamente justificado ya que servía para que los Estados pudieran reglamentar no sólo los aspectos técnicos de la actividad audiovisual, sino, además, «asignar» a ésta «su posición y su papel en la sociedad moderna» (38). Además, sostenía el Gobierno austríaco, el mercado no era capaz de soportar un número de estaciones privadas lo suficientemente amplio como «para evitar las concentraciones y la constitución de monopolios privados» (39).

Escasamente persuadido por esta argumentación, el Tribunal resolvió que el monopolio es una técnica de intervención «desproporcionada»: de todos los medios imaginables para garantizar la objetividad y el pluralismo informativos, el monopolio público «es el que impone las restricciones más fuertes a la libertad de expresión»; hay soluciones alternativas menos coercitivas y no había ninguna razón para elegir la más extrema (40). «Gracias a los progresos técnicos de las últimas décadas», añadió el Tribunal, «las restricciones» que implica el principio del monopolio «ya no pueden seguir fundamentándose hoy en consideraciones relacionadas con el número de frecuencias y canales disponibles» (41).

A la alegación económica replicó el Tribunal que el argumento está «desmentido por la experiencia de diversos Estados europeos, de dimensión comparable a Austria, en los que la coexistencia de estaciones públicas y privadas, organizada según modalidades varia-

residencia de 458 apartamentos y 30 comercios situada en Linz que había solicitado sin éxito una autorización para crear una red cerrada de televisión por cable. El Ministerio federal austríaco de Transportes rechazó la solicitud alegando el párrafo 1.2 de la *Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks*, que atribuía al legislador federal la competencia exclusiva sobre la materia, y el párrafo 20 de la *Bundesgesetz über die Aufgaben und die Einrichtung des Österreichischen Rundfunks*, que establecía el monopolio estatal de la radiodifusión. Jörg Haider, el segundo demandante, era un político de extrema derecha que, con otras personas, había concebido el proyecto de crear una emisora regional de radio, proyecto que había abandonado al ver la legislación aplicable. El tercero era la *Arbeitsgemeinschaft Offenes Radio* (AGORA), una asociación que pertenece a la Asociación Europea de radios libres (FERL) que pretendía crear una emisora regional de radio para emitir programas no comerciales en las lenguas alemana y eslovena. El cuarto, Wilhelm Weber, era accionista de una sociedad italiana propietaria de una emisora de radio comercial que emitía programas destinados al público austríaco y que quería hacer lo mismo en Austria. En último lugar, Radio Melody Gmbh era una sociedad de responsabilidad limitada austríaca que había solicitado sin éxito la autorización para emitir programas de radio.

(38) Núm. 30.

(39) Núm. 40.

(40) Núm. 39.

(41) «Además ha perdido... muchas de sus razones de ser con la multiplicación de emisiones extranjeras destinadas a un público austríaco.» *Ibidem*.

bles y provista de medios que deshacen las posiciones monopolísticas hace vanales los temores expresados» (42).

La resolución entierra la doctrina de que las telecomunicaciones son servicios públicos esenciales de titularidad estatal cuyo régimen de explotación puede quedar a la discrecionalidad absoluta de los gobiernos o de las mayorías parlamentarias. Esta fue, sin embargo, la tesis con la que se inició la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español hace doce años, aunque sus resoluciones más recientes hayan supuesto una ruptura clara de la misma.

Comencemos recordando las líneas fundamentales de la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre 1982 y 1990:

4.1. *La STC 12/1982 y la doctrina del servicio público*

En el caso resuelto por la *STC 12/1982, de 31 de marzo* (43), Antena 3, S. A., recurrió en amparo contra el Auto del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 22-7-1981 y otras resoluciones que denegaron presuntamente su demanda de ejercicio del derecho a gestionar y a explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de la televisión.

Antena 3, S. A., solicitó al Ministerio correspondiente (44) la autorización administrativa para poder gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de la televisión, en todo el ámbito estatal, por ser un derecho que ampara la Constitución. La recurrente, basándose en la libertad de expresión reconocida por el artículo 20 CE, presentó demanda de amparo constitucional (45).

(42) Núm. 42.

(43) «BOE» núm. 95, de 21 de abril. Pleno. Magistrado Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Recurso de amparo.

(44) En primer lugar, por escrito de 12 de diciembre de 1980, al Ministerio de Cultura, y posteriormente al Ministerio de la Presidencia, debido al cambio de adscripción del ente público RTVE, realizado por el Real Decreto 1615/1980, de 31 de julio. Ante la denegación presunta, Antena 3, S. A., presentó recurso contencioso-administrativo, el 16-1-1981, a través del procedimiento especial previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó por Auto de 8 de abril de 1981 que el procedimiento especial no era pertinente. La actora presentó recurso de apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que fue desestimado por Auto de 22 de julio de 1981, en el que se aceptaban íntegramente los fundamentos de la resolución de la Audiencia Nacional, según los cuales el acto desestimatorio afecta al derecho a exponer y difundir libremente, mediante la gestión y explotación de una cadena privada de televisión, los pensamientos, ideas y opiniones sólo «de modo reflejo»; en cambio, afecta directamente al derecho de libertad de empresa, que no está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 62/1978.

(45) El Abogado del Estado, después de considerar el recurso formalmente inadmisibles por falta de agotamiento de la vía previa, se manifestó en contra del amparo, ya que la pretensión de la recurrente no era que la Administración no la entorpeciera en el ejercicio de un derecho preexistente, lo que podía realizarlo el particular por sus propios medios, sino que reclamaba que se le otorgase un derecho para el ejercicio del cual creía necesaria

El Tribunal defendió en un *obiter dictum* casi extravagante la libertad de creación de medios de comunicación:

«No existe inconveniente —dijo— en entender que el derecho de difundir ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (46).

Pero inmediatamente, el Tribunal negó que esto se aplicara al caso y, en general, a los medios de comunicación audiovisual. La negativa supone la consagración de un *modelo dual* de regulación de los medios de comunicación (47): la libertad de los particulares para crear directamente y sin mediación estatal medios de comunicación existe en materia de *prensa escrita*, pero no en los *medios de comunicación audiovisual* (48). En relación a éstos, y a diferencia de la prensa escrita, había cuatro buenas razones justificativas del principio de servicio público y, por tanto, de su corolario, la retención estatal de las telecomunicaciones —la escasez del medio, el uso del dominio público, las obligaciones internacionales y la exigencia de preservar el pluralismo.

Pero, antes de entrar en su descripción y análisis, ha de destacarse que el planteamiento del recurso ponía al Tribunal en una posición difícil, pues la sociedad recurrente pidió probablemente demasiado y forzó así el rechazo del recurso. En efecto, Antena 3, S. A., pretendía obtener *directamente y sin más trámites* «autorización administrativa» para emitir; en su opinión, el derecho a la libertad de expresión e información garantizado por el artículo 20 CE excluía la intervención reguladora estatal, fuera del tipo que fuera, y, por tanto, podía exigir el reconocimiento de «su derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de imágenes y sonidos por medio de la televisión para todo el ámbito nacional» (49). El *petitum* era, con toda probabilidad, excesivo pues suponía pasar del monopolio estatal de la televisión pública a la desregulación pura y simple. Así las cosas, resulta perfectamente explicable que los jueces

una autorización de la Administración, ya que se trata de *bienes demaniales*, como son las ondas. No puede obligarse a la Administración a dar una concesión ya que ésta sitúa al particular en una situación de *privilegio*. Si el artículo 20.3 CE se interpreta permitiendo la gestión indirecta de los servicios del Estado hace falta una regulación legal, que no existe.

El Fiscal General del Estado, que consideró agotada la vía previa, consideró que la simple afectación de «modo reflejo» es suficiente para instar el amparo.

(46) FJ 3.

(47) Sobre el modelo dual véase nuestro libro *El derecho de la libertad*, cit. en nota 2.

(48) Luis LÓPEZ GUERRA ha señalado que «hablar de un régimen dualista en cuanto a los medios de comunicación no deja de ser optimista, puesto que más bien habría que hablar de régimen poliédrico. Cada variedad de medio de comunicación parece guiarse por sus propios principios». Cita tomada de la exposición pública de *Garantía del pluralismo e intervención pública en los medios de comunicación*, cit. en nota 3.

(49) Antecedentes 1 y 3 de la sentencia 12/1982.

constitucionales se negaran a dar semejante paso. No es objeto de este trabajo analizar contrafactualmente cómo hubiera podido ser el sentido de la resolución de haber sido otra la demanda de los recurrentes. Aquí sólo cabe advertir de su más que probable exceso y analizar críticamente los cuatro argumentos esgrimidos por el Tribunal:

a) El *argumento de la escasez*. No todo el mundo puede emitir sino que sólo algunos pueden llegar a hacerlo y, por tanto, quienes lo consiguen alcanzan una posición de privilegio que requiere la intermediación estatal. El medio utilizado —el espacio radioeléctrico— es un bien escaso, ofrece posibilidades limitadas de utilización, y, por ello, el Estado debe garantizar la concurrencia en igualdad de oportunidades, ha de cuidar «... de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por el resto de ciudadanos, de forma tal que la creación de un medio no ha de impedir la creación de otros iguales o similares» (50).

b) El *argumento de la utilización de un bien de dominio público*. La calificación del espacio radioeléctrico como bien de dominio público (FJ 3) conlleva la necesidad de obtener autorización para su uso.

c) El *argumento de las obligaciones internacionales*. En este ámbito «existe una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y, dentro de ésta, una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de tal manera que es necesario que los organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen, en atención al interés público internacional, a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia» (51).

d) El *argumento —y límite— del pluralismo*. La retención estatal de las telecomunicaciones es una decisión política constitucionalmente admisible siempre que los medios de comunicación se organicen de tal modo que «respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado», que garanticen la «preservación» del «pluralismo». En el texto de la sentencia no se distingue entre *pluralismo externo* —el que resulta de la libre competencia en el mercado de una multiplicidad de agentes de información que responde a las demandas de los consumidores (52)— y *pluralis-*

(50) FJ 3.

(51) FJ 3.

(52) El TC se inspira en la doctrina económica clásica del *monopolio natural* y afirma que la «escasez natural o tecnológica» conduce a un oligopolio en el sector: «la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de reproducción que se crea tiene que ser-

mo interno —el que deriva de una organización y control «social», «corporativo» o «parlamentario» del medio—, pero se insiste en que el artículo 20.1 CE incluye, además de un derecho de libertad, «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental... la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político».

Pocas semanas después, la STC 26/1982, de 24 de mayo (53), resolvió un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno central contra los Decretos 82/1981, de 10 de abril, y 83/1981, de 13 de abril, del Govern de la Generalitat de Catalunya (54). El Tribunal resolvió que, teniendo en cuenta «el ámbito de cobertura del servicio de radiodifusión [en modulación de frecuencia] [que] es exclusivamente local» y el texto de la Disposición Adicional Primera del Estatuto de la Radiotelevisión, las competencias controvertidas correspondían «en principio» a la Comunidad Autónoma. Sin embargo, los argumentos que acabamos de ver recogidos en la STC 12/1982 integran aquí el fundamento material de las competencias básicas del Estado, normativamente expresadas por el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya en relación con el artículo 149.1.27 CE (55).

virse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización». En este caso, «su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar» (FJ 3).

(53) «BOE» núm. 137, de 9 de junio. Pleno. Magistrada Ponente: Gloria Begué Cantón.

(54) Sobre la resolución de solicitudes de concesión de emisoras en frecuencia modulada relativas a la primera fase del Plan Técnico Transitorio de Radiodifusión Sonora en ondas métricas de frecuencia modulada.

(55) «El ejercicio de las competencias en cuestión está sometido a condicionamientos derivados de la naturaleza del servicio objeto de concesión, de las competencias que el Estado se reserva en esta materia y de los compromisos internacionales por él asumidos. La descentralización del servicio público de radiodifusión comporta la utilización por los particulares de un bien de dominio público y de uso limitado y excluyente —el espectro radioeléctrico reservado a la radiodifusión sonora en frecuencia modulada—, el cual, a su vez, constituye un medio privilegiado de comunicación social que contribuye al ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE. Por ello, la Comunidad Autónoma ha de respetar las normas delimitadoras de la utilización de dicho bien y configuradoras de la radiodifusión privada, que se hallan contenidas en la legislación a la que dicho Estatuto remite y que constituyen las condiciones básicas o requisitos generales a que deberá sujetarse la prestación del servicio en todo el territorio nacional; así lo exige el principio de igualdad» ... «Por otra parte, el otorgamiento de las concesiones ha de sujetarse a un *plan nacional* a través del cual se lleve a cabo la coordinación nacional e internacional, por las características específicas del servicio» (FJ 6).

4.2. *Evolución de la doctrina de la STC 12/1982 en la jurisprudencia posterior*

Esta línea jurisprudencial se fue reiterando durante los años ochenta y hasta 1994, en sentencias como la 44/1982 (56), 74/1982 (57), 79/1982 (58), 106/1986 (59), 21/1988 (60), 181/1990 (61),

(56) STC 44/1982, de 8 de julio («BOE» núm. 185, de 4 de agosto), que reproduce para Euskadi la doctrina de la 26/1982.

(57) STC 74/1982, de 7 de diciembre («BOE» núm. 13, de 15 de enero de 1983), que reitera los criterios de la 12/1982.

(58) STC 79/1982, de 20 de diciembre («BOE» núm. 13, de 15 de enero de 1983). Sala Segunda. Magistrado Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra. Recurso de amparo contra denegación por silencio de la petición dirigida al Ministerio de la Presidencia, el 14 de octubre de 1981, sobre ejercicio del derecho a gestionar y transmitir información a través de la radio.

El Tribunal Constitucional partió de la consideración de que la radiodifusión era un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado y dedujo que no iba contra el artículo 20 CE la utilización de la técnica concesional para la gestión indirecta de este servicio: «[c]uando se trata de un servicio público, y éste se funda en la idea, entre otras, de la limitación del medio por razones tecnológicas y la utilización de bienes de posibilidades reducidas de utilización, no puede invocarse una actuación inicialmente libre» (FJ 3).

(59) STC 106/1986, de 24 de julio («BOE» núm. 193, de 13 de agosto). Pleno. Magistrado Ponente: Antonio Truyol Serra. Cuestión de inconstitucionalidad por supuesta inconstitucionalidad del artículo 1, párrafo 2, de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión, promovida por la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con motivo del recurso de Luis Maldonado Trinchant contra la resolución del Ministerio de la Presidencia, de 3 de febrero de 1983, que le denegó la inscripción de frecuencias solicitada.

«La declaración de la actividad de radiodifusión como actividad de servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esta actividad; ni la ausencia de tal declaración representaría sin más la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar, en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio y televisión en favor del particular que lo licitase» (FJ 3).

(60) STC 21/1988, de 18 de febrero («BOE» núm. 52, de 1 de marzo). Pleno. Magistrado Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno estatal contra el artículo 15.5 de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/1984, de 4 de julio, de creación del Ente Público Radiotelevisión Valenciana y la regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalitat Valenciana.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso, pues consideró que la inclusión de la palabra «cable» en el artículo 15.5 quedaba fuera de las competencias legislativas de la Generalitat Valenciana, ya que la «creación de una sociedad para la emisión y transmisión de televisión por cable era una materia reservada a un organismo del Estado» (FJ 3).

(61) STC 181/1990, de 15 de noviembre («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre). Sala Primera. Magistrado Ponente: Luis López Guerra. Recurso de amparo. Miguel Fernández López contra Decreto del Alcalde de Callosa de Segura de 25-6-1987 y otras resoluciones.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo a un instalador de vídeos comunitarios que reclamaba contra un decreto municipal que le imponía una multa, revocaba la licencia para explotar y prohibía el tendido de cables. La exigencia del pago de unas tasas y de aprobación del plan técnico correspondiente, dijo el Tribunal, están justificadas en «protección del uso legítimo de bienes de dominio público» (FJ 3).

206/1990, 119/1991 (62), 108/1993 (63), 146/1993 (64), 167/1993 (65), 168/1993, 244/1993, 278/1993 (66) y 127/1994.

El cambio de línea jurisprudencial se produce con la STC

(62) La STC 119/1991, de 3 de junio («BOE» núm. 162, de 8 de julio). Sala Segunda. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Recurso de amparo. Radio Costablanca, núm. 1 Europea, S. A., contra las resoluciones del Director del Gabinete de la Generalitat Valenciana y de la Directora General de Medios de Comunicación Social de esta Comunidad, dictadas, respectivamente, los días 10 y 16 de julio de 1987, por las que se acordó la interrupción de las emisiones y el precintado de los equipos para realizarlas, así como contra las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia y de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, de 14 de enero y de 3 de octubre de 1988, que las confirmaron.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado; reiteró una vez más la doctrina establecida por la STC 12/1982 y señaló que no podía «equipararse la intensidad de protección de los derechos primarios» a informar y a expresarse, «directamente garantizados por el artículo 20 CE», con la de los derechos «meramente instrumentales de aquellos» relacionados con la creación de los medios de comunicación, respecto de los cuales «el legislador dispone... de mucha más capacidad de configuración» (FJ 5). Con cita de la sentencia anteriormente reseñada, se reiteraban sus referencias genéricas a la dualidad entre radiodifusión y televisión, de un lado, y a «otros medios», de otro. Pero, de nuevo, se dejó escapar otra ocasión para entrar en el fondo de las posibles justificaciones del trato diferenciado.

(63) La STC 108/1993, de 25 de marzo («BOE» núm. 100, de 27 de abril). Pleno. Magistrado Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (Presidente del Tribunal). Conflicto positivo de competencia. Govern de la Generalitat de Catalunya contra la resolució del Director General de Telecomunicacions que disponia la incoació de expediente sancionador por el funcionamiento de una emisora de radiodifusión en frecuencia modulada sin la correspondiente concesión administrativa.

En la línea de la STC 26/1982, se reafirma que la Generalitat de Catalunya, titular de las competencias sustantivas de otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio de radiodifusión, también tiene la competencia para adoptar las medidas sancionadoras, que son una medida de ejecución más (FJ 3).

(64) La STC 146/1993, de 29 de abril («BOE» núm. 127, de 28 de mayo). Pleno. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno central contra la Ley de las Cortes de Aragón 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión. Se declara la constitucionalidad de esta Ley porque, con posterioridad a los hechos que dieron lugar al recurso, se aprobó la Ley orgánica 9/1992, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE.

El artículo 3.e), en relación con el artículo 3.1 de esta Ley, establece que se transfiere a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia en materia de radiotelevisión y otros medios de comunicación «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución».

(65) STC 167/1993, de 27 de mayo («BOE» núm. 147, de 21 de junio). Pleno. Magistrado Ponente: Vicente Gimeno Sendra. Conflicto positivo de competencia. Gobierno vasco contra el Real Decreto 780/1986, de 11 de abril, por el que se da una nueva redacción al Real Decreto 2704/1982, de 3 de septiembre, sobre tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos y condiciones para el establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas.

Es constitucional el RD 780/1986, que exige la autorización de la Dirección General de Telecomunicaciones del Estado para establecer y hacer funcionar una estación radioeléctrica: tal y como se detalla en la STC 168/1993, la finalidad pretendida por el Real Decreto controvertido es ordenar las telecomunicaciones en el sentido de «ordenar la tenencia y el uso de equipos, aparatos y estaciones radioeléctricas» (FJ 3), que cae dentro de la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.21 CE. No pretende, en cambio, ordenar el acceso a un medio de comunicación social y, consecuentemente, no incide en el «ejercicio de las libertades de información y expresión a través de ondas radioeléctricas», materia objeto de la competencia compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma a la que hace referencia el artículo 149.1.27 CE. Véase la STC 168/1993.

(66) STC 278/1993, de 23 de septiembre («BOE» núm. 256, de 26 de octubre). Con-

31/1994, a la que después siguen las SSTC 47, 98, 240 y 281/1994, y 12/1995. De todas formas, ya antes, y al menos desde la STC 206/1990, la doctrina básica expuesta por la sentencia 12/1982 empieza a debilitarse y, además, aparecen líneas de pensamiento contrapuesto defendidas por minorías significativas en votos particulares. En 1994, el Tribunal acaba forzando la acción de un legislador que se resistía, y todavía se resiste, a renunciar al monopolio del llamado servicio público de radiotelevisión. A continuación destacaremos las sentencias de esta jurisprudencia que ya apuntaban los puntos de debilitamiento o de ruptura que en el año 1994 se acabaron de manifestar.

4.3. *Servicio público y libertad de expresión: la STC 206/1990*

La STC 206/1990, de 17 de diciembre (67), abre una brecha en la jurisprudencia constitucional. Las resoluciones cuestionadas en una serie de recursos de amparo acumulados habían denegado la solicitud de atribución de frecuencias y potencias de emisión para poner en funcionamiento estaciones transmisoras de propiedad del recurrente, de baja potencia y alcance local, en VHF y en UHF. El Tribunal Constitucional denegó los amparos solicitados. Conviene poner atención en la argumentación utilizada:

Después de recordar la distinción entre el derecho primario a informar y el derecho instrumental a crear el medio de información

flicto positivo de competencia promovido por el Gobierno central contra el Decreto 270/1985, de 19 de septiembre, de la Generalitat de Catalunya, regulador del ámbito territorial de las actividades relativas a la televisión. El Decreto facultaba a la Secretaría General de la Presidencia para interrumpir sistemas emisores o transmisores de televisión que no dispusieran de la correspondiente concesión administrativa, así como ordenar el precintado de los equipos y su depósito en dependencias públicas.

La sentencia resuelve el conflicto en favor de la competencia estatal y declara la nulidad del Decreto 270/1985. Se recoge el criterio interpretativo de los apartados 21 y 27 del artículo 149.1 CE, de distinción de competencias, establecido por la STC 168/1993, al que se ha hecho referencia anteriormente; y también la doctrina de la STC 26/1982, según la cual quien tiene la titularidad para otorgar la concesión —y no quien la tiene sobre la atribución de frecuencias y potencias— tiene el control y la inspección (FJ 2). Así pues, si bien es cierto que las reglas de competencia sobre emisiones clandestinas de radiotelevisión caerían dentro del apartado 27, el principio de titularidad de las potestades de inspección y sancionadoras por quien tiene la titularidad sobre la concesión se usa para privar de legitimación competencial al Decreto recurrido.

(67) «BOE» núm. 9, de 10 de enero. Sala Segunda. Magistrado Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Recursos de amparo acumulados. Javier Maldonado Trinchant y otros contra diferentes resoluciones del Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno, que denegaron la atribución de frecuencias y potencias de televisión y radio, y las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que las confirmaron.

—a la que era aplicable la doctrina establecida por la STC 12/1982—, el Tribunal reconoció *la posibilidad de que «los cambios en los condicionamientos técnicos... y también en los valores sociales puedan suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la "publicatio"»*, es decir, su publicación, pero «del artículo 20 CE no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sea a nivel local. Ni tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa... sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar» ... «*incluso admitiendo en hipótesis la legitimidad constitucional de la configuración de la televisión por cable como un servicio público... esta calificación no es una etiqueta que, una vez aplicada al medio, permita cualquier regulación de la misma ni, concretamente, prescindir de la regulación constitucional de la libertad de información y expresión del artículo 20 CE, así como de la interdicción del principio de arbitrariedad del artículo 9.3 CE»* (68).

El Tribunal Constitucional era consciente de la erosión a que se veía sometido el argumento de la escasez: los recurrentes habían alegado que, en su caso —emisiones «de baja frecuencia y alcance exclusivamente local, bien por ondas hertzianas, bien por cable»—, *no existían «limitaciones técnicas en relación al número de frecuencias posibles»* (69) y que, por tanto, faltaba el único fundamento de la gestión indirecta del servicio, «de acuerdo con la STC 12/1982»; su derecho a emitir, concluían, nacía directamente del artículo 20 CE.

A esto respondió el Tribunal que «[l]a legitimidad de la calificación constitucional de la televisión como servicio público responde a una serie de razones, entre las cuales se encuentran las de carácter técnico», pero «que no son, aun así, las únicas; también existen las derivadas de la exigencia de preservar el pluralismo» (70). Resulta, sin embargo, que quizás se trataba de ganar tiempo y, consecuentemente, *frenar la introducción del fenómeno* y no únicamente de garantizar el pluralismo: «[n]o es constitucionalmente exigible —añadió— que la regulación legal o la actuación administrativa... sólo tenga como último límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar» (71). Resultaba manifiesto, pues, que no se trataba exclusivamente de acudir a solventar las exigencias de ordenación del mercado derivadas de la existencia de fa-

(68) FJ 6.

(69) Cursivas nuestras.

(70) FJ 5, con cita del FJ 6 de la STC 12/1982.

(71) FJ 7.

llos de éste. En la línea de la STC 12/1982, la decisión se remitía a las preferencias de la mayoría política (72).

«Radiodifusión y radiotelevisión» (73), concluyó en esta ocasión el Tribunal, «plantéan... una problemática propia y quedan sujetas en todos los ordenamientos a... algún grado de intervención administrativa que no sería aceptable o admisible respecto de la creación de otros medios» (FJ 6, con cita del art. 10.1 del Convenio de Roma sobre Derechos Humanos de 1950). Se apuntaba, así, a la *concepción dual* del derecho de la comunicación, pero sin entrar en detalles sobre su justificación ni mucho menos sus límites.

4.4. *Las SSTC sobre la LOT y las críticas a la retención estatal de las telecomunicaciones*

La primera sentencia sobre la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones es la STC 189/1991, de 3 de octubre (74), sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de la misma.

El Pleno del Tribunal Constitucional desestimó la cuestión de inconstitucionalidad: «la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita» —art. 1.2 de la Ley 4/1980, del Estatuto de Radio y Televisión (75), y art. 2.1 LOT (76)— y, concretamente, la televisión por cable está calificada por el legislador como un servicio de difusión y, por tanto, como un servicio público esencial de titularidad estatal —arts. 2.1 y 25.2 LOT (77)—; después de reiterar una vez más los

(72) La limitación que supone la previsión para la televisión, y no para la radio, de «las emisiones de ámbito nacional como única modalidad de gestión por los particulares» se justifica por idénticas razones de remisión a la decisión política del legislador (FJ 8).

(73) Énfasis añadido.

(74) «BOE» núm. 265, de 5 de noviembre. Pleno. Magistrado Ponente: Carlos de la Vega Benayas. Cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 25.3 de la LOT, promovido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

(75) Vid., *supra*, 3. *La legislación...* Artículo 1.2: «La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado.»

(76) Artículo 2.1: «Conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, y en los términos de la presente Ley, las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, con las excepciones que se establecen en los artículos 9, 10, 21 y 22.»

(77) Artículo 25.2: «La televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difusión y en ningún caso podrá prestarse como servicio final o de valor añadido.»

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

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

principios establecidos por la STC 12/1982, el Tribunal Constitucional concedió que «no implican necesariamente» ... «que las razones que legitiman la configuración de la televisión como servicio público sirvan también para justificar esta calificación cuando la actividad de difusión televisiva tiene un simple alcance local y se transmite mediante cable, ya que no se puede excluir que motivos técnicos o de otro tipo no sean suficientes para legitimar la declaración como servicio público de una televisión de estas características». Con cita de la STC 206/1990, se advirtió que *«incluso admitiendo en hipótesis la legitimidad constitucional de la configuración de la televisión por cable como servicio público... tal calificación no es una etiqueta que, una vez aplicada al medio, permita cualquier regulación de la misma»* ni, concretamente, prescindir de la regulación constitucional de la libertad de información y expresión del artículo 20 CE, así como de la interdicción del principio de arbitrariedad del artículo 9.3 CE (78).

Pero la cuestión de inconstitucionalidad se limitaba al inciso del artículo 25.3 LOT, que decía «sin utilizar el dominio público», en contra de los artículos 20 y 14 CE. Planteada en estos términos, el Tribunal Constitucional afirmó que la cuestión había de ser rechazada: «la limitación no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado sino... en la consideración de que la emisión de imágenes que sobrepasa los límites establecidos en el citado precepto no es ya vídeo comunitario sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa» (79). Y como «la calificación de la televisión por cable como servicio público» no había sido «cuestionada por la Sala proponente», el Tribunal no podía «hacer un juicio de constitucionalidad de la misma», por lo que, finalmente, lo desestimó (80).

El argumento es muy formal porque la base argumentativa de la teoría del servicio público aplicada a la radiotelevisión había quedado, como mínimo, seriamente minada: no había ninguna cuestión sustancial de escasez en la televisión por cable, tampoco de legalidad ni necesariamente de monopolio. Quedaba el apoyo que el uso del dominio público ofrecía a la calificación de la actividad.

No resulta extraño, por eso, el voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente: «[l]a diferenciación entre la plena licitud de los vídeos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de aquellos que hagan uso de él... es una pal-

(78) FJ 3. Énfasis añadido.

(79) «[C]omo —añadía— por otra parte admite el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (FJ 4). La justificación es exclusivamente normativa: no se ofrecen argumentos materiales. Véase qué se dice a continuación en el texto.

(80) FJ 4.

maria violación del artículo 14 CE por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable»: «la finalidad de la prohibición... no puede ser... limitar el número de aquellos que tienen acceso a un mismo centro de difusión, pues... el número de habitantes de una manzana formada por grandes edificios contiguos excede, con mucho, al de vecinos de un pueblo integrado por viviendas unifamiliares. Tampoco... la de impedir el monopolio de una empresa emisora en un ámbito dado, pues la existencia de una red de distribución no impide el establecimiento de otras. Todavía menos, por último, la de asegurar la utilización común o especial del dominio público, que ya está garantizada por las normas que establecen el régimen jurídico de éste. Se trata, en definitiva, de una prohibición absurda, carente de toda razón de ser, que no puede fundamentar ninguna diferenciación; tan absurda como la que impidiese la apertura de salas cinematográficas cuya frecuentación no estuviese restringida a los vecinos del mismo bloque de viviendas» (81).

De forma parecida, el magistrado López Guerra negó la aplicabilidad del argumento de la escasez por prohibir sin más una actividad comunicativa: «[l]a consideración de dominio público de un medio escaso como el espacio radioeléctrico (STC 12/1982) puede legitimar... la supeditación del ejercicio de la libertad de expresión mediante emisiones de televisión a la existencia de una legislación ordenadora del medio. Pero el dominio público al que se refiere el artículo cuestionado... es la vía pública, difícilmente estimable... como un

(81) Y desde el punto de vista de los derechos fundamentales a la libertad de expresarse y de difundir información veraz del artículo 20 CE, no se entrevé ninguna razón para que una prohibición tan genérica pueda encontrar justificación en los límites concretos que su número 4 especifica: no el honor, ni la intimidad, ni la propia imagen, pues, escribía Rubio Llorente, «nadie se ha quejado de esto, ni puede justificar esta preservación la prohibición, *a priori*, de una actividad que podría ser utilizada para lesionar el derecho de otros». Y «la prohibición constitucional de censura previa (art. 20.2) impide, *a fortiori*, declarar fuera de la Ley un género de medios de comunicaciones en cuanto tal». ¿Quizás la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia de los estragos de la pornografía?, se preguntaba retóricamente Rubio: «tampoco este argumento resiste la más mínima crítica» pues, en primer lugar, «una cosa es regular el contenido posible de los mensajes y otra bien diferente es prohibir que se difunda algún mensaje»; y, en segundo lugar, «no se advierte la razón que pueda abonar la necesidad de proteger a los niños o a los adolescentes de los espectáculos pornográficos que les vienen del otro lado de la calle, dejándolos absolutamente desprotegidos delante de los que proceden de otra casa de la misma acera, ni autoriza la naturaleza del medio a la protección de ningún tipo de clase. Las transmisiones de imágenes por cable sólo pueden recibirse en el domicilio de los abonados y dentro de él son los padres y no el Estado los que han de decidir qué se ha de prohibir a los menores».

El voto particular del magistrado Rubio Llorente finalizaba con una referencia a la infracción del derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE: la publicación de la actividad empresarial era algo que se habrá de valorar en su caso, pero en éste había simplemente una prohibición absoluta. Del mismo modo empezaba el voto particular del magistrado Rodríguez Piñero: «el precepto», la regla del artículo 25.3 LOT, «implica... no la mera sujeción a una concesión administrativa... sino una prohibición de esta actividad».

medio escaso; y no encuentro ninguna razón suficiente para considerar que el ejercicio de un derecho fundamental, como el recogido en el artículo 20.1.a) CE... haya de quedar impedido o en suspenso hasta que el legislador estime oportuno regularlo».

Cabe destacar la segunda sentencia sobre la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, la *STC 168/1993*, de 27 de mayo (82), que estableció un criterio de distinción entre el artículo 149.1.21 y el artículo 149.1.27 CE bastante favorable a las competencias estatales: «... [los] aspectos de la radiodifusión conectados con las libertades y los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el artículo 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias».

«En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento de que la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria —dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisiones de radio y televisión calificadas por su recepción por un gran número de usuarios. Pero es indudable que siendo el contenido del título competencial del artículo 149.1.21 CE virtualmente más expansivo que el otro del artículo 149.1.27 CE, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión» (83).

La sentencia desestimó *in toto* los recursos y dio por buena la totalidad de la regulación de la LOT. En su voto particular, el magistrado Gabaldón López ya objetó —volvería a hacerlo en la *STC 127/1994*, de 5 de mayo— que «[l]a regulación en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de los denominados servicios de difusión, bajo la única justificación competencial expresa del artículo 149.1.21 supone necesariamente excluir de su ámbito aquellos cuya

(82) «BOE» núm. 147, de 21 de junio. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Recursos de inconstitucionalidad acumulados. Gobierno de Canarias, Xunta de Galicia y Govern de la Generalitat de Catalunya contra diferentes artículos de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

(83) FJ 4.

cobertura está en el artículo 149.1.27, que es el que atribuye competencia expresa al Estado respecto al régimen de prensa, radio y televisión, pero sólo para dictar normas básicas; y a las Comunidades Autónomas para su desarrollo y ejecución» (núm. 5). Pero la introducción en la LOT de un capítulo específico para los citados servicios de difusión —el IV, arts. 25 y 26— no ha de servir para entender atribuidos éstos... a la competencia exclusiva del Estado. Esto supondría un «desapoderamiento» de la competencia exclusiva de las CC.AA. (id.). La Ley salta de los aspectos técnicos de la radiodifusión —como la atribución de frecuencias— a los jurídicos —la concesión de emisoras—, aspectos para los que el Estado no tiene la competencia exclusiva porque constituyen «el medio material para el ejercicio del derecho fundamental del artículo 20.1.a) CE». Además, «la discrecionalidad» de esta Ley es «máxima» y es «consecuencia de la atribución del carácter de servicio público a la prensa, radio y televisión», con el efecto de que «el derecho... fundamental... ya no se configura como un derecho sometido a licencia... sino que se convierte en una mera expectativa para obtener una concesión» (núm. 6) (84).

(84) STC 244/1993, de 15 de julio («BOE» núm. 192, de 12 de agosto de 1993). Pleno. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Conflictos positivos de competencia acumulados. Gobierno vasco contra el Real Decreto 1201/1986, de 6 de junio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de autorizaciones administrativas para la instalación y funcionamiento de instalaciones radioeléctricas. En la línea de lo establecido por la STC 168/1993, se declara la constitucionalidad del Real Decreto 1201/1986 y de la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1986, sobre autorizaciones administrativas para la instalación y funcionamiento de estaciones radioeléctricas receptoras de programas de televisión transmitidos por satélite de telecomunicaciones de servicio fijo por satélite: la sentencia recoge la interpretación del artículo 149.1, núms. 21 y 27, según la cual el primero establece una competencia exclusiva del Estado para la ordenación de las telecomunicaciones y las radiocomunicaciones, y el segundo establece una competencia compartida Estado-CC.AA. sobre la radio y la televisión en cuanto medios de comunicación social, en la que sólo corresponde al Estado dictar las normas básicas (FJ 2). La normativa discutida en los conflictos de competencia objeto de la sentencia se refería claramente a aspectos técnicos de la telecomunicación y, por tanto, era competencia estatal (FJ 4; vid. también el FJ 5, que insiste en ello).

En su voto particular, al que se adhirieron los magistrados Vicente Gimeno Sendra, José Gabaldón López, Rafael Mendizábal Allende y Carles Viver i Pi-Sunyer, el magistrado Luis López Guerra negó que la autorización de la instalación de antenas parabólicas destinadas a recibir programas de televisión destinados al público fuese una cuestión únicamente técnica directamente relacionada con la ordenación del dominio público radioeléctrico y, por tanto, con la ordenación de las telecomunicaciones. El título competencial de la Comunidad Autónoma vasca se encontraría en el artículo 10.3 del Estatuto de Autonomía de Euskadi, competencia sobre instalación de productos industriales; así, como dice el magistrado, la materia «está pasando de ser considerada elemento técnico de la ordenación de la radiocomunicación a la más modesta condición de electrodoméstico».

4.5. *La STC 127/1994, de 5 de mayo, sobre la Televisión Privada, y la crisis de la doctrina del servicio público (85)*

4.5.1. *Los recursos de inconstitucionalidad.*

La Ley de Televisión Privada fue recurrida por el Parlament y el Govern de la Generalitat de Catalunya, por el Parlamento Vasco y por 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular.

Para el Govern y el Parlament de la Generalitat de Catalunya, el motivo fundamental del recurso no era ni la violación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información (art. 20 CE) ni la del derecho a la libre iniciativa económica —libertad de empresa— (art. 38 CE), sino la intromisión de la Ley en ámbitos reservados a la competencia de los poderes públicos autonómicos. La disputa se planteaba así no entre el poder público y los particulares, sino entre reguladores y candidatos a serlo (86).

Por su parte, el Parlamento vasco alegó la infracción de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81 CE (87). Además, la Ley recurrida, en tanto en cuanto configuraba la televisión como un servicio público esencial retenido por el Estado (vid. art. 128 CE), excluía la acción libre de los particulares, que se convertían en «virtuales fideicomisarios de las facultades estatales» (88). Para los recurrentes, «[n]o es posible la reserva al sector público de actividades cuyo desarrollo constituye un derecho fundamental» (89). En este caso, y a diferencia del anterior, la discusión se planteaba entre la afirmación le-

(85) «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 1994. Pleno. Magistrado Ponente: Vicente Gimeno Sendra. Recursos de inconstitucionalidad acumulados del Parlament y Govern de la Generalitat de Catalunya, Parlamento de Euskadi y 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la totalidad y una pluralidad de artículos de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (LTP).

(86) Alegaban fundamentalmente vicios de incompetencia derivados de la ambigüedad de la Ley y de la imprecisión del carácter básico de sus preceptos; adujeron asimismo la falta de participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración del Plan Técnico Nacional de Televisión Privada (PTNTP), la violación de la atribución de competencias del artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Catalunya y el uso indebido del artículo 128 CE, por no ser de aplicación a los derechos fundamentales; señalaron que el PTNTP (arts. 4 y 5) vaciaba las competencias autonómicas. Además, el Parlament de Catalunya consideraba que la Ley y el citado Plan no garantizaban la pluralidad lingüística, y denunciaba la falta de participación autonómica en la elaboración del PTNTP respecto a las emisiones de cobertura limitada.

(87) Este artículo establece que las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales han de tramitarse como leyes orgánicas y deben aprobarse por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en la votación final sobre el conjunto del proyecto. Según los recurrentes, a través de la televisión se ejerce el derecho fundamental a la libertad de expresión y de información (art. 20 CE) y la Ley debía haber revestido la forma de orgánica.

(88) Antecedente de Hecho núm. 12. *Rectius*: fiduciarios.

(89) «La televisión —añadían— no es más que un medio para el ejercicio del derecho fundamental. Pero se distingue de los otros medios por diversos motivos: a) utiliza —ex-

gal de los poderes del Estado y la sostenida en el recurso de los derechos de los particulares.

Finalmente, el Grupo Popular fundamentó su recurso en la alegación de que los actos de ejercicio de derechos fundamentales no podían declararse de servicio público: «el hecho de que se trate de un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos no impide que se pueda prestar en régimen de libre concurrencia». «El monopolio televisivo al que abocó la declaración de servicio público se convierte en un instrumento de propaganda política e ideológica» (90). Añadían que el artículo 128 CE, según el cual «mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general», no se podía aplicar a las actividades no necesariamente económicas como la radiodifusión. Concluían, en la línea del recurso del Parlamento vasco, que el Estado no podía asumir la titularidad originaria de un derecho fundamental y dejar a los particulares sólo su ejercicio.

4.5.2. *Las alegaciones del Abogado del Estado.*

El Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, estableció una difícil distinción cuando expuso que la Ley no «desarrollaba» derechos fundamentales, sino que sólo los «afectaba» (91) y que, por ello, no tenía por qué revestir la forma de orgánica. Añadió entonces, con cita de la jurisprudencia a la que hemos venido haciendo referencia, que la caracterización de la radiotelevisión como servicio público esencial no era constitucionalmente objetable. Por otra parte, semejante caracterización estaba permitida por el artículo 10.1 del

cepto en el caso del cable— un bien que no es susceptible de apropiación privada, es decir, el aire o el espacio; b) las propias características del medio imponen un reducido número de emisiones; c) el actual coste de las instalaciones impide a cualquier ciudadano —que no cuente con cuantiosos recursos económicos— la utilización de este medio; d) la trascendencia e influencia de la televisión es muy superior a la de cualquier otro medio de información de la opinión pública; e) frecuentemente se encuentra disciplinada por el Derecho Internacional.»

Ciertamente, los recurrentes reconocían que estas peculiaridades excluyen que el ejercicio de la libertad de expresión mediante la televisión se pueda hacer al margen de algún tipo de intervención pública. Ahora bien, los tipos posibles de intervención administrativa no podían llegar al extremo de expropiar a los ciudadanos de su derecho para después restituirles algunas facultades con la fórmula de la concesión. El discurso del Parlamento vasco giraba en torno a un argumento de peso: los titulares del derecho a la libertad de expresión son los ciudadanos y no la Administración pública (art. 20 CE).

(90) Antecedente de Hecho 17.b).

(91) Antecedente de Hecho 25.c).

Convenio de Roma sobre Derechos Humanos (92) y la hacía posible la misma naturaleza de la radiotelevisión: «no es lo mismo el derecho a expresar una opinión o a comunicar una información que el derecho a fundar una editorial o a emitir mediante ondas radioeléctricas para difundir opiniones e informaciones. En ningún caso se puede deducir del artículo 20.1 CE un derecho originario e incondicionado a emitir mediante emisoras de radiodifusión sonora o de televisión, un derecho libre y exento de toda intervención normativa configuradora. La interposición del legislador es indispensable, según resulta de la STC 12/1982».

Ciertamente, los derechos a expresarse libremente y a difundir y recibir informaciones verdaderas del artículo 20 CE, reconocía el Abogado del Estado, eran derechos inequívocos de libertad. Sin embargo, en materia de radiotelevisión conservaban su vigencia las razones aducidas por la sentencia 12/1982, y, por ello, había de rechazarse que el derecho de emitir programas de radiotelevisión con cobertura nacional fuera un derecho fundamental de libertad y que sus titulares fueran las personas, como sucede con los derechos de información y expresión (93). Además, emitir programas de televisión con cobertura estatal no dejaba de ser una actividad económica por el hecho de ser, además, otras cosas. Ello justificaba la invocación al artículo 128 CE. El denominado Plan Técnico Nacional de Televisión Privada preveía el establecimiento de la regulación técnica del servicio y, en este sentido, respetaba la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista por el artículo 149.1.21 en relación al artículo 149.1.27, según la jurisprudencia constitucional antes citada.

4.5.3. *La sentencia.*

La sentencia rechazó los cuatro recursos (94):

a) *La reserva de ley orgánica.*

Para el Tribunal Constitucional, la ley no infringía la reserva constitucional de ley orgánica del artículo 81 CE, pues éste establece

(92) «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorizaciones previas.»

(93) Antecedente de Hecho 25.d).

(94) Tras rechazar las razones procesales de inadmisión alegadas por el Abogado del Estado, que pedía la inadmisión de los recursos de los Parlamentos de Catalunya y el País

que son leyes orgánicas las relativas al *desarrollo* de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y la ley recurrida no «desarrolla» directamente los derechos fundamentales sino que (sólo) los «afecta». Tampoco «regula» de manera «directa» los «elementos» o «aspectos» «esenciales» del derecho fundamental. (Sólo) «se limita a ordenar el acceso de tres sociedades concesionarias... a la gestión indirecta del servicio público mediante un determinado sistema de difusión de señales y para difusiones con cobertura nacional» (95). Esta difícil distinción encuentra, quizás, explicación en las afirmaciones de la jurisprudencia constitucional anterior —SSTC 12 y 74/1982— según las cuales la implantación de la televisión privada era una «decisión política que podía adoptarse en el marco constitucional por la vía de una ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 CE» (96).

Pese al título omnicompreensivo de la ley, añadió el Tribunal Constitucional, ésta sólo regula una modalidad, la televisión de cobertura estatal mediante emisiones por ondas. Por eso, nada impedía la existencia futura de leyes que regularan otras posibles modalidades de televisión.

Vasco porque en ellos no se citaban correctamente los preceptos impugnados: el primero se refería a más preceptos de los citados por la Mesa de la Cámara; y el del Parlamento vasco porque pretendía la anulación de una «Disposición Transitoria Unica» inexistente en lugar de la Disposición Adicional de la Ley. El Tribunal Constitucional rechazó una interpretación tan estrecha, pues, de un lado, «es evidente la interconexión de las normas» y, de otro, «no cabe... restringir el objeto del recurso a causa de una discordancia entre el acuerdo de recurrir del órgano legitimado y la demanda formalizada por su representante» (FJ 2).

(95) Los argumentos que refuerzan esta afirmación son los siguientes:

1. Interpretación restrictiva de la reserva para evitar la petrificación abusiva en beneficio de una mayoría histórica que convertiría al Congreso en constituyente permanente; no se puede equiparar la vertiente negativa de exclusión del decreto-ley (86.1 CE) con la reserva de ley.

2. Desarrollo «quiere decir desarrollo directo...», y no todo lo que afecta a los derechos fundamentales es desarrollo directo..., es decir, una regulación de sus aspectos esenciales (FJ 3).

3. La radiotelevisión es una «materia extremadamente flexible», «sometida a constantes cambios e innovaciones tecnológicas», de tal modo que el recurso a la ley orgánica podría «bloquear» la intervención posterior del legislador ordinario.

(96) STC 12/1982, FJ 6, y STC 74/1982, FJ 4. En la doctrina, véanse Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 116 y ss.; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 156 y ss.; Fernando GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 81», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985, págs. 1216 y ss.; Juan PEMÁN GARCÍA, «Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 135 y ss.; Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*, Madrid, 1981.

El argumento es falaz: permite disminuir la trascendencia de una ley que «afecta» a derechos fundamentales por el procedimiento de fragmentar su regulación y distribuirla en el tiempo. Con todo, la doctrina de esta resolución debe entenderse en el marco de la jurisprudencia posterior a la STC 31/1994 que limita la autonomía del legislador en lo que se refiere a otras modalidades de televisión.

El tema de la violación de la reserva de ley orgánica fue la cuestión más debatida en los votos particulares a la sentencia, como veremos posteriormente.

b) *La distinción entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a crear medios de comunicación.*

Tampoco se había producido una limitación constitucionalmente intolerable de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, pues hay, continuaba diciendo el Tribunal, «una distinción» (97), pero no una «separación» entre los «derechos a transmitir información en radiodifusión» y los «instrumentos técnicos» mediante los cuales la difusión se hace posible. En los segundos era constitucionalmente admisible más intervención estatal que en los primeros.

La anterior es una consideración sutil: si «distinguir» es conocer algo por aquello que le diferencia de otra cosa, «separar» es ciertamente apartar, poner a una cosa fuera del contacto o proximidad de otra (igual o distinta), pero también es distinguir unas cosas de otras (98). Por otro lado, la «distinción» entre derechos a expresarse y a informar, por un lado, y derechos a crear los medios para hacerlo, por el otro, no tiene base en el texto del artículo 20 CE: éste dice expresamente que «[s]e reconocen y protegen los derechos» a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» —art. 20.1.a)— y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» —art. 20.1.d)—. La sentencia realiza una interpretación restrictiva de la letra del artículo 20 CE que es contraria a su propia doctrina sobre interpretación de las reglas sobre derechos fundamentales, tendente a garantizar la mayor efectividad de los mismos. En el límite, el argumento del Tribunal

(97) Que califica de «importante y matizada». *Ibidem*.

(98) Véanse las acepciones de las voces correspondientes en el *Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española «Vox»*, Barcelona, Bibliograf, S. A., 1987.

supone prescindir del artículo 20 CE, pues la distinción criticada reduce la libertad de expresión e información a la libertad de pensamiento, que está recogida en otro artículo de la Constitución, el 16.

- c) *La reserva de ley del artículo 53.1 CE, la habilitación reglamentaria del artículo 5 LTP y la distinción entre competencias autonómicas (art. 149.1.27 CE) y competencias estatales (art. 149.1.21 CE) y la STC 168/1993.*

El artículo 5.1 de la Ley habilitaba al Gobierno para aprobar el denominado «Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada» y el 5.2 delimitaba su contenido (99). Para el Tribunal, la habilitación reglamentaria dispuesta por el artículo 5 de la Ley tampoco infringía la reserva del artículo 53.1 CE, ya que ésta no impide la «intervención auxiliar o complementaria del Reglamento... indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades previstas por la Constitución». En el caso, añadía el Tribunal, el artículo 5.2 de la Ley contenía una «delimitación suficiente» del objeto de la remisión (100). Mas la razón de fondo para rechazar las alegaciones de inconstitucionalidad era otra: la regulación de las condiciones técnicas necesarias para garantizar la «adecuada prestación del servicio» no son «ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución ni... una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio, en el sentido expresado en el artículo 53.1 de la Norma fundamental... sino un simple complemento reglamentario de carácter técnico» (101).

El Tribunal recoge aquí una doctrina establecida por primera vez con claridad por la sentencia 168/1993, de 27 de mayo, la segunda sentencia sobre la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (102).

(99) El Plan comprenderá «la regulación de las condiciones de carácter técnico que sean necesarias para garantizar la adecuada prestación del servicio y, entre ellas, las siguientes: a) sistemas de transporte y difusión de señales previstos para la prestación del servicio por parte de las sociedades concesionarias; b) bandas, canales, frecuencias y potencias reservadas para la emisión de los programas de tales sociedades, así como emplazamientos y diagramas de radiación de los centros emisores y reemisores; c) la delimitación de las zonas a que se refiere el artículo anterior».

(100) FJ 5. Véanse J. M.^o BANO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Ed. Cívitas-Universidad Complutense, Madrid, 1991; Ricardo GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; M. REBOLLO PUIG, *Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*, núm. 125 de esta REVISTA, 1990, págs. 7 y ss.

(101) FJ 5.

(102) Vid., *supra*, apartado 4.4. *Las SSTC sobre la LOT...*

De hecho, el apartado C del Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia reconoció que «la afirmación» sobre «el encuadramiento del contenido del plan técnico en la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.21 de la Constitución» debía «verse excepcionalmente en lo que atañe a la letra c) del artículo 5.2 en relación con el artículo 4.2 de la Ley, preceptos referidos a la delimitación de las zonas territoriales inferiores a la nacional de producción y emisión de programas» (103). En efecto, hubiera sido muy difícil defender que «el contenido cultural y lingüístico de las programaciones... es un extremo estrictamente técnico e inocuo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados». Sin embargo, la concesión del Tribunal llega al supuesto de hecho pero no a sus consecuencias: «no se alcanza a ver razón alguna —dice el Tribunal— por la que el respeto al» pluralismo cultural y lingüístico de las nacionalidades y regiones «que el artículo 3.3 de la Constitución reconoce... no deba operar también para los medios de televisión privados». Así pues, y según el Tribunal, los aspectos técnicos que efectivamente son tales corresponde naturalmente regularlos al Estado en virtud de la competencia del artículo 149.1.21 CE, y los que no lo son quedan al margen de las competencias autonómicas, ya que se entiende que deberán ser respetados en cuanto son principios generales reconocidos por el artículo 3.3 de la Constitución. Por el camino se pierde toda referencia al artículo 149.1.27 CE y, por tanto, a las competencias autonómicas de desarrollo de las normas básicas del régimen de radio y televisión en lo que afecta a los derechos fundamentales.

- d) *La constitucionalidad de la «publicación» de la televisión y la libertad de empresa. La exigencia del ámbito nacional de emisiones y los principios de universalidad y pluralismo.*

El Parlamento vasco y el Grupo Popular habían alegado que la *publicatio* de la televisión era incompatible con el principio de libertad de empresa del artículo 38 CE. El Tribunal Constitucional, en su respuesta a esta alegación, no entró en el fondo de la cuestión y se limitó a reiterar su doctrina sobre la constitucionalidad de la calificación legal de la televisión como servicio público esencial: la «publicación» seguía siendo una opción posible para el legislador (104). No

(103) Artículo 4.2: «La concesión deberá, asimismo, prever la emisión de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada.» Para el artículo 5.2, vid. nota 99.

(104) Cita las SSTC 12/1982, 74/1982, 35/1983 y, «con mayor relevancia para nuestros fines», la STC 106/1986, en cuyo FJ 3 se dijo que «la declaración de la actividad de radiodi-

obstante, concedió, la STC 206/1990, de 17 de diciembre (105), ya había recordado que el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «permite someter a la televisión a un régimen de intervención administrativa previa en diversas formas entre las que se incluye la técnica concesional» y que «la calificación de servicio público es constitucionalmente lícita... para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales, pero “no es, en absoluto, una etiqueta que, una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar” (106). Los cambios en los condicionamientos técnicos —por las mejoras tecnológicas— y en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en la constitucionalidad de la titularidad estatal como en los límites a la gestión privada del servicio, que el legislador está obligado a realizar; del mismo modo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de otros Tribunales Constitucionales ha evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada; pero, en cualquier caso, un límite cierto a cuanto precede es que del artículo 20 de la Constitución “no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir”».

El principio del servicio público, indicó el Tribunal, encuentra su justificación, pero también sus límites, en el servicio «a los intereses generales» y en el aseguramiento «de la vigencia de otros bienes y derechos constitucionales». Pero no resulta admisible «acaparar indebidamente servicios televisivos». En definitiva, el instrumento del servicio público debe utilizarse para: i) «asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial en cualquier comunidad»; ii) «garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa», y iii) «ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional».

fusión —sonora y de televisión— como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad» (FJ 6).

(105) Aunque «de forma sobrevenida a las alegaciones de las partes en este litigio» —así como las SSTC 119/1991 y 31/1994—. *Ibidem*.

(106) La STC 189/1991, de 3 de octubre («BOE» núm. 265, de 5 de noviembre), establece que la idea de servicio público no permite cualquier regulación, mientras que la STC 31/1994, de 3 de enero, recuerda que el principio de concesión administrativa es constitucionalmente legítimo.

Queda por explicar por qué de todas las técnicas publicísticas conocidas que permiten conseguir esas finalidades se recurre a la más restrictiva del derecho fundamental a la libertad de expresión e información y del principio de libertad de empresa: el servicio público, que, en el caso, únicamente puede ser gestionado indirectamente por tres concesionarios.

Además, y como reconoció el Tribunal Constitucional, la misma calificación de servicio público es polémica, pues la noción no es unívoca: es, señaló, «un concepto muy debatido por la doctrina... sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas». Pero, de nuevo, el Tribunal se negó a extraer consecuencia alguna de sus premisas pues, dijo, se trataba de un debate en el que «no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar... de no ser inevitable». Y, según su juicio, no lo era: literal y sistemáticamente, el artículo 128 CE distingue entre recursos y servicios, es decir, «permite a la Ley reservar al sector público "recursos" y "servicios" esenciales». Por eso, «los servicios esenciales de una comunidad no tienen por qué ser recursos naturales o económicos». La amplitud de la primera noción «puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia en las sociedades de masas contemporáneas, por suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública» (107).

La distinción no alcanza a justificar la necesidad de las conclusiones que se hacen derivar de ella: por qué, para preservar el pluralismo, se recurre precisamente a la técnica del servicio público con preferencia a otras mucho más respetuosas de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, información y del principio de libre empresa. Más adelante, el Tribunal acude, para hacerlo, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cita los casos *Groppera* y *Lentia*, resueltos en 1990 y 1993, respectivamente (108). En *Groppera* (109), dijo el Tribunal español, se decidió que el artículo

(107) FJ 6.

(108) *Groppera Radio AG y otros*, STEDH de 28 de marzo de 1990; publicaciones del TEDH, serie A, vol. 173, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990. Para el caso *Lentia*, vid. nota 36.

(109) *Groppera Radio AG y otros*: en 1979, Belton s.r.l., una sociedad mercantil italiana, construyó una emisora de radio en el Pizzo Groppera (de 2.948 m. de altitud, cerca de Campodolcino, Italia, y a 6 Km. de la frontera suiza) para Radio 24 AG, una sociedad suiza predecesora de Radio Groppera AG. Los transmisores de la emisora permitían emitir en un radio de 200 Km. y alcanzar a un tercio de la población suiza. Radio 24 AG había sido creada por un súbdito suizo para eludir el monopolio de radiodifusión de su país, monopolio que sería suprimido en 1983. Los programas emitidos podían ser recibidos por los propietarios de aparatos tradicionales de radio y, además, por operadores de cable que los retransmitían. El 17 de agosto de 1983, el Consejo Federal suizo dictó un reglamento por el que se creaba una tercera categoría de licencia para antenas comunitarias. Por ella

10 del Convenio de Roma permite a los Estados «reglamentar, mediante un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio y, en particular, sus aspectos técnicos» (110). Pero, en el caso, se trataba de un sistema de licencias en sentido estricto, es decir, de remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho subjetivo del solicitante y no de concesión de la simple gestión indirecta de un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado. La cita del caso *Lentia* (111) por parte del Tribunal Constitucional español —«[s]e señaló allí que los Estados gozan de un margen de apreciación para juzgar la necesidad de las restricciones», necesidad «que debe justificarse por el legislador de manera razonable y convincente» (112)— aún es más improcedente que la anterior pues, en esta ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió por unanimidad que el monopolio austríaco de radiotelevisión era una limitación intolerable a las reglas básicas sobre libertad de expresión del Convenio de Roma: el monopolio, señaló el Tribunal, es una técnica de intervención «desproporcionada» pues, si de lo que se trata es de garantizar la objetividad y el pluralismo informativos, es el medio más restrictivo de los imaginables y no hay razón para recurrir al instrumento más extremo (113).

El Tribunal acogió el argumento, tomado por el Abogado del Estado del caso, antes citado, *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, según el cual quienes acceden a alguna de las tres concesiones previstas por la ley recurrida «de algún modo goza de un “privilegio” ya que... utiliza —con un uso privativo y excluyente de otros— un recurso valioso y limitado». El sistema de concesión previsto por la Ley pretende, señaló el Tribunal, «impedir un monopolio privado» de la televisión que es, añadió, «no menos odioso, desde la perspectiva de la ex-

se autorizaba operar en las redes de distribución locales allí definidas, así como reemitir programas de radio y televisión de las emisoras que cumplieran los requisitos establecidos por el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 25 de octubre de 1973 y otras regulaciones internacionales. En cumplimiento de esta disposición, desde principios de 1984 varios operadores suizos de cable dejaron de retransmitir los programas emitidos por la sociedad demandante. Groppera Radio dejó de emitir en el verano de 1984 y, aunque recurrió judicialmente las resoluciones administrativas de las autoridades suizas por las cuales se declaraba la ilegalidad de sus emisiones, los tribunales de este país decidieron que la sociedad recurrente carecía de interés en el caso en tanto en cuanto había dejado de emitir. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que el sistema de licencias establecido por el reglamento puesto en cuestión no violaba el artículo 10 del Convenio de Roma.

(110) FJ 6. El Tribunal Constitucional toma la cita de la sentencia *Groppera*: «El propósito de la tercera frase del artículo 10.1 del Convenio es dejar en claro que los Estados pueden controlar, mediante un sistema de licencias el modo de organizar la radiodifusión en sus territorios y, en particular, en sus aspectos técnicos» (núm. 62).

(111) Véanse, *supra*, notas 36 y 37.

(112) FJ 6.

(113) Núms. 39-40.

clusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado» (114). Mas, de nuevo, queda por justificar por qué la retención estatal de las telecomunicaciones y la creación de un oligopolio de tres concesionarios sirve mejor a la comunidad que otras técnicas alternativas y mucho menos extremas. Así, la sentencia insiste en la innegable existencia de razones que fundamentan algún género de intervención pública en las telecomunicaciones, pero tampoco en esta ocasión explica por qué las limitaciones más estrictas son tan constitucionales como otras que lo sean en mucho menor grado y que contribuyan igual o más poderosamente a preservar el pluralismo informativo.

Algo parecido sucede con las referencias al principio de libertad de empresa: ésta, dice el Tribunal, «no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos... a recibir una información libre y pluralista... dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula». En cambio, se lee en la sentencia, «la noción de servicio público es una técnica que —al igual que otras constitucionalmente posibles— puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas» (115). Nótese, en primer lugar, que el Tribunal asume como un dato «la tendencia al monopolio» de los medios informativos; nótese también que la técnica del servicio público se acomuna con las demás posibles como si todas fueran iguales, como si ninguna de ellas fuera más respetuosa que otras con el principio de libertad de empresa: todo es constitucionalmente posible porque todo es igual...

Sin embargo, en los razonamientos del Tribunal que acabamos de recoger, se desliza una referencia al «ámbito nacional» de las emisiones que es una de las claves de la decisión legislativa que la sentencia convalida: se apunta aquí a una razón casi implícita de política cultural que aflora muy poco en la resolución pero que subyace a los discursos del legislador estatal —art. 4.1 de la Ley— y, luego, del Tribunal: al margen de su viabilidad económica y al margen también del grado de competencia que se establezca en el mercado, las televisiones privadas deben emitir en todo el territorio del Estado. La televisión se concibe así como un genuino servicio público que contribuye a vertebrar la comunidad lingüística y la cultura de la vida cotidiana de los españoles. En esa referencia al ámbito de las emisiones está, a nuestro entender, uno de los elementos centrales para entender las dos decisiones. Se trataba de preservar la homogeneidad cul-

(114) FJ 6.

(115) FJ 6.

tural y lingüística de la sociedad y no, pese a las protestas en contrario del Tribunal, su pluralismo. En la soterrada defensa de la comunidad cultural se encuentra la raíz de la justificación del principio de servicio público. De hecho, de la defensa del principio del pluralismo hubiera debido llevar a su corolario comunitario: en el Estado hay más de una comunidad cultural y lingüística y no hay ninguna buena razón para limitar el acceso de las empresas privadas a la televisión de ámbito estatal, es decir, a la cultura de habla castellana. Vistas las cosas así, la referencia al pluralismo es retórica.

Y lo anterior explica la pobreza argumentativa de la convalidación constitucional del número de tres concesiones estatales, establecido por el artículo 4.3 de la Ley: los recurrentes alegan, dice el Tribunal, «que es técnicamente posible la instalación de otros transmisores en los mismos emplazamientos que los actuales y situados cerca de los grandes núcleos de población, de forma que... se obtengan emisiones con coberturas locales». La respuesta es evasiva: «de ahí no puede deducirse un vicio de inconstitucionalidad de una norma que fija un número máximo de concesiones de alcance nacional y no local precisamente en virtud de ese ámbito nacional» (116). Mas aquí, *inclusio unius exclusio alterius*: la regulación vanamente puesta en cuestión por los recurrentes cerraba el paso a las televisiones hertzianas locales y autonómicas precisamente para preservar la viabilidad de las de alcance estatal. No hay cuestión de garantía del pluralismo, sino de defensa de la homogeneidad y de la universalidad de una determinada cultura (117).

4.5.4. *Los votos particulares.*

Seis magistrados —José Gabaldón López, Luis López Guerra, Pedro Cruz Villalón, Rafael de Mendizábal Allende, Julio Diego González Campos y Carles Viver i Pi-Sunyer— suscribieron cuatro votos particulares a la sentencia; mas sólo el primero de ellos, el suscrito por el magistrado Gabaldón López, entró en el fondo de la cuestión planteada por los artículos 20 y 38 CE: «No se trata», escribió, de que la regulación legal «afecte a un medio instrumental, sino de que se condiciona de manera radical el ejercicio del derecho» fundamen-

(116) FJ 7.

(117) «A mayor abundamiento», añadía el Tribunal, las consideraciones realizadas en la Exposición de Motivos de la Ley, sobre la viabilidad económica para las empresas concesionarias, las exigencias técnicas y el «interés del público por una programación diversificada» eran extremos que debían quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, «salvo hipotéticos abusos» (FJ 7).

tal reconocido por el artículo 20 CE «en cuanto que... el medio material absorbe propiamente el derecho fundamental»; «aun con límites, el derecho de difundir la información se corresponde con el de crear el medio material. Una regulación limitativa, que prive al ciudadano de la disponibilidad de este derecho... para transferirlo a la potestad pública según criterios de oportunidad, erige al medio, que es vehículo necesario del derecho, en obstáculo para su ejercicio».

Además, añadió, la evolución tecnológica «va dejando inservibles» las conceptualizaciones de la jurisprudencia anterior de la televisión como servicio público retenido por el Estado.

Y, por último, concluyó, la técnica de las concesiones administrativas, consecuencia de la doctrina del servicio público, es difícilmente compatible con la naturaleza del derecho fundamental a la libertad de información y expresión como derechos (no sólo pero también) de libertad: «la sumisión del derecho constitucional de comunicar información, siempre que haya de ser a través de uno de estos medios (radiodifusión y televisión), a la promulgación de las normas para la organización y gestión del servicio, que es discrecional al menos en el cuándo», impide «su ejercicio por particulares mientras no sean dictadas. La naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada... al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión» (118).

El voto particular del Magistrado Gabaldón recoge así la crítica liberal clásica a la doctrina del servicio público, crítica a la que nos hemos referido repetidamente en este trabajo; mas, a diferencia de lo que se ha defendido aquí, no alude a la dimensión comunitaria y cultural de la televisión hertziana de ámbito estatal o infraestatal. Más allá de la doctrina del servicio público, pero también del liberalismo clásico, está la sugerencia de considerar explícitamente el papel de la televisión pública en la vertebración cultural y lingüística de la comunidad, para buscar un régimen jurídico que no sea ni restrictivo de las libertades de expresión e información ni incompatible con la libertad de empresa, pero que impida o, al menos, haga difícil la utilización propagandística de la televisión por parte de los poderes públicos.

Los restantes magistrados disidentes se centraron en la cuestión

(118) «[E]n dicho sistema —continuaba diciendo Gabaldón— la declaración de servicio público... podría oponerse en su raíz al derecho de comunicar libremente información a través de la televisión (o radiodifusión), por convertirlo en simple facultad de gestión concedida por la Administración.» Y este cambio, además de restringir el sentido natural del artículo 20 CE, no se compadece con lo dispuesto por el artículo 10 del Convenio de Roma, que, como hemos visto, prevé un sistema de autorización previa, es decir, de licencias en sentido técnico y no de concesiones.

de la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE y, aunque por razones matizadamente diferentes, opinaron que se había violado esta reserva y concluyeron que la ley debía haber sido declarada inconstitucional (119). Sin embargo, ninguno de ellos puso en cuestión el principio básico de la constitucionalidad de la publicación de la televisión. Antes bien, conscientes de su trascendencia, concordaron en la necesidad de acudir a la forma de la ley orgánica. Quizás no está de más señalar que, políticamente, la cuestión tenía bastante de formal: en la época en que se discutió y aprobó la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, el partido del Gobierno gozaba de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados.

4.6. *La quiebra de la jurisprudencia: la STC 31/1994 y la televisión local por cable*

La STC 31/1994, de 31 de enero (120), cambia la línea jurisprudencial hasta ahora expuesta y apremia al legislador a regular el sector de la televisión por cable.

Los recurrentes eran operadores locales de cable que explotaban empresas de vídeo comunitario, o televisión por cable, en Sabiñáñigo y Monzón, autorizadas por el Ayuntamiento, y que funcionaban por libre hasta que el Estado decidió intervenir (121).

Después de recordar la jurisprudencia constitucional a partir de la STC 12/1982 sobre la legitimidad constitucional de la calificación de la televisión como servicio público (122), el Tribunal parte de

(119) Para el Magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer, «si se parte de la premisa de que el derecho de creación de los medios de difusión forma parte de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, debe concluirse que una parte del mismo... requiere desarrollo por ley orgánica». Para el Magistrado Luis López Guerra, la naturaleza de la radio-difusión y de la televisión como medios de comunicación «exige, como condición previa a su creación... el establecimiento de un marco normativo», y éste «debe entenderse como un desarrollo» del derecho fundamental y, por tanto, se encuentra sujeto a la previsión del artículo 81.1 CE. Para el Magistrado Pedro Cruz Villalón, a cuyo voto se adhieren los Magistrados Rafael de Mendizábal y Allende y Julio González Campos, «la Ley incorpora una decisión básica, fundamental en el desarrollo normativo de la libertad de creación de medios de difusión; “desarrolla”, pues, la Constitución y lo hace de manera directa y en un elemento esencial para la definición del derecho, y lo hace, a la vez, con unos caracteres restrictivos que sólo puede legitimar el respaldo de la mayoría cualificada propia de la ley orgánica».

(120) «BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 1994. Sala Segunda. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Recursos de amparo promovidos por Lady Cocinas, S. A., y Teledimo, S. A., contra resoluciones del Gobierno Civil de Huesca que requieran a los demandantes el cese de las emisiones de televisión por cable y el desmonte de sus instalaciones, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20-7-1989 y la STS, Sala 3.ª, de 21-3-1990, que las confirmaron.

(121) Por Resolución del Gobierno Civil de Huesca de 28 de abril de 1989.

(122) FJ 5.

la importante modulación que en esta materia introdujo la STC 206/1990: «la calificación de la televisión como servicio público... no es... una etiqueta... que permita cualquier regulación... ya que están en juego» los derechos fundamentales del artículo 20 CE, «que la *publicatio* limita y sacrifica... pero que no puede de forma alguna eliminar».

«Respecto a la televisión local por cable, la omisión del legislador en su desarrollo... impide no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino también la de instar su solicitud, hecho que comporta... la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmisión mediante cable» (123).

«... [L]a ausencia de regulación legal comporta de hecho... no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición llana y lisa de aquella actividad» ... «la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto los posibles derechos, bienes o intereses a tener presentes... Ya que estas emisiones, dado el soporte tecnológico utilizado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente la vía pública puede ser estimable... como un bien escaso, ni implican, por sí mismos y de forma ordinaria, restricciones al derecho de expresión de los demás, ya que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otros... sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio...» (124).

Esta sentencia ha sido criticada por quien considera que contradice la jurisprudencia anterior sobre la constitucionalidad de la declaración de la televisión como servicio público sin excepciones y porque amplía la función del Tribunal Constitucional a las supuestas omisiones del legislador, haciendo predominar la política sobre la razón jurídica (125). Ciertamente, existe un cambio de jurisprudencia pero, probablemente, lo más criticable es que no se haya producido antes. En el marco de las posibilidades que la tecnología ofrece desde hace años en esta materia, la doctrina de la retención estatal de las telecomunicaciones era insostenible.

(123) FJ 6.

(124) FJ 7.

(125) Fernando SANTAOLALLA, *Televisión por cable y control de omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 41, mayo-agosto 1994, Centro de Estudios Constitucionales.

Con posterioridad, la doctrina establecida por esta sentencia se puede considerar consolidada: cinco sentencias posteriores del mismo año y dictadas sobre casos análogos, si no idénticos, las SSTC 47 (126), 98 (127), 240 (128), 281 (129) y 370/1994 (130), y una

(126) STC 47/1994, de 16 de febrero («BOE» núm. 65, de 17 de marzo). Sala Segunda. Magistrado Ponente: Carles Viver i Pi-Sunyer. La entidad recurrente en amparo, «Tele-Satélite Mazarrón», constituida en 1987, explotaba un vídeo comunitario en la localidad de Mazarrón. Poseía la previa autorización municipal para la instalación de la red de cable, había estado inscrita en el Registro de Empresas Cinematográficas y tenía autorización de la Sociedad General de Autores de España. Por Resolución de 22 de febrero de 1988, el Delegado del Gobierno en Murcia requirió el cese inmediato de cualquier tipo de emisión o bien que se procediera según lo establecido por el artículo 25.3 de la LOT (la conexión en red exterior y el uso del dominio público convierte la actividad en televisiva, cuya gestión indirecta está sometida a concesión administrativa). La entidad interpuso recurso contra la Resolución mediante el procedimiento especial de la Ley 62/1978, alegando infracción de los artículos 1, 14, 16, 20.1, 24.1 y 38 CE. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia declaró inadmisibile el recurso por Providencia de 8 de junio de 1989.

(127) STC 98/1994, de 11 de abril («BOE» núm. 117, de 17 de mayo). Sala Primera. Magistrado Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral. Los recurrentes, «Cartagena de Comunicaciones, S. A.» y «Teledistribución Totana, S. A.», diversos ciudadanos particulares, una sociedad civil y una comunidad de bienes, presentan recurso de amparo contra los requerimientos del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Murcia (y las sentencias que los confirmaron) por los cuales se instaba el cese inmediato de emisiones de vídeo comunitario.

(128) STC 240/1994, de 20 de julio («BOE» núm. 197, de 18 de agosto). Sala Primera. Magistrado Ponente: Pedro Cruz Villalón. Eloy Pardo Geroná contra Resolución de 22 de noviembre de 1990 del Secretario General de Comunicaciones, integrado en el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, y Sentencia de 25 de mayo de 1993 de la Audiencia Nacional que la confirma y que impone multa de un millón de pesetas y precintado e incautación de los equipos de televisión por cable.

La demanda de amparo se basa en la vulneración de los artículos 20.1.a), b) y d), 20.2 y 20.4 CE en relación con el artículo 14 CE. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 25.2 de la LOT.

El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso, porque no considera vulnerados los derechos fundamentales alegados por el recurrente. El Ministerio Fiscal informa favorablemente a la concesión del amparo con base en los criterios establecidos en la STC 31/1994, de 31 de enero.

El Tribunal considera que, aunque la televisión esté configurada como un servicio público, el legislador no puede diferir *sine die* la regulación de la actividad, ya que esto no supone una limitación de los derechos fundamentales sino su negación. Además, sin regulación no es posible someter la actividad de emisión de televisión local por cable a concesión o autorización administrativa.

(129) STC 281/1994, de 17 de octubre («BOE» núm. 279, de 22 de noviembre). Sala Segunda. Magistrado Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo. Procono, S. L., contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 1993, y contra las Resoluciones del Secretario General de Comunicaciones por las que se acuerda imponer al actor una sanción pecuniaria y se ordena el cese, precintado e incautación de los materiales e instalaciones de su propiedad.

(130) STC 370/1994, de 14 de noviembre («BOE» núm. 298, de 14 de diciembre). Sala Primera. Magistrado Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral. Recurso de amparo. VIDESA, S. A., contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de julio de 1993, y Resoluciones de la Secretaría General de Comunicaciones, de 7 de diciembre de 1990, y del Subsecretario de Obras Públicas y Transportes, de 28 de septiembre de 1992, que le imponían una sanción de un millón de pesetas, el precintado y la incautación de una emisora de televisión por cable.

del presente 1995, la 12/1995 (131), se han remitido a los criterios de la STC 31/1994.

El Gobierno del Estado, reunido en Consejo de Ministros el 23 de diciembre de 1994, aprobó el Proyecto de la Ley de Televisión por Cable (132).

(131) STC 12/1995, de 16 de enero («BOE» núm. 36, de 11 de febrero). Sala Segunda. Magistrado Ponente: Luis López Guerra. Recurso de amparo. Emiliano Delgado Rodríguez contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 1993, y Resolución del Secretario General de Comunicaciones de 24 de octubre de 1990, por la que se le condenó, como responsable de una falta muy grave y continuada por la instalación de una red de televisión por cable sin poseer la concesión administrativa, a una multa de un millón de pesetas y el precintado de la instalación.

(132) El Proyecto de Ley de Telecomunicaciones por cable («BOCG», Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 102-1), en su Exposición de Motivos, califica esta modalidad de televisión como «servicio público de titularidad estatal» que se prestará por «demarcaciones territoriales cuyo ámbito puede oscilar» —sic— «desde una parte de un término municipal hasta la agrupación de diversos términos municipales»; «se imponen límites mínimos y máximos en atención a la población existente en las demarcaciones con la finalidad de garantizar un tamaño adecuado a éstas y asegurar así la viabilidad económica del servicio», y el «título para prestar este servicio se obtendrá mediante concurso público»; «en cada demarcación territorial no existirá más que un operador de cable, además de Telefónica de España», y esta limitación se intenta justificar «en atención al elevado importe de la inversión a efectuar», aunque, sólo por citar un posible ejemplo, las compañías distribuidoras del fluido eléctrico puedan opinar que utilizar las instalaciones preexistentes para prestar servicios de telecomunicaciones por cable no es tan caro.

Según el artículo 1 del Proyecto de Ley, el objeto de ésta es «el establecimiento del régimen jurídico del servicio público de telecomunicaciones por cable (definido como el conjunto de servicios de telecomunicación consistentes en el suministro o en el intercambio de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cable) y de las redes de cable (infraestructuras de telecomunicaciones que utilizando principalmente cables de comunicaciones sean capaces de transportar cualquier tipo de señales de voz, datos, imágenes o combinaciones de ellas al público, en el ámbito de una determinada demarcación territorial)».

Las demarcaciones serán de un ámbito territorial continuo y deberán comprender, como mínimo, 20.000 habitantes (arts. 2.1 y 2.2). El máximo se determina en función de la población del municipio de que se trate, pero cuando las demarcaciones agrupen varios municipios, no podrán superar 1.500.000 habitantes (art. 2.2). Aprueban las demarcaciones los Ayuntamientos respectivos, y cuando éstas agrupen a varios municipios, la aprobación corresponde al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, previo informe de la o de las Comunidades Autónomas a las que pertenezcan (art. 2.3). Obsérvese el papel central de la Administración central y la escasa relevancia de la intervención autonómica: el contenido del informe no es vinculante. Hay que hacer notar, asimismo, la limitación genérica que supone el máximo de un solo municipio grande o 1.500.000 habitantes: la televisión por cable no se prevé que pueda devenir, como consecuencia de la propia evolución del mercado, en una televisión dirigida a todo o a gran parte del territorio estatal: de llegar a producirse, el proceso sería objeto, como veremos enseguida, de una decisión gubernamental por la que se autorizaría la interconexión de redes.

En el Proyecto, pueden gestionar indirectamente el servicio (por un plazo de quince años renovables por periodos sucesivos de cinco años, art. 5.3) sociedades anónimas domiciliadas en España y cuyo objeto social sea «la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable», con un capital mínimo que se fijará reglamentariamente «en función del tamaño y del número de hogares de la demarcación» (art. 4). Además de la habilitación genérica concedida a favor de Telefónica de España, S. A. (D. A. Primera), sólo se prevé otorgar «una concesión por cada demarcación territorial» (art. 5). Previa autorización del Ministerio citado, los concesionarios «podrán interconectar sus redes», pero, para ello y salvo que

4.7. *Televisión pública, mercado de las lealtades y servicio a la comunidad*

Resulta defendible, en cambio y en nuestra opinión, una doctrina que, además de las exigencias tradicionales de preservación del pluralismo interno y externo de los medios de comunicación audiovi-

las demarcaciones sean colindantes y pertenezcan a un mismo municipio o haya continuidad de edificación, deberán utilizar los servicios portadores previstos en el artículo 14 de la LOT (art. 7). Si, como consecuencia de la interconexión, la programación llega a más del 50% de los hogares abonados en una Comunidad Autónoma o más del 50% de los abonados en todo el territorio español, deberá sujetarse a lo dispuesto en materia de publicidad por la Ley 25/1994, de 22 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 89/552/CEE (art. 11).

El mismo Ministerio pretende reservarse facultades para «ejercer las medidas reguladoras y de arbitraje necesarias para garantizar... una oferta variada de servicios competitivos» cuando «se puedan presentar situaciones de dominio del mercado de redes de cable en una determinada demarcación», es decir, prácticamente en todo caso dada la situación de duopolio prevista por el texto; la competencia ministerial no excluye la aplicación de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (art. 9.2).

El Proyecto incluye *must carry regulations*: los operadores de cable están obligados a distribuir por sus redes los servicios de televisión por ondas, públicos y privados, de ámbito estatal, según tarifas cuyos máximos se fijan por la autoridad concesional, así como los canales de televisión —también hertziana— autonómicos y locales —art. 10.1, letras e), f) y g)—.

Finalmente, las Disposiciones Transitorias del Proyecto prevén la posible regularización de las instalaciones ya existentes de redes de televisión por cable: dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley, «el titular de la red solicitará una concesión provisional para la explotación del servicio de televisión por cable, acompañando el informe favorable de la entidad o entidades locales incluidas en la demarcación territorial afectada y una declaración comprometiéndose a presentarse al concurso que se convoque para la concesión del servicio en esa demarcación». Si el operador no solicita la concesión provisional en plazo o si en el concurso no obtiene una concesión definitiva, se abre un período transitorio de tres años a partir de la resolución del concurso, «transcurrido el cual se extinguirá el título provisional otorgado y quedando inhabilitada la red en ese momento para la prestación del servicio. Durante este período el operador de la red de cable no podrá realizar inversiones en la misma» (DT 1.^a).

Por otra parte, el Proyecto de Ley de televisión local por ondas terrestres («BOCG», Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995, núm. 103-1) pretende atribuir a los municipios «la opción preferente de gestionar el servicio» público de televisión hertziana de ámbito local («sin contraprestación económica directa» y «por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora *terrenal*», dice improbablemente el art. 1.1). Sólo en el caso de que no decidieran hacerlo, las Comunidades Autónomas podrán conceder su gestión a particulares (Exposición de Motivos; arts. 5, 9 y 13).

Las concesiones se prevén por un plazo de cinco años prorrogables y el número de ellas, por cada ámbito territorial de cobertura —en principio, el núcleo urbano principal de población de Municipio correspondiente (art. 3)—, se limita de manera radical a uno (art. 4). Se prohíbe rigurosamente la formación de cadenas de televisión o la emisión en cadena (art. 7) y se prohíbe también emitir publicidad entre las ocho de la tarde y las doce de la noche (art. 8). El control de las emisoras se deja a los plenos municipales (art. 12).

La Disposición Transitoria Única prevé la posibilidad de que las emisoras de televisión local que estuvieran emitiendo con anterioridad al 1 de enero de 1995 soliciten y obtengan la correspondiente concesión administrativa.

suales, destaque el papel básico —como infraestructura cultural de la sociedad— que tienen las exigencias de cobertura geográfica, accesibilidad económica, lenguas de emisión y diversidad sociocultural de las emisiones: la televisión pública ha de servir de vía de acceso y lugar de encuentro de la comunidad, más allá de la diversidad ideológica, cultural o económica de sus componentes. La jurisprudencia analizada en este trabajo ha insistido repetidamente en el papel de la televisión plural en la formación de una opinión pública libre, es decir, en la función política del pluralismo en una sociedad democrática. Pero, además, existe una dimensión cultural y comunitaria que trasciende a las diferencias ideológicas y que la regulación de la televisión no puede ignorar. La misma Constitución española ya hablaba en 1978 de garantizar el *acceso* de los grupos sociales a los medios de comunicación social públicos respetando el *pluralismo de la sociedad y de las diferentes lenguas de España* (art. 20.3), pero para que tal acceso resulte posible a todos, la televisión pública tiene que preservar la infraestructura lingüística e intercultural que permite a la comunidad reconocerse en sus medios de comunicación y, a la larga, que sus miembros puedan comunicarse efectivamente, reforzar su identidad colectiva y garantizar una diversidad que va más allá del pluralismo ideológico (133).

Con todo, otras implicaciones de la doctrina de la televisión comunitaria no pueden ignorarse: junto o, como hemos defendido en este trabajo, *en la base* del mercado de las ideas está el que Monroe E. PRICE ha definido en un brillante trabajo como el «*mercado por las lealtades*» (134) en el que compiten —pero también se enfrentan y aun luchan con armas propiamente dichas— quienes pugnan por conservar o alcanzar el poder y las señas de identidad que definen las fronteras de su ejercicio real o posible. Ese es un mercado en el que se vende «identidad nacional», es decir, «el conjunto de mitos, ideas y narraciones usadas por un grupo dominante o una coalición para conservar el poder» (135) y en el que los consumidores compran «lealtad», «ciudadanía», «identidad» —entendida como sentimientos compartidos de pertenencia a un grupo lingüístico, nacional, étnico, religioso o un poco de cada cosa a un tiempo—. Los consumidores de lealtad pagan un precio muy variable que va desde el

(133) Santiago MUÑOZ MACHADO, en el prólogo de la obra ya citada *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, dice que «las emisiones de televisión tienen una influencia enorme sobre la población y poseen, por tanto, un significativo dominio sobre su educación, sobre la formación de la opinión pública libre y sobre la cultura».

(134) Monroe E. PRICE, *The Market for Loyalties: Electronic Media and the Global Competition for Allegiances*, 104 «The Yale Law Journal», 666 (1994).

(135) *Ibidem*.

comportamiento civil y la obediencia ciudadana hasta el pago de impuestos y aun la prestación personal de la propia vida en defensa de la identidad colectiva o de su ampliación.

Algunas de las identidades colectivas en competencia —o en otras formas de concurso— quedan más acá de las fronteras de los Estados nacionales clásicos, pero otras van más allá. Así, muchas naciones sin Estado situadas dentro de las fronteras de viejos y nuevos Estados son ejemplo de lo primero y casi todas las religiones lo son de lo segundo. Tradicionalmente, los gobiernos de los Estados han tratado de conformar una identidad nacional y, para conseguirlo, han intentado integrar, asimilar, someter o aniquilar identidades alternativas. La reducción de las telecomunicaciones a servicio público esencial monopolizado por el Estado ha sido un procedimiento egregio de control del mercado de las lealtades y, como señala PRICE, «durante la mayor parte del siglo XX, el consenso internacional ha sido el intento de hacer coincidir transmisiones radiofónicas y fronteras estatales» (136). Y ya dentro de éstas, añade, la función que tradicionalmente se han atribuido los gobiernos en este mercado trasciende al papel que ordinariamente corresponde interpretar a cualquier gobierno como regulador y policía de un cartel de productores de identidad pues, aquí y allá, el gobierno se erige en un participante *por derecho propio* en el mercado de las lealtades: no ha habido ni hay gobierno alguno que renuncie a interpretar algún papel —más o menos relevante— en esta función. Las preocupaciones gubernamentales por símbolos nacionales como la bandera, por el establecimiento de tal o cual iglesia o de una cadena de televisión pública de ámbito estatal, en la redacción de los libros de historia o en el patrocinio de tales o cuales manifestaciones artísticas son medios frecuentemente utilizados para mantener o reforzar la cohesión de la comunidad que, además, suelen calificarse como inversiones en *bienes públicos*. Y efectivamente lo son en tanto en cuanto el mantenimiento de la paz y de la cohesión entre todos los miembros de la comunidad no distingue a quienes pagan impuestos de quienes no lo hacen pues les favorece a todos; pero, aparte de eso, indica PRICE, hay otras razones relacionadas con el designio de conservar el poder y no sólo la paz y la convivencia. Históricamente, concluye, la cuestión central no ha sido tanto si el gobierno debería o no concurrir como un partícipe más o menos privilegiado en el mercado de las lealtades como si podría ser el proveedor, en régimen de monopolio, de identidad nacional (137). En este trabajo se ha defendido claramente la posición

(136) *Ibidem*, pág. 673.

(137) *Ibidem*, pág. 677.

contraria a semejante punto de vista: los cambios tecnológicos y la ajenidad al Estado nacional de muchas comunidades imposibilitan la perpetuación del frágil *statu quo* anterior. Pero no es casual que la primera sentencia claramente opuesta al principio del monopolio —*Informationsverein c. Lentia*— haya sido dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no es un tribunal estatal: gracias a los cambios tecnológicos, los Estados nacionales viejos y nuevos tienen competidores —algunos más antiguos que el más antiguo de los Estados— que no son Estados, pero que pueden acceder con facilidad e influencia crecientes a las comunidades lingüísticas, religiosas, étnicas o a los variados grupos de toda índole a los que se dirigen.

La erosión y ruina de los monopolios estatales de telecomunicaciones son fenómenos irreversibles: «[l]a competencia desde el extranjero ha alterado la capacidad del Estado para preservar un cartel entre los competidores existentes por la lealtad y ha limitado la capacidad de los proveedores locales y regionales, proponentes de culturas insulares y discontinuas, para utilizar los medios de comunicación con el objeto de distribuir sus identidades particulares». Esto es lo que comenta PRICE en relación a la crisis del modelo holandés tradicional, que preservaba de la competencia proveniente del exterior a un haz definido de identidades holandesas —confesionales y laicas, ideológicas y culturales— titulares de los correspondientes derechos y cuotas proporcionales de emisión (138).

Sin embargo, la tesis que se ha tratado de defender en este trabajo y que patrocina la televisión pública comunitaria no monopolística encuentra su fundamento en la preservación de la *diversidad cultural* y en el intento de lograr consenso en torno a un *principio (ético) de reversibilidad*: no deben adoptarse decisiones que no puedan ser corregidas en una generación sin afectar sustancialmente a los modos de vida de los componentes de la generación que trata de enmendarlas (139).

Posiblemente se está produciendo hoy un cambio cultural comparable al que se produjo hace cinco mil quinientos años, al pasar de la cultura oral a la cultura escrita, o el que tuvo lugar en 1445 al po-

(138) *Ibidem*, págs. 677-679.

(139) Véanse Daniel BEUNZA IBAÑEZ y César SANZ PÉREZ, *La regulación de los horarios comerciales*, «Revista Jurídica de Catalunya», 1994-3, págs. 69 y ss., pág. 78. En el texto se propone que la carga para la sociedad puede ser considerada sustancial «si los componentes de otra generación han de dedicar un determinado porcentaje (el 5, 10, 20 y 25%) de sus ingresos durante los veinte años que dura esa generación a restablecer el *statu quo* anterior a la ejecución de la decisión de que se trate» (pág. 78). El principio se utiliza en los trabajos de política del derecho elaborados en el Seminario de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra, que dirige el profesor Pablo Salvador Coderch.

sibilitarse el paso de la cultura quirografía a la tipográfica: la cultura electrónica global, simbolizada a fines de 1994 por INTERNET, es ya una cultura de élites intelectuales y profesionales que se comunican en lengua inglesa. En esta situación, no es misión de los poderes públicos servir de obstáculo a un cambio cultural imparable. Lo que nosotros proponemos aquí es llamar la atención de los titulares de toma de decisiones políticas y jurídicas sobre la necesidad de que el cambio no implique la reducción, y eventual desaparición, de la diversidad cultural y, por fin, de las mismas comunidades que se reconocen como tales mediante, fundamentalmente, el uso de una lengua. De aquí una función básica y positiva de la televisión pública en la Europa del cambio de siglo. Walter ONG escribió una vez que «de las aproximadamente 3.000 lenguas habladas que existen hoy, sólo 78 tienen una literatura» (140). El tránsito a la cultura electrónica podría causar una reducción comparable y esto es algo que una regulación pública de los medios audiovisuales puede contribuir a evitar. Incluso en los EE.UU., un país muy grande y que tiene, a diferencia de los países europeos, una cultura muy poderosa que se encuentra rodeada de culturas que no suponen ningún peligro para la identidad comunitaria que garantiza la lengua inglesa, su Tribunal Supremo Federal ha dictado recientemente una sentencia que convalida las *must-carry provisions* de la *Cable Television Consumer Protection Act* de 1992. Según éstas, los operadores de cable con 12 canales o menos han de hacer llegar a sus suscriptores una estación local de televisión pública; los operadores que lleven entre 13 y 36, entre 1 y 3; y los que lleven más de 36, que son la mayoría, todas las que pidan dentro de su ámbito geográfico de difusión (141). El Congreso de los EE.UU. comprobó el elevado grado de concentración vertical y horizontal de los operadores de cable y quiso preservar el acceso a la televisión gratuita al 40% de la población americana que no tenía cable. Pretendió, en definitiva, «garantizar la supervivencia de un medio que se ha convertido en una parte vital del sistema de comunicación de la nación, y asegurar que cada persona con un aparato de televisión pueda acceder a la programación de televisión gratuita» (142).

(140) Walter J. ONG, *Orality & Literacy. The Technologizing of the Word*, Routledge, London, New York, 1991, pág. 7, con cita de Munro E. EDMONSON, *Lore: An Introduction to the Science of Folklore and Literature*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1971, págs. 323-332. Cuantificar el número de lenguas habladas es algo difícil de hacer. En este sentido, vid. Christopher MOSELEY, R. E. ASHER (General Editors), *Atlas of the World's Languages*, Routledge Reference, New York, 1994.

(141) Artículo 5. Una disposición parecida obliga a reservar canales para las redes comerciales tradicionales.

(142) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, sentencia de 27-6-1994, WL 279691 (U.S. Dist. Ct.), § 13, núms. 93-94.

Con esta decisión, en defensa de la comunidad, se va más allá de la figura del monopolio público o del peligro del monopolio privado, convirtiendo a los operadores públicos y exigiendo de los operadores privados que actúen no como monopolistas, sino como guardianes (143) de un servicio comunitario.

(143) A diferencia de lo que pasa con los diarios, «cuando una persona se suscribe al cable, la conexión física entre el aparato de televisión y la red del cable da al operador del cable, que se convierte en el cuello de la botella o en portero, un control, si no todo, de la programación de la televisión que es canalizada al hogar del suscriptor», § 19.

