

# LA TELEVISION PRIVADA Y LA CONSTITUCION

POR

TOMAS QUADRA-SALCEDO

Profesor agregado de Derecho de los medios audiovisuales

Profesor adjunto de Derecho administrativo

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PRETENDIDA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO CAUCE PARA AUTORIZAR LA TELEVISIÓN PRIVADA: A) Ilegalidad del Reglamento. B) Inconstitucionalidad del Reglamento.—III. EL PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE AMPARO DE ANTENA TRES, S. A.—IV. LOS CONDICIONAMIENTOS DE LA ACTIVIDAD TELEVISIVA: A) Las limitaciones técnicas. B) El marco socioeconómico de la actividad. C) El panorama global de la libertad de expresión. D) Posibles versiones de la libertad de expresión. E) Legitimación y sentido de la intervención pública.—V. RECONSTRUCCIÓN DEL PROBLEMA DE LA TELEVISIÓN PRIVADA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO A LA LUZ DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES: A) Desarrollo de la libertad de expresión y contenido esencial del derecho o la tensión entre Ley Orgánica y Ley Ordinaria. B) La Ley 4/80 sobre Estatuto de RTVE y la necesaria Ley Orgánica sobre televisión privada: a) El Estatuto como regulación de la actividad estatal a través de determinados medios de comunicación social. b) El Estatuto y la reserva de la actividad de televisión al Estado en su titularidad y en su gestión. C) El contenido necesario de la Ley Orgánica que regule la televisión privada.

## I. INTRODUCCION

La decisión del Gobierno del pasado verano de acometer la regulación de la televisión mediante Real Decreto puso sobre el tapete la cuestión relativa al significado y naturaleza de esa regulación en lo que se refiere a su conexión con los derechos fundamentales y libertades públicas. El Gobierno sostenía (y el Consejo de Estado, extrañamente, lo ratificó) que la decisión de conceder la gestión del servicio a particulares era una decisión de carácter reglamentario que no precisaba así de ninguna regulación legal y menos con rango de ley orgánica.

La recientísima sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982 ha venido a sentar una interpretación auténtica del artículo 20 de nuestra Constitución, que está llamada a ejercer una importante influencia en la posterior evolución legislativa de la regulación de la actividad en radio

y televisión. De momento la sentencia supone un rotundo rechazo de la insostenible tesis gubernativa de que la actividad privada en ese campo podía regularse por simple norma reglamentaria; no obstante el planteamiento al que responde la tesis gubernamental (la prestación indirecta del servicio de televisión puede regularse por Real Decreto sin intervención legislativa) y la filosofía en que se inspira la sentencia de 31 de marzo de 1982 (la existencia o no de un derecho fundamental a obtener una autorización del Estado para realizar emisiones de televisión por la entidad solicitante), no son equiparables por no ser homogéneas las perspectivas desde las que se abordan las respectivas soluciones. En todo caso, una indagación de esas perspectivas, dirigida a desvelar su significado, puede ser útil para aclarar los múltiples planos en que puede plantearse el problema del desarrollo por los particulares de la actividad televisiva. La indagación resulta además necesaria si recordamos que la entidad solicitante del amparo partía del reconocimiento del servicio de televisión como un servicio público cuya titularidad estatal no discutía, sino que, admitiéndola, solicitaba se le autorizase a gestionar por cuenta del Estado ese servicio público. La libertad fundamental legítimamente de la utilización del recurso de amparo, e invocada en éste para su protección, no era así una libertad-autonomía frente al Estado, sino una libertad-participación (el derecho ¿fundamental? a colaborar con el Estado en la prestación indirecta de un servicio público). El Tribunal Constitucional va a ir más allá, sin embargo, de este limitado planteamiento para enfrentarse claramente con la cuestión de si existe un derecho fundamental a desarrollar actividad televisiva por parte de los particulares, no ya como concesionarios, sino por su condición de ciudadanos o administrados titulares de un derecho fundamental<sup>1</sup>.

La sentencia tiene, sin embargo, un voto discrepante del magistrado señor Rubio Llorente, quien va a defender la existencia de un derecho fundamental a la actividad televisiva, instrumentada en el ámbito del servicio público de televisión, cuya calificación como tal no se discute.

## II. LA PRETENDIDA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO CAUCE PARA AUTORIZAR LA TELEVISION PRIVADA

En el mes de julio de 1981 se sometió a dictamen del Consejo de Estado un proyecto de Real Decreto en virtud del cual se regulaba el régimen jurídico de la llamada «Gestión Indirecta del Servicio Público de la Televisión». Dicho Real Decreto preveía la posibilidad de que los particulares pudieran desarrollar actividad televisiva proveyéndose previamente de la oportuna autorización, expedida por el Gobierno previa convocatoria pública, hecha a

<sup>1</sup> Sergio Fois ha puesto de relieve en su artículo «La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 1977, pág. 437, que la calificación de una actividad como servicio público afecta de modo sustancial a la forma en que se desenvuelve tal actividad; para este autor, la calificación de una actividad como servicio público, mucho más cuando se define como esencial, implica el que los particulares no puedan desarrollarla al amparo de un derecho fundamental propiamente dicho, es decir, de un derecho en el que se actúa en el ejercicio y defensa de intereses propios o que es reconocido como tal derecho fundamental en función de la propia autonomía de la persona.

partir de la elaboración por la Secretaría Técnica de Régimen Jurídico de Radiodifusión y Televisión de un plan técnico.

El dictamen del Consejo de Estado fue favorable al contenido del Real Decreto y a los importantes temas de constitucionalidad y legalidad que el mismo suscitaba.

En realidad, el Real Decreto que comentamos constituye un primer intento de eludir el choque frontal con el problema del monopolio; un intento de eludir el planteamiento del debate a nivel parlamentario evitando la ruptura del consenso en su día obtenido en torno al Estatuto de Radiotelevisión. En éste, el partido del Gobierno y el Partido Socialista habían coincidido en determinar en su artículo primero que la radio y la televisión se consideraban «servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado». El calificativo de «esencial» introducido en el artículo primero de la Ley no era inoquo, puesto que conectándolo con el artículo 128 de la Constitución, que permite reservar al Estado recursos o servicios esenciales mediante ley, justificaba el que el artículo 5.º del propio Estatuto de Radiotelevisión atribuyese al ente público RTVE todas las funciones que corresponden al Estado como titular de los servicios públicos citados<sup>2</sup>.

El planteamiento por parte del Gobierno de la conveniencia de autorizar televisiones privadas suponía una modificación del Estatuto de Radiotelevisión; y antes que dar a esa modificación estado parlamentario se prefirió buscar una fórmula que evitase el debate en ese tema. Con poca fortuna y claro error se decidió el Gobierno a plantear tan importante modificación por la simple vía reglamentaria buscando unos ardientes clavos en los que terminó por quemarse.

El punto de partida para el intento de regulación reglamentaria descansaba en el supuesto de que no se trataba tanto de regular la televisión privada al margen del servicio público, como de una de las formas de gestión del servi-

<sup>2</sup> Sobre el tema de la ley de reserva prevista en el artículo 128 de la Constitución, puede verse Oscar Alzaga, *La Constitución española de 1978*, pág. 784, en que sostiene que la exigencia del interés general que se contiene en dicho precepto se refiere sólo a la intervención de empresas, pero no a la reserva de recursos o servicios esenciales.

En relación con el tema del carácter esencial de los servicios públicos y del significado del concepto de esencial puede verse el trabajo de Fernando Garrido Falla en *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, en donde interpreta que, así como en el primer inciso del artículo 128.2 se reconoce con carácter incondicional la actividad pública, en el segundo inciso de dicho precepto se limita la reserva en monopolio al Estado sólo a aquellos supuestos de servicios esenciales. También Gaspar Ariño Ortiz en «La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión», en la obra *La empresa pública IEF*, pág. 204, donde señala la imprecisión o vaguedad del concepto de servicio público esencial.

En la doctrina italiana se ha señalado también, en relación con la televisión, cómo reviste mayor importancia en la justificación de la reserva y en la intervención pública en la actividad el carácter esencial del servicio que la misma circunstancia de la limitación de las frecuencias. En este sentido puede verse Pierandrei, «La televisione in giudizio davanti la Corte costituzionale», en *Scritti di diritto costituzionale*, III, Turín, 1964, pág. 501; Paolo Tesauro, «Note sulla disciplina costituzionale della televisione», en *Rass. dir. pubbl.*, 1960, pág. 308; Onida, «La televisione via antenna e via cavo come servizio pubblico: linee di una riforma», en *Relazione Sociali*, cuaderno 2, 1973, pág. 45, y Egidio Tosato, *Sul regime giuridico della televisione*, escrito en honor de Constantino Mortati.

cio público, aplicando la tradicional distinción en el campo del Derecho público entre servicios gestionados de forma directa e indirecta por medio de concesionario. Tal posibilidad, admisible desde luego en el plano de la teoría del servicio público, no presentaba a juicio del Gobierno ninguna dificultad, dado que el Estatuto de Radiotelevisión no había hecho afirmación explícita del monopolio estatal en la prestación del servicio de televisión; y como además resultaba que de acuerdo con la disposición final de la propia Ley 4/80, de 10 de enero, existía una habilitación en favor del Gobierno para que dictase las disposiciones reglamentarias «precisas para el desarrollo de lo previsto en este Estatuto», ninguna duda ofrecía, en su opinión, la posibilidad de regular reglamentariamente la prestación del servicio público a través de los particulares.

A esta filosofía responde el proyecto de Real Decreto que se somete a dictamen del Consejo de Estado, buscando lo que a juicio del Gobierno constituía el punto débil del Estatuto de Radiotelevisión: la falta de afirmación explícita del monopolio y la potestad reglamentaria del Gobierno para desarrollar el Estatuto. Este planteamiento ofrecía además una ventaja adicional consistente en no discutir, de entrada, el carácter de servicio público de la actividad que iba a ser concedida a los particulares; eso evitaba también la invocación del artículo 128 de la Constitución como justificador de una reserva al Estado del servicio de radiodifusión y televisión; el Estado podía seguir siendo el titular del servicio y no se discutía la decisión legislativa de hacer esa reserva a través de la Ley 4/80, de 10 de enero, ya que la concesión en favor de los particulares mantenía la actividad televisiva dentro del ámbito del servicio reservado al Estado, pero gestionado de forma indirecta.

Este planteamiento de la cuestión, en la medida en que obviaba el debate parlamentario sobre aspectos relativos nada menos que a derechos fundamentales, necesitaba no sólo de la decisión política del Gobierno, sino también de una cierta cobertura técnico-jurídica que justificase el acierto de la interpretación legislativa y constitucional; y esa cobertura la va a ofrecer el Consejo de Estado en el dictamen al Real Decreto que se somete a su consideración, que va a ser favorable, con algunas puntualizaciones de menor importancia, a la vía elegida por el Gobierno para solucionar el problema de las televisiones privadas.

El proyecto de Real Decreto ofrecía dos fallos fundamentales que no parece detectar el Consejo de Estado en su dictamen, sino que los supera con total tranquilidad. La primera dificultad estriba en la ilegalidad de un sistema de gestión indirecta no previsto en el Estatuto de Radiotelevisión y la segunda en la posibilidad de regular aspectos que pueden referirse a derechos fundamentales mediante reglamento.

#### A) *Ilegalidad del Reglamento*

En orden al primer punto debe recordarse cómo, frente a la afirmación del Consejo de Estado y del Gobierno, es lo cierto que en la Ley 4/80 se contiene un pronunciamiento explícito en orden al tema del monopolio en la gestión del servicio. No sólo es que el artículo 1.º afirme que la radio y la

televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad pertenece al Estado, y también que el artículo 5.º atribuya al ente público Radiotelevisión Española «las funciones que corresponden al Estado como titular de los servicios públicos de radiodifusión y televisión», sino que, además, el artículo 17.2 del Estatuto prevé textualmente que «la gestión del servicio público de televisión se realizará por una sociedad estatal que se denominará Televisión Española (TVE)».

Es decir, que existe un pronunciamiento legislativo en cuanto a la forma de gestión del servicio público que no deja espacio alguno para entrar en consideraciones acerca de otras posibles formas de gestión de los servicios públicos. La teoría general de la forma de prestación de los servicios públicos y sus correspondientes construcciones doctrinales o jurisprudenciales no pueden aplicarse al supuesto de la televisión, porque ya el legislador ha optado por una única forma de gestión, que es la realizada por Televisión Española, sin margen a ningún otro tipo de gestión distinta. No entenderlo así supondría, además de una flagrante contradicción con el artículo 17.2 de la Ley 4/80, un absurdo radical en sus consecuencias, pues podía implicar no sólo la admisión de formas de gestión indirecta, sino incluso las formas de gestión directa sin órgano especial de administración, esto es, la televisión gubernamental propia de la dictadura. El Estatuto de televisión ha definido la forma de gestión del servicio público de televisión; y al prever que dicha gestión corresponde a Televisión Española, y sólo a Televisión Española (sin perjuicio de las competencias que corresponden al ente público), ha configurado una gestión monopolizada del servicio público de televisión, aunque en la configuración de tal sistema de gestión no haya empleado la palabra monopolio, pero sí definido los caracteres que definen una gestión monopolista de la televisión como servicio público.

Esta evidente interpretación de la Ley 4/80 luce todavía con mayor claridad si se tiene en cuenta que justamente para el servicio radiofónico el Estatuto, para preservar la posibilidad de una gestión por parte de los particulares, se ha visto obligado a prever en su disposición adicional primera esa alternativa que constituye así una excepción a la gestión pública recogida en el artículo 17.1 para el servicio radiofónico.

El ejercicio de esa potestad reglamentaria por el Gobierno choca así claramente con la opción hecha por el legislador y no puede admitirse, por consiguiente, que suponga un «desarrollo de lo previsto en este Estatuto», como quiere su disposición final, sino una violación del mismo.

### B) *Inconstitucionalidad del Reglamento*

Pero además de la infracción legal en que incurriría una regulación reglamentaria de la televisión privada por no ajustarse a los términos de la Ley 4/80, es obvio también que esa regulación incurre en inconstitucionalidad por incidir en el ámbito de una doble reserva legal. De una parte en la reserva de ley orgánica, regulada en el artículo 81 de la Constitución, y de otra en el ámbito de la reserva legal especial, contenida en el artículo 20.3 de la Constitución.

Es evidente que si el ejercicio de la actividad televisiva por parte de los

particulares debe de tener ciertas restricciones como consecuencia de la limitación de frecuencias utilizables (si no todo el mundo va a poder montar una emisora privada de televisión en el punto geográfico en que libremente lo desee)<sup>3</sup>, entonces la atribución de competencia a un órgano para que decida quién, de los múltiples posibles solicitantes, va a poder desarrollar esa actividad y la determinación del procedimiento a través del cual se va a adoptar dicha decisión, no es un tema que pueda dejarse a la discrecionalidad del Gobierno, sino que por afectar al ejercicio de la libertad de expresión debe ser desarrollada mediante ley orgánica. Resulta en este punto sorprendente que el proyecto de Real Decreto atribuyese al Gobierno la potestad de conceder autorizaciones a los particulares; que el Gobierno se autoatribuya esa competencia, que implica y supone una actividad de selección y, por tanto, de exclusión de determinados ciudadanos del goce y desarrollo de la actividad, constituye una clara intromisión en el ámbito de la reserva al legislador orgánico.

El hecho de que se esté utilizando la figura administrativa de la gestión indirecta del servicio no puede ocultar el hecho de que la utilización de dicha figura se hace para dar satisfacción a lo que se entiende que constituye un derecho fundamental; si se tratase de un servicio público que se presta en concurrencia con actividades privadas, entonces la selección de las personas que iban a colaborar con el Estado en el desarrollo de ese servicio público no plantearía excesivos problemas, dado que la exclusión de los particulares del ámbito de la prestación del servicio público no les impediría el ejercicio de la actividad en el ámbito reconocido como libre a los particulares<sup>4</sup>.

De todo ello se sigue que la decisión acerca de si los particulares van a poder desarrollar actividad televisiva y acerca de quién les va a autorizar y cómo va a hacerse la selección, supuesto que el número de frecuencias utilizables son escasas en cada punto geográfico, es una decisión que evidentemente afecta al desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en el

<sup>3</sup> Véase Roberto Zaccaria, *Radiotelevisione e costituzione*, Giuffré Editore, Milán, 1977, página 131, quien sostiene que la limitación de frecuencias sigue siendo una realidad si se la contempla en la perspectiva de cada punto geográfico.

<sup>4</sup> Cfr. la opinión del profesor Garrido Falla en orden al concepto de servicio público como actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas cuya titularidad asume el Estado y que alcanza la naturaleza de servicio público precisamente en función «de esa reserva al sector público», de donde se deduce, a su juicio, que no es posible la concurrencia de una actividad de servicio público con una actividad libre de los particulares (*El modelo económico en la Constitución española*, cit., págs. 69 y 70); en este sentido, y amparado en el artículo 128.2 de la Constitución, parece alterar la posición que sostuviera, bajo otra normativa distinta, en su *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 350, 3.ª reimp., 5.ª ed. Sin embargo, en la misma obra *El modelo económico...*, cit., del Instituto de Estudios Económicos, Ramón Entrena Cuesta, en su trabajo «El principio de libertad de empresa», cita el caso de la enseñanza privada como uno de aquellos en que la técnica del servicio público está constitucionalmente vedada, en el sentido que los propietarios de empresa privada no son concesionarios de un servicio público, y, por tanto, habría aquí concurrencia de actividad pública de servicio público con actividad libre de los particulares; el caso de la enseñanza citado por Ramón Entrena Cuesta puede prestarse a polémicas, pero pueden citarse otros ejemplos, y muy particularmente el caso de la sanidad. Véase también García de Enterría, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», en *RAP*, 17, y Villar Palasí, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *RAP*, 3.

artículo 20 de la Constitución; y, por tanto, se incide en el ámbito reservado a la ley orgánica por el artículo 81 de la misma <sup>5</sup>.

Pero si del terreno de los derechos fundamentales reservados a la ley orgánica pasamos al terreno de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público al que se refiere el artículo 20.3 de la Constitución, parece evidente que la gestión indirecta de un servicio público estatal cae también en el ámbito de la reserva de ley especial contenida en dicho precepto constitucional, dejando por ahora al margen el tema acerca de la naturaleza que deba revestir la ley que regula la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado. Por consiguiente, también desde esta perspectiva de la organización de los medios de comunicación social dependientes del Estado se llega a la conclusión de la inconstitucionalidad de un Real Decreto que pretendiese hacer una regulación de la gestión indirecta del servicio de televisión; inconstitucionalidad que se extendería incluso al supuesto de que la propia ley contuviese, lo que no es el caso, una deslegalización de la materia remitiendo al Gobierno, en contra del artículo 20.3, la regulación de aspectos que el constituyente quiere que efectúe directamente el propio Parlamento.

De las argumentaciones precedentes se desprende, por tanto, la inviabilidad de una regulación reglamentaria de la televisión privada. Ahora bien, se desprende también, y es importante subrayarlo desde ahora, la existencia de ciertos elementos disolventes y contradictorios que podrían formularse de la forma siguiente: si la regulación de la televisión privada no puede hacerse por reglamento porque incide en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona, eso significa que el ejercicio libre de la actividad televisiva es un derecho fundamental y, por tanto, tiene que ser regulado y reconocido por el legislador; y en la medida en que la Ley 4/80 excluye la posibilidad de ejercicio de actividad televisiva por los particulares, dicha Ley sería contraria a un derecho fundamental. El argumento aparece recogido en el voto particular a la sentencia de 31 de marzo de 1982 reprochando a la mayoría del Tribunal Constitucional que se exigiese, en el texto de la propia sentencia, ley orgánica para adoptar la decisión política y organizativa de la televisión privada (lo que suponía reconocer el carácter de derecho fundamental de esta materia), y en cambio, en su fallo, rechazase el recurso de amparo en su pretensión de reconocimiento, declaración y restablecimiento al recurrente en su derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión.

Más adelante volveremos sobre este tema, verdaderamente capital no sólo en el ámbito que nos ocupa de la actividad televisiva, sino en general en el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

<sup>5</sup> Sobre el tema de la ley orgánica hay una abundante bibliografía, entre la que puede citarse, sin ánimo exhaustivo, la siguiente: Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981; Juan Alfonso Santamaría Pastor, «Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Rev. del Dpto. Político de la U. N. E. D.*, 1979; Francisco Sosa Wagner, «Aproximación al tema de las leyes orgánicas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. III, IEF, Madrid, 1979, y Tomás Quadra-Salcedo, «La ley en la Constitución: leyes orgánicas», en *REDA*, núm. 25, 1980. También, por todos, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 3.ª ed., página 137.

### III. EL PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE AMPARO DE «ANTENA TRES, S. A.»

La posición gubernativa en el tema de la reglamentación de la televisión privada que acabamos de examinar tiene un cierto paralelismo con la posición de la sociedad Antena Tres, ante la Administración y ante el propio Tribunal Constitucional. En efecto, la sociedad recurrente empieza por no discutir la calificación de la actividad como servicio público; aceptando esa calificación, lo que solicita es que se le autorice a participar en la gestión de ese servicio público. Parece también, pues, que quiere aquí evitarse un enfrentamiento directo con la calificación de servicio público de la actividad en el campo de la televisión. El Tribunal Constitucional va a subrayar este aspecto de la cuestión (en su fundamento de derecho 2, al final), al precisar cómo el recurrente no discute la calificación de la actividad televisiva como servicio público esencial, sino el monopolio o gestión directa de dicho servicio; y en relación con esa aceptación, en su fundamento de derecho 5, va a concluir que la adopción de un tal sistema de gestión indirecta requiere una decisión legislativa que no puede ser sustituida por el Tribunal Constitucional.

Esta similitud de planteamientos en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno y en el planteamiento del recurso por parte de la sociedad Antena Tres pudiera explicarse en un plano estrictamente jurídico por la dificultad que en ambos casos ha podido deducirse de la existencia del artículo 128 de nuestra Constitución y por la existencia de la declaración interpretativa formulada por España en el momento de la ratificación de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950<sup>6</sup>.

Por lo que respecta al primer extremo, como es bien conocido, el artículo 128 permite la reserva al sector público de servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio. Esa reserva se formula sin ningún condicionamiento o exigencia constitucional en orden a los fines que quieren conseguirse con la reserva; en este sentido el artículo 128 de nuestra Constitución difiere sensiblemente de la formulación de similar previsión que se contiene en el artículo 43 de la Constitución italiana, y cuya interpretación permitió a la Corte Constitucional Italiana, en sus conocidas sentencias 225, de 1974, y especialmente la 202, de 1976, abrir a los particulares la actividad televisiva a niveles locales. Nuestra Constitución no menciona los fines de utilidad pública que deben perseguirse con la reserva, ni el carácter de preminente interés general que deben revestir las empresas reservadas al sector público<sup>7</sup>.

Esas diferencias en el tratamiento del tema han podido aconsejar, tal vez,

<sup>6</sup> La declaración interpretativa formulada por el Gobierno español manifestaba la forma de entender el párrafo 1.º del artículo 10 de manera que resultase compatible con la organización de la radiodifusión y televisión en España.

<sup>7</sup> Véase, en la doctrina italiana, Amato, «Monopolio e pluralismo: un dilemma che non doveva proporsi», en *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, núm. 1, 1976, págs. 6 y sigs.; también Zaccaria, *Radiotelevisione e Costituzione*, cit., pág. 39. Asimismo, y especialmente, Egidio Tosato, *Sul regime giuridico della televisione*, cit., páginas 1074 y sigs.



no enfrentarse con el tema de la legitimidad constitucional de la reserva, sino situar la discusión en el terreno de la forma de la gestión de esa reserva. En este sentido es significativo el hecho de que el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto afirme sin ningún matiz crítico, sino aceptándolo como un hecho evidente, que el Estado, al amparo del artículo 128 de la Constitución, ha asumido el ejercicio de derechos fundamentales, añadiendo que tal asunción es hecha en algunos supuestos en el Derecho comparado, en los casos en que se ejercitan derechos fundamentales, en el propio texto fundamental.

Partiendo, por tanto, de esta situación, ha podido pensarse que una impugnación de la constitucionalidad de la reserva metía el problema de la televisión privada en un callejón de difícil salida. De ahí que se haya preferido, tal vez, pasar por encima de esa dificultad, soslayándola mediante el expediente de la gestión indirecta del servicio público de la televisión.

No obstante, hay que decir que en alguna ocasión determinadas voces han proclamado la inaplicabilidad del artículo 128 de la Constitución, situado en título relativo a economía y hacienda, a supuestos vinculados con el ejercicio de derechos fundamentales<sup>8</sup>. Hay que recordar que la ubicación del artículo 43 de la Constitución italiana, dentro del título III, relativo a relaciones económicas, no ha supuesto ninguna dificultad para su aplicación a los supuestos de libertad de expresión recogidos en el artículo 21 de la Constitución bajo el título I, relativo a relaciones civiles; que, aunque las sentencias citadas de la Corte Constitucional reconocieron el derecho de los particulares a desarrollar actividad televisiva en el ámbito local, ese reconocimiento lo fue a base de una interpretación del artículo 43 citado, que llevaba a suponer que no existían fines de utilidad pública ni preminente interés general en la reserva al Estado del servicio de televisión en los ámbitos locales, pero no se dudó por la Corte Constitucional que el artículo 43 era aplicable también a empresas o servicios relacionados con la manifestación del pensamiento; en ese sentido precisamente el reconocimiento del monopolio estatal de la televisión en el ámbito nacional constituye una buena prueba de que el artículo 43 de la Constitución italiana era también aplicable a los supuestos de derechos comprendidos en el artículo 21 de la misma.

A la misma conclusión puede llegarse en nuestro Derecho, aunque no está de más destacar que es imposible establecer una nítida separación entre derechos y libertades fundamentales y actividad económica y productiva.

En todo caso el planteamiento del recurso en la forma hecha por Antena Tres podía haber afectado en alguna medida a la cuestión de fondo debatida si no fuese porque el Tribunal Constitucional, superando los límites del planteamiento del recurrente, entra a hacer un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, entendiendo como fondo la legitimidad constitucional del mono-

<sup>8</sup> Véase Ramón Entrena Cuesta, «El principio de libertad de empresa», en la obra colectiva *El modelo económico del IEF*, pág. 163, donde parece excluir de la aplicabilidad del artículo 128 aquellas libertades que estén reconocidas expresa y específicamente por un precepto constitucional; también Fernando Sainz Moreno, «La regulación legal en la televisión privada», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, página 212.

polio y la existencia o no de un derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión.

No obstante, es lo cierto que el reconocimiento de la licitud constitucional de la declaración de una actividad como servicio público coloca al aspirante a que le sea concedida la gestión de ese servicio público en una posición bastante diferente de la que puede deducirse de la directa invocación de un derecho fundamental a ejercer una actividad. En este caso, si se ejerce una libertad o derecho fundamental, no puede hablarse de que ese ejercicio constituya un servicio público (aunque pueda cumplir una función pública o tenga una dimensión institucional importante). El reconocimiento de que una determinada actividad puede calificarse como servicio público esencial «cuya titularidad pertenece al Estado», automáticamente parece implicar que de esa actividad no es ya titular el particular y, por tanto, no puede invocar la existencia de un derecho fundamental que implica la existencia de un ámbito autónomo y propio de la persona frente al Estado; aquí, por el contrario, se acepta la existencia de una actividad de la que es titular el Estado para, a partir de ahí, pedir la gestión de esa actividad ajena en base a la existencia de un derecho fundamental<sup>9</sup>.

Sin duda ha influido aquí la figura de los servicios públicos virtuales o impropios, una de cuyas primeras aplicaciones por el Consejo de Estado francés tuvo lugar a propósito de los servicios de radiodifusión. (Arret del Consejo de Estado de 6-II-1948, Sociétés «Radio-Atlantique» et Sociétés Radio-Club Landais). Venían a constituer tales servicios aquellos en los que la inicial actividad autorizatoria del Estado en el comienzo de una actividad no agotaba todas las posibilidades de intervención pública en la misma, sino que era el punto de partida de una cadena de intervenciones que contribuían a definir la situación del particular (que inicialmente pertenecía al ámbito de su libertad) como una situación de carácter reglamentario. Así ha ocurrido también en el ámbito de la enseñanza, donde el derecho a la creación de centros docentes no impide la intervención estatal en el ordenamiento y concesión de títulos, regulación de planes de estudios, textos, titulación del profesorado, derecho de los padres en los centros privados, etc. Lo que ocurre es que en todos estos supuestos se parte no de una declaración genérica de servicio público, sino al contrario, del ejercicio de una actividad que se sobrentiende inicialmente libre, pero en la que las medidas de intervención acaban por reconducirla al ámbito de aquellos servicios que sin denominarse tales son en realidad virtual o impropriamente servicios públicos.

Pero no es ése el caso de nuestra televisión, porque la declaración de servicio público esencial se hace de forma paladina en el artículo 1.º de la

<sup>9</sup> A este respecto debe destacarse la polémica planteada en la doctrina italiana a propósito de la posibilidad de conciliar derechos de libertad con derechos funcionalizados; en este sentido, Mortati, en «Commento all'articolo primero Costituzione», en *Comentarios de la Costituzione a cura di g. branca*, Col., Roma, 1975, págs. 8 y sigs., sostiene el carácter inconciliable de la idea de servicio público y de la idea de derecho fundamental de tal modo que el concesionario de un servicio público ejerce funciones, no propiamente derechos fundamentales. En una posición contraria, aunque necesitada de muchas matizaciones, Barile, *Libertà y manifestazione del pensiero*, Milán, 1975, y Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 1973.

Ley y la gestión del servicio se encomienda en exclusiva a Televisión Española, S. A.; por otra parte, la declaración de la televisión como servicio público no es algo que afecte sólo a la persona que es titular de dicha actividad, sino que afecta también al contenido de la misma. En efecto, la televisión como servicio público responde a las finalidades y objetivos que se recogen en el artículo 4.º de la Ley 4/80, y que pretenden ser una concreción del artículo 20 de la Constitución, especialmente en su número 3.º Pero frente a esa concepción de la televisión como servicio público, no se ve cómo un particular puede, invocando un derecho fundamental de libertad de expresión, colaborar por cuenta del Estado en la gestión de un servicio público que pretende ser neutral, objetivo, imparcial y abierto al pluralismo. La cuestión es la de saber cómo, desde el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (que se invoca para reclamar la gestión indirecta), puede gestionar un particular por cuenta del Estado un servicio público cuya característica es la objetividad, imparcialidad, pluralismo, etc.; o se ejercita un derecho fundamental a la libertad de expresión (y entonces no hay por qué ser imparcial, neutral y abierto al pluralismo, sino a la exposición de las propias ideas y forma de ver las cosas) o, por el contrario, se quiere desarrollar un servicio público que responda a los principios recogidos en el artículo 4.º del Estatuto, y entonces no se puede invocar un derecho fundamental como justificador de la aspiración a desarrollar dicho servicio <sup>10</sup>.

Naturalmente que podrá argüirse que el pluralismo, la neutralidad y la objetividad serán el resultado de la concurrencia de distintos concesionarios o gestores del servicio público; que a través de la concesión de autorizaciones a distintas entidades representativas de diversas tendencias, sectores o grupos sociales se consigue que la neutralidad, objetividad e imparcialidad sea, al fin y al cabo, una realidad a través de la concurrencia. Ahora bien, no puede olvidarse que, al aceptar y poner por encima de todo la consecución de esos objetivos propios del servicio público, se está renunciando al carácter fundamental o autónomo del derecho que se invoca para participar en esa gestión indirecta del servicio. En efecto, el derecho fundamental del solicitante no resulta ya de un ámbito de autonomía, en el que el Estado no puede intervenir, sino que sólo podrá consolidarse en la medida en que se entienda que con la concurrencia queda garantizada la neutralidad, imparcialidad y objetividad y siempre, además, que se crea naturalmente que esa concurrencia es el sistema más adecuado para conseguir que se respeten aquellos principios.

En definitiva, a nuestro juicio, la admisión de la configuración de una actividad como servicio público esencial es incompatible con la invocación de un derecho fundamental para gestionar de forma indirecta ese servicio.

En este sentido parece ir la sentencia de 31 de marzo de 1982 del Tribunal Constitucional cuando, en su fundamento de derecho 5, afirma que el Tribunal no se considera competente para sustituir la decisión del legislador en orden a

<sup>10</sup> En este sentido es tajante la posición de Sergio Fois en «La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale», cit., pág. 437, en la que sostiene la imposibilidad de reconocer a los particulares auténticos y propios derechos fundamentales en las actividades calificadas como servicio público; también Mortati en *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1976, pág. 183.

la gestión indirecta del servicio público y para hacer el desarrollo legislativo de tal decisión. Tal afirmación es una prueba patente de que, en el ámbito del servicio público del que es titular el Estado, no pueden invocarse derechos fundamentales para su gestión. En este sentido el Tribunal Constitucional se va a referir al problema de la existencia o no de un derecho fundamental en el fundamento de derecho 6, totalmente desconectado ya del ámbito del servicio público de la televisión, en el que el Tribunal considera que no es quién para decidir el sistema de gestión ni desarrollar legislativamente el mismo. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que en el siguiente fundamento de derecho el Tribunal entre (pero no ya en la órbita del servicio público, sino en el plano genérico del derecho fundamental que puede deducirse del art. 20 de la Constitución), entre, decimos, a considerar si efectivamente la televisión privada que reclama Antena Tres puede ampararse en un derecho fundamental reconocido en el art. 20 de la Constitución directamente y no a través de un presunto derecho a una gestión indirecta de un servicio público. Y aquí es donde el Tribunal Constitucional, superando el limitado planteamiento realizado por la recurrente, va a entrar en el fondo del tema para decir que la televisión privada no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. El Tribunal rechaza así, en primer término, el que el derecho a gestionar indirectamente el servicio público pueda considerarse derecho fundamental; prueba de ello es que en el fundamento 5 se declara incompetente para hacer un pronunciamiento en torno al sistema de gestión indirecta del servicio, y esa incompetencia no puede resultar de otra cosa sino de que en la órbita del servicio público no hay derecho fundamental; pues en otro caso sí que sería competente para hacer tal pronunciamiento.

En coherencia con esta afirmación, en el considerando siguiente el Tribunal resolverá el problema desde la única perspectiva en que puede hacerlo; esto es, saliéndose de la órbita del servicio público y de sus formas de gestión y situándose de plano en el artículo 20 de la Constitución, para comprobar si de él puede deducirse directamente el derecho al establecimiento de emisoras privadas de televisión. Bien distinta de esta posición es la que aparece en el voto particular que formula el magistrado don Francisco Rubio Llorente, pues partiendo de que nadie ha dudado jamás de la legitimidad de que la televisión haya sido declarada servicio público en la Ley 4/80, la cuestión que se plantea es la de si es o no constitucionalmente lícito el monopolio que esa Ley atribuye al Estado, y que, a su juicio, no es una consecuencia necesaria de la naturaleza del servicio público; ante ese planteamiento de la cuestión va a suponer que la gestión de un servicio público que implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos no puede organizarse en forma de monopolio estatal porque impide absolutamente el ejercicio del derecho. Dejando de lado que una afirmación tan tajante como la de que el servicio no puede organizarse en forma de monopolio porque impide «absolutamente el ejercicio del derecho», se hace desprovista de toda argumentación (que se hace muy necesaria cuando la razón misma del monopolio obedece a abrir de modo efectivo el ejercicio del derecho a todos los ciudadanos, inspirándose precisamente en ese principio), dejando de lado ese aspecto, que a nuestro juicio invalida toda la argumentación posterior, quedan sin explicar cómo puede conciliarse el ejercicio de un derecho de libertad dentro de un

servicio público con las exigencias de neutralidad y pluralismo que vinculan al mismo ciudadano que en nombre de una libertad aspira a la concesión del servicio <sup>11</sup>.

#### IV. LOS CONDICIONAMIENTOS DE LA ACTIVIDAD TELEVISIVA

Antes de entrar en un análisis más detallado de la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982, y en la interpretación que puede deducirse de nuestro texto constitucional, conviene recordar cómo uno de los elementos clave en toda interpretación es el conocimiento de la realidad social sobre la que se opera, como recoge el título preliminar de nuestro Código Civil. En este sentido, cualquier disquisición sobre el texto constitucional y la sentencia estaría privada de sentido si no se hiciera una reflexión acerca de la problemática técnica y socioeconómica en que descansa el problema de la televisión.

##### A) *Las limitaciones técnicas*

Desde el punto de vista técnico es conocido el problema de la limitación de frecuencias. Es verdad que los nuevos inventos tecnológicos permiten una ampliación del número de frecuencias disponibles. Sin embargo, sería un error pensar que el número de éstas es ilimitado. Como ha notado Zaccaria, el problema ha de plantearse teniendo en cuenta un mismo punto geográfico, y en esta perspectiva lo cierto es que en cada punto geográfico el número de canales disponibles es efectivamente limitado; el número de canales utilizables en el área de Madrid, por ejemplo, es limitado. Por consiguiente, el problema de la limitación de las frecuencias debe contemplarse en la perspectiva de los distintos puntos geográficos y no acumulando en la totalidad del territorio español el número de frecuencias utilizables <sup>12</sup>.

La aparición de los satélites no contribuye de forma decisiva a alterar esta situación, pues ellos mismos tienen que emitir en una frecuencia determinada, y como esa frecuencia cubre, además, territorios más amplios de los que pueden cubrirse desde una emisora en tierra, se hace indispensable una

<sup>11</sup> A este respecto puede recordarse la posición de Sandulli en «In vista della riforma della radiotelevisione», en *Diritto e Società*, 1973, que encuentra justificado el monopolio precisamente en cuanto pretende garantizar la objetividad y el pluralismo, véase pág. 722; la postura de Sandulli, generalizada por otra parte en la doctrina, encuentra acogida en las sentencias de la Corte constitucional italiana, 224 y 225 de 1974 y 202 de 1976, pues en ésta, como es sabido, el monopolio se mantiene en el ámbito nacional, y aunque en el ámbito local se reconoce el derecho de los particulares a emitir por medio de la televisión, ello no se hace tanto porque el monopolio impida absolutamente el ejercicio del derecho (en ese caso no se permitiría tampoco en el ámbito nacional), sino porque la Corte constitucional considera que no hay razones de interés general que justifiquen la reserva del monopolio al Estado en el ámbito local.

<sup>12</sup> Véase Roberto Zaccaria, *Radiotelevisione...*, cit., pág. 131; en contra y sosteniendo una posición más optimista en cuanto a la posibilidad de ampliar el número de frecuencias disponibles, puede verse Dominique Rousseau, *Le statut de la radio-télévision*, en *A. J. D. A.*, 20 de febrero de 1981, págs. 67 y sigs.

fuerte disciplina internacional, en virtud de la cual España sólo tiene atribuidas cinco frecuencias para satélites de radiodifusión directa por el Plan aprobado en 1977 en Ginebra por la WARC (World Administrative Radio Conference). Cinco frecuencias, como es evidente, no comportan una eliminación sustancial de las limitaciones existentes y, por otra parte, la liberación de las frecuencias que actualmente se utilizan en las redes terrestres (derivada de la utilización de satélites que con una sola frecuencia cubren el territorio nacional) tampoco determina, por sí misma, la superación definitiva de las limitaciones.

La única contribución, verdaderamente decisiva, para alargar el número de frecuencias disponibles viene representada por el cable en la medida en que se utilicen determinadas técnicas que permitan que un mismo cable pueda ser portador de innumerables transmisiones en uno y otro sentido; la utilización de fibras especiales y rayos laser parece que puede dar solución al problema de la limitación de canales. No obstante, el cable presenta la limitación de su utilización, fundamentalmente, a zonas densamente pobladas, y, por otra parte, la necesidad de que, de una sola vez, se haga el tendido de un cable que reúna las características necesarias como para permitir el acceso de los múltiples solicitantes que puedan estar interesados en desarrollar actividad televisiva; todo lo cual exige una disciplina específica tendente a garantizar que el costo del tendido del cable no haga del mismo un medio en beneficio de unos pocos, en lugar de contribuir a ampliar de modo efectivo el ejercicio de la libertad de expresión de los particulares<sup>13</sup>.

Si dejamos, por el momento, el problema del cable y nos centramos en la utilización de las frecuencias convencionales en televisión, la particularidad que presenta el uso de estas frecuencias radica en que su utilización por una persona determinada impide el que otra pueda ejercer la misma actividad en la misma frecuencia. La atribución, por consiguiente, a un particular del derecho a expresar sus ideas y opiniones en una determinada frecuencia supone la correlativa prohibición a todos los demás de expresar libremente sus pensamientos en esa misma frecuencia. Naturalmente que podrá hacerlo en otra frecuencia distinta, pero como el número de éstas es limitado, llegará un momento en que «la libertad de expresión por cualquier medio» será negada a la inmensa mayoría de los ciudadanos, en la medida en que esos medios han sido previamente ocupados por la inmensa minoría. Esta dimensión técnica, así planteada, contribuye a poner de relieve la insuficiencia de los argumentos que pretenden justificar el derecho a la televisión privada en una lectura puramente gramatical del artículo 20.1 de la Constitución<sup>14</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982 destaca esta característica de las ondas hertzianas comparándolas con la prensa periódica, en que el ejercicio por parte de un ciudadano del derecho a manifestar

<sup>13</sup> Véase Tomás Quadra-Salcedo, *El servicio público de la televisión*, I. E. A., 1976, págs. 165 y sigs. La intervención pública en la organización de la televisión por cable que se apuntaba en este trabajo no descansa, como es obvio, en la limitación de frecuencias que puede no existir en el cable si reúne determinadas características técnicas.

<sup>14</sup> De ahí que se haya hablado en la doctrina italiana de la progresiva funcionalización de la libertad en el ámbito de la radiodifusión. Véase, por todos, Piero Alberto Capotosti, «Modelli normativi della concessione radiotelevisiva: il problema del servizio pubblico», en *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Società Editrice il Mulino, pág. 101.

su pensamiento por medio de la palabra impresa no impide, espacial ni temporalmente, el que los demás hagan uso de ese mismo derecho a la expresión del pensamiento por el mismo medio. No ocurre lo mismo con las frecuencias, cuya limitación provoca un desplazamiento de las posibilidades de ejercicio de la libertad de expresión por medio de las ondas para la inmensa mayoría, desde el momento en que tales ondas se conceden a particulares para el ejercicio exclusivo en dichas frecuencias del derecho a desarrollar actividad televisiva.

A esta objeción podría, sin embargo, salirse al paso argumentando que el reconocimiento de la libertad a todo el mundo de desarrollar actividad televisiva no tendría por qué conducir de modo efectivo a un agotamiento de las frecuencias utilizables en cada punto geográfico; y en tal sentido traer a colación la experiencia propia de las empresas periodísticas, en que la falta de limitación técnica en cuanto al número de periódicos que pueden salir en un punto geográfico no ha conducido en ningún caso a un número excesivo de empresas periodísticas o de diarios; y, por tanto, podría incluso preverse que las frecuencias existentes en cada punto geográfico no llegarían ni siquiera a agotarse de modo efectivo por falta de demanda de los canales utilizables.

Tal argumento, sin duda certero en lo que se refiere a municipios rurales y ciudades no densamente pobladas, sería, sin embargo, discutible para aquellas grandes concentraciones de población en las que las demandas de emisión podrían ser superiores a las frecuencias disponibles. Pero en todo caso el argumento no puede invalidar la radical diferencia que existe en el plano teórico entre la utilización de un medio de difusión del pensamiento que carece de limitaciones técnicas conocidas, como puede ser la imprenta, y la utilización de medios que desde el principio ofrecen una limitación de posibilidades. La disciplina y el régimen jurídico de la utilización de esas frecuencias no puede hacerse de espaldas al problema teórico de su limitación.

### B) *El marco socioeconómico de la actividad*

Pero además de la problemática que suscitan las características técnicas de las ondas hertzianas, no puede olvidarse la dimensión socioeconómica de los medios de comunicación de masas de carácter audiovisual. En efecto, la instalación de una emisora de televisión es ya de por sí relativamente costosa, pero en todo caso posiblemente su coste esté al alcance de un abanico de personas o grupos que sean expresión del pluralismo social de forma suficientemente amplia. Pero el problema de las emisoras de televisión no radica tanto en la propiedad o adquisición del dispositivo técnico de emisión como en el contenido de lo que se va a emitir. A diferencia de la actividad radiofónica, la actividad televisiva se fundamenta en la existencia de unos contenidos audiovisuales cuya elaboración es mucho más costosa de lo que pueda representar la redacción de un periódico o la preparación de un programa radiofónico. Las diferencias de coste son tan abismales que nada tiene de particular el que en países en que se han establecido regímenes de libertad en materia de televisión, y dotados además de altísimo nivel económico, se hayan producido concentraciones de capital que hagan una pura ficción la

existencia de emisoras privadas de televisión. Nos referimos en concreto al caso de los Estados Unidos, donde a pesar de los esfuerzos para evitar fenómenos monopolísticos, las pequeñas empresas locales o comarcales acaban siendo dependientes de las grandes cadenas nacionales<sup>15</sup>.

Es imposible pensar que una emisora de televisión pueda tener sus propios equipos informadores en cualquier punto del escenario mundial; ni siquiera en cualquier punto del territorio nacional o regional. Es absurdo suponer que una pequeña emisora pueda acometer la tarea de generar su propia producción, por ejemplo, de películas seriadas contratando a unos actores, directores y acometiendo la costosísima tarea de elaborar el material audiovisual que vorazmente precisa la emisora. Necesariamente han de acabar produciéndose fenómenos de concentración de emisoras a niveles horizontales y verticales; es decir, no sólo fenómenos de concentración de emisoras entre sí, sino también de dependencia de las emisoras con respecto a sociedades productoras de programas, de servicios informativos, de multinacionales especializadas en la producción de seriales para televisión o de empresas publicitarias<sup>16</sup>.

En esta perspectiva es difícil imaginar que la libertad de establecimiento de emisoras pueda ser una libertad real y efectiva salvo para unos cuantos oligopolios, en su mayor parte dependientes de cadenas internacionales relacionadas con el mundo audiovisual.

### C) *El panorama global de la libertad de expresión*

La constatación de ese hecho, difícilmente discutible cuando ya a nivel de la prensa escrita nos encontramos en nuestro país con fenómenos evidentes de concentración de capital que hace difícil, incluso en ese campo de la prensa escrita, el que pueda hablarse de que exista una libertad real y efectiva de expresión del pensamiento por ese medio para todos los españoles, esa constatación, decimos, adquiere sus perfiles definitivos y trascendentales si la situamos en un escenario más amplio como es el de la contemplación institucional de la libertad de expresión e información concebida como un todo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Véase mi libro *El servicio público de la televisión*, cit., págs. 84 y sigs., donde se describe la problemática de los *net-work*. Más recientemente puede verse Roberto Grandi en «La televisione locale nel sistema radiotelevisivo statunitense», en *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, cit., pág. 441, que señala también los procesos de dependencia de las pequeñas estaciones locales con respecto a las estaciones de las redes nacionales.

<sup>16</sup> Véase Gustavo Zagrebelsky en «Collegamenti, interconnessioni e concentrazioni fra le emittenti in ambito locale», en *Radiotelevisione pubblica...*, cit., en que constata los procesos de colaboración, interconexión y concentración, aunque defiende su constitucionalidad, pero sin negar su existencia; en ese mismo sentido. Enmanuele Santoro, en «Emitenti radiotelevisive in ambito locale e normativa antitrust», en *Radiotelevisione...*, cit., pág. 232, afirma que el peligro que quería evitar la Corte constitucional se ha producido ya en Italia con evidentes fenómenos de concentración de empresas.

<sup>17</sup> Véase Enrique Bustamante, *Los amos de la información en España*, Akal Universitaria, 1982, que hace un completo estudio de las vinculaciones económicas y financieras y dependencia de los medios de comunicación escritos; la prospectiva que se contiene en las páginas 267 y sigs. muestra a las claras la tendencia a la concentración y al oligopolio y dependencia extranjera de la prensa escrita.



Efectivamente, en este último enfoque no podemos ignorar las múltiples interrelaciones que en el sistema de la libertad de expresión existen entre los distintos soportes o medios a través de los cuales se verifica y realiza esa libertad; y tampoco podemos soslayar el problema de las dependencias económicas y financieras que resultan de la implantación de un sistema global de libertad de expresión en una economía de mercado.

En efecto, el soporte económico fundamental de la actividad televisiva de los particulares, radica en el ejercicio de la actividad publicitaria a través de las distintas emisoras de televisión. El ejercicio de la actividad televisiva se desarrolla así en íntima dependencia con un mercado publicitario que se encuentra controlado en su mayor parte por un número limitado de marcas con demanda de espacios publicitarios. La relación de dependencia es tan evidente que en determinados países se ha buscado un sistema de control público de esa actividad de cara a evitar una incidencia negativa sobre la libertad de expresión de los medios <sup>18</sup>.

Por otra parte, se da la circunstancia de que la publicidad constituye también el soporte financiero más importante de uno de los instrumentos más caracterizados como vehículo de la libertad de expresión de pensamientos, opiniones e informaciones: la prensa. Pues bien, la oferta masiva de espacios publicitarios en las televisiones privadas que se autorizasen, tendría también una incidencia fundamental en el mercado publicitario con una baja importante de los ingresos que por este concepto recibe la prensa periódica. Bien es verdad, como se nos puede decir, que la propia prensa periódica puede ser la primera interesada en montar sus cadenas de televisión, pero con ello no estamos sino confirmando los fenómenos de concentración de capital en las empresas, que han de ser los vehículos de la libertad de expresión y de información, y mostrando además la futura debilidad de una prensa periódica ligada a cadenas de televisión que por la propia naturaleza de su actividad precisan de grandes capitales y muestran una evidente tendencia a fenómenos de monopolio y dependencia internacioal. Todo ello nos conduce a la conclusión de que la prensa periódica, que puede ser el reducto más caracterizado de la libertad de pensamiento y opinión, puede verse abocada a una crisis sin precedentes si no entra en la dinámica de parasitarse a una empresa televisiva a consecuencia de la previsible caída de sus ingresos publicitarios, y, del otro lado, si por el contrario entra en tal dinámica, lo hace a costa de integrarse en unos imperios financieros que comprometen la independencia de la prensa periódica, hoy ya muy comprometida, pero todavía al alcance de distintos grupos sociales expresivos de un suficiente, aunque limitado, pluralismo <sup>19</sup>.

Situados, por tanto, en la perspectiva institucional de la libertad de expresión, resulta evidente que la regulación legal de la libertad de expresión por medio de la televisión no puede hacerse al margen de una reflexión sobre

<sup>18</sup> Véase Zaccaria en «Aspetti di costituzionalità nelle proposte per una disciplina legislativa sulla pubblicità nella stampa», en *Studi in onore de Mortati*; también en Enrique Bustamante, *Los amos*, cit., pág. 55 («La tenaza publicitaria»).

<sup>19</sup> Véase Enzo Cheli y Roberto Zaccaria en «I principi della legge di riforma del 1975 alla luce del nuovo sistema pubblico-privato: aggiustamenti e rettifiche», en *Radiotelevisione...*, cit., pág. 23.

estos temas; y puede convenirse también que no solamente es lícito, sino además constitucionalmente necesario (al amparo de la misión que el artículo 9 otorga a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas), y por ello urgente, tomar en cuenta estos datos para adoptar la decisión definitiva que resulte procedente; y tal decisión vendrá justificada no precisamente como limitación de la libertad de expresión hecha en nombre de otros valores distintos a tal libertad como pueda ser el orden público, la moral, etc., sino justificada, precisamente, desde la perspectiva de hacer que esa libertad sea real y efectiva.

#### D) *Posibles versiones de la libertad de expresión*

En este sentido, la libertad de expresión por cualquier medio de reproducción que proclama el artículo 20.1.a) de la Constitución, admite distintas lecturas, y no sólo la lectura individualista que se hace en ocasiones para justificar la legitimidad de la televisión privada; desde luego admisible en el plano de la constitucionalidad, pero que no supone sin más una garantía de una libertad de expresión real y efectiva.

La primera lectura que admite ese derecho sería precisamente la lectura individualista en virtud de la cual todo individuo, por el hecho de serlo, tiene reconocido un ámbito de libertad dentro del cual puede moverse sin ninguna interferencia del Estado. Desde ese punto de vista, la limitación de frecuencias no puede interpretarse como una limitación del contenido esencial de esa libertad y únicamente habilita al Estado para establecer un régimen de autorizaciones cuyo objetivo no es el de impedir el ejercicio de la libertad, sino ordenarlo de forma más o menos disciplinada. La consecuencia última de esta lectura individualista es que cada uno a través del medio para el que ha sido autorizado tiene derecho a expresar con absoluta libertad sus pensamientos, sin más límites que los generales establecidos por el ordenamiento jurídico y la Constitución.

Una segunda lectura igualmente radical sería aquella que pretendiese que la libertad de expresión por cualquier medio faculta a cualquier ciudadano a exigir, de cualquier medio legalmente establecido, que difunda y publique sus opiniones, informaciones y pensamientos. En este sentido esa libertad de expresión por cualquier medio no limita la libertad del propietario para también difundir sus pensamientos y opiniones, pero le obliga a dar curso a los pensamientos y opiniones de los demás. Llevada al radicalismo, esta interpretación conduciría a reconocer el derecho de cualquier ciudadano a utilizar los medios de comunicación social establecidos. Pero una lectura algo más matizada conduciría a reconocer, no a todos y cada uno de los individuos, sino a los grupos más significativos y relevantes, un derecho a efectuar esa comunicación por cualquier medio.

A esta concepción respondería en definitiva la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional federal alemán a propósito del problema de las televisiones privadas. Como es sabido, en este país, en el caso de que la legislación de los Lander admita la posibilidad de creación de televisiones priva-

das, la organización de la misma debe responder al principio de garantizar la libertad de expresión de todos por dicho medio mediante la presencia, en los órganos correspondientes, de entidades representativas de las principales corrientes ideológicas y del pensamiento<sup>20</sup>.

Seguir hablando en estos supuestos de televisión privada puede resultar en alguna medida engañoso, pues el concepto de lo «privado» se utiliza habitualmente por contraposición a lo público. Y en esta contraposición lo privado es lo que responde al núcleo esencial del concepto de derecho privado, y dentro de éste muy especialmente a aquellos aspectos del derecho civil que se refieren a las relaciones interpersonales no definitorias de *status*. Lo privado es el ámbito por excelencia de la autonomía de la voluntad, de la soberanía del querer del individuo; plenamente legítimo, por otra parte, y reconocido también en nuestra Constitución en su artículo 10, al conceder su papel fundamental a ese ámbito del libre desarrollo de la personalidad. Ese ámbito de libertad se muestra también fundamentalmente en el Derecho privado en la libertad de uso de los bienes que se poseen; y se construye en torno a la figura del derecho de propiedad, como derecho real e inmediato sobre las cosas, como poder de disposición sobre las mismas, sin más limitaciones que aquellas que externamente establezca el ordenamiento jurídico para evitar daños a los demás o, más modernamente, para evitar un uso disfuncional de la propiedad.

Con esa visión podemos preguntarnos ahora si tiene sentido el seguir hablando de televisión privada por el sólo dato de que la propiedad del medio de difusión sea de un particular y por el hecho de que la voluntad de establecer tal medio provenga también de una decisión libre del particular; cuando frente a estos datos nos encontramos con que la propiedad de tales medios no habilita a su titular para hacer con ellos lo que quiera o difundir libremente sus ideas y opiniones sin dar cuenta a nadie, sino que tiene que poner su propiedad a disposición de la satisfacción de unas necesidades sociales y de una libertad de expresión e información al alcance de todos mediante la presencia en los órganos rectores de las emisoras de los grupos sociales más significativos. No es rara esa terminología en el Derecho público alemán, que conoce también la existencia de bienes con funciones públicas en manos privadas, o incluso, como pusiera de relieve Gerber, la existencia de altas magistraturas adquiridas por medios privados. Pero en nuestro Derecho no podría trasplantarse esa terminología sin recordar previamente que, en realidad, estamos aquí ante un supuesto de ejercicio de funciones públicas con la participación o colaboración de personas privadas<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Véase el comentario de la sentencia realizado por Fernando Sainz Moreno en *La regulación legal de la televisión privada*, págs. 179 y sigs., en las que se pone de manifiesto la concepción del Tribunal Constitucional Federal Alemán que funcionaliza la libertad de expresión para que cumpla con los objetivos del pluralismo, la objetividad, imparcialidad, etcétera, *op. cit.*

<sup>21</sup> Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo*, I. E. P., 1958, pág. 491. Sobre la doctrina de Geber en Alemania acerca de los derechos del monarca, puede verse Antonio Esteban Drake, *El Derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Ed. Cívitas, S. A., 1981, pág. 57.

La tercera lectura que puede hacerse consistiría en poner el acento en que el contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución) del derecho a la libertad de expresión y de información por cualquier medio de reproducción queda precisamente garantizado cuando se permite que los ciudadanos, a través de los grupos en que se integran, tengan asegurado de modo efectivo el ejercicio real de tales derechos mediante su participación en la organización y control de los medios televisivos públicos y mediante el ejercicio del derecho de acceso para difundir sus pensamientos, ideas y opiniones. En este sentido el monopolio estatal de la televisión no constituye una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino al contrario, una ampliación, cuando su organización o su actividad se realiza, precisamente con la finalidad de permitir que sea la simple condición de ciudadano, y no la de propietario, la que habilite para tener presencia en los medios de difusión para permitir el acceso de los distintos grupos sociales y políticos.

Las tres lecturas aspiran a ser constitucionalmente legítimas y de las tres hay ejemplos en el Derecho comparado. A las dos últimas podría, sin embargo, reprochárseles, y así en alguna ocasión se ha hecho por reducción al absurdo, el que si las mismas se aplicasen a la libertad de imprenta, se estaría en definitiva justificando el argumento del antiguo régimen para controlar y someter a censura y privilegio el ejercicio de la expresión del pensamiento. Frente a ese argumento no deben olvidarse dos aspectos fundamentales: de una parte, los argumentos que anteriormente hemos retenido en torno a las características técnicas y económico-financieras de la televisión, y que condicionan fundamentalmente la regulación que haya de darse a este medio; de otro lado, que el papel que la libertad de imprenta jugó en la liberación de la sociedad frente al Estado absoluto no puede ya esgrimirse hoy día en un contexto totalmente diferente; en el Estado absoluto, de estructura estatal y heredero de un sistema feudal de organización de la sociedad, la libertad de la imprenta representaba la lucha de la sociedad por su liberación frente al monarca y a las clases dominantes en el mismo. La lucha por la libertad de imprenta se inscribe así en un contexto que le dota de un significado liberal y profundamente progresista. Ese significado no es ya, sin embargo, el mismo cuando la sociedad civil acaba por conquistar el Estado a través fundamentalmente del sufragio universal; cualesquiera que sean las imperfecciones de esa conquista y las dificultades que pueda seguir teniendo la sociedad organizada estatalmente, lo cierto es que en ese momento las minorías dominantes económicamente, que se desenganchan de un estado social y democrático de Derecho para defender frente a éste (que pretende ser cauce y expresión de la sociedad misma) «su» libertad de expresión, no pueden utilizar la vieja terminología liberal formada en la lucha por la libertad de imprenta y cargada de resonancias progresistas en una batalla que responde claramente a otras motivaciones.

#### E) *Legitimación y sentido de la intervención pública*

Las precedentes consideraciones sirven para poner de relieve las distintas formas de interpretar el derecho fundamental a la libertad de expresión;

creemos que puede afirmarse que la lectura decimonónica de la libertad de expresión no es la única que puede hacerse en el campo de los medios audiovisuales ni tampoco es, probablemente, la que mejor garantiza en ese campo el derecho fundamental a la libertad de expresión. Una consideración institucional de ésta nos lleva a la conclusión de que en estos medios el sistema que mejor garantiza la libertad de expresión explica necesariamente una fuerte presencia e intervención pública e incluso el monopolio que, como dice la sentencia de 31 de marzo de 1982, no tiene por qué considerarse como constitucionalmente ilegítimo<sup>22</sup>.

Esta afirmación de la legitimidad constitucional de la intervención pública en el campo de la televisión en sus diversas variantes exige, sin embargo, una precisión fundamental, sin la cual el pensamiento al que responde nuestra concepción puede quedar totalmente desfigurado. Consiste tal precisión en que no se trata en absoluto de sustituir la concepción de la libertad de expresión como derecho fundamental de la persona por una visión puramente funcional de dicha libertad, que la toma en consideración sólo en la medida en que cumple un papel en una sociedad democrática que favorece el desarrollo y progreso de la misma; es verdad que la libertad de expresión cumple un papel fundamental, pero el reconocimiento de la libertad no puede hacerse solo, y ni siquiera fundamentalmente, porque cumpla ese papel social, sino porque es un atributo del individuo, de la persona humana, indispensable para su pleno desarrollo y para la efectividad de su dignidad individual. De tal forma que la libertad de expresión se da también, y ahí pone de relieve su profunda naturaleza, cuando se ejerce por el individuo aislado frente a la sociedad o por las minorías contra las mayorías. La virtualidad de esta perspectiva se pone de manifiesto si se piensa que una concepción funcional de la libertad de expresión dejaría en manos de la propia sociedad el derecho del individuo aislado o de las minorías a expresarse si se entendiese «democráticamente» que es innecesario el uso de la libertad de expresión por esas minorías. La libertad de expresión debe enraizarse, por tanto, en lo más profundo de la dignidad de la persona humana a que se refiere el artículo 10 de nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social; y el reconocimiento de esa dignidad y de los derechos fundamentales en que la misma se concreta es lo que permite reconocer, en un plano sustantivo, a una organización social como democrática.

Hecha la anterior precisión, va de suyo que la intervención estatal que reconocemos como legítima no se apoya en una funcionalización de la libertad de expresión, aunque no se ignore la función social que cumple, sino en ese otro mandato más profundo que se contiene en el artículo 9 de la Constitución, y que encomienda a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Es para hacer real y efectiva esa libertad, con ese fundamento personalista, para lo que el Estado interviene en la

<sup>22</sup> Véase mi conferencia en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo en el mes de junio de 1981 «El Estatuto de Radio y Televisión como expresión de una opción constitucional», publicado por la citada Universidad junto con otras conferencias compiladas por Jesús García Jiménez con el título *Radiotelevisión Española y la Constitución*.

televisión, no para impedir el ejercicio de la libertad, sino para ampliar el ámbito de quienes puedan hacer uso de la misma y para impedir también que problemas técnicos y económicos acaben distorsionando e impidiendo su ejercicio.

V. RECONSTRUCCION DEL PROBLEMA DE LA TELEVISION PRIVADA  
 EN NUESTRO DERECHO POSITIVO  
 A LA LUZ DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES

Examinada en el apartado precedente la problemática técnica, económica y las distintas soluciones y lecturas que presenta en la doctrina y en el derecho comparado el principio de la libertad de expresión, se está en condiciones de analizar en éste las cuestiones que suscita la regulación de la libertad de expresión en nuestro país. El primer problema que habría que abordar es el relativo a la naturaleza jurídica del instrumento normativo que puede regular la libertad de expresión por medio de la televisión pública o privada. Debe recordarse a este respecto que la pretensión gubernativa de regular la televisión privada por Real Decreto ha quedado rotundamente rechazada por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de marzo de 1982. Como se ha indicado anteriormente, tal rechazo deriva tanto de la doble reserva de ley orgánica y ordinaria contenida en los artículos 81 y 20.3 de la Constitución (esta reserva de ley ordinaria opera en la medida en que la actividad de los particulares se configure como gestión indirecta de un servicio público) como del propio principio de jerarquía normativa, que impide que una norma reglamentaria pueda desarrollar el Estatuto de Radiotelevisión en forma contraria a sus previsiones.

Pero, siendo evidente que el reglamento no es el instrumento adecuado para contener una regulación en orden a la utilización por los particulares de la televisión, las dudas pueden plantearse a propósito del rango de ley orgánica u ordinaria que deben revestir las normas reguladoras de la actividad televisiva. A este propósito, la sentencia de 31 de marzo de 1982 no hace un pronunciamiento definitivo, aunque sienta un criterio interpretativo en su fundamento de derecho 6, cuando exige la vía de ley orgánica, «en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 de la Constitución». La expresión que utiliza la sentencia no es la de que la decisión de implantar la televisión privada «afecta» a un derecho fundamental (y en esa medida inexcusablemente exige ley orgánica), sino lo que más matizadamente dice es que en la medida en que «afecte» a los derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución, la decisión de implantar la televisión privada debe adoptarse por ley orgánica. La utilización del subjuntivo «afecte», en lugar del indicativo «afecta», no quiere decir que el Tribunal eluda pronunciarse en la sentencia acerca de si la eventual decisión política que en su día pueda adoptarse en orden a la implantación de la televisión privada es o no una decisión que globalmente afecta al desarrollo del derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Constitución; evidentemente para el Tribunal, y también para el voto par-

particular del señor Rubio Llorente, esa decisión afecta al desarrollo de un derecho fundamental. Lo que ha querido indicar el Tribunal es que en la ley orgánica sólo deberán materializarse aquellos aspectos que afecten al derecho fundamental; en el sentido de que no toda la materia relacionada con la televisión privada debe revestir la forma de ley orgánica, sino sólo aquella parte de la regulación que se refiere al contenido esencial del derecho, pero no, por ejemplo, las circunstancias técnicas, frecuencias, potencias, normas de protección de la industria nacional, etc.<sup>23</sup>

La posición del Tribunal Constitucional no supone una solución definitiva al problema de instrumento jurídico competente para regular el tema de la televisión privada, sino que suscita nuevas dificultades.

A) *Desarrollo de la libertad de expresión y contenido esencial del derecho o la tensión entre ley orgánica y ley ordinaria*

La respuesta más elemental sobre el ámbito de la ley orgánica relativa a la autorización de la televisión privada es la de que tal ámbito debe circunscribirse a lo que constituya el desarrollo del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta respuesta al problema tropieza con una dificultad argumental, que aparece en el voto particular a la sentencia del señor Rubio Llorente; en efecto, en este voto particular, y al final, se reprocha a la sentencia el que se exija forma de ley orgánica a la decisión política de implantar la televisión privada, en la medida que afecte alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20, y, sin embargo, se deniegue el amparo a la sociedad Antena Tres por entender que en su caso no existe un derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión. A primera vista el argumento parece brillante, pues ¿cómo puede negársele el reconocimiento de un derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión al recurrente y a la vez decirse que la regulación que en su día pueda adoptar el legislador deberá revestir la forma de ley orgánica en la medida en que afecte a un derecho fundamental? Si se acaba de decir que no hay derecho fundamental a establecer una emisora de televisión, parece incongruente que se diga que la ley reguladora de la televisión privada tiene que ser ley orgánica si afecta a un derecho fundamental del artículo 20. Desde luego el magistrado señor Rubio Llorente se pronuncia en todo caso porque la regulación sea a través de ley orgánica, porque entiende que afecta a derechos fundamentales, y en congruencia con esa posición defiende también la tesis de que los particulares tienen derecho a crear y operar emisoras de televisión.

La solidez del argumento empieza, sin embargo, a resquebrajarse en la medida en que nos interroguemos acerca de si ese presunto derecho de los particulares a crear y operar emisoras de televisión puede desarrollarse espontáneamente sin más intervención pública que la del control, *a posteriori*, estatal, para reprimir los excesos que se cometan a través de las informacio-

<sup>23</sup> Véase a este propósito la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 sobre el Estatuto de Centros Docentes Escolares.

nes y difusiones derivadas del uso de los medios, o si, por el contrario, exige, por su propia naturaleza, una disciplina que, más allá de regular un derecho preexistente, constituye en algunos casos una auténtica limitación del uso de ese derecho.

De nuevo aquí la naturaleza limitada de las frecuencias disponibles en cada punto geográfico muestra que es impensable concebir un uso espontáneamente ordenado de unos bienes limitados como son las frecuencias; la necesidad de establecer un sistema de atribución de frecuencias a los particulares, que les otorga un derecho de exclusión de todos los demás en el uso de dicha frecuencia, pone de manifiesto que no puede hablarse de un derecho fundamental a crear y operar emisoras de televisión que pueda atribuirse a los treinta y seis millones de españoles; es decir, no es ya que no vayan a ejercerlo por falta de capacidad económica de hacerlo, sino que, de entrada, tal derecho no existe en favor de todos y cada uno de los ciudadanos por limitaciones técnicas insalvables, al menos a través de las ondas hertzianas<sup>24</sup>.

No estamos aquí, por tanto, ante un derecho que en principio puede ser desarrollado por cualquier ciudadano, como el derecho de libre circulación o el derecho de expresarse mediante la palabra hablada, en el que la regulación del ejercicio del derecho se dirige únicamente a impedir que el mismo lesione derechos o intereses de los demás. En este caso, como el uso del derecho por unos cercena las posibilidades de utilizar el mismo derecho por otros, hay que concluir que el ejercicio de la actividad televisiva privada no es un producto espontáneo del libre flujo de las fuerzas sociales, sino el resultado de una decisión estatal.

Quando el voto particular reprocha a la sentencia el que los derechos fundamentales no son «hojas en blanco» en las que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación, no está teniendo suficientemente en cuenta la naturaleza propia del medio televisivo que la sentencia se encarga de describir en su fundamento de derecho 3 al analizar la naturaleza de los límites intrínsecos al uso de las ondas hertzianas para la televisión; no está teniendo en cuenta suficientemente, a nuestro juicio, que evidentemente ese derecho no pueden ejercerlo treinta y seis millones de españoles, no ya porque sea imposible económicamente para todos ellos (lo que supone una discriminación que nunca ha preocupado, sin embargo, a los defensores de una igualdad y libertad entendidas de manera exclusivamente formal), sino porque además no es posible técnicamente por medio de las ondas hertzianas (lo que ya es más grave, porque supone que la igualdad exclusivamente formal ante la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales ni siquiera existe en este caso).

Por otra parte, no puede olvidarse que la posición del legislador orgánico en el desarrollo de los derechos fundamentales no es simplemente la de ejercer una labor meramente declarativa de todos y cada uno de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución. Evidentemente, el margen de

<sup>24</sup> En este sentido es de destacar cómo en los Estados Unidos, que se tiene por el país de la libertad más absoluta en materia de televisión, el número máximo de canales utilizables en muchas zonas es solamente de tres por razón de las interferencias que pueden producir entre sí esos canales, dado el carácter eminentemente local de las emisoras. Véase a este respecto Roberto Grandí, «La televisione...», cit., pág. 436.



creación que le queda al legislador es muy escaso en aquellos derechos fundamentales que pueden vincularse más enérgicamente al concepto de libertades-autonomía. Pero hay otros derechos fundamentales en los que se atribuye al legislador una mayor capacidad organizativa y, en éstos, la ley puede escribir el sí o el no en aspectos relativamente importantes que afectan al derecho fundamental; así, el plazo exigido por la legislación de reuniones para comunicar a la autoridad la celebración de éstas en lugar cerrado o las solicitudes de autorización para una reunión en lugar abierto, que son aspectos establecidos por el legislador, que desarrolla aquí una función constitutiva, aun dentro siempre del contenido esencial del derecho fundamental; si la regulación de reuniones respeta el contenido esencial del derecho de reunión, ningún particular podría acudir ante el Tribunal Constitucional solicitando del mismo un pronunciamiento por el que se declare que del derecho fundamental proclamado en la Constitución se desprende que el derecho de reunión puede organizarse con unos plazos menores de comunicación de la reunión o que el sistema de autorización en lugares públicos puede sustituirse por un sistema de simple comunicación y pretender además que en función de esa posibilidad de diferente regulación se restablezca al recurrente en la integridad de su derecho a manifestarse de acuerdo con el nuevo sistema que propone. El Tribunal Constitucional rechazará la petición de amparo declarando, si acaso, que la variación del sistema de regulación del derecho fundamental de reunión es una decisión política que puede adoptar el legislador y que no le corresponde al Tribunal sustituir esa decisión política siempre que se mantenga dentro del respeto al contenido esencial del derecho fundamental. Esa afirmación del Tribunal Constitucional demuestra en definitiva que una nueva regulación del derecho de reunión con un sistema distinto de comunicaciones o autorizaciones no constituye hoy un derecho fundamental exigible, pero que una decisión política del legislador puede hacer que mañana sí sea un derecho fundamental exigible en vía de amparo<sup>25</sup>.

Todo ello prueba que la postura del legislador ante los derechos fundamentales no se limita a detectar y declarar un contenido esencial único, aunque más o menos imprecisamente formulado en el texto constitucional, sino que al legislador le cabe una posibilidad de organización de determinados derechos fundamentales que tiene carácter constitutivo, de tal forma que la infracción por la autoridad administrativa de determinados aspectos de la regulación del legislador, suponen una violación del derecho fundamental mientras la regulación legislativa permanezca en vigor; pero si en el futuro se alterase la regulación legislativa, bien pudiera ocurrir que lo que antes constituía infracción del derecho fundamental, después no lo constituya. Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley de reuniones permite a la autoridad gubernativa alterar, entre otras cosas, el horario de una reunión en lugar

<sup>25</sup> Véase José Joaquín Gomes Canotliho, *Direito constitucional*, 2.ª ed., pág. 541 y sigs., donde examina el problema de las relaciones entre la ley y los derechos fundamentales y el tipo de límites que las leyes establecen en relación con tales derechos; límites que en unos casos son inmanentes o que pueden deducirse de la propia formulación del derecho, en tanto que otros son límites establecidos constitutivamente por la ley, de forma que al legislador le cabe un amplio ámbito de decisión en cuanto a la modalidad del ejercicio de los derechos fundamentales.

abierto en determinadas circunstancias; eso supone que nadie podría hoy acudir al Tribunal Constitucional invocando su derecho fundamental de reunión en contra de una alteración horaria que se ajuste a las previsiones del artículo 10. Pero si en el futuro el legislador excluyese la posibilidad de alteración de horario, manteniendo las demás posibilidades de alteración en cuanto al trayecto de la reunión, en ese caso una alteración del horario por la autoridad gubernativa sí determinaría el amparo del Tribunal Constitucional.

Pone todo ello de manifiesto que el legislador no puede poner el sí o el no al contenido esencial del derecho fundamental, pero sí puede poner el sí o el no a aspectos determinados de la regulación del derecho fundamental, a modalidades y limitaciones en su ejercicio. Y esto es lo que ocurre precisamente a propósito de la libertad de expresión por medio de la televisión; no estamos ante un derecho que pueda desarrollarse espontáneamente y que pueda ser ejercido por la totalidad de los ciudadanos; aspectos cuya violación da derecho al amparo, lo que demuestra que los mismos, aunque modificables por el legislador, tienen el carácter de derechos fundamentales. En esas circunstancias, y por las demás razones antes apuntadas, el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión puede entenderse respetado por un monopolio estatal establecido con la finalidad y con los mecanismos técnicos e institucionales necesarios para ampliar el número posible de quienes pueden ejercer de forma efectiva ese derecho; o puede, por el contrario, entenderse que es mejor la regulación y el desarrollo del derecho fundamental permitiendo las televisiones privadas. Como puede haber argumentos en uno y otro sentido, es evidente que lo que está en juego no es el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión por medio de la televisión, sino modalidades o formas de regular ese contenido esencial. No se trata, por tanto, de que el legislador escriba el sí o el no en una hoja en blanco, sino que respetando el contenido sustancial del derecho, escriba el sí o el no a las distintas modalidades de su ejercicio.

Esto sentado, resulta evidente, por tanto, que no hay contradicción en la sentencia de 31 de marzo de 1982 cuando, tras rechazar el recurso de amparo y la existencia de un derecho fundamental a establecer televisiones privadas, afirma, sin embargo, que la decisión legislativa en orden al establecimiento de dichas televisiones debe revestir la forma de ley orgánica en la medida en que afecte a un derecho fundamental; las observaciones hechas a propósito del derecho de reunión sirven de apoyo a esta afirmación, que por otra parte está también ampliamente difundida en la doctrina y en el Derecho comparado, donde se ha reflexionado a propósito del carácter declarativo o constitutivo del desarrollo de los derechos fundamentales por el legislador en el sentido que se indica en el texto.

B) *La Ley 4/80 sobre Estatuto de RTVE y la necesaria ley orgánica sobre televisión privada*

La segunda dificultad que podemos encontrar a partir de la afirmación que hace el Tribunal Constitucional en orden a la naturaleza de la norma

legislativa que debe regular la implantación de la televisión privada, se refiere ahora a una cuestión que se deriva no de la reserva de determinadas materias a la ley orgánica, sino del rango normativo del Estatuto de Radiotelevisión aprobado por la Ley de 10 de enero de 1980. Como es sabido, se trata de una ley ordinaria en la que, además de hacerse una regulación de la radio y de la televisión pública, se contiene una reserva de la actividad en exclusiva o monopolio en favor del Estado. No se trata, por tanto, sólo de que se regulen los medios de comunicación estatales, sino de que además se sienta el principio de que la actividad de radio y televisión está reservada en exclusiva al Estado, con las matizaciones que respecto a la radio luego haremos, y que se contienen en la disposición adicional primera del Estatuto.

Supuesto, por tanto, que la reserva se contiene en una ley ordinaria, podemos plantearnos la posibilidad, moviéndonos exclusivamente en el ámbito del rango normativo, de que una ley ordinaria posterior derogue pura y simplemente el número 2 del artículo 1.º, que contiene la afirmación de que la radio y la televisión son servicios esenciales cuya titularidad corresponde al Estado; la hipótesis puede también extenderse al supuesto de que se modifiquen las disposiciones adicionales añadiendo una que haga para la televisión algo semejante a lo que la actual disposición adicional primera hace para la radio, esto es, permitir la prestación de la actividad por los particulares.

La cuestión, así planteada, pone inmediatamente de relieve una posible contradicción en la decisión del Tribunal Constitucional entre la exigencia de ley orgánica en aquellos aspectos que afecten a los derechos fundamentales (que se contiene en el fundamento de derecho 6 de la sentencia) y la falta de aplicación o análisis de esa afirmación en lo que se refiere a la propia Ley de 10 de enero de 1980, que, teniendo el rango de ley ordinaria, contiene una regulación de la actividad estatal a través de sus medios de comunicación, lo que evidentemente parece afectar a los derechos fundamentales del artículo 20 y, además, y sobre todo, contiene nada menos que una decisión política trascendental como es la de reservar la actividad al Estado calificándola de servicio público y reservando su gestión, asimismo en exclusiva, al Estado. A tratar de explicar cómo el Tribunal Constitucional no ha puesto en cuestión la validez misma del Estatuto aprobado por Ley ordinaria de 10 de enero de 1980 se dedican las líneas que siguen.

El Estatuto de Radiotelevisión contiene dos facetas fundamentales: por una parte constituye la regulación de unos medios de comunicación social del Estado y, por otra, y además, constituye una consagración del monopolio de la actividad a través de dichos medios.

a) *El Estatuto como regulación de la actividad estatal a través de determinados medios de comunicación social*

La Ley 4/80, de 10 de enero, desarrolla el mandato contenido en el artículo 20.3 de nuestra Constitución cuando reserva a la ley la organización y el control público de los medios de comunicación social del Estado estableciendo alguno de los criterios esenciales en los que debe inspirarse dicha regulación legal.

El artículo 20.3 de la Constitución no precisa cuál es el rango de esa ley de la organización y el control público de los medios de comunicación social. Por su parte, el Tribunal Constitucional no parece haber discutido la naturaleza jurídica de esa ley. Ciertamente, en una primera aproximación al tema, pudiera entenderse que la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social del Estado que se regulen en la ley no son propiamente un derecho fundamental; y en esa medida ni la organización ni el control parlamentario deben recogerse en ley orgánica. Sin duda a esta interpretación responde el hecho de que el Estatuto de radio y televisión se haya aprobado por ley ordinaria; ahora bien, una lectura más detenida del artículo 20.3 de la Constitución podría inducirnos a suponer que, en primer término, no es casual la remisión a la ley dentro de un artículo dedicado a un derecho fundamental; evidentemente, la organización y el control parlamentario no constituye en sí mismo derecho fundamental, pero, sin embargo, ninguna duda cabe de que esa previsión se hace en ese artículo precisamente en relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión. En este sentido, el artículo 20.3 va a explicitar los motivos que llevan al constituyente a reservar a la ley la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social del Estado: para garantizar el acceso de los grupos sociales y políticos significativos, para respetar el pluralismo y la diversidad de lenguas de España. Y el acceso de los grupos sociales y políticos y el pluralismo no es más que la manifestación del derecho a expresarse configurado no de forma negativa (como prohibición al Estado de interferir ese derecho), sino de forma positiva en el sentido del artículo 9 de la Constitución promoviendo las condiciones para que la libertad y la igualdad en el ejercicio de los derechos sean reales y efectivos. La Constitución ha diseñado así la función de esos medios de comunicación social del Estado que, entre otros extremos, consiste en hacer posible ese derecho, que en el ámbito de los medios de comunicación social públicos se transforma de una simple libertad-autonomía en un derecho-participación y derecho prestación<sup>26</sup>.

El derecho de acceso y el derecho al pluralismo constituyen así la concreción, en el ámbito de los medios de comunicación públicos, del derecho a la libertad de expresión del pensamiento; de ahí que resulte coherente que, al menos en estos aspectos, el artículo 20.3 de la Constitución, dentro de la sección dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, remita a la ley la organización y el control parlamentario de dichos medios. En este sentido pudiera defenderse la necesidad de ley orgánica para esa organización y control parlamentario, al menos en lo referido a los aspectos de acceso y pluralismo antes indicados.

En línea con lo que acabamos de decir, cabría reducir esquemáticamente las dos posturas (necesidad de ley ordinaria o de ley orgánica) a una doble y en alguna medida contrapuesta concepción de la actividad estatal en el campo de los medios de comunicación. Por una parte estaría aquella que no pone el fundamento, la causa o el motivo de la intervención estatal en este campo de

<sup>26</sup> Véase Enrique Gómez Reino y Carnota, «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo I, U.N.E.D., pág. 43, en que analiza las distintas funciones que cumplen las libertades públicas.

la comunicación en una promoción de los derechos fundamentales y de su real efectividad; en definitiva, que los servicios estatales en este campo no se crean tanto para dar directa satisfacción y efectividad al derecho a la libertad de expresión o a la información como por razones de conveniencia económica, social o cultural; lo que ocurriría para esta concepción es que, aunque la finalidad de la existencia de los medios públicos no es directamente la de dar satisfacción a derechos fundamentales, su organización y funcionamiento no pueden dejar de inspirarse en dichos derechos fundamentales, pero no como tales, sino como principios o valores constitucionales que deben impregnar todo el ordenamiento jurídico y la organización administrativa incluso de aquellos servicios que no se establecen con la principal finalidad de hacer efectivos esos derechos fundamentales.

Para la otra concepción, la existencia de medios de comunicación públicos no es sino la respuesta del Estado al derecho a recibir información veraz y la respuesta al mandato contenido en el artículo 9 de la Constitución de promover las condiciones de igualdad y libertad; por tanto, los medios de comunicación social del Estado son en sí mismos desarrollo de un derecho fundamental y caerían en la órbita del artículo 81 de la Constitución en su exigencia de ley orgánica para esta materia.

El Tribunal Constitucional no adopta explícitamente ninguna resolución a este respecto. En la medida en que no pone en cuestión en ningún momento la constitucionalidad y validez formal del Estatuto de Radio y Televisión, al que invoca en repetidas ocasiones, podría concluirse que el Tribunal no parece inclinarse porque sea necesaria ley orgánica para la regulación de los medios de comunicación social del Estado. No obstante lo anterior, no puede dejar de indicarse que en diversas ocasiones el Tribunal parece invocar en su sentencia el principio de la congruencia con las pretensiones de la parte recurrente; pudiera, tal vez, deducirse de ello que el Tribunal quiere llamar la atención acerca de la ausencia de obligación de pronunciarse sobre extremos que no han sido puestos en cuestión por la entidad recurrente. Así, en el inicio mismo de la argumentación del Tribunal sobre el fondo del asunto, al comienzo del fundamento de derecho 2, se preocupa de subrayar ese requisito de la congruencia:

«Porque no es misión nuestra, en el momento actual, enjuiciar la regulación jurídica positiva de la televisión en España, sino decidir el concreto recurso de amparo que la sociedad Antena Tres, S. A., ha planteado.»

A la misma idea de la congruencia se refiere el Tribunal en su fundamento de derecho 5, en el que las consideraciones que hace acerca del sistema de gestión indirecta del servicio público reclamado por Antena Tres, S. A., las hace condicionalmente:

«Si partimos de la consideración de que la calificación de la televisión como servicio público, que consagra el artículo 1.º de la Ley 4/80, no está cuestionada.»

Pudiera desprenderse de lo dicho que el Tribunal se reserva explícitamente su opinión acerca de la regulación actual de la televisión pública en el Estatuto aprobado por Ley 4/80, amparándose en que el principio de congruencia con las pretensiones del recurrente ni le permite ni le obliga a hacer consideraciones que vayan más allá de lo pedido. Sin embargo, en este sentido debe señalarse que el principio de congruencia no puede entenderse de forma tan rígida que impida al Tribunal pronunciarse sobre aspectos que, aunque no solicitados por el recurrente, guarden una relación instrumental y necesaria con la pretensión final del recurrente; de tal modo que para llegar el Tribunal a pronunciarse sobre el fondo de la pretensión necesita, instrumentalmente, pronunciarse sobre temas que guardan una relación del carácter de la indicada.

Ahora bien, es lo cierto que, en lo que se refiere a este primer aspecto (la suficiencia o insuficiencia de la Ley 4/80 para regular la organización y el control de la televisión), no parece exista esa relación de instrumentalidad entre la pretensión de la sociedad recurrente que pedía que se le reconociese su derecho a emitir por televisión, aunque dentro del ámbito del servicio público. El Tribunal, para adoptar la decisión de no reconocer un derecho fundamental al recurrente a que se le otorgue una autorización para establecer y emitir por medio de una televisión privada (mediante autorización o concesión), no necesitaba valorar la suficiencia o insuficiencia de la ley ordinaria que aprobó el Estatuto de radio y televisión<sup>27</sup>.

b) *El Estatuto y la reserva de la actividad de televisión al Estado en su titularidad y en su gestión*

Como ya se ha indicado anteriormente, el Estatuto de Radiotelevisión no solamente contiene una regulación de los medios de comunicación social del Estado, sino que además dispone que toda la actividad televisiva es y constituye un servicio público esencial. En la medida en que, además, establece que la gestión de ese servicio corresponde a Televisión Española, S. A., parece evidente que está consagrando un monopolio estatal en ese ámbito, que, desde luego, puede encontrar su justificación en el artículo 128 de la Constitución. Pero en este campo del monopolio el problema que se puede plantear

<sup>27</sup> Baste recordar aquí la posición anteriormente expuesta de Sergio Fois a propósito de la incompatibilidad radical entre el concepto de servicio público y de derecho fundamental; en la medida en que el recurrente no discutía la calificación de servicio público de la actividad, como se encarga de subrayar el Tribunal, la concesión o autorización dentro del ámbito del servicio público, esto es, para servir a los intereses generales mediante la objetividad, la imparcialidad y el pluralismo, no puede solicitarse en base de un derecho fundamental que pretende defender intereses individuales y personales y no transpersonales. El servicio público debe ser el vehículo a través del cual se expresen las ideas, pensamientos y opiniones de los demás, y el concesionario de ese servicio público no hace sino colaborar en esa tarea de que, a través del servicio que se le ha encomendado, los demás (no el propio concesionario), los grupos significativos de la sociedad, y en su caso los individuos, tengan acceso a los medios para ejercer la libertad de expresión. La pretensión de moverse dentro del servicio público como concesionario o autorizado no puede descansar, por tanto, en un derecho fundamental a la libertad de expresión.

se relaciona con el rango de la ley a que se refiere el artículo 128 de la Constitución cuando la misma impide o afecta a derechos fundamentales. En nuestra opinión, la ley a que se refiere el artículo 128 es en principio la ley ordinaria; pero nada se opone sino que, muy al contrario, vendría exigido por el artículo 81 de la Constitución, a que la reserva se tenga que hacer por ley orgánica cuando se refiere a servicios esenciales que afectan a derechos fundamentales o libertades públicas.

Desde luego, el Tribunal, en su fundamento de derecho 6, explicita su pensamiento en orden a que la regulación de la televisión privada deberá hacerse por ley orgánica en la medida en que afecte al derecho fundamental a la libertad de expresión; y habría que concluir que la prohibición de la televisión privada, por su reserva en exclusiva al Estado, debería exigir, en justa correspondencia con este planteamiento, la necesidad de una ley orgánica.

Sin embargo, el Tribunal no va a entrar aquí tampoco a valorar si el Estatuto de Radiotelevisión, que establece esta reserva en favor del Estado, se ha adoptado mediante el instrumento constitucionalmente hábil; de lo que podría deducirse a primera vista una inconsecuencia del Tribunal con sus propios planteamientos; puesto que aquí, aunque la sociedad recurrente pida que se le autorice a emitir por televisión dentro del ámbito del servicio público como gestión indirecta del mismo, lo cierto es que está invocando directamente el artículo 20.1 de la Constitución; y si a su pretensión se le opone la consideración de la actividad como servicio público esencial reservado al Estado, no podría, aparentemente, el Tribunal dejar de entrar a analizar si el instrumento legal de la reserva es el previsto en la Constitución.

Sin embargo, también en este punto de la reserva podría pensarse que el Tribunal ha eludido entrar en consideraciones en torno a la validez del instrumento normativo con el que esa reserva se ha verificado.

Para ello ha desconectado su pronunciamiento de la reserva en favor del Estado operada por el Estatuto de Radiotelevisión. En efecto, aunque en el fundamento de derecho 4 de la sentencia se afirma por el Tribunal que «la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico político, se encuentra dentro de los poderes del legislador», esta afirmación del Tribunal (que se produce tras una exégesis de por qué el legislador considera a la televisión como servicio público esencial) no va a conducir a la conclusión relativa al monopolio de la televisión como obstáculo a la televisión privada. Ciertamente, en ningún momento el Tribunal, en su fundamento de derecho 6, va a afirmar que deniegue el amparo solicitado por la recurrente porque su pretensión choca con el artículo 1.º, 2 del Estatuto de Radiotelevisión. Ya en el fundamento de derecho 5, situado en el ámbito de la pretensión de que se le concediese la gestión indirecta del servicio, dice el Tribunal que esa forma de gestión del servicio público no puede adoptarla el Tribunal. Sin embargo, en el 6, saliéndose del marco de la potestad doméstica u organizatoria de un servicio público y situándose en el ámbito más general de los derechos fundamentales, no justifica el rechazo de la pretensión de amparo en base a que se haya ejercitado la reserva prevista en el artículo 128 de la Constitución. Y como la razón del rechazo del Tribunal no radica en la existencia de una reserva al Estado de la televisión, se hace innecesario el pronunciamiento acerca de

la validez del instrumento jurídico que ha operado la reserva. Se hace innecesario al Tribunal entrar a considerar si el Estatuto de televisión debió ser aprobado por ley orgánica en vez de por ley ordinaria en lo que se refiere al monopolio.

Así las cosas, es evidente que la afirmación del Tribunal en orden a que la regulación de la televisión privada debe hacerse por ley orgánica en la medida en que afecte a derechos fundamentales, no es incongruente con el hecho de que la reserva al Estado se haya hecho por ley ordinaria, sin crítica alguna por parte del Tribunal, simplemente porque la razón de la negativa al amparo no se funda en la reserva hecha por la Ley 4/80.

A mi juicio, la postura del Tribunal parece ser más radical; se trata simplemente de que la autorización que solicita el recurrente «no es una derivación necesaria del artículo 20». Es verdad que, acto seguido, se preocupa de precisar que no está tampoco constitucionalmente impedida, pero con ello está indicando ya que no es la reserva contenida en el Estatuto el obstáculo a la implantación de la televisión privada, sino que esta implantación no está exigida directamente por el artículo 20 de la Constitución.

Es, a juicio del Tribunal, una decisión política la que al establecer esta modalidad de ejercicio de la libertad de expresión constituye el derecho fundamental a favor de los particulares. Ahora bien, puede ser importante destacar que, en la opinión que puede desprenderse de la lectura de la sentencia, el Tribunal no piensa que esa decisión política en orden a la implantación de la televisión privada sea un *contrarius actus* con respecto a la decisión política del monopolio; no es que tenga que adoptarse esa decisión porque previamente, el 10 de enero de 1980, se haya adoptado una decisión política distinta, en orden a cómo se organiza la televisión en general y la pública en particular. Más bien parece que el Tribunal entiende que, al margen del Estatuto, es decir, aunque éste se hubiese limitado a regular el servicio público propiamente dicho sin hacer ningún pronunciamiento en cuanto a la actividad de los particulares, éstos no podrían tampoco pretender que se les amparase en su derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de la televisión.

Tal afirmación, que puede resultar sorprendente en la medida en que parece dejar al legislador la posibilidad de poner o el sí o el no, como dice el voto particular, encuentra, sin embargo, una explicación en la propia y peculiar naturaleza de la televisión, que el Tribunal se ha ocupado de destacar en su fundamento de derecho 3. En éste, ciertamente, reconoce que el derecho fundamental a la libertad de difundir ideas y opiniones comprende el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible. Pero esa afirmación de carácter general la va a matizar acto seguido, precisamente para decirnos que en el campo de la televisión no puede aplicarse dicho principio general; esto es, que el derecho a la difusión de las ideas no comprende el derecho al establecimiento de los medios materiales. Aquí está, pues, a nuestro juicio, el núcleo central de la argumentación del Tribunal que le permite eludir cualquier consideración en orden a la validez del rango normativo del Estatuto de Radiotelevisión. No se trata ya, para el Tribunal, de si una ley válida o inválidamente ha reservado en exclusiva al Estado el ejercicio de la actividad televisiva; se trata de que el derecho gene-



ral de los ciudadanos a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible (que el Tribunal reconoce que es un derecho fundamental comprendido dentro del derecho a la libertad de difusión de ideas y opiniones) es un derecho que, en cambio, no existe cuando por la naturaleza misma de dichos soportes o medios, los bienes son limitados o la utilización por unos impide la utilización por los demás; todo lo cual «condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el estatuto jurídico y político del medio y, en definitiva, el derecho mismo a una difusión e información libres».

Se comprende que un derecho así condicionado no entra ya en la categoría de un derecho fundamental autónomo, que no exige ninguna intervención legislativa, sin que el principio *favor libertatis* pueda permitir un reconocimiento del derecho incluso al margen de toda actividad legislativa, sino que aquí se hace necesaria una decisión del legislador organizando positivamente ese derecho o negándolo, con la particularidad de que mientras no exista una regulación, el derecho a crear los soportes de la difusión no emerge era a como propio derecho fundamental. En este sentido, no es tanto la declaración de reserva que hace el Estatuto de Radiotelevisión lo que se opone a la creación de medios de televisión por los particulares, sino la ausencia misma de una regulación positiva que organice esa actividad, que no puede desplegarse espontáneamente sin intervención estatal.

C) *El contenido necesario de la ley orgánica que regule la televisión privada*

Las consideraciones que se han hecho en los apartados anteriores ponen de manifiesto cómo la indagación acerca de cuál debe ser el contenido que en su caso presente una eventual ley orgánica que regule y organice la televisión privada no puede conducirse tomando como modelo el Estatuto actual de radio y televisión aprobado por la Ley 4/80. En efecto, como hemos visto, ni siquiera el Tribunal Constitucional adopta su decisión teniendo a la vista como dato fundamental la reserva operada en el propio Estatuto; por consiguiente, el elemento de contraste de la pretensión de la sociedad recurrente con la Constitución es, únicamente, la propia Constitución.

Sería, por tanto, equivocado aprovechar el Estatuto como ejemplo de la distribución de materias que pueden responder al ámbito de la ley ordinaria y al ámbito de la ley orgánica. Y ello no sólo porque, como hemos dicho, el Tribunal no se haya enfrentado en su sentencia con el tema de la validez y suficiente rango normativo de la ley ordinaria que aprobó el Estatuto, respecto de cuyo tema expresamente declara la sentencia que no entra en el mismo porque no ha sido objeto de la pretensión del recurrente, sino además porque la decisión política de organizar la modalidad de la libertad de expresión por medio de la televisión privada, que debería asumir la forma de ley orgánica, responde a una problemática bien distinta a la que hemos examinado a propósito de la ley que desarrolla la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social del Estado y también a pro-

pósito del rango de la ley a que se refiere el artículo 128 de la Constitución <sup>28</sup>

La futura y eventual ley orgánica que adoptase la decisión de permitir la modalidad de la libertad de expresión a través de la televisión privada exigirá un sistema de otorgamiento de frecuencias y autorización de instalaciones y actividad, que comporta, como hemos indicado, la distribución de frecuencias escasas de las que sólo podrían disponer los eventuales autorizados.

Supuesto lo anterior, resulta evidente que toda norma relativa a la televisión privada, en cuanto regula una modalidad de la libertad de expresión, establece quiénes podrán desarrollar la actividad por ese medio y quiénes, correlativamente, no podrán hacerlo. Y esto supone, en definitiva, que la organización de la libertad de expresión por medio de la televisión es algo que afecta sustancialmente al desarrollo de un derecho fundamental que si el legislador se decide a reconocerlo implica necesariamente su ejercicio por parte de unos pocos y la exclusión de la mayoría en cuanto a las posibilidades de ejercitar esa libertad por medio de la televisión.

Por tanto, no ofrece la menor duda el carácter de desarrollo de una libertad fundamental que ofrecería la futura y posible ley que regulase la televisión privada, y en este sentido el carácter orgánico que necesariamente debe revestir tal ley es evidente, como ha subrayado el Tribunal Constitucional.

El problema, sin embargo, radica en saber cuáles son los extremos que pertenecen necesariamente al ámbito de la ley orgánica y cuáles son aquellos otros extremos que, por el contrario, pueden eventualmente deferirse a una ley ordinaria.

Si la razón de la necesidad de la ley orgánica estriba en que su contenido supone el desarrollo de una modalidad de ejercicio del derecho fundamental, la conclusión a la que debe de llegarse no puede ser otra que la de entender que debe estar regulado por la ley orgánica todo aquello que define la forma de desarrollar esa modalidad del propio derecho fundamental.

En este sentido serían inadmisibles todo tipo de manipulaciones en la distribución de las materias que deben pertenecer a la ley orgánica intentando pasarlas al ámbito, más cómodo para su tramitación parlamentaria, de la ley ordinaria.

Por de pronto la ley orgánica tiene que adoptar la decisión básica que consiste en permitir efectivamente que los particulares puedan desarrollar la actividad de televisión. Esta decisión, naturalmente, pertenece de entrada al ámbito propio de la ley orgánica. Pero no sólo esa decisión, como es obvio, sino aquellas otras que versen sobre aspectos esenciales de la modalidad de ejercicio de esa libertad. En este sentido son aspectos esenciales aquellos que se refieren a las determinaciones subjetivas relacionadas con la actividad, aquellas que definen el procedimiento de autorización, aquellas que definen asimismo la situación en que se encuentran los particulares que resulten auto-

<sup>28</sup> En los medios de comunicación social del Estado, el tema del rango de la ley a que se refiere el artículo 20.3 puede dar lugar a ciertas vacilaciones; no ocurre, sin embargo, lo mismo en el ámbito de una ley que, al regular las condiciones en que se puede ser titular de una emisora de televisión privada, forzosamente limitada en su número, está decidiendo también quién no puede ser titular del derecho a la libertad de expresión por medio de la televisión.

rizados, situación que se deducirá del conjunto de derechos y obligaciones que asumen tanto frente a la Administración como frente a los particulares.

a) Dentro del plano de los elementos subjetivos, el primer elemento subjetivo es, naturalmente, el de el órgano a quien ha de encomendarse la selección y autorización de las personas particulares que van a desarrollar la actividad televisiva. Como se comprenderá, la decisión acerca de este órgano es absolutamente fundamental en lo que se refiere a la garantía de la libertad por medio de la televisión; que sea el Ente Público de Radiotelevisión Española, que sea el Gobierno, que sea una comisión parlamentaria o un órgano *ad hoc*, son decisiones definitivas que afectan a aspectos esenciales del derecho a emitir por medio de la televisión privada.

Desde el otro punto de vista, desde el eventual autorizado para ejercer la actividad televisiva, también es fundamental cualquier determinación en orden a los requisitos de carácter subjetivo que debe reunir. Si se trata de personas físicas o jurídicas, y en este caso la participación del capital nacional o extranjero; la exclusión de la posibilidad de que sean socios titulares de acciones las sociedades y compañías que desarrollen actividades en sectores que puedan considerarse incompatibles; el régimen de cesiones y traspaso de la actividad; la admisión o rechazo del ánimo de lucro en el caso de personificaciones jurídicas; la adopción de medidas para evitar fenómenos de concentración de capital; las obligaciones que deban asumir los autorizados en orden al régimen de transparencia de la propiedad de las sociedades y empresas y, por último, y tal vez como aspecto y decisión más significativa, la forma organizativa que deba revestir la entidad autorizada, la situación que en la misma adopten los periodistas, informadores y trabajadores de los medios, y la posibilidad de participación o no de los grupos sociales y políticos significativos.

b) En cuanto a los elementos que afectan al procedimiento, la decisión en cuanto a la forma en que han de otorgarse las autorizaciones, los requisitos que deban solicitarse a los aspirantes, la obligación de motivar las decisiones, la exigencia de informes técnicos y objetivos de órganos dotados de cierta independencia, etc., son aspectos todos relevantes que pertenecen al ámbito de la ley orgánica porque afectan de modo fundamental a la modalidad del ejercicio de la libertad de expresión por medio de la televisión privada.

c) Por lo que respecta a la situación en que se encuentra el particular autorizado, es necesario también que la ley orgánica defina cuál es su situación respecto a la Administración y respecto al resto de los ciudadanos y a las fuerzas sociales y políticas significativas. Respecto a la Administración, deben definirse con claridad cuáles son los poderes de intervención que ésta tiene para controlar el desarrollo de las actividades de las personas autorizadas, para controlar que se ajusten a los horarios de emisión y de potencias y de frecuencias y que respetan los principios a que deban ajustarse las actividades de las empresas privadas en este campo; es preciso definir si la Administración tiene potestades sancionadoras o de declarar la caducidad de la licencia, o si debe ser la Administración propiamente dicha o el Ente Público de Radiotelevisión española o algún otro organismo creado *ad hoc* o la propia comisión parlamentaria; establecer también el régimen jurídico de los actos admi-

nistrativos y recursos contra ellos que tiendan a garantizar precisamente la esfera de libertad de ejercicio por medio de la televisión<sup>29</sup>.

Respecto a los demás ciudadanos y a los grupos sociales y políticos significativos, debe también regularse el derecho de rectificación y el derecho de acceso, así como el régimen que proceda en los períodos de campañas electorales de cara a respetar el principio de igualdad de todos los que concurran a los procesos electorales.

Con la exposición de los puntos antes indicados, no quiere agotarse exhaustivamente toda la materia que pertenece al dominio de la ley orgánica, sino indicar cuáles son aquellos aspectos que más llamativamente pertenecen a los que constituyen el núcleo esencial de la modalidad del ejercicio de este derecho fundamental a través de la televisión privada. Quiere también llamarse la atención acerca de lo peligroso que sería tratar de escamotear estos temas del ámbito de la ley orgánica con exigencia de mayoría absoluta a que se refiere el artículo 81 de la Constitución para manipular el rango normativo de las normas, pasando estos aspectos esenciales al campo de la ley ordinaria; con ello, aparte de la confusión, no se haría sino provocar un desorden legislativo y constitucional que acabaría sus días ante el Tribunal Constitucional, con grave deterioro para el conjunto de la actividad.

Como ya indicara en otro lugar<sup>30</sup>, no debe entenderse el planteamiento que en este artículo se hace como un entusiasmo excesivo acerca de la televisión pública, ni siquiera como un pronunciamiento por el mantenimiento a todo trance del monopolio de la televisión en su forma actual, especialmente si la experiencia demuestra que las dificultades no acaban de superarse. No obstante, sí se quiere expresar que, frente a un planteamiento excesivamente simplista en la interpretación del artículo 20.1, que quiere extraer de su simple lectura el derecho a una instalación espontánea de emisoras de televisión, hay que reafirmar la solidez de los argumentos en pro del monopolio público y de la intervención estatal. Al monopolio no puede desvirtuarse fácilmente con argumentos fundados en una concepción individualista de la libertad de expresión, que sigue sin ser una libertad de expresión efectiva para todos. La participación de los particulares en la actividad televisiva más bien podrá llegar por la vía de la profundización de las exigencias que han conducido al monopolio; no, por tanto, desde la perspectiva directa de la libertad individual de expresión, sino desde la perspectiva institucional que trata de establecer los cauces reales y efectivos que hagan posible esa libertad de expresión individual, o al menos de los grupos en que significativamente se integran los individuos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Véase a este respecto Enrique Gómez Reino, quien en «Las libertades públicas...», cit., pág. 52, señala, entre otros temas claves, en la garantía de la libertad informativa, los de la transparencia en la financiación de los órganos informativos y la participación de los periodistas en la orientación ideológica de los medios informativos como medio de garantizar la libertad interna de los mismos; también mi capítulo en la obra colectiva *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, Fernando Torres Editor, 1977, pág. 45.

<sup>30</sup> Véase Tomás Quadra-Salcedo, «El Estatuto de Radio y Televisión como expresión...», *op. cit.*, pág. 151.

<sup>31</sup> Cfr. Fernando Sainz Moreno en su artículo «La regulación legal...», cit., pág. 206, donde cita mi libro *El servicio público de la televisión*, cit., en apoyo de su crítica del

Todo lo anterior no hace sino extraer todas sus consecuencias de las consideraciones que se han recogido a lo largo de este artículo para el supuesto de que las Cortes se decidiesen a autorizar la televisión privada. Esa decisión, que no está constitucionalmente exigida, debe adoptarse a la vista de una seria meditación sobre las ventajas o inconvenientes que aporta tal sistema de televisión, con todos los condicionantes económicos, financieros, sociales e institucionales que se han señalado con anterioridad. Sólo si se hace así, sólo si se tienen a la vista todas esas consideraciones, podremos suponer que la decisión legislativa ha sido suficientemente reflexionada; pero no abonaría nada esa impresión el hecho de que precipitadamente quisieran soslayarse esos temas centrales por el cómodo expediente de deferir a la ley ordinaria la regulación del contenido esencial del ejercicio de la actividad televisiva; ese proceder demostraría no sólo un desconocimiento de las más profundas exigencias constitucionales, sino una confesión anticipada de una falta total de confianza en las propias razones que habrían de esgrimirse en un debate de ley orgánica en defensa de la televisión privada.

monopolio de la televisión y de su calificación como servicio público. Aunque la cita es exacta, no es, sin embargo, completa, pues si en aquel libro presentado como tesis doctoral en 1974 se criticaban los argumentos a favor del monopolio, también se criticaban los argumentos en pro de la libertad total de emisión individual por medio de la televisión (págs. 161, 164 y 244). Con los condicionamientos y con la perspectiva propia de la época dictatorial en que se escribía, la solución que se ofrecía era la de una cierta concurrencia favorecida por el Estado, dado que el juego libre del mercado podía distorsionar el pluralismo y la participación real de los diversos sectores; en este sentido se sugerían fórmulas de intervención estatal en la posible actividad privada mediante el arriendo de programas a nivel regional o local para la televisión hertziana, y de intervención pública en el cable para garantizar que el coste de su establecimiento no constituyese una barrera al pluralismo (pág. 244). En definitiva, la concepción latente en aquellas páginas se acerca bastante al modelo inglés de la IBA. Hoy, después de la experiencia italiana y de su proceso de concentración de las empresas privadas de televisión a nivel local en un fenómeno similar al existente en Estados Unidos, creo que puede reafirmarse la idea de que la televisión no puede dejarse al libre flujo de los intereses privados, sino que, si se quiere buscar la participación y colaboración de los particulares, porque puede tener efectos beneficiosos, ha de garantizarse por medios públicos que exista un efectivo pluralismo en esta participación.