

SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN Y GARANTÍA DE LA INSTITUCIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

POR

JOSÉ ESTEVE PARDO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL SERVICIO PÚBLICO COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DEL SISTEMA FRANCÉS EN SUS DIFERENTES ESTATUTOS DE LA RADIOTELEVISIÓN.—III. LA GARANTÍA DE LA FORMACIÓN DE UNA LIBRE OPINIÓN COMO ELEMENTO ORDENADOR DE UN MODELO, EN LA RFA, BÁSICAMENTE CONFORMADO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—IV. LA PRESENCIA DE AMBAS NOCIONES EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA: 1. *La aplicación del régimen del servicio público desconociendo la dimensión constitucional de los derechos presentes:* A) La construcción de un régimen de la televisión que pivota únicamente sobre el dato del servicio público y sus modos de gestión. B) La significativa ausencia de Ley orgánica en contra de la explícita exigencia del TC. 2. *La funcionalidad de la garantía de la opinión pública libre:* A) Con respecto a la televisión pública. B) Con respecto a la televisión privada. C) La característica posición del Gobierno en el conjunto del sistema.

I. PLANTEAMIENTO

El régimen jurídico de la televisión en España tiene en la Constitución dos inequívocos puntos de partida.

Uno, absolutamente insoslayable: la regulación constitucional sobre derechos fundamentales y libertades públicas que pueden ejercitarse a través de la televisión. Es, sin duda, el artículo 20 el que contiene lo esencial de esa regulación. En este precepto queda la televisión manifiestamente aludida cuando en él «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

El otro anclaje constitucional que se advierte no se presentaba como ineludible, sino, más bien, como contingente. Se trata de la posibilidad ofrecida al legislador por el artículo 128.2 CE para que la televisión, caso de ser considerada servicio esencial, quedase reservada al sector público. Ninguna determinación constitucional impelía, en rigor, a utilizar semejante mecanismo; lo cierto es que éste se activa con el Estatuto de la Radio y la Televisión, que en su

artículo 1.2 declara categóricamente que la televisión es un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado.

Necesariedad y contingencia. Necesaria observancia de las previsiones constitucionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas; no sólo las que se han reproducido unas líneas más arriba porque se asocian expresamente a la televisión, sino todas las que sean de ejercicio —o puedan verse afectadas— a través de este medio; y no sólo observancia estricta de estas previsiones, sino desarrollo legislativo que las adapte a las peculiaridades del medio televisivo y que afronte los conflictos entre ellas que se presenten como más verosímiles. Contingente —constitucionalmente posible (1)— consideración de la televisión como servicio público esencial que se ha convertido en pieza angular del régimen jurídico de la televisión y elemento conformador determinante de todo su desarrollo.

En las líneas que siguen se tratará de poner en evidencia cómo en el régimen jurídico de la televisión tiene un potencial conformador determinante la idea de servicio público —lo contingente—, hasta el punto de que ese régimen se constituye sin afrontar decidida y consecuentemente las exigencias derivadas de las previsiones constitucionales en lo tocante a derechos y libertades —lo necesario— (2).

Con el objeto de disponer de criterios valorativos más afinados, parece de interés conocer las experiencias y peculiaridades que en su regulación sobre el medio televisivo ofrecen un par de Estados en los que se han forjado las dos nociones que prioritariamente nos interesan por ser ya bien perceptible su presencia entre nosotros.

(1) Así tuvo ya ocasión de afirmarlo el TC en su Sentencia 12/1982, de 31 de marzo: «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» (FJ 4).

(2) El estudio se centrará prioritariamente en la televisión de ámbito estatal, pública y privada. Se prestará por ello sólo una ocasional atención a las televisiones autonómicas, a las que, por otra parte, son en muy buena medida trasladables las críticas y conclusiones que aquí se ofrecen desde el momento en que estas televisiones se estructuran invariablemente sobre el modelo de la televisión estatal.

Por lo demás, el punto que aquí se anota y se destaca como determinante del régimen jurídico de la televisión —la declaración de servicio público— tuvo una incidencia decisiva —confirmando así en otro frente la tesis que se maneja— en el ámbito autonómico: al predicarse la titularidad del servicio en favor del Estado se recurrió maquinal e innecesariamente a la fórmula concesional para que las CC.AA. accediesen a la gestión de un canal de televisión. Un tratamiento crítico del tema con cierta extensión tuvo ya ocasión de desarrollarlo en otro lugar: J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, Madrid, 1984, págs. 155 y ss.

En Francia se gesta la noción de servicio público y la regulación actual de su televisión sigue articulada en torno a ella.

En la RFA se ha desarrollado a partir de su Ley Fundamental una fecunda dogmática sobre derechos fundamentales. En lo relativo a los procesos de comunicación y sus medios —muy particularmente la televisión— ocupa una posición central la garantía de la libre formación de opinión. Se trata de una construcción del Tribunal Constitucional Federal que para nosotros cobra particular interés desde el momento en que su impronta se deja sentir en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Veamos someramente las consecuencias que sobre sus respectivas ordenaciones jurídicas de la televisión se han extraído de estas ideas en ambos sistemas.

II. EL SERVICIO PÚBLICO COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DEL SISTEMA FRANCÉS EN SUS DIFERENTES ESTATUTOS DE LA RADIODIFUSIÓN

La regulación del medio televisivo ha estado sometida en Francia —al menos formalmente— a constante mutación. Se trata de una evolución que progresa a golpe de reformas legislativas, saldadas cada una de ellas con un diferente Estatuto que, despreciando retoques parciales, viene a proclamar un nuevo cosmos (3). La media docena que con estas pretensiones se han sucedido desde 1959 es ya un dato bien significativo.

La inestabilidad legislativa francesa evidencia la inconsistencia de unos límites constitucionales efectivos sobre el legislador en esta materia (4), en marcado contraste —lo veremos en breve— con el sistema alemán, hondamente enraizado en las aseveraciones constitucionales, hasta el punto de que el orden jurídico sobre la televi-

(3) Todos ellos, en efecto, establecen una diferente constelación de entes, complejos organizativos y fórmulas de equilibrio y articulación.

(4) La falta de previsiones específicas en la Constitución de 1958 y las limitaciones del sistema de justicia constitucional francés son circunstancias a tener en cuenta.

Recientemente, sin embargo, se ha producido una importante alteración de este orden de cosas al intervenir de forma muy decidida el Consejo Constitucional, que, entre otras actuaciones, instó la aprobación del actual Estatuto. Las diferencias con el sistema alemán, construido sobre una doctrina elaborada a «golpe» de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, siguen siendo notables.

sión en la RFA pasa por ser, en su esencia, una creación del Tribunal Constitucional.

Pues bien, en todas las variantes francesas se mantiene inalterada la consideración de la televisión como servicio público. La permanencia de este principio no ha sido óbice para que el régimen por él presidido haya experimentado notables inflexiones: monopolio público en la gestión del medio televisivo (5); monopolio con derogaciones en algunas fases del proceso o de sistemas de televisión (6); para llegar al actual estadio en el que la libertad se proclama como ineludible punto de partida: la Ley de 30 de septiembre de 1986 se intitula como Ley «*relative á la liberté de communication*», y en su primer artículo se afirma ya categóricamente que «*l'établissement et l'emploi des installations de télécommunication, l'exploitation et l'utilisation de services de télécommunication sont libres*».

Tras este impetuoso brote, la regulación de la Ley toma un cauce franqueado por toda una serie de condiciones para el ejercicio de esa libertad. Semejante cuadro de prescripciones se justifican sin ambages por el mismo artículo 1 en las exigencias del servicio público. Exigencias que no derivan de un principio opuesto al inicialmente proclamado por la Ley, el de libertad. Antes al contrario, la noción de servicio público es aquí el marco en el que ganan textura y operatividad jurídica importantes derechos y libertades que pueden ejercitarse o verse amenazados a través de la televisión. Pues éstas y aquéllos no se agotan, desde luego, con relación a este medio, en el pretendido derecho a crear y gestionar televisiones privadas.

Sólo la referencia al servicio público, afirma DERIEUX, justifica la existencia de una serie de prescripciones orientadas a respetar la expresión pluralista de corrientes de pensamiento y opinión; a velar por la protección de la infancia y adolescencia; a verificar los contenidos de los mensajes publicitarios; a garantizar, en atención a los usuarios, la objetividad de la información por ellos recibida (7).

Pero no se trata únicamente de rígidas y abstractas determinaciones contenidas en textos normativos, sino que es necesario un

(5) En los dos primeros Estatutos, de 4-II-1959 y 27-VI-1964.

(6) Así se contemplaba en los Estatutos de 3-VI-1972 y 7-VIII-1974, con derogaciones al monopolio que se centraban, por ejemplo, en la difusión a públicos determinados o circuitos cerrados.

(7) E. DERIEUX, *Le nouveau Statut de la Communication*, «Revue du Droit Public», núm. 2, 1987, pág. 339.

actuar y un seguimiento atento de las exigencias del servicio público. Entramos así en contacto con la realidad orgánica.

Se caracteriza ya de forma definitiva esa realidad por el total distanciamiento de la instancia gubernamental. Responsable de las exigencias del servicio público y centro de toma de sus decisiones, tanto en la gestión privada como en la oficial, ha de ser un órgano con conocimiento del medio y capaz, sobre todo, de ofrecer una fiable objetividad y garantías. Una pieza con estas características es en el sistema francés de un valor incuestionable. En la regulación anterior a la actual, que se centraba en torno a la Ley de 29 de julio de 1982 sobre la comunicación audiovisual, esa pieza era la *Haute autorité* a la que F. Mitterrand no dudó en considerar «la clave de bóveda del nuevo edificio audiovisual» (8), sin olvidar el *Conseil national de la communication audiovisuelle* (9).

La nueva legislación en materia televisiva ha concedido el relevo de la antigua *Haute autorité* a la *Commission nationale de la communication et des libertés* (CNCL), constituida por 13 miembros: dos designados por el Presidente de la República, dos por el Presidente de la Asamblea Nacional, dos por el Presidente del Senado, un representante de cada una de las tres instituciones judiciales superiores —Consejo de Estado, Corte de Casación, Corte de Cuentas—, un representante —elegido entre sus miembros— de la Academia Francesa (10). Estos diez miembros de la CNCL eligen a su vez como colegas a tres cualificadas personalidades, procedente una del sector de la creación audiovisual, otra del de las comunicaciones, y vinculada la tercera al sector de la prensa escrita.

A la *Commission nationale de la communication et des libertés* le corresponde adoptar las más trascendentes decisiones en el cosmos audiovisual francés: otorga las autorizaciones a las empresas privadas que en él van a operar, regula el uso de frecuencias, nombra a los principales responsables de las áreas de gestión pública. Y no sólo le cumple a la Comisión la adopción de decisiones de

(8) Discurso de F. Mitterrand en el acto de constitución de la *Haute autorité*,

(9) Compuesto por 56 miembros: ocho grupos de siete personas de diferente procedencia (organizaciones profesionales, comités regionales, asociaciones culturales, asociaciones familiares y de consumidores, trabajadores, prensa, mundo cultural y científico, movimientos espirituales y filosóficos).

(10) Como *autorité administrative indépendante* califica a la CNCL el artículo 4 de la Ley de 30-IX-86. Vid. J. MORANGE, *La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle*, «Revue Française de Droit Administratif», 1987, págs. 372 y ss.

este orden, sino que tiene también como función prioritaria la de velar por la objetividad de los tratamientos informativos, asegurar la presencia de las diferentes corrientes de opinión, mantener la protección de la infancia y adolescencia, garantizar el acceso de los ciudadanos a una comunicación libre. Todo ello tanto en el sector privado como en el público, aunque en este último los medios de intervención son, desde luego, más intensos.

Otros órganos especializados desarrollan actividades de contenido similar a la CNCL en ámbitos sectorializados, o adscritos a algún ente o empresa pública integrantes de la pequeña constelación que se advierte en el firmamento audiovisual (11). Al Gobierno, por su parte, se le atribuyen por el Estatuto competencias relacionadas con el medio televisivo, pero deliberadamente acantonadas en su periferia.

Principales cometidos del Gobierno son la intervención en las negociaciones internacionales sobre radiodifusión y distribución de frecuencias entre Estados (12); la fijación de servicios mínimos en caso de huelga; también le asiste la facultad de difundir a través de los medios públicos todos los comunicados y declaraciones que estime convenientes. Como puede advertirse, en modo alguno el Gobierno es una pieza del engranaje de la radiodifusión con responsabilidades de decisión en el mismo. Su intervención deriva sin más de su posición en la cúspide del aparato ejecutivo del Estado, desde donde se proyecta en una triple vertiente: la representación del Estado en foros internacionales, la de garante de los servicios mínimos y como agente generador de información oficial que se concreta en la difusión de comunicados.

El modelo francés —sintetizando ahora— llama nuestra atención por la posición central que ocupa la noción de servicio público, que no es, en modo alguno, un mero expediente técnico descargado en sí de contenido. Antes al contrario, en esa noción se condensa en este caso una real atención a todo el cúmulo de libertades y derechos de todos los ciudadanos imbricados en el proceso de comunicación audiovisual (13). En su vertiente orgánica, esa aten-

(11) Vid. G. DROUOT, *Le secteur public de l'audiovisuel dans la loi du 30 septembre 1986*, «RFDA», 1987, págs. 399 y ss.

(12) Siguiendo, por lo demás, las indicaciones de la CNCL, tal como establece el artículo 9 de la Ley de 30 de septiembre de 1986.

(13) Esa parece ser consideración común en la doctrina francesa, no sin cierta polémica, como la entablada entre DEVOLVÉ y REGOURD, de la que da oportuna cuen-

ción impuesta por el servicio público cristaliza en materializaciones como la *Commission nationale de la communication et des libertés* construidas con las miras puestas en una mayor neutralidad y con funciones de tutela y decisión. La posición del Gobierno se desplaza decididamente a la periferia y a lo estrictamente imprescindible.

III. LA GARANTÍA DE LA FORMACIÓN DE UNA LIBRE OPINIÓN COMO ELEMENTO ORDENADOR DE UN MODELO, EL DE LA RFA, BÁSICAMENTE CONFORMADO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Así como la ordenación francesa sobre la radiodifusión se ha ido articulando en torno a los seis Estatutos legales que se han sucedido, en la RFA la regulación esencial de esta materia la vertebran cinco importantes Sentencias del Tribunal Constitucional Federal. Primacía, pues, absoluta de la Ley en un sistema (14) y superioridad efectiva de la Constitución —apurando sus condensadas determinaciones— en el otro (15).

Las dos primeras Sentencias no abordaban frontalmente el tema de la operatividad y función de los derechos constitucionalmente reconocidos con relación a la radiotelevisión. La decisión inicial, de 28-II-1961, se pronunciaba sobre la correlación competencial en esta materia entre el *Bund* y los *Länder* (16); la segunda, de 27-VII-1971, afrontaba una cuestión relativa a la calificación de la actividad —que no se entendió profesional o industrial— de las emisoras de radiodifusión.

Esa pareja de decisiones había ya fijado una primera basamenta constitucional del régimen de la radiodifusión cuyos pilares eran la catalogación de aquélla como una función pública por la dimen-

ta C. CHINCHILLA, en *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, 1988, págs. 74 y ss.

(14) Como ha podido afirmar VEDEL —a la vista del sistema de recurso previo con el que opera el Consejo Constitucional—, «si el legislador no es ya soberano, la ley, en cuanto acto jurídico perfecto, sigue siendo soberana». *Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, pág. 31.

(15) Derecho concentrado y no normas imprecisas es lo que en realidad contiene la Constitución, según certera apreciación de P. LERCHE, *Stil, Methode, Ansicht*, en «*Deutsches Verwaltungsblatt*» (76), 1961, pág. 694.

(16) El conflicto se centró en torno a la constitución de la segunda televisión (ZDF: *Zweites Deutsches Fernsehen*) sobre la base de un convenio entre los *Länder*, a los que el TCF reconoció la competencia en la materia. Vid. K. ZEIDLER, *Gedanken zum Fernsehen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, en «*Archiv öff. Rechts*», 86, 1962, págs. 361 y ss.

sión de los intereses en juego, que debería no obstante transcurrir lejos del aparato estatal y de su control (17). Las entidades y órganos de gestión deberían asegurar la presencia de los grupos sociales, políticos, y los sectores más afectados o sensibles a la actividad radiotelevisiva (18).

La tercera sentencia —verdaderamente crucial— se hizo esperar otros diez años, que vieron una rica discusión doctrinal tomando como punto de partida la anterior jurisprudencia, en algunos aspectos cuestionada (19). La decisión de 16-VI-1981, de la que oportuna y ampliamente dio cuenta SAINZ MORENO (20), viene a definir el orden de derechos y libertades en el ámbito de la radiodifusión y, sobre esta base, a prefigurar las características de la ordenación y organización del medio que por el legislador han de ser observadas. Cuestiones éstas que se plantearon en torno a la aplicación de la legislación del Sarre, que regulaba la instalación y funcionamiento de emisoras privadas de radiotelevisión.

Los derechos aludidos, relativos todos a los procesos de expresión y comunicación, se contienen básicamente en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental, que es del siguiente tenor:

(17) Con relación a la prensa, pero extendiéndose también a todos los procesos de comunicación, tuvo ocasión LERCHE de tratar el componente institucional de la libertad de opinión y de prensa (*Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration*, Berlín, 1971, págs. 21 y ss.). Sobre la categorización de las garantías institucionales a Carl SCHMITT debida («Freiheitsrechte und institutionelle Garantien», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 140 y ss.) incorpora LERCHE alguna importante e influyente aportación de LUHMANN (en especial en su obra *Grundrechte als Institution*, cuya primera edición data de 1965), que argumenta en favor de la existencia de instituciones de estructuración sociológica —en torno, por ejemplo, a los procesos de comunicación— y, por ello, no sólo conformadas por una realidad normativa constante.

(18) Así, por ejemplo, la ZDF, a la que se ha hecho alusión —nota 16—, tiene como órgano principal, del que proceden las más importantes decisiones, un Consejo de 66 miembros: un representante de cada *Länder*; doce de los partidos; dos de la Iglesia católica; dos de la Iglesia evangélica; tres de los sindicatos; dos de la Confederación de Empresarios; cuatro de Federaciones de Municipios; diez del mundo de la cultura; uno del trabajo de la mujer, de los jóvenes, de la familia, de los refugiados, del Consejo central de judíos, de las profesiones liberales. Por mayoría de tres quintos, este Consejo designa al Director General. También designa a cinco miembros del Consejo de Administración, que cuenta, además, con tres representantes de los *Länder* y uno del Gobierno Federal. La estructura federal y la no atribución de competencias en esta materia por la Ley Fundamental a la Federación son, desde luego, factores que obstaculizan la colocación de una instancia en una destacada posición de poder y decisión como la que en nuestro sistema ocupa el Gobierno, tal como podremos comprobar más adelante.

(19) En especial, K. BERENDES, *Die Staatsaufsicht über den Rundfunk*, Berlín, 1973, págs. 50 y ss.; W. HOFFMANN-RIEM, *Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation*, Frankfurt am Main, 1979, págs. 15 y ss.

(20) F. SAINZ MORENO, *La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional*, «REDC», núm. 2, 1981, págs. 159 y ss.

«Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No se ejercerá censura.»

El valor de la Sentencia radica en la comprensión de este precepto como un complejo estructurado de derechos y libertades. Orientados todos a la garantía de una libre formación de opinión privada y pública. Los derechos y libertades relacionados con la comunicación tienen, pues, una marcada vertiente servicial que se abre hacia la afirmación de esa garantía (21). La libertad de radiodifusión —cuestión central del conflicto— permite la instalación y gestión de emisoras por empresas privadas, pero se trata de una libertad que se reconoce en una estructura garantista que impone —mediante concreciones del legislador— una serie de exigencias —de las que no escapan los medios de gestión pública— para salvaguardar una objetiva, imparcial y veraz información, y con ella la libre formación de opinión (22).

Más próximas en el tiempo, las dos últimas Sentencias que han pasado a formar parte de este importante cuerpo de jurisprudencia constitucional —la de 4-XI-1986 y la de 24-III-1987— resuelven conflictos que se plantearon en torno a sendas Leyes relativas a la radio-

(21) En el que posiblemente sea el estudio más completo sobre el tema, destaca Helge ROSSEN la posición central que ocupa en toda esta construcción de la jurisprudencia constitucional la Sentencia de 16-VI-1981, por cuanto en ella se afirma rotundamente la posición servicial que tienen las libertades (*dienende Freiheiten*) relacionadas con la comunicación respecto a la garantía de una libre formación de la opinión. H. ROSSEN, *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk*, Baden-Baden, 1988, pág. 423.

(22) Esta corriente jurisprudencial discurre a lo largo del plano que se abre entre Estado y sociedad y el juego dialéctico a que dan lugar estas realidades, al que tan frecuentemente presta atención la doctrina germánica para explicar, entre otras, la dogmática de los derechos fundamentales con marcada incidencia en el tema que nos ocupa. Así, N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3.^a ed., Berlín, 1986, págs. 26 y ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen, 1973. En esos términos y con relación a la radiodifusión, precisamente, centró F. OSSENBUHL su estudio *Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft*, Munich, 1975, concluyendo, entre otras aseveraciones, que la libertad de radiodifusión de la Ley Fundamental implica una decisión constitucional por un distanciamiento estatal de la radiodifusión (pág. 7), y que el artículo 5 de la Ley Fundamental reclama que la radiodifusión no puede ser entregada ni al Estado ni a un grupo determinado (pág. 11), refiriéndose a la televisión privada.

televisión privada de Baja Sajonia y Baden-Wuttemberg, respectivamente.

En ambas decisiones concreta el Tribunal Constitucional Federal algunas exigencias que se derivan de la estructura del artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Lo más destacado de la primera es la declaración de no conformidad con la Constitución de las determinaciones de la Ley de Baja Sajonia de 23-V-1984, que atribuían al Gobierno del *Land* importantes facultades —aunque no una competencia exclusiva— en el otorgamiento a empresas de la autorización para instalar y gestionar cadenas de radiotelevisión; función ésta que debería recaer en instancias independientes, sin injerencias estatales (23). La segunda viene a delimitar tajantemente el componente empresarial de la radiotelevisión privada (24) con respecto a la función que le cumple en el proceso de formación de una opinión, pública y privada, libre. En lo relativo a la información y programación no cabe admitir una absoluta libertad de disposición de la empresa gestora. Deben establecerse estructuras organizativas que ofrezcan visos de imparcialidad y presencia equilibrada de corrientes de opinión y sectores sociales a los que se dirigen las emisiones (25).

(23) Sobre esta sentencia, W. HOFFMANN-RIEM/C. STARK, *Das Niedersächsische Rundfunkgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1987.

(24) La proyección económica y empresarial de la libertad de radiodifusión, en R. STÖBER, *Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1989, págs. 143 y ss.

(25) De hecho, las leyes de los *Länder* que regulan esta realidad prevén la existencia de Consejos u Organos colectivos a través de los cuales se canalizan los intereses colectivos relevantes. Así, por ejemplo, la Ley de Saarland, algunos de cuyos artículos fueron impugnados dando lugar a la importante Sentencia del TCF de 16-VI-1981, a la que hemos hecho referencia, establecía la necesidad de que los Estatutos de las sociedades que aspirasen a la gestión de una emisora contemplasen la existencia de un Consejo en el que se diera representación a la comunidad destinataria de las emisiones, ostentando ese Consejo importantes atribuciones en materia de programación y control. En su Sentencia, el TCF apuró aún más estas exigencias. La llamada televisión privada no se entrega así a la plena disponibilidad de una empresa determinada, de la misma forma que la calificada como pública no puede quedar bajo la órbita de las instancias estatales.

Conviene retener esta observación por cuanto desde planteamientos reduccionistas, que no han faltado en nuestro debate político, se ha pretendido homologar propuestas y realizaciones con modelos ofrecidos por el Derecho comparado que se han tildado de públicos o privados sobre la base de una contraposición que en muchos casos no es tal, como lo evidencia la constatación de un amplio abanico de soluciones intermedias, que, en cualquier caso, han de buscar la plena efectividad de las determinaciones constitucionales, especialmente las relativas a derechos y libertades.

En lo que aquí nos interesa, conviene retener como elementos del sistema de la RFA más merecedores de atención, los siguientes:

a) El valor determinante, y configurador en lo básico del régimen jurídico, de las afirmaciones constitucionales relativas a los derechos en juego en los procesos de expresión y difusión. El protagonismo del Tribunal Constitucional Federal ha sido, por ende, destacado hasta el punto de ser considerado el sistema como una creación del juez constitucional (26).

b) La ordenada estructuración de ese cuadro de derechos, orientados —con un componente servicial— hacia la garantía de una libre formación de la opinión, que se erige así en la clave del sistema (27).

c) Se impone así, sin solución de continuidad, la presencia de una organización equilibrada, abierta y sensible al cuerpo social que evite dominios exclusivistas, públicos o privados (la libertad de instalar emisoras se reconoce, ciertamente, pero se trata de una libertad que «sirve» a la garantía de una libre formación de opinión de todos los ciudadanos). La concreción de ese diseño es, según precisión del Tribunal Constitucional, tarea ineludible —sin posibilidad de remisión normativa— del legislador (28).

IV. LA PRESENCIA DE AMBAS NOCIONES EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA

Si el modelo alemán es por completo ajeno a la noción de servicio público (29) y el francés desconoce, por peculiares moti-

(26) P. BADURA, *Staatsrecht*, Munich, 1986, pág. 121.

(27) Que, para ROSSEN, no puede considerarse una garantía institucional si se aplica la categorización clásica de Carl SCHMITT, *Freie Meinungsbildung...*, cit., pág. 128. Debe, no obstante, tenerse en cuenta la posterior incorporación de categorías sociológicas que realiza LUHMANN a la corriente institucionalista. Vid. nota 17.

(28) Sobre las vinculaciones del legislador en esta materia, P. BADURA, *Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung*, Frankfurt am Main, 1980.

(29) La concepción francesa del servicio público fue bien conocida por Otto MAYER. La adaptación que realizó de ella, con alguna importante variación terminológica, de la que saldría la primera elaboración germánica del establecimiento público, *öffentliche Anstalt*, en H. JECHT, *Die öffentliche Anstalt*, Berlín, 1963, págs. 12 y ss. La fórmula del *öffentliche Anstalt* es precisamente la utilizada para la gestión de las dos principales cadenas de radiodifusión; sobre su idoneidad como factor de neutralidad, F. OSSENBÜHL, *Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft*, Munich, 1975, págs. 20 y ss.

vos (30), una elaboración de la jurisprudencia constitucional similar a la garantía de una libre formación de la opinión, entre nosotros están presentes estas dos ideas. Las consecuencias de ellas extraídas y su operatividad real en lo que es el régimen jurídico de la televisión se pretenden valorar breve y críticamente a continuación.

1. *La aplicación del régimen del servicio público desconociendo la dimensión constitucional de los derechos presentes*

A) *La construcción de un régimen de la televisión que pivota sobre el dato del servicio público y sus modos de gestión.*

La noción de servicio público —con todas sus imprecisiones y descalificaciones— cuenta ya con una dilatada presencia en nuestro Derecho Administrativo (31). El artículo 128.2 CE ha fijado por su parte un expediente que permite reservar al sector público servicios considerados esenciales. Sin necesidad de plantear ahora, con carácter general, si el artículo 128 viene a conectar con la tradición administrativa del servicio público, lo cierto es que ese mecanismo constitucional se activó aplicándolo al servicio de televisión, cuya titularidad se reservó al Estado en virtud del artículo 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión.

Y no menos cierto es que en esa misma norma se percibe la planta característica del régimen del servicio público: esa construcción racional de marcada impronta francesa que permite deslindar con absoluta limpieza titularidad y gestión, distinguiendo —también nítidamente—, con relación a ésta, entre la pública y privada. Así, el Capítulo III del ERT regula —o, al menos, lleva por rótulo— los «modos de gestión»; contemplando únicamente la gestión pública para la televisión y haciendo también referencias a la gestión privada de emisoras de radio, lo que ya era un hecho con anterioridad a esta Ley (32).

La particularidad de los servicios públicos esenciales de radio

(30) En lo sustancial, por falta de pronunciamientos constitucionales suficientemente explícitos y por las limitaciones con las que opera el Consejo Constitucional.

(31) Una valoración crítica de su real operatividad, en L. MARTÍN-REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, núms. 100-102 de esta REVISTA, págs. 2471 y ss.

(32) Y continúa en virtud de la Disposición Adicional 1 del propio ERT, que confirma la gestión en régimen concesional desarrollada por sociedades privadas.

y televisión radica en el vivo juego de derechos y libertades que en su órbita necesariamente ha de desarrollarse. Tal juego no parece que sea en absoluto impracticable en semejante escenario; en Francia, lo hemos visto, el servicio público en la radiodifusión opera, precisamente, como un elemento catalizador de libertades y derechos que se ejercen o, en su caso, pueden verse amenazados con este medio. Nada parece impedir, en efecto, que a la necesaria contemplación del régimen de la estricta gestión del servicio, centrada en el aparato de prestación —con su ineludible componente empresarial, público o privado—, se superponga, se anteponga, la consecuen- te valoración de la dimensión constitucional de los derechos en liza (33).

Pues bien, en la actualidad existen ya en el régimen jurídico de la televisión elementos suficientes para mantener con fundamento que tal régimen no afronta las afirmaciones constitucionales relativas a los derechos y libertades que en tal medio tienen su campo de operaciones. Se trata de una regulación en la que esa previsible carga de alto voltaje queda desactivada. Y la llave utilizada para ello ha sido, justamente, la introducción del concepto de servicio público y —esto es lo determinante— su desarrollo como un expediente estrictamente técnico, insensible a la naturaleza de la actividad publicada.

Esta construcción del régimen de la televisión eludiendo un tratamiento resuelto de la compleja red de derechos imbricados se hace más patente cuando se instala una de las plantas superiores del edificio: la Ley de 3 de mayo de 1988 sobre la televisión privada (LTVP).

Tal norma se presenta sin estar precedida de valoración, debate y regulación de los derechos que pueden ser ejercidos o verse menoscabados a través de la televisión contemplados fundamentalmente por el artículo 20 de la CE. Semejante regulación —sea con pretensiones globales o centrada en algún derecho— no existía. De lo contrario debería, por expresa exigencia constitucional, estar recogida en una Ley Orgánica, desconocida con este contenido.

Así las cosas, parecía más que justificado el confiar que la ley de la televisión privada iba a desarrollar —despejando las incerti-

(33) En contra, G. ARIÑO, para quien «resulta absolutamente imposible configurar como servicios públicos aquellas actividades que están calificadas en nuestro orden constitucional como derechos fundamentales y libertades públicas». *El proyecto de la Ley sobre Televisión Privada*, Madrid, 1987, pág. 80.

dumbres de mayor calibre y fijando su cifra o alcance— el derecho, reconocido y protegido en el artículo 20.1 CE, «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones» utilizando la televisión como medio de reproducción; o el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz» siendo la televisión el medio de difusión.

Absolutamente nada de eso. El objeto de esa Ley no es desarrollar ningún derecho o libertad que tenga relación con los procesos de expresión y transmisión-percepción de información a través del medio televisivo. El objeto de esa Ley, como establece su primer artículo, es «regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión». Y que no se busque en esa norma referencia alguna a los derechos fundamentales, libertades, límites marcados por otros derechos fundamentales, que se establecen en el artículo 20 CE. No hay de ellos el más mínimo rastro, ni en el articulado de la Ley, ni en su Preámbulo, que bien se cuida de buscar bendiciones y apoyaturas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y silencia exigencias fijadas por este Tribunal que más adelante recordaremos.

B) La significativa ausencia de Ley Orgánica en contra de la explícita exigencia del TC.

La Ley de la televisión privada conecta, pues, directamente —al presentarse como la regulación de su modalidad de gestión indirecta— con la declaración de servicio público recaída sobre la radio y la televisión que se contiene en el ERT. Declaración que no suponía en sí misma una opción determinante sobre el posible ejercicio de derechos o libertades —ni cerraba ni abría, por ejemplo, la posibilidad de instalar emisoras privadas de televisión (34). No era por ello necesaria una Ley Orgánica que la contuviese. El inevitable tratamiento legislativo de los derechos en juego no quedaba planteado con esta declaración y podía afrontarse en un momento legislativo posterior. En cualquier caso, tal tratamiento y decisión —especialmente en lo relativo a la cuestión de la televisión privada— debería producirse, como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional, «por la vía de una Ley Orgánica en la medida en

(34) Así lo entendió la STC 12/1982, de 31 de marzo.

que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 CE» (STC 12/1982, de 31 de marzo; en el mismo sentido, el voto particular a ella formulado por el Magistrado F. RUBIO LLORENTE).

Lo cierto es que en los momentos actuales contamos con un régimen jurídico de la televisión que ha tomado ya decisiones bien definidas. La última de relieve, el otorgamiento de tres concesiones para que otras tantas empresas exploten emisoras privadas de televisión. En el caso de que otras estaciones realizasen emisiones de televisión, se procederá al cierre y a la incautación de equipos por parte de la autoridad gubernativa (art. 26 de la LTVP).

Pues bien, ese régimen ya bastante desarrollado —o, cuando menos, definido— parece desconocer por completo que esté afectando a derechos reconocidos en el artículo 20 CE, pues de lo contrario su formulación, o la de aspectos y opciones nucleares del mismo, se habría producido necesariamente por Ley Orgánica.

Si atendemos a ese dato —formal, si se quiere, pero significativo— de la regulación por Ley Orgánica, verificamos que no existe ninguna con tal carácter relativa a la televisión, de lo que cabe deducir que ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE puede ejercitarse o verse vulnerado a través de este medio. El derecho de expresión; el derecho a comunicar y recibir libremente información; los derechos de los profesionales de la información; los límites que puedan tener estas libertades en el derecho al honor o la protección de la juventud e infancia; parece que no tienen relación alguna con la televisión (35).

El expediente utilizado para eludir por completo un tratamiento

(35) Cuando se discutía el texto constitucional se aplazó deliberadamente «un debate, que en un futuro tendrá que realizarse», sobre el alcance y concreción, en el ámbito televisivo, de los derechos y libertades en su artículo 20 reconocidos. El Estatuto de Radio y Televisión dejó abierta, entre otras, la relevante cuestión monopolio público-gestión privada. La importante STC 12/1982, refiriéndose a la llamada televisión privada, dice que «no es una derivación necesaria del artículo 20, aunque no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse por la vía de una Ley orgánica». Devolvía así el TC al legislador la responsabilidad de resolver una cuestión en la que —esto es lo que prioritariamente nos interesa— se cuidaba mucho el Tribunal de destacar la dimensión constitucional de los derechos en juego.

Ninguna relación con esta trayectoria parece tener la que, en principio, se presentaba como su final o, cuanto menos, como un importante punto de arribada: la Ley de la televisión privada, con la que, mágicamente, se volatiliza ese decisivo componente constitucional que ella, precisamente, estaba llamada a desarrollar y concretar.

de los derechos en juego y situar por tanto las opciones del legislador en sus rebajadas magnitudes ha sido la utilización sesgada —manipulación— del concepto y régimen del servicio público. La Ley 10/1988, de 3 de mayo, no se presenta así como una Ley que decide sobre la cuestión de la existencia o no de televisión privada y, en su caso, con arreglo a qué modelo. Cuestión de indudable incidencia sobre derechos constitucionalizados en el artículo 20 y por tanto a resolver y regular —según afirmación expresa del TC— a través de Ley Orgánica.

Con falsa modestia, la Ley se presenta, simplemente, como la norma que regula la gestión indirecta del servicio de televisión sin advertir peculiaridad alguna con relación a otros servicios que pudieran considerarse neutros o asépticos en lo que a posible ejercicio a su través de derechos fundamentales se refiere.

Y no es que la reserva al sector público de un servicio y el régimen que a partir de entonces se configura sea incompatible con el ejercicio de derechos fundamentales. En el caso que nos ocupa no parece aventurado en exceso el considerar que actualmente tres sociedades anónimas, y sus titulares, tienen unas posibilidades de ejercicio efectivo de derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, utilizando la televisión como medio, diferentes a las que se abren a otros sujetos. Ocurre, sin embargo, que estas sociedades se presentan, sin más, como concesionarias de un servicio y su actividad —a todos los efectos— tratada básicamente con arreglo a tal condición. La publicación del servicio y el régimen que conlleva no impide en este caso el ejercicio de derechos fundamentales, sino que simplemente lo encubre.

La Ley, por lo demás, no contempla únicamente a las empresas concesionarias. La de esta norma es una opción definida por un modelo con repercusiones inmediatas: «Las emisiones televisivas realizadas sin la obtención de la previa concesión administrativa, o las realizadas cuando dicha concesión se encuentre suspendida o se hubiere extinguido, darán lugar a que por la autoridad gubernativa se proceda al cierre inmediato de la emisora y a la incautación de equipos y aparatos utilizados en la emisión» (36).

En cualquier caso, no es este régimen de oligopolio cerrado el punto débil y blanco de críticas del modelo por la Ley implantado. El lugar que ocupan las empresas concesionarias no es tan de pri-

(36) Artículo 26 LTVP.

vilegio como pudiera pensarse por ser la suya, en definitiva, una posición sin anclajes constitucionales que serían los que les corresponderían si de verdad se considerara —obrando en consecuencia al fijar el correspondiente régimen jurídico— la dimensión constitucional de los derechos en juego.

Como concesionarias, sin más, de un servicio quedan en muy buena parte a merced de las decisiones que sobre aspectos cruciales pueda adoptar el titular de aquél y a una serie de potestades de especial intensidad que el propio titular ostenta. Alguna de esas potestades, como la sancionatoria, está contemplada ya en la propia Ley (arts. 24 y ss.); otras podrían, en último caso, encontrar cobertura habilitante en la Ley de Contratos del Estado, hacia la que cabría remitirse en determinados supuestos (37).

El planteamiento que parece viciado es, en definitiva, el que está en la base misma del modelo al no haberlo cimentado sobre un sistema estructurado de derechos y garantías. Aquí es donde podría resultar especialmente operativa la llamada garantía de una opinión pública libre. Veamos cuál ha sido su funcionalidad en la regulación del medio televisivo.

2. *La funcionalidad de la garantía de la opinión pública libre*

Se debe al Tribunal Constitucional la percepción de que el artículo 20.1 de la Constitución «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982, de 31 de marzo). En esa jurisprudencia (38) parece dejarse sentir una marcada influencia germánica, tanto por el empleo de la propia categoría de una cons-

(37) Una remisión explícita a esta norma se encuentra ya en el artículo 10.a) de la LTVP. Sobre la fórmula concesional, tal vez sea pertinente significar cómo en el sistema francés, que tomamos como punto de referencia, ha sido rechazada por el Consejo Constitucional (en su decisión de 18-IX-1986) como medio de gestión de la televisión por considerarla una técnica incompatible con los valores constitucionales en juego. B. DELCROS/B. VODAN, *Le régime des autorisations dans la loi relative à la liberté de communication*, RFDA, pág. 389.

(38) Otras significadas Sentencias del TC en las que se opera con esta institución: 104/1986, de 17 de julio, y 22/1988. Sobre la ampliación y entendimiento por parte del TC de la categoría de garantía institucional, J. M. BAÑO LEÓN, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, «REDC», núm. 24, págs. 155 y ss.

titución como por la similitud de elementos que expresamente advierte el Tribunal Constitucional entre el artículo 20 de la Constitución española y el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn, al que ya hemos hecho referencia. Similitud que, por ejemplo, se pone expresamente de manifiesto en la STC 104/1986, de 17 de julio, en la que se vuelve a dar un relevante protagonismo a la garantía de una opinión pública libre.

Su operatividad se orienta invariablemente a conferir a la garantía de la opinión pública libre una posición final hacia la que otros derechos se enderezan. Así, por ejemplo, es notoria ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en los conflictos planteados por la tensión entre el derecho al honor y el derecho a conseguir información otorga a este último una valoración preponderante, por cuanto se advierte en él «la dimensión de garantía de una institución pública libre» que «no se da en el derecho al honor» (39).

Pero no sólo se observa esta que pudiéramos denominar dirección ascendente; es decir, un derecho —por ejemplo, el derecho a obtener información— se ve primado por enderezarse a la garantía de una opinión pública libre. También se produce un movimiento configurador en dirección inversa: la garantía citada impone determinadas condiciones —de objetividad, por ejemplo— al ejercicio de los derechos que a su preservación se orientan y a las estructuras organizativas que les sirven de soporte. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 12, de 31 de marzo de 1982, en la que más directamente trató el tema de la televisión, pudo así afirmar, en esta dirección, que «la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social».

La jurisprudencia constitucional ha establecido, pues, no una gradación, pero sí una ordenación relacional de los derechos y garantías que en la Constitución se advierten referidos a los procesos de expresión, comunicación e información. Se trata, en cualquier caso, de una doctrina que ha sido del todo inatendida por parte del legislador en las más fundamentales regulaciones del medio

(39) Sobre esa jurisprudencia, S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988.

televisivo. Frustradas han resultado así muy especialmente las expectativas que en la afirmación decidida de la garantía de una opinión pública libre pudieran fundarse. Prestemos atención ahora a los puntos de la ordenación de la televisión, especialmente en sus aspectos organizativos, que se han mostrado como más duros o insensibles a las exigencias de los derechos y garantías que en la Constitución se reconocen (40).

A) *Con respecto a la televisión pública.*

La regulación existente empieza ya por eludir alguna de las escasísimas —de ahí la gravedad de ese desconocimiento— determinaciones expresas sobre esta realidad que en la propia Constitución se contienen. Concretamente se afirma en su artículo 20.3 que «*la ley... garantizará el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público de los grupos sociales y políticos significativos*» (41). La pobre respuesta legal a este mandato —tan pobre que viene a constituir una deslegalización, desentendiéndose de la exigencia constitucional— se contiene en el artículo 24 del ERT: «la disposición de espacios en RCE, RNE y TVE se concretará de modo que accedan a estos medios de comunicación los grupos sociales y políticos más significativos. A tal fin, el Consejo de Administración, de acuerdo con el Director general, en el ejercicio de sus competencias, tendrán en cuenta criterios objetivos, tales como representación parlamentaria, implantación sindical, ámbito territorial de actuación y otros similares». Es así como la Ley garantiza el acceso: sin ofrecer punto de referencia alguno para determinar qué grupos pueden considerarse significativos, ni cauce de ningún tipo para que hagan valer sus pretensiones (42), ni

(40) Con la previa reserva de que esa insensibilidad parece —desde una óptica formal, si se quiere, pero bien significativa— haber sido absoluta por cuanto, de lo contrario, reclamaría algún tipo de regulación a través de Ley orgánica.

(41) Exigencia constitucional que, por referirse a medios dependientes «de cualquier ente público», es extensible a los vinculados a las Comunidades Autónomas.

(42) El tema del acceso a los centros de radiodifusión —tanto los considerados públicos como los privados— es del todo clave y objeto de una especialísima atención —normativa, jurisprudencial y doctrinal— en los sistemas más característicos que el Derecho comparado ofrece. Entre nosotros tan sólo se han dado algunas aproximaciones y propuestas sobre el vacío de un desarrollo legislativo inexistente y que tampoco parece aventurarse. Vid. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, 1982, págs. 132 y ss.; J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico...*, cit., págs. 142 y ss.

medios de reacción en el caso que pudieran considerarse discriminados (43).

Al cumplirse diez años de vigencia del ERT no parece existir voluntad alguna de avanzar en la línea de abrir a la realidad social y a su rico pluralismo la que se dice gestión pública del servicio público de televisión. El examen de la estructura organizativa —elemento clave, como nos consta, para la efectividad de la garantía de la libre opinión—, creada para llevar a cabo esa gestión pública, deja también en evidencia ese orden de cosas. Dejando para más adelante el destacado protagonismo del Gobierno, encontramos un Consejo de Administración que es caja de resonancia de la correlación y vicisitudes políticas del Congreso y Senado que designan a la totalidad de sus miembros.

Estamos así ante una estructura que pivota exclusivamente y sin mediación sobre dos importantes instancias del Estado —cuyas peculiares dinámicas tenderán a dejarse sentir— sin incorporar otras representaciones de la realidad social, de sectores más directamente vinculados a los procesos de comunicación, o, simplemente, de otras instancias públicas (44). La presencia de otros aportes daría al sistema organizativo más diversa y sólida apoyatura, al tiempo que una estructura más rica conlleva —con el riesgo de colapso y ralentización, ciertamente— un mayor equilibrio en el balance y contrapeso de sus diversos elementos.

Sin imaginación en su diseño (45), arropado por las principales instancias políticas, el sistema organizativo del ERT sustenta una gestión pública que al cabo de una década parece movida por una cierta inercia y cerrada en sí misma (46). El panorama, estático, es bien distinto de la experiencia francesa: apurando los sistemas de equilibrio del complejo organizativo encargado de la gestión del servicio y con el norte puesto en su independencia y neutralidad. La ocupación, en nuestro sistema, de las esferas de decisión única-

(43) Las disputas entre partidos y fracciones políticas —frecuentes en períodos electorales— sobre la neutralidad de la llamada televisión pública son, quizá, una consecuencia de esta situación, que no parece exista una firme intención de desbloquear, especulando tal vez con una utilización favorable de la misma.

(44) A las que se daría así una mayor presencia. La propia Constitución contempla ya importantes órganos del Estado que podrían tener alguna participación.

(45) Que tampoco han demostrado las CC.AA. al copiar maquinalmente el modelo del ERT.

(46) Con una autonomía destacada en lo funcional —escapando al régimen administrativo ordinario, v. gr., en materia de contratación— que no parece corresponderse con un distanciamiento de instancias gubernamentales.

mente por representantes del Gobierno (47), señaladamente, y de las Cortes, no sitúa precisamente a la televisión pública en esa posición de distanciamiento, alejamiento, del Estado que debe ocupar —según la jurisprudencia constitucional (48)— como condición de garantía de una opinión pública libre.

No se trata, desde luego, de establecer rígidas comparaciones y evaluar a partir de ellas. La regulación de nuestra televisión pública no tiene, obviamente, por qué seguir las peculiares inflexiones del régimen del servicio público francés en torno a ese medio, ni la doctrina constitucional germánica (49). Lo que sí ha de observar ineludiblemente ese régimen son las afirmaciones constitucionales en lo que a derechos fundamentales y libertades públicas se refiere. Y lo cierto es que la organización que contemplamos no parece sensible a esos derechos, ni penetrada y conformada por sus exigencias. Esa organización no sólo debería buscar puntos de equilibrio para garantía de una libre formación de la opinión, sino también marcos, cauces, instancias, para la efectividad de los diversos derechos imbricados en los procesos de comunicación. Y eso que, conviene notar, nuestra Constitución es más avanzada y rica en este punto que las que presiden los modelos que hemos tomado en consideración. Entre otras innovaciones con respecto a ellas, incorpora el acceso —al que hemos hecho referencia— y también contempla la posición de los informadores —cláusula de conciencia, secreto profesional (50—, pero estas afirmaciones no dejan, desde luego, su impronta en el desarrollo legislativo (51) y, por ende, el edificio organizativo es un entramado hueco, falto en definitiva de

(47) Especialmente el Director General, pieza clave del sistema, en opinión de F. MODERNE, *Les moyens d'information en Espagne*, Bourdeaux, 1986, pág. 235.

(48) La del Tribunal Constitucional Federal la condensa OSSENBÜHL en la idea de que la libertad de radiodifusión de la Ley Fundamental implica la decisión constitucional por una radiodifusión distanciada del Estado. *Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft*, cit., pág. 7.

(49) A estos modelos nos hemos acercado no por una curiosidad indiscriminada, sino porque a ellos nos lleva nuestro Derecho positivo o la misma jurisprudencia del TC.

(50) Una síntesis de las determinaciones constitucionales, sus exigencias y desarrollos, en C. SORIA, *Le droit à l'information dans la Constitution espagnole*, «Revue de Droit Public», núm. 5, 1985. Un ilustrativo estudio en el que se aborda la plural realidad de derechos —con no pocas tensiones recíprocas— que concurren en los procesos informativos: M. CARRILLO, *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1987.

(51) Que se desentiende por completo del tema: es un servicio público —sin advertir especial peculiaridad— y sus formas de gestión lo que regula.

la dimensión constitucional de los derechos en juego que es la que le daría su verdadero volumen y contenido.

B) Con respecto a la televisión privada.

La Ley que la regula, de 3-V-1988, se coloca ya por completo de espaldas a la regulación constitucional de derechos fundamentales. En primer lugar, porque éste no parece ser su objeto (52), que, según su primer artículo, es, simplemente, el de «regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión». En segundo término, porque no tiene el carácter de Orgánica, en contra de la determinación explícita que hizo el TC sobre una hipotética Ley —ahora real— con este contenido. En tercer lugar, porque en la Ley se instaura un sistema sin la más mínima apariencia de preocupación por la garantía de la formación de una opinión pública libre.

Esta última apreciación no parece tan nítida como las anteriores (53), y no porque el elemento de valoración carezca de enjundia jurídica: bien firme es la doctrina del TC, según la cual «las libertades del artículo 20, como ha dicho este Tribunal... significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre» (54). La dificultad a partir de aquí está en valorar si un régimen determinado, como el que nos ocupa, se orienta hacia la garantía y preservación de esa institución fundamental.

La introducción de cadenas privadas supone ciertamente una ampliación de la oferta informativa sobre la cual se forma la opinión pública; lo que ocurre es que la Ley no parece apoyarse en estas consideraciones. No hay en ella ninguna determinación mínimamente decidida que se enderece, con visos de efectividad, a la garantía de una opinión pública libre: ni se fijan criterios fundados en esta idea para decidir la adjudicación de concesiones (55); ni se imponen a los sujetos titulares determinadas exigencias en su estructura organizativa (56); ni se configura instancia independiente

(52) Por mucho que se haya reivindicado en nombre de una serie de derechos y libertades que no parecen traslucir en su texto.

(53) Que se centraban, las anteriores, en aspectos formales y, por ello, más fácilmente verificables.

(54) STC 104/1986, de 17 de julio.

(55) Artículo 9 LTVP. De inmediato se hará referencia a este punto al tratar la posición y facultades del Gobierno.

(56) Solamente aspectos relativos a la distribución del capital de las sociedades preocupan a la LTVP.

alguna para asegurar unas mínimas garantías en la información y dar una primera respuesta a los conflictos que en torno a ella pudieran plantearse.

Las tímidas y vaporosas afirmaciones de la Exposición de Motivos en torno a la «pluralidad de ideas y corrientes de opinión» no parecen confirmadas en un sistema que —como el que esta norma insta— se repliega en torno al cerrado binomio Gobierno-concesionario, sin ninguna vía de entrada a los intereses de los destinatarios de la información, en favor de los cuales debería operar la garantía de la opinión pública libre.

Aunque la posición de las tres sociedades concesionarias —asentadas en una situación de oligopolio y sin especiales exigencias y controles en su actividad (57)— pudiera llamar la atención en primer término, quien en realidad puede resultar especialmente reforzado, infundiendo al modelo un rasgo característico, es sin duda el Gobierno. Su posición bien merece un breve desarrollo.

C) *La característica posición del Gobierno en el conjunto del sistema.*

En los dos modelos que tomamos como referencia —pues hacia ellos se ha dirigido la mirada en importantes momentos de nuestra evolución legislativa y jurisprudencial— la posición del Gobierno en esta materia ha sido resueltamente desplazada a los lindes del sistema. En Francia es a la CNCL la que, por ejemplo, corresponde designar los cargos de mayor responsabilidad en los entes públicos de gestión y otorgar las autorizaciones a las empresas privadas que vayan a operar en el sector. En la RFA, el TCF, desarrollando su doctrina sobre la garantía de una libre formación de la opinión a partir del artículo 5 de la Ley Fundamental, declaró no conforme a esta norma el precepto de la Ley de 23-V-1984 de la Baja Sajonia que atribuía al Gobierno de este *Land* la facultad de otorgar las autorizaciones a las empresas que pretendían intervenir en el sector audiovisual. De tal competencia, según declaró el TCF en su Sentencia de 4-XI-1986, sólo podía ser titular una autoridad independiente (58).

(57) A la que sólo puede accederse con un capital mínimo de 1.000 millones de pesetas (art. 18.2 LTVP). Este es, sin duda alguna, el criterio más objetivo y pormenorizado de selección.

(58) ROSSEN, *Freie Meinungsbildung...*, cit., págs. 328 y ss.

La situación del Gobierno en estos casos —con intervenciones estrictamente necesarias, por ejemplo, en la representación del Estado en los acuerdos sobre reparto de frecuencias—, extramuros del sistema, contrasta poderosamente con la posición central y modular que ocupa en nuestro modelo, en el que es una pieza más, del todo angular, del complejo institucional de la televisión, pública y privada.

El Gobierno, en efecto, ocupa la cúspide de un sistema que se abre en dos direcciones: la gestión pública de la televisión, cuyo máximo responsable con los más efectivos poderes, el Director general de RTVE, es nombrado —y en su caso cesado— por él, exclusiva y libremente (59). La gestión privada, a través de tres sociedades en virtud de una concesión que también otorga el Gobierno con absoluta libertad de valoración. La adjudicación «mediante criterios objetivos, que se especifican pormenorizadamente en el articulado de la Ley» —como proclama con repetida complacencia su exposición de motivos—, corresponde en realidad —si atendemos a ese articulado— únicamente al Gobierno, «que apreciará en su conjunto las ofertas presentadas y su idoneidad para satisfacer los criterios enunciados en el párrafo anterior», donde se contienen criterios tan «pormenorizados» como —por citar sólo el primero—: «a) Necesidad de garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión» (60).

No acaban aquí, ni mucho menos, las facultades del Gobierno. Centrándonos en la más reciente regulación de la televisión privada —de la que cabría esperar un mayor distanciamiento del ejecutivo (61)— nos encontramos, no sin asombro, con una imponente batería de medidas sancionadoras que los artículos 24 y 25 dejan en manos del Consejo de Ministros y del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

Como infracción grave —que puede llegar a ser sancionada incluso con la extinción de la concesión (62)— se considera, por ejemplo, «el incumplimiento de lo previsto en los artículos 3, 10, 20 y 21,

(59) Artículo 10 ERT.

(60) Artículo 9 LTVP.

(61) Las relaciones entre el ente público RTVE y el Ejecutivo tuvo ya ocasión de tratarlas en J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, cit., en especial págs. 261 y ss.

(62) Esta sanción sólo podrá imponerse cuando el titular de la concesión hubiera sido previamente objeto, en el periodo de un año, de una sanción de suspensión temporal de quince días (art. 25.1.c LTVP).

que sea imputable a las sociedades concesionarias» —art. 24.2.a)—. El artículo 3 citado —siguiendo utilizando botones de muestra— establece que «la gestión... se *inspirará* en los principios expresados en el artículo 4 del ERT». Como tales principios se mencionan, por ejemplo, en este artículo «el respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico» o «la protección de la juventud y de la infancia».

Semejante regulación —que facultaría al Consejo de Ministros a imponer muy severas sanciones si entendiera que la actividad de una concesionaria no se «*inspira*», v. gr., en el «principio» de respeto al pluralismo social o cultural— no sólo acrecienta las dudas sobre el efectivo valor otorgado a la institución de la opinión pública libre —si uno de los modos para garantizarla es la independencia o distanciamiento de las instancias gubernamentales—, sino que transmite, creo, la certera convicción de haber rebasado los límites constitucionales de la tipicidad (art. 24.2 CE) (63) en materia de sanciones administrativas: la imposición de sanciones por desarrollar una actividad sin «*inspirarse*» en ciertos «principios» es un dato que volatiliza sin más cualquier residuo de tipicidad. La situación de incertidumbre en la que pueden verse las empresas concesionarias —ante unos principios que sólo al Gobierno corresponde concretar (64)— no sólo se presenta como un factor negativo para éstas: es el conjunto del proceso de comunicación el que puede resentirse (65).

La potestad sancionadora se extiende también a la represión de infracciones —igualmente consideradas muy graves— a ciertos artículos de la LTVP que regulan determinados aspectos de la estructura empresarial de las concesionarias sobre los que ostenta el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones unas considerables facultades fiscalizadoras (66). La necesidad, en fin, de auto-

(63) Como es sabido, las determinaciones de este precepto son de aplicación al régimen de las sanciones administrativas, y así lo ha entendido la jurisprudencia del TC.

(64) Que, no obstante, al estar enunciados estos principios como conceptos jurídicos indeterminados, su determinación podrá ser objeto de fiscalización por los Tribunales.

(65) No parece aventurado el suponer que, en su actuación, podrán tener presente las concesionarias el consistente haz de facultades que el Gobierno puede ejercer con incidencia directa sobre ellas.

(66) Facultades fiscalizadoras —y sancionadora en su caso— que cobran una especial relevancia si se tiene en cuenta que se proyectan sobre sociedades que, por exigencias de la LTVP, deben tener distribuido su capital entre varias personas fi-

rizaciones administrativas en este ámbito y la existencia de un Registro especial son algunos datos que, añadidos a observaciones anteriores, parece que nos aproximan más a conocidas regulaciones preconstitucionales que a las exigencias que de la garantía de la institución de la opinión pública libre pudieran derivarse (67).

sicas o jurídicas (art. 19.3) con las posibles tensiones entre ellas que pudieran derivar en irregularidades.

(67) Ciertamente es que en la legislación vigente se proclaman como rectores los valores que la Constitución establece, desapareciendo, obviamente, los que, por ejemplo, traslucían en el artículo 2 de la Ley de Prensa de 1966. No obstante, las exigencias de la regulación de derechos fundamentales —y de la garantía de la institución de la opinión pública que el TC advierte en el artículo 20— no parecen encontrar una normativa que las concrete y afine. Los valores son, ciertamente, distintos, pero la falta de depuración y, por ende, de operatividad con que se presentan siguen otorgando a la Administración facultades de singular incidencia en la materia: a ella le corresponde, v. gr., imponer severas sanciones, valorando la observancia de los indeterminados principios del artículo 4 ERT, o controlar la estructura empresarial que sirve de soporte al ejercicio de libertades. Sobre este último aspecto, con anterioridad a la Constitución, J. SALAS, *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, Sevilla, 1975. Las disfunciones y abusos a las que ese régimen podía dar lugar, tratadas sobre un significado caso, en L. MARTÍN-REBOLLO, *Libertades públicas y control judicial*, núm. 84 de esta REVISTA, págs. 387 y ss. Para las innovaciones en este ámbito, F. LÓPEZ RAMÓN, *La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978*, «REDA», núm. 34.