

¿EXISTE UN DERECHO A CREAR TELEVISION?

JAVIER GARCIA ROCA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
Letrado excedente del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. SOBRE LA TELEVISION COMO FENOMENO JURIDICO. 1. El tratamiento de la televisión por la Constitución y el legislador. 2. Un modelo aún con numerosas incógnitas: ¿un patrón dual para televisión y prensa?, ¿desregulación o neorregulación?, ¿privatización?, ¿adónde nos lleva la política comunitaria de liberalización de las telecomunicaciones: al abandono del servicio público? 3. Un anclaje constitucional realista del verdadero fenómeno jurídico: la dimensión financiera de las telecomunicaciones y la libertad de empresa. Libertad de expresión y optimización de los costes empresariales: dos lógicas contrapuestas. La "telecracia" o democracia de consumidores. II. EL DERECHO A CREAR RADIO Y TELEVISION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. 1. ¿Derecho subjetivo o interés legítimo? 2. El giro de 180 grados en la evolución de la jurisprudencia constitucional. La depuración de la idea preconstitucional de servicio público y la continuidad del ordenamiento jurídico. "Lady Cocinas" y la recomendación legislativa. 3. El principio de legalidad y las Administraciones locales. 4. Un paso atrás durante unos meses: Alcalá de Guadaíra. 5. Las características del supuesto derecho según la jurisprudencia constitucional. III. EL EJERCICIO DEL DERECHO EN LAS LEYES DE TELECOMUNICACIONES POR CABLE, DE TELEVISION LOCAL POR ONDAS TERRESTRES Y DE TELECOMUNICACIONES POR SATELITE. IV. CONSIDERACION FINAL: ¿CUAL ES LA VERDADERA NATURALEZA DE ESE SUPUESTO DERECHO? V. BIBLIOGRAFIA.

I. SOBRE LA TELEVISION COMO FENOMENO JURIDICO

1. *El tratamiento de la televisión por la Constitución y el legislador*

Me ocuparé de la naturaleza del derecho a la creación de instrumentos de comunicación social a través de la radio y la televisión, y, en particular, de la última. Empero una y otra configuran básicamente un mismo fenómeno jurídico que suele denominarse "radiodifusión", si bien su disciplina normativa plantea importantes peculiaridades propias de cada una de ellas, y también la jurisprudencia constitucional que les atañe; así, por ejemplo, existen algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional específicos para la radio, de los que no trataré ahora, como son los relativos a quiénes son las Administraciones públicas que deben otorgar las concesiones, ya sean las Comunidades Autónomas o el Estado, según las características de las ondas, largas, cortas o en modulación de frecuencia, y en virtud de las posibilidades reales de compartición entre una pluralidad de entes territoriales.

Mi aportación tendrá un sentido modesto, unas simples reflexiones personales aquejadas de una cierta provisionalidad y alejadas de la verdadera construcción dogmática, porque, en materia de televisión y, en general, de telecomunicaciones, vamos casi todos a remolque —y muy por detrás en el tiempo— de una realidad financiera y tecnológica en constante cambio. Todavía no sabemos muy bien ni a dónde nos dirigimos ni cuál es el objeto material que estudiamos, pues, incluso, no conocemos con seguridad qué tipo de tecnología —el cable, el satélite, las ondas terrestres de ámbito local...— acabará realmente imponiéndose; y si, en consecuencia, alguna de las normativas que ahora nos preocupan acabará siendo inaplicada o inutilizada.

La Constitución, lógicamente, no ofrece respuestas detalladas para la mayoría de los numerosos y dinámicos interrogantes que la regulación de la televisión como fenómeno jurídico plantea, según he expuesto en otro lugar, simplemente configura unos límites al legislador: unos umbrales mínimos pero importantes e infranqueables. Como casi todas las Constituciones de este mismo ciclo del constitucionalismo, la nuestra no prevé una disciplina detallada y concreta del nuevo instrumento de comunicación, pese a su indudable relevancia tanto para la misma democracia como, en especial, para varios derechos fundamentales. Tan sólo menciona la televisión expresamente en el art. 149.1.27 al atribuir al Estado la competencia para dictar normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social. De manera que —estimo—,

la Norma fundamental parece ocuparse de la radiodifusión desde una perspectiva institucional, atenta a salvaguardar las libertades de expresión e información a través de una pluralidad de soportes, antes que desde otra subjetiva y garantista de la titularidad de un supuesto derecho a la creación de medios. Aunque es notorio que el art. 20.1 a) protege el derecho a expresar ideas y opiniones por cualquier medio de comunicación, basta una primera aproximación, para poder colegir que expresar ideas o difundir opiniones a través de un medio no es exactamente lo mismo que poder acceder libremente a crear empresas que dispongan de ciertos soportes, aunque sean de radiodifusión. Y una interpretación sistemática lleva a resaltar que, en todo caso, no existe un precepto con la estructura normativa propia del reconocimiento de un derecho subjetivo, análoga, por ejemplo, a la del art. 27.6 en el cual se reconoce expresamente a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes. Nuestra jurisprudencia constitucional ha acabado por reconocer —con iniciales excepciones y ocasionales vacilaciones— un derecho instrumental de las libertades primarias de expresión e información y que sitúa en el art. 20.1 a), pero es un derecho que ostenta contornos borrosos.

En este marco constitucional, la reciente intervención normativa del legislador para ordenar las nuevas modalidades televisivas (Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de telecomunicaciones por satélite; Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres; Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable) coadyuva a precisar los perfiles de un modelo todavía demasiado indeterminado. El riesgo reside en que hayamos pasado de un legislador medroso y excesivamente lento a la hora de regular los nuevos problemas —como corrobora una situación en la cual la realidad desbordaba a las normas, dada la presencia de una multitud de emisoras fácticas o clandestinas y de numerosas actuaciones de hecho en la instalación de redes de cable por parte de Administraciones públicas— a otra, liderada por un legislador algo repentino. Pues las tres nuevas leyes fueron aprobadas de manera simultánea en la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena antes de que concluyera la legislatura, tras finalmente llegarse a un acuerdo parlamentario entre los Grupos que permitió se desbloquearan los proyectos después de sucesivas prórrogas del plazo de presentación de enmiendas.

Un método de aprobación que, con toda probabilidad, no podrá ser del gusto de numerosos especialistas que habían defendido de manera argumentada que la regulación de la televisión en todos sus

aspectos venía afectada por la reserva de ley orgánica *ex art. 81.1 CE*. Al igual de varios magistrados constitucionales que suscribieron votos particulares a la STC 127/1994 señalando, más matizadamente, el carácter parcialmente orgánico de la regulación de la televisión por ondas hertzianas de ámbito nacional; pero sin coincidir en los concretos preceptos pretendidamente dotados de la fuerza de ley orgánica —es preciso resaltarlo pues evidencia la dificultad de esa calificación—. Puesto que la aprobación de este tipo de leyes no puede ser objeto de delegación en comisiones legislativas, según el art. 75.3 CE, no deja de conformar una curiosa paradoja pasar, sin solución de continuidad, de un intenso debate en sede constitucional acerca de si la Ley de la Televisión Privada debía tener o no carácter de orgánica, —controversia como se recordará resuelta por los pelos en la citada sentencia en favor de la ley ordinaria—, a la regulación en sede parlamentaria de las nuevas modalidades televisivas por leyes de comisión. Un indicio más de la escasa utilidad de la técnica de las leyes orgánicas, una vez prácticamente concluso el primer desarrollo constitucional, que —a mi juicio— nada apenas añaden a la sustancial unidad de la elaboración parlamentaria de las leyes —discusión, publicidad, regla de la mayoría y representación de las minorías—, diríase que a la forma de ley; y, en cambio, configuran una reserva material de difícil exégesis e inevitables solapamientos, en materia de derechos fundamentales, con la de ley ordinaria dispuesta en el art. 53.1 CE. El caso de la televisión privada ilustra bien el problema.

2. *Un modelo aún con numerosas incógnitas: ¿un patrón dual para televisión y prensa?, ¿desregulación o neorregulación?, ¿privatización?, ¿adónde nos lleva la política comunitaria de liberalización de las telecomunicaciones: al abandono del servicio público?*

Pero no debemos creer que las nuevas leyes de diciembre de 1995 cierran definitivamente un modelo que tiene todavía demasiadas incógnitas para satisfacer las deseables dosis de certeza normativa en la ordenación del medio que la seguridad jurídica exige y tanto el interés general como los distintos intereses privados de numerosos afectados o inversores reclaman.

Hasta casi nuestros días, la radiodifusión ha venido siendo descrita como fenómeno jurídico haciendo hincapié, entre otras, en las siguientes notas: a) la necesidad del empleo del dominio público radioeléctrico y la escasez de frecuencias y potencias y, en consecuen-

cia, del número posible de concesiones a otorgar; b) la profusa disciplina internacional de las ondas; y c) la conveniencia de no interferir otros usos de la radiocomunicación como son los propios de las Fuerzas Armadas, de la protección civil, de la navegación aérea o de los radioescuchas.

Este contexto de realidades ha sufrido cambios sustanciales en virtud de los constantes avances tecnológicos que incrementan considerablemente las posibilidades de emisiones en muy distintos soportes técnicos: satélites cada vez más potentes y sofisticados que permiten numerosas emisiones con un alcance local, el traslado de la técnica del cable a Europa en sus distintas variantes, etc. Y la interrelación entre televisión, telecomunicaciones, vídeo, informática y redes de transmisión de datos crea nuevos fenómenos que el derecho debe disciplinar. Las infraestructuras de telecomunicaciones no van a ser específicas de cada servicio, ya que vehículos como el cable y la digitalización de la información hacen que las mismas infraestructuras se utilicen para una pluralidad de servicios. Por no mencionar los problemas derivados del cableado de las ciudades y del uso del dominio público local que, desde hace tiempo, vienen ocupando las páginas de la prensa escrita. Conviene preguntarse si todas estas modificaciones han llegado a alterar la misma esencia del fenómeno. ¿Es todavía la televisión, en cuanto forma de telecomunicación, un fenómeno distinto a la prensa o ambos configuran —como muchos defienden— un mismo objeto para el derecho?

La primera posición, favorable a ordenar la televisión con un régimen jurídico diferente al de la prensa escrita, se ha venido mayoritariamente manteniendo entre nosotros —es verdad que no de manera unánime— con fundamento en muy variadas razones: a) el menor número de empresas informadoras o sujetos activos, y, por contrapartida, el mucho mayor de sujetos pasivos o receptores de información; b) la complejidad de los soportes técnicos del medio y la subsiguiente necesidad de su intensa regulación por el Estado, a diferencia de lo tradicionalmente acaecido para la prensa; c) la nuclear incidencia de la televisión en la vida de la democracia en cuanto instrumento para la formación de la opinión pública, en virtud del gran número de telespectadores que, en cambio, no leen diariamente periódicos, etc. Pero la duda acerca de la oportunidad del tratamiento diferenciado se suscita hoy en día, entre otras razones, por el notable incremento de las emisoras para diversos espacios y en distintos soportes que las nuevas técnicas hacen posible. Un dato que permite caer en la cuenta de que los sujetos activos o emisores ya no son tan pocos —y progresivamente

umentan— y que lleva a pensar que la compartición de las audiencias entre una pluralidad de cadenas puede conducir a fragmentar el número de espectadores sensiblemente; y que, en cualquier caso, conduce a admitir que algunas emisiones locales pueden llegar a tener ámbitos espaciales y personales casi tan reducidos como la prensa escrita. El mismo progreso tecnológico hace concluir a algunos que cada vez hará falta prestar menos atención a las peculiaridades del soporte que se usa para la comunicación, ya sea la prensa escrita o las telecomunicaciones. Confieso, sin embargo, que es éste un planteamiento sobre el que me manifiesto escéptico dada la misma complejidad técnica de las telecomunicaciones.

¿Debe, en suma, persistir un modelo dual para la prensa y la televisión? Un conocido autor estadounidense, L. C. Bollinger, ha defendido muy razonadamente —dando lugar a un interesante debate que ha expuesto entre nosotros Pablo Salvador Coderch— que es preciso mantener un modelo abstencionista para la prensa, basado en controles *ex-post* —libelo, difamación—, e intervencionista para la radio y la televisión con controles previos como son las licencias y concesiones; si se tratara de generalizar cualquiera de los dos sistemas, podrían producirse graves peligros para la libertad de expresión. Admito que esta posición me parece realista y proporcionada, al tiempo que seductora.

Pero restan en España todavía numerosas otras controversias por solventar tanto en el debate social y académico como en su plasmación en normas por el legislador. Me limitaré a formular algunos interrogantes con la simple finalidad de corroborar la afirmación de partida: la indeterminación del modelo televisivo y la urgencia y necesidad de intensificar su discusión para comenzar a cerrarlo y no prolongar más una interinidad o provisionalidad demasiado larga; sin intentar ahora ofrecer respuestas detalladas —me sería imposible— en vez de meramente apuntar problemas.

¿Televisión pública o privada? O, mejor, partiendo de la real existencia —y, a mi juicio, de la conveniencia ya que responden a intereses distintos— de una concurrencia entre ambas: ¿cuál debe ser el punto de equilibrio?, ¿hay o no un excesivo número de emisoras públicas, además de —como empieza a parecer indudable para los bolsillos de los contribuyentes— demasiado dinero público tanto en las cadenas públicas como, incluso, en ciertas cadenas privadas?, ¿deben competir por el mismo mercado unas y otras, o cumplir funciones diversas pero complementarias, limitándose las emisoras públicas a funciones subsidiarias, de acuerdo con una bien conocida doctrina utilizada por la

jurisprudencia constitucional alemana?, ¿es lícito que las cadenas públicas aúnen ayudas públicas y recursos publicitarios?, ¿puede empezar a hablarse de “programas de servicio público” —según defienden algunos autores como Santiago Muñoz Machado y José Carlos Laguna—, especialmente atentos a la calidad de la programación antes que al dinero o a la audiencia, y sugerirse que nada impide que dichos programas puedan ser también emitidos por televisiones privadas?

La inicial declaración de la radiodifusión como servicio público se encuentra en un momento en el que requiere de especiales reflexiones sobre las funciones que satisface y de justificaciones reforzadas en cada soporte, así como de nuevas respuestas para la coexistencia entre emisiones públicas y privadas.

¿Desregulación o regulación? ¿Es menester una total liberalización de las telecomunicaciones o, por el contrario, se antoja más prudente mantener un sistema en parte intervencionista; en otras palabras, liberalizar las telecomunicaciones quiere decir lo mismo que desregularizarlas? Los adalides de la primera tesis manifiestan su confianza en que el mercado, por sí mismo, pueda resolver todos los problemas que las telecomunicaciones plantean sin necesidad de mediaciones extrañas. Mientras que los intervencionistas —adjetivados peyorativamente de “paternalistas” por los primeros con toda la carga y prejuicio ideológicos que el calificativo entraña— muestran su recelo ante ese modelo, por las mismas limitaciones, insuficiencias y, en definitiva, fallos del mercado para regular extremos en los que concurren complejos intereses contrapuestos tanto públicos como privados y de muy diversa índole —informativos, financieros, políticos—; y reclaman de la mediación del legislador para hacer posible la compatibilidad de esos intereses. Tampoco faltan posiciones intermedias o más matizadas —se habla de “neorregulación”— entre quienes estiman que “desregulación” es una palabra equivocada, porque para promover la competencia y defender los intereses de los consumidores, frente a situaciones históricas de partida con dominio de un único proveedor, son precisas nuevas ordenaciones legales muy complicadas.

No quisiera ocultar que intuyo —basta observar la realidad de las cosas— que la intervención y presencia de los poderes públicos en las telecomunicaciones, en general, y en la televisión en particular, va a continuar siendo importante, pese al proceso de liberalización de las telecomunicaciones que actualmente se sigue en la Unión Europea, y ya sea mediante la persistencia de la técnica del servicio público o mediante cualquier otro tipo de técnica administrativa que en su caso pudiera sustituirla. Hay ciertas materias que rara vez los poderes

públicos dejan en las exclusivas manos del mercado, y más aún cuando en modo alguno existen las condiciones que pueden hacer pensar en una competencia perfecta sin intervenciones extrañas. El problema reside en que esa intervención pública no se reduzca a la consagración legal de privilegios en el mercado, pues entonces acaso vendría desprovista de justificación alguna.

Es menester recordar que existe una política comunitaria favorable a la liberalización de las telecomunicaciones (incluida la telefonía vocal básica a partir de 1998) y a crear un mercado europeo de las mismas, para permitir la constitución en el sector de empresas europeas que puedan competir con las americanas y japonesas. Un mercado interior sin obstáculos a la libre circulación de servicios, equipos e infraestructuras de telecomunicaciones, como se deduce del art. 3 c) del Tratado de la Unión Europea.

La Comisión publicó un Libro Verde en 1987 y ha plasmado esta política en distintas Directivas. El propio Tribunal de Luxemburgo se ha acomodado a ella mediante una paulatina evolución en su jurisprudencia; y ha pasado de una inicial interpretación del tratado en torno al art. 90 y al reconocimiento de que este precepto permite a los Estados reservarse la declaración como servicio público de ciertas actividades, a un segundo planteamiento que encuadra el problema desde la óptica de los arts. 56 y 59 y de las excepciones admisibles a las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios en virtud de los derechos exclusivos concedidos por los Estados.

La compatibilidad entre esa política comunitaria y la idea de la televisión y las telecomunicaciones como servicio público que el legislador español acoge —una *publicatio* con cobertura constitucional en el seno del art. 128.2 CE—, puede ser en el futuro harto problemática. El servicio público —como ya he defendido en otro trabajo— es una de las técnicas constitucionalmente posibles, ni viene impuesta por la Constitución ni configura un modelo necesariamente inconstitucional, pero puede tener en los tiempos venideros serios problemas de compatibilidad con dicha política y jurisprudencia comunitarias. Y, por eso, y para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en juego, si se opta por mantenerse, debe buscar su justificación en cada soporte y adecuar sus funciones.

La paradoja es —así, lo ha señalado De la Quadra Salcedo— que esta política comunitaria, la llamada liberalización de las telecomunicaciones, no pretende eludir sino provocar los oportunos fenómenos de concentración de empresas con un tamaño financiero óptimo. Romper los monopolios sí, pero no para asegurar un pluralismo televisivo

e informativo sino para crear grandes empresas europeas de telecomunicación con un tamaño económico competitivo. Liberalizar para provocar concentraciones de empresas. Una situación que puede tener sentido en materia de telecomunicaciones, pero que arroja algunas sombras sobre el régimen de la televisión por las libertades de expresión e información a las que sirve de instrumento.

En fin, sólo una mediación del legislador constitucionalmente adecuada puede resolver estas numerosas incógnitas que la disciplina de la televisión como fenómeno jurídico todavía suscita. Pero esa intervención legislativa no debería ser ni dilatada ni repentina, como hasta ahora ha venido ocurriendo, sino dialogante o reflexiva y fundada en un consenso social lo más amplio posible. El modelo no está cerrado ni suficientemente perfilado y es menester debatir convenientemente en sede parlamentaria, pero no sólo en ella, sobre cómo conviene hacerlo.

La certeza del marco normativo cobra un valor especial por una doble razón: no sólo por motivos de seguridad jurídica y para otorgar confianza a las fuertes inversiones que el sector de las telecomunicaciones requiere —como recuerda Laguna de Paz—; sino también porque la actual confusión es un espléndido maná —como ha señalado Alessandro Pace en la experiencia italiana— para iniciativas empresariales poco escrupulosas.

3. Un anclaje constitucional realista del verdadero fenómeno jurídico: la dimensión financiera de las telecomunicaciones y la libertad de empresa. Libertad de expresión y optimización de los costes empresariales: dos lógicas contrapuestas. La "telecracia" o democracia de consumidores

Hasta ahora la radiodifusión ha venido siendo tratada como fenómeno jurídico por la doctrina y la jurisprudencia, de manera casi exclusiva, al amparo de las libertades de expresión y de información [art. 20.1, letras a) y d) de la Constitución] y ha podido así decirse que la libertad de expresión recibe el nombre del medio empleado.

Siendo esto en parte cierto, dicho anclaje constitucional no creo que pueda estimarse como único, ni probablemente como prevalente en algunos casos, si no quiere hurtarse una gran parte de la compleja realidad del problema.

Hay en la televisión y en su fenómeno hermano que son las telecomunicaciones una importante dimensión económica o financiera que debería llevar a situar también una impostación realista del problema en torno a las libertades de empresa e iniciativa económica privada en

una economía social de mercado (art. 38 de la Constitución). Las telecomunicaciones son un fruto apetecible para numerosas empresas multinacionales, puesto que en ellas pueden obtenerse fuertes beneficios. Recuérdese la conexión presente entre la televisión por cable y la prestación de servicios de fax, o telefonía —estando en el horizonte la total liberalización de la telefonía básica en 1998—, o el acceso a redes de información o de transmisión de datos bancarios; unos servicios que deben hacer más que rentable la creación de redes de aquel soporte, desde luego no sólo para emitir televisión.

La propia memoria justificativa del proyecto de Ley de Telecomunicaciones por Cable, presentado en el Congreso el 6 de febrero, incorporaba una memoria económica sumamente ilustrativa de las inversiones que es preciso realizar para la implantación de las redes, y admitía que el Libro Blanco sobre las telecomunicaciones de la Unión Europea recomendaba que, para amortizar el coste de las redes, se permitieran prestar otros servicios. De hecho, la prensa nacional ha hablado de la implantación de las redes de cable como de un negocio de unos 500.000 millones de pesetas.

Es éste un mundo financiero complicado que la mayor parte de los juristas no conocemos bien y que, en su totalidad, no encaja cómodamente en los planteamientos tradicionales, a veces excesivamente ingenuos, sobre las libertades de expresión e información.

Quizás, por eso, no debería arrumarse totalmente entre nosotros la doctrina que la Corte Suprema estadounidense estableció en 1969 en la conocida Sentencia *Red Lion Broadcasting* (conozco, no obstante, las críticas que la *fairness doctrine* ha recibido en Estados Unidos y la nueva actitud de la *Federal Communications Commission*, desde hace más de una década, favorable a la desregulación del sector) y luego recogió el Tribunal Constitucional español (de manera algo tardía y en el caso de la Ley de la Televisión Privada), referida a la consideración del titular de una licencia de radiodifusión como un privilegiado a efectos de la igualdad de trato normativo en materia de información. Las crecientes posibilidades de emisión en nuevos soportes amortiguan sensiblemente el valor de esta doctrina, pero no hasta el punto de hacerla desaparecer, aunque llegue a haber un millar de emisiones para una cuarentena de millones de potenciales receptores. Hay verdaderos poderes privados en el mundo de las telecomunicaciones que deben ser disciplinados por la ley para asegurar un pluralismo informativo: empresas multimediales con importantes inversiones en prensa, radio, televisión y en otros sectores, con frecuencia también multinacionales, y dotadas de un serio poder financiero; son muy ilus-

trativas de lo que aquí se dice las inversiones que parecen existir de la Time Warner, segunda empresa de cable en Estados Unidos, en la ciudad de Barcelona.

De nuevo, es menester insistir en los temores que produce la paradoja ya expuesta. La lógica del mercado de las telecomunicaciones lleva a crear grandes empresas con dimensiones económicas y financieras óptimas y a que se produzcan situaciones de hegemonía. Mientras que la lógica de las libertades de expresión y de información a través de la televisión y, sobre todo, del derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz, en su concepción institucional como garantía de una opinión pública libre, obligan constitucionalmente al legislador a que garantice un imprescindible pluralismo externo; es decir a preservar la concurrencia de una pluralidad de instrumentos de comunicación potencialmente contrapuestos y no homogeneizados.

Y la cuestión es relevante, porque existen unas estrechas relaciones entre televisión y democracia. Diversos autores han resaltado como los modos de hacer el discurso comercial dominan cada vez más el discurso político —“*communication is the handmaiden of commerce*”—, produciéndose intervenciones electorales en los medios cada vez más reducidas en tiempo, magras en contenido y atentas, sobre todo, a la imagen. El mercado ya no produce ideas, sino que proyecta imágenes que pueden corresponderse o no con la realidad. Ha surgido, por eso, un rico debate en Estados Unidos acerca de si los ideales de la “democracia de ciudadanos” son compatibles y pueden sobrevivir con la “telecracia” o vamos a una peligrosa “democracia de consumidores”.

En la realidad, parece que cualquier comunidad política —nacional, autonómica, local— tiende a necesitar de una televisión de su mismo ámbito territorial —así lo ha recordado González Encinar—; de suerte que el poder político no parece poder desentenderse de la televisión y, de hecho, habitualmente no lo hace. Igualmente, importantes poderes privados intentan incidir en la cosa pública, a través de la televisión. Es absurdo —cuando no irresponsable— pensar que lo acaecido en Italia —por no citar el ejemplo de otros países iberoamericanos— con la irresistible ascensión al Gobierno del empresario de radiodifusión señor Berlusconi pueda deberse a la casualidad o al azar.

Como tampoco es casual la sensibilidad hacia el pluralismo externo y la búsqueda de una suficiente concurrencia de medios de comunicación que la Corte Constitucional italiana evidencia en su importante Sentencia 420/1994, de 7 de diciembre, sobre la llamada Ley Mammi, en la cual la Corte declaró que debía considerarse una normativa *antitrust* y un límite constitucionalmente inadecuado, por

no garantizar suficientemente el pluralismo, que un emisor privado pudiera legalmente controlar tres cadenas de televisión además de otras tres de radio. Según el tribunal, es una condición indispensable de la disciplina legal del medio prevenir la formación de posiciones dominantes que puedan poner en peligro un valor fundamental cual es el pluralismo de las voces; el pluralismo externo condiciona el carácter mixto del sistema de radiodifusión como actividad de preeminente interés general; el derecho a la información implica indefectiblemente la pluralidad de fuentes y vincula al legislador a favorecer el acceso al sistema radiotelevisivo del máximo número posible de voces diversas.

En suma, quiero únicamente señalar que es preciso huir en el tratamiento jurídico de los problemas que la televisión suscita de perspectivas unilaterales o reduccionistas, ya sean corporativas e interesadas o simplemente ingenuas. Este no es sólo un problema que atañe desde una óptica institucional a las libertades de expresión e información, es también y, sobre todo desde su perspectiva subjetiva, un problema inversor o financiero y de libertad de empresa. Y, en no menor medida, de poder político, puesto que la televisión incide muy directamente en la formación de una opinión pública libre en las sociedades democráticas y pluralistas; y existe un mandato constitucional a los poderes públicos, y en especial al legislador, de garantizar que los ciudadanos reciban una información veraz, o lo que es lo mismo, plural. Hay, pues, serias implicaciones de orden económico y de poder político que afectan al objeto sobre el que la libertad se proyecta. El legislador debe contemplar el fenómeno jurídico desde esta triple perspectiva, y buscar soluciones que ponderen intereses a menudo contrapuestos y tanto públicos como privados. Precisamente, por eso, los problemas que la televisión plantea son extremadamente complejos y difíciles de solucionar.

II. EL DERECHO A CREAR RADIO Y TELEVISION Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. *¿Derecho subjetivo o interés legítimo?*

¿Es este derecho directamente ejercitable *ex Constitutione*, un verdadero derecho subjetivo, o precisa de un desarrollo normativo o conformación legal que, no obstante, el legislador estaría constitucionalmente obligado a realizar?

La respuesta a esta pregunta, según ha reseñado Francisco Bastida analizando elaboraciones doctrinales italianas, ha tenido dos grandes orientaciones: a) una tesis extensiva, según la cual hay un nexo inescindible y sustancial entre las libertades de expresión e información y los medios de difusión y, en consecuencia, la llamada libertad de antena es un derecho subjetivo; y b) una tesis restrictiva, para la que la disciplina de los medios no tiene por qué ser exactamente la misma que la de la libertad de expresión, y, por consiguiente, la libertad de creación de medios deviene un interés legítimo, no existe un verdadero derecho al acceso, pues lo que el art. 21 de la Constitución italiana garantiza es la libertad de pensamiento una vez que se dispone de un medio.

Alessandro Pace ha expuesto bien ambas tesis decantándose por una posición restrictiva, que estima mayoritaria entre la más autorizada doctrina científica (Esposito, Crisafulli, Sandulli, Chiola, etc.) y jurisprudencia: una cosa es la libertad de manifestación del pensamiento a través de un medio, y otra un inexistente derecho a disponer de cualquier medio de radiodifusión, en vez de una posibilidad de acceder a los concretos soportes en las modalidades previstas en las leyes y dentro de las limitaciones que eventualmente resulten necesarias y justificadas; no existe un derecho constitucional a la disponibilidad del medio, un "derecho al medio", sino una "libertad en el uso de los medios de difusión". Destaca Pace las opiniones contrarias de Fois y, sobre todo, de Barile quien afirma la presencia de una garantía constitucional del derecho a utilizar cualquier medio, un derecho que, no obstante, la ley puede disciplinar en sus modalidades de uso y de propiedad.

Siempre es difícil clasificar o, mejor, "encajar" las resoluciones jurisprudenciales, por su mismo carácter flexible y escasamente dogmático, propio de una interpretación tópica —muy ligada a concretos hechos y a la solución del caso— y no sistemática, en rígidas categorías doctrinales, abstractas y generales —sin matices ni excepciones—, a las que los académicos somos tan aficionados; y, probablemente, no siempre es conveniente para explicar la riqueza de las cosas. Pero estimo que puede decirse que el Tribunal Constitucional ha actuado siguiendo lo que yo calificaría como una evolutiva posición intermedia. Manteniendo en un primer momento, al inicio de los ochenta, una tesis muy restrictiva, para luego ir ampliando sus planteamientos progresivamente a mediados de los noventa; al mismo tiempo en que han ido avanzando las tecnologías, surgiendo nuevas posibilidades de emisión, y han ido evolucionando en Europa también en sus jurisprudencias otros Tribunales Constitucionales, así como el Tribunal Euro-

peo de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Pero es verdad que esta evolución ha supuesto un giro en las posiciones jurisprudenciales de casi 180 grados, pese a que los doce años transcurridos entre el momento inicial y la inflexión jurisprudencial que aquí se singulariza permiten pensar que el cambio acaso no sea tan fácil de percibir. De hecho, las resoluciones no han admitido expresamente ese cambio de jurisprudencia. No menos cierto parece ser que la doble necesidad de depurar de aspectos lesivos de derechos la preconstitucional idea de servicio público, que justifica la *publicatio* de los servicios de radiodifusión aunque puedan estar en manos privadas, así como de mantener la continuidad del ordenamiento jurídico sin provocar vacíos normativos, han quizá desenfocado un poco el planteamiento del problema, impidiendo madurar una construcción más sólida de la naturaleza del derecho.

2. *El giro de 180 grados en la evolución de la jurisprudencia constitucional. La depuración de la idea preconstitucional de servicio público y la continuidad del ordenamiento jurídico. "Lady Cocinas" y la recomendación legislativa*

En efecto, los primeros planteamientos jurisprudenciales recaídos en los ochenta pasaron por afirmar que adoptar la gestión indirecta del servicio público era una decisión política del legislador que el Tribunal Constitucional no podía suplir (STC 12/1982, caso Antena 3), y que la televisión privada no venía impuesta por el art. 20 de la Constitución ni tampoco estaba constitucionalmente impedida (STC 74/1982). No hay en esas fechas afirmaciones menos restrictivas que sobrepasen el terreno de los votos particulares.

No hay, pues, en ese momento, un derecho subjetivo con rango constitucional a crear televisión, existe una libertad absoluta para configurar normativamente o no el derecho. La actividad del legislador es incondicionada y sin apenas límites, pues, aunque ciertamente se reconoce que el derecho a crear medios puede considerarse una facultad incluida entre los derechos reconocidos en el art. 20.1 de la Constitución, luego se afirma que la misma adopción de su existencia es una decisión política y no algo que exijan los derechos fundamentales en juego.

Este primer planteamiento jurisprudencial no está exento de algunas dosis de contradicción lógica, porque, conceptualmente, los derechos fundamentales en sentido estricto — y por su ubicación sistemá-

tica y a la luz del art. 53.2 de la Constitución los derechos del art. 20.1 lo son— no quedan sometidos a decisiones políticas incondicionadas, aunque sean del legislador, sobre la misma posibilidad de su ejercicio y su desarrollo legales; si verdaderamente poseen la naturaleza de derecho subjetivo y rango de fundamental, vinculan a todos los poderes públicos incluido el legislador.

En este sentido —y aunque me resulta imposible ocuparme aquí de este problema del que ya he dicho algo en otro estudio—, debe admitirse que la idea de servicio público aplicada a la radiodifusión parece que fue inicialmente pensada como técnica limitativa o restrictiva, si no directamente excluyente, de los derechos en juego. Al menos así había venido ocurriendo hasta 1988 para la televisión, cuyas emisiones estuvieron reservadas a un ente público. Pero no menos cierto es que no ocurrió lo mismo con la radio, también disciplinada con la misma técnica administrativa y donde la gestión indirecta del servicio público por los particulares se abrió ya a principios de siglo en 1908. De manera que las emisoras de radio privadas y la disciplina del servicio público han convivido durante décadas. Conviene no ocultar ni uno ni otro dato ante la relevancia que puedan tener para ulteriores análisis con vistas al futuro.

Pese a esos inicios jurisprudenciales extremadamente restrictivos, que niegan cualquier eficacia al derecho si no su misma existencia, el Tribunal Constitucional ha ido modificando sus planteamientos a la vez que depurando lentamente esta idea preconstitucional de servicio público de sus aspectos más claramente lesivos de derechos fundamentales.

Una configuración, la titularidad pública del servicio, que se mantuvo tras la Constitución en el Estatuto de la Radio y la Televisión de 1980, en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 y en la Ley de la Televisión Privada de 1988, y que las nuevas leyes de 1995 no alteran con carácter general salvo para las telecomunicaciones por satélite donde, por primera vez, tal actividad no se declara como servicio público, siguiendo imperativos del derecho comunitario.

Esa jurisprudencia ha sido dictada manteniendo la continuidad del ordenamiento jurídico, es decir, sin provocar grandes vacíos normativos mediante partes dispositivas de sus resoluciones que impusieran nulidades retroactivas ni llevaran a la desaparición de organizaciones que llevaban tiempo actuando en el mundo del tráfico jurídico y, con apariencia de legalidad jurídica, celebraban contratos o efectuaban emisiones. Una preocupación que los comentaristas análogamente destacan en la *Corte Costituzionale* y, en especial, en su Sentencia

420/1994 acerca de la ya mencionada la Ley Mammi: “*La Corte applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e... non fa il vuoto.*”

En la década siguiente, al comienzo de los noventa, sin embargo, el Tribunal Constitucional ya dijo que la idea de servicio público no es una etiqueta que permita cualesquiera restricciones a los derechos en juego (STC 206/1990).

Pero la verdadera inflexión de la jurisprudencia se produjo en 1994, con dos resoluciones casi contemporáneas y pese a que no se presentan expresamente como un cambio radical de jurisprudencia.

En la STC 31/1994, el llamado caso “Lady Cocinas”, un Gobernador Civil sancionó a una empresa de vídeo comunitario —algo equiparado a la televisión por cable en la Ley de las Telecomunicaciones— que emitía sin la correspondiente autorización; la inexistencia de regulación legal hacía, no obstante, imposible obtener la licencia; la Sala Segunda del Tribunal anuló las sanciones y razonó que la omisión del legislador comportaba de hecho una prohibición de las emisiones y que, si bien cabía la *interpositio legislatoris* para el ejercicio de los derechos fundamentales afectados, el legislador no podía diferir *sine die* la regulación de esta actividad sin razones que lo justificaran. Una doctrina que fue más tarde reiterada en otras sentencias posteriores (SSTC 47, 98, 240, 281 y 307/1994).

Estimo que es ésta una sentencia de recomendación legislativa o, si así se prefiere decirlo, una original sanción a la inconstitucionalidad por omisión.

Muy próxima en el tiempo fue la STC 127/1994 en la que se enjuició la Ley de la Televisión Privada. Se sostuvo en ella —con más rotundidad que la que el legislador parece haber advertido— que la idea de servicio público no permite al legislador, en el marco del art. 10 del Convenio Europeo, establecer más restricciones a los derechos en juego que las absolutamente necesarias a fin de proteger otros derechos y bienes constitucionales, siempre y cuando resulten razonables, proporcionadas y socialmente justificables en una sociedad democrática: “En otras palabras, la necesidad de la limitación de esos derechos debe justificarse por el legislador de manera razonable y convincente”; un razonamiento que el Pleno del Tribunal apoyó en las sentencias del Tribunal Europeo dictadas en los conocidos Asuntos *Invormationsverein Lentia* y *Autronic*, respectivamente, de 1993 y 1990 (FJ 6 B).

Con notable imaginación a la hora de ver las cosas, también se dijo allí mismo que la Ley de la Televisión Privada, pese a la confusión que la denominación encierra, no era una ordenación general del medio

sino de una sola de sus modalidades, y que esta opción del legislador no configura una injustificable restricción a los derechos fundamentales, porque no impedía “la existencia de diversas leyes que regulen las distintas modalidades televisivas técnica y constitucionalmente posibles” (FJ 4 A). El preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 41/1995 de televisión local por ondas terrestres ha hecho suya después esa explicación *a posteriori* de lo acaecido.

De nuevo, parece ser esta STC 127 /1994 también una sentencia de recomendación legislativa: una llamada a la intervención del legislador para regular las nuevas televisiones y, por consiguiente, permitir el ejercicio del derecho a la creación de medios. Y, de hecho, el legislador de 1995 siguió prontamente la recomendación, disciplinando nuevos soportes técnicos.

3. El principio de legalidad y las Administraciones locales

La jurisprudencia elaborada en la STC 31/1994, el caso “Lady Cocinas”, parece haber sido quizás erróneamente interpretada en la actuación conjunta de una serie de Administraciones locales regidas por un mismo partido político, que, al parecer de común acuerdo en las formas y plazos, dispusieron convocar en fechas coordinadas distintos concursos para el cableado de las ciudades y otorgar licencias en ausencia de ley alguna que regulara todavía la televisión por cable.

Una actuación que estimo plantea algunas dificultades de fundamentación y que acaso sólo puede ser comprendida desde otra perspectiva no estrictamente jurídica: en el contexto de la lógica negociación política de la nueva ley entre los Grupos parlamentarios, o quizás apostando por situarse de hecho sobre el terreno en previsión de hipotéticos cambios normativos que pudieran producir mayorías parlamentarias futuras.

Mas, desde la perspectiva que al jurista preocupa e intentando distanciarse de circunstancias meramente coyunturales, hay que poner de manifiesto un argumento evidente: una cosa es que no pueda sancionarse el ejercicio de una facultad o derecho que nace directamente de la Constitución y no de la ley, si la injustificada y dilatada mora del legislador impide su ejercicio y aboca a los particulares a emisiones de hecho o clandestinas, y otra bien distinta que las Administraciones públicas, que no son titulares de los derechos controvertidos, puedan convocar concursos y otorgar licencias sin habilitación legal alguna. En

definitiva, las actuaciones administrativas mencionadas parecen haber sido efectuadas dejando a un lado el no menos constitucional principio de legalidad de la Administración.

4. *Un paso atrás durante unos meses: Alcalá de Guadaíra*

Los razonamientos de la sentencia de la Ley de la Televisión Privada sobre la necesidad de justificar las restricciones a los derechos en la medida en que resulten imprescindibles en una sociedad democrática parece que fueron hechos atendiendo al fenómeno televisivo en sí mismo y no para un soporte técnico en concreto, es decir, con clara voluntad de acuñar una regla general para todas las modalidades televisivas, pues no se establecieron excepciones. No obstante, es cierto que se estaba enjuiciando en concreto la ley reguladora de la televisión nacional por ondas terrestres; cabe, por eso, pensar que restaba por ver si la más rotunda doctrina mantenida para la televisión por cable en el caso “Lady Cocinas” podía ser exceptuada o modulada para otros soportes; aunque es una lectura de aquella sentencia que no encuentro tenga un fundamento bastante dada la sustancial unidad de la televisión como fenómeno jurídico.

Sorprendentemente, la STC 88/1995, en el caso de la *televisión local de Alcalá de Guadaíra*, vino a enturbiar por un tiempo las cosas. Una confusa sentencia desestimatoria dictada por la mayoría de la Sala Primera de la que disiente un bien construido voto particular al que se adhirió un segundo magistrado. Supuso —a mi entender— un claro paso atrás en la evolución de ese lento pulso jurisprudencial del tribunal con el legislador, encaminado a favorecer el ejercicio de los derechos en juego sin permitir posponer más su ejercicio; y, lo que es más preocupante a efectos de la interpretación constitucional, un elemento distorsionador a la hora de indagar la naturaleza del derecho en la jurisprudencia.

Los hechos fueron los siguientes. Una televisión local emitía en dicha localidad sevillana mediante ondas electromagnéticas terrestres, claro está, sin tener la preceptiva —e imposible— concesión administrativa; y la Dirección General de Telecomunicaciones le impuso como sanción, tras incoar el oportuno expediente, el precintado de los equipos emisores y el cierre de las instalaciones. Después de agotar sin éxito para sus pretensiones la vía judicial ordinaria, el recurrente promovió un amparo constitucional en el que invocaba los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución.

El tribunal desestimó la demanda e invocó la cobertura —más que problemática— de la STC 206/1990. Sin embargo, la sentencia que nos ocupa contempla unos razonamientos que no se integran cómodamente con los precedentes más recientes del año 1994 tal y como aquí se han expuesto. Pero tampoco se presenta como una abrogación expresa de esa jurisprudencia; de hecho, llega curiosamente a decirse “tampoco la presente sentencia pretende ofrecer una respuesta indefinidamente válida, sino únicamente, tan sólo puede ser su propósito, al problema constitucional planteado en el momento presente y en el estado actual de nuestro ordenamiento” (FJ 5). Pero la naturaleza de los derechos no es coyuntural ni siquiera para el intérprete supremo de la Constitución.

De manera que la sentencia no deja de suscitar serias dudas: si la existencia o no de un derecho a crear emisoras depende del momento del ordenamiento legal, entonces se trata de una mera situación refleja creada o negada por la ley, de un simple derecho reconocido por una disposición legal, no de una facultad amparada por un derecho fundamental. La construcción, obviamente, no es la misma que la que se elaboró en “Lady Cocinas” (STC 31/1994) y confirmó la STC 127/1994: no puede sancionarse el ejercicio de una facultad amparada *ex Constitutione* por un derecho fundamental, ante la ausencia de cobertura legal, cuando se retrasa indefinidamente y sin justificación para ello la *interpositio legislatoris*. En el caso que nos ocupa, en cambio, se dice que nuestro ordenamiento no prevé pronunciamientos específicos de inconstitucionalidad por omisión (STC 88/1995, FJ 7). Parece haber una contradicción entre una y otra resolución de difícil solución. Pues no se advierte cómo el distinto soporte técnico —cable o ondas terrestres de ámbito local— puede llegar a alterar la naturaleza de un mismo derecho.

La motivación ofrecida se concluyó diciendo (FJ 7) que, en la actual “situación interina” y teniendo en cuenta que un tribunal no puede otorgar frecuencias y potencias, no es posible condicionar la libertad de configuración normativa del legislador a la hora de ordenar la televisión local por ondas.

El salto en el razonamiento es bastante sencillo de percibir, pues reconocer o no la existencia de un derecho en una sentencia como actividad típicamente jurisdiccional —incluso de manera declarativa y condicionado a una ulterior concesión de frecuencia en cumplimiento de la resolución judicial en cuanto condición material que haga posible su ejercicio— no es conceptualmente lo mismo que otorgar frecuencias que es, obviamente —en esto la sentencia sí acierta—, una actuación

del ejecutivo en aplicación de la ley. En esta confusión de planos es donde estimo radica el nudo de la desacertada motivación de rechazo del amparo.

Para justificar aquel discutible aserto se dijo también (FJ 6) que el tribunal ya había hecho posible un “contenido mínimo” del derecho a emitir en el ámbito local por medio del cable, dada la escasa complejidad técnica que entraña la regulación de este soporte.

Menos aún convencen estos razonamientos. La libertad de configuración normativa del legislador no es absoluta sino que viene sometida a límites, y, entre otros, temporales, de suerte que no permite una pasividad en el desarrollo de los derechos fundamentales que redunde en la imposibilidad de su ejercicio por un período de tiempo que sólo de manera muy forzada puede calificarse, dada su larga duración —diecisiete años—, de interino. Configurar por ley las condiciones de ejercicio de un derecho no autoriza a posponer *sine die* el momento de su titularidad. Claro está que, además, los derechos fundamentales no tienen un contenido mínimo e indisponible y otro máximo y plenamente disponible por el legislador sin limitación alguna hasta el punto de tolerar exclusiones, sino simplemente un contenido único dentro del cual puede el legislador perfilar o concretar unos contornos. Y es preciso entender que constituye un contenido insuprimible de los derechos fundamentales afectados, que son derechos de libertad, el que el derecho a la creación de medios, en cuanto contenido instrumental de aquellas libertades, sea libremente ejercitable por los ciudadanos en el soporte técnico de su elección y no en la senda que la ley o la jurisprudencia obliguen a transitar y residualmente permitan; nada autoriza a introducir esta injustificable restricción. Y, a mayor abundamiento, en un caso como éste donde no existen problemas técnicos derivados de la escasez de emisoras de ámbito local por ondas terrestres.

Pero, sobre todo, la sentencia no convence porque no puede continuar explicándose la actividad televisiva como fenómeno jurídico a finales del siglo XX en función de los distintos soportes técnicos en el que la telecomunicación se produce, quebrando la unidad lógica del fenómeno jurídico. Una posición demasiado vieja que no casa con las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes. El fenómeno es siempre el mismo en cualquiera de los soportes: la emisión o transmisión de imágenes por diversos soportes de transporte de la señal; aunque puedan ocasionalmente hacerse matices o modulaciones en virtud de las características tecnológicas del instrumento.

Puede, pues, razonablemente pensarse que, en junio de 1995, para la posición mayoritaria de la Sala Primera —cuatro contra dos—, la televisión local por ondas terrestres volvió momentáneamente a ser, como lo era en 1982, aunque “de manera interina”, una decisión política del legislador. Tan interina fue esa doctrina que seis meses después la nueva Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres hizo desaparecer el presupuesto de hecho del que arrancaba.

5. *Las características del supuesto derecho según la jurisprudencia constitucional*

A) A resultas de cuanto se ha expuesto, y dejando a un lado la discutible e interina excepción reseñada, creo que puede afirmarse que del art. 20.1, según la jurisprudencia constitucional, surge un *derecho subjetivo* a la creación de medios de comunicación a través de radio y televisión y no una simple expectativa o un interés legítimo, pues, precisamente por esa naturaleza, no cupo la sanción de quien ejercía su derecho frente a la pasividad y la imprevisión legal en el caso que la mencionada STC 31/1994 contempla. Suele añadirse, no obstante —y aquí pudiera haber una primera contradicción—, que de la Constitución no nace directamente un derecho a emitir sin la interposición del legislador y, en su caso, sin la previa atribución de frecuencias y potencias.

B) Pero es un derecho *instrumental y accesorio* respecto de las *libertades primarias* y principales de expresión e información. Siendo ésta una matizada distinción —ha dicho el tribunal— que no puede llegar a confundirse con una total separación (véanse las SSTC 127/1994, sobre la Ley de la Televisión Privada, y, especialmente, la 168/1993 acerca de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones). Esta peculiar diferenciación no es sencilla de entender y plantea algunos problemas que más adelante se analizarán.

C) Así, el *objeto* de las *libertades de expresión y de información* no es idéntico al *objeto* del otorgamiento de las *concesiones* ni el ámbito sobre el cual la disciplina de los medios se proyecta igual a la disciplina de las libertades en juego, aunque haya evidentes intersecciones y no deban llegar a disociarse. Ilustra bien esta distinción el debate que recoge la Sentencia de la Ley de la Televisión Privada sobre el distinto ámbito de las reservas constitucionales de los arts. 81.1 —desarrollo de derechos fundamentales— y 53.1 —condiciones que hacen posible su

ejercicio— al proyectarse sobre preceptos concretos de dicha ley; y cualquiera que sea la posición que se mantenga a este respecto, pues ningún magistrado parece realmente defender en la sentencia el alcance orgánico de toda la ley.

Esta diferenciación permite comprender el fenómeno por el cual las libertades primarias enunciadas son difícilmente limitables en una sociedad democrática y basta con la abstención del Estado para su ejercicio —o, a lo sumo, con adoptar la decisión de abrir la televisión en un determinado soporte a las manos privadas— y, en cambio, la creación de los medios permite *sensibles condicionamientos* y requiere de una *exhaustiva disciplina*: normas sobre frecuencias y potencias, reglamentos que ordenen el plan técnico, autorizaciones para emitir, normas sobre titularidad y transmisión de acciones, etc...

Desde la perspectiva de las concretas normas españolas de *fuentes del derecho* y dado el incesante cambio tecnológico, la utilidad de la distinción parece innegable tanto para no saturar el ordenamiento de leyes orgánicas, como para no impedir la intervención legislativa de las Comunidades Autónomas en el seno de sus *competencias*, puesto que conviene caer en la cuenta de que dichos entes territoriales no tienen acceso a esa fuente del derecho.

No falta quién ha sostenido (P. Salvador Coderch) que esta distinción jurisprudencial entre libertades primarias y derechos instrumentales es enojosa y demasiado sutil o sofisticada, y probablemente así sea, pero es una solución que *prima facie* se adecúa a la no menos engorrosa, por compleja, concurrencia de normas constitucionales introductorias de distintas reservas de ley y atributivas de competencias a diferentes entes territoriales que la Constitución diseña.

D) Estamos, en definitiva, ante un derecho a la creación de medios que, por una parte, tiene un carácter instrumental, pues resulta accidental o integrado en otros derechos primarios o principales, y, por otra, es de *estructura compleja*, siendo en parte de *configuración legal*, pero no hasta el punto de no poseer unos elementos nucleares directamente aplicables desde la Constitución. Y en esto se diferencia claramente de las libertades de expresión e información que no son derechos de configuración legal.

En efecto, hacer posible el ejercicio del derecho a la creación de medios requiere de la *interpositio legislatoris*: la mediación del legislador parece necesaria en la mayoría de los casos; salvo en aquellos casos en que el legislador dilate *sine die* y sin razones la autorización y disciplina de las emisiones. No es éste, por consiguiente, un derecho de abstención o únicamente de libertad en sentido estricto, pues

requiere de algún grado de colaboración por parte de muy variados poderes públicos —las Administraciones estatal, autonómica y local—, por ejemplo, a la hora del otorgamiento de frecuencias y potencias y de licencias, autorizaciones o concesiones. Pero la libertad del legislador no es absoluta e incondicionada, como si se ocupara de un mero interés legítimo, de una expectativa de derecho o de un derecho reflejo concedido por las normas legales. El derecho nace *ex Constitutione* y tiene en ella un contenido propio.

E) Y, como principal manifestación de esta naturaleza de verdadero derecho, la aplicación de la *idea de servicio público* a la radiodifusión, elegida por el legislador de entre las soluciones constitucionalmente posibles, ya no puede seguir siendo en el futuro una etiqueta que justifique por sí misma cualesquiera restricciones a los derechos fundamentales en juego. La intervención del legislador de los derechos fundamentales, sobre todo al ordenar las condiciones que hacen posible su ejercicio, está sometida a importantes *límites temporales y de contenido*. Entre estas limitaciones materiales, debe insistirse en que ya no cabe en el futuro una consideración estrictamente orgánica, desde la única perspectiva del servicio público, de la televisión, es precisa, por el contrario, una perspectiva sensible a los derechos fundamentales afectados que obliga a que, en el futuro, el *test* de la justificación de las restricciones y del otorgamiento de derechos exclusivos deba ser estricto.

F) La disciplina del derecho a crear estos medios de comunicación no es una *competencia* exclusiva del Estado sino *compartida* con las Comunidades Autónomas.

El problema reside en el aparente solapamiento de los títulos competenciales recogidos en los apartados 21 y 27 del art. 149.1 de la Constitución, relativos, respectivamente a la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones y radiocomunicación, y a la competencia compartida con las Comunidades Autónomas sobre radio, televisión y otros medios de comunicación social.

El Tribunal ha interpretado de manera diferenciada dichos títulos, singularmente a partir de la STC 168/1993 (FJ 4) que analiza la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, señalando que los aspectos más técnicos, referidos a la regulación de los soportes tecnológicos del cual la radio y la televisión se sirven para efectuar las emisiones —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas—, caen dentro de la competencia exclusiva estatal *ex art. 149.1.21* de la Constitución para ordenar el dominio público radioeléctrico y las telecomunicaciones; mientras todos los demás aspectos, relativos a la radio y a la televisión en lo que

tienen de común con cualesquiera otros servicios de difusión y comunicación social, incumben a la competencia compartida, *ex art. 149.1.27*, entre el Estado para ordenar las normas básicas de los medios, y las Comunidades Autónomas para dictar normas de desarrollo y proceder normalmente a su ejecución.

Y debe lógicamente entenderse que son facultades que encuentran acomodo en el ámbito del citado art. 149.1.27 por su estrecha conexión con los medios de comunicación solicitantes de las concesiones: el otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio, la regulación del procedimiento de adjudicación, y ciertas facultades accesorias de estas principales como son la inspección de servicios o la imposición de sanciones derivadas de infracciones. De manera que estas actuaciones estrictamente ejecutivas o de desarrollo normativo deben normalmente de corresponder a las Comunidades Autónomas cuando así sea posible por razón del ámbito territorial de las emisiones.

La simple invocación en la ley —aunque sea en su denominación— del título competencial del Estado sobre las telecomunicaciones, virtualmente más expansivo que el referido a la radiodifusión, no permite lógicamente excluirlo en todo caso; una afirmación obvia, pero que la realidad demuestra merece sea recordada.

Es, en definitiva, un derecho de ordenación compartida entre entes territoriales distintos.

III. EL EJERCICIO DEL DERECHO EN LAS LEYES DE TELECOMUNICACIONES POR CABLE, DE TELEVISION LOCAL POR ONDAS TERRESTRES Y DE TELECOMUNICACIONES POR SATELITE

1. La regulación general del sector se encuentra dispersa en una variada legislación y no parece sencillo reagruparla ni probablemente sea conveniente por la misma variedad de los soportes técnicos y la diversidad de situaciones que dichas leyes contemplan. Más preocupante es que el diálogo entre la jurisprudencia constitucional, aquí sucintamente expuesta y sistematizada en sus líneas maestras, y el legislador de la televisión no siempre sea fluido, pues éste no alcanza a asumir plenamente la transformación operada en la idea de servicio público en materia de televisión y de telecomunicaciones, *publicatio* que ya no es una etiqueta que, por sí misma, justifique toda clase de restricciones legales a los derechos en juego sin necesidad de mayores

razonamientos ni obvie la necesidad de que quien restringe aporte una justificación de la limitación fundada en una causa objetiva, razonable y articulada en una medida proporcionada a la finalidad que se pretende.

Las nuevas leyes de televisión local por ondas terrestres y de telecomunicaciones por cable deben ser consideradas como limitativas del derecho a la creación de televisión, pese a que, a lo largo de su tramitación parlamentaria, se han desprendido de algunas injustificables limitaciones iniciales, pero no de todas. Veamos algunos ejemplos.

2. La ley de telecomunicaciones por cable prevé (art. 2) unas demarcaciones territoriales bien municipales o que comprendan una parte de un término municipal o que resulten de la agrupación de varios municipios. Las demarcaciones se efectúan a iniciativa de los Ayuntamientos afectados y la aprobación corresponde a la respectiva Comunidad Autónoma, a propuesta de los Ayuntamientos interesados, o al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente si la demarcación afecta a municipios de distintas Comunidades Autónomas tras el informe vinculante de éstas; deberán comprender un mínimo de población de 50.000 habitantes, salvo en territorios insulares, y un máximo de 2.000.000 (de este modo se elevan los umbrales mínimo y máximo respecto del proyecto gubernamental, que fueron, respectivamente, 20.000 y 1.500.000).

La gestión indirecta del servicio puede otorgarse por concurso a un solo "operador de cable" o concesionario en cada demarcación territorial (art. 6:1) quien deberá establecer una red de cable necesaria para prestar el servicio (art. 7), pudiendo utilizar infraestructuras ya existentes o construirlas. El otorgamiento de la concesión habilita al operador no sólo para establecer dicha red y ofertar televisión sino también para utilizar la red para prestar otros servicios de telecomunicaciones e, incluso, como servicio portador de servicios a prestar por terceros.

Al tiempo que la Disposición Adicional Segunda, por tanto, como una excepción sentada en la parte final de la ley al régimen general, habilita a "Telefónica de España, S.A.", para solicitar del citado Ministerio, antes de la convocatoria del concurso, la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable de forma integrada con el servicio telefónico, utilizando sus propias infraestructuras, en cada una de las demarcaciones que se creen y en las que libremente lo desee.

La concesión de este título habilitante a la Telefónica configura —a mi juicio— un privilegio legal difícilmente justificable desde la óptica de su constitucionalidad. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley asevera que de esta forma se respeta la posición que

para Telefónica de España resulta del contrato celebrado con el Estado y se posibilita la existencia de la necesaria competencia con el segundo operador. Y no puede negarse que es sensato aprovechar, por el elevado coste económico de su construcción, la red de cable de teléfonos ya existente. Pero estos motivos no pueden llegar a justificar por qué sólo la Telefónica puede competir con los segundos concesionarios y no otras sociedades también. Y es aún más problemático defender por qué se permite una única concesión en demarcaciones que pueden llegar a tener 2.000.000 de habitantes; un criterio extremadamente restrictivo y desprovisto de una adecuada fundamentación. Y aducir razones derivadas del coste de las inversiones o de la hipotética inviabilidad de la operación inversora si proliferaran los operadores, como también se hace en la Exposición de Motivos, son argumentos, sin duda, oportunos, pero que denotan un paternalismo económico poco compatible con un sistema de libertades económicas y que tampoco creo permitan justificar la constitucionalidad de las restricciones —en la práctica de las exclusiones— al derecho a la creación de medios.

La concesión de estos privilegios a Telefónica y al segundo operador resulta ser, pues, una operación proteccionista de nuestra industria, discutible desde la óptica del derecho y que pudiera chocar también con la política de liberalización de la Unión Europea.

Las dudas de constitucionalidad que este diseño legal —una red de telefónica y un único segundo operador— plantea, desde la perspectiva del derecho a la creación de televisión, se intentan salvar por la ley en su art. 10 distinguiendo entre “operadores de cable” o concesionarios y “programadores independientes”; los primeros deberán distribuir en la red los programas audiovisuales o de datos propiedad de los segundos, de acuerdo con las leyes estatales y autonómicas y con la forma que libremente pacten entre ellos. La ley prescribe además medidas encaminadas a impedir situaciones de dominio del mercado que garanticen a los usuarios una oferta variada (art. 10.3).

Esta distinción permite, sin duda, ampliar las posibilidades de distribución de programas y probablemente garantizar el pluralismo informativo en las programaciones, pero no parece bastante para orillar las restricciones que la ley impone a las libertad de creación de medios y que el legislador no se molesta, como es su cargo, en justificar convenientemente; cuando menos de una forma que quepa estimar suficiente, porque supere el test de la *state compelling interest* de la jurisprudencia estadounidense o la pauta dispuesta en el art. 10.2 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos según el cual las restricciones a la libertad de radiodifusión deben ser medidas "necesarias", es decir, indefectibles, en una sociedad democrática.

Para solucionar el problema de las redes de hecho, creadas en ausencia de ley, se construye el siguiente artificio. Las redes de televisión por cable que a la entrada en vigor de la ley estuvieran ya operativas y en explotación comercial, y así lo corrobore una inspección, dispone la Disposición Transitoria Primera que deberán solicitar una concesión provisional para la explotación del servicio, comprometiéndose a presentarse al posterior concurso en que se adjudique la concesión definitiva; si la concesión provisional no se transformara en definitiva se extinguirá una vez transcurrido un período transitorio.

3. Y algo parecido podríamos decir respecto de la ley de televisión local por ondas terrestres igualmente restrictiva. El ámbito territorial de cobertura viene delimitado por el núcleo urbano principal de población del municipio, pero puede extenderse a otros núcleos si resulta conveniente y existen disponibilidades de espectro radioeléctrico (art. 3). Se otorga una única concesión por demarcación para prestar el servicio (art. 4), que será gestionado normalmente de manera directa por el propio municipio (art. 5); sólo en ese caso, las Comunidades Autónomas pueden otorgar una segunda concesión a los particulares para la gestión indirecta tras obtener la correspondiente concesión (arts 9 y 13); pueden licitar en el concurso personas físicas o jurídicas tanto sociedades como entidades sin ánimo de lucro y de nacionalidad española o de Estados miembros de la Unión Europea.

Pero, de nuevo, se otorga una única concesión, como en el cable, y preferentemente además a una Administración pública y, sólo si ésta gestiona directamente el servicio, se permite una segunda concesión en manos privadas.

Cabe preguntarse cuál es la razón de esas restricciones, aparentemente desprovistas de justificación en un ámbito territorial tan reducido como el local y por un medio de transporte de las señales como son las estaciones transmisoras terrenales de ondas electromagnéticas donde las disponibilidades del espacio radioeléctrico parecen ser muy amplias. Pues no se encuentra en la ley una justificación expresa de tales restricciones. La Memoria explicativa del proyecto de ley presentado por el Gobierno justificaba la prioridad de los Ayuntamientos para la gestión del servicio en "la promoción de los intereses locales" que inspira esta modalidad de televisión; y por lo que respecta al

escaso número de estaciones de radiodifusión televisiva —a lo sumo, dos—, se alude, de manera muy imprecisa, al “carácter limitado del espectro radioeléctrico”. Mientras el primer razonamiento, la preferencia del municipio, puede tener un fundamento racional si los entes públicos locales sirven realmente para el acceso a la antena de una pluralidad de grupos o formaciones sociales representativos de intereses locales, el segundo motivo, la capacidad o calidad del espectro radioeléctrico ni se detalla de manera convincente ni resulta verosímil. De nuevo, parece haber un cierto paternalismo en la disciplina de las estaciones en vez de dejar al mercado que regule las posibilidades reales de emisiones.

El problema ocasionado por la mora del legislador en afrontar la nueva modalidad televisiva y la subsiguiente aparición de numerosas emisoras de hecho —en ausencia de disciplina legal— o clandestinas se intenta resolver en la Disposición Transitoria Unica obligando a quienes efectuaran emisiones antes del 1 de enero de 1995 a solicitar la correspondiente concesión para continuar con su actividad.

4. En el lado positivo de las cosas, me parece que debe reconocerse como una solución imaginativa y correctamente ubicada en el terreno de un moderno federalismo cooperativo, atento a la solución real de los problemas de organización entre las distintas Administraciones públicas implicadas antes que a las estrictas esferas de competencia, la ordenación prevista en el art. 6, apartado 3.º, de la ley de televisión por cable para resolver el problema del otorgamiento de las concesiones para la prestación del servicio; solución que tampoco incorporaba el proyecto inicial. Un asunto muy complicado en virtud de la concurrencia o solapamiento de distintas competencias: la competencia exclusiva estatal sobre las telecomunicaciones en general —un servicio que habrá de prestar la misma red de cable— y también sobre aquellas televisiones cuyo ámbito no coincida con el de una Comunidad Autónoma; la competencia autonómica de naturaleza ejecutiva para otorgar concesiones de televisión en demarcaciones sitas en su territorio; y la facultad municipal para autorizar el uso del suelo urbano y el cableado de las ciudades. La ley prevé la creación de una mesa de contratación cuyo informe normalmente [véase el art. 6.3.d)] vinculara la decisión del órgano de contratación —el Ministerio de Obras Públicas, Transportes, y Medio Ambiente—, y que estará formada de manera tripartita con representantes de las Administraciones del Estado (un 50 por 100), de las Comunidades Autónomas (25 por 100), y municipal (25 por 100).

5. Para concluir el extracto de algunos rasgos relevantes de la nueva disciplina legal del derecho me referiré a las muy importantes noveda-

des que introduce la ley de telecomunicaciones por satélite, aunque no sea propiamente una ordenación de la televisión por satélite que, como es sabido, ya regulaba la Ley 35/1992, de 22 de diciembre; pero, además, pese a su aparente objeto legal independiente, la parte final de la ley modifica numerosas normas previas en materia de televisión.

La nueva normativa se justifica en la rápida evolución tecnológica, televisión digital por satélite y técnicas de compresión de imagen, en la aparición de una oferta creciente de televisión en español desde fuera de nuestras fronteras y, sobre todo, en las modificaciones que incorpora la Directiva 94/96/CEE que obliga a liberalizar todo tipo de servicios que utilicen un satélite de comunicaciones con excepción de la telefonía básica, de la llamada radiodifusión sonora y de la televisión hertziana (art. 4).

De manera significativa y probablemente premonitoria de los nuevos tiempos que se avecinan en este largo proceso al que asistimos desde hace tres lustros, de la liberalización que impulsa el derecho comunitario, el art. 1 de la ley afirma por vez primera en nuestro ordenamiento que estos servicios no tendrán la consideración de servicio público. Para su prestación se requerirá únicamente una autorización administrativa (art. 3) y, sólo si hubiere "limitación de los recursos disponibles para tal prestación", las autorizaciones se otorgarán por concurso público; cabe incluso la adjudicación directa en ausencia de otros interesados en prestar el servicio. Las entidades autorizadas, no obstante, estarán obligadas a pagar un canon por reserva del dominio público radioeléctrico (art. 5).

Cabe razonablemente preguntarse si este nuevo sistema se ensaya en este soporte y en esos concretos servicios con la finalidad de más adelante, de resultar operativa la experiencia, extenderlo a otros. Y habría que preguntarse a cuáles. Los rasgos del nuevo modelo son los siguientes: ausencia de *publicatio* o de declaración de servicio público; un régimen jurídico fundado en la simple autorización sin necesidad normalmente de concurso, a no ser que las limitaciones reales obliguen a ello; y el pago de un canon por reserva de frecuencias del dominio público radioeléctrico —técnica que la Disposición Adicional Cuarta generaliza al modificar el art. 7.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones—.

IV. CONSIDERACION FINAL: ¿CUAL ES LA VERDADERA NATURALEZA DE ESE SUPUESTO DERECHO?

El intento de precisar la naturaleza jurídica del derecho al acceso o a la creación de televisión entre los arts. 20.1 a) y 128.2 CE se revela

bastante arduo y en apariencia conduce a un callejón sin salida. No parece haber un verdadero sistema radiotelevisivo sin contradicciones entre la jurisprudencia constitucional, la disciplina legislativa y las elaboraciones de la doctrina científica. La ambigua —por permitir decisiones demasiado cómodas, provistas de un mayor esfuerzo en la construcción argumental— y difuminada relación construida por la jurisprudencia constitucional entre unas libertades primarias, de expresión e información, y un derecho instrumental o accesorio de aquéllos a la creación de medios no satisface plenamente, pues no resuelve bastantes incógnitas, entre ellas, si la creación de empresas televisivas es una facultad que se integra siempre en el contenido esencial de dichas libertades primarias.

Por su parte, el modo en que el legislador disciplina el servicio televisivo en sus distintos soportes —como se ha visto— no es el habitual en la regulación de un derecho fundamental, instrumental o no, sino que antes bien se asemeja a la ordenación de cualquier actividad administrativa, con mayor o menor grado de intervención pública, pero en la que no vienen directamente afectados derechos fundamentales.

¿Quién sería el titular del derecho al acceso en los casos en que la ley sólo concede una única concesión u otorga un privilegio legal como ocurre con la televisión por cable y Telefónica? Desde luego no lo son todos los españoles y extranjeros como acontece con las libertades de expresión e información; tampoco parecen serlo simples personas físicas, pues sería ilusorio pensar en un ciudadano ordinario que intentase acceder por sus propios y exclusivos medios a una televisión privada de ámbito nacional ni siquiera a una televisión por cable de ámbito local (de hecho, por ejemplo, la ley de telecomunicaciones por cable permite la solicitud de la concesión para ser operador de cable a las sociedades anónimas que reúnan ciertos requisitos); a lo sumo, los titulares del derecho, según viene legalmente configurado, serán determinadas personas jurídicas o sujetos colectivos más o menos indeterminados: concretas sociedades o entes territoriales —el municipio en la televisión local por ondas terrestres— a los que la ley concede un privilegio. Los sujetos del llamado derecho instrumental no coinciden con los titulares de las libertades de expresión e información.

¿Cuál es el objeto del derecho instrumental a crear empresas televisivas? Prácticamente es imposible su separación conceptual de los distintos elementos que configuran la concesión administrativa —o la autorización en las telecomunicaciones por satélite— y disciplinan su régimen jurídico. Pero este ámbito material sobre el que la libertad instrumental

se proyecta, la disciplina de una empresa y de su relación con la Administración, poco o nada tiene que ver con las libertades de expresión e información. En sus términos actuales es incluso un derecho subjetivo de contenido imposible, pues, por mucho que crezcan las disponibilidades tecnológicas, nunca habrá frecuencias y potencias o posibilidades en satélite y cable para todos los titulares de los derechos del art. 20.1 a) CE.

De igual modo ocurre con las limitaciones que resultan constitucionalmente posibles. Es difícil imaginar un derecho con más condicionamientos que los que posee el régimen jurídico para la creación de empresas televisivas, mientras que las libertades de expresión e información son, por su propia naturaleza, unos derechos de libertad en muy contadas ocasiones limitables; sólo en virtud de su colisión con los derechos de la infancia o con los derechos de la personalidad y de la vida privada, o —según nuestra jurisprudencia constitucional— por transgredir ciertos límites materiales cual puede ser configurar afirmaciones xenofóbicas, etc.

Estas razones me llevan a pensar que la creación de empresas de televisión configura realmente un presupuesto objetivo o una condición material —una actividad efectuada al amparo de las genéricas libertades económicas, significativamente, la de empresa— que hace posible el ejercicio de los derechos fundamentales en juego y no una verdadera facultad que se integre en el contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 20.1 a) CE, pues ni la titularidad ni el objeto ni las limitaciones del supuesto derecho instrumental coinciden con las propias de las libertades primarias. Desde un punto de vista conceptual, los fenómenos que ambas libertades tutelan no son iguales. No es que un sujeto particular tenga derecho a usar cualquier medio de difusión del pensamiento —un derecho de contenido imposible e ingarantizable—, incluida la radiodifusión, sino antes bien es más correcto afirmar que puede manifestar libremente sus opiniones o informar sobre hechos a través de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en cada momento histórico.

Existe una obvia conexión lógica entre una actividad y otra, crear empresas de radiodifusión y manifestar libremente el pensamiento, pero no son conceptualmente lo mismo como demuestra que la misma empresa de televisión, en parte dedicada a labores informativas, pueda tener una actividad de telecomunicación aún más distinta de aquella libertad. La creación de estas empresas no es una facultad *sine qua non* que haga reconocible las libertades del art. 20.1 a) y se integre en su contenido esencial sino un presupuesto objetivo. De ahí que en la Sentencia de la Ley de la Televisión Privada el propio tribunal

pudiera perfectamente distinguir —pero sin extraer todas las consecuencias posibles— entre la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos (art. 81.1) y la reserva de ley ordinaria para ordenar las condiciones que hacen posible su ejercicio (art. 53.1).

La protección que la Constitución dispensa en el art. 20.1 al derecho a acceder o a crear el medio debe reconocerse que es inferior a la de un verdadero derecho subjetivo que la Norma fundamental reconoce directamente y sin la necesidad de la mediación del legislador (como, en cambio, ocurre en el art. 27.6 con el derecho a la creación de centros docentes) y ello explica que hayan podido dictarse resoluciones como las recaídas en la STC 12/1982, caso Antena 3, o en la STC 88/1995, caso Alcalá de Guadaíra. Pero es ciertamente una protección mayor que la que posee un mero interés legítimo o un derecho reflejo creado por la ley, pues existe un contenido constitucionalmente garantizado, ya que el legislador viene obligado a regular los soportes técnicos de los medios para facilitar el ejercicio de las libertades informativas, y ello explica decisiones que responden a un entendimiento expansivo del derecho como la STC 31/1994, caso “Lady Cocinas”.

Conviene resaltar —para no ser malinterpretado— que otra cosa bien distinta es la necesidad constitucionalmente impuesta de justificar las restricciones legalmente establecidas y de que éstas resulten proporcionadas y razonables, pues la *publicatio* o declaración de la actividad televisiva como servicio público, al amparo del art. 128.2 CE, no es una etiqueta que permita cualesquiera restricciones a los derechos en juego, en especial, la libertad de empresa, según admite la misma jurisprudencia constitucional. Hacer posible la creación de empresas informativas, que son un presupuesto objetivo para el ejercicio de las libertades de expresión e información, no es una decisión política del legislador. La tutela de la facultad de crear empresas radiotelevisivas viene efectivamente reforzada por la presencia de diversos bienes y derechos constitucionales en juego, significativamente, la salvaguardia del pluralismo informativo y de las libertades económicas.

En efecto, dada la perspectiva institucional con que la Constitución contempla el fenómeno televisivo antes que desde otra subjetiva, es menester asegurar el mantenimiento del pluralismo de las fuentes informativas que el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión requiere; y como dice la *Corte Costituzionale* en su Sentencia 420/1994, de 7 de diciembre, favorecer el acceso al sistema radiotelevisivo del máximo número posible de voces diversas. Ampliar el acceso de los particulares a la televisión es una exigencia que descende de una concepción institucional de las

libertades de la información, pero no el contenido de un específico derecho subjetivo con rango de fundamental o de una facultad que se integre en el contenido esencial de los derechos del art. 20.1 a) CE.

Mas esta dimensión del problema tiene otra cara: la creación de empresas televisivas es también una facultad que puede ser limitada para asegurar un pluralismo externo. En efecto, el derecho a la creación de radio y televisión debe venir seriamente condicionado o limitado por el legislador ante la necesidad, impuesta por la Constitución, de preservar una adecuada concurrencia de medios informativos potencialmente no homogeneizados y, en consecuencia, de asegurar que no se produzcan situaciones excesivamente hegemónicas en el mercado por parte de determinadas empresas. Se trata —como casi siempre— de limitar los derechos de algunos para salvaguardar los derechos de otros. Precisar los contornos de este límite, en apariencia indeterminado y confuso, al menos en los casos fronterizos, es algo que sólo puede efectuar el legislador. Pero revisar la suficiencia de esos límites legales, para cada modalidad de radiodifusión y en el conjunto del sector en virtud de los posibles entrecruzamientos de titularidades, es una importante función garantista que corresponde al Tribunal Constitucional; según ilustra bien la experiencia que otorga la sentencia de la Corte Constitucional italiana en el mencionado caso de la Ley Mammì.

En segundo lugar, en la disciplina de la creación de empresas televisivas, no pueden comprimirse sin una justificación bastante para ello las libertades económicas para la iniciativa privada en una economía de mercado que la Constitución garantiza (art. 38) y el Tratado de la Unión refuerza. De manera que la declaración de servicio público y la correlativa exclusión de los particulares deberá venir justificada, ya no con carácter general lo que no resultaría suficiente, sino en cada uno de los concretos soportes técnicos y con razones específicas, pues de no ser así la justificación de la misma *publicatio* desaparecería. Del mismo modo debe ocurrir con los condicionamientos temporales o materiales que se impongan.

Dicho cuanto precede y por si la perspectiva que se adopta pudiera parecer aún especialmente restrictiva, es preciso finalmente insistir en que las nuevas leyes siguen sin entender que algo está cambiando en materia de televisión y de telecomunicaciones y no parecen saber lo qué es. Permanecen en una perspectiva estática u orgánica, pues no llegan a asumir que la idea de servicio público ya no permite, de acuerdo con la Constitución, continuar restringiendo el ejercicio de los derechos de los particulares sin aportar una justificación bastante para ello. Una justificación que en el futuro debería estar siempre fundada

en criterios objetivos, tener un fundamento razonable o constitucionalmente adecuado, y articularse mediante medidas proporcionadas al fin perseguido. En pocas palabras, resultar constitucional y socialmente admisibles en vez de configurar privilegios. En la medida en que el modelo televisivo que mañana tengamos no está todavía cerrado y restan numerosos debates por solventar convendría asegurarse de que este test de la estricta justificación de las restricciones fuera escrupulosamente seguido por el legislador y garantizado por el Tribunal Constitucional sin atender a más prolongadas interinidades. Pero es, sin embargo, cierto que las soluciones que se provean en el futuro para la televisión no deberían ser tomadas desde ópticas unidimensionadas, interesadas o reduccionistas sino contemplando una pluralidad de intereses contrapuestos; una labor que sólo el legislador puede cumplir.

V. BIBLIOGRAFIA

La finalidad de estas líneas estriba en dar noticia de los autores aludidos o utilizados en la construcción del texto y carece de pretensión alguna de exhaustividad.

La versión inicial de este trabajo constituyó la conferencia dictada en la Universidad de Oviedo el 10 de noviembre de 1995 cuando las nuevas leyes se estaban discutiendo, lo he adaptado ahora a las normas vigentes desde diciembre de ese año. Una intervención oral que fue concebida de manera muy próxima al tiempo a un artículo de mayor extensión titulado "Límites constitucionales al legislador de la televisión" ya publicado en el núm. 24 de la *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1995. He procurado depurar el texto de algunas coincidencias —pero inevitablemente no de todas para permitir seguir el hilo argumentativo del discurso— con el fin de no reiterarme en demasía.

Acerca de la televisión como fenómeno jurídico ofrece abundante, actualizada y ordenada información JOSE CARLOS LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994; una síntesis del modelo se expone por este autor en "Privates Fernsehen in Spanien: Zum Erfordernis eines neuen Fernsehmodells", en *Die Öffentliche Verwaltung*, junio 1995, núm. 12, pp. 501 y ss.

Es ya clásico el trabajo de CARMEN CHINCHILLA MARIN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988. Otro trabajo de esta autora me parece decisivo para evidenciar que un concepto de contornos tan imprecisos como el de servicio público, tantas veces construido y destruido, difícilmente puede estimarse inconstitucional "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión" en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*, homenaje al profesor García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, pp. 943 y ss. Puede verse igualmente JUAN JOSE SOLOZABAL ECHEVARRIA, "Ordenación jurídica de la televisión en España", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, 1993, pp. 31 y ss.

Me ha resultado de interés PABLO SALVADOR CODERCH, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, capítulo IV "Dualidad entre derecho a informar y derecho a crear medios de comunicación", pp. 117 y ss.; y de especial utilidad su noticia de la controversia estadounidense sobre la democracia de consumidores o de ciudadanos, las ideas del mercado y la interrelación entre comunicación y publicidad o comercio. Menciono las posiciones de LEE C. BOLLINGER, *Images of a Free Press*, University of Chicago Press, 1991; polemiza con él en una interesante reseña GEOFFREY R. STONE, "Imagining a free press", en *Michigan Law Review*, vol. 90, núm. 6, mayo 1992, pp. 1246 y ss.

Respecto de la posibilidad de la equiparación entre la televisión y otros medios de comunicación de masas, el progresivo rechazo de la *fairness doctrine* y la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, FRANCESCA BAZOLI GITTI, "Televisione e libertà d'expressione negli Stati Uniti D' America", en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6, 1994, pp. 4317 y ss.

Sobre los programas de servicio público véanse JOSE CARLOS LAGUNA DE PAZ, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 229 y ss.; y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1993, así como "La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas", en *El régimen jurídico de la televisión*, debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1995, pp. 29 y ss.

En relación con la política comunitaria tendente a la liberalización de las telecomunicaciones y la evolución de la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo, soy deudor de TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*, CEC, Madrid, 1995. Véanse también, CELESTE GAY FUENTES, *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Y PETER CURWEN, "Telecommunication Policy in the European Union: Developing the Information Superhighway", en *Journal of Common Market Studies*, vol. 33, núm. 3, septiembre 1995, pp. 331 y ss., quien señala el afán de las directivas comunitarias por crear un mercado europeo competitivo de servicios multimedia, lo que parece requerirá de sucesivas alianzas entre los proveedores de servicios, así como la privatización de los tradicionales monopolios nacionales; y destaca que la competencia en cable y telefonía móvil y los muy rápidos avances tecnológicos pueden dejar atrás a los consumidores. Tiene interés JOSE CARLOS LAGUNA DE PAZ, "Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88, 1995, pp. 491 y ss., donde se defiende la opción intermedia por la neorregulación que en el texto se expone.

De la relación entre democracia y televisión se ocupa polémicamente JUAN GONZALEZ ENCINAR, "Televisión y democracia", ponencia presentada al debate celebrado en la Asamblea Regional de Murcia el 27 de marzo de 1995, con participación de FRANCISCO J. BASTIDA, FERNANDO SANTOLALLA y JAVIER GARCIA ROCA, publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1995, núm. 7, pp. 139 y ss., editado por esa institución y la Universidad de Murcia; de aquel mismo autor, "El derecho de la televisión o el arte de birlibirloque", en *El régimen jurídico de la televisión*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

La Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 420, de 7 de diciembre de 1994, acerca de la llamada *Ley Mammi* y de los límites constitucionales a la concen-

tración de medios, puede leerse en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6, 1994, pp. 3731 y ss. Figura a continuación un comentario al que se alude en el texto de ROBERTO ZACCARIA, "La Corte Costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e... non fa il vuoto" (pp. 3748 y ss.).

Críticas doctrinales a las decisivas sentencias constitucionales de 1994 son las de FERNANDO SANTOLALLA, "Televisión por cable y control de las omisiones del legislador. En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, pp. 173 y ss.; y PABLO SALVADOR CODERCH, "Televisión como servicio público", en el diario *La Vanguardia*, 14 de junio de 1994, pág. 44; es este último quien califica la distinción como "enajenada". Véase también la reseña jurisprudencial de PABLO SALVADOR CODERCH, MARC-ROGER LLOVERAS I FERRER y JOAN CARLES SEUBA I TORREBLANCA, "Del servicio público al servicio a la comunidad", en *Revista de Administración Pública*, núm. 136, enero- abril, 1995, pp. 69 y ss.

Un estudio bien conocido y pionero acerca de la naturaleza del derecho es FRANCISCO J. BASTIDA, *La libertad de antena (El derecho a crear televisión)*, Ariel, Barcelona, 1990; del mismo autor *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

Sobre este mismo objeto admito la influencia de varios trabajos de ALESSANDRO PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione (problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza)*, CEDAM, Padova, 1983, en especial el capítulo VIII "El acceso al mezzo radiotelevisivo pubblico"; también "La radiotelevisione in Italia con particolare riguardo alla emittenza privata", en *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*, núm. 3, 1987, pp. 453 y ss.; y la voz "Comunicazioni di massa. Diritto", en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1992, vol. II, pp. 162 y ss., donde se califica de "difuminada" (*sfumata*) a la posición del Tribunal Constitucional español sobre el derecho a la empresa radio-televisiva y se pone de manifiesto cómo se diferencia de las posiciones de sus homónimos alemán, italiano y estadounidense.

Acerca del pluralismo en la radiodifusión, SERGIO FOIS, "Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pp. 2135 y ss. Relativo al derecho del público a recibir información por cualquier medio [art. 20.1 d) CE], IGNACIO VILLAVARDE, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.