

II. EXTRANJERO

LA TELEVISION EN VIA DIRECTA MEDIANTE SATELITES: ASPECTOS JURIDICOS

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN.—I. LOS PROGRESOS EN LA COMUNICACIÓN: a) *La radio.* b) *Televisión terrestre.* c) *Comunicación por satélite.* d) *La televisión directa por satélite (DTB).* e) *Realizaciones y proyectos.*—II. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 19-XII-1966.—III. EL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Roma, 4 de noviembre de 1950).—IV. REGULACIÓN TÉCNICA.—V. OTRAS NORMAS CONTRACTUALES QUE HAN REGULADO LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.—VI. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL: VI.1. *La discusión televisión pública-televisión privada. La Sentencia de 31 de marzo de 1982.* VI.2. *Consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional.* VI.3. *Televisión privada y actividad económica.* VI.4. *Televisión por satélite y derecho a recibir información.*

0. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico ha afectado sobremanera a la ciencia del Derecho a pesar de que sus efectos no sean todavía lo suficientemente perceptibles y no hayan recibido la atención suficiente ni del legislador ni de la doctrina. La evolución es también tan rápida que si las soluciones no van a la misma velocidad se corre el peligro de quedar obsoletos prácticamente de entrada. Uno de los campos en que esta situación se puede manifestar con mayor fuerza es el de las comunicaciones. La aparición de los satélites como elemento técnico capaz de percibir un flujo internacional de información, también a través de la televisión, y la trascendencia que este medio de difusión tiene, en especial si se compara con los demás medios de comunicación hasta ahora existentes, hace necesario un planteamiento de los problemas jurídicos que comporta su existencia y utilización, y no sólo en el ámbito internacional, sino también en el de la Comunidad Económica Europea, así como en relación con el Derecho constitucional. Con esta finalidad se realizará en primer lugar una breve y sintética exposición de los progresos de la comunicación.

I. LOS PROGRESOS DE LA COMUNICACIÓN

Las primeras formas de comunicación fueron andando, a caballo, en tren, barco de vapor. Las señales que se utilizaban en la comunicación fue-

ron acústicas (tambor), fuego, humo, después telegráfica visual que con el mal tiempo o de noche no podía tener lugar (1). Luego vino el telégrafo eléctrico (1844), cuya primera instalación transcontinental se realizó en Estados Unidos en 1861. En Europa el telégrafo se acababa con las fronteras, por lo que en 1849 hubo ya una negociación entre Prusia y Austria que animó a la realización posterior (1865) de la Asociación Telegráfica Internacional formada por veinte Estados y predecesora de la actual I. T. U. (*International Telecommunication Union*). El primer cable telegráfico trasatlántico fue extendido en 1866. Un paso más se adelantó con el teléfono, cuyo descubrimiento significó que las distancias ya no jugaban ningún papel, aunque hay que tener en cuenta que hasta 1956 no se extendió el primer cable telefónico América-Europa.

a) *La radio*

Una explosión en la comunicación supuso la producción de ondas electromagnéticas, haciendo superfluos los cables tanto en tierra como bajo el agua. Al contrario que los otros medios, las ondas electromagnéticas no tienen fronteras en los Estados. Su recepción más o menos lejana depende de la potencia de la emisión. Esta tecnología fue instalada primeramente en los barcos para la relación entre ellos como con tierra. En 1901 se realizó la primera unión radiotelegráfica sobre el Atlántico. En 1906 se formalizó la posibilidad de esta transmisión.

Al final de la primera guerra mundial se empezó ya la emisión normal de señales mediante instalaciones radiofónicas regulares. Ya durante la guerra había intentado el Imperio alemán transmitir a los Estados en conflicto. Esta pretensión de incidencia propagandística se fortaleció durante y después de la segunda guerra mundial; así, los USA montaron la *Voices of America*, la *Radio Free Europa* y *Radio Liberty* con objeto de realizar transmisiones hacia los Estados del Este. Hoy se realizan emisiones para otros Estados por más de cien Estados; así, la URSS emite en 84 lenguas, la *Deutsche Welle* en 34, la *Voice of America* en 36, etc. Otras emisoras importantes son Radio Peking, Radio Canadá Internacional, Radio Netherlands, Radio Luxemburgo, etc.

Para evitar la recepción de las emisiones extranjeras se suele acudir a la realización de interferencias, lo que se ha dado en llamar *Jamming*, práctica que puede tener una mayor o menor intensidad según cuál sea la situación política internacional.

(1) ENGELHARD, Helmut: *Satellitendirektfernsehen — neue Technologie für einen besseren internationalen Informationsfluss? Die völkerrechtliche Kontroverse zwischen Inmigrationsfreiheit und Staatssouveränität*, Frankfurt, 1978, pp. 8 y ss. Se sigue en la descripción técnica a este autor fundamentalmente. Véase también voz «Correo», en *Enciclopedia Salvat*, vol. VIII, pp. 23 y ss., en *Enciclopedia Universal Ilustrada europeo-americana*, Espasa-Calpe, Madrid, Barcelona, vol. VII, pp. 910 y ss.

b) *Televisión terrestre*

En 1927 empezó el primer programa experimental de televisión. La primera transmisión regular comenzó en 1935 en Berlín. Después de la segunda guerra mundial disfrutaron de este servicio Inglaterra, Francia y la URSS. En 1957 son ya 50 Estados los que lo poseen, siendo hoy más de 100.

A diferencia de la radio, no hay para la televisión un *standard* técnico. Algunos parámetros difieren, manifestándose esto sobre todo en relación con la televisión en color. En este terreno USA y Japón tienen el sistema NTSC, Francia y la Europa del Este el SECAM y Europa Occidental el PAL (2).

En 1977 se intentó en la conferencia de la ITU estandarizar las medidas, pero no se consiguió, siendo hoy aún más difícil debido a las grandes inversiones que se han dado en cada sistema estatal.

El funcionamiento técnico del medio es en síntesis el siguiente: las señales emitidas reflejan en la ionosfera (300 Km. de altura) (3), necesitando unos medios de unión entre la emisión y la recepción. A causa de la curvatura de la tierra, el campo sobre el que se extiende la emisión es de 60 kilómetros, a no ser que los repetidores se instalen en los montes. La necesidad de estos repetidores para la transmisión y la gran extensión de algunos Estados hace que este proyecto sea muy caro. Por otra parte, hay territorios inaccesibles donde no se puede experimentar el sistema; piénsese en el Norte de Canadá. El costo tiene también una relación con los posibles oyentes, que en algunos casos son muy pocos. El problema del reflejo de las ondas se da con especial fuerza en Estados que tienen muchas islas, por ejemplo, Indonesia o las Bahamas.

Las comunicaciones mediante la televisión terrestre están limitadas a la superficie de un continente, siendo el mar su límite natural (4). Para poder transmitir de Europa a América se necesitaría una antena en la mitad del océano de más de 1.000 Km. de altura (5). La imposibilidad de instalar esa antena se ha compensado al poner un repetidor en el cielo, función que pueden cumplir los satélites.

c) *Comunicación por satélite*

La nueva época de la comunicación comienza el 4 de octubre de 1957, cuando la URSS lanza el satélite SPUTNIK I (6). La primera señal transoceánica se producirá tres años más tarde con el ECHO I, un satélite de comunicación pasivo, cuya función se limitaba a reflejar las ondas que re-

(2) Véase voz «Televisión», en *Enciclopedia Salvat*, vol. XIX, pp. 288-291. Aquí se señalan, por ejemplo, las diferencias entre los diversos sistemas de transmisión.

(3) DRECHSLER, Georg.: *Satelliten — «Uebertragungstechnik»*, en *Fernsehtechnik von Morgen*, Mainz, 1977, p. 40.

(4) DRECHSLER: *o. c.*, p. 41.

(5) THIEME, Ulrich: *Rundfunksatelliten und internationale Recht*, Hamburg, 1973, p. 13; ENGELHARD: *o. c.*, p. 17, donde habla de 750 kilómetros.

(6) DELBRUECK, Jost: *Direkter Satellitenrundfunk und nationaler Regelungsvorbehalt*, Frankfurt, 1982, p. 11.

cibía y que se servía de un receptor de señales de 30 m. de diámetro (7). El primer satélite que transmitió señales fotográficas fue el TELSTAR I en 1962. Estos satélites giraban alrededor de la tierra en una órbita pequeña, haciéndolo a mayor velocidad que ésta y necesitándose varios satélites para la transmisión. El británico Arthur Clarke señaló en 1945 que para una transmisión correcta el satélite debía girar a la misma velocidad que la tierra, cubriendo de esta forma siempre un espacio fijo de la superficie terrestre, aproximadamente un tercio. Esta órbita, denominada geoestacionaria, está situada a 35.784 Km. sobre el Ecuador (8). Esta distancia llevó a temer que no se pudiese recibir la señal (9). Con tres satélites geoestacionarios se cubre toda la superficie de la tierra, excepto los polos (10).

Para atender a la nueva situación producida por la existencia de estos satélites se creó el consorcio INTELSAT (Consortio Internacional de Telecomunicación por Satélite), fundado en 1964, y que controlaba el 90 por 100 del tráfico. El principal inversor y dirigente de INTELSAT hasta 1971 fue la empresa americana COMSAT (11). Mediante un acuerdo internacional celebrado en 1971, INTELSAT adquirió el *status* de organización internacional (12). En 1972 comprendía 83 Estados, realizando un 95 por 100 del tráfico telefónico (13). La URSS rechazó la entrada en INTELSAT por los diferentes derechos de voto que tenía cada Estado y por el predominio de los USA en la organización, razón por la cual se constituyó la organización INTERSPUTNIK para siete Estados del Este y Cuba (14).

Los satélites que están sobre los tres mares, Atlántico, Pacífico e Indico, son propiedad de INTELSAT, estando servidos por 133 estaciones terrestres en 82 Estados. Estos satélites sirven para todo tipo de telecomunicación: televisión, teléfono, télex, facsímil y datos pueden ser transmitidos por todo y para todo el Globo. En este sentido, los satélites pueden jugar un papel muy importante para la telecomunicación en los Estados de gran extensión territorial como USA, Canadá, Argelia, Brasil, URSS, etcétera. La reproducción por el satélite de la onda a 36.000 Km. hace que esta onda sea muy suave y que para su recepción se necesiten grandes antenas; así, la instalación *standard* de INTELSAT pesa 300 toneladas y tiene una antena parabólica de 30 m. de diámetro (15).

Como última consideración que conviene señalar en este tema sería que la comunicación por satélite tal como aquí está prevista exige la intermediación de una instalación pública mediante la cual el Estado puede, obviamente, limitar la libertad del flujo internacional de información (16).

(7) ENGELHARD: *o. c.*, p. 17.

(8) ENGELHARD: *o. c.*, p. 18.

(9) KOELLER, D. E.: «Geostationäre Nachrichtensatelliten», en KAISER, W., y LOHMAR, U.: *Kommunikation über Satelliten*, Berlin y Nueva York, 1981, p. 21.

(10) THIEME: *o. c.*, p. 14.

(11) DELBRUECK: *o. c.*, p. 12.

(12) El 20 de agosto de 1971 es la fecha del acuerdo (BGB1, 1973, II, p. 249).

(13) THIEME: *o. c.*, p. 15.

(14) ROJAHN, Ondolf: «Internationales öffentliches Luft-und Weltraumrecht», en MENZEL, Eberhard, e IPSEN, Knut: *Völkerrecht*, Munich, 1979, 2.ª edic., p. 441.

(15) ENGELHARD: *o. c.*, p. 20.

(16) ENGELHARD: *o. c.*, p. 20.

d) *La televisión directa por satélite (DTB)*

Hasta este momento se ha atendido a los satélites que o bien reflejan las señales o bien las amplían y que están necesitados de grandes instalaciones receptoras en tierra (17). Ahora es necesario tomar en cuenta la última gama de estos ingenios cuyo tamaño ha aumentado considerablemente, disminuyendo en contrapartida la instalación receptora terrestre.

Desde un principio se pretendió la fabricación de un satélite que fuese tan rico en energía que su señal transmitida desde una órbita geoestacionaria pudiese ser recibida por una estación terrestre pequeña y barata. Esta actuación lleva, por una parte, a construir satélites cada vez más potentes, lo que los hace más caros, y a disminuir el tamaño de las instalaciones receptoras, que si en un principio estaban concebidas sobre la base de antenas de 3 a 5 m. de diámetro, que luego repetirían mediante cable a los receptores (este sistema permitiría, por tanto, un control público sobre este tipo de antenas), posteriormente se ha conseguido una antena parabólica individual de 90 cm. de diámetro, mediante la cual el particular recibe directamente la emisión en casa con la intermediación única de su instalación. Esta posibilidad de recepción individual es la que va a ser objeto de este trabajo, ya que, como señala BACKER (18), la televisión y la radio constituyen con seguridad el elemento principal de la comunicación mediante satélites directos, conocidos internacionalmente por las iniciales DTB (*Direct Television Broadcast By Satellite*).

Las consecuencias de este progreso en la comunicación, de la posibilidad de recepción inmediata por los particulares de los programas televisivos sin necesidad de intermediación de grandes instalaciones receptoras, echa por el suelo, al menos teóricamente, el poder de control del Estado. Parece que el ciudadano particular va a poder oír y ver con este nuevo sistema cualquier programa televisivo, de cualquier parte del mundo; es hasta imaginable la posibilidad de que todo el mundo pudiese ver un programa relativo a una sesión de la ONU o una comunicación de su Presidente sin que los Estados así interesados pudieran impedirlo (19). Esto es, sin embargo, solamente un sueño. Si bien lo nuevo y decisivo de la televisión por satélite es la recepción directa, sin intermediarios, por los particulares de las emisiones, su realización está sometida a algunos límites. Los límites existentes son culturales, lingüísticos, técnicos —posteriormente se hará referencia a la WARC 1977— y de orden político. En este sentido uno de los sistemas de control más sencillos por parte del Estado es simplemente el realizable sobre las antenas. Si para la recepción de un programa se necesita una antena, ya sea comunitaria, ya sea privada, el Estado no tiene nada más que controlar su venta. Si se atiende a la televisión en color, estaría el problema de los diferentes sistemas existentes (20).

(17) DELBRUECK, p. 11, donde llama a este tipo de satélites pasivos.

(18) BACHER, G.: «Kommunikation über Satelliten», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 2.

(19) ENGELHARD: o. c., p. 23.

(20) Véase nota 2.

La existencia de una televisión por satélite (DTB) tiene implicaciones económicas muy fuertes; piénsese por ejemplo el efecto de este tipo de televisión sobre los sistemas televisivos locales en Estados como Italia o USA, que podrían verse avocados a su desaparición. Piénsese en el tema de la propaganda. Si un Estado tiene prohibida la propaganda por televisión y favorece otro sistema de financiación o, por ejemplo, se limita esa propaganda a unos horarios y tiempos determinados, ¿qué efecto tendría sobre este sistema la existencia de una emisión transfronteriza que no respetase estas disposiciones? Este es quizá uno de los aspectos más importantes, y así lo ha reconocido WITTE (21) cuando, en relación con los proyectos televisivos de Radio Television Luxemburgo (RTL), decía que la cuestión de la propaganda transfronteriza y sus consecuencias económicas está sobre todo allí donde tal propaganda puede llegar a un gran número de consumidores de otro Estado.

Las consecuencias o efectos de la aplicación de esta tecnología no se acaban, sin embargo, ahí. La televisión vía satélite puede modificar totalmente la relación, más o menos estabilizada históricamente, de concurrencia entre la radio, la televisión y la prensa. O la participación de la prensa en proyectos de televisión de este tipo podría también conducir a una concentración de los medios de difusión. Los efectos sociales de esta nueva tecnología, y más si la unimos a la de los vídeos, pueden extenderse sobre las políticas en relación con la familia o la política formativa, haciendo realidad por vía pacífica a Fahrenheit 451 y provocando la eliminación de una política en relación con el libro. Junto a estos aspectos estarían el de televisión por satélite e invasión cultural extranjera, o el fortalecimiento de conflictos ideológicos como el Este-Oeste; las emisiones de un Estado pueden afectar al pluralismo informativo de otro, o a normas en relación con el mercado, por ejemplo la prohibición de propaganda de productos insanos, etc. En definitiva, a aspectos que son expresión de su ordenamiento político jurídico en relación con los medios de difusión (22).

No hay sin embargo, solamente elementos negativos en el sistema, puede haberlos también positivos, aunque cabe mucha discusión sobre ellos; así, la televisión por satélite aumenta la posibilidad individual de recibir programas, la comunicación interestatal puede servir de instrumento para vehicular programas de formación en Estados en vías de desarrollo, como más tarde se tendrá ocasión de comprobar cuando se hable de las experiencias ya habidas en este terreno; puede también tener un papel importante en relación con la integración regional, por ejemplo europea, etcétera.

Considerados los aspectos teóricos se va a enumerar a continuación tanto algunos proyectos llevados a cabo como otros para el futuro con el fin de tener una idea de la situación real en la que se halla en la actualidad esta tecnología.

(21) WITTE, B. C.: «Der rechtliche Rahmen und die politischen Prinzipien», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 170.

(22) DELBRUECK: o. c., pp. 27 y ss.

e) *Realizaciones y proyectos*

— Satélite ATS-6 de la NASA, lanzado en mayo de 1974, mediante el cual se transmitía a las montañas rocosas, apalaches y Alaska programas sanitarios, seminarios y programas de formación (23).

— Experimentación SITE en la India que servía para Nueva-Dehli y Bombay. Ahora hay más de 2.400 pueblos, que hasta este momento estaban sin ningún tipo de comunicación, atendidos, utilizándose un receptor y una antena de 3 m. de diámetro. Se emiten cuatro horas en bilingüe. La India es el primer Estado que utiliza los satélites de forma tan amplia en el terreno cultural (24).

— Desde 1976, el satélite canadiense HERMES cubre en Canadá los territorios a los que no llega la red terrestre (25).

— Japón: En colaboración con la firma americana GE, lanzó el satélite de emisión directa BS 1, que, debido a un defecto, no funciona desde junio de 1980, poco tiempo antes de que empezase la fase preoperacional (26). El fallo de este satélite ha llevado a grandes discusiones sobre la seguridad de funcionamiento del sistema en comparación con la instalación terrestre. La respuesta satisfactoria a este interrogante es el requisito exigido por el Gobierno para la autorización del siguiente satélite, el BS 2, previsto como muy pronto para finales de 1984 o principios de 1985.

— China: La República Popular China tiene el plan de comprar dos satélites americanos en órbita para televisión y otros usos. Su lanzamiento está previsto para 1983-84.

— Arabia Saudí: Tenía previsto el lanzamiento de un satélite para 1983, aunque todavía no se tiene noticia de su lanzamiento.

— El Gobierno británico ha autorizado a la BBC para a partir de 1986 emitir dos programas nuevos de televisión y tres de radio. El primer canal lo quieren dedicar a cine, orquestas, óperas, etc., y a retransmisiones deportivas. Se financiará mediante abono y se necesitará una tarjeta magnética para la conexión. El segundo canal se llamaría «ventana al mundo» y emitiría producciones de todas las partes del mundo, repeticiones de programas normales, etc. Se financiaría mediante tasas. Los programas de radio serían gratuitos. El costo de la operación lo cifra la BBC en 150 millones de libras. Las antenas particulares costarían unas 250 libras (27).

— El proyecto TELSAT-A6 de los suizos se llevará a cabo lanzándolo con una Ariane francés, siempre que no se les adelante la RTL. Si la compañía luxemburguesa se les adelantase, los suizos dejarían morir su empresa, pues consideran que en el centro de Europa sólo hay sitio económicamente para el primero que llegue. La televisión suiza tenía idea de emi-

(23) ENGELHARD: o. c., p. 31.

(24) ENGELHARD: o. c., p. 31.

(25) *Satellitendrundfunk. Bericht der Arbeitsgruppe Satellitenrundfunk und vorläufiges Ergebnisprotokoll der Ministerpräsidentenkonferenz vom 20 bis 22 Oktober 1982 in Lübeck-Travemünde*, en «Media Perspektiven», 12/1982, p. 777.

(26) KRATH, H.: «Sendemöglichkeiten über Rundfunksatelliten», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 177; *Satellitendrundfunk. Bericht...*, o. c., p. 778.

(27) *Satellitendrundfunk. Bericht...*, o. c., pp. 778-779.

tir siete minutos de propaganda por hora de programación. La luxemburguesa 40 minutos al día (28).

— Los miembros de la asociación espacial europea intentaron un programa cuya finalidad era el desarrollo de la televisión por satélite con el nombre H-SAT. Este programa se vio interrumpido en 1979, cuando franceses y alemanes decidieron seguir su camino y desarrollar sus satélites TV-SAT y TDF-1. El resto de los Estados de la asociación decidieron continuar sus actividades. El programa previsto ha sido la creación de una gran plataforma con el nombre L-SAT que pudiese servir para muchas finalidades, haciendo de este modo a la industria europea competitiva en este campo (29).

— NORDSAT. Es el proyecto de los Estados nórdicos sueco, danés, finlandés, noruego e islandés.

— La RTL de Luxemburgo prevé para 1986 un satélite con cinco canales, dos de los cuales serían para un programa de televisión en francés y en alemán, sirviendo un tercero para un programa internacional (30).

Vistos sucintamente los aspectos técnicos es preciso centrar el tema jurídico. La emisión directa de programas de televisión por satélite significa la posibilidad de percepción de dichos programas por los particulares de un Estado diferente al Estado emisor, sin que existan prácticamente posibilidades de control por parte de éste, debido a la utilización de antenas individuales. Este flujo internacional de información, ¿qué regulación jurídica tiene?

— ¿Puede un Estado realizar una emisión transfronteriza, ya sea ésta voluntaria o involuntaria, estando tal actuación cubierta por el derecho a la libertad de información consagrado en algunos tratados internacionales?

— ¿Las emisiones transfronterizas van en contra de la soberanía del Estado receptor y, por tanto, son ilícitas internacionalmente?

— ¿Está la libertad de información entre Estados garantizada por el artículo 59 del TCEE?

— ¿Qué acogida tiene esta libertad de información transfronteriza en la regulación de la Constitución de 1978 y más concretamente en su artículo 20.1.d)?

II. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 19-XII-1966

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 entró en vigor el 23 de marzo de 1976, después de ser ratificado por 55 Estados. En la actualidad lo han ratificado 69; entre los que no lo han hecho están USA, Suiza y Luxemburgo (31).

(28) LOHMAR, U.: «Satellitenkommunikation — Freier Informationsfluss oder Protektionismus», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 144.

(29) BARTHOLOME, P.: «Current and Future Activities in the Field of Communication Satellites in Europe», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 140.

(30) *Satellitenrundfunk. Bericht...*, o. c., p. 779.

(31) SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: «Nationale Regelungsvorbehalte nach Völkerrecht», en HUEBNER, Heinz; IMELMANN, Ehrhardt; SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz; GROS-

El artículo 19 señala en su apartado segundo que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

El reconocimiento del derecho va acompañado de unas reservas que lo limitan, como se deduce del apartado 3.º del mismo artículo 19, cuando dice que «el ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

Una pregunta que se plantea inmediatamente es la aplicabilidad o mejor efectividad de este acuerdo y de este artículo en concreto. El artículo 19 significa la existencia de una obligación del Estado de dejar hacer al ciudadano, aunque lo que no existe es la posibilidad de que un particular pueda exigir el cumplimiento de esa norma; con otras palabras, no existe un derecho a recurrir a una instancia internacional como el que se deriva del artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos que posteriormente se verá.

En el mismo orden de cosas hay que decir que, junto a la ausencia del amparo judicial, está el disenso existente entre los Estados socialistas y los demás sobre la subjetividad internacional de los individuos particulares, así como la opinión general de que en el Orden internacional se precisa siempre la mediación del Estado al que pertenece el ciudadano recurrente, a no ser que un acuerdo autorice expresamente al particular para que actúe directamente ante las Instituciones internacionales, haciéndolo además aun en contra de su propio Estado. Este supuesto se ha señalado ya su existencia en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (32).

Cabría plantear también si el artículo 19 del Pacto, y en general todo el documento, significa o contiene solamente una recomendación o, por el contrario, es un derecho reflejo o, dicho de otra forma, un derecho que abre la posibilidad de exigir en el ordenamiento interno la ejecución de las obligaciones internacionales. En este sentido hay que dilucidar si el Pacto es directamente aplicable, lo que se da dado en llamar carácter *self-executing* o no. La mayoría de la doctrina está por la consideración de que el Pacto no es directamente aplicable. A este resultado llega como consecuencia tanto de las diferentes concepciones jurídicas que detentan los Estados signatarios —téngase en cuenta en este sentido que el derecho de los Es-

SFELD, Bernhard; EBKE, Werner; SCHRICKER, Gerhard: *Satellitenfernsehen und deutsches Rundfunksystem*, Munich, 1983, p. 20.

(32) SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: *Völkerrecht*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1980, 4.ª edic., pp. 172-173; MAGIERA, Siegfried, en MENZEL, Eberhard, c IPSEN, Kunt: *o. c.*, p. 117.

tados socialistas niega la posibilidad de aplicación inmediata de los Tratados, es decir, su caracterización como instrumentos normativos *self-executing*— como por la interpretación de la que han partido todos ellos en relación con el Pacto, considerándolo como *non self executing*.

Otro tema en relación con este artículo es la dificultad de precisar su concepto. Indudablemente no tiene este derecho a la libertad de información el mismo contenido en una democracia parlamentaria que en una república democrática o que en una dictadura, aunque en este último supuesto no hay lugar a la existencia de teorizaciones sobre los derechos fundamentales.

En las democracias parlamentarias el derecho a la libertad de información es no sólo un derecho individual, sino también una garantía institucional en el sentido de que su existencia es indispensable para poder tildar a un ordenamiento de democrático. En las repúblicas democráticas hay, por el contrario, una identificación entre el derecho individual y la actuación pública oficial de los detentadores del poder como poseedores del «discurso correcto», lo que va en claro detrimento del primero. Consecuencia de todo ello es la dificultad de realizar una interpretación unitaria de los derechos individuales particulares contemplados en el Pacto.

Analizando el artículo 19 en concreto se ha mantenido que el mismo no es aplicable a la emisión directa de televisión por satélite, ya que cuando se realizó el Pacto no había ninguna previsión sobre el alcance y trascendencia de este fenómeno. Otros autores, en cambio, consideraban que la evolución era clara y que estaba en la mente de todos, no realizándose ninguna reserva en relación con la misma; así, ENGELHARD dice que si «estos Estados (los socialistas) hubiesen querido impedir que la libertad de información se extienda sobre las nuevas tecnologías, habría sido necesario y posible hacer una reserva en tal sentido» (33).

Finalmente, sólo queda hacer una referencia al artículo 19, apartado 3, respecto del cual ha dicho SEIDL-HOHENVELDERN que, aun aceptando el carácter *self executing* del artículo 19.2, la dicción del apartado 3 es tan amplia que con su ayuda se podría conseguir fácilmente la prohibición de las emisiones extranjeras (34).

Las limitaciones del artículo 19.3 pueden tener el mismo contenido para los Estados de la misma órbita ideológica, pero no para el resto. En los Estados occidentales hay más o menos concordancia en que las limitaciones a la libertad de información en virtud del artículo 19.3 deben de responder a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad. La excepcionalidad se derivaría de la propia dicción del artículo 19.3 y del principio deducible del artículo 5, apartado 1, del Pacto, cuando dice que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los

(33) ENGELHARD: o. c., p. 147. El último Estado en ratificarlo fue Polonia en junio de 1977.

(34) SEIDL-HOHENVELDERN: o. c., p. 21 (1983); FROWEIN, Jochen A.: «Das Problem des grenzüberschreitenden Informationsflusses und des "domaine réservé"», en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Karlsruhe, 1979, p. 20.

derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. La limitación no puede significar tampoco la reducción de la libertad de información a cero, sino que debe ser compatible «con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional», sin entrañar «discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social» (art. 4.1.º), tal como señala el Pacto para los supuestos en que un Estado suspenda las obligaciones contraídas en su virtud ante «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente». Las disposiciones que se adopten lo serán «en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación».

III. EL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Roma, 4 de noviembre de 1950)

En el artículo 10 de este Convenio se dice que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». A continuación realiza una apostilla importante, y es que dicho artículo 10 «no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa». En relación con este último párrafo es indispensable atender al Instrumento de ratificación del Convenio, que señala en su apartado B: «España declara que interpreta: 1. La disposición del punto tercero del párrafo 1.º del artículo 10 como compatible con un régimen que corresponda a la organización de la radiodifusión y televisión en España.»

Dos aspectos importantes se presentan en la interpretación del precepto. Por una parte, el concepto de informaciones e ideas hay que precisarlo y determinar su extensión. En segundo lugar, hay que determinar también el alcance del apartado 3.º, así como el significado de Instrumento de ratificación.

En relación con el primer tema se hace necesario determinar los conceptos de informaciones e ideas. El término información es un término bastante amplio, aunque en alemán el término utilizado es *Nachrichten*, que podría ser considerado más estricto y plantearse si dentro del mismo caben, por ejemplo, actos deportivos, espectáculos de todo tipo, etc. Esto, sin embargo, es un aspecto más parcial del fenómeno, con menos identidad que el de la propaganda televisiva; ¿se puede afirmar que la propaganda televisiva es un concepto enmarcado dentro del artículo 10 de la Convención o, por el contrario, es una actividad económica encuadrable dentro del sector servicios y, por tanto, con su única limitación —en el ámbito comunitario europeo— en las normas que el TCEE instituye para este sector?

La pregunta es de trascendental importancia, ya que las emisoras que van a realizar esa actividad informativa transfronteriza van a ser en especial las privadas, que utilizan del recurso a la propaganda para su finan-

ciación. El tema se planteó ya ante la Corte Europea como consecuencia de la normativa belga que prohíbe toda clase de propaganda por la televisión. En este caso se trataba de la transmisión por cable en Bélgica de un programa y la correspondiente propaganda. La Corte acudió a un precedente anterior, la sentencia de 30 de abril de 1974, donde se decía que la actividad televisiva y la correspondiente propaganda caían dentro del concepto de prestación de servicios del TCEE (art. 60) (35). Consecuencia de lo anterior es que no puede haber discriminación con los extranjeros en relación con la prestación de servicios, ya que, como señala el artículo 59, «de acuerdo con las disposiciones siguientes, las restricciones a la prestación libre de servicios en el interior de la Comunidad serán paulatinamente suprimidas en el curso del período transitorio, con respecto a los súbditos de Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación». Ahora bien, la prohibición de propaganda que prescribe el ordenamiento televisivo belga no significa ninguna discriminación, ya que, como señala la Corte, «no se puede contemplar la aplicación de estos preceptos (los que prohíben la propaganda en Bélgica) como una limitación del intercambio de servicios en tanto en cuanto estos preceptos tratan a todos los servicios en este ámbito de igual forma, sin tener en cuenta dónde tienen su origen o qué nacionalidad posee el titular del servicio o dónde está domiciliado» (36).

Esta sentencia puede tener una gran trascendencia —ya que en algunos proyectos concretos como el de RTL está prevista una financiación mediante propaganda—, aunque se pueda plantear que es una decisión de la Corte de la CEE y no de un órgano de la Convención Europea de Derechos Humanos. En este sentido es interesante señalar que en el ámbito de la CEE se considera que los derechos incluidos en la Convención son Principios generales del Derecho generalmente reconocidos por los Estados miembros. A esto habría que añadir que la Comisión de Derechos Humanos de la Convención interpreta que es compatible con el artículo 10 una prohibición general de la propaganda a través de emisoras de televisión privadas (37). Esta situación podría variar en el supuesto de que la CEE dictase una normativa unitaria para el tema de la propaganda por televisión, armonizando las diferentes regulaciones existentes en Europa. Esta posibilidad se presenta sin embargo como lejana tanto por las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos televisivos europeos como por las implicaciones que una tal normativa acarrea, implicaciones que en gran medida son ideológicas y que, dada la diferencia de color político de los miembros de la CEE, no parece posible. Una medida de este tipo exigiría una mayor homogeneidad.

El segundo aspecto planteado, el párrafo 3.º del artículo 10.1.º, que es el de determinar si un monopolio televisivo es compatible con este precep-

(35) «NJW», 1980, p. 2010.

(36) «NJW», 1980, p. 2011. En el mismo sentido, DELBRUECK: *o. c.*, p. 65; BUECKLING, Adrian: *Grenzüberschreitendes Direktfernsehen durch Satellitenrechtlich gesehen*, «NJW», 1981, p. 1117; SEIDL-HOHENVELDERN: *o. c.* (1983), p. 23.

(37) SEIDL-HOHENVELDERN: *o. c.*, 1983, p. 23.

to, ha sido considerado afirmativamente (38). Este artículo permite que en un Estado no haya televisiones privadas, no haya empresas privadas de comunicación o que se prohíban las emisiones al público realizadas por personas particulares. El artículo deja a los Estados libertad para decidir si la Radio y Televisión pueden tener una forma organizativa privada o, por el contrario, sólo cabe una organización pública (39). La utilización del plural que hace el artículo 10.1.º al decir «el presente artículo no impide que los Estados sometan *las empresas*» tiene una razón de ser exclusivamente gramatical, ya que el sujeto, los Estados también está en plural. Por tanto, la creación de un monopolio radiofónico o televisivo es conforme con la Convención. Así lo ha reconocido también la Comisión (art. 19.a y siguientes) en la decisión de 7 de febrero de 1967 cuando señaló en relación con la reclamación de un ciudadano sueco que consideraba que el artículo 5 del Estatuto de la radio-televisión sueca de 30 de diciembre de 1966 confería a una empresa única el monopolio sobre todas las formas de radiodifusión, siendo, por tanto, incompatible con el artículo 10, apartado 1.º, de la Convención. En las consideraciones en derecho se decía en relación con el artículo 10 que en el mismo no se precisa si las empresas deben ser sociedades de derecho público o sociedades privadas, ni si un monopolio puede ser instaurado en este terreno o, por el contrario, deben coexistir diversas empresas, ya que el plural que se cita en dicho precepto se explica gramaticalmente. En este sentido se constata que tanto en el momento de la elaboración de la Convención como actualmente hay un gran número de Estados miembros del Consejo que disponen de un monopolio estatal para la radio y la televisión. En consecuencia, la Comisión estima que la expresión «autorización» que figura en la Convención no excluye de ninguna forma el monopolio estatal sobre la televisión (40).

El artículo 10.2.º del Convenio señala que «el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática,

(38) SEIDL-HOHENVELDERN: *o. c.*, 1983, p. 23.

(39) Estos es también lo que resulta si se atiende a las diferentes formas de regulación de la televisión en los Estados europeos.

(40) *Yearbook of the European Commission and Court of Human Rights*, volumen XI, pp. 462 y ss.: El texto literal es el siguiente: «*whereas this provision does not state whether such enterprises shall be organised as private or as public corporations or whether they may be granted a monopoly in the field of this particular activity or whether there must at the same time exist competing enterprises; whereas the Applicant relies on the fact that the provision speaks of several enterprises; whereas, however, the use of the plural term is grammatically consistent with the previous reference in the text to States in general as opposed to a State; whereas, when interpreting the term licensing in the provision in question, the Commission finds it necessary to take into consideration the practice in different countries which are member States of the Council of Europe; whereas in this respect it appears that, both at the time of the drafting of the Convention and at the present time, a great number of such member States had established a system of public monopoly enterprises for radio and television; whereas, therefore, the Commission finds that the term licensing mentioned in the Convention cannot be understood as excluding in any way a public television monopoly as such; whereas consequently, an examination ex officio, does not show any appearance of a violation of the provisions of the Convention, and in particular of Article 10*».

para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del ordenamiento y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Cuál pueda ser la extensión de estas reservas a favor del Estado es un tema concretable jurídicamente, aunque difícil. Acéptese como ejemplo el proyecto de RTL de emitir un programa comercial en alemán (41). ¿Podría no admitirse la emisión de este programa porque afecta al «orden público» de la República Federal Alemana, porque va en contra del sistema televisivo federal alemán?

Indudablemente, estos problemas se van a manifestar con mayor virulencia en el centro de Europa, donde hay Estados con el mismo idioma y donde el *spill over* tiene un efecto muy amplio. Otro aspecto a señalar es que las reservas que se puedan realizar en virtud de este artículo 10.2.º tendrán que respetar o estar en conformidad con la Constitución del Estado respectivo, por lo que es de fundamental importancia y será el último aspecto que se tratará en este trabajo, determinar la extensión que la Constitución de 1978 ha dado a la libertad de expresión.

IV. RELACIÓN TÉCNICA

La ONU ha previsto un órgano especial, la *International Telecommunication Union* (ITU), cuya base jurídica está en la *International Telecommunication Convention* de 1973 y en vigor desde 1975. La principal función de la ITU es el mantenimiento de la colaboración internacional para la mejora y utilización de todos los tipos de comunicación, a lo que correspondería, por ejemplo, un reparto y registro de radiofrecuencias para evitar así interferencias entre las radios (art. 4 de la Convención) (42).

El órgano superior de la ITU es la *Plenipotentiary Conference*, que se reúne cada seis años. Anualmente se reúne el *Administrative Council*. Las regulaciones técnicas hechas hasta ahora lo han sido mediante la *World Administrative Radio Conferences* (WARC). En la WARC-ST (*World Administration Radio Conference for Space Telecommunications*) de 1971 en Ginebra se señalaron las frecuencias para los satélites de telecomunicaciones, donde para la Región que interesa, la Región 1, que comprende Europa con la URSS, Turquía y Africa con Arabia, se señalaron las siguientes frecuencias: 11,7 - 12,5 GHz; 41 - 43 GHz; 84 - 86 GHz, y con ciertas limitaciones 620 - 790 MHz y 2500 - 2690 MHz. Hay que decir que, por motivos técnicos, solamente el campo 11,7 - 12,5 vale para Europa (43).

La segunda reunión de la WARC fue en 1977. En ella se repartieron 1.000 canales para Europa, Africa, Asia y Australia. No se realizó para

(41) DELBRUECK: o. c., p. 60.

(42) BUECKLING: o. c., p. 1114.

(43) DRECHSLER: o. c., p. 36.

América. En la WARC 1977 se determinó para cada Estado una radiación elíptica de determinado tamaño, dirección y orientación, así como una potencia máxima y una dirección principal de radiación (44). A los Estados europeos les correspondió cinco canales. Cada canal puede soportar un programa de televisión o 16 de radio, todos con sonido estereofónico (45). Las órbitas geoestacionarias se han adjudicado también a cada Estado (46).

Este reparto de canales pretendía evitar las transmisiones transfronterizas, a pesar de que algunos Estados estaban a favor de los denominados *superbeams*, que son canales vía satélite que permiten la emisión a grandes comarcas. Esta idea se basaba en el principio de libertad del flujo informativo —caracterizado ya internacionalmente por el concepto *free flow of information*—, pero no se pudo llevar a cabo. Su realización exige respetar la voluntad de los Estados. No se puede realizar un reparto de canales contra la voluntad de un Estado afectado. El *superbeam* vale solamente allí donde los Estados lo aceptan, por ejemplo, Escandinavia (47). Junto a este reparto de canales se ha señalado en la Conferencia que los Estados deben adoptar todos los medios para reducir al máximo posible la emisión a otros Estados; en este sentido pueden ser necesarios acuerdos entre los Estados para coordinar la utilización de frecuencias (48).

La emisión de televisión por satélite no se puede ajustar estrictamente al territorio de cada Estado, sino que siempre se produce una radiación sobre los Estados vecinos, como consecuencia precisamente de la no coincidencia entre la elipse televisiva y las fronteras de cada Estado. Esta radiación inevitable es lo que se denomina «desbordamiento» —el término inglés que se utiliza es *spill over*.

Las consecuencias de esta WARC 1977 pueden ser resumidas así:

- Se han señalado para los Estados europeos un número de cinco canales, de donde se deduce que son todavía un bien escaso.
- Hay que intentar limitar lo más posible las interferencias entre los Estados.
- La WARC 1977 significó políticamente el fin del *free flow of information* (49).

(44) BUECHS, J. D.: «Fernsehdirrempfang über Satelliten», en KAISER y LOHMAR: *Kommunikation...*, o. c., p. 51.

(45) IMELMAN, Ehrhardt: «Die Verhandlungen der WARC 1977», en HUEBNER y otros: *Satelliten...*, o. c., p. 11.

(46) Las órbitas geoestacionarias adjudicadas a cada Estado han sido las siguientes: 35° directa polarización: Vaticano, Mónaco, Lichtenstein y San Marino (2); indirecta polarización: Andorra (2). 31° directa polarización: Gran Bretaña e Irlanda (2); indirecta polarización: España, Islandia (1), Portugal (2); 19° directa polarización: Países Bajos, Bélgica (1), Luxemburgo y Francia (2); indirecta polarización: Italia, Suiza (1), y Austria y República Federal de Alemania (2); 13° directa polarización: Malta (2); 7° directa polarización: Yugoslavia (1); indirecta polarización: Albania (1); 1° directa polarización: Hungría (1), Bulgaria y Rumanía (2); indirecta polarización: República Democrática Alemana (1), Checoslovaquia y Polonia (2); 5° directa polarización: Dinamarca, Islandia, Chipre (1), Grecia (2); indirecta polarización: Dinamarca-Noruega, Finlandia-Suecia (1); Dinamarca, Finlandia-Noruega (2). Los Estados nórdicos tienen una distribución especial debido a su proyecto común.

(47) BACHER: o. c., p. 5.

(48) DELBRUECK: o. c., p. 17.

(49) WITTE: o. c., p. 166.

V. OTRAS NORMAS CONTRACTUALES QUE HAN REGULADO LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En primer lugar, hay que atender a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 19 dice que «Todo ciudadano tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». En su artículo 29 se señala que estos derechos pueden estar limitados por el respeto de los derechos y libertades de los demás, la moral, el orden público y el bienestar general. Esta declaración es, sin embargo, una simple recomendación que no produce un efecto jurídico vinculante. Otro tema sería plantearse si a partir tanto de la Declaración como de otros textos que enseguida se señalarán se podría afirmar la existencia de un derecho consuetudinario internacional general, lo que parece que hay que rechazar y así lo hace gran parte de la doctrina pues hay muchos Estados que rechazan su existencia (50), del mismo modo como se rechaza que la libertad de información sea un principio fundamental reconocido por el Derecho internacional (51).

La Declaración de la UNESCO del 15 de noviembre de 1972, denominada *Declaration of Guiding Principles on the Use of Satellite Broadcasting for the Free Flow of Information, the Spread of Education and Greater Cultural Exchange*, tampoco fundamenta ningún derecho vinculante en el ámbito internacional. La Declaración se refiere además sólo parcialmente al principio general de la libertad de información (arts. 5 y 9) y solamente dentro de los fines de la UNESCO, es decir, educativos (52).

El Acta Final de Helsinki, colofón de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa que se realizó en 1975, también hace referencia a la libertad de información. El acta no tiene, sin embargo, la virtud de ser jurídicamente vinculante (53), además de limitarse a algunos Estados solamente.

Otro de los instrumentos jurídicos donde puede estar recogido este principio es en el Tratado Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial de 7 de marzo de 1966 (BGBl. 1969, II, página 961), en cuyo artículo 5.d.viii se reconoce la libertad de pensamiento y expresión.

Posteriormente se realizó la Declaración de la UNESCO sobre los Medios de Comunicación el 21 de noviembre de 1978. Respecto a esta Declaración cabe decir lo mismo que en relación a las declaraciones de la

(50) ENGELHARD: o. c., p. 125; STREINZ, R.: *Meinungs- und Informationsfreiheit zwischen Ost und West. Möglichkeiten und Grenzen intersystemater völkerrechtlicher Garantien in einem systemkonstituierenden Bereich*, Ebelsbach, 1981, p. 14.

(51) FROWEIN: o. c., p. 27; RUDOLF, W., y ABMEIER, K.: *Satellitendirektfunk und Informationsfreiheit*, en «AVR», 1/1983, p. 25.

(52) BUECKLING: o. c., p. 1116.

(53) SEIDL-HOHENVELDERN: o. c., p. 22; HEYMER: *Die Zulässigkeit der Stationierung des Betriebes von Rundfunksatelliten aus völkerrechtliche Sicht*, Colonia, 1976, p. 79.

ONU, que no tienen un efecto jurídico vinculante, siendo meras recomendaciones.

En la sesión número 15 del Subcomité Jurídico de las Naciones Unidas (1976) se aprueba por la mayoría de los Estados la elaboración de un Proyecto para la determinación de un catálogo de principios en relación con la DTB que se desenganchaba de los derechos de los individuos. En el mismo sentido actuaba una propuesta de Canadá y Suecia en la que se renunciaba a la regulación de la DTB a través del reconocimiento del derecho a la libertad de información, contra lo que se manifestó, por ejemplo, la República Federal Alemana (54).

El texto base sobre el que las Comisiones de la ONU han empezado a trabajar se denomina *Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Broadcasting*. Los temas que se discutían desde un principio se discuten también en la actualidad. El proyecto se sustenta (55) sobre tres bases, que son: responsabilidad estatal. Los estados firmantes son, de acuerdo con este principio, responsables internacionalmente de todas las actividades que desarrollen en el campo de la DTB, bien lo hagan directamente o sea resultado de la actuación de sujetos sometidos a su jurisdicción. En relación con este principio se manifiesta entonces la necesidad de que los Estados ejerzan una censura sobre las actividades de las que son responsables, lo que choca con la eliminación de la censura tal como está constitucionalizada en algunos textos (artículos 20.2.º C. y 5.1.º *in fine* LFB), lo que haría un hipotético Tratado Internacional con esta cláusula inconstitucional en ambos Estados, a no ser, claro está, que se realice una reforma constitucional.

— Notificación. Para favorecer una utilización e investigación pacífica del espacio extraterrestre los Estados se comprometen a informar con el mayor detalle posible al Secretario General de las Naciones Unidas de los proyectos que llevan a cabo o que autorizan, datos que el Secretario General podrá transmitir a los demás Estados. Esta notificación ya está prevista en las regulaciones de la ITU, por lo que se podía considerar innecesaria. Esto nos lleva, sin embargo, a otro problema que aquí sólo se quiere apuntar y es que se discute si las disposiciones de la ITU son aplicables a la DTB, constituyendo la regulación de esta última un régimen especial (56).

— El tercer y fundamental aspecto se podría denominar como Consultas y Acuerdos entre los Estados. Un servicio de televisión vía satélite que se dirija especialmente al territorio de otro Estado —se excluye, por tanto, el *spill over*— se debe basar en *agreements* y/o *arrangements* entre el Estado emisor y los receptores, para facilitar una extensión libre y amplia de informaciones de todo tipo y fomentar la cooperación y el intercambio en este campo con otros Estados.

Como se deduce claramente del contenido del proyecto, no hay ni rastro, como diría BUECKLING, del principio del flujo libre de información.

(54) BUECKLING: o. c., p. 1116.

(55) BUECKLING: o. c., p. 1118.

(56) BUECKLING: o. c., p. 1118.

En contrapartida, se manifiesta un avance más que significativo hacia la imposición del *prior consent*, como se deduce de la necesidad de realizar entre el Estado emisor y el receptor esos denominados *agreements* o *arrangements*. En esta línea se comprenderían precisamente aquellos que quieren sustituir el rígido *prior consent* por el *prior consultation*. Del proyecto se podría quizá también deducir la diferenciación entre el *Intended Overspill* y el *Unintended Overspill*. Solamente el primero de ellos, el intencionado, debe ser objeto de acuerdo entre los Estados (57). La diferenciación entre intencionado y no intencionado se puede hacer en base al idioma. Si el idioma utilizado es el del Estado receptor no hay ninguna duda, a no ser que ambos Estados posean el mismo; piénsese en Suiza, Austria, Alemania o Luxemburgo, Francia y Bélgica.

En la misma línea parece mantenerse la Declaración del Pleno de la Asamblea General de la ONU de 10 de diciembre de 1982 sobre «Elaboración de una Convención Internacional sobre los Principios Fundamentales de la regulación del empleo de satélites terrestres artificiales para la transmisión directa de televisión por los Estados» (58). Los votos en la Comisión especial al efecto fueron 88 a favor (Estados en vías de desarrollo, la URSS y sus aliados), 15 en contra y 11 abstenciones (estos últimos eran los Estados industrializados, Finlandia y Líbano). En la Asamblea General el resultado fue: 107 a favor, 13 en contra y 13 abstenciones (el cambio de los no a la abstención lo protagonizaron Francia y Portugal (59). A continuación se van a reseñar los aspectos más importantes de esta declaración.

La declaración señala que las actividades de transmisión de televisión vía satélite deben de respetar los derechos soberanos de los Estados y entre ellos la no intromisión en los asuntos internos. Estas transmisiones deben colaborar en el desarrollo formativo, social y económico de los Estados en vías de desarrollo para mejorar las condiciones de vida de todos los pueblos; como límite se señala la integridad política y cultural de los Estados. Compárese la amplitud de este límite en relación con el previsto por el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19 de diciembre de 1966), cuando habla de la protección de la «seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas» (60). A esta limitación hay que añadir el principio de responsabilidad de los Estados tanto por las emisiones hechas por organismos públicos como por las realizadas por instituciones o empresas privadas sujetas a su jurisdicción, con la posibilidad de una cuasi censura a la que ya se ha hecho referencia (61). Junto a estas limitaciones está como elemento principal el último apartado de la resolución, en el que se exige realizar consultas previas con los Estados receptores de la emisión, lo que se acerca a la exigencia del *prior consent*.

(57) WITTE: o. c., p. 167.

(58) «VN», 2/1983, pp. 66 y ss.

(59) WOLFRUM, Rüdiger: *Grundsatzkatalog für die Fernsehdirrektübertragung mittels künstlicher Erdsatelliten — Staatensouveränität versus Informationsfreiheit*, en «VN», 2/1983, p. 61.

(60) WOLFRUM: o. c., p. 62.

(61) Véase p. 20 a.

La Declaración también hace referencia a la notificación a las Naciones Unidas, a su Secretario General, de las actividades que se emprendan en este campo (62); en otro apartado atiende a los derechos de autor y también a la resolución pacífica de los conflictos que puedan surgir. Conviene precisar que uno de los datos más relevantes de la Declaración es la afirmación de que todos los Estados tienen los mismos derechos para realizar esas transmisiones vía satélite, así como para autorizar a las personas físicas o jurídicas que estén bajo su jurisdicción. Todos los Estados tienen derecho a participar de las ventajas de este nuevo medio, por lo que todos sin discriminación deben tener acceso a la tecnología en este campo, cumpliéndose unas condiciones a fijar por todos los Estados. La consecuencia de este apartado si se llega a su inclusión en una Convención Internacional es la obligación de los Estados poseedores de realizar, de acuerdo con las condiciones de dicha Convención, las consiguientes transferencias de tecnología.

La declaración brevemente comentada así como la propuesta de los Estados en vías de desarrollo y de la URSS y su aliados de elaborar una Convención que regule la transmisión por satélite —a pesar de la oposición de los Estados industrializados, en especial USA, República Democrática Alemana, Reino Unido, Japón y Nueva Zelanda—, corresponde, según WOLFRUM (63), a la preocupación que tienen dichos Estados de que se pueda producir una monopolización de la transmisión por satélite por los Estados industrializados. Esta técnica abre la posibilidad de realizar propaganda discriminatoria, pone en peligro la identidad cultural y espiritual de los pueblos. La liberalización total de esta tecnología significaría aumentar aún más la distancia entre los Estados desarrollados y los no desarrollados. Se puede producir además una intromisión en los asuntos internos del Estado, motivo que fundamenta la necesidad de una previa consulta.

Esta limitación que se hace sobre la libertad de información se considera realizada legítimamente en defensa de los intereses del Estado receptor. Frente a estas opiniones, los Estados industrializados consideran que el derecho a la libertad de información prohíbe toda limitación de las transmisiones, no siendo posible hacer a un Estado responsable de las emisiones realizadas por una entidad privada. Como argumento final consideran que los intereses de los Estados se reservan mediante el reparto de frecuencias realizado por la ITU (64).

VI. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El artículo 20 de la Constitución reconoce y protege el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (art. 20.1.a) y «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier me-

(62) Véase p. 21.

(63) WOLFRUM: *o. c.*, p. 61.

(64) WOLFRUM: *o. c.*, p. 61.

dio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Una primera consideración a hacer es que se reconoce el derecho a «comunicar o recibir libremente información». Si se analizan los textos constitucionales anteriores, se comprueba enseguida cómo en los mismos se atiende a una sola de las acciones, «emitir» (65), pero no se dice nada en relación con la libertad de «recibir» esa información. Esta diferenciación es en parte consecuencia del desarrollo tecnológico. Algo parecido se constata si se analiza el derecho comparado. Las Constituciones modernas han ido, sin embargo, introduciendo esta matización, y así la LFB en su artículo 5.1.º reconoce el derecho no sólo a manifestar y extender su opinión, sino también el derecho a informarse en las fuentes generalmente accesibles. Así, hay que considerar que este derecho se divide en dos, el derecho de expresar la opinión y el derecho de recibir esa información emitida por los demás. Son por tanto un lado positivo y otro negativo cuya diferenciación es de trascendental importancia, como se ha podido tener ocasión de comprobar, debido al surgimiento de las nuevas tecnologías y en especial en relación con la emisión de televisión directamente por medio de satélites.

La definición constitucional se completa con la prohibición de la existencia de «censura previa» (art. 20.1.2.º), para después decir que «la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España».

VI.1. *La discusión televisión pública-televisión privada. La sentencia de 31 de marzo de 1982*

La libertad de emisión en relación con la televisión plantea de entrada el tema de la televisión pública-televisión privada, sobre el que se desarrolla no sólo en la actualidad, sino desde hace años una amplia polémica en

(65) El artículo 371 de la Constitución de 1812 decía: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.»

El artículo 2 de la Constitución de 1837 decía: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes.»

La Constitución de 1845 decía en su artículo 2: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes.»

El artículo 17 de la Constitución de 1969 decía: «Tampoco podrá ser privado ningún español: Del derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.»

El artículo 13 de la Constitución de 1876 decía: «Todo español tiene derecho: De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.»

El artículo 34 de la Constitución de 1931 dice: «Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a previa censura.»

toda Europa, donde coexisten ambos sistemas, aunque con formas de organización muy diferenciadas. El desarrollo tecnológico ha provocado que la discusión se amplíe aún más. La Constitución, por su parte, no ha señalado nada explícitamente al respecto. La conformidad constitucional de la televisión privada habrá que deducirla de una interpretación del texto fundamental, interpretación que no se va a realizar *ex novo*, sino que va a seguir el camino marcado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 31 de marzo de 1982 (BOE, 21-IV-1982), dictada como consecuencia del recurso de amparo que en virtud del artículo 20 de la Constitución interpuso la sociedad mercantil «Antena 3, S. A.» (66). La pregunta fundamental a responder es una: ¿el artículo 20 de la Constitución obliga a la existencia de la televisión privada?

El Tribunal Constitucional ha sido claro en la sentencia que se comenta, al decir en su fundamento jurídico 6 que la «llamada televisión privada (...) no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política (...)» (BJC 1982, 12, 272, 279).

Esta decisión del Tribunal se fundamenta en las limitaciones propias del medio, diciendo en su fundamento jurídico 3: «Mas si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación, este derecho, lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. Así, la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de reproducción que se crea tiene que servir de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar. el *statu quo* jurídico y político del medio y, en definitiva, el derecho mismo a una difusión e información libres» (67).

Esta consideración unida a que las ondas radioeléctricas utilizan el espacio, que es un bien calificado como de dominio público, a que la actividad de emisión de ondas por radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional (fto. III), a que «la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad

(66) «Boletín de Jurisprudencia Constitucional» («BJC»), núm. 12/1982, p. 272.

(67) «BJC», 1982, 12, 279.

sean efectivas» y a los antecedentes y trabajos preparatorios del texto constitucional (fto. 6), han llevado al Tribunal Constitucional a realizar la interpretación que al principio se ha señalado, de que el texto constitucional ni admite ni niega la televisión privada, sino que su existencia le corresponde decidirla al legislador ordinario, aunque éste no es libre de realizar la regulación que considere conveniente, sino que toda normación de la televisión, ya sea privada o pública, debe de respetar los principios de «libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamentales del Estado» (fto. 6) (68).

En el voto particular a la sentencia se señala, por el contrario, que el monopolio del Estado, que es la cuestión fundamental a dilucidar, es contrario a la Constitución, pues «al consagrar (la Constitución) el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades (...)» (69), y dice posteriormente que la gestión de un servicio público que implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos «no puede organizarse en forma de monopolio estatal que impida absolutamente el ejercicio del derecho. La Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación» (70).

VI.2. *Consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional*

En primer lugar, se va a hacer una breve referencia al voto particular que acompaña a la sentencia. Según dicho voto particular, el derecho a comunicar libremente información es un derecho de *defensa* del ciudadano frente al poder del Estado. Esta es la concepción primaria, liberal-burguesa de los derechos fundamentales. Su consecuencia obligada es que el monopolio de las instalaciones, el monopolio de la empresa periodística televisiva es inconstitucional. La conclusión no es sin embargo correcta. Para analizar si el monopolio de la empresa televisiva es inconstitucional se precisa analizar si a través de esa estructura orgánica puede tener expresión y desarrollo el derecho que se estudia. Dicho ejemplificativamente, el monopolio de la televisión en la República Federal Alemana, cuya titularidad la ostentan sociedades o corporaciones de Derecho público, no ha impedido que exista una estructura interna democrática, pluralista, a la que han tenido acceso las diferentes fuerzas políticas y movimientos sociales y que podríamos calificar, siguiendo la terminología alemana, como «pluralismo interno» (*Binnenpluralismus*), en contraposición al «pluralismo externo» (*Außenpluralismus*), que significa la existencia de diferentes sociedades, tanto públicas como privadas o solamente de este último carácter. En este sentido es interesante constatar cómo la estructura compuesta del Estado, federal en

(68) «BJC», 1982, 12, 279.

(69) «BJC», 1982, 12, 280.

(70) «BJC», 1982, 12, 281.

el caso alemán, lleva a un mayor pluralismo, ya que la organización de los programas es una actividad que entra dentro del campo competencial cultural de los Estados, no existiendo entonces un único centro de poder, la Federación, sino varios. Esta apreciación se enriquece más si se tiene en cuenta la existencia de canales particulares para ámbitos inferiores; así, para algunos Estados en la Federación o para las Comunidades Autónomas.

El derecho a comunicar libremente información no significa internamente analizado que se tiene derecho a exigir una instalación televisiva emisora propia. El derecho a comunicar información significa que se tiene derecho de acceso a la elaboración, organización y difusión de un programa, a transmitir esa información, lo que no hay que confundir con la disposición material, jurídico-privada de la empresa de televisión emisora. En este aspecto se encuentra precisamente la diferencia entre la libertad de prensa o la de cinematografía y la televisiva (71). Una interpretación similar a la del voto particular ha realizado VARELA, para quien de la «articulación del principio de libre iniciativa económica con el de libertad de expresión, y a tenor no sólo de la letra de la norma constitucional, sino también de la interpretación que han proporcionado sus autores, resulta afirmada la constitucionalidad del uso de la televisión por entidades privadas» (72). En torno a la utilización conjunta del derecho a la libre iniciativa económica y la libertad de expresión se harán posteriormente unas consideraciones, ya que no es éste el único autor que hace referencia a la misma (73). Esta concepción individualista del derecho fundamental la lleva aquel autor hasta el extremo de afirmar que «hay que tener en cuenta, por otra parte, que del enunciado del artículo 20 no deriva la necesidad de una regulación ulterior del derecho que estamos considerando, el ejercicio de este derecho no está pendiente de desarrollo legislativo» (74).

Si al voto particular se le pueden hacer, entre otras, estas puntualizaciones, no otra cosa sucede con la sentencia. En relación con la misma se puede decir que:

- los argumentos utilizados son escasos para llegar a la conclusión a que se llega, y más si se tiene en cuenta la trascendencia del problema analizado;
- el Tribunal Constitucional habla de la escasez de bienes «natural o tecnológica» (75), lo cual no es suficiente. Esta escasez también se da cuando el costo de las instalaciones es tan alto que convierte en totalmente selectiva la posibilidad de su acceso. Este aspecto ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional alemán (76);
- la trascendencia que tiene la televisión como medio de comunica-

(71) BADURA, Peter: *Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung*, Frankfurt y Berlín, 1980, p. 78.

(72) VARELA, Santiago: *Constitución, monopolio público y televisión*, en «Revista del Departamento de Derecho Político» (UNED), 6/1980, p. 43.

(73) ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis; GARCÍA NOVILLO, Joaquín, y PÉREZ TREMPES, Pablo: *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona, 1980, p. 168.

(74) VARELA: *o. c.*, p. 43.

(75) Fundamento jurídico 3 («BJC», 1982, 12, 279).

(76) «BVG», 30, 326.

ción de masas no ha sido suficientemente señalada. Parece como que el Tribunal se ha vuelto vago y repite lo dicho por el legislador en el preámbulo a la Ley del Estatuto de Radio y Televisión. Es además el papel fundamental que la televisión juega en la formación de la opinión pública lo que debe llevar a su especial consideración. En este sentido eran claras las apreciaciones que el Tribunal Constitucional alemán hacía en la sentencia de 27 de julio de 1971, cuando decía que la televisión se ha convertido en uno de los más poderosos medios de comunicación —y no solamente como consecuencia de sus últimos avances técnicos—, lo que hace que no se pueda dejar su utilización al libre juego de las fuerzas sociales dada la influencia tan amplia que ejerce y las posibilidades y peligros de su mala utilización para la consecución de influencias unilaterales sobre la opinión pública (77).

La interpretación del derecho a emitir libremente información debe llevar en primer lugar a superar la concepción individualista de los derechos fundamentales. En este sentido dice el Tribunal Constitucional alemán que este derecho fundamenta un derecho subjetivo, pero al mismo tiempo regula la libertad de expresión como un principio objetivo del ordenamiento jurídico, en el cual los elementos objetivos y subjetivos se condicionan y apoyan entre ellos.

Este derecho a emitir libremente información —que en la LFB tiene una regulación especial como libertad radiofónica (art. 5.1.2.º)— forma en las condiciones actuales, de los modernos medios de comunicación de masas, un complemento necesario y fortalecedor de la libertad de opinión. Sirve a la función de garantizar una formación de la opinión pública libre y completa. Pero el cumplimiento de esta función no se realiza simplemente considerando a la libertad de emitir con un significado defensivo —como a los clásicos derechos subjetivos—. Con esto no se asegura lo que se quiere garantizar, una libre y completa formación de la opinión pública. Sí se asegura, sin embargo, mediante un ordenamiento positivo que permite que en estos medios de comunicación tengan expresión la multiplicidad de opiniones existentes en la sociedad (78). En el mismo sentido se manifiesta HESSE (79), para quien en la libertad de expresión y en la de información encuentran los elementos subjetivos más fuerza que en la libertad de la prensa, mientras que en la libertad radiofónica los momentos objetivos dominan sin que desaparezcan totalmente los subjetivos.

La primacía del elemento objetivo en este derecho y la superación de esa concepción individualista de los derechos fundamentales lleva necesariamente a plantear cuáles son los criterios que se deben seguir en la interpretación de estos derechos. Una conclusión ya extraíble de lo hasta ahora relatado es que al interpretar este derecho se sigue una línea de análisis

(77) «BVG», 31, 325.

(78) «BVG», 57, 319 y 320.

(79) HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13.ª ed., Heidelberg, 1982, p. 151.

que se ha dado en denominar democrático-funcional. Según la misma, los derechos fundamentales no se han reconocido a los ciudadanos para que dispongan libremente de ellos, sino que se los han concedido en su calidad de miembros de la Comunidad y en beneficio del interés público (80). De acuerdo con esta teoría (81), la concepción de que los derechos fundamentales significan la existencia de una esfera de actividad personal de la que está excluido el Estado sería una concepción apolítica propia del pensamiento burgués. Es la función pública, democrático-constitutiva de los derechos fundamentales la que legitima su existencia y determina su contenido. La función central de los derechos fundamentales sería la de constituir normas que determinan tanto la función como la legitimación para que el titular del derecho participe en los asuntos públicos y en el proceso político, no siendo su función, por el contrario, ser una norma de reparto y delimitación de competencias entre el Estado y los titulares de los derechos fundamentales. Para esta teoría en consecuencia los derechos fundamentales no son solamente un derecho, una libertad, sino un *derecho para*, una *libertad para*. El contenido y alcance de cada derecho se determinará según la finalidad para la que sirva (82).

En sentido similar, aunque sólo parcialmente, va la teoría institucional de los derechos fundamentales, que parece la más acertada. Para esta teoría a los derechos les corresponde y se realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que son las ideas de orden de que aquéllos son portadores y que como tales imprimen las relaciones vitales; al mismo tiempo, sin embargo, se incorporan las premisas materiales de las relaciones vitales que dichos derechos regulan, prestándoles a aquéllas su relevancia normativa (83). Esta teoría no vale solamente para las garantías institucionales como la autonomía municipal, la propiedad, etc., sino que también es aplicable a los derechos fundamentales. Las consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales son dos:

- La ley, como toda regulación jurídica en el ámbito de los derechos humanos, no aparece primariamente como limitación o intromisión en la libertad fundamental, sino como posibilidad y realización de esa libertad (84).
- El derecho fundamental, la libertad que contempla, está orientado hacia un determinado fin, la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de la libertad. En este aspecto se puede encontrar una similitud con la teoría democrático-funcional.

Siguiendo a HESSE (85), hay que señalar que las normas constitucionales, y más los derechos fundamentales, pretenden su concreción y realización en la sociedad, su vigencia real. La consecución de la Constitución exige

(80) «BVerwG», 14, 21, 25.

(81) BOECKENFOERDE, Ernst-Wolfgang: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, «NJW», 1974, p. 1535.

(82) BOECKENFOERDE: *o. c.*, p. 1532.

(83) BOECKENFOERDE: *o. c.*, p. 1532.

(84) BOECKENFOERDE: *o. c.*, p. 1535.

(85) HESSE: *o. c.*, pp. 17-18.

que no se aíslen entre ellos la norma y la realidad. El contenido de una norma no puede llevarse a cabo solamente teniendo en cuenta las exigencias o prescripciones que la misma norma contiene, y más si dicha norma tiene un contenido general, indeterminado, incompleto. Para su aplicación la norma exige una concretización, la cual sólo es posible si junto a los elementos normativos se introducen las relaciones vitales que la norma quiere regular. La norma constitucional no puede dejar de lado estas relaciones vitales concretas si no quiere perder efectividad y no conseguir la finalidad para la que está prevista. En el caso que se atiende en este trabajo la teoría tiene una aplicación indudable. No se puede aislar el principio de libertad de comunicación, y en concreto a través de la televisión, de las condiciones concretas del medio, escasez de frecuencias, necesidad de grandes inversiones, así como de las influencias que el medio ejerce sobre la opinión pública.

La conclusión después de todo lo analizado parece que no tiene que ser la del Tribunal Constitucional, aun limitándose el análisis a los fundamentos jurídicos de la sentencia estudiada. La opción dada al legislador para que elija entre televisión privada o pública parece que se tenía que haber limitado a esta última.

La libertad de información (comunicación) puede garantizarse mejor con una organización pública de la televisión, regulando el acceso al medio con las suficientes garantías para que todas las opiniones tengan asegurado un lugar, que privatizando la institución. Otro elemento de garantía de la libertad de información se consigue mediante la existencia de un adecuado Estatuto profesional de los trabajadores de la televisión, en especial, como es obvio, de los periodistas. Es más, la autorización de la televisión privada, de la empresa televisiva periodística con la propiedad no sólo de los elementos para la producción del programa sino también para la emisión, parece que no casa con la escasez de frecuencias, el alto costo de las instalaciones y la incidencia social que este medio de comunicación tiene, como tampoco con una interpretación del artículo 20 que esté de acuerdo con ese principio de que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2.º C.).

Un dato más a tener en cuenta es que las posibles limitaciones del medio se pueden compensar además de con la estructura pluralista interna, con el hecho de la alternancia en el poder tanto en los aparatos del Estado central como en las Comunidades Autónomas, por lo que las hipotéticas influencias no provendrán siempre del mismo origen. La estructura compleja del Estado hay que tenerla también en cuenta, dado que juega en favor del pluralismo la existencia de canales y programaciones de ámbito infraestatal. Una actividad privada en la televisión que esté en consonancia con el artículo 20 de la Constitución y la interpretación que aquí se postula podría quizá darse mediante las televisiones de ámbito local (86), aunque, como la experiencia

(86) SAINZ MORENO, Fernando: *La regulación legal de la televisión privada en la*

italiana ha demostrado, también en este reducido marco ha tenido lugar un proceso de concentración de empresas, de monopolización (87).

Como acertada se considera la regulación francesa (88), aunque todavía no se haya experimentado lo suficiente como para dar una valoración de la alternativa. En este sistema el Gobierno francés ha autorizado la creación de tres canales nuevos de televisión. El más importante, el canal Plus, se creará como una sociedad privada en la que la sociedad Havas —sociedad publicitaria y de comunicación de la que el Estado es el accionista mayoritario— tendrá la aportación mayor. El canal será de pago. Los usuarios tendrán que pagar aproximadamente 2.000 pesetas mensuales para tener derecho a una clave que permita ver las emisiones. Como estos ingresos no son suficientes para financiar el «canal Plus», se podrá recurrir a las empresas públicas o privadas, que pagarían los programas por ellas realizados. El contenido del programa no se puede referir a la actividad de la empresa, siendo la única publicidad autorizada la mención de la empresa al inicio de la emisión.

En ambas experiencias se constata que no se cede al particular, empresa privada, la titularidad de un canal para que emita sobre todo el ámbito estatal, pretensión que tenían quienes realizaron el recurso de amparo (89).

De todas formas, sin perder de vista lo hasta ahora dicho, el tema de la diatriba televisión pública-televisión privada no se puede desconectar de la experiencia que en ese tema se ha dado en cada Estado, pudiendo haber pesado este dato en cierta manera en la decisión del Tribunal Constitucional. Desde otro punto de vista, se han dado en la actualidad diversos problemas en relación con el medio que demuestran lo arduo de un correcto y democrático funcionamiento, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que «no debe entenderse el planteamiento que en este artículo se hace como un entusiasmo excesivo acerca de la televisión pública, ni siquiera como un pronunciamiento por el mantenimiento a todo trance del monopolio de la televisión en su forma actual, especialmente si la experiencia demuestra que las dificultades no acaban de superarse» (90).

El respeto del principio democrático, del pluralismo, del libre acceso a la televisión de todas las noticias y opiniones en el actual sistema televisivo va a ser a corto plazo posiblemente un elemento decisivo en la opción que se tome, pudiéndose quizá confirmar por la práctica la postura que aquí se sustenta. Hay que señalar que la autorización de la televisión privada no significaría, sin embargo, la absoluta libertad del particular para organizar el servicio. Si el legislador llegase a autorizar la denominada televisión privada, está obligado a garantizar en dicho medio el principio del pluralismo y el acceso libre de todas las opiniones, del mismo modo a como lo hace en la televisión pública. Desde este punto de vista, se podría argu-

jurisprudencia constitucional, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 1981, núm. 2, p. 213.

(87) QUADRA-SALCEDO, Tomás: *La televisión privada y la Constitución*, en «Revista de Derecho Político», 1982, pp. 92-93, cita 31.

(88) Se toman los datos del periódico «El País» de 27-X-1983.

(89) «BJC», 12, 272.

(90) QUADRA-SALCEDO: *o. c.*, p. 92.

mentar así: es lo mismo que la televisión sea pública o privada porque, en definitiva, ambas están sometidas o están obligadas a respetar el principio democrático, del pluralismo o de la libertad de emisión de información. Esto es sin embargo una afirmación excesivamente teórica, ya que la efectividad del respeto de esos principios siempre será más fácil en un organismo público que en uno privado. Piénsese simplemente que si ahora es difícil el control parlamentario del ente público para garantizar esos principios a los que ya se ha hecho referencia, no es previsible que sea más fácil el de una empresa privada. Si el Parlamento llegase a aprobar la televisión privada, debería ser como consecuencia de un debate amplísimo en toda la sociedad y realizando una regulación del tema exigente en las condiciones de concesión y funcionamiento de la empresa televisiva privada. En especial preveyendo de forma clara la retirada en su caso de esa autorización, tema de especial trascendencia, pues si se optase por la privatización y la siguiente legislatura opta por la publicación pueden producirse muchísimos problemas jurídicos, sobre todo en el período transitorio de la reforma. Desde este punto de vista es mucho más inteligente, y desde luego si se quiere utilizar como vía exploratoria, el proyecto francés al que se ha hecho referencia.

VI.3. *Televisión privada y actividad económica*

Se ha intentado poner en relación la existencia única de la televisión pública, exceptuando la televisión privada y consiguientemente instaurando una situación de monopolio con el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que establece el artículo 38 C. y con el artículo 128 del mismo texto legal que encabeza el título VII y dice en su párrafo segundo: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

Para algún autor, mediante el Estatuto de Radiotelevisión «se está consagrando un monopolio estatal en este ámbito, que, desde luego, puede encontrar su justificación en el artículo 128 de la Constitución» (91). El Fiscal General del Estado, al realizar las alegaciones correspondientes señaló que «el problema que plantea es (...) el de determinar en qué medida la Ley 4/1980, de 10 de enero —Estatuto de la Radio y la Televisión—, se opone a la televisión privada, y estima que la declaración del artículo 1.º 2 de dicha Ley, según la cual 'la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales, cuya titularidad corresponde al Estado', no queda suficientemente cubierta por el artículo 128 de la Constitución, en el que se establece que 'mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales', porque la esencialidad sólo se da cuando se trata de servicios que afectan a los fines esenciales del Estado o a intereses esenciales

(91) QUADRA-SALCEDO: *o.c.*, p. 86.

como los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, mientras que aquí lo esencial es el derecho fundamental mismo, que no puede sacrificarse haciendo uso de una facultad que, como la del artículo 128, está pensada para «actividades mercantiles e industriales» (92).

En el mismo sentido se manifiestan quienes consideran que para alcanzar la conclusión de si la televisión puede ser declarada monopolio del Estado o no, es evidente que no puede llegarse «sino después de un estudio a fondo del artículo 128 en relación con el 38 y, por supuesto, con el principio de respeto al *contenido esencial* de los derechos fundamentales» (93).

El Tribunal Constitucional no realizó ninguna consideración sobre el tema. Aunque no lo dijera, es obvio, sin embargo, que nada tienen que ver la regulación de la libertad de comunicación del artículo 20 C. y la creación de un monopolio estatal, sea así denominado o no, con la libertad de empresa (art. 38) y la actividad pública en la economía (art. 128); las razones son:

- La primera obvia. El artículo 20 regula un derecho fundamental y los otros dos, 38 y 128, la actividad económica privada y pública. SAINZ MORENO ha sido el único autor que ha señalado en este sentido que el artículo 128 «se refiere solamente a actividades esencialmente económicas», no encontrándose el servicio de radiodifusión y televisión en el ámbito de aplicación de este precepto, «porque no se trata de una actividad *económica* en el sentido del título VII de la Constitución, sino de una actividad informativa y cultural cuyas implicaciones económicas, aunque sean importantes, no son determinantes de su naturaleza» (94).
- Que sea un monopolio la televisión tiene que ver con el artículo 20, no con el 128 ya que con este último es suficiente con emanar una ley ordinaria, mientras que en relación con la televisión, al afectar a un derecho fundamental, es necesaria una ley orgánica (95).
- Cuando el constituyente elaboró los artículos 14-29, cuando el legislador elabora leyes que a ellos les afecte y cuando el Tribunal Constitucional analiza si esas leyes son conformes con el texto fundamental tienen en cuenta el concepto o significado propio de cada derecho fundamental y sus relaciones con los demás derechos fundamentales, como se deduce claramente para este caso del artículo 20.4 cuando dice: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.»

(92) «BJC», 1982, 12, 276.

(93) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Televisión pública y televisión privada*, Madrid, 1982, p. 292.

(94) SAINZ MORENO: *o. c.*, pp. 212-213.

(95) Este razonamiento llevaría a la afirmación de la inconstitucionalidad del Estatuto de la Radio y Televisión. Este tema, sin embargo, no se va a abordar aquí.

Considerar también como un límite de los derechos fundamentales y de las leyes que los desarrollan el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado no es conforme con la Constitución, ya que, como es obvio, tal libertad no constituye un derecho fundamental, no estando incluida, por tanto, en los límites que señala el artículo 20.4.º C. Para acabar este apartado se va a hacer referencia a un autor que ha sintetizado excepcionalmente lo que aquí se ha señalado diciendo que «si se piensa que la inevitable situación de oligopolio a que por exigencias técnicas (frecuencias disponibles), económicas (costes de instalación y explotación) y otras reducirá esa cacareada *libertad de empresa televisiva*, y que es un camino equivocado, en el que grupos de presión intentan ofrecer una imagen distorsionada de sus intereses particulares ocultos, es natural que sigamos centrandó las esperanzas en una generalización del derecho humano a ser informado más en el sector público (...) que en otras empresas privadas futuras» (96).

VI.4. *Televisión por satélite y derecho a recibir información*

El artículo 20.1.d) reconoce el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». La interpretación de este apartado es fundamental si se tienen en cuenta dos cosas:

- Que los satélites pueden emitir programas de televisión transfronteriza, como sucede, aunque sólo sea involuntariamente, con el «desbordamiento».
- Que los ciudadanos, si se les reconoce el derecho a «recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», pueden exigir su derecho a recibir no sólo la programación estatal sino también la extranjera.

Para quienes niegan la existencia de un derecho subjetivo a recibir información —así se ha dicho que «en relación con el contenido del derecho a la información hemos de significar que sólo bajo el primer aspecto, como derecho a emitir información, puede concretarse un derecho subjetivo de carácter constitucional. El aspecto pasivo se funda en la existencia de un interés colectivo a la información, pero en realidad constituye un mero reflejo del aspecto activo y como tal no es directamente accionable» (97)— el problema no existe, ya que el ciudadano no tiene ningún derecho subjetivo a recibir información. lo cual, como claramente se deduce del problema que se analiza, no parece una consideración de recibo.

La afirmación del derecho subjetivo de los particulares a *recibir* información se manifiesta claramente en relación con las emisoras de televisión

(96) GOROSTIAGA, Eduardo: *El Estatuto de la Radio y la Televisión*, Madrid, 1982, páginas 143-144.

(97) GALVEZ MONTES, Francisco Javier, en GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 268.

extranjeras que se reciben como consecuencia del «desbordamiento» de la emisión. O es que ¿puede prohibirse a los ciudadanos de Irún, pongamos por caso, recibir la programación francesa de televisión vía satélite, no teniendo éstos por su parte ninguna posibilidad de defensa y especialmente un derecho subjetivo para oponerse a la medida? La situación en otro orden de cosas se da también en la actualidad. Las zonas fronterizas con Francia y en especial las costeras pueden recibir los programas de la televisión francesa ordinaria con sólo incorporar a su televisión el sistema SECAM. ¿También se les puede prohibir a éstos esta actividad? Parece obvio que no. El Estado fronterizo emite su programación respetando las frecuencias y las normas internacionales que se han pactado. El ciudadano que recibe la programación ejerce su derecho a «recibir información»; en caso de que no se le permitiese la recepción de esta programación, piénsese por ejemplo que se prohíbe la importación de los elementos técnicos necesarios para la incorporación al receptor del sistema SECAM, estaría legitimado para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. En relación con la emisión directa vía satélite la solución parece que tiene que ser la misma. La forma de control en este supuesto la podría realizar el Estado limitando o prohibiendo la venta de las antenas parabólicas para así imposibilitar la recepción. Esto claro está en las emisiones que se reciben como consecuencia de ese «desbordamiento» técnico, siendo las emisiones en el idioma propio del Estado emisor.

Ahora se va a ampliar, sin embargo, un poco la problemática y así se plantea la siguiente cuestión: ¿qué sucede si ese desbordamiento se realiza no en el idioma del Estado emisor sino del posible receptor? O similarmente ¿qué sucede si el Estado fronterizo emite por encima de las frecuencias autorizadas, llegando a una parte considerable del otro Estado, que se da en denominar Estado receptor? En este último caso se puede afirmar que el Estado emisor no ha respetado las normas internacionales de reparto de frecuencias, aunque aquí se plantea otra cuestión, que es: las normas internacionales de reparto de frecuencias o que regulen estos temas pueden también ser tachadas de inconstitucionales si no respetan este artículo 20.1.d). En otras palabras, los Tratados internacionales también pueden ser declarados inconstitucionales precisamente por no respetar un derecho fundamental, el derecho a recibir información del artículo 20.1.d) C. Es decir, bajo la afirmación de que se están regulando las condiciones técnicas de las transmisiones televisivas no se puede limitar caprichosa o innecesariamente el derecho fundamental a recibir información, pues se provocaría la inconstitucionalidad de dicha regulación. Aquí se podría traer a colación la teoría de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado, ¿qué consecuencias traería el considerar el derecho a recibir información como un derecho de defensa frente a la actividad del Estado?

Si el derecho a comunicar libremente información significa para los ciudadanos el derecho a instalar su empresa televisiva privada, la consecuencia en relación con el tema del derecho a recibir información será, lógicamente, que los ciudadanos tienen un derecho de defensa frente a las actuaciones

del Estado que vayan en contra de este derecho. El ciudadano tendría, por tanto, derecho a recibir la información que considerase oportuna, provenga ésta de los medios estatales o por el contrario sea una emisión de las televisiones extranjeras. Esta teoría podría provocar las situaciones siguientes: el Estado fronterizo tiene autorizada la televisión privada con la posibilidad de emitir un porcentaje de propaganda. El Estado receptor sin embargo tiene prohibida la propaganda. De acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales como derechos de defensa el Estado receptor no podría impedir a sus ciudadanos recibir esa programación. Seguramente se acudiría a la teoría de la soberanía, gran vocablo al que se alude cuando otros argumentos fallan, pero que jurídicamente no encuentra aplicación posible. El artículo 20.4.º C. dice que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título» y la soberanía no es ciertamente ningún derecho fundamental. Por otra parte, como el derecho a emitir está concebido también como un derecho a disponer de su propia empresa de televisión privada y el derecho a recibir información significa que cada uno tiene derecho a recibir la información que considere oportuna, serán las reglas del mercado (art. 38 C.) las que den el dibujo definitivo del ordenamiento jurídico televisivo de ese Estado. Obviamente esta solución no es conforme con el texto constitucional y tampoco con las actuales funciones del Estado, con una concepción progresista de los derechos fundamentales y con el desarrollo tecnológico. Si se rechaza la teoría de que el derecho a recibir información *no* es ningún derecho subjetivo sustantivo —ésta por evidente— y se rechaza la concepción de los derechos fundamentales como simples derechos de defensa del particular frente al Estado, ¿qué interpretación, o mejor, qué alcance se da a ese derecho a recibir información? En otras palabras, ¿hasta dónde puede llegar el Estado haciendo Tratados internacionales que limiten la emisión de programas de televisión transfronterizos sin incurrir en inconstitucionalidad por ir en contra de un derecho fundamental, el derecho a recibir información?

La respuesta a esta pregunta es, obviamente, muy importante. Un ejemplo para ilustrarla no es ni mucho menos innecesario. La República Federal Alemana tiene un sistema de televisión por el cual ésta es una institución de derecho público. En la actualidad hay un proyecto en Luxemburgo, con participación de editoriales periodísticas alemanas, para emitir una programación en alemán hacia la República Federal Alemana mediante la creación de una empresa de televisión privada. La pregunta que se plantea es evidente: ¿podría la República Federal Alemana celebrar un Tratado con Luxemburgo para evitar esta actividad o pedir su supresión o realizar las actuaciones necesarias y posibles para impedir su recepción, dado que este programa trastoca el ordenamiento televisivo alemán tal como está hoy configurado?

Extrapólese la situación y, con la Constitución de 1978 en la mano respóndase a la pregunta. La solución no es indudablemente desde ningún punto de vista sencilla. El tema en definitiva no es otro que señalar los límites a que está sometido el derecho a recibir información, límites que justifiquen la realización de un tratado internacional por el Estado que evi-

te esa actuación o que le permita adoptar las medidas fácticas necesarias para evitarla. La respuesta que aquí se va a dar está en conexión, claro está, con lo que antes se ha dicho en relación con el derecho a emitir información. Este derecho a emitir información puede tener una regulación determinada, una organización dada que hace posible el acceso de las diversas opiniones e ideas existentes en ese Estado. *Esta normativa que integra el complejo jurídico que posibilita el derecho a comunicar libremente información será la que constituya el límite al derecho a la recepción de información a través de la programación televisiva transfronteriza.*

Con otras palabras, si la emisión transfronteriza afecta de tal modo al ordenamiento televisivo interno (ordenamiento que por definición se considera que faculta y posibilita el derecho a comunicar información a todos los grupos sociales significativos) que imposibilita o dificulta gravemente el derecho a comunicar información, con todas las consecuencias que esto conlleva —entre ellas la incidencia en la formación de la opinión pública—, entonces se puede afirmar que es lícito adoptar las medidas necesarias para evitar esa situación, defendiendo el sistema jurídico interno adoptado para la regulación de la actividad televisiva.

Finalmente ¿modifica la existencia de la televisión vía satélite la situación del medio, de tal modo que haya que reconsiderar lo que anteriormente se ha dicho en torno al debate televisión pública-televisión privada? Teniendo en cuenta los datos técnicos que se han barajado, hay que afirmar que la nueva tecnología no modifica la situación y las características del medio televisivo que han llevado a considerar como más conforme con la Norma fundamental la organización de la televisión como institución de derecho público —independientemente de ciertas formas de apertura a los entes privados, como se da mediante el modelo francés— ya que continúa existiendo una escasez de frecuencias y los costos de un satélite artificial para la televisión así como el mantenimiento del canal, son muy elevados.

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE
 Doctor en Derecho

BIBLIOGRAFIA

