

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA CREACION DE EMPRESAS INFORMATIVAS

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO

SUMARIO: I. EL DERECHO A CREAR MEDIOS DE DIFUSION COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL ART. 20.1 CE. 1. Del *derecho-fuente...* 2. ... al *derecho complejo*. II. CONCEPCION DOGMATICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CREAR MEDIOS DE DIFUSION. EL DERECHO DE LIBERTAD COMO NOCION PREFERENCIAL. III. LIMITES DE LA LIBERTAD DE ANTENA E INVERSION DE LA PREFERENCIA DOGMATICA. CONFIGURACION DE LA LIBERTAD DE ANTENA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL. 1. La especial situación de la televisión. Dominio público y foro público. 2. Dominio público y servicio público. El concepto de "televisión". 3. La declaración de la televisión como servicio público y el derecho a crear televisión. IV. LA TELEVISION COMO SERVICIO PUBLICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS NOVENTA. 1. La recuperación de la posición preferencial de la libertad de antena como derecho de libertad. 2. La constitucionalidad *sub conditione* de la televisión como servicio público. 3. Los derechos del art. 20.1 CE y el carácter esencial del servicio público de la televisión. V. LA LIBERTAD DE ANTENA COMO DERECHO DE LIBERTAD Y SU EFICACIA INMEDIATA. LA ORDENACION POSITIVA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA TELEVISION. 1. La potencial ejercibilidad directa de la libertad de antena y el servicio público de la televisión como sustracción de un ámbito de la esfera de libertad. 2. La obligación del legislador de realizar una ordenación positiva de la actividad

televisiva y el contenido esencial de la libertad de antena. VI. LA REGULACION DE LA GESTION INDIRECTA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA TELEVISION Y LA INCONGRUENCIA JURISPRUDENCIAL. 1. La LTVP y las "omisiones" del legislador. 2. La LTVP como "regulación del ejercicio", y no como "desarrollo" (ley orgánica), de la libertad de antena.

El presente trabajo tiene por objeto analizar los problemas constitucionales del derecho a crear medios de difusión y, más concretamente, de radio y televisión (libertad de antena), a la luz de las sentencias dictadas por nuestro TC en los años noventa. Más allá de su importancia como fallos que inauguran una nueva línea jurisprudencial en la resolución de casos relativos a "modalidades de televisión", según su ámbito (nacional o local) y modo de difusión (por cable o por ondas hertzianas), su interés radica en el planteamiento general que se hace del derecho a crear medios de difusión. El encuadramiento constitucional de este derecho, sus límites, la posición del legislador en su regulación, la relación entre servicio público y derechos fundamentales, etc., son algunas de las cuestiones que han sufrido cambios apreciables en su enfoque y que merece analizar (1).

La carencia de normas que disciplinasen la televisión privada obligó al TC a pronunciamientos incómodos y, salvo excepciones, elusivos, que aún hoy persisten. Los "favores" que el TC ha hecho al legislador no han sido correspondidos por éste. La consideración de que la implantación de la televisión privada no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política del legislador (STC 12/1982), la tomaron los diputados y senadores al pie de la letra, y tardaron seis años en decidirse a romper el monopolio público de la televisión (Ley de Televisión privada 10/1988 [LTVP]). El TC dio por buena esta ley (o sea, acorde con la CE), siempre que se entienda que es una ley parcial, relativa a la modalidad de televisión privada objeto de la misma (televisión de ámbito nacional por ondas hertzianas), y no como una ley global, para todo tipo de actividad televisiva privada (STC 127/1994). La injustificada ausencia de una ley sobre televisión por cable de ámbito local y la inexistencia de límites que fun-

(1) Pido disculpas de antemano por la abundancia de citas de mi libro *La libertad de antena, el art. 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990, pero como análisis global de este derecho y de la doctrina jurisprudencial del TC elaborada en los años ochenta tiene interés para comprobar la evolución producida en la misma en estos seis últimos años.

damenten la prohibición del funcionamiento de esta modalidad de televisión condujo al TC a declarar inconstitucional la situación creada por el silencio del legislador y amparar, aunque fuese con carácter provisional, el derecho a crear emisoras de ese tipo y alcance (STC 31/1994). Al poco tiempo las Cortes llenaron ese vacío con la Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por cable que, lejos de seguir los principios constitucionales que a juicio del TC deben presidir la regulación de la televisión, los contradice de manera expresa. Algo parecido sucede con la televisión por ondas hertzianas o terrestres de ámbito local. En este supuesto, a pesar del "vacío legislativo", el TC no ha concedido el amparo solicitado a quienes estaban transmitiendo sin una concesión (imposible de obtener con alcance local) (STC 88/1995). La conveniencia, aseverada por el TC, de que el legislador abordase tal regulación se materializó en la Ley 41/1995, de Televisión local por ondas terrestres, que adolece de los mismos defectos que la Ley 42/1995. No sería de extrañar que el TC tuviese de nuevo que enfrentarse a enjuiciar casos parecidos, aunque teniendo como fondo no la omisión del legislador, sino estas leyes, que impiden el ejercicio del derecho a crear medios de difusión y abortan el pluralismo.

Sin duda, el TC ha cambiado en estos últimos años el rumbo de la doctrina sentada en su primera decisión sobre la televisión privada (STC 12/1982). El mismo lo reconoce cuando afirma que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha evolucionado en los últimos años, marcando unas tendencias "a las que no puede dejar de ser sensible también este Tribunal" (STC 206/90, f.j. 6). Conviene advertir, no obstante, que continúa habiendo serias contradicciones en su doctrina y que el giro no siempre es para marcar otra dirección, sino para llegar muy cerca del punto de partida inicial. Los votos particulares a algunas de esas sentencias así lo atestiguan. Vaya en su descargo que se mueve en un terreno particularmente movedizo, como es el de la reglamentación de los medios audiovisuales de comunicación. De ahí que, si siempre se cura en salud el TC cuando solventa recursos de amparo, negando que se generalice sin más lo declarado para un caso concreto, aquí lo hace con mayor motivo, y no deja de insistir en que sus sentencias no pretenden ofrecer una respuesta indefinidamente válida; tan sólo contestar "al problema constitucionalmente planteado en el momento presente y en el estado actual de nuestro ordenamiento" (STC 88/1995, f.j. 5).

I. EL DERECHO A CREAR MEDIOS DE DIFUSION COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL ART. 20.1 CE

Nadie duda ya de que las libertades instrumentales del derecho a expresar libremente el pensamiento y del derecho a informar tienen una dimensión constitucional y que su existencia o su negación no es un asunto de mera legalidad. La cuestión no le pareció tan clara al TC en aquella Sentencia 12/1982. En ella se manifiesta una idea favorable a una amplia concepción de las libertades de expresión e información, capaz de incluir en su seno el derecho a crear medios de difusión. “No hay inconveniente en entender que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible” (f.j. 3); Y añade, “mas si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico político es el derecho a crear soportes o instrumentos de comunicación, este derecho, lo mismo considerado en general que como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos, presenta indudables límites” (f.j. 3). La advertencia de estos límites debiera confirmar el reconocimiento del derecho constitucional a crear medios de difusión. Por definición un derecho no puede tener límites que entrañen la desaparición del propio derecho; se supone que los límites que el legislador pueda establecer deben encaminarse a garantizar a todos el más amplio ejercicio del derecho, no a proclamar su negación.

Como tuve oportunidad de exponer en varias ocasiones (2) este planteamiento inicial se quiebra en la propia STC 12/1982 por flancos diferentes. De un lado, los “indudables límites” son, a juicio del TC, de tal naturaleza que se convierten en límites insuperables sin la previa intervención del legislador, lo que entraña en la práctica la negación del derecho en tanto no se produzca esa actuación positiva del legislador. De otro, y esto es mucho más llamativo si cabe, el TC se olvida de la incardinación “en principio” del derecho a crear emisoras de televisión en el art. 20.1 CE y acaba por sostener que se trata de un derecho autónomo, que no cabe deducir sin más de dicho precepto constitucional. La televisión privada “no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del art. 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una

(2) Véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena*, ob. cit., pp. 20 y ss. y *El régimen jurídico de la comunicación social en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 22 y ss.

decisión política que puede adoptarse dentro del marco de la Constitución por la vía de una ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20 (art. 81 CE)" (f.j. 6). En las sentencias de los años ochenta se siguió repitiendo esta doctrina con ligeras variaciones. El derecho a crear televisión pierde el nexo constitucional que *prima facie* se le reconoce con el art. 20.1 CE y se deja en manos del legislador la libertad de configurar por completo su contenido. La decisión es discrecional en cuanto al momento de su realización y, de llevarse a cabo, debe respetar en la organización de la televisión privada los principios constitucionales de libertad, igualdad y pluralismo, al objeto de preservar una comunicación pública libre.

1. Del derecho-fuente...

En un intento de hallar alguna coherencia en este contradictorio discurso del TC, pudiera entenderse que concibe las libertades sustanciales del art. 20.1 CE como *derechos-fuente*, de los que puede emanar el derecho a crear medios de difusión. En síntesis (3), cabría pensar que el TC está aplicando a estas libertades la idea de que junto a un contenido *necesario* (el derecho a expresarse y a informar libremente) existe otro *contingente* (el derecho a crear medios de comunicación), que, una vez establecido por libre decisión del legislador, se incorpora a aquél, o sea, al "propio, normal o primario" del *derecho-fuente*. Antes de la incorporación no hay derecho exigible alguno; sin embargo, una vez que el legislador regula una actividad como derecho instrumental que favorece el ejercicio de la libertad sustancial, se produce la incorporación al contenido constitucional del derecho y su lesión es recurrible en amparo. Obsérvese que esa incorporación se produce sólo si el legislador articula la libertad de antena como "derecho" a crear emisoras de televisión, o sea, como emanación de un *derecho-fuente*, pero no si decide implantar la televisión privada con arreglo a otros criterios (por ejemplo, mera gestión indirecta de un servicio público). Ahora bien, como el TC parte de la base de que "el principio general" deduci-

(3) Sobre la idea de *derecho-fuente* aplicada a las libertades sustanciales de expresión e información reconocidas en el art. 20.1 CE puede verse un más amplio estudio en F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 109 y ss., en las que se pone de manifiesto la insuficiencia de esta concepción en una interpretación constitucionalmente adecuada del art. 20.1 CE y la necesidad de una comprensión de aquellas libertades como "derechos complejos".

ble del art. 20.1 CE es el reconocimiento de la libertad instrumental, aunque sometida a “indudables límites”, debiera concluirse que, una vez tomada por el legislador la decisión política de regular la televisión privada —señal de que los límites han dejado de ser insuperables— ha de hacerlo como regulación de un *derecho* a crear medios audiovisuales de comunicación, restableciendo en su integridad aquel principio general. De lo contrario, este principio no surgiría *ex Constitutione*, sino de la discrecionalidad del legislador. Por tanto, si se aplica esta teoría del *derecho-fuente* a la concepción del TC de las libertades consagradas en el art. 20.1 CE, hay que sostener que la facultad de decisión política reconocida por el TC al legislador en materia de televisión privada alcanza a la decisión de implantar o no ésta; nunca a la decisión de si la configura o no como ejercicio del derecho a crear medio de difusión.

A nuestro juicio la teoría no es constitucionalmente adecuada, porque convierte en contenido contingente de los derechos del art. 20.1 CE lo que es contenido necesario. Las libertades sustanciales y las instrumentales del derecho a expresar el pensamiento y a informar por cualquier medio de difusión forman una endiádis, tienen un nexo inescindible que se ha de traducir en una concepción de las mismas como *derechos complejos* (4). No obstante, reconducir los criterios jurisprudenciales sentados en la STC 12/1982 a la teoría de los *derechos-fuente* tiene al menos la ventaja de desechar la idea de que el TC, con su interpretación del art. 20.1 CE ha extendido un cheque en blanco al legislador para que configurase a su antojo la televisión privada, sin vinculación directa con el derecho a crear medios de difusión. Lo cierto es que el legislador no lo entendió así y cuando por fin elaboró la Ley 10/1988, de televisión privada, el voto mayoritario de las Cámaras puso de manifiesto en los debates que la ley no pretendía ser desarrollo de ningún derecho. Además, en el Preámbulo de dicha norma se menciona como aval la STC 12/1982 cuando afirma que la implantación de la televisión privada “no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que podía adoptarse”, y en cambio no hay referencia al art. 20.1 CE.

La STC 206/1990 inicia su f.j. 6 reproduciendo aquel punto de partida de la STC 12/1982. Recuerda que el establecimiento de la televisión privada es una decisión política del legislador y distingue entre “derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE, y los

(4) Sobre el concepto de *derecho-complejo* y su aplicación a los derechos del art. 20.1 CE véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 116 y ss.

que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos”, al objeto de señalar que no se puede equiparar la intensidad de protección de unos y otros. Sin embargo, subraya que esa protección tiene en ambos casos alcance *constitucional*. La idea de que las libertades sustanciales de expresión e información comprenden “en principio” las instrumentales de creación de medios de difusión va más allá que en la STC 12/1982. Se reconoce como en ésta que “respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración...”, pero, se añade como condición, “*siempre que no restrinja su contenido esencial*” (STC 206/1990, f.j. 6). La referencia al contenido esencial no puede pasar desapercibida, porque ubica de nuevo en el plano constitucional la libertad instrumental. El legislador, si se decide a regular la televisión privada, no tiene sólo unos límites externos derivados del obligado respeto a otros derechos y valores concurrentes; se encuentra también con un límite interno, el contenido esencial de la propia libertad instrumental.

La STC 206/1990 plantea incluso la posibilidad de cuestionar, aunque sólo a efectos dialécticos, si la omisión del legislador al no regular la televisión local es constitucionalmente legítima, es decir, si está justificada y tiene un fundamento razonable (f.j. 8) y advierte que la calificación de la televisión como servicio público “no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica, pero que no puede en modo alguno eliminar” (f.j. 6).

2. ... al derecho complejo

A partir de esta sentencia el TC deja de mencionar que la regulación de la televisión privada es una decisión política del legislador y abre el camino para entender las libertades del art. 20.1 CE como *derechos complejos*, es decir, como libertades cuyo contenido primario o sustancial de expresión e información *necesita* para su efectividad de medios de comunicación. Al reconocerse que su ejercicio puede realizarse a través de *cualquier medio*, y no sólo por los indispensables de la palabra o el escrito (la hoja de papel), la disponibilidad jurídica del medio es un derecho implícito en el reconocimiento de aquellas libertades, al punto de que forman parte de su propia sustancialidad. Esta fusión se hace patente en las clásicas libertades de *prensa e imprenta*, en las que el medio es a la vez instrumento y sustancia de la libertad. El

derecho a crear medios de comunicación es, en su raíz, pieza inescindible de los derechos a expresarse libremente y a informar y su negación incide en el contenido esencial de éstos.

Así parece desprenderse de la STC 189/1991, si se hace abstracción de otros razonamientos que conducen a un fallo más que polémico, como queda de manifiesto en los tres votos particulares formulados sobre ella. Afirma el TC que “una legislación como la actual que impide, al no preverla, la emisión de televisión de alcance local y mediante cable podría ser contraria no sólo al art. 20 de la CE tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público” (f.j. 3). Esta inconstitucionalidad de la negación del derecho a crear Televisión local por cable dejó de ser mera hipótesis en la STC 31/1994, que marca un punto de inflexión en la materia.

En efecto, en el f.j. 5 de esta sentencia el TC recuerda su doctrina sobre el derecho a crear medios de comunicación en relación con las libertades del art. 20.1 CE y menciona una vez más la idea expuesta en la STC 12/1982, de que no hay inconveniente en admitir que las libertades sustanciales en él reconocidas comprenden “en principio” las libertades instrumentales a través de las cuales la difusión se hace posible. Sin embargo, en el f.j. 7 abandona el campo difuso propio de los *principios* y afirma como *regla* que la Constitución “al consagrar 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) CE] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE], *consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades*”. Tras señalar, en relación con este derecho instrumental, que el legislador goza de una mayor capacidad de configuración y que la legítima declaración de la televisión como servicio público puede justificar límites en los derechos del art. 20.1 CE, sentencia “*pero lo que no puede hacer el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20. 1 a) y d) CE, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho (...), no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 CE en*

su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable". La endiádis o relación inescindible entre las libertades primarias y las instrumentales contenidas en el art. 20.1 CE se pone aún más de manifiesto cuando se afirma "... ni en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad puede el legislador negarlos, por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados" (5). De la necesidad de la *interpositio legislatoris* "no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo (Sociedades de Televisión local por cable) no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20. 1 a) y d) CE" (f.j. 7) (6).

Esta Sentencia 31/1994 fijó los criterios de una gruesa línea jurisprudencial (SSTC 98/1994, 240/1994, 281/1994, 307/1994, 12/1995; y 47/1996). La STC 127/1994, pese a las incoherencias de su juicio sobre la constitucionalidad de la LTVP 10/1988, no se aparta en el aspecto ahora analizado de lo firmemente establecido en la STC 31/1994. "Esta importante y matizada distinción —pues no puede llegar a ser una separación— entre los derechos fundamentales garantizados por el art. 20.1 de la Constitución y los derechos a instaurar soportes, instrumentos o medios de comunicación indispensables para el ejercicio de esas libertades...".

"... Es, sin duda, cierto que los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales" (f.j. 4 B). Los votos particulares a esta Sentencia 127/1994 subrayan aún más este nexo para poner en evidencia aquellas incoherencias y fundamentar su disenso con el voto de la mayoría.

(5) El contraste con lo que se decía en la STC 74/1982 es evidente. El supuesto sobre el que versa es semejante al de la STC 31/1994 (televisión por cable de ámbito local). En su f.j. 3 aquella sentencia admite que esta modalidad de televisión no está sujeta a los límites atribuibles a una televisión por ondas hertzianas de ámbito nacional. "Sin embargo —razona en su f.j. 4—, el aspecto nuclear de nuestra anterior sentencia es que... la llamada 'televisión privada' no está necesariamente impuesta en el art. 20 de la CE... su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política..."

(6) Hay votos particulares especialmente clarividentes, en los que la disidencia es el encuentro anticipado con la razón del futuro, y tal sucede con el voto particular a la primera sentencia sobre televisión (STC 12/1982) formulado por el magistrado Francisco Rubio Llorente. Su lectura da idea de hasta qué punto la STC 31/1994 se inspiró en él.

II. CONCEPCION DOGMATICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CREAR MEDIOS DE DIFUSION. EL DERECHO DE LIBERTAD COMO NOCION PREFERENCIAL

Llegados a este punto, una cosa parece clara. El derecho a crear medios de difusión no es de estricta y exclusiva configuración legal. Su incardinación en el art. 20.1 CE le hace partícipe de las características propias de un derecho fundamental, con independencia de la mayor o menor libertad del legislador para concretar su contenido específico. El TC parece haber llegado a esta conclusión con gran esfuerzo y eso se nota no sólo en la cantidad de años que le ha costado cambiar el sentido de la STC 12/1982; también en la forma de encuadrar la posición del legislador a la hora de regular el derecho a crear medios de difusión, y es importante averiguar cuál es el fundamento de esa facultad del legislador para saber su extensión y sus límites.

Según se ha visto, el TC parte de la base de que no puede equipararse la "intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados en el art. 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos" y, añade, "respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial" (STC 206/1990, f.j. 5). Ahora bien, ¿por qué no puede equipararse la intensidad de protección de los derechos "instrumentales" a los derechos "primarios"? En principio, el ámbito de un derecho no comprende la garantía de los medios para su ejercicio, salvo los estrictamente indispensables. En el caso de las libertades del art. 20.1 CE es diferente; primero, porque este precepto garantiza las libertades sustanciales de expresión e información "por cualquier medio de difusión", no únicamente por los "indispensables" como la palabra o la hoja de papel (7). Además, la endiádis entre ambas liberta-

(7) Sobre el ámbito de protección del art. 20.1 CE a cualquier medio de difusión y no sólo a los idóneos o necesarios véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp 101 y ss. No deja de ser curioso que la STC 12/1982, que acaba afirmando que la implantación de la televisión privada es una decisión política del legislador, proclame que "no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible...", "este derecho (de crear soportes o instrumentos de comunicación), lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos, presenta indudables límites" (f.j. 3). Por contra, la STC 31/1994, que ampara el derecho a crear televisión por cable de ámbito local ante la omisión del legislador en la regulación de esta materia, declara

des convierte las libertades instrumentales en libertades propiamente sustanciales, como ya se dijo antes, en referencia a las libertades de prensa e imprenta. Estando integradas unas y otras en el art. 20.1 CE, habrá que explicar por qué tienen distinta protección y no dar por supuesto esa diferencia, como hace con total naturalidad el TC en sus sentencias sobre televisión (8). Por otro lado, llama la atención el que el TC cifre la distinta protección entre libertades primarias y secundarias en "la mayor capacidad de configuración" que respecto de estas últimas tiene el legislador. Una cosa es que un derecho fundamental sea de configuración legal y otra que goce, por esa sola circunstancia, de menor protección jurídica.

Para averiguar cuál es la posición del legislador y su margen de actuación en la regulación del derecho a crear medios de difusión es preciso analizar la naturaleza jurídica de los derechos reconocidos en el art. 20.1 CE, las concepciones dogmáticas que pueden hallar cobijo en su enunciado. Es línea común a la doctrina jurisprudencial entender los derechos fundamentales en su doble dimensión, subjetiva y objetiva. En el caso de las libertades de expresión e información se resalta la importancia que su ejercicio tiene para una sociedad democrática, en la que el pluralismo y la libre formación de la opinión pública son valores y principios capitales. Pero esa dimensión objetiva no ahoga la dimensión subjetiva. Al contrario, tales derechos son "ante todo" derechos de libertad y "necesaria premisa" de la opinión pública libre (STC 12/1982, f.j. 3). En la justificación de la declaración de la televisión como servicio público esencial se afirma en la STC 127/1994, f.j. 6 B, que con la intervención de los poderes públicos "se trata, no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la Televisión, sino también, y *sobre todo*, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar

que la CE al reconocer las libertades del art. 20.1 CE "consagra también el derecho a crear los medios *indispensables* para el ejercicio de estas libertades".

(8) En cambio, de la STC 77/1982, f.j. 1, relativa al derecho a editar y vender todos los días de la semana un periódico, no cabe deducir que la libertad de prensa tenga una protección constitucional menos intensa que la que tienen las libertades sustanciales de expresión e información. Véase nota 10.

eventuales injerencias de los poderes públicos *en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 CE*".

Este reconocimiento de los derechos del art. 20 CE como derechos *preferentemente* de libertad significa que el legislador no puede optar indistintamente por una concepción institucional o por una concepción subjetiva en el desarrollo normativo de los mismos, y esto vale no sólo para los derechos primarios, sino también para los derechos instrumentales. La STC 127/1994 no es coherente en su conclusión con este planteamiento que inicialmente sostiene y así lo ponen de manifiesto los votos particulares a ella formulados (9). Por tanto, la postergación de la dimensión subjetiva en beneficio de la objetiva es preciso justificarla.

III. LIMITES DE LA LIBERTAD DE ANTENA E INVERSION DE LA PREFERENCIA DOGMATICA. CONFIGURACION DE LA LIBERTAD DE ANTENA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL

En principio, todos los medios de comunicación deben estar sujetos a un mismo régimen jurídico y éste, en virtud, de aquella preferencia constitucional, ha de discurrir por las líneas maestras de los derechos de libertad, cuya máxima es la ausencia de injerencias por parte de los poderes públicos. En el caso de la prensa parece claro (10). Por lo que respecta a la radio y la Televisión el punto de partida ha de ser

(9) Sobre todo el del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer cuando afirma: "Este derecho a crear medios de comunicación o difusión *es en esencia un derecho de libertad en el que predomina su aspecto subjetivo, aunque en él cobre un importante relieve el aspecto objetivo propio de todos los derechos fundamentales*. Incluso puede aceptarse que esa libertad posee una vertiente de garantía institucional... Sin embargo, *los aspectos objetivos y aun los institucionales del derecho de creación de medios de difusión televisiva, no pueden alterar la naturaleza del derecho subjetivo de libertad que le es propia*."

(10) El TC considera que el derecho a editar y vender todos los días de la semana un periódico "no tiene por qué ser reconocido expresa y formalmente por la Administración, *ya que el mismo nace directamente de la Constitución española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo*. Y ello porque, *tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración*, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos" (STC 77/1982, f.j. 1). Sobre la diferencia entre el régimen jurídico de la prensa frente al de radio y televisión, véase SSTC 12/1982, f.j. 3; 206/1990, f.j. 6; y 119/1991, f.j. 5.

el mismo. Nadie pone en duda la “especial situación” de estos medios, que aparece mencionada en todas las sentencias, y la posibilidad e incluso necesidad de incluir en su régimen jurídico unas condiciones y límites injustificables en el caso de la prensa. “La radiodifusión y la televisión plantean, al respecto, una problemática propia y están sometidas en todos los ordenamientos a una regulación específica que supone algún grado de intervención administrativa, que no sería aceptable o admisible respecto a la creación de otros medios” (STC 206/1990, f.j. 6). Lo que se cuestiona es que por el hecho de que esa situación especial exista, el legislador se considere ya habilitado para abandonar aquel punto de partida y pueda adoptar la modalidad que él estime más idónea para preservar la formación de una opinión pública libre. El asunto central radica en que, a partir de esos condicionamientos ciertos, se llega a alterar la ubicación dogmática de aquella regulación. Su elaboración legislativa no se realiza bajo los parámetros de un derecho de libertad, sino, todo lo más, bajo los típicos de una garantía institucional; su enjuiciamiento por el TC en no pocas ocasiones ha seguido igual perspectiva, confundiendo libertad instrumental con libertad *serviente* (11) de una garantía institucional. Pero no siempre ha sido así y en las sentencias de los años noventa hay cambios significativos.

1. La especial situación de la televisión. Dominio público y foro público

La “problemática propia” de la radio y, sobre todo de la televisión tiene dos raíces que se entremezclan en su desarrollo. Una plantea la relación bilateral y vertical del individuo con los poderes públicos; la otra se refiere a la relación triangular del individuo con los demás miembros de la sociedad (lado horizontal) y con el Estado (lado vertical) en cuanto sujeto ordenador de esta relación social. La relación estrictamente vertical surge de la necesidad de los particulares de valerse del *dominio público* para ejercer la libertad de antena, sea el dominio público radioeléctrico (televisión por ondas hertzianas) o el subsuelo público (televisión por cable) y, además, en cuanto que la radio y la televisión están declaradas *servicio público esencial* de titularidad estatal, valerse de la correspondiente *concesión* (12). Inicialmente,

(11) Sobre esta concepción típicamente alemana de la libertad de antena como libertad *serviente*, véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 221 y ss., y bibliografía ahí citada. Sobre la incompatibilidad de esta concepción con nuestra Constitución, pp. 258-259.

(12) “Es claro que la actividad consistente en emitir radio y televisión está sujeta a

la idea de *dominio público* sirvió como argumento para justificar la reserva de la actividad radiotelevisiva al Estado y negar que hubiese un derecho a crear radio y televisión, al no estar al alcance del ciudadano los cauces de propagación de la emisión. Sin embargo, en la actualidad casi nadie se aferra a este fundamento, basado en una concepción dominical del dominio público. Aceptada la existencia de un derecho general a crear medios de comunicación, es preciso justificar la calificación de aquel espacio como dominio público y si esta calificación es compatible con el citado derecho. El dominio público representa un título jurídico de intervención que habilita a la Administración para disciplinar los bienes calificados como públicos de acuerdo con exigencias del interés general (13). Por supuesto, en un Estado democrático el procurar el más amplio ejercicio de los derechos fundamentales constituye una parte nuclear de esas exigencias. Quiere ello decir que, demostrado el interés general, la ordenación de dominio público debe regirse por este criterio funcional de la afectación del bien (14). Cuando están en juego derechos fundamentales, no es suficiente que el Estado exhiba un título de propiedad o dominio público. Es necesario demostrar que su régimen jurídico, lejos de ignorar tales derechos, los tiene en cuenta como principio de configuración. De ahí la conveniencia de que en relación con la libertad de antena y, en general, con las libertades públicas cuyo ejercicio precisa del uso del dominio público, éste se conciba como *foro público* (15) y en el contenido de aquéllas se incluya un *derecho al foro público*.

El TC no hace especial hincapié en el argumento del dominio público radioeléctrico, salvo para constatar la escasez de frecuencias radioeléctricas y el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico internacional que organiza el espacio radioeléctrico. Sin embargo, se observan algunas diferencias jurisprudenciales desde la STC 12/1982.

una doble concesión, la de gestión del servicio público y la demanial; dos actos administrativos, pues que, *de facto* se confunden en uno solo, ya que en virtud del principio de prevalencia del servicio público, la concesión de su gestión lleva consigo la del uso privativo del demanio radioeléctrico, y no al contrario" (STC 206/1990, f.j. 3).

(13) Véase R. PAREJO GAMIR y J. M.^a RODRIGUEZ OLIVER, *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976, p. 8.

(14) Véase, en este sentido, la STC 227/1988, f.j. 14.

(15) La doctrina del *foro público* es anglosajona y versa fundamentalmente sobre el derecho al uso de espacios públicos para el ejercicio de libertades públicas (sobre todo, las de expresión, reunión y manifestación). Una síntesis de la doctrina y la aplicación de ésta al dominio público por el que se propagan las ondas radioeléctricas o se extiende el cable, puede verse en F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena*, ob. cit., pp. 169 y ss.

En las sentencias de los años ochenta se utiliza como un elemento más para fundar la idea imperante en la época de que el acceso al espacio radioeléctrico o al subsuelo público para emitir por medios audiovisuales es una decisión política del legislador. Por contra, en las de los noventa el argumento se emplea como título de intervención de los poderes públicos para impedir el uso de demanio cuando su disponibilidad sea escasa y, además, como refuerzo del fundamento constitucional de la calificación de la televisión como servicio público (16).

En efecto, el dominio público deja de ser título suficiente para excluir de su ámbito los derechos fundamentales y el TC condiciona su empleo con esa consecuencia prohibitoria cuando las limitaciones técnicas del uso del dominio público hagan indispensable la previa regulación legislativa del medio. Por esta razón, según el TC, no se amparó la utilización del espacio radioeléctrico por emisoras de televisión local (STC 89/1995, f.j. 7), a diferencia de lo resuelto en la STC 31/1994, que falló en favor de emisoras de televisión local por cable, "puesto que dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación". Sin embargo, es importante subrayar que el planteamiento dogmático de la libertad de antena es muy distinto en una y otra sentencias y, por tanto, el diferente resultado al que se llega no es sólo fruto de las diferencias entre ambos tipos de dominio público (radioeléctrico y subsuelo). En uno y otro casos los demandantes carecían de concesión para transmitir, imposible de obtener al no haber regulación legislativa al respecto; no obstante, la STC 31/1994 adopta como punto de partida el derecho a crear medios de comunicación como derecho de libertad (dentro de la concepción de las libertades del art. 20.1 CE como *derechos complejos*), y él es el parámetro de enjuiciamiento de todo lo demás, incluido el silencio del legislador. Así, el dominio público terrestre se funcionaliza y lo interpreta al modo del *foro público* anglosajón y la ausencia de una regulación positiva sobre la materia la considera a la luz del principio general de los derechos de libertad (ejercibilidad inmediata).

Por contra, la STC 89/1995 inicia su fundamentación desde la consideración del dominio público como título que excluye de su ámbito el ejercicio de los derechos fundamentales cuando el legislador estima indispensable una previa regulación del mismo y, además, esa estimación se presume en la declaración de dominio público salvo que judicialmente se declare lo contrario; los derechos fundamentales sólo

(16) Además de la STC 189/1991, f.j., cfr. STC 127/1994, f.j. 6 B.

“incorporan” a su contenido aquel campo dominical cuando así lo decida el legislador. La pasividad de éste no puede conllevar el ejercicio “inmediato” del derecho, porque falta el previo reconocimiento legislativo de que esa actuación sea “ejercicio” de un derecho (concepción de la libertad de antena como emanación de las libertades del art. 20.1 CE entendidas como *derechos-fuente*).

2. Dominio público y servicio público. El concepto de “televisión”

Por lo que respecta a la relación entre dominio público y servicio público, su vinculación tiene un sentido recíproco. Por una parte, se emplea un concepto dominical del demanio para explicar la reserva natural de la actividad radiotelevisiva en manos del Estado y su configuración como servicio público; pero, de otra, la regulación jurídica del demanio puede ver comprometida su legitimidad en la medida en que se cuestione la regulación del servicio público de la televisión. Sobre esta segunda parte de la relación recíproca entre dominio público y servicio público se abundará más adelante. Ahora conviene, aunque sea brevemente referirse a la primera para dejar constancia de su plasmación en la Ley 31/1987, de Ordenación de las Comunicaciones (LOT). Tras declarar la televisión como servicio esencial de difusión (arts. 2 y 25.2, 1.º párrafo) y definir con gran amplitud la noción de televisión (art. 25.2, 2.º párrafo) (17), excluye del concepto la emisión o transmisión de imágenes realizadas en instalaciones que sin conexión a redes exteriores *y sin utilizar el dominio público* presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios (...) o en una manzana urbana de fincas colindantes (art. 25.3). Con tal criterio el legislador trata de delimitar el concepto de “vídeo comunitario”, considerando que no son tales los que no cumplen alguno de esos requisitos y, más concretamente, los que se valen del dominio público subterráneo. La STC 189/1991 resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre este precepto y estimó que las condiciones para diferenciar una y otra actividades son “suficientes” y “objetivas” (f.j. 4). Por contra, el voto particular del magistrado Rubio Llorente fundamenta su discrepancia en que el criterio del uso o no del

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

dominio público, puede ser objetivo, pero es absolutamente irrazonable y vulnera el principio de igualdad, ya que no hay congruencia entre el criterio de diferenciación y el fin sostenido por la norma. Si, además, de esa injustificada distinción se deriva la prohibición de hecho de la televisión por cable de ámbito local, al no haber sistema concesional del servicio, el resultado es la violación de las libertades del art. 20 (libertades de expresión e información) y del art. 38 (libertad de empresa) de la CE.

El meollo del asunto no está, como pudiera parecer, en formular un concepto más amplio de vídeo comunitario. Aunque se suprima el criterio del dominio público, el problema de fondo subsistiría, porque la cuestión de fondo no está en la definición de *qué es televisión* (y qué no), sino en la declaración de *qué es la televisión* (¿servicio público toda ella o sólo parte, según su ámbito, contenido y medio de difusión?). La propia STC 189/1991, f.j. 4, lo pone de manifiesto: “Sin embargo, la limitación que nace del art. 25.3 de la LOT encuentra su fundamento “en la consideración de que la emisión de imágenes que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada de servicio público de difusión... Así pues, la pretendida limitación a la libertad de expresión a través de este singular medio de difusión *no proviene de la utilización del dominio público, sino de la calificación de la televisión por cable como servicio público.*” La pregunta no es ¿por qué no se extiende el concepto de vídeo comunitario a aquellas transmisiones vecinales que usan el dominio público?, sino ¿por qué esa actividad audiovisual, llámese vídeo comunitario o televisión local por cable, cuando usa el dominio público es de inmediato calificada legalmente como servicio público? (18). Si el criterio de la ley es correcto, y así lo avala la sentencia, ¿cómo explicar la calificación de una actividad como servicio público en función de que un cable atraviese o no una vía pública?, ¿y cómo explicar sus consecuencias, esto es —dicho en palabras de aquel voto disidente—, “la absoluta permisividad con la que se admite la televisión por cable fragmentada en manzanas y la total prohibición de esta misma actividad en cuanto cruza la calle”?

(18) Sobre la necesidad de definir los vídeos comunitarios como “vídeos domésticos” frente a los “vídeos gestionados por terceros”, que constituyen, en realidad, una modalidad de televisión por cable de ámbito local, Véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, «El Tribunal Supremo y los vídeos comunitarios», *Poder Judicial*, n.º 9, 1988, pp. 115 y ss.

3. La declaración de la televisión como servicio público y el derecho a crear televisión

El dominio público del espacio radioeléctrico suministra, además, uno de los argumentos tenidos hasta hace poco como más sólidos para justificar la declaración de la televisión como servicio público e incluso su monopolio estatal: la escasez de frecuencias. El dato es importante, porque sitúa en terrenos mucho más seguros a aquella declaración. La relación vertical, bilateral, entre el individuo y el Estado, en la que la libertad de antena y el servicio público de la televisión aparecen en polos opuestos, deja paso a una relación triangular, en la que el servicio público ya no se presenta como pura manifestación del poder público sobre una materia propia a la que en principio no tienen acceso los ciudadanos; por contra, aquella escasez justifica la intervención estatal, para garantizar que la limitación de medios revierta en beneficio de "todos" y no de unos pocos. El servicio público aparece, así, como el instrumento idóneo para organizar la actividad televisiva. No es una injerencia en los derechos fundamentales, sino *presupuesto* para que los mismos estén garantizados.

Al no poder articularse esa garantía como derecho subjetivo de todos a crear medios de comunicación, la libertad de antena se configura como garantía institucional; el objeto directo de protección lo constituye el previsible resultado de su hipotético ejercicio como derecho subjetivo, esto es, el pluralismo y la formación de una opinión pública libre. La preferencia constitucional de la concepción subjetiva sobre la objetiva o institucional se invierte por completo, al punto de que el derecho a crear televisión virtualmente desaparece. A partir de aquí, la relación deja de ser triangular y vuelve a ser bilateral, pero ya no entre el Estado y cada uno de los ciudadanos, titulares de derechos fundamentales, sino entre aquél y la colectividad. La legitimidad del servicio público de televisión termina por desvincularse de su punto de partida, la imposibilidad de que todos puedan acceder al ejercicio del derecho a crear medios radiotelevisivos; su fundamento estriba en que con él se garantiza aquella institución, la opinión pública libre, esencial en una sociedad democrática.

Las sentencias de los años ochenta se caracterizan por enmarcar al servicio público de la televisión en esta relación bilateral y por aceptar que ése es el marco elegido por el legislador. Habida cuenta de que se presume que el servicio público de la televisión tiene ese legítimo fin garantista, la organización de su gestión es cosa secundaria y, si el legislador decide implantar una gestión indirecta privada, no tiene por

qué hacerlo como regulación del ejercicio de la libertad de antena; basta con que se oriente con igual finalidad a la que debe presidir la gestión directa.

IV. LA TELEVISION COMO SERVICIO PUBLICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS NOVENTA

En la jurisprudencia de los años noventa se debate la constitucionalidad del servicio público de la televisión y, aunque el juicio es positivo, cabe destacar dos hechos importantes. En primer lugar, en ellos se advierte al legislador de que el título de servicio público no autoriza cualquier acto de intervención ni presupone que su actividad esté organizada para el fin que lo justifica y, en segundo lugar, pero no por ello menos importante, se apunta el imperativo constitucional de restablecer aquella relación triangular, de manera que el derecho a crear medios de comunicación (relación Estado-ciudadano) no debe quedar vacío de contenido, ni en relación con otros derechos de los demás ciudadanos (relación horizontal), ni en relación con la garantía de una opinión pública libre (relación Estado-colectividad). Por tanto, se produce un cambio dogmático significativo. Se retoma el marco constitucional de la libertad de antena como derecho de libertad, cuyas limitaciones es preciso razonar adecuadamente. Se mantiene la legitimidad constitucional de la *declaración* de la televisión como servicio público, pero sólo tras comprobar previamente su compatibilidad con los derechos fundamentales del art. 20.1 CE, y se cuestiona la legitimidad de la *regulación* del servicio público de la televisión, en cuanto sus lagunas, vacíos u omisiones puedan entrañar una violación de tales derechos. Veamos esta evolución con más detalle.

1. La recuperación de la posición preferencial de la libertad de antena como derecho de libertad

La STC 206/1990 reproduce en gran parte los argumentos de las sentencias de la década precedente: "La calificación de servicio público, es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad." Establece, pues, la presunción de legitimidad de la declaración legislativa de la televisión como servicio público. Sin embargo —y ahí

comienza el giro antes anunciado—, aquella calificación “no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica, pero que no puede en modo alguno eliminar” (f.j. 6).

Los derechos en juego no son los derechos sustanciales o primarios del art. 20.1 CE ejercibles *dentro* de los medios ya constituidos, ya que la *publicatio* en sí no los limita y sacrifica, salvo que se imponga la censura en los programas o se impida injustificadamente el acceso a sus emisiones. Los derechos que en realidad sufren la *publicatio* son los primarios *en cuanto* ligados a los de carácter instrumental, o sea, el derecho a crear medios de comunicación para poder difundir pensamientos, información, cultura, etc. La posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del “monopolio público de la televisión” o la de los límites que establezca la regulación de una “gestión privada del servicio” (19) no tiene sentido cuando se parte de la idea de que el servicio público nace para proteger los derechos “de la colectividad”, traducidos en la susodicha garantía institucional. En cambio, sí lo tiene cuando se entiende que no es suficiente fundamento de legitimidad esta finalidad del servicio y que es preciso averiguar si la *publicatio* constriñe de forma justificada el derecho fundamental a crear medios de comunicación y si cabe hablar de justificación cuando lo que se establece no son límites, sino la prohibición de la actividad en que consistiría su ejercicio. De ahí que la STC 206/1990, f.j. 8, acabe preguntándose, aunque sea de forma retórica, si la virtual exclusión de una modalidad de televisión, por no haberla regulado el legislador, es constitucionalmente legítima.

Se ha criticado en no pocas ocasiones la esterilidad del debate sobre la configuración de la televisión como servicio público (20), y, ciertamente, lo es si no se pone en duda los derechos fundamentales

(19) “Los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan sólo al ámbito de frecuencias, sino también a las necesidades y costes de infraestructura para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezca la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad igualdad y pluralismo” (STC 206/1990, f.j. 6).

(20) Últimamente, en J. GARCIA ROCA, *Límites constitucionales al Legislador de la Televisión*, *Administración de Andalucía* (revista andaluza de Administración Pública), n.º 24, 1995, pp. 11 y ss., especialmente, 34-35.

que están implicados. Para acudir al mismo ejemplo utilizado en la STC 127/1994, f.j. 6 B, sobre la LTVP, "la naturaleza de la autonomía universitaria como derecho fundamental no (excluye) las limitaciones propias del servicio público que es en nuestro ordenamiento la educación superior en la Universidad... y que tal calificación no (es) obstáculo para la libertad académica". Aparte de otras consideraciones sobre la distinta naturaleza jurídica de los derechos del art. 27 y del art. 20.1 CE (21), el problema está en que, en el caso de la televisión, el título de servicio público se emplea como fórmula de reducción del ámbito del derecho a crear medios de difusión, de modo que el contenido de éste no pueda extenderse al campo previamente delimitado por la calificación de servicio público. El régimen jurídico de la televisión en España, cualquiera que sea la ley sobre la materia que se analice, responde a este criterio y buena muestra de ello es que la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que se utilice, ni del ámbito territorial de emisión, ni de los contenidos que se transmitan y, por supuesto, sin reconocimiento ni mención alguna del derecho de libertad de antena.

2. La constitucionalidad sub conditione de la televisión como servicio público

La STC 189/1991 da un nuevo giro a la tuerca movida ya en la STC 206/1990. Su conclusión es decepcionante, pues ya se ha dicho que el TC siempre se ha mostrado especialmente escurridizo a la hora de amparar el derecho a crear medios de difusión y, sobre todo, de hacer pronunciamientos de inconstitucionalidad de leyes reguladoras de la televisión. Sin embargo, el hecho de que se comporte de esa manera da idea del esfuerzo que despliega para pronunciar cada vez mayores reparos y condiciones a la regulación del servicio público sin que acaben por fundamentar un fallo de inconstitucionalidad de las leyes en cuestión (22).

(21) Véase al respecto, F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena*, ob. cit., pp. 200-201.

(22) Incluso cuando otorga el amparo a los emittentes de televisión local por cable (STC 31/1994), el TC huye de plantear la autocuestión de inconstitucionalidad, con razonamientos de escasa congruencia. En la STC 189/1991, f.j. 3, afirma que el art. 25.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones pudiera ser inconstitucional *por impedir, al no preverla*, aquella modalidad de televisión, pero no entra en el asunto al no haberlo planteado el juez en la cuestión de inconstitucionalidad que plantea. En cam-

En dicha sentencia se sostiene que las declaraciones precedentes del TC sobre el servicio público “no implican necesariamente, ni pretender significar (*sic*), que las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público, sirvan también para justificar dicha calificación cuando la actividad de difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable, pues no cabe excluir que motivos técnicos o de otro tipo no bastarán para legitimar la declaración como servicio público de una televisión de estas características” (STC 189/1991, f.j. 3). Obsérvese que siembra la duda sobre la legitimidad constitucional de la calificación de la televisión local por cable como servicio público, al margen de su regulación concreta. La forma retórica con que comienza el párrafo siguiente al antes transcrito así lo corrobora: “Pero, *incluso admitiendo en hipótesis la legitimidad constitucional de la configuración de la televisión por cable como un servicio público*, este Tribunal ha declarado que dicha calificación no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación de la misma...” (f.j. 3). Bajando de la hipótesis a la regulación concreta, pero sin salirse del terreno especulativo, afirma “... lo que significa que una legislación como la actual que impide, al no preverla, la emisión de televisión de alcance local y mediante cable podría ser contraria no sólo al art. 20 de la CE, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público” (f.j. 3). La calificación de la televisión en bloque como servicio público, sin distinción de ámbito y medio de transmisión, parece que comienza a estar bajo sospecha; su regulación jurídico-positiva, bajo amenaza de inconstitucionalidad. Sin embargo, estas previsiones no llegan a confirmarse.

La STC 31/1994 es de una gran osadía en su resultado (por primera vez ampara las televisiones locales por cable en tanto no haya una regulación sobre la materia), pero es más cauta que la STC 189/1991 en el juicio sobre la legitimidad de la calificación de la televisión como servicio público, y en su f.j. 7 reproduce lo ya asentado en fallos precedentes: “En virtud de la configuración constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, *cualquiera que sea la téc-*

bio, en la STC 31/1994, f.j. 3, el TC otorga el amparo por considerar que dicho “vacío legislativo” impide a los demandantes la actividad de esa modalidad de TV, pero no estima que la lesión tenga su origen en la aplicación del mencionado art. 25.2 y, por tanto, la Sala no eleva al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad sobre este precepto.

nica empleada y el alcance de la emisión (23), los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos." Eso sí, afirma con gran contundencia dos datos de suma importancia sobre los que luego se volverá. Uno, que esos derechos objeto de limitación son derechos de libertad y otro que la limitación no puede convertirse en negación.

Sin duda, la STC 127/1994 es la que más se explaya en consideraciones sobre la legitimidad constitucional de la declaración de la actividad de la radio y televisión como servicio público. Relativiza este concepto y, para no caer en debates doctrinales sobre su contenido y fines, apunta al núcleo del asunto: la compatibilidad o no de dicha declaración con los derechos fundamentales. "La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, *en sí misma* y sin necesidad de mayores razonamientos a la Constitución; ningún precepto constitucional la impide expresa o tácitamente. Es pues una opción entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador" (f.j. 6 B). En relación con el art. 128 CE, considera que cuando este precepto permite a la ley reservar al sector público "recursos" o "servicios esenciales", no equipara los "servicios esenciales" de una comunidad únicamente a sus "recursos" naturales o económicos; en él, quedan comprendidos también "los servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública".

3. Los derechos del art. 20.1 CE y el carácter esencial del servicio público de la televisión

Es de destacar que, para el TC, el carácter de servicio "esencial" de la radiotelevisión no deriva de si su actividad tiene naturaleza económica o no, sino de la *naturaleza de su relación con derechos del art. 20.1 CE y valores fundamentales* (24). Ahora bien, este carácter "esencial" no con-

(23) En realidad, es la primera vez que expresamente se menciona la legitimidad del servicio público de la televisión "cualquiera que sea *el alcance* de la emisión". En este f.j. 7 no se dice exactamente lo mismo que en el f.j. 5, que afirma lo ya sostenido en la STC 189/1991, f.j. 3: legitimidad de aquel servicio *sin distinción del medio técnico* que utilice *ni de los contenidos* que transmita. Pero, en lo que respecta al *alcance*, esta STC 189/1991, según se acaba de ver en el texto, pone en duda la constitucionalidad del servicio público de la televisión cuando su cobertura es local y por cable.

(24) La dimensión comercial de la radio y televisión, su gestión con ánimo de lucro

vierte sin más la actividad radiotelevisiva en “servicio público” esencial; sólo es una condición para poder publicarla. Habrá, pues que saber si aquella relación que mantiene la radiotelevisión con los derechos del art. 20.1 CE no queda dañada por la *publicatio* y el poder de injerencia que comporta y, en definitiva, averiguar si aquella compatibilidad es posible (25).

La duda la resuelve de inmediato el alto Tribunal: “*La calificación de la televisión como servicio público no configura una insoslayable amenaza para los derechos del art. 20.1 CE (...) hasta el punto de cercenar su ejercicio o impedir la incorporación de las transformaciones técnicas operadas en la materia de radiodifusión, de frenar la evolución social y tecnológica sobre la que esos derechos fundamentales se proyectan*” (f.j. 6 B).

No obstante, advierte algo de suma importancia para comprender las condiciones de la legitimidad de dicha calificación: “*La asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata, no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos, sino también y, sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los*

no ensombrece la vinculación de su actividad con las libertades de expresión e información (STC 181/90, f.j. 3). Más bien la libertad económica implicada (la libertad de empresa como derecho fundamental y como garantía institucional) y la posibilidad de la declaración de esa actividad como servicio público están limitadas y condicionadas por la posición preferente de las libertades de expresión e información, en las que está incluida la libertad de antena. Véase al respecto F. J. BASTIDA, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 81 y ss.

(25) Este enfoque del problema ya se había adelantado en mi libro *La libertad de antena*, ob. cit., pp. 198 y ss., si bien para sostener luego, cosa que no comparte el TC, que aunque toda la actividad radiotelevisiva pueda considerarse “esencial” desde el punto de vista de su relación con los derechos del art. 20, no es posible declarar a *toda ella* “servicio público”, y que además es dudoso que este instrumento sea el más idóneo para regular el ejercicio de derechos de libertad como los del art. 20.1 CE. Muy crítico con la calificación de la televisión como servicio público y con la compatibilidad que establece la sentencia entre el art. 128 y el art. 20.1 CE se muestra el voto particular del magistrado Gabaldón López.

derechos fundamentales suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 CE. Desde esta perspectiva, las limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (art. 7.1 LOT) son un refuerzo de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad de condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado, cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional” (STC 127/94, f.j. 6 B). Este largo párrafo permite abordar en su conjunto la respuesta a una pregunta que se viene arrastrando a través de estas ya excesivas páginas, y que es la que se hacían los demandantes de amparo ante el TC. ¿Cuál es el contenido del derecho constitucional a crear medios de comunicación radiotelevisivos cuando esta actividad está declarada servicio público?

V. LA LIBERTAD DE ANTENA COMO DERECHO DE LIBERTAD Y SU EFICACIA INMEDIATA. LA ORDENACION POSITIVA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA TELEVISION

El reconocimiento jurisprudencial de que el art. 20.1 CE “comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible” se convierte en un brindis al sol cuando se concluye que la implantación de la televisión privada es una decisión política del legislador. Pero ya se ha visto que en las sentencias de los años noventa el TC considera que lo que es de libre decisión legislativa es el configurar como servicio público la televisión, no privar a los ciudadanos de un medio de ejercicio de un derecho. Así pues, la libertad de antena existe y, además, se reconoce su dimensión subjetiva, que no queda diluida en la garantía de su dimensión objetiva institucional. La especial situación de la radio y televisión justifica el que la actividad radiotelevisiva se someta a una previa ordenación legislativa, de la que puede nacer un régimen autorizador o concesional para organizar el acceso al medio; por tanto, esa situación especial justifica ésta y otras limitaciones de la libertad de antena, inaceptables para un medio que no está en tal situación como puede ser la prensa. ¿En qué queda el contenido de la libertad de antena?

1. La potencial ejercibilidad directa de la libertad de antena y el servicio público de la televisión como sustracción de un ámbito de la esfera de libertad

Cuando se aprueba la CE la televisión ya está concebida como servicio público reservado en exclusiva al Estado y directamente gestionado por él y esta realidad jurídica distorsiona el análisis constitucional del derecho a crear televisión. Lejos de desvanecerse, la confusión aumenta cuando en relación con la efectividad de este derecho se esgrime el ejemplo de la radio, declarada servicio público, pero que no impide su gestión por particulares (26). Desde la perspectiva del art. 20.1 CE lo importante es saber si la regulación de la radio contempla esa gestión indirecta como ejercicio de un derecho fundamental o, por el contrario, como una opción política del titular del servicio, y lo mismo cabría decir ahora de la regulación de la televisión privada.

La STC 119/1991 es un claro ejemplo de cómo a partir de una realidad jurídica en la que la actividad de televisión está *por ley* sustraída a los particulares se extrae como conclusión que el art. 20 de *la Constitución* no comporta un reconocimiento directo de un derecho a emitir sin licencia, ni permite invocar una actuación inicialmente libre, ni impone especiales límites al legislador para regular la actividad constitutiva de este supuesto derecho. En su f.j. 5 sostiene que es una premisa constitucionalmente inaceptable entender que del art. 20 CE “se derivaría el reconocimiento directo de un derecho a emitir sin necesidad de intervención administrativa alguna, ni, por tanto, de obtención de licencia, autorización o concesión, considerándose excepcional que por parte de la ley, si el legislador lo estimase oportuno, pudiera sujetarse esa libertad a eventuales limitaciones o restricciones. Sin embargo, como demuestra además la experiencia comparada, esto no es así, entre otras razones por la ‘limitación del medio por razones tecnológicas y la utilización de bienes de posibilidades reducidas de utilización’ que no permite invocar ‘una actuación inicialmente libre’ (STC 79/1982, f.j. 3)”. Con anterioridad la STC 206/1990 se pronunciaba en parecidos términos: “Sin embargo, en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento de un derecho directo. Y desde luego del art. 20 CE no nace directamente un

(26) Esta confusión está incluso en sentencias como la 127/1994, que afirman la compatibilidad de la declaración de la televisión como servicio público con el derecho a crear televisión. Una cosa es la compatibilidad del servicio público de radiodifusión con su gestión indirecta (f.j. 6 A) y otra distinta la compatibilidad de este servicio y su gestión indirecta con la libertad de antena (f.j. 6 B).

derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local." Incluso una sentencia tan clara en su enjuiciamiento del servicio público de la televisión como la STC 127/1994 incurre en tal confusión, quizá por querer demostrar lo indemostrable, la coherencia de la doctrina jurisprudencial sobre la materia. En su f.j. 5 A, tras señalar los cambios técnicos y sociales que impulsaron cambios en la justificación de los límites que supone la *publicatio*, afirma "en cualquier caso, un límite (*sic*) cierto a cuanto precede es que del art. 20 CE 'no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir'" (STC 206/1990).

El punto de partida es erróneo; se imputa al contenido del art. 20 CE un efecto excluyente que, en realidad, no surge de ningún precepto constitucional, sino del legislador. Del art. 20 CE nace directamente el derecho a crear medios de difusión sin exclusión de ninguno. Es un derecho *ex Constitutione*. Como derecho que es *de libertad*, en principio, no requiere para su ejercicio más que la disponibilidad material del medio, sin injerencias de los poderes públicos; en principio, pues, es ejercible directamente. Por tanto, no es cierto que, de entender reconocida en la CE la libertad de antena, ésta deba ejercerse "en el marco de la *imprescindible* regulación legal", como afirman muchas sentencias. La apropiación por el Estado de medios de transmisión de la comunicación es inconstitucional, salvo que esté justificada por la salvaguardia de otros derechos y valores constitucionales. La declaración del espacio radioeléctrico como dominio público o la del subsuelo cuando afecte a los derechos del art. 20 es, por tanto, una *sustracción legislativa* de un campo de actividad que inicialmente está dentro del derecho general de libertad de los ciudadanos, y lo mismo cabe decir sobre la declaración de servicio público que recae sobre actividades de difusión del pensamiento e información. En consecuencia, esta sustracción o esta declaración, hechas por el legislador, y no por el art. 20 CE, son las que "impiden invocar una actuación inicialmente libre", o sea, la causa de que el derecho fundamental a crear medios de comunicación *deje de ser* directamente ejercible, y esa causa debe justificarse. La "*imprescindible interpositio legislatoris*" no es condición para el nacimiento del derecho a crear medios de comunicación, aunque sí para su ejercicio concreto. El carácter "*imprescindible*" se torna así en obligación del legislador; cuando su actuación organizadora es necesaria para hacer posible un ejercicio ordenado del derecho; es "*imprescindible*" que la lleve a cabo para seguir justificando aquella sustracción; de lo contrario, la pasividad del legislador se queda en un puro acaparamiento de poder social por el Estado y pierde todo tipo de justificación.

El derecho a crear televisión no altera su naturaleza de derecho de libertad por el hecho de que, tras la *publicatio* de la actividad o del medio de propagación, sea necesaria la intervención legislativa. No se diluye en una simple garantía institucional, ni cobra una dimensión prestacional (27). No se trata de que los poderes públicos organicen la *disponibilidad material* de medios para que todos puedan tener un acceso efectivo al ejercicio de la libertad de antena. Lo que se debe organizar es la *disponibilidad jurídica* de esos medios, lo que se traduce, como ya se ha visto, en la conveniencia de un tratamiento jurídico del dominio público como *foro público*, de suerte que se pongan las menores trabas posibles para el acceso al mismo (caso del subsuelo público) y, si lo publicado es técnicamente limitado (caso del espacio radioeléctrico) el legislador debe establecer el procedimiento adecuado para que el concurso de acceso a las radiofrecuencias se haga en condiciones de igualdad (28).

2. La obligación del legislador de realizar una ordenación positiva de la actividad televisiva y el contenido esencial de la libertad de antena

Las SSTC 31/1994 y 127/1994 (29) sientan estos criterios acabados de mencionar (véase el largo párrafo antes transcrito de este fallo, f.j. 6 B). Sitúan el derecho de libertad de antena en el centro de toda la argumentación y entienden que el legislador *está obligado a regular* la televisión privada en todas sus modalidades (30). La primera intervención del

(27) Sobre la dimensión prestacional de ese derecho, véase J. GARCIA ROCA, *Límites Constitucionales al Legislador de la Televisión*, ob. cit., p. 40.

(28) Sobre la razón de la no ejercibilidad inmediata de la libertad de antena, y sobre el *numerus clausus* de las frecuencias y la necesidad de arbitrar cauces procedimentales para el acceso a la disponibilidad jurídica del medio en condiciones de igualdad, véase en términos muy semejantes a los de la STC 127/1994, F. J. BASTIDA FREIJEDO, ob. cit., pp. 136 y ss., y 158 y ss., respectivamente.

(29) Un análisis de estas sentencias puede estudiarse en F. SANTAOLALLA, «Televisión por cable y control de omisiones del legislador. En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero. Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)», *REDC*, n.º 41, 1994, pp. 173 y ss.

(30) En la mayoría de las sentencias se habla de que el legislador "está obligado a regular la televisión" para indicar los principios que deben presidir el contenido de la normativa, es decir, no está obligado a implantar la televisión privada, pero, de optar por ello, ha de hacerlo respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo (STC 12/1982, f.j. 3, y 206/1990, f.j. 6, entre otras). En cambio, en las SSTC 31/1994, f.j. 7, y 127/1994, f.j. 6 A, la obligación atribuida al legislador deriva de su deber de regular la ordenación positiva de la televisión privada, sin incurrir en pasividad. Por supuesto, también está obligado a respetar aquellos principios.

legislador publicando el servicio sólo es legítima si es *la primera*, pero no la única, medida y si a ella le siguen otras intervenciones normativas dirigidas a “abrir posteriormente su gestión a los particulares”.

Si el legislador no adopta esa ordenación positiva de la televisión que revierta el medio a los particulares, no por ello la situación de los ciudadanos es de desamparo. Ni la regulación de la gestión indirecta del servicio de radiotelevisión, ni la obtención de la concesión son un *prius* del derecho de libertad de antena, aunque así lo sugiera la STC 119/1991, f.j. 3. Por supuesto, establecido legítimamente un sistema concesional, no cabe hablar de que el contenido del derecho de libertad de antena sea un derecho a emitir sin la correspondiente licencia; sin embargo, ya queda dicho que este derecho no es de exclusiva configuración legal; nace de la Constitución, y ésta obliga al legislador a que, si justificadamente publica la actividad televisiva, debe arbitrar un sistema de autorización para poder acceder al ejercicio de esa actividad. En tal caso, no hay un derecho a obtener sin más la licencia o las frecuencias, pero sí a concurrir en condiciones de igualdad para su provisión. En ausencia de sistema de concesión del medio, rige el contenido esencial del derecho fundamental *ex art. 20.1 CE*.

“Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (arts. 9 y 53.1) y *son origen inmediato de derechos y obligaciones* y no meros principios programáticos, *no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediateamente aplicable* (STC 15/1982, f.j. 9; 254/1993, f.j. 6). Ciertamente es que cuando se opera con la *interpositio legislatoris* es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, f.j. 8; 254/1993, f.j. 6), *pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) CE* (31), de modo que deba ser protegido por todos los Poderes públicos y, en última instancia por este TC a través del recurso de amparo...”

“... la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental despro-

(31) En el mismo sentido, extrayendo la solución de la doctrina emanada de la STC 15/1982, véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 286-7.

porcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva, *podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación*" (STC 31/1994, f.j. 7).

Tras señalar que ni el cable ni la vía pública por la que discurre son medios escasos ni implican por sí la exclusión de otros en el ejercicio de los derechos del art. 20 CE, concluye: "Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, *no cabe, porque subsista laguna legal, sujetar a concesión o autorización —de imposible consecución, por demás— el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20. 1 a) y d) CE*" (STC 31/1994, f.j. 7).

La STC 31/1994 representa el triunfo de la concepción de las libertades de expresión e información como *derechos complejos*, en los que libertad sustancial y libertad instrumental, aun con contenidos propios, están engarzadas de manera inescindible. Su contenido esencial es un límite infranqueable a cualquier acción u omisión que suponga su supresión o su ignorancia. Por contra, la STC 88/1995, ante un caso semejante —emisores de televisión local, pero por ondas hertzianas, que carecían de licencia, imposible de obtener al no estar regulado en aquel entonces el procedimiento concesional en el ámbito local— desechó esta argumentación y retornó a una concepción institucional de la libertad de antena que, en su dimensión subjetiva sólo tendría relieve constitucional a través de una concepción de los derechos del art. 20 CE como *derechos-fuente*. En el fallo se realiza un confuso análisis de la construcción doctrinal elaborada por la STC 31/1994, en el que se relativiza su trascendencia.

El TC rechaza que la STC 31/994 pueda entenderse como un apartamiento de la doctrina constitucional contenida en la STC 206/1990 y que lo que sí es acervo de su doctrina es la exigencia de que "el pluralismo de los instrumentos radiotelevisivos se proyecte, no sólo sobre el ámbito de la sociabilidad nacional o estatal, sino también, y específicamente, sobre el de la sociabilidad local" (STC 88/1995, f.j. 6).

Lo que para la STC 31/1994 es clave, la STC 88/1995 lo obvia: "No resulta necesario a efectos de su respuesta (de la demanda) el determinar ahora si la Constitución incorpora un derecho fundamental a emitir, siempre en el marco de la imprescindible regulación legal, en un ámbito local a través precisamente del específico soporte de las ondas hertzianas" (f.j. 7). Obsérvese, además, la referencia ya comentada que se hace a la idea de que el art. 20 CE todo lo más consagra una libertad instrumen-

tal de configuración legal ("siempre en el marco imprescindible de regulación legal"). Por tanto, en la sentencia 88/1995 la vinculación del derecho a crear medios de difusión con la Constitución no es directa, sino más bien a través de la conceptualización de los derechos del art. 20.1 CE como *derechos-fuente*. En apariencia, no es así, pues habla de que aquel derecho se reconoce "directamente, pero en realidad, lo que hace es situar al Tribunal como sustituto del legislador, no como intérprete de la CE. "Por medio de la STC 31/1994, y las que le han seguido, *este Tribunal, obviando la pasividad del legislador, ha venido a posibilitar un contenido mínimo*, en el sentido de la STC 15/1982, de las libertades de expresión y comunicación *incorporando* un derecho a la televisión como instrumento (derecho de creación de medios) en el específico ámbito de las colectividades locales, *reconociendo directamente, ex Constitutione, y como remedio de urgencia*, el derecho a operar en este ámbito por el concreto medio del cable, teniendo en cuenta la 'escasa complejidad técnica' de su regulación y la especificidad de un soporte, se añade, que no supone el agotamiento de un medio escaso" (STC 88/1995, f.j. 7).

Parece que es el TC el que "incorpora" a la CE el derecho a crear medios, el que hace posible su contenido mínimo y el que reconoce su relieve constitucional. De acuerdo con la teoría de los *derechos-fuente*, tendría que ser el legislador el que hiciese esa "incorporación", pero su pasividad la sustituye el TC. En el siguiente párrafo se ve aún con más claridad la resistencia que el TC muestra en esta sentencia a afirmar con rotundidad que es la Constitución la que reconoce la eficacia inmediata de la libertad de antena, aunque sea en su contenido esencial, cuando el legislador, tras reservarse el medio, no lo devuelve convenientemente regulado a los ciudadanos. Parece como si el núcleo esencial del derecho de libertad de antena no tuviese una eficacia inmediata, y no fuese suficiente su reconocimiento, por lo que el TC "se ve impulsado a *abrir* un contenido mínimo" del derecho. "De este modo, y teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento no prevé específicos pronunciamientos de inconstitucionalidad por omisión, *el Tribunal se ha visto impulsado a abrir un contenido mínimo*, a la espera del correspondiente desarrollo legislativo al instrumento de la televisión en el ámbito de la sociabilidad local" (f.j. 7).

Este cambio doctrinal obedece en el fondo a las consecuencias sociales que pudiera tener el reconocimiento de una utilización indiscriminada del espacio radioeléctrico por los ciudadanos en ausencia de una regulación previa. El TC esgrime el clásico argumento de la escasez de las ondas, "las limitaciones técnicas que impone el espacio radioeléctrico por parte de un número en principio ilimitado de usua-

rios” para justificar que “es indispensable la previa regulación del medio, la cual sólo puede ser llevada a cabo por el legislador” (f.j. 7). Sin embargo, este fundamento no es técnicamente cierto; no lo era ya en 1976 cuando la Corte Constitucional italiana dicta la Sentencia 202/1976, que declara la inconstitucionalidad de la reserva al Estado de la televisión local por ondas hertzianas, y lo es mucho menos en la actualidad. Su temor se centra más bien en que permitir una situación provisional “implicaría, dándose un paso más en absoluto intrascendente, precondicionar, por así decirlo, el innegable ámbito de libertad de configuración del legislador, con el coste, además, nunca despreciable, de consentir conductas ciudadanas que, más allá de las estrictas exigencias de efectividad de las libertades públicas, se sitúen al margen de las disposiciones legales, con la consiguiente debilitación de la seguridad jurídica” (f.j. 7).

Sin embargo, esa consecuencia no tiene por qué acontecer si se concibe el dominio radioeléctrico como *foro público* tanto desde el punto de vista del Estado como de los ciudadanos. Ni aquél se puede apropiarse de él con una finalidad dominical, de mero acaparamiento, ni los particulares pueden apropiarse de las ondas, como si tuvieran un derecho a las frecuencias de carácter patrimonial. La regulación que haga el legislador dando término a la situación de provisionalidad no tiene por qué estar condicionada por el uso prelegislativo de las ondas hecho por los particulares. La ley que en virtud de la ordenación que establezca prive a los ciudadanos del uso de las ondas efectuado hasta su entrada en vigor no es una ley de “expropiación” de las frecuencias autoatribuidas por los particulares; será una ley que regula el foro público radioeléctrico para el más amplio acceso al mismo en condiciones de igualdad, tal como menciona la STC 127/1994, f.j. 6 B). Lo que no es de recibo es que los derechos de libertad del art. 20.1 *de la Constitución* se interpreten en cuanto a su efectividad a la luz de que no se citan, pero que, al parecer quedarían infringidas por el reconocimiento de esa situación de interinidad del emisor de televisión local por ondas. Si hay un vacío legislativo, no hay disposiciones legales al respecto y, si existen, habrá que comprobar su legitimidad constitucional, siempre teniendo en cuenta que las razones de la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva “podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación” (STC 31/1994, f.j. 7).

VI. LA REGULACION DE LA GESTION INDIRECTA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA TELEVISION Y LA INCONGRUENCIA JURISPRUDENCIAL

Hasta aquí se ha mostrado la doctrina del TC sobre la compatibilidad en abstracto de la *declaración de la televisión como servicio público* con los preceptos constitucionales y cuáles son las condiciones que a su juicio debe reunir la configuración de este servicio para mantener su legitimidad constitucional. Corresponde ahora analizar cuáles son los pronunciamientos que el TC hace sobre la concreta *regulación legislativa del servicio público de la televisión* y su adecuación a esas condiciones. El TC se muestra en esta materia más escurridizo todavía y ha realizado *malabarismo jurídico* para no declarar inconstitucionales las leyes de telecomunicación y televisión que ante él de una u otra manera se cuestionaron.

La declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal (art. 2.1 LOT) en ningún momento ha padecido dudas sobre su constitucionalidad. Entra dentro de la libertad del legislador optar por esa configuración de la televisión siempre que justifique la *publicatio* y el TC estima que los derechos y valores que la ley afirma proteger con la declaración son fundamento bastante. Salvo en la STC 189/1991 el alto tribunal no plantea el asunto de si es legítimo publicar toda la actividad televisiva, pero ya se ha dicho que la duda expresada en este fallo sobre la legitimidad constitucional de configurar como servicio público la televisión local por cable se queda en pura retórica. También se ha comentado antes que esta misma sentencia corrobora el criterio legislativo de incluir en el concepto de televisión y, por tanto, del servicio público, los vídeos comunitarios que utilicen dominio público; un criterio que, según el voto particular del magistrado Rubio Llorente, puede ser objetivo, pero no razonable y, por tanto, discriminatorio.

Con la doctrina jurisprudencial de los años noventa se hubiera declarado inconstitucional el monopolio público de la televisión, pues deja de ser una decisión *política* del legislador organizar o no la gestión indirecta del servicio público, ya que, para el TC ésta es la única vía que a través del servicio público pueden los particulares acceder a la creación de emisoras. El legislador está *obligado* a hacer una ordenación positiva de la televisión que devuelva organizado el medio que permita el ejercicio del derecho fundamental de libertad de antena. Pero antes de que esta doctrina triunfe se publica en 1988 la Ley de Televisión Privada.

La ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 127/1994, pero antes el TC ya se había pronunciado sobre su ámbito. A pesar de lo que sugiere su nombre, *Ley de Televisión Privada*, “el legislador al regular la gestión indirecta de este servicio no ha previsto o regulado la modalidad de televisión de alcance local, sino que sólo ha previsto y regulado una televisión privada de ámbito nacional. Por ello, la *Ley 10/1988*, sólo puede entenderse como ley de esta modalidad de televisión privada de ámbito nacional y no de todas las posibles formas de gestión indirecta de la misma. El régimen jurídico que regula se refiere a ese ámbito y la virtual exclusión de la modalidad de televisión de alcance local no puede considerarse que derive directamente de la *Ley 10/1988* o de su art. 4, sino del ordenamiento jurídico globalmente considerado del sector, de un vacío legislativo que no podría ser corregido por ello mediante la anulación de un precepto concreto” (STC 206/1990, f.j. 8). Esta delimitación del alcance de la LTVP se convierte en cantilena a lo largo de las posteriores sentencias. Lo que variará será el juicio que le merecen al TC las consecuencias de ese vacío legislativo. En sentencias sobre televisión local por ondas el TC no consideró relevante el examen de la omisión del legislador, ya que no es necesario para dilucidar la atribución de frecuencias pedidas (STC 206/1990) o la privación de las autoasignadas por los demandantes (STC 88/1995), ya que la obtención de frecuencias y potencias no se puede resolver en fallos de amparo. Por el contrario, en sentencias sobre televisión local por cable estimó inconstitucional la situación producida por la omisión del legislador y otorgó el amparo (SSTC 31/1994; 47/1994; 240/1994; etc). ¿Pero, hay vacío legislativo? (32).

1. La LTVP y las “omisiones” del legislador

En la STC 88/1995 se confirma el limitado alcance de la LTVP; sin embargo, se advierte al legislador que “una regulación de la televisión

(32) La búsqueda de la norma que excluye o impide la televisión local se convierte en un peloteo sin fin que acaba en la idea de “vacío legislativo”. Las STC 206/1990, f.j. 8, entiende que la exclusión deriva “del ordenamiento jurídico globalmente considerado del sector”, no de la LTVP. La STC 31/94, f.j. 6, juzga que del silencio de la LTVP nace una prohibición de cualquier televisión privada que no sea de cobertura nacional y por ondas. Por contra, la STC 127/1994, f.j. 4, estima que de la LTVP “no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas”. Por su parte, la STC 88/1995, f.j. 4, considera que “resulta extremadamente forzado imputar (a la LOT) la inexistencia de una regulación de la televisión privada de ámbito local y por medio de ondas” y la atribuye, de nuevo, al conjunto normativo del sector.

privada circunscrita al estricto ámbito de la Ley 10/1988, es decir, el de la televisión de cobertura nacional y por medio de ondas, *no atiende suficientemente las exigencias derivadas de las libertades fundamentales de expresión e información*" (f.j. 6). En realidad, esto es lo que sucede con la LTVP. Esta es una ley de *todas las modalidades de televisión privada*. Su art. 1 dispone que es objeto de la ley "regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión"; en su art. 2, que serán sociedades anónimas las encargadas de la gestión indirecta del servicio en régimen de concesión administrativa; y, en su art. 3, que los principios de la gestión serán los expresados en la Ley de Estatuto de Radio y Televisión. Todos ellos están redactados con carácter general. El art. 4 es el que concreta que el objeto de la concesión administrativa será la emisión de programas con una cobertura nacional y tres el número de licencias. Desde luego, no es lo mismo "el objeto de la ley", referido en general a la gestión indirecta del servicio, que "el objeto de la concesión", que lo concreta en tres concesiones de alcance nacional. Aun dando por buena la interpretación restrictiva, resulta que el art. 26 de la LTVP establece que "las emisiones televisivas realizadas sin la obtención de la previa concesión administrativa... darán lugar a que por la autoridad gubernativa se proceda al cierre inmediato de la emisora y la incautación de equipos y aparatos utilizados en la emisión". Aquí no se hace distinción de si la emisión es de alcance local o nacional, por cable o por ondas; basta carecer de concesión para no poder transmitir. No hay vacío legislativo, porque el art. 26 es una cláusula de cierre y, por tanto, no hay inconstitucionalidad por omisión (33).

La STC 31/1994, que concedió el amparo debió plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 26 de la LTVP, porque parafraseando la STC 88/1995 "no atiende suficientemente las exigencias derivadas de las libertades fundamentales de expresión e información", y la STC 88/1995 debió conceder el amparo; dada la imposibilidad jurídica de obtener una concesión y frecuencias rige el contenido mínimo del derecho, en los términos de la STC 31/1994.

El TC no entra a valorar a fondo el que la LTVP sólo permita como máximo tres canales de ámbito nacional, porque el recurrente no ha insistido en ese aspecto concreto, pero estima que "las variables utilizadas por el legislador para fijar ese número son extremos que, en definitiva deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones que ni se

(33) Sobre la delimitación del concepto de "inconstitucionalidad por omisión" véase el libro así titulado, de I. VILLAVARDE MENENDEZ, de próxima publicación.

detallan en la demanda ni se advierten fácilmente" (STC 127/1994, f.j. 7). No deja de ser insólito que se atribuya a la decisión política del legisladores fijar el número de canales y que éstos sean *como máximo* tres, cuando se condiciona la legitimidad constitucional del servicio público y de su gestión indirecta al establecimiento de un sistema que garantice el mayor pluralismo posible y que elimine los obstáculos que impiden que el derecho a crear medios de radiotelevisión sea real y efectivo.

No es menos chocante que se admita el sistema concesional de la LTVP porque "es una forma de acceso plural a la autorización para emitir que tiene como justificación impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social" (STC 127/1994, f.j. 6 C), cuando en la LTVP se utiliza para consagrar el oligopolio.

El legislador ha dado continuidad a su política de favorecer el pluralismo y el más amplio ejercicio de la libertad de antena y ha fundamentado las posteriores leyes sobre televisión privada de acuerdo con los criterios sentados por el TC al objeto de evitar el "no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos". Así, la Ley 35/1992, de Televisión por Satélite, concentra las concesiones en los que ya han obtenido una de las tres licencias de ámbito nacional. La Ley 41/1995, de Televisión Local por ondas terrestres establece una sola concesión por demarcación, y la gestión ha de recaer en los Municipios a través de una sociedad mercantil o similar. La Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por Cable prevé dos operadores por demarcación; uno, una sociedad anónima jurídico-privada y el otro, la Compañía Telefónica de España S.A. ...

2. La LTVP como "regulación del ejercicio", y no como "desarrollo" (ley orgánica), de la libertad de antena

La incoherencia del TC en sus juicios sobre el cumplimiento por el legislador de las condiciones de legitimidad de la declaración de la televisión como servicio público, se completa con la incongruencia entre su conceptualización del derecho a crear medios de difusión como derecho fundamental, y la calificación de la ley que lo disciplina como norma que simplemente "regula el ejercicio" de un derecho fundamental, pero que no lo "desarrolla" en el sentido del art. 81 CE, por lo que no le es exigible carácter orgánico.

Con la doctrina jurisprudencial de los años ochenta, la falta del carácter orgánico de la ley que configura el servicio público de la tele-

visión no plantea dificultad, pues se parte de la base que se trata de regular ante todo un servicio público que, “en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20”, deberá hacerse por ley orgánica (SSTC 12/1982, f.j. 6; 74/1982, f.j. 2). A ello se añade que las libertades instrumentales del art. 20.1 CE sólo se consideran parte del contenido de las libertades primarias o sustanciales en el terreno de los *principios*, pero no de las *reglas*.

La cosa cambia si se parte de la doctrina de los años noventa, que afirma con rotundidad que el derecho a crear medios de difusión es un derecho fundamental de libertad incluido en el art. 20.1 CE. Un derecho sobre el que el legislador tiene más libertad de configuración, pero que no puede desconocer o eliminar, porque no está en sus facultades decidir sobre su existencia, al ser un derecho *ex Constitutione*.

EL TC solventa el asunto acudiendo a una argumentación que le sirve, además, para no tener que declarar la inconstitucionalidad de la LTVP por razones de fondo. Sostiene que el carácter de ley orgánica ha de aplicarse exclusivamente a leyes que sean desarrollo directo o nuclear “—global o de aspectos sustanciales— del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del art. 20.1 CE” (STC 127/1994, f.j. 3). Pero, según él, la LTVP “no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de radiodifusión, ni siquiera de todas las modalidades constitucional y técnicamente posibles de televisión privada...”. “El legislador se ha limitado a ordenar una modalidad de televisión de entre las posibles: la de cobertura nacional y mediante señales por ondas. *Esta opción del legislador no configura una injustificable limitación ni restricción de los derechos fundamentales del art. 20.1 CE, porque nada impide la existencia de diversas leyes que regulen las distintas modalidades televisivas técnica y constitucionalmente posibles*” (STC 127/1994, f.j. 4 A).

Por tanto, acude a la distinción entre lo que es el “desarrollo de un derecho” (art. 81 CE) y la “regulación de su ejercicio” (art. 53.1 CE), para mantener que la LTVP “afecta” a la libertad de antena, tiene que ver con “la regulación de su ejercicio” y por eso es una ley, pero no es desarrollo “directo”, propio de la delimitación legal de la misma, lo que exigiría una ley orgánica (STC 127/1994, f.j. 3). Sin tener que entrar en la distinción entre desarrollo y regulación del ejercicio de los derechos (34), de

(34) Sobre la diferencia entre desarrollo y regulación del ejercicio de los derechos y su aplicación a la libertad de antena véase F. J. BASTIDA FREIJEDO, *La libertad de antena...*, ob. cit., pp. 30 y ss. Hay coincidencia con la doctrina del TC, pero no con su aplicación a la LTVP, pp. 119 y ss.

acuerdo con la STC 31/1994 el vacío legislativo que provoca la LTVP comporta la virtual prohibición del ejercicio de la libertad de antena en el ámbito local. Si la situación se plantea en términos de “omisión legislativa” y la imputación de la prohibición no recae directamente en lo que dice la ley, sino en lo que no dice, y ésta no es declarada inconstitucional, habrá que convenir que la razón que lleva a dictaminar la inconstitucionalidad de tal omisión para proteger “el contenido mínimo” de la libertad de antena es una razón que versa sobre el “desarrollo” o, mejor, la falta del necesario “desarrollo” del derecho a crear televisión.

En consecuencia la LTVP, aun circunscrita a su estricto ámbito, cuando regula los aspectos esenciales de la gestión indirecta del servicio público de la televisión por ondas de cobertura nacional, está desarrollando aspectos esenciales de la delimitación de la libertad de antena y debe tener, al menos en lo que a esta materia respecta, carácter de orgánica. Lo mismo cabe decir de la calificación de toda la actividad radiotelevisiva como servicio público —lo que obliga también a la LOT a tener carácter orgánico—, del número de habilitaciones para emitir y de las bases del sistema concesional. Todos los votos particulares formulados a esta sentencia coinciden en que estos aspectos de la LTVP tendrían que haber sido regulados con carácter orgánico.

En suma, la jurisprudencia constitucional de los años noventa ha evolucionado de forma notable. El derecho a crear medios de difusión, y en particular la libertad de antena, ha recuperado la concepción dogmática más adecuada a nuestra Constitución y su contenido mínimo ha sido, por fin, amparado. Paralelamente, *la declaración* de la televisión como servicio público ha perdido su presunción de legitimidad y cada vez las condiciones para su justificación son más exigentes. Sin embargo, de manera sorprendente, *la regulación* concreta del servicio público de la televisión, que es claramente contradictoria con esos elevados requisitos, ha superado las demandas presentadas contra ella, incluso cuando el TC otorgaba el amparo por los efectos inconstitucionales de un supuesto vacío normativo deducible de tal regulación. En estos casos de televisión local por cable el TC ha actuado inspirándose seguramente en la máxima de Concepción Arenal, “condena el delito, pero compadécete del delincuente”. Esperemos que en lo que resta de década, de siglo, el legislador se regenere y que el TC no tenga que mostrar sus debilidades.