

# CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO A CREAR TELEVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Gema Rosado Iglesias**

*Área de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid*

## I



A aprobación de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, supuso la ruptura en España del monopolio público de la televisión que hasta entonces había mantenido el Estado<sup>1</sup>. Sin embargo, la citada Ley no ofrece un marco completo regulador de la televisión privada sino que, limitada a regular la televisión de ámbito nacio-

---

<sup>1</sup> La Ley tiene por objeto la regulación de «la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al estado» (art. 1), que «se realizará por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa» (art. 2), que en número de tres (art. 4.3) otorgará el «Gobierno mediante el oportuno concurso público» (art. 8.1). La Resolución de 28 de agosto de 1989 dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve el concurso para la adjudicación del servicio

nal<sup>2</sup> por ondas hertzianas, deja fuera de su ámbito la regulación de cualquier otra modalidad de televisión privada (por ondas terrestres de ámbito local, por cable, y por satélite). Sólo años más tarde, en 1992, España ha dispuesto de una Ley que regulase la llamada televisión por satélite<sup>3</sup>, y hoy, en 1995, todavía no dispone de una cobertura legal para las televisiones locales por ondas o por cables, empero los Proyectos de Ley sobre las mismas que el Ejecutivo ha presentado ante el Congreso de los Diputados a principios de 1995<sup>4</sup>.

---

público de televisión privada a las sociedades Tele 5, Canal Plus, y Antena 3 Televisión. Una opinión crítica hacia el contenido de esta Ley en: SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Ordenación jurídica de la Televisión en España», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, 1993, pp. 31-48.

<sup>2</sup> Aunque el objeto de las concesiones es la difusión de imágenes de televisión a todo el territorio nacional, la ley exige que las sociedades concesionarias prevean «la emisión de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la televisión privada» (art. 4.2), aprobado por Real Decreto 1362/1988, de 11 de noviembre.

<sup>3</sup> La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de televisión por satélite, prevé, en su artículo 3, la gestión indirecta del servicio público de televisión por satélite, pero no determina el número de concesiones posibles que se fijarán por el Consejo de Ministros, según las posibilidades técnicas que ofrezcan los satélites utilizables (art. 2 del Reglamento técnico y de prestación del servicio de televisión por satélite y del servicio portador soporte del mismo, aprobado por Real Decreto 409/1993, de 27 de marzo), y que quedó establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1993 (Resolución de 3 de mayo de 1993 de la Secretaría General de Comunicaciones). En abril de 1994, aproximadamente, comenzaron a emitir las sociedades Tele 5, Canal Plus, y Antena 3 Televisión, como adjudicatarias del servicio público de televisión por satélite (Resolución de 7 de octubre de 1993 de la Secretaría General de Comunicaciones).

<sup>4</sup> Respecto de la televisión por cable, el Proyecto (de Ley ordinaria), como ya avanza su título «Proyecto de Ley de las telecomunicaciones por cable», y como expresamente se recoge en su Preámbulo, tiene un ámbito amplio, extendiéndose «a la regulación de otros servicios de telecomunicación por cable distintos de la televisión. Entre éstos podemos mencionar servicios de difusión sonora y servicios de transmisión de imagen de carácter interactivo.» El Proyecto dividido en cinco capítulos (doce artículos), establece la concesión administrativa como título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicación por cable, que se otorgará por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, tras el oportuno concurso público, al que podrán optar «las sociedades anónimas cuyo objeto social sea la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable». Finalmente, el Proyecto limita el número de concesiones a una «en cada demarcación territorial», salvo lo que la disposición adicional segunda dispone respecto a la prestación de estos servicios por Telefónica de España, S. A. (artículos 4 y 5 del Proyecto de Ley de las Telecomunicaciones por cable, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995). Por lo que atañe al Proyecto de Ley de Televisión local por ondas terrestres (también Proyecto de Ley ordinaria), cabe destacar, de un lado, la limitación del número de posibles concesiones en cada «núcleo urbano principal de población del municipio correspondiente, o (...) aquella parte de dicho núcleo urbano que quede cubierta por la emisión de televisión», a uno (salvo el supuesto en que «no pueda cubrirse el ámbito territorial de un núcleo urbano»); de otro, el servicio puede gestionarse, bien, por los Ayuntamientos, indirectamente «a través de una sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente al Ayuntamiento respectivo», o bien, por particulares (personas físicas o sociedades anónimas), que hayan obtenido el correspondiente título habilitante —concesión administrativa cuyo otorgamiento corresponde a las Comunidades Autónomas— (arts. 1, 3, 4, 5, y 9, del Proyecto de Ley de Televisión local por ondas terrestres, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de febrero de 1995).

La Ley de televisión privada (Ley 10/1988), objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de Cataluña, el Parlamento de la misma Comunidad Autónoma, el Parlamento Vasco y cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, ha visto reconocida su adecuación al orden constitucional en la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo. Sentencia especialmente polémica –por cuanto en la misma existen seis votos particulares<sup>5</sup> quedando la decisión a favor de la constitucionalidad de la norma en manos del Presidente– y en la que el Alto Tribunal, frente a su última jurisprudencia en materia de televisión por cable<sup>6</sup> y frente a las esperanzas de un sector doctrinal<sup>7</sup>, ha mantenido nuevamente –volviendo a planteamientos anteriores<sup>8</sup>– que el derecho a crear televisión no forma parte del contenido del derecho recogido en el artículo 20 de la Constitución española, y que, por tanto, no precisa de Ley Orgánica para su establecimiento.

La sorprendente evolución tecnológica que en materia de comunicaciones se ha producido en los últimos años<sup>9</sup>, y que ha permitido aumentar el número y el tipo de soportes utilizables para la difusión de información, no se ha visto acompañada en nuestro sistema de una legislación capaz de dar cumplida respuesta a los problemas jurídicos que estos nuevos soportes plantean

<sup>5</sup> Los votos particulares formulados por los Magistrados Sres. Gabaldón López, Viver i Pi-Sunyer, López Guerra, y Cruz Villalón –a este último se adhieren Mendizábal Allende y González Campos–, coinciden sustancialmente en entender que la ley impugnada debía –en algunas de sus disposiciones– haber adoptado la forma de Ley Orgánica.

<sup>6</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; 307/1994, de 14 de noviembre, y 12/1995, de 16 de enero.

<sup>7</sup> En este sentido, y comentando las Sentencias 206/1990 y 189/1991 del Tribunal Constitucional Bastida cree percibir una modificación sustancial en la posición del Tribunal tendente a reconocer «la inescindible relación que existe entre medios de difusión y libertades de expresión e información». BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El régimen jurídico de la comunicación social*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, p. 29.

<sup>8</sup> Concretamente a los vertidos en las Sentencias 12/1982 y 74/1982, renovados aunque matizada-mente en la Sentencia 206/1990.

<sup>9</sup> En este sentido, *vid.*: BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El régimen jurídico...*, Op. cit. GAY FUENTES, Celeste: «La televisión por cable», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79, 1993, pp. 427-455. LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *Régimen jurídico de la televisión privada*. Marcial Pons, Madrid, 1994. En especial, los Capítulos I y II, dedicados –respectivamente– a la delimitación de la televisión privada y a ofrecer un panorama de la regulación en el derecho comparado, y el Apéndice al Capítulo V. Sobre la entrada en el ámbito de europeo de nuevos soportes de comunicación, y su incidencia en el sector económico, *vid.* MAGGIORE, Mateo: *La producción audiovisual en el mercado único*. Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 1990. NEGRINE, Ralph: *Politics and the Mass Media in Britain*. (2.ª edición). Routledge, London, 1994. Concretamente, el Capítulo décimo («The “new media”: cable television, satellite broadcasting, and the future of british broadcasting»).

—concretamente en España los últimos conflictos han tenido su origen en la emisión de señales de ámbito local por ondas terrestres, y por cable<sup>10</sup>—.

La difícil situación legal en la que se encuentran determinadas emisoras locales de televisión en nuestro país como consecuencia de esta ausencia de normativa, se ha visto, en situaciones concretas, resuelta, al menos parcialmente, por la cobertura que el Tribunal Constitucional ha otorgado en diversos procedimientos de amparo a emisoras locales de televisión por cable. Sin embargo, la situación lejos de aclararse se ha vuelto aún más confusa, por cuanto, el Tribunal ha desestimado otros recursos de amparo actuados por emisoras de televisión que utilizaban el espacio radioeléctrico como soporte de difusión.

Esta, al menos aparentemente, contradictoria jurisprudencia constitucional en la materia es la que ha despertado nuestro interés, cuyo objeto de reflexión no es otro que el de revisar todos aquellos primeros condicionantes de la actividad televisiva, y reflexionar acerca de si el artículo 20.1 de la Constitución incluye en su contenido el derecho a crear medios de comunicación audiovisuales. Es decir, intentar dilucidar si las diferencias jurisprudenciales que parecen tomar como referente último el soporte técnico<sup>11</sup> de la actividad televisiva permiten concluir que este argumento —el técnico— puede determinar una diferenciación en la protección que la Constitución pueda ofrecer al derecho a crear medios de comunicación, de tal modo que exista éste cuando nos encontramos ante la «emisión o transmisión de imágenes no permanentes»<sup>12</sup> propagadas por cable —y, consecuentemente, que se conciba

<sup>10</sup> Pese a la pretensión de generalidad de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones (modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre), estas modalidades de televisión permanecen sin regulación específica —a la que se refiere el párrafo tercero, del apartado segundo, del artículo 25—, y sometidas —puesto que todo servicio de emisión de señales de televisión se califica como servicio público (arts. 2.1 y 25.1, y 2)— según el artículo 25.1 de la citada norma, a la necesidad de obtener la correspondiente concesión para su realización, mientras que el régimen de solicitud y condiciones para su obtención no ha sido aún desarrollado. *Vid.* las referencias que a los Anteproyectos de regulación de telecomunicaciones por cable y televisión local por ondas terrestres, hicimos en nota 4.

<sup>11</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional mantiene que: «Resulta obvio que entre los múltiples medios de comunicación hoy existentes, unos se encuentran más íntimamente vinculados que otros al ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución. Ahora bien, y en el caso del video comunitario, el contenido de un determinado tipo de programación (emisión de películas) o la mayor o menor dimensión comercial que posea no excluye que, en la actividad de video comunitario, se estén difundiendo pensamientos, ideas y opiniones, directa o indirectamente» (Sentencia 181/1990, de 15 de noviembre, fundamento jurídico 3).

<sup>12</sup> El artículo 25.2, segundo párrafo, de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, define la televisión como «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».

como parte del contenido del artículo 20.1 del texto constitucional— y que no exista —al mismo nivel de protección y garantía— este derecho cuando la emisión utilice las ondas terrestres («por espacio sin guía artificial»<sup>13</sup>), por ser el soporte técnico un mero instrumento del derecho primario de expresión e información<sup>14</sup>.

Esta primera conclusión que parece extraerse de la comparación de varias decisiones del Tribunal Constitucional<sup>15</sup> representa el punto de partida de nuestra reflexión, en cuanto que —y como veremos más adelante—, el Tribunal, al resolver determinados recursos de amparo cuya pretensión tenía como objeto el reconocimiento del derecho a emitir señales de televisión tomando como soporte técnico el cable, mantiene que la falta de una regulación específica que permita obtener la concesión administrativa que para la gestión por particulares de este servicio público prevé el artículo 25.1 de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones, supone un quebranto al derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 de nuestra Carta Magna igual a su desconocimiento por la imposibilidad que para su ejercicio se deriva de la omisión legislativa, otorgando el amparo y restituyendo a las emisoras en su derecho a seguir emitiendo<sup>16</sup>. Si esto es así, parece que del contenido del 20.1 forma parte inexcusable el derecho a crear este medio de comunicación. Sin embargo, cuando el Tribunal

---

<sup>13</sup> Artículo 25.2, segundo párrafo, de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones.

<sup>14</sup> *Vid.*, en este sentido, el fundamento jurídico 6 de la Sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

<sup>15</sup> Concretamente nosotros vamos a tomar como apoyo para este trabajo las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de televisión —sin perjuicio de las necesarias referencias a otras decisiones del Tribunal—: 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de diciembre; 181/1990, de 15 de noviembre; 206/1990, de 13 de diciembre; 189/1991, de 3 de octubre; 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 127/1994, de 5 de mayo; 240/1994, de 20 de julio; 307/1994, de 14 de noviembre, y 12/1995, de 16 de enero.

<sup>16</sup> Entiende el Tribunal que la «ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión [televisión por cable] viene de hecho a impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta, dentro del contexto de la normativa aplicable, la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable» (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, fundamento jurídico 6 —que reproduce el fundamento jurídico 3, de la Sentencia 189/1991, de 3 de octubre—, estimatoria del recurso de amparo promovido por «Lady Cocinas, S. A.», contra la Resolución del Gobierno Civil de Huesca de 28 de abril de 1989, y contra las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de julio de 1989, desestimatoria del recurso planteado frente a la citada Resolución, y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1990, confirmatoria en apelación de la anterior).

ha resuelto procedimientos de amparo cuyas demandas se dirigían al reconocimiento del derecho a emitir señales audiovisuales a través del espacio sin utilizar guía artificial, ha entendido que éste no es un derecho originario, sino derivado, —o en sus palabras, instrumental, de aquel primario que consiste en la libertad de expresión y de difusión— y que el establecimiento de cauces para su ejercicio queda sometido a la voluntad del legislador<sup>17</sup>.

Pues bien, es este aspecto contradictorio de la jurisprudencia constitucional y no al resto de los pronunciamientos del Tribunal en la materia al que vamos a dedicar las consideraciones que siguen, y que no pretenden ser la respuesta acabada a un problema por demás complejo, pero sí poner de relieve los contrasentidos que percibimos en la jurisprudencia constitucional originados por una legislación incompleta y tardía<sup>18</sup>, y por tanto, los que parecen existir, y presidir, el régimen jurídico de lo audiovisual en nuestro país.

## II

Como ya indicamos nuestra investigación tiene por objeto determinar, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, en qué medida el derecho de antena<sup>19</sup> puede concebirse como integrante del contenido de los derechos de expresión e información que nuestro texto constitucional garantiza en el artículo 20.1.a) y d). Para ello, las decisiones constitucionales seleccionadas (vid. nota 15) han quedado agrupadas del siguiente modo.

En el primer grupo incluimos los primeros pronunciamientos del Tribunal en la materia, esto es, las Sentencias 12 y 74 de 1982, junto con la Sentencia 206/1990, en cuanto asume, aunque matizadamente, algunos de los argu-

---

<sup>17</sup> Mantiene el Tribunal, asumiendo los planteamientos sentados en las Sentencias 12/1982, de 31 de marzo, y 74/1982, de 7 de diciembre, que si bien es cierto que en principio es posible entender que el artículo 20 de la Constitución también protege «el derecho a crear los medios materiales a través de los que la difusión se hace posible» (fundamento jurídico 3 de la citada Sentencia 12/1982), sin embargo, «no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquellos. 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 valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial. (...) Sin embargo, en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento de un derecho a emitir. Y desde luego del artículo 20 CE no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local.» (Sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6).

<sup>18</sup> Vid. ROSSINELLI, Michel: *La liberté de la radio-télévision en droit comparé*. Publisud, Paris, 1991.

<sup>19</sup> Empleamos, aquí, la expresión «derecho de antena» como equivalente del derecho a crear televisión.

mentos de las anteriores. El segundo grupo estaría formado por las Sentencias 181/1990 y 189/1991, que resuelven, respectivamente, un recurso de amparo y una cuestión de inconstitucionalidad y, en las que el Tribunal comienza, al incluir dentro de la protección del artículo 20.1 de la Constitución el ejercicio de la actividad de video comunitario, a sentar las bases para las futuras Sentencias de televisión por cable. Las decisiones dictadas, en número de seis, cinco a lo largo de todo el año 1994, y una en los primeros días de 1995, en materia de televisión por cable integrarían un grupo específico, por cuando son precisamente sus contenidos, tan diferentes de los vertidos en otras anteriores, los que han motivado este trabajo; y finalmente, la Sentencia 127/1994, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley de Televisión Privada.

La Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, que resuelve el recurso de amparo presentado por la Sociedad Antena 3 contra la denegación presunta de autorización que para gestionar una emisora de televisión había solicitado a los Ministerios de Cultura y Presidencia<sup>20</sup>, y en el que la actora pretendía, en primer lugar, que le fuera reconocido el derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de sonidos por medio de televisión para todo el ámbito nacional, fundándose para ello en el reconocimiento y protección que el artículo 20.1 de la Constitución ofrece de las libertades de expresión e información a través de cualquier medio de reproducción o difusión; en segundo lugar, y como consecuencia de la primera pretensión articulada por el recurrente, se solicitaba del Alto Tribunal requerimiento al Ministerio de Presidencia para que éste otorgase la oportuna licencia, a fin de que quedase garantizada la efectividad del derecho<sup>21</sup>, constituye la primera ocasión que tuvo el Tribunal Constitucional de manifestarse sobre el derecho a crear televisión.

En la citada Sentencia, desestimatoria del recurso de amparo interpuesto, el Tribunal entiende que aunque en principio el artículo 20.1 incluye en su contenido «*el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difu-*

<sup>20</sup> El recurrente –Antena 3, Sociedad Anónima– dirigió su solicitud en primer lugar al Ministerio de Cultura, y posteriormente dirigió escritos al Ministerio de Cultura y al de Presidencia, solicitando que su primera petición fuera remitida al Ministerio de Presidencia, con motivo de la modificación competencial introducida por el Real Decreto de 31 de julio de 1980, por el que se establece la adscripción del Ente Público Radiotelevisión Española al Ministerio de Presidencia.

<sup>21</sup> Acerca de la segunda pretensión del recurrente, el Tribunal entiende que es de imposible satisfacción, porque, en primer lugar, el recurrente «no aclara qué autorización es la que considera pertinente»; segundo, toda autorización implica el reconocimiento de un interés público por el que la Administración ha de velar a través de medidas de control, y tercero, y consecuencia de lo anterior, «la autorización exige por lo menos un examen de la situación concreta que permita ponerla en conexión con el interés público tutelado respecto de lo cual no se ofrecen los datos necesarios para poder ser enjuiciada». (FJ 2).

*sión se hace posible» (FJ 3), sin embargo, este derecho está sometido a límites que derivan, primero, «de la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos», y puesto que el medio televisivo precisa para su realización de «bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización (...) su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el «statu quo» jurídico y político del medio y en definitiva el derecho a una difusión e información libres»; segundo, la transmisión de señales de televisión utilizando el espacio radioeléctrico conlleva el uso de un bien calificado como dominio público; y, tercero, la existencia de «una reglamentación internacional y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de frecuencias, de suerte que es necesario que los Organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia.» (FJ 3.)*

Continúa, el Tribunal, diciendo que aún no siendo «una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político» la calificación de la televisión como servicio público y la opción por un sistema de gestión directa a cargo de un Ente Público (RTVE), o por un sistema de gestión indirecta con participación de los particulares «se encuentra dentro de los poderes del legislador.» (FJ 4) Por tanto, «(La televisión privada) no es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco impedida. Su implantación no es una exigencia constitucional, sino una 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 artículo 20 (artículo 81 CE)» (FJ 6).

Frente al parecer del Tribunal expresado en esta Sentencia, el Magistrado don Francisco Rubio Llorente formuló voto particular fundamentado en dos tipos de razones. La primera, de carácter procesal, por entender que la pretensión articulada no era deducible en vía de amparo y, que en consecuencia, debió haber sido inadmitida, y la segunda, que una vez admitido el recurso, éste merecía un fallo estimatorio. En el voto particular el Magistrado mantiene que la Constitución en su artículo 20.1 «consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades», y que en el supuesto de televisión es necesario establecer un marco regulador, pero sin embargo, «el legislador está constitucionalmente obligado a establecerlas (...) Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas». El legislador,



aunque tiene un amplio margen para configurar el derecho, no puede negarlo «dictando normas reguladoras de una actividad que impiden el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial.» Concluye, el Sr. Rubio Llorente afirmando la ilegitimidad constitucional del monopolio estatal sobre televisión y declarando el derecho de los particulares a crear emisoras de televisión en los términos que establezca la Ley, que en cuanto desarrollo de un derecho fundamental habrá de ser Ley orgánica.

La Sentencia 74/1982, de 7 de diciembre, tiene origen en el recurso de amparo interpuesto contra resoluciones desestimatorias presuntas, por silencio administrativo, del Ministerio de la Presidencia de la solicitud por parte del recurrente en amparo para que le fuese reconocido el derecho a comunicar libremente información veraz a través de ondas electromagnéticas, así como por sistema de cable. Exceptuando la referencia a la televisión por cable, resulta obvio constatar la semejanza de los supuestos de hecho que existe entre éste y el que sustenta el anterior recurso de amparo. Consecuentemente con esta similitud fáctica el Tribunal Constitucional desestimó el amparo, utilizando para ello los mismos argumentos (escasez del medio —ondas electromagnéticas—, alto coste económico de las instalaciones que derivan en situaciones de oligopolio, y obligaciones internacionales del Estado en materia de radiocomunicaciones) que en la primera Sentencia. Ahora bien, mientras que en la Sentencia 12/1982, no se hizo referencia alguna al tratamiento que había de darse a la televisión por cable<sup>22</sup>, en la que ahora citamos se estima acreditado que «(la televisión por cable) ofrece la posibilidad de asignar un número de frecuencias prácticamente ilimitado, así como que se trata de una televisión radiada de alcance local que no figura en los planes internacionales.» (FJ 3, *in fine*). Sin embargo, el Tribunal no extrae de esta afirmación mayores consecuencias, pasando, en el siguiente fundamento jurídico, a repetir la conclusión a que había llegado en la Sentencia 12/1982: la televisión privada es una decisión política y el legislador podrá adoptarla o no, dentro del ámbito de la Constitución. Finalmente, el Alto Tribunal pone especial énfasis en aclarar que la televisión privada en caso de ser regulada precisa de Ley Orgánica: «Y este argumento, el de la necesidad de una Ley Orgánica que exprese, dentro del marco de la Constitución, la decisión política de instituir la llamada «televi-

<sup>22</sup> Aunque el recurrente en amparo (Antena 3, Sociedad Anónima) aludió en su demanda a los sistemas de televisión por cable y por satélite, el Tribunal entendió, sin embargo, que la «la referencia es puramente erudita y a mayor abundamiento, pues ninguna de estas formas de emitir sonidos e imágenes recibe concreción en el “petitum” de la demanda» (FJ 2), evitando así tener que pronunciarse sobre las mismas modalidades de televisión y sus límites.

*sión privada», debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta Ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica.» (FJ 4, final).*

La Sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, desestima, asumiendo su jurisprudencia anterior –Sentencia 12/1982, reiterada en la posterior Sentencia número 74 del mismo año–, los recursos de amparo acumulados interpuestos contra diversas resoluciones del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno que denegaron la atribución de frecuencias y potencias de televisión y radio, y contra las Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que las confirmaron. Ahora bien, aunque el Tribunal, básicamente, transcribe los argumentos vertidos en las Sentencias de 1982 citadas, incorpora otros que nos merecen especial consideración. En primer lugar, el Alto Tribunal, partiendo de la premisa, sentada en la Sentencia 12/ 1982, de que en principio el derecho a difundir opiniones incluye el derecho a crear los soportes técnicos necesarios, manifiesta, a continuación, que, no obstante, *«no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial.»* (FJ 6). En segundo lugar, y respecto a la calificación de la televisión como servicio público, entiende, el Alto Tribunal, que es perfectamente acorde con el texto constitucional puesto que encuentra su justificación no sólo en razones técnicas, sino especialmente en la necesidad de garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales en condiciones de igualdad y efectividad. Sin embargo, añade que la calificación 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 en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar»* (FJ 6). En tercer y último lugar, pero no menos importante, el Tribunal, tras reconocer que el avance tecnológico (incluidos ámbito de frecuencias utilizables, soportes técnicos, coste económicos para infraestructuras), y la modificación de convicciones sociales podrían hacer precisa una revisión de los límites que la calificación de la televisión como servicio público impone al ejercicio de derechos (bien por el establecimiento de monopolios, o bien por los que deriven de la legislación reguladora de la gestión por particulares del servicio

público), afirma que *«en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento de un derecho directo a emitir. Y desde luego del artículo 20 no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local. Ni tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar.»* (FJ. 6).

### III

La Sentencia 181/1990, de 15 de noviembre, desestimatoria del recurso de amparo formulado contra el Decreto del Alcalde de Callosa de Segura que ordenaba el cese inmediato de la actividad de video comunitario<sup>23</sup>, merece este tratamiento separado, por cuanto en ella el Tribunal reconoce, primero, que *«..., el ejercicio de la actividad de video comunitario debe entenderse protegido por el derecho reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, mediante cualquier medio de reproducción»*, para a continuación afirmar que *«resulta obvio que entre los múltiples medios de comunicación hoy existentes, unos se encuentran más íntimamente vinculados que otros al ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución. Ahora bien, y en el caso del video comunitario, el contenido de un determinado tipo de programación (emisión de películas) o la mayor o menor dimensión comercial que posea no excluye que en la actividad de video comunitario, se estén difundiendo pensamientos, ideas y opiniones, directa o indirectamente.»* (FJ 3).

La Sentencia 189/1991, de 3 de octubre, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con el inciso «sin utilizar el dominio público» del artículo 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Conviene aquí, para mayor claridad de la exposición, explicar que el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones excluye de la calificación de servicio público de televisión «la emisión o transmi-

---

<sup>23</sup> El Decreto frente al que el recurrente formuló el amparo anulaba la autorización que para la instalación del tendido aéreo necesario para su actividad de video comunitario le había sido concedida por no haber satisfecho las tasas a que la obtención de dicha autorización quedaba sometida. El Tribunal entiende, frente a la postura del recurrente, que la imposición de tasas se halla justificada en la medida en que tiene como objetivo la protección de un bien de dominio público —amparado en el artículo 132 del texto constitucional—, y que esta medida no puede entenderse como contraria al derecho de expresión reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución española. (FJ 3).

sión de imágenes realizadas por 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», quedando sometida la prestación de este tipo de emisión o transmisión de imágenes que sobrepase los ámbitos citados y utilice el dominio público al régimen de concesión administrativa, como título que habilita a los particulares para participar en la gestión del servicio público de televisión por cable (artículo 25.1 y 3). Sin embargo, este régimen concesional no ha sido aún previsto legislativamente, puesto que no se han dictado la normativa específica a que se refiere el artículo 25.2 último párrafo, provocándose así la imposibilidad de obtener la necesaria concesión. El Tribunal no obstante asumir 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 artículo 20 CE (...), sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público, con la consiguiente vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.»* (FJ 3), desestima la cuestión planteada puesto que ni la calificación de servicio público aplicada a la televisión por cable de ámbito local, ni la omisión legislativa fueron alegadas por la Sala promotora de la cuestión de inconstitucionalidad, y añade, el Tribunal, que en el presente supuesto *«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»*, cuestión, que como ya indicamos, no fue alegada por la Sala del Tribunal Superior de Andalucía.

Frente al parecer del Pleno del Tribunal Constitucional, los Magistrados don Francisco Rubio Llorente, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y don Luis López Guerra, formularon sendos votos particulares. El Sr. Rubio Llorente justifica su disenso respecto de la decisión adoptada, en la vulneración de tres preceptos constitucionales artículos 14; 20.1. a) y d); y 38, y ello porque *«la diferenciación entre la plena licitud de los vídeos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de los que hagan uso de él es una palmaria violación del artículo 14 CE, por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable. Se trata de una prohibición absurda, carente de toda razón de ser en cuanto que apoyada en un criterio absolutamente irrazonable. La prohibición viola también la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, pues una cosa es la regulación limitativa y otra la prohibi-*

*ción lisa y llana. Por último, la prohibición infringe también el derecho a la libertad de empresa, (porque) la sustracción de una determinada actividad empresarial del ámbito de la plena libertad mediante su publicación sólo es posible cuando esta restricción del derecho fundamental se justifique por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos y sea proporcionada a esta necesidad, también cabe aceptar que las empresas de televisión puedan quedar sometidas a un régimen de autorización previa (...), es imprescindible, sin embargo, como es obvio, que sea posible conseguirla.»* El Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer redactó su voto particular en términos muy parecidos al anterior y con similares argumentos. Del formulado por el Sr. López Guerra merece destacarse lo siguiente: *«Nos hallamos, pues, ante una laguna legislativa, pues nada se ha previsto respecto del tipo de comunicación que representan los vídeos comunitarios que utilicen dominio público. No encuentro razón suficiente alguna para considerar que el ejercicio de un derecho fundamental, como el recogido en el artículo 20. 1.a) CE en su manifestación de emisión de programas de vídeo comunitario, deba quedar impedido, o en suspenso, hasta que el legislador estime oportuno regularlo. Sin negar la conveniencia de una regulación de la materia, estimo que hasta que ésta se produzca, no cabe sujetar al régimen de concesión previsto para la televisión a los vídeos comunitarios que utilicen el dominio público».*

#### IV

A lo largo de 1994, el Tribunal Constitucional ha dictado cinco Sentencias, a las que se ha unido una más en enero de 1995, en procedimientos de amparo, en materia de televisión por cable<sup>24</sup>. De estas seis decisiones únicamente vamos a analizar la primera de ellas —Sentencia 31/1994— por cuanto las siguientes se remiten a ella íntegramente. La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, estima el recurso de amparo promovido por «Lady Cocinas, S. A», contra la Resolución del Gobierno Civil de Huesca de 28 de abril de 1989, y contra las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de julio de 1989, desestimatoria del recurso planteado frente a la citada Resolución, y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1990, confirmatoria en apelación de la anterior. En esta Sentencia, el Tribunal, tras repetir su jurisprudencia

<sup>24</sup> Sentencias 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 127/1994, de 5 de mayo; 240/1994, de 20 de julio; 307/1994, de 14 de noviembre, y 12/1995, de 16 de enero.

cia anterior sobre el servicio público de televisión, y acerca de la prohibición de la actividad de emisión a través de cable de señales de televisión, que impone la ausencia de regulación del régimen concesional previsto en el artículo 25.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, como título habilitante para la prestación de la actividad de televisión por cable, declara que si bien es cierto que la protección que el texto constitucional dispensa al derecho a crear medios de comunicación es menor, en cuanto derechos instrumentales, que la ofrecida a los derechos primarios que reconoce expresamente el artículo 20 del texto constitucional, *«también lo es, asimismo, que en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos. Pero lo que no puede 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 artículo 20.1.a) y d) CE, pues la ausencia de regulación comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, 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 artículo 20.1 CE., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la publicatio de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (...), 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 ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio. (...) Cierto 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, 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 artículo 20.1. a) y d) CE, de modo que deba ser protegido por todos los poderes públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.» (FJ 7).*

## V

La Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de Cataluña, el Parlamento de la misma Comunidad Autónoma, el Parlamento Vasco y cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra la totalidad y una pluralidad de artículos de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, y declara su constitucionalidad. De entre todos los contenidos de la Ley impugnados –servicio público, reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, titularidad estatal de la facultad de otorgar las concesiones, elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, por citar algunos– y, congruentemente, de entre las consecutivas respuestas del Tribunal, por cuanto al objeto del presente estudio interesa, nosotros centraremos nuestra reflexión en aquellos que se hallan estrechamente vinculados con el derecho a crear televisión y su relación con el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución española. Esencialmente, y en lo que al contenido del derecho fundamental protegido en el artículo 20.1 del texto constitucional, el Tribunal Constitucional –contrariamente a sus propias manifestaciones en las Sentencias 12 y 74 de 1982– no asume las argumentaciones de las partes recurrentes que fundamentaban sus recursos, entre otros motivos, en que la Ley impugnada infringe la reserva de Ley Orgánica del artículo 81 de la Constitución. En palabras del Tribunal, puesto que existe una importante diferencia entre los derechos a expresarse y a transmitir y recibir información veraz y los instrumentos a través de la que se ejercitan, *«el objeto de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones. Puede, por eso, decirse que la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio –de entre las constitucionalmente posibles– de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efectivo el ejercicio de estos derechos (artículo 53.1 de la Constitución); y no realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica en su artículo 81.1; ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por Ley Orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las*

*modalidades televisivas no reguladas. Por otra parte, una materia como es la radiodifusión en general, sonora o televisiva, se encuentra sometida a constantes cambios e innovaciones tecnológicas. Se trata de una materia extremadamente flexible, donde el recurso con carácter general a la Ley Orgánica, que está dotada de una gran fuerza pasiva o resistencia a su modificación, podría bloquear posteriormente intervenciones del legislador ordinario restringiendo o, cuando menos, dificultando la extensión del ejercicio de los derechos fundamentales en juego a través de este soporte técnico a nuevos ámbitos derivados de distintas modalidades de emisión actualmente posibles o futuras. La naturaleza de los derechos fundamentales implicados aconseja no entender como una decisión esencial respecto de esos derechos la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo y la concreta regulación del régimen jurídico de la concesión, desechando una interpretación maximalista o extensiva de la reserva de Ley Orgánica en materia televisiva» (FJ 4,C).*

En las primeras líneas de este trabajo ya pusimos de relieve la polémica que en el seno del propio Tribunal despertó la interpretación de la Ley de Televisión Privada. Hubo de ser el voto de calidad del Presidente del mismo el que decidiese la votación en favor de la constitucionalidad de la Ley. Así, pues, frente a la Sentencia los Magistrados Sres. Gabaldón López, Viver i Pi-Sunyer, López Guerra, y Cruz Villalón —a este último se adhieren los Magistrados Sres. Mendizábal Allende y González Campos— formularon sendos votos particulares que coinciden sustancialmente en estimar que, al menos algunos de los preceptos —artículos 1, 2 y 4.3— de la Ley impugnada, precisaban haber sido aprobados por el procedimiento de Ley Orgánica<sup>25</sup>. «Hubiera sido procedente otorgar a la Ley 10/1988 la forma de Orgánica. Cuando una Ley lleva a cabo, como la presente, la regulación de una actividad que, no ya afecta, sino que condiciona en su propia raíz el ejercicio de un derecho fundamental hasta el punto de posibilitarlo o impedirlo, no se está ante una afección a aquel derecho, sino a su propio desarrollo. La atribución al Estado de la titularidad, como servicio público, de la televisión sustrae del ámbito de las facultades privadas la posibilidad de organizar medios de televisión para comunicar a través de ellos información. La naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada, con este sistema, al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión. En dicho sentido, la declaración de ser-

---

<sup>25</sup> Puesto que los contenidos de los votos particulares no difieren en profundidad, recogemos en texto sólo algunos párrafos, a fin de no alargar innecesariamente la exposición, y ya que entendemos que los párrafos seleccionados recogen los diferentes argumentos esgrimidos acerca de la necesidad de una Ley Orgánica para regular la materia.



*vicio público (o incluso la mera sumisión a licencia) podría oponerse en su raíz al derecho a comunicar libremente información a través de la televisión (o la radiodifusión) por convertirlo en simple facultad de gestión concedida por la Administración. De ello resulta la necesidad de una decisión acerca de la exigencia para su regulación de una Ley que adopte carácter de orgánica (artículos 53.1 y 81.1 CE).» (Ex. Voto particular del Magistrado don José Gabaldón López). «Si se parte de la premisa de que el derecho de creación de los medios de difusión forma parte de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, debe concluirse que una parte del mismo –que coincide con varios preceptos de la Ley enjuiciada– requiere desarrollo por Ley Orgánica. (El derecho a crear medios de difusión) es un derecho con sustantividad propia, aunque integrado en el artículo 20.1 CE, y como tal requiere la regulación de su desarrollo y de su ejercicio. Reducir el derecho de creación de medios de difusión cuyo contenido se limita a la regulación de las modalidades de su propio ejercicio, supone confundir la regulación del ejercicio de un derecho con la regulación del derecho a crear los medios para el ejercicio del mismo y, cuanto menos en el caso que nos ocupa, esto equivale también a desconocer la naturaleza del referido derecho.» (Ex. Voto particular del Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer).*

## VI

El grupo de sentencias que hemos relatado en las páginas inmediatamente anteriores representa, indudablemente, una importante evolución jurisprudencial en materia televisiva. El Alto Tribunal, que ha venido matizando sus primeras decisiones, ha evitado, sin embargo, pronunciarse –alegando cuestiones procesales– acerca de algunos de los aspectos más polémicos (por citar algunos, mantenimiento de la calificación servicio público para todo tipo de prestación definida como servicio de televisión, utilización del dominio público como criterio que implica diferente tratamiento jurídico<sup>26</sup>, relación del derecho a crear medios de comunicación y contenido del artículo 20.1 del texto constitucional) del sistema mixto de gestión del servicio público de televisión que introdujo en España la Ley 10/1988, de Televisión Privada<sup>27</sup>. Ha sido, pre-

<sup>26</sup> Una posición crítica a la regulación de los vídeos comunitarios, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: «El Tribunal Supremo y los vídeos comunitarios», *Poder Judicial*, núm. 9, pp. 115-128.

<sup>27</sup> En este sentido, *vid.* ESTEVE PARDO, José: «Viejos títulos para tiempos nuevos: demanio y servicio público en la televisión por cable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1991. (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989)». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 74, 1992, pp. 257-265.



cisamente, esta falta de decisión del Tribunal Constitucional la que, desde nuestro punto de vista, le ha llevado a incurrir en importantes contradicciones –no achacables a la evolución de su doctrina, puesto que en determinadas Sentencias aparecen argumentos de su primera época, mientras que en otras coetáneas de las anteriores utiliza razonamientos diferentes– que tienen su origen en la primera de las Sentencias que aquí hemos seleccionado. Con este motivo, nuestro punto de partida lo constituye la Sentencia 12/1982, analizando las variaciones que sobre sus argumentos ha realizado el Tribunal en posteriores decisiones.

De la citada Sentencia estimamos especialmente relevantes para este comentario las siguientes afirmaciones: en primer lugar, el Tribunal reconoce que en principio el derecho a crear televisión forma parte del contenido del artículo 20.1 de la Constitución, y expone los límites de este derecho; en segundo lugar, la importancia de esos límites justifica la *publicatio* de la actividad televisiva y su prestación directa y exclusiva por el Estado (monopolio); en tercer lugar, la afirmación anterior, pese a estar justificada, no deriva necesariamente del texto constitucional, por tanto, el mantenimiento del sistema o el establecimiento de la televisión privada es una opción política que sólo el legislador puede realizar; en cuarto y último lugar, si el legislador decide establecer la televisión privada, debe actualizar esa opción política por la vía de una Ley Orgánica.

Respecto a la primera aseveración, y como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional, tras mantener que el contenido del artículo 20.1 del texto constitucional incluye en principio «el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible», razona que este derecho se encuentra sometido a indudables límites –de orden técnico (limitación de un bien escaso –las ondas– calificado como dominio público), económicos (el alto coste financiero provocaría situaciones de oligopolio, y concentración de medios de comunicación, que podrían en situación de riesgo «el derecho a una difusión e información libres»), y los derivados de las obligaciones internacionales del Estado–. Sobre la limitabilidad de los derechos fundamentales tuvo ya ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias (Sentencia 2/1982, de 29 de enero) y es hoy una afirmación comúnmente aceptada por la mayoría de la doctrina<sup>28</sup>. No obstante, también lo

---

<sup>28</sup> Una visión completa del estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional se puede ver en: AGUIAR DE LUQUE, Luis: «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pp. 11-34.

es, que si bien no existen derechos ilimitados, la posibilidad de establecer límites a los mismos se encuentra a su vez reducida<sup>29</sup>. Porque si entendemos, de forma general, que los límites implican una reducción de las facultades que comprende el contenido del derecho fundamental<sup>30</sup>, y dado que estos derechos en nuestra Constitución «son fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10.1 CE)<sup>31</sup>, las limitaciones a los mismos han de admitirse restrictivamente<sup>32</sup>. En este sentido, el Tribunal ha mantenido en diferentes pronunciamientos<sup>33</sup> que los límites al ejercicio de un derecho fundamental han de estar justificados, ser proporcionales al bien jurídico que se pretende proteger con la limitación, y no impedir su ejercicio. Los límites no pueden significar prohibición absoluta del ejercicio del derecho, por limitado que este pueda ser. Es decir, los límites no pueden ser tales que supongan la negación del contenido del derecho, sino que encuentran su justificación en la medida en que sean necesarios para proteger otro bien jurídico constitucional que de otra forma no pueda ser garantizado. De este modo, un límite que suponga un sacrificio del derecho fundamental superior a la finalidad protectora perseguida por el mismo no estaría constitucionalmente amparado<sup>34</sup>.

Con estas premisas, los límites que introduce el Tribunal son justificados en la medida en que la televisión por ondas, a diferencia de la prensa, precisa de una regulación que haga compatible el ejercicio del derecho y su convivencia con los derechos del resto de los ciudadanos, y que garantice el derecho a una información libre, como pilar básico del sistema democrático, evitando concen-

<sup>29</sup> «Con la expresión “límites de los límites” se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia.» Formarían parte de esta categoría, primero el contenido esencial y la reserva de Ley (ambos en el artículo 53.1 CE), y los criterios de justificación y proporcionalidad de la limitación. AGUIAR DE LUQUE, Luis: «Los límites de...», *Op. cit.*, p. 25.

<sup>30</sup> AGUIAR DE LUQUE, Luis: «Los límites de...», *Op. cit.*, p. 10.

<sup>31</sup> «En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o Estado social y democrático de Derecho según la fórmula de nuestra Constitución.» (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1981, de 14 de julio, FJ 5).

<sup>32</sup> Acerca del principio *pro libertate o favor libertatis*, y sobre la necesidad de establecer limitaciones a la libertad de información restrictivamente, *Vid.* VARELA, Santiago: «Constitución, monopolio público y televisión», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, 1980, pp. 44-45.

<sup>33</sup> *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990, de 19 de julio.

<sup>34</sup> *Vid.* OTTO Y PARDO, Ignacio de: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Derechos fundamentales y Constitución*. Cívitas, Madrid, 1988.



traciones en el sector que pondrían en peligro la dimensión objetiva –institucional– del derecho a la información. En este sentido, el derecho a crear medios de información, sin incluirse entre los derechos prestacionales<sup>35</sup>, no pertenece a la categoría de los «derechos reaccionales» y no puede ser ejercido en ausencia de organización, pero el legislador, que podrá tener un amplio margen de configuración del derecho, no puede negar el derecho «dictando normas reguladoras de una actividad que implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial» (Voto particular del Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982). El derecho nace del texto constitucional y, por tanto, vincula a todos los poderes públicos (artículo 9. 1, y, específicamente para derechos fundamentales artículo 53.1, ambos de la Constitución Española), el legislador está obligado a reconocerlo y garantizarlo, el establecimiento y la efectividad del derecho no son decisiones políticas<sup>36</sup>.

Si esto es así y, en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal Constitucional tras declarar que el derecho existe y que está limitado, mantiene que estos límites son de tal entidad que hacen desaparecer el derecho, quedando la posibilidad de su existencia en manos del legislador, la contradicción parece clara: o bien, las limitaciones técnicas, el elevado coste financiero, y las obligaciones internacionales son límites al ejercicio del derecho, luego el derecho existe, y, consecuentemente con lo dicho hasta aquí, estos límites podrán reducir las posibilidades de ejercicio, pero nunca ignorar el contenido del mismo; o bien, por el contrario, los argumentos que utiliza el Alto Tribunal, y que califica como límites, no son tales (en sentido estricto), sino que condicionan el contenido del derecho, de tal forma, que, dadas estas circunstancias, el derecho, que en principio reconoció como contenido del artículo 20. 1, queda postergado en la configuración de sus posibilidades, no de ejercicio, sino de propia existen-

---

<sup>35</sup> En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 6/1981, de 16 de marzo, y 86/1982, de 23 de diciembre. En el fundamento jurídico quinto de la primera de las citadas dice el Tribunal: «La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle. La cláusula del Estado social (artículo 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2, imponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación, el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público.»

<sup>36</sup> En este sentido, y criticando la posición del Tribunal, BASTIDA entiende que dada la argumentación del Tribunal, la televisión privada en caso de existir no sería un derecho constitucional. BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*. Ariel, Barcelona, 1990, p. 109.

cia, al legislador, y entonces, desde nuestro parecer, el Tribunal ha confundido la delimitación del contenido del derecho con la limitación del mismo<sup>37</sup>, lo que nos sitúa nuevamente en el punto de partida: determinar la relación entre el derecho a crear los medios materiales precisos para la difusión y la protección que pueda ofrecerle el artículo 20.1 de nuestra Carta Magna<sup>38</sup>.

Así las cosas y en este intento de delimitar el contenido del derecho, conviene traer a colación otras afirmaciones que, aunque ya avanzadas en la Sentencia 12/1982, se concretizan en posteriores resoluciones del Tribunal: la diferente protección que la Constitución ofrece a los derechos primarios y a los derechos instrumentales (Sentencia 206/1990, FJ 6), por tanto, la negación de que la ampliación del ámbito de la televisión privada pueda derivar en el reconocimiento de un derecho a emitir (Sentencia 206/1990, FJ 6)<sup>39</sup>, y, no obstante lo anterior, el reconocimiento explícito por el Tribunal de que determinados soportes técnicos se encuentran más vinculados con el contenido del derecho del artículo 20.1 de la Constitución (Sentencia 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

Este criterio de diferenciación entre derechos primarios y derechos instrumentales<sup>40</sup>, que utiliza nuestro Tribunal Constitucional para justificar la distinta vinculación con el texto del artículo 20.1, y la menor garantía que el mismo ofrecería a los últimos, ha sido también utilizado por otros Tribunales Constitucionales europeos. Especialmente, la Corte Constitucional italiana, con argumentos muy parecidos a los de nuestro Alto Tribunal, ha utilizado como criterios para esta distinción, entre otros, los de instrumentalidad, necesidad de los medios,

<sup>37</sup> Sobre la diferencia entre delimitación del contenido y limitación de los derechos, *vid.* OTTO Y PARDO, Ignacio de: «La regulación del ejercicio...», *Op. cit.*

<sup>38</sup> En el mismo sentido se manifiesta Bastida cuando dice: «El problema clave consiste, pues, en desentrañar si realmente existe en nuestro ordenamiento constitucional la libertad de difusión y, más concretamente, la libertad de antena y si ésta es autónoma respecto de las libertades de expresión e información o si, por el contrario, el contenido de éstas es el que le da amparo jurídico. Para ello, y como cuestión previa, es necesario averiguar cuál es la relación que hay entre el medio de difusión y el mensaje libremente expresado a su través.» BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: «La libertad de difusión en el artículo 20.1 de la Constitución: la libertad de antena». En X Jornadas de Estudio. *Introducción a los derechos fundamentales*. Vol. 1. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, 1988, p. 362.

<sup>39</sup> Esta afirmación del Tribunal parece desterrar la posibilidad de entender el artículo 20.1 como un derecho-fuente del que emanan otros, como sería, en este caso, el derecho a crear televisión, que una vez establecido por el legislador pasaría a formar parte del contenido necesario del derecho. *Vid.* BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El derecho de antena...*, *Op. cit.*, p. 110.

<sup>40</sup> Los derechos primarios serían aquellos que aparecen directamente mencionados en el texto constitucional, mientras que los instrumentales, serían derechos sin sustantividad propia, en cuanto su finalidad no es otra que la de posibilitar el ejercicio de los derechos primarios.

eventualidad de los mismos, peculiaridad de alguno en concreto, provocando un importante debate que ha dividido a la doctrina entre los partidarios de la tesis extensiva, que incluyen en la protección del artículo 21 de la Constitución Italiana el derecho a crear medios de comunicación; y los partidarios de la tesis restrictiva, que entienden que la garantía del artículo 21 únicamente protege el derecho a crear los medios de comunicación cuya disponibilidad jurídica se posea<sup>41</sup>.

El paralelismo entre los preceptos constitucionales español e italiano<sup>42</sup> reconocedores de las libertades de expresión e información, la cierta semejanza entre los planteamientos en materia radiotelevisiva de nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Italiana<sup>43</sup>, y el debate doctrinal que las decisiones de la Corte Constitucional generaron entre los autores italianos, han motivado que los autores españoles asumiesen, en mayor o menor medida, las posiciones y los argumentos de la doctrina italiana.

Los partidarios de la llamada teoría extensiva<sup>44</sup>, justifican su postura en favor del reconocimiento del derecho a crear televisión como parte del contenido de los derechos de libertad de expresión e información, desde dos perspectivas.

La primera, el dictado literal del texto constitucional —«mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (artículo 20.1 CE); «mediante la palabra, el escrito y cualquier otro medio de difusión» (artículo 21, primer párrafo, CI).

---

<sup>41</sup> La polémica provocada en la doctrina italiana es recogida con detenimiento por BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El derecho de antena...*, Op. cit., pp. 48-58.

<sup>42</sup> El artículo 21 de la Constitución italiana establece que «todos tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento mediante la palabra, el escrito y cualquier otro medio de difusión». El artículo 20.1.a) y d) de nuestro texto constitucional dice: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión».

<sup>43</sup> Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en materia de radiotelevisión, vid. BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El derecho de antena...*, Op. cit., pp. 48-58. PACE, Alessandro: «La radiotelevisione in Italia con particolare riguardo alla emittente privata», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1987, pp. 615-906. PACE, Alessandro: *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*. Cedam, Padova, 1983. SAINZ MORENO, Fernando: «La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional», en *La televisión en Europa. Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, núm. Extraordinario 2, 1988, pp. 6-36. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: «La jurisprudencia del Tribunal italiano sobre la televisión», *Revista de Derecho Público*, núm. 108-109, 1987, pp. 565-651. Sobre las semejanzas entre el sistema italiano y el español, especialmente, en cuanto a los preceptos que reconocen la libertad de expresión y el servicio público (artículos 21 y 43 de la Constitución italiana y 20 y 128 de la española), vid. ESTEVE PARDO, José: *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1984, p. 20 y 35-49.

<sup>44</sup> Vid., por todos, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: *El derecho de antena...* Op. cit.

La segunda, con una intención de interpretación integrada del texto constitucional y, puesto que las libertades de la comunicación tienen, cada vez más, su fundamento en la garantía de una opinión pública libre<sup>45</sup>, la consecución de este objetivo, unido al derecho a estar informado que nuestra Constitución garantiza en su artículo 20.1.d), precisa de canales adecuados que hagan efectivo el mismo. Esto es, las libertades de expresión y de información, en cuanto colaboran en la formación de la opinión pública, necesariamente se perfeccionan cuando la opinión o la información llega al público. En otro caso la información carece de sentido. Su fundamento se encuentra, precisamente, en su necesidad para el ejercicio razonado de otros derechos, especialmente los de participación política, por los ciudadanos<sup>46</sup>.

Ahora bien, la necesidad informativa de la sociedad moderna es cada vez mayor cuantitativamente y cualitativamente<sup>47</sup>. Los asuntos públicos, la economía, el medio ambiente, la cultura, etc... son cuestiones que han venido a sumarse al ámbito estricto del discurso público<sup>48</sup> que fundamentaba las libertades de expresión y prensa en su concepción liberal<sup>49</sup>. Al mismo tiempo el hombre actual precisa de vehículos que canalicen las diferentes corrientes de opinión, traten la información y la transmitan. Los medios de comunicación adquieren un papel mediador entre la realidad y el público<sup>50</sup>. La realidad de una

<sup>45</sup> «La doctrina de los derechos fundamentales como "fundamento funcional" de la democracia significa lo siguiente: los derechos fundamentales tienen una vertiente privada y altamente personal y una vertiente público-democrática. Las libertades de opinión y prensa, y también, en un sentido más profundo las libertades científica y artística constituyen el presupuesto de una democracia que funcione.» HÄBERLE, Peter: «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania». *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, núm. 1, 1993, p. 155.

<sup>46</sup> En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en incontables ocasiones. Entre otras, *vid.* Sentencias 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 168/1986, de 22 de diciembre; 165/1987, de 27 de octubre; 6/1988, de 21 de enero, y 107/1988, de 8 de junio.

<sup>47</sup> En este sentido *vid.* ZANELLI, Pietro: «Il nuovo ruolo dell'informazione nella società tecnologica», en *Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*. (A cura di Enzo Roppo). Cedam, Padova, 1985, pp. 243-248.

<sup>48</sup> Sobre el discurso público, o discurso de lo público, *vid.* SALVADOR CODERCH, Pablo (Director): *El Mercado de las Ideas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; y del mismo autor, *El derecho de la libertad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>49</sup> *Vid.* SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*. Ariel, Barcelona, 1987.

<sup>50</sup> Pedrazza define la actividad informativa como «actividad de difusión (efectuada a través de diarios, periódicos, agencias de prensa, radio y televisión) de noticias, esto es del conocimiento de hechos determinados, adquirido y críticamente formado que responda a la veracidad sustancial, además del comentario de los mismos, y en general de la manifestación de opiniones». PEDRAZZA GORLERO, Maurizio: «Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale», *Rivista Trimestrale di diritto Pubblico*, núm. 3, 1987, p. 665. Desantes mantiene que «el proceso informativo no es monológico. No va de un comunicador en una sola dirección e incide sobre un receptor en el que se operan reacciones determinadas. Consiste en un sistema de diálogo con exposición y réplica, con estímulos y respuestas de carácter relacional. (...) Información equivale a diálogo entre medios de infor-

opinión pública libre e informada, pilar básico del sistema democrático, precisa de medios de comunicación que transmitan la información. Porque, sin medio de comunicación no hay información transmitida, y sin información no hay opinión pública libre. La relación entre los medios de comunicación y la libertad de información no es de instrumentalidad, sino de necesidad. La existencia del acto informativo depende de la previa existencia del vehículo adecuado para su difusión. Las libertades de expresión y de información y el derecho a crear los medios de comunicación para su difusión, no son derechos totalmente autónomos. Por tanto, las garantías que se reconocen a las primeras deben recaer sobre el segundo, aunque éste se encuentre limitado y precise para ser efectivo de una actuación positiva de los poderes públicos.

Hemos expuesto anteriormente que la limitación del derecho fundamental sólo cabe cuando sea necesaria para garantizar otros bienes constitucionalmente protegidos, por tanto, si las condiciones que llevaron a esa necesidad de limitación se modifican, y no existe riesgo para otro bien merecedor de tal garantía, el ejercicio del derecho debe verse, consecuentemente, ampliado. En este orden de cosas, el Tribunal, pese a mantener que de la ampliación del ámbito de la televisión privada no podía extraerse como consecuencia un derecho a emitir, ni a exigir el otorgamiento de frecuencias para la emisión, ni imponer una regulación legal cuyo único límite sea «el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar» (FJ 6 de la Sentencia 206/1990), ha sostenido que existen determinados soportes técnicos que «se encuentran más íntimamente vinculados que otros al ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución» (FJ 3 de la Sentencia 181/1990), para a continuación declarar que a través de video comunitario, y pese a su dimensión comercial, se difunden pensamientos, ideas y opiniones, por tanto, se ejercen libertades públicas amparadas en el artículo 20. 1 del texto constitucional.

Avanzando un paso más, entre 1994 y el primer mes de 1995, como ya se ha comentado reiteradamente, el Tribunal estima seis recursos de amparo promovidos por operadores de televisión por cable contra diferentes resoluciones administrativas que requerían el cese de las emisiones por cable y el desmontaje de las instalaciones. El Tribunal, en estas ocasiones, aunque reitera sus pronunciamientos anteriores –acerca de los límites del derecho, garantía del pluralismo, servicio público– modifica su argumentación. La *publicatio* que podría justificar una limitación al derecho, no puede, sin embargo, suponer

---

mación y sociedad, entre Estado y sociedad y entre los diversos individuos de la sociedad entre sí." DESANTES GUANTER, José María. *La información como derecho*. Editora Nacional, Madrid, 1974, pp. 88-89.



«una supresión de la libertad de comunicación», injustificada por cuanto dado el soporte técnico utilizado, el cable, no existe riesgo el ejercicio del derecho por otros ciudadanos; el soporte tecnológico no es limitado; su ámbito local no incide en las obligaciones internacionales del Estado; y, el coste económico de las instalaciones es, relativamente, bajo.

Consecuentemente, y con los precedentes anteriores, el Tribunal entiende, acogiendo el contenido del voto particular del Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia 12/ 1982, que una regulación como la actual, que impide por cuanto no regula el régimen concesional de esta modalidad de televisión, resulta contraria al artículo 20.1 de la Constitución, porque el legislador, aunque puede configurar las condiciones de ejercicio del derecho, no puede negarlo «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 *ex Constitutione*» (Sentencia 31/1994, FJ 7), y tampoco cabe decir que, cuando la *interpositio legislatoris* es necesaria para configurar el derecho y, sin embargo, esta no se produce, «la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el artículo 20.1.a) y d) CE, de modo que deba ser protegido por todos los poderes públicos y, en última instancia, por este Tribunal a través del recurso de amparo» (Sentencia 31/1994, FJ 7)<sup>51</sup>.

El Tribunal, pese a haber mantenido de una forma genérica que el derecho a crear los soportes técnicos a través de los que las libertades de expresión e información se hacen posibles no es derivación necesaria del artículo 20.1 de la Constitución Española, afirma en la Sentencia citada, y posteriormente en las que resuelven otras peticiones de amparo sustancialmente idénticas a ésta, que el derecho a crear estos medios de comunicación forma parte del contenido mínimo de la libertad de comunicación que se garantiza en el artículo 20.1 de la Constitución.

En este punto, conviene detenernos un momento para poner de relieve el contrasentido, que desde nuestro punto de vista, preside la jurisprudencia constitucional en la materia.

De un lado, cuando el Tribunal ha tenido que manifestarse sobre el contenido del derecho del artículo 20.1 y la creación de medios de comunicación,

---

<sup>51</sup> Un comentario sobre esta Sentencia, y especialmente sobre la omisión legislativa, puede verse en: GÓMEZ PUENTE, Marcos: «Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión (A propósito de la STC 31/1994, de 31 de enero de 1994)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, 1994, pp. 629-651.

televisión concretamente, que utilizaban el espacio radioeléctrico como soporte técnico, ha construido toda su argumentación a partir de los límites del mismo, la calificación de servicio público, la utilización del dominio público, y la voluntad del legislador, y ha declarado que el derecho a crear éstos concretos medios de comunicación no derivaba necesariamente del contenido del artículo 20.

De otro, contrariamente a lo anterior, las decisiones que ha dictado el Tribunal sobre televisión por cable utilizan los mismos argumentos para justificar precisamente la postura opuesta –el derecho a crear el soporte técnico forma parte del contenido mínimo del artículo 20.1, y de la omisión del legislador, de su inactividad, no puede derivarse la conculcación del derecho–<sup>52</sup>.

Entonces, ¿qué diferencia existe entre ambos supuestos? Parece que la respuesta es obvia: los soportes técnicos –las limitaciones a que cada uno está sujeto, y las posibilidades de utilización que puedan ofrecer–. Ahora bien, ¿esta diferencia puede modificar la naturaleza del derecho, de forma que cuando nos encontremos ante televisión por cable otorguemos al mismo la cobertura constitucional del artículo 20.1 CE, y cuando la emisión de señales de televisión utilice las ondas hertzianas el derecho quede a disposición del legislador?

Desde nuestro punto de vista, el derecho a crear medios de comunicación audiovisuales es solamente uno, el diferente soporte tecnológico utilizado puede y debe modular el régimen jurídico que el legislador está obligado a establecer para su ejercicio, pero no modifica la naturaleza del mismo. Indudablemente, no todos los soportes técnicos pueden ofrecer las mismas posibilidades de utilización. Ya hemos expuesto en páginas anteriores que la emisión de señales audiovisuales utilizando el espacio aéreo necesita de una regulación que garantice la compatibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos –puesto que aunque la evolución tecnológica ha posibilitado el aumento de frecuencias utilizables, la utilización de una de ellas por un particular implica que esa frecuencia no podrá ser utilizada por otro–, que establezca el sistema de atribución de frecuencias, y el órgano administrativo competente, que garantice la defensa de los derechos fundamentales que en todo proceso de comunicación suelen verse implicados (artículo 20.4 CE), y que determine el régimen de ejercicio del derecho. Por el contrario, aun siendo con-

---

<sup>52</sup> La argumentación del Tribunal en estas Sentencias nos lleva a plantearnos serias dudas acerca del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones por cable, al que ya nos hemos referido, desde, al menos, dos perspectivas, que ahora sólo vamos a mencionar: a) Reconocimiento del derecho del artículo 20.1 de la Constitución, y forma de Ley ordinaria del Proyecto. b) Mantenimiento del servicio público, y límite de una única concesión en cada demarcación territorial, cuando no existen limitaciones técnicas.

veniente una legislación completa sobre la materia y como ha quedado probado con las Sentencias del Tribunal que hemos citado, la menor complejidad de la televisión por cable, especialmente en cuanto a sus límites, hacen de ella un sector menos problemático<sup>53</sup>.

El proceso de relativización de los límites, que justificaban el servicio público y al que nuestro Tribunal Constitucional no ha dejado de ser sensible<sup>54</sup>, que el avance tecnológico ha provocado dejando obsoleto el argumento de la escasez del medio natural [las ondas, aun siendo limitadas, permiten su utilización en frecuencias diferentes para emisiones con alcance territorial diferenciado, la oferta puede ampliarse por emisoras vía satélite y de televisión por cable –que en palabras del Tribunal «ofrece la posibilidad de asignar un número de frecuencias prácticamente ilimitado, así como que se trata de una televisión radiada de alcance local que no figura en los planes internacionales» (Sentencia 74/1982, de 7 de diciembre, FJ 3), además los costes económicos se han rebajado sustancialmente, reduciendo el consiguiente riesgo para la formación de una opinión pública libre y plural que podría derivar de una potencial concentración económica de medios de comunicación]; el escepticismo con que se mantiene la mayor garantía de pluralismo e independencia que un sistema público podía ofrecer<sup>55</sup> frente a las empresas privadas, supuestamente mediatizadas por el ánimo de lucro, y la tendencia ideológica; y, aún más, la consideración del derecho a crear televisión como integrante del derecho de la comunicación protegido constitucionalmente (artículo 20.1 CE), cuyo ejercicio en tanto derecho constitucional no puede

---

<sup>53</sup> En este sentido, no obstante, las contradicciones que hemos señalado en la jurisprudencia constitucional, creemos necesario resaltar la difícil situación a que se enfrenta el Tribunal en estos procedimientos de amparo. El otorgamiento del amparo en los recursos en que el actor es un operador de televisión por cable, y como hemos explicado hasta la saciedad, resultan menos problemáticos en cuanto a los efectos que del fallo pudieran derivarse. Sin embargo, y como ya el propio Tribunal Constitucional, avanzó en la Sentencia 12/1982, aunque es posible dictar una Sentencia declarativa del derecho, su efectividad precisa de la intervención de otros poderes públicos –existencia de normas, otorgamiento de autorizaciones, etc.–, so riesgo de provocar un caos en las ondas, como el que resultó de las Sentencias de la Corte Constitucional italiana liberalizadoras de la actividad televisiva por ondas en el ámbito local (especialmente la Sentencia 202/1976). Vid. PACE, Alessandro: «La radiotelevisione in Italia...», Op. cit., pp. 624-627. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: «La jurisprudencia constitucional...», Op. cit., pp. 623 y ss.

<sup>54</sup> «la calificación 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 en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar.» (FJ 6 de la Sentencia 206/1990, de 13 de diciembre).

<sup>55</sup> Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Televisión pública y televisión privada*. Cívitas, Madrid, 1982. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto: «La libertad de expresión e información y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento». *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984, p. 246-250. SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, Juan José: «Ordenación jurídica de la Televisión...», Op. cit., pp. 39-44.

ser objeto de publicación, puesto que la misma supone que en los supuestos en que quepa la posibilidad de participar en la prestación del servicio, el particular no ejerce un derecho originario a él atribuido por la Constitución, sino la facultad de participar en la gestión de un servicio una vez obtenido el título administrativo que habilita para ello<sup>56</sup>, serían argumentos suficientes para reconsiderar la total y absoluta *publicatio* de la actividad televisiva, pero además en el Estado Social existen otros títulos legitimadores de la actuación de los poderes públicos<sup>57</sup>. Así pues, el servicio público, tal y como hoy lo conocemos, resultaría innecesario, y más acorde con la situación actual asimilar «el panorama de la radiodifusión<sup>58</sup> al de la prensa, en donde la intervención limitadora del Estado puede tolerarse en orden a evitar, sobre todo, la concentración del poder publicístico, y los riesgos que la misma entraña en punto a garantizar el pluralismo en la formación de la opinión pública.»<sup>59</sup>.

Finalmente, como ya habíamos avanzado, la polémica generada en torno a la necesidad de Ley Orgánica para el establecimiento y regulación de la posibilidad de participación de los ciudadanos en la prestación del servicio de televisión, constituye el último aspecto que decidimos tener en cuenta para nuestro estudio.

En la Sentencia 12/1982, el Tribunal, tras mantener que el establecimiento de la televisión privada no era en nuestro ordenamiento una imposición constitucional, sino que se trataba de una posibilidad cuya adopción correspondía decidir al legislador «por la vía de una Ley Orgánica en la medida en que afecte al desarrollo del alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20

---

<sup>56</sup> En este sentido, entre otros, *vid.* LAGUNA DEL PAZ, José Carlos: *Régimen jurídico...*, Op. cit., pp. 209- 234. SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, Juan José: «Ordenación jurídica de la Televisión...», Op. cit. En contra, y en favor del servicio público como garantía de derechos fundamentales, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre», *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 61-73. De la misma autora: «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en *Homenaje al Profesor García de Enterría*. Tomo II. De los Derechos y deberes fundamentales, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 943-972. Finalmente, *vid.* QUADRA-SALCEDO, Tomás de la: «La televisión privada y la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, p. 66, cuando expone que si partimos de la consideración de derecho fundamental, no puede deducirse posibilidad de publicación, salvo para los supuestos de servicios públicos virtuales o impropios, pero según el autor en la actividad de televisión en principio se acepta la existencia de una actividad «de la que es titular el Estado, para a partir de ahí, pedir la gestión de esa actividad ajena en base a la existencia de un derecho fundamental».

<sup>57</sup> *Vid.* SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Ordenación jurídica de la Televisión...», Op. cit., p. 37. También sobre la posibilidad de establecer limitaciones a la libertad como medida de protección frente al poder económico, en: HÄBERLE, Peter: «Recientes desarrollos», Op. cit., p. 155.

<sup>58</sup> El autor utiliza el término radiodifusión incluyendo, como en la doctrina alemana, las emisiones de televisión y radio.

<sup>59</sup> *Vid.* SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto: «La libertad de expresión e información y el problema de la...», Op. cit., p. 230.

(artículo 81 CE)». Posteriormente, en la Sentencia 74/ 1982, el Tribunal, insiste tajantemente en este argumento. El Tribunal afirma que sólo la Ley Orgánica puede considerarse adecuada para regular la diversidad de problemas que esta materia suscita y ofrecer una solución congruente. Sin embargo, en la Sentencia 127/1994, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Televisión Privada, el Tribunal, al analizar, entre los motivos de supuesta inconstitucionalidad alegados por los actores, la presunta infracción del artículo 81.1 de la Constitución en su relación con el artículo 20.1, entiende que, en primer lugar, la Ley de Televisión Privada no desarrolla directamente aspectos esenciales del derecho fundamental, ni tampoco impone limitaciones o restricciones al mismo, sino únicamente regula una de las posibles modalidades de ejercicio, materia que según el artículo 53.1 de la Constitución queda reservada a la Ley ordinaria; en segundo lugar, la radiodifusión en general es una materia sometida a continuos e importantes cambios que hacen necesaria una norma con mayor capacidad de adaptación. La resistencia a su modificación de que está dotada la Ley Orgánica hacen de ella una norma inadecuada por cuanto podría provocar una congelación de la regulación que provocaría más disfunciones que garantías para los derechos implicados. Consecuentemente, el Tribunal concluye reconociendo la constitucionalidad de la norma.

Es doctrina firmemente asentada, desde sus primeras decisiones, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la consideración restrictiva que debe darse al ámbito de materias propias de Ley Orgánica, puesto que esta puede inmovilizar el ordenamiento<sup>60</sup>. Así pues, y en lo que a derechos fundamentales se refiere la Ley Orgánica debe utilizarse exclusivamente para la regulación de los aspectos que estrictamente representen desarrollo directo del derecho fundamental.

Si esto es así, el Tribunal, cuando en 1982 mantuvo la necesidad de una Ley Orgánica como la vía adecuada para establecer la televisión privada, incurrió, a nuestro parecer en una importante contradicción. Si la televisión privada necesitaba para su establecimiento de la aprobación de una Ley Orgánica, y puesto que este tipo de norma queda limitada al desarrollo directo de los derechos fundamentales, hay que entender que el Tribunal asumía el derecho a crear televisión como desarrollo directo, global o de aspectos esenciales del derecho contenido en el artículo 20.1 de nuestra Constitución, pero, entonces, no podía mantener que su establecimiento no era una obligación constitucional, sino una posibilidad político-legislativa. El legislador está obligado a reconocer el derecho y a dictar las normas que hagan posible su ejercicio. Si por el

<sup>60</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1981, de 13 de febrero.

contrario, partía de esta última afirmación –la televisión privada es una posibilidad que la Constitución no impone pero tampoco impide, y depende de la voluntad política– ¿cómo podía exigir Ley Orgánica?

Pese a estas primeras manifestaciones del Tribunal en favor de la exigencia de Ley Orgánica, en la Sentencia 127/1994, mantiene la constitucionalidad de la Ley (ordinaria) de Televisión Privada, por entender que la misma no es desarrollo directo del derecho del artículo 20.1, sino simplemente regulación de una de las posibles modalidades de ejercicio.

Desde un punto de vista formal, y partiendo de las premisas que asume el Tribunal –nos encontramos ante una modalidad de ejercicio, no ante el desarrollo directo de un derecho; la Ley Orgánica está reservada al desarrollo estricto de los derechos fundamentales y libertades públicas; y, la Ley Orgánica debe ser utilizada restrictivamente a fin de no congelar el ordenamiento, en especial en materias como la comunicación sometidas a rápidos cambios– la argumentación del Tribunal es perfectamente coherente.

Ahora bien, sustancialmente, analizando el contenido de la Ley de Televisión Privada creemos que determinados de sus preceptos merecían haber sido aprobados por el procedimiento de Ley Orgánica<sup>61</sup>. Es cierto, que los avances tecnológicos, la creación de nuevos soportes de la información, el aumento de las posibilidades técnicas, necesitan normas que puedan ser adaptadas a sus necesidades de una forma relativamente flexible. Pero, también lo es que en la Ley recurrida existen determinados preceptos que no regulan la modalidad de ejercicio, sino que establecen la posibilidad del mismo «hasta el punto de permitirlo o impedirlo», suponiendo no una afección al derecho sino su propio desarrollo el objetivo de la Ley: la regulación de la gestión indirecta del servicio de televisión, el régimen habilitador para participar en esta gestión–<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> En este sentido, *vid.* LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *Régimen jurídico...*, Op. cit. ESTEVE PARDO, José: «Servicio público de televisión y garantía de la opinión pública libre», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, pp. 198-201. QUADRA-SALCEDO, Tomás de la: «La televisión privada y...», Op. cit., pp. 57-93. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Ordenación jurídica de la Televisión...», Op. cit., p. 34.

<sup>62</sup> Artículo 1 de la Ley de Televisión Privada: «Es objeto de la presente Ley regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado.» Artículo 2: «La gestión indirecta del servicio público de la televisión se realizará por sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa, conforme a lo previsto por la presente Ley». Aunque en alguno de los votos particulares se defiende la necesidad de rango orgánico del artículo 4.3: «El número de las concesiones será de tres», nos parece que en este caso, la Ley Orgánica sí podría dificultar, por su mayor grado de resistencia pasiva, y su mayor necesidad de consenso, una potencial reforma que tuviera como finalidad el ampliar el número de concesiones. Desde nuestro punto de vista, en este aspecto concreto sería recomendable la mayor flexibilidad que permite la Ley ordinaria.

Asimismo, si el derecho a crear medios de difusión forma parte del contenido del artículo 20.1 de la Constitución, como nunca ha negado el Tribunal, aunque pueda ser regulado su ejercicio por el legislador en Ley ordinaria, necesita que una parte de su regulación como derecho incluido en los derechos de la comunicación se desarrolle en una Ley Orgánica. De otro modo, «reducir el derecho de creación de medios de difusión cuyo contenido se limita a la regulación de las modalidades de su propio ejercicio, supone confundir la regulación del ejercicio de un derecho con la regulación del derecho a crear los medios para el ejercicio del mismo y, cuanto menos en el caso que nos ocupa, esto equivale también a desconocer la naturaleza del referido derecho». (Voto particular del Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer).

## VII

Para finalizar, y consecuentemente con todo lo hasta aquí dicho, creemos necesaria una regulación adecuada al momento de evolución tecnológica que, respetuosa con los derechos fundamentales en juego, sea capaz de encauzar las expectativas de los ciudadanos, ordenar la confusa situación –ilegalidad de televisiones locales, que los supuestos de utilización de cable como soporte técnico, han obtenido el amparo del Tribunal Constitucional– que una legislación incompleta, fragmentada, y sobre todo, alejada de la realidad del sector, ha provocado, y que permita al Tribunal Constitucional dar una interpretación unánime y congruente del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1a) y d) de nuestra Constitución.

