

EL DERECHO DE LA TELEVISIÓN (SITUACION Y PERSPECTIVAS DEL MODELO JURIDICO DE LA TV EN ESPAÑA)

ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA
*Profesor Titular de Derecho Constitucional
y de Derecho de la Información
Universidad de La Laguna.*

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Marco constitucional de la televisión
- III. El régimen jurídico de la gestión del medio de comunicación televisivo en España
- IV. Las televisiones autonómicas
- V. Las televisiones locales
- VI. Propuestas de creación de un modelo de televisión constitucional

I. INTRODUCCION

La Televisión era definida por el Estatuto de la Radio y la Televisión en adelate (ERTV), aprobado por Ley 4/1980, (art. 1º.4) como *la producción y transmisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o mediante cables, destinadas mediata o inmediatamente al público en general, o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios*. La Ley 31/87 de Ordenación de las Telecomunicaciones (art. 25.2), que deroga el precepto anterior, en este punto la definía como *la forma de telecomunicación que permite en la emisión y transmisión de imágenes no permanentes por medios de ondas electromagnéticas propagadas, por cable, por satélite, por el espacio, sin guía artificial o por cualquier otro medio*¹. Asimismo, la Ley

1. Este precepto no ha sido derogado por la Ley 11/1998 de 24 de abril de Ordenación de las Telecomunicaciones. Vid su Disp Derogatoria y su art. 1, segundo párrafo. Ley que ha su vez

25/1994 de 12 de julio de Transposición de la Directiva 89/552/CEE, en su art. 3.º a) la define como: *la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas destinados al público. Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares.*

Pero la TV es algo más que un medio de comunicación, como expresó el recordado Prof. Gonzalez Encinar², es un factor de socialización, el principal foro de las modernas democracias, dado su enorme poder instrumental de manipulación de la conciencia colectiva o conformador de la opinión pública. Mas precisa la definición —aunque referida al sistema alemán, de Maria Salvador³: «La radio-televisión consiste en la emisión y difusión para el público en general de todo tipo de programas por medio del sonido y la imagen, mediante la utilización de ondas electromagnéticas sin hilos o a través de u conductor». Por lo tanto sus elementos son: —emisión de programas— utilización de una determinada técnica de transmisión.—al público en general (libre o de pago-codificada—).—incluye el teletexto.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TELEVISIÓN

El derecho a comunicar por medio de la TV, debe ser considerado parte del derecho a la información protegido en el art. 20 de la CE, la libertad de antena es un derecho fundamental, sin embargo el texto constitucional no se refiere a la televisión, más que en el Título VIII, de la distribución de competencias. En este, la competencia en materia de televisión se atribuye al Gobierno y la administración general del Estado con carácter de compartida por el artículo 149.1.27 de la Constitución, admitiendo por tanto, que las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos de Autonomía facultades en materia de desarrollo y en ejecución de la normativa básica del Estado.

Este ordenamiento ha de distinguirse del de las Telecomunicaciones, previsto como sector competencial distinto en el número 21 del art. 149.1 de la C.E. y reservado al Estado con carácter de competencia exclusiva. La propia Ley 46/1983, reguladora del Tercer Canal, al tratar las facultades de atribución de frecuencias, potencias y emplazamiento de las instalaciones radioeléctricas

a sido derogada por la Ley 32/2003 de 3 de noviembre nueva General de las Telecomunicaciones, que sin embargo mantienen vigor aquel precepto.

2. Prologo al libro, «La Libertad de la TV, de Maria Salvador Martinez, Ed. CEDECS, 1998, pag. 32 y ss.

3. Op. Cit Maria Salvador Martinez, pag 78, extraído del Acuerdo Estatal sobre Televisión de la RFA de 1991.

de los Terceros Canales de Televisión, reserva estas competencias al Estado, (art. 4). La norma de cabecera del sistema normativo de las telecomunicaciones, fue primero la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones⁴ que, en lo que a la Televisión importa, declara servicios esenciales en su Preámbulo y en su art. 2.º reservados al sector público, a todas las telecomunicaciones, atribuyéndole competencia exclusiva al Estado de acuerdo con el art. 149.1.21 de la Constitución. En la STC 168/93 de 28 de Mayo, sobre la constitucionalidad de aquella ley, se plantea la reserva, como competencia del Estado de la materia de telecomunicaciones y radiocomunicaciones, sobre la base del art. 149.1.21 CE, aunque los recurrentes pretendían demostrar que, conforme al art. 149.1.27 CE, que regula como materia compartida el régimen de la radio y de la televisión, la norma recurrida desbordaba el contenido de lo básico, invadiendo las facultades de desarrollo legislativo de las comunidades autónomas. La Sentencia viene a aclarar, que todos los aspectos relacionados con los derechos del art. 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio o la televisión, como medio de comunicación social, el ámbito competencial se encuentra en el art. 149.1.27, a efectos de la distribución territorial, constitucional de competencias. Sin embargo, los aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte ó instrumentos de los cuales la radio y la televisión se sirven; (las ondas electromagnéticas) quedan dentro de la materia de la radio comunicación y por lo tanto de la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.21, siendo constitucionalmente legítimo que el Estado regule, desde una concepción unitaria, el dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y la radio comunicación en particular; no solo las destinadas en emisoras de radio y televisión, cualificadas por la recepción de un gran número de usuarios, [aunque reconoce el Tribunal que el contenido competencial del art. 149.1.21 es más expansivo que el del punto 27, aquél debe de ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencia autonómicas de radio y televisión].

III. EL REGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN TELEVISIVO EN ESPAÑA

El marco Jurídico actual, del ERTV (Ley 4/1980) y la Ley de la Televisión privada (10/88 de 3 de Mayo), ha sido revalidado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que desde la Sentencia 12/82 que ha mantenido siempre su declaración como *servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado*. La palabra Estado, (de utilización anfibiológica en el derecho) ha sido interpretada en el sentido estricto, entendiendo por que se trata de

4. Posteriormente sustituida por la ley 11/1998 de 24 de abril y recientemente por la Ley 32/2003 de 3 de noviembre General de las Telecomunicaciones.

una competencia exclusiva, reservada a los poderes centrales del estado — administración y poder legislativo nacional— a virtud de lo previsto en el art. 149.1. 27 de la Constitución. Junto con ello, a virtud del 149.1.21 de la Constitución, se ha reservado también el Estado, la competencia exclusiva sobre el Régimen Jurídico de la Telecomunicaciones como se ha visto.

Los problemas que ha planteado el tema de la televisión como medio de comunicación, se han visto reflejados en la abundantísima jurisprudencia del T.C. que han debido pronunciarse en casi todas las iniciativas legislativas, que ha sido el que ha ido dando las pautas para la articulación del modelo, no demasiado feliz. Se puede esquematizar los problemas planteados en las siguientes cuestiones tratadas por la jurisprudencia constitucional⁵:

- El derecho a crear los medios materiales que permitan el ejercicio del derecho a la difusión informativa:
- La televisión privada no es una exigencia del art. 20.
- La Televisión como servicio público y su constitucionalidad.
- Alcance del servicio público y su extensión al cable y a la TV local.
- Futuro del monopolio público de la gestión del servicio.
- Exigencias de la regulación del servicio público.
- Inexistencia de un mandato constitucional de mantenimiento de medios de comunicación social públicos.

La orientación de la jurisprudencia constitucional se puede sintetizar en la doctrina expresada en la STC 127/1994 de 5 de mayo (F.J. 1.^º) que aborda los problemas constitucionales que plantea la ley 10/1988 de 3 de Mayo de la TV privada, y por extensión todo el régimen jurídico de los medios de comunicación que usan del dominio público radio eléctrico:

A) —Jerarquía normativa. Regulación por Ley Orgánica.— respecto al primer problema, el T.C., reitera su interpretación restrictiva de la reserva a Ley Orgánica del art. 81.1. C.E. , en el caso de lo derechos fundamentales, solo cuando se produzca el desarrollo «directo» de estos, o de sus «aspectos esenciales», o se restrinja su ejercicio, no en los casos de afección del derecho (F.J. 3.^º,B). Frente a esta contundente doctrina cabe objetar la no declaración de inconstitucionalidad de la ley 4/1980, reguladora del Estatuto de la Radio y la Televisión que sí suponía el desarrollo directo y de un aspecto esencial del derecho fundamental, en cuanto a su ejercicio por los medios de comunicación habituales del tiempo histórico y desarrollo tecnológico actual. Sin embargo, nada se objetó en las S.S.T.C. 12/1982, 74/82, en las que se advirtió por el Tribunal de la necesidad de que fuese Orgánica la Ley que regulase la Televisión privada, por su afección al derecho fundamental del

5.Carlos Laguna de Paz, (op. cit. pags. 209 a 217).

art. 20 [(F.J. 6º) y 21/1988, 206/1990, 119/1991)], ni ahora en el enjuiciamiento de la Televisión privada, donde se observa un apartamiento de los criterios de jerarquía normativa sostenidos antes, sin la debida motivación. No se comparte el criterio mayoritario del T.C., expresado en la S. 127/94, puesto que se parte del presupuesto de distinguir entre, el desarrollo total o parcial del derecho fundamental «primario» y el supuesto derecho instrumental del anterior —la creación de los medios de difusión de la información— consecuencia de ello es la no exigencia de la Ley Orgánica para ninguno de los aspectos normativos atinentes a la radiodifusión. Se entiende que en todo caso se está produciendo un desarrollo del derecho fundamental cuando se está regulando las condiciones de su ejercicio, que en la materia de la radiodifusión son todas las posibles⁶, pues lo contrario conllevaría un fraude a la prescripción constitucional, ya que el legislador ordinario, podría «trocear» los derechos fundamentales, para regular parcialmente su ejercicio, con lo que elude la exigencia de jerarquía normativa (por ejemplo de la enseñanza donde la legislación que ordena y desarrolla el ejercicio del derecho fundamental, L.O.G.S.E y L.R.U, han tenido el carácter de Orgánicas).

B) Respecto al capital asunto de si el derecho a la creación de los medios de comunicación, a través de los cuales se hace efectivo el derecho constitucional, forma parte o no del ejercicio del mismo. (vieja polémica, aún de actualidad por no resuelta) el Tribunal ha distinguido entre los derechos del art. 20 y los instrumentos materiales o tecnológicos para el ejercicio de esas libertades. Así en la reiterada S.T.C. 12/82 (F.J. 3º) se proclamaba claramente que *«el derecho a difundir ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»*, aunque sujeto a límites. A partir del reconocimiento del derecho, se efectúa un doble salto mortal en el vacío; por un lado se lleva el hilo argumental a que, por mor de los condicionantes técnicos, el transporte de la señal por el dominio público radio eléctrico y la necesidad de garantizar una opinión pública libre y plural, resulta constitucional su configuración como servicio público esencial realizada por una Ley ordinaria y por lo tanto, en mano pública se dificulta el acceso de la ciudadanía a la creación de tales medios. El segundo resulta del paso brusco de la doctrina del año 1982 a la actual que pretende la existencia de un derecho distinto y autónomo en la creación de los soportes e instrumentos de comunicación indispensables para el ejercicio del derecho a la información⁷.

En la S.T.C. 31/94 y la 127/94 se llega a afirmar la total separación de ambas actividades; la creación de los medios de comunicación es solo un «derecho instrumental» del primario, y por ello el legislador dispone de mayor capacidad de configuración de su contenido y límites, fundamentado en la

6. En este sentido se expresan, los Magistrados que han formulado votos particulares a la S. 127/94 y en la doctrina: JOSÉ ESTEVE PARDO, «Servicio Público de televisión y garantía de la opinión pública libre», RAP n.º 123, pag. 198.

7. FRANCISCO J. BASTIDA FREJEDO, «El régimen jurídico de la comunicación social», IEE. 1994.

posibilidad de ejercicio en condiciones de igualdad y la no interferencia del dominio público. Esta tesis aplicada a cualquier otro derecho, puede tener consecuencias funestas para la garantía de todo el sistema de derechos fundamentales; comenzando por la jerarquía normativa, pues esa artificial diferenciación, ha dado pie a la no exigibilidad de la Ley Orgánica, incluso, si se pretendiera limitar su aplicación solo a los derechos del art. 20, imagínese, el traslado de esta construcción, a la creación de medios de comunicación que no usen el espacio radio eléctrico. En los asuntos decisivos relativos a este tema, la unanimidad del tribunal no ha sido constante. Ya al Fallo 12/82, se formuló un voto particular por el Magistrado Rubio Llorente quien partiendo de la inescindibilidad del derecho a la creación de los medios y del derecho a la información, advertía que la Constitución no es una hoja en blanco, donde el legislador pueda escribir a su antojo la afirmación o negación de un derecho fundamental.

C) La configuración de la televisión, al igual que la radiodifusión, como un servicio público esencial de titularidad pública, estatal más concretamente, es un tema que, como se ha visto, ha dividido profundamente a la doctrina y sobre lo que el T.C. se ha tenido que pronunciarse en repetidas ocasiones, pero siempre lo ha hecho orillando la verdadera cuestión, hasta la S.T.C. 127/94; esto es, *si la configuración como servicio público es una amenaza para el derecho fundamental*, hasta el punto de impedir su ejercicio. En la S.T.C. 12/82, se concretan «los límites necesarios» al ejercicio del derecho, en la previa reserva del legislador ordinario del servicio público y se admite sin más crítica su constitucionalidad. Postura que se reitera en la S. 74/82 y en la S. 106/86, en la que sin embargo ya se atisba la imposibilidad constitucional del monopolio público de la gestión de dicho servicio, pues se afirma que la declaración como servicio público no implica la imposibilidad de gestión por los particulares. En la S. 206/90 se da un paso más, en un doble sentido:

- i) por un lado, el Tribunal. considera necesario apoyarse en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en ausencia de otra prescripción constitucional, para justificar las limitaciones a imponer a la creación de medios de comunicación televisivos, pero no llega a sus últimas consecuencias con la cita, pues no determina que la expresión «*autorización previa*» que emplea el Convenio, es una institución depurada por la doctrina del derecho público y no se corresponde con la técnica concesional, sino más bien, al régimen de actos reglados de remoción de obstáculos o controles administrativos necesarios por la salvaguardia del interés general, que corresponde al ejercicio de determinados derechos subjetivos preexistentes (en este sentido se pronuncia el magistrado J. Gabaldón en el voto particular a la S. 127/94, en el que resalta que las sentencias del TEDH citadas en la misma, usan la expresión «sistemas de licencias»).
- ii) pero por otro, ya advierte que la etiqueta de servicio público no es un cheque en blanco para que el legislador regule el derecho de cual-

quier manera, debiéndose respetar el contenido esencial del derecho y los valores superiores de la constitución. Dicho de otra forma, ya se estaba avisando de la imposibilidad, tanto de mantener el monopolio público, como de una regulación restrictiva del derecho. Argumento que se repite en la S. 189/91 sobre la Ley de Ordenación de la Telecomunicaciones.

Salvo una referencia de pasada al tema, en la S. 31/1994, donde vuelve a identificar el derecho a la información con el de creación de los medios pues expresa: *«...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...»*. La postura definitiva respecto al servicio público ha sido expresada en el F.J. 6º, B) de la S. 127/94 donde el Tribunal se hace eco de la polémica doctrinal sobre el servicio público y afirma categóricamente que:

- La reserva al sector público de actividades no tiene por que ser de recursos naturales o económicos y puede abarcar a los servicios de radiodifusión y televisión.
- El servicio público, que no supone una amenaza o cercenación de los derechos fundamentales, constituye solo la garantía de la prestación del servicio con continuidad y para asegurar el ejercicio del derecho constitucional en régimen de igualdad (cita como ejemplo el servicio de la enseñanza universitaria y la S. 26/87).
- La finalidad del servicio público es la de servir los intereses generales, no la de acaparar indebidamente los servicios televisivos que puedan ser prestados libremente por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad.
- Estos intereses generales se concretan en la necesaria obtención de una sociedad libre plural, el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales.
- Por lo anterior resulta constitucionalmente admisible, la formula del servicio público, al igual que cualquier otra, para efectuar aquel control, siempre que las condiciones de ejercicio no signifiquen un injustificado sacrificio de los derechos constitucionales. ya que si no es constitucionalmente admisible el monopolio público de la televisión, tampoco lo es, la posible concentración oligopólica de medios que se produciría en un régimen de estricta libertad sin intervención administrativa. El Tribunal en base a aquellos argumentos justifica la técnica concesional empleada en la ley de la Televisión Privada.

D) En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión televisiva, dejando aparte la polémica sobre la articulación de las competencias reconocidas en los Estatutos de Autonomía, la S. 168/93 (F.J. 4.º)

establece que en la materia de la radio televisión existen dos títulos competenciales, el previsto en el art. 149.1.21 sobre la radiocomunicación y la telecomunicación y el del 149.1.27 sobre el régimen de la radio y la televisión. El primero se configura como competencia exclusiva del Estado por significar la ordenación del dominio público radioeléctrico que ha de garantizar el acceso al mismo, en condiciones de igualdad de todos los usuarios, así como su articulación con los acuerdos y normas internacionales en la materia; sin embargo el segundo, es una competencia compartida entre ambas instancias territoriales. Sin embargo la lectura efectuada por el legislador estatal, tanto en el ERTV, en la Ley del Tercer Canal, como en la Ley de la Televisión Privada de la competencia de desarrollo autonómico, resulta bastante estrecha, acompañada por la doctrina del T.C., quien en la S. 127/94 elude la cuestión, al entender que en el caso de las TV privadas, el exiguo número de canales sujetos a concesión (tres), impide la participación de la pluralidad de las CC.AA. en su adjudicación y en el caso de la delimitación de zonas territoriales de emisión inferiores al total del territorio nacional, para la producción y emisión de programas, remite al presunto respeto que se observará de los principios de pluralismo cultural y lingüístico que se exige en la Ley objeto del recurso y el ERTV. Por lo tanto sigue quedando por definir cual es el máximo techo *competencial de las CC.AA. en materia radiotelevisiva* «ex constitutione». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido valorada de diferente forma por la doctrina⁸.

IV. LAS TELEVISIONES AUTONOMICAS

1. NACIMIENTO DE LAS TELEVISIONES AUTONÓMICAS EN ESPAÑA

Cuatro Comunidades Autónomas siguieron la vía del art. 151 y la Disposición Transitoria Segunda CE, alcanzando competencias en materia de radio televisión que les permitía *«regular, crear y mantener su propia televisión»*. Las demás siguieron la vía del art. 143 aunque simultáneamente, vía leyes orgánicas complementarias de transferencias o posteriormente vía reforma estatutaria, parece que han alcanzado el nivel competencias de las primeras. La realidad ha sido que, según las orientaciones, necesidades y prioridades presupuestarias de los diferentes Gobiernos Autónomos, sólo

8. Así para MUÑOZ MACHADO, (op. cit. *publico y privado*..., pag. 26) el T. ha ido ofreciendo al legislador, mediante los *«obiter dictum»* pautas estimables para ir regulando el ejercicio del derecho fundamental, sin embargo, para Ariño Ortiz, (*«Algunas cuestiones disputadas sobre el proyecto de ley de televisión por cable en España»*, en Jornadas sobre televisión por Cable, Instituto de Estudios Tecnológicos, Madrid, 1994) los pronunciamientos de éste son una mezcla de incoherencia, ignorancia y mediatización política. F.J. Bastida, es mas optimista y observa ciertos signos de cambio en la Jurisprudencia del T., producto de las modificaciones doctrinales y legales operada en diversos países europeos y sin escudarse en razones procesales, resuelva sobre el fondo del tema (op. cit. pag. 28).

siete Autonomías han creado sus propias televisiones, aunque otras la están poniendo en marcha en estos dos últimos dos años. La primera, la televisión vasca que comenzó sus emisiones el 1 de enero de 1983, luego lo haría la catalana y la gallega. Después la televisión andaluza, la madrileña, la valenciana y por ultimo la canaria, la castellano-manchega, la extremeña, la navarra y la asturiana.

2. DISCREPANCIAS ACERCA DEL MARCO COMPETENCIAL CONSTITUCIONAL-ESTATUTARIO

La Constitución reconoce la reserva al sector público de servicios «esenciales» en el art. 128.2, mediante la opción política adoptada por el legislador ordinario. Conforme el ERTV (art.1.2º) la titularidad de la radio y la televisión, declarados como servicios públicos, es estatal. Algunos autores critican esta visión centralista pues los verdaderos servicios esenciales del Estado son la sanidad y la educación, en el texto constitucional se les considera como tales pero no están sometidos a la férrea reserva al sector público. La Ley del Tercer Canal resta muchas competencias a las Comunidades Autónomas que se tienen que ajustar a un marco muy estrecho de concesiones⁹. Para los sustentadores de esta perspectiva, la consecuencia de la visión centralista que predominaba en el Gobierno y su política televisiva, ha llevado a que las Comunidades hayan generado su propia organización al margen de la legislación vigente¹⁰. Con lo que habrá de preguntarse si ha servido para algo el modelo televisivo concebido como un servicio público de titularidad estatal y de gestión concesional, una cuestión que se abordará mas adelante.

3. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE TELEVISIÓN EN LOS DIFERENTES ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

La atribución competencial en la materia a las CCAA, no ha sido no homogénea en todos los EEAA, ni ha ido unánime la interpretación de la doctrina a las diversas redacciones estatutarias, a saber:

A) Modelo representado por el Estatuto del País Vasco (EPV, L.O. 3/1979 de 18 de Diciembre, art. 19.3).), en el que diferencia entre el *Tercer Canal* de

9. «Para las Comunidades Autónomas, el tema de la televisión les queda así circunscrito únicamente a la gestión de un tercer canal cuyo modelo les viene dado», Carreras i Serra, op. cit. «Las Radiotelevisiones...» 1990, pag. 86).

10. «La emisión de las primeras televisiones autonómicas fue anterior a la Ley de terceros canales y sin concesión de ningún tipo. Tampoco puede dejar de estar en nuestra mente la proliferación de televisiones locales que emiten sin concesión ni legislación que las ampare» (Carreras i Serra, op. cit. pag..

televisión a que se refiere el ERTV, de titularidad estatal y gestión autonómica, y lo que se ha venido en llamar «Cuarto Canal» vasco, puesto que, el País Vasco podrá por «desarrollo legislativo de las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social», crear y mantener su propia televisión, de acuerdo con el art. 20 C.E. normas básicas del Estado y la Disposición Transitoria 6.^a que exige la coordinación del ejercicio de la competencia anterior «en el supuesto de que el Estado atribuya, en régimen de concesión a la CCAA la utilización de algún nuevo canal de TV, de titularidad estatal, que se cree específicamente para su emisión en el ámbito territorial del PV, en los términos que prevea dicha concesión».

B) Modelo representado por los EEAA de Cataluña art. 16.1), Galicia (art. 34.1), Andalucía (art. 16.1) y Navarra (LORAF art. 55.1) en los que se hace expresa referencia al ejercicio competencial de desarrollo legislativo en la materia, en los términos del Estatuto Jurídico de la Radio y TV. Añadiéndose, una Disp. Transt. en los mismos términos que la Vasca, el Estatuto de Galicia, en el art. 34 en relación con la Disposición Transitoria Sexta se pronuncia en idénticos términos, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 16) en relación con la disposición transitoria tercera, en idénticos términos, al igual que el caso del Estatuto Valenciano art. 37 y disposición transitoria séptima.

En todos estos textos se establece que, en el marco de las normas básicas del Estado, corresponde a las instituciones autonómicas, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión, en los términos y casos del Estatuto de Radio y Televisión, es decir, el tercer canal de televisión. También en ellos aparece la posibilidad de regular y crear su propia televisión. En el caso catalán viene definido en el art. 16.3, en el gallego en el art. 34.3, en el navarro en el art. 55.3, ...etc.

Las diferencias de prescripción estatutaria originaron una importante producción doctrinal que interpretaba, discrepando, entre los¹¹ que sostenían que

11. Para S. Muñoz Machado (Derecho Público de las CC.AA. Civitas, 1982), J. Estéve Pardo («Régimen jurídico-administrativo de la televisión», INAP, 1984) y F. Moderne, (Radio et Télévision en Espagne, París, 1985) la competencia en el caso del País Vasco es mas amplia que en otras CC.AA. pues el Estatuto les habilita para ostentar unos medios de comunicación de titularidad propia, mientras que el Estatuto de la radio y televisión solo alude a las TV autonómicas de concesión estatal. Para F. González Navarro, (TV. Pública, TV. Privada, Madrid, 1982) el ERTV prevalece sobre los Estatutos de Autonomía catalán, vasco y gallego en base a su remisión a las normas «básicas del estado», entendidas estas en sentido amplio. La diferencia entre uno y otro canal, según Carreras y Serra (op. cit. pag 88) es que el Tercer canal, por ser de titularidad estatal, se regulará a través de la reglamentación estatal y la infraestructura técnica la deberá suministrar el Estado (Disposición Transitoria Sexta), en cambio, el Cuarto canal se regulará por las normas propias de la Comunidad Autónoma y la infraestructura corresponderá a ésta , que lo pondrá en funcionamiento sin necesidad de concesión, en virtud de competencia propia. En el mismo sentido se pronuncia I. Lazcano Brotons (Comentarios al E.P.V. , «Los Medios de Comunicación Social y la CC.AA. Vasca, pag 815). Sobre las competencias del Estatuto Vasco en materia de Radio Televisión, José Carlos Laguna de Paz (El Régimen Jurídico de la Televisión Privada, Marcial Pons 1994, pag. 166) opina que la Comunidad Autónoma Vasca asume la competencia para crear una Televisión propia, por medio del art. 19.1 del Estatuto, competencia que ha desarrollado por medio de una Ley Territorial, ya ha quedado dos canales autónomos de titularidad de la propia

el modelo del EPV habilitaba para un tercer canal de titularidad estatal y un cuarto canal propio de titularidad autonómica y los que no podía existir diferencias tan sustanciales entre los estatutos¹².

C) Se podría hablar de un tercer modelo, constituido por las CCAA que utilizaron la vía del art. 143 CE para su acceso a la autonomía. Es el caso del El Estatuto de Baleares (art. 15) prevé lo mismo que el catalán, pero sin Disposición Transitoria. El Estatuto de Canarias que mezcla los modelos anteriores. La Ley de 11 de Diciembre de 1984 establece que la Comunidad Autónoma le corresponden, en esta materia, tanto las funciones de titular del servicio público de televisión como las de concesionaria del servicio público estatal. Según el art. 31.2 se podrá crear, regular y mantener su propia televisión, sin D.T. que vincule a la concesión del tercer canal. Los Estatutos de Asturias (art. 17), Cantabria (art. 27), Murcia (art. 14) y Castilla-La Mancha (art. 38) se refieren solamente a los medios de comunicación social del Estado y señalan que tendrán las competencias que les otorgue el ERTV. En el caso de Madrid se establece la concesión de un tercer canal en la Disposición Transitoria Quinta. El Estatuto de Aragón deja la formulación concreta de sus competencias en materia de Televisión a la Ley Orgánica correspondiente, ya que del Estatuto no se derivan competencias algunas en la materia utilización

Comunidad Autónoma, que no han requerido la previa adjudicación de una concesión estatal, lo que por un lado nada impediría, que de acuerdo con el 19.2 de su Estatutos, la Comunidad Autónoma Vasca, recibirá la concesión estatal para la gestión de un tercer canal. En resumen como expresa Laguna de Paz (op. cit. pag. 167 y siguientes) las Comunidades Autónomas del modelo B) han autolimitado sus atribuciones en materia de Radio y Televisión, al asumir la competencia en el marco del Estatuto Jurídico de la Radio Jurídico de la Radio y de la Televisión que regula el Estado, independientemente de su carácter básico o no, lo que conduce, en su caso a la identificación de televisión autonómica con los terceros canales regulados en la Ley 46/83 de 26 de Diciembre.

12. Para Carmen Chinchilla Marín (La Radio televisión como servicio público esencial, Madrid, 1988) el Estatuto de RTV no puede contener disposiciones contrarias a las previsiones de los Estatutos de Autonomía, debiéndose entender las referencias a la TV propia como a la concedida por el Estado. En las Disposiciones Transitorias de los Estatutos se aclara que uno de los supuestos de TV propia es el tercer canal de concesión estatal, cabiendo otro de titularidad autonómica. Aunque Chinchilla Marín (op. cit. la Radio Televisión) estima que la interpretación coherente de ambas normas estatutarias indica que unos de los supuestos en los que se concreta la Televisión propia debe ser el tercer canal. Aunque ésta autolimitación Estatutaria, no sea idéntica en todas las comunidades autónomas, pues como se ha visto, no aparece en el País Vasco, ni en los Estatutos de Andalucía, Canarias y Baleares. En éste sentido el Tribunal Constitucional, en el conflicto positivo de competencia número 181/81, promovido por el Gobierno contra el Real Decreto 82/1981 de la Generalidad de Cataluña, que prorrogaba el plazo de concepción de emisoras de frecuencia modulada, establece en su F.J.2.º, que partiendo del régimen de competencia compartida, entre el Estado y la Comunidad Autónoma, le corresponde al Estado dictar las normas básicas y a la Comunidad Autónoma la competencia legislativa de desarrollo, debiendo las comunidades autónomas asumir esta competencia en sus Estatutos, pero si éstas se autolimitan a los términos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y Televisión, éste no opera como una norma habilitante de competencias, puesto que para ello está el Estatuto.

Una postura de síntesis en esta misma línea no diferenciadora la sostiene G. Fernandez Farreres en «El paisaje televisivo en España», ed. Aranzadi, págs 44 yh ss. En donde se expresa que el común condicionamiento es la normativa básica del Estado constituida por el ERTV.

en régimen transitorio del UHF¹³. Los Estatutos de La Rioja (art.11.1.f) y de Extremadura son una mezcla entre los de Aragón y Asturias. En el de Extremadura, solo se dispone la posibilidad del Tercer canal en la D.T. 7.º hasta el desarrollo del art. 10.1.f) por la Ley O. 9/92 la Rioja. El Estatuto de Castilla-León dispone que la Comunidad Autónoma ejercerá competencias en radio y televisión en los términos que dispongan las leyes del Estado (art. 29) y en la Disposición Transitoria Sexta, propondrá las medidas para la concesión de un tercer canal de televisión. Sin embargo, se ha producido una paradoja con respecto a las Comunidades Autónomas denominadas de vía lenta ó al amparo 148 de la Constitución. Sin bien, en dicho art. 148 no se establecen competencias en materia de Televisión, los estatutos de las mismas sí prevén, la posibilidad de ejercicio de éstas competencias en al marco de la Ley reguladora del Estatuto de Radio Televisión, sin embargo, la Ley Orgánica 9/92 de transferencia de Competencias de la Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía 143, en su art. 3 e), se transfiere a éstas comunidades competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de Prensa, Radio, Televisión y medios de comunicación social, con lo que al no estar condicionadas en el ejercicio de sus competencias ahora, por las restrictivas menciones del Estatuto de Radio Televisión, parecen tener un ámbito competencial superior al de las otras Comunidades Autónomas¹⁴.

De los tres modelos la doctrina ha concluido una serie de cuestiones que no ha sido ratificada por el devenir de las cosas¹⁵ ya que el problema no está en imaginar disquisiciones y coherencias o incoherencias entre normas estatutarias definitivas y transitorias. Como ha expresado Fernandez Farreres, el problema no está en averiguar la relación entre las Disp. Transitorias y el texto del Estatuto, sino en que, en todo caso, la norma básica que exige el 149.1.27

13. Para Fánlo Loras (Comentarios al Est. de Autonomía , art 37.1.d) la remisión al Estatuto de RTVE, es lo que hace , que en el marco de este se produzcan las competencias de la CC.AA., en desarrollo de lo establecido por la STC de 23 de Marzo de 1982

14. (Laguna de Paz, op. cit. pag. 170).

15. Así para Carreras y Serra op. cit. pag 231: 1.º) Solamente se habla de «televisión propia» en los de Andalucía, Baleares, Canarias, Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra y Valencia, por tanto, esas Comunidades pueden desarrollar su propia legislación y crear sus propios medios en el marco de las normas básicas del Estado. Las demás Comunidades tan sólo podrán asumir competencias respecto a los medios de comunicación social del Estado, conforme al ERTV y disposiciones que lo desarrollan. 2.º) La Disposición Transitoria referente a la concesión del tercer canal de televisión por parte del Gobierno Central, debe considerarse obligatoria en aquellas Comunidades en cuyo Estatuto se contiene, es decir, Andalucía, Cataluña, Valencia, Madrid, Navarra y Extremadura, por coherencia con la D.A. 4ª del ERTV y su art. 2.2.. La concesión de un tercer canal al resto de Comunidades Autónomas serán discrecional, según recoge la Ley del mismo nombre. En el mismo sentido Laguna de Paz (op. cit. pag 169)

Para E. Gómez Reino y Carnota («La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medios de comunicación social», en Homenaje a E. García de Enterría, T.IV) la normativa sectorial en la materia ha sido poco respetuosa con las competencias estatutarias, y amparándose en la supuesta competencia exclusiva del Estado ha limitado la posible competencia de las Comunidades al desarrollo del Tercer Canal., Falta de flexibilidad en la que ha acompañado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

es hasta al fecha el ERTV, complementado por la Ley del Tercer Canal, por lo que con el marco jurídico-constitucional en la mano, la TV autonómica no puede ser otra que un tercer canal de concesión estatal por la configuración legal de la TV como un servicio público de titularidad estatal¹⁶.

V. LAS TELEVISIONES LOCALES

1. INTRODUCCIÓN

La TV local, ya sea por cable o por ondas ha padecido hasta 1995 una ausencia de regulación que llevaron al T.C. y al T.S. a advertir, en sucesivos Fallos, de la inconveniencia del mantenimiento de tal situación. En los primeros pronunciamientos, la S. 74/82, vinculado por las declaraciones a favor del monopolio público estatal de la televisión, el Tribunal, solo acierta a reconocer de pasada, en el ultimo inciso del F.J. 3.º, que los obstáculos técnicos, económicos y socio-políticos que concurrían en el reconocimiento de la iniciativa privada televisiva de carácter nacional, no se daba en las televisiones locales por cable u ondas, donde no se interfiere a los planes tecnológicos internacionales ni se utilizan frecuencias ni infraestructuras de radiocomunicación estatal. Sin embargo en la S. 206/90 (F.J. 5.º y 6.º) se advirtió que ello no debe llevar al ejercicio directo del derecho del art. 20, puesto que siempre ha de precisarse de una autorización administrativa previa (se cita en apoyo el art. 10.2 del CEDH) por existir otros derechos constitucionales igualmente dignos de protección, amén de la declaración de la Televisión como servicio público, a juicio del T.C. constitucionalmente irreproachable, aunque el T.C. se cuestiona si la ausencia de legislación para este tipo de emisiones está justificada y es razonable y constitucionalmente admisible. Mas tarde se produce un vuelco de la doctrina en la S. 189/91 y las 31/94 4771994 98/1994, 240/1994, 281/1994 y 307/1994, 12/1995, 471996 que aunque referidas a la televisión local por cable puede extrapolarse a la TV local por ondas, en las que se cuestiona el carácter de servicio público de reserva estatal para la televisión local, se advierte que la continua falta de legislación en esta materia, puede violar el art. 20 de la Constitución y vaciar la justificación de configuración de la televisión como servicio público, pues no se está sirviendo a las garantías de los derechos constitucionales que justificaron tal *«pública»* y se está ante una supresión de un derecho fundamental. En contra de este criterio se pronuncia la importante STC 88/1995 que compendia toda la doctrina del Tribunal hasta la fecha sobre la materia. Para Chinchilla Marín¹⁷, la citada sentencia expresa la preocupación del Tribunal, al retomar a los argumentos de la STC 12/82, distinguiendo entre cable y ondas a los efectos de recono-

16. Fernandez Farreres, op. cit. Pag. 46.

17. Carmen Chinchilla Marín, Anuario del Gobierno Local, 1996, pp 572 y ss.

cer el ejercicio del derecho del art. 20, manteniendo la tesis de los derechos *primarios*, constitucionalmente garantizados y los *instrumentales* no equiparables a aquellos en la intensidad de protección. Sin embargo la pregunta que se hace la autora citada acerca de la consecuencia, en el caso del cable, de si es posible derivar de una omisión legislativa un derecho fundamental vulnerado cuando el propio TC lo ha calificado de instrumental y lo ha negado en en caso de la TV por ondas, lo que expresa es la verdadera contradicción de la doctrina y el callejón sin salida al que le ha llevado la postura iniciada en 1982. Como la propia autora reconoce : *«Si el TC puede amparar el derecho de un ciudadano a desarrollar la actividad de la televisión local por cable es porque su derecho está en el art. 20 de la CE y nace directamente de ella. Si así no fuera, difícilmente podría haber permitido a ese ciudadano hacer lo que la legislación le estaba impidiendo ...»*¹⁸

2. RÉGIMEN VIGENTE

Por la Ley 41/1995 de 22 de Diciembre se procede a regular la televisión local por ondas terrestres. Llama la atención de la regulación legal la expresa consideración que en sus artículos 2, 4 y 5 hace este medio audiovisual de comunicación social como servicio público conforme en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 127/1994). Tal consideración como *servicio público* pone en manos de la Administración titular del mismo, la limitación del número de operadores que pueden actuar en este «no mercado» de las comunicaciones. El art. 4 establece a estos efectos que sean una o en todo caso dos, si lo permitiera el espectro radioeléctrico (enmienda de CiU), y una será siempre de gestión directa municipal art 9º.1 y Preámbulo) añadiendo el art. 5 que la gestión del servicio público referenciado, deberá hacerse por alguna de las fórmulas previstas en el art. 85.3 LBRL; esto es, por una lado la posibilidad de su gestión directa por la propia Entidad Local, Organismo Autónomo Local o Sociedad Mercantil de capital íntegramente público, o por alguna de las formas de gestión indirecta como concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento o sociedad mercantil de capital parcialmente propiedad de la entidad local.

En crítica al régimen vigente El estudio de la televisión local a nuestro juicio debe de distinguir entre la posible regulación de la TV local pública y las iniciativas privadas de montaje de emisoras de ámbito de emisión municipal o comarcal, así como la modalidad de cable u ondas hertzianas.

La experiencia de las emisoras municipales de radiodifusión sonora, en ondas métricas de modulación de frecuencia reguladas en la Ley 11/91 de 8 de Abril, el Real Decreto 169/1989 de 10 de Febrero por el que se aprueba el

18. op. cit, Anuario, 1996, pag. 575.

Plan nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, desarrollando cada Comunidad Autónoma mediante reglamento territorial, el procedimiento para la puesta en marcha de dichas emisoras en el ordenamiento jurídico local, permite articular el procedimiento en sede local mientras esté vigente la Ley¹⁹. El procedimiento de obtención de autorizaciones de instalación de emisoras de TV local de carácter privado ha de residenciarse en el municipio, por efectuar un ejercicio de un derecho fundamental de ámbito —y por lo tanto interés predominante— local, sin perjuicio de las autorizaciones precisas de frecuencia a cargo del Estado por el interés supramunicipal evidente que representa.

3. MODIFICACIONES RECIENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TV LOCALES, POR EL ART. 109. DE LA LEY 53/2002 DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL.- MODIFICACIÓN DE LA LEY 41/1995, DE 22 DE DICIEMBRE, DE TELEVISIÓN LOCAL POR ONDAS TERRESTRES

- i) En el nuevo art. 1.º, modificado, parece que el nuevo y único objeto de la Ley es ahora la TV local con tecnología digital,
- ii) Se mantiene e, el carácter de servicio público del medio de comunicación audiovisual.
- iii) El nuevo art. 4 , que se refiere al anterior 3.º, ya no restringe el ámbito territorial de cobertura solo al núcleo urbano del municipio, sino que se deja su definición, como no podía ser de otro modo, a lo que se establezca en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local.
- iv) El nuevo art. 3º, que se refiere al anterior art. 4.º regulador del número de concesiones posibles y frente a la limitación de un canal, o dos a lo sumo, del anterior sistema deja esa cuestión al Plan Nacional, con las siguientes garantías: —se deberá reservar canales múltiples suficientes para atender a todas las capitales de provincia y autonó-

19. Conforme al art.2º.2 y 7 de la L.R.B.R.L. 7/1985 de 2 de Abril delimitan el ámbito competencial de las administraciones locales, que en el art. 25º.2.m): «*actividades culturales y ocupación del tiempo libre*» y 28 , especialmente el inciso relativo a cultura y educación (acerca de la capacidad local para la prestación de estas actividades , Vid el F.J. 12º de la S.T.C. 214/89 de 21 de Diciembre que lo declara constitucional, sin menoscabo de las competencias estatales o autonómicas en la materia) se concreta respecto a la posibilidad de instalación de medios de comunicación locales.

El procedimiento se debe iniciar de acuerdo con el art. 97 del T.R. 781/1986 de 18 de Abril y que determinará la forma más adecuada de prestación de la actividad, siempre dentro de la forma de **gestión directa**, pues de admitirse las formas indirecta, se operaría un fraude de ley. Las modalidades de gestión se concretan en:

- a) Gestión por la propia Entidad Local
- b) Organismo autónomo local
- c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local

micas, así como a los municipios de mas de 100.000 habitante. — cuando la CC.AA lo hubiere solicitado, se reservará también a municipio o municipios colindantes de sumen 25.000 habitantes en un radio de 25 km de cobertura.

- v) La forma de gestión es la misma que anteriormente: la gestión directa por los municipios o indirecta por concesión.
- vi) Se mantienen los principios inspiradores (art. 6.º).
- vii) Se mantiene la prohibición de emitir en cadena, entendiendo por tal, cuando las TVs emiten igual el 25% de su programación, atribuyendo a las CC.AAs, el control de tal prohibición. Excepcionalmente cabe autorizar la emisión en cadena si se cumplen los requisitos de proximidad territorial, identidad cultural o social entre los municipios.²⁰
- viii) Se liberaliza el número de estaciones trasmisoras (art. 20.º).
- ix) Se modifica el derecho transitorio añadiendo un nuevo plazo hasta marzo de 2003 para las solicitudes de las CC.AAs,. Parece seguir vigente el régimen anterior para las analógicas.
- x) Se pretende resolver el problema de la ilegalidad generalizada de las TV locales, con el traspaso de toda la TV por ondas a formato digital prevista en un plazo de diez años en el PTNTDL, pues el futuro de la TV está en la digitalización (Libro Verde sobre Convergencia de las Telecomunicaciones de la Comisión Europea, COM-97 y Directiva 95/47/CE).
- xi) Por RD 439/2004 se ha aprobado el Plan Tecnico Nacional de la TV digital local.

Las TV digital por ondas es realmente una nueva televisión pues permitirá la aparición de nuevos operadores gracias al ahorro en el uso de las frecuencias.²¹

VI. PROPUESTAS DE CONSTRUCCION DE UN MODELO DE TV CONSTITUCIONAL

A nuestro juicio la situación actual de sin salida del modelo de TV española nacional, autonómica y local, producto de su errónea concepción de principio, puede resumirse en las siguientes alternativas:

A) Ejercicio de un derecho fundamental o servicio público esencial. Una legislación restrictiva aferrada a un modelo de gestión pública del medio de

20. El responsable del Grupo Correo- prensa española , titular de numerosas TV locales en declaraciones en Valencia el 11 de febrero de 2003 ya anuncia que la nueva Ley de TV locales debe permitir emitir en cádena y tener publicidad y programación nacional para el desarrollo del sector y apoya las medidas limitativas del Gobierno adoptadas en la Ley de Acompañamiento.

21. «Algunos apuntes sobre el régimen jurídico de la TDT», por Antonio J. Sánchez Rodríguez, Actualidad Administrativa n.º 28, Julio 1999.

comunicación fundamentado en unas herramientas de control administrativo que la mas avanzada doctrina había puesto en cuestión años atrás y una jurisprudencia del T.C. que desde el primer momento y hasta la fecha intenta ahormar constitucionalmente dicha técnica; han producido un desbordamiento por parte de la realidad económica y social, que ha llevado a las TV autonómicas a situaciones de ilegalidad o a la búsqueda de modelos alternativos forzando el régimen jurídico vigente, a la proliferación «alegalmente» (eufemístico termino que encubre la plena ilegalidad de emisoras de TV privada y pública locales), así como a una continua controversia en sede constitucional de cualquier norma estatal o autonómica en la materia. Por otro lado el enorme salto tecnológico, tanto en materia de la TV transfronteriza y las posibilidades de su recepción por cualquier ciudadano de múltiples canales internacionales, la cada vez mas importante regulación comunitaria, y el abaratamiento de los equipos necesarios para poner en funcionamiento una emisora.

No es el caso de entrar aquí, al estudio de la técnica del servicio público como formula de definición de la actividad de las administraciones y la posibilidad (art. 128 C.E.) de la reserva al sector público de determinadas actividades esenciales, para el funcionamiento de la comunidad²²). Baste apuntar, que la teoría del servicio público, tiene su origen en la doctrina francesa, para delimitar, a efectos jurisdiccionales el giro o tráfico típico de las administraciones publicas, puesta en cuestión por García de Enterría²³, al observar que en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho de la Postguerra, conscientes de la constitucionalización de los derechos económico-sociales, y la necesidad de impulsar sus economías destrozadas por la guerra, las administraciones asumen el «indirizzo» de la actividad económica, construyendo un sector público fuerte, realizando actividades económicas en el mercado, como cualquier otro operador privado y no solo las de estricto interés general, de gestión de los servicios tradicionalmente reservados a mano pública²⁴.

En la materia concreta del ejercicio del derecho a la información por medio de la creación de medios de comunicación, y concretamente los radio-televisivos, el legislador de la decada de los ochenta, todavía en plena transición política, acuciado por la necesidad de diseñar el poder democrático, entiende que es necesario un control absoluto sobre un medio de comunicación y de formación de opinión pública tan potente como la televisión, la falta en la sociedad española de una clase empresarial experimentada en los medios de comunicación capaz de asumir el reto de propiciar una pluralidad de medios informativos de carácter televisivo, y por último, el ejemplo de los países cercanos europeos con monopolios televisivos en mano pública, dan

22. Vid. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol II, pags 267 y ss; Luis Martín Rebollo «De nuevo sobre el servicio público, planteamientos ideológicos y funcionabilidad técnica» pag. 2471 y ss, Revista de Administración Pública n.º 102, Volumen III.

23. («La actividad industrial y mercantil de los municipios», RAP n.º 17).

24. (J.A. Manzanedo Mateos «el servicio público: una aproximación a su línea evolutiva», Homenaje al prof. López Rodó, Vol II, pags. 223 y ss).

como resultado la articulación de la televisión como un servicio esencial reservado a la titularidad pública. Tampoco es ajeno a este planteamiento, la tradición normativa, arrastrada desde principios de siglo, de la reserva al Estado de los servicios de telegrafía, radiotelegrafía y «*demás procedimientos ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir*» (R.D. de 24 de Enero de 1908) por su primigenio interés militar, que le vinieron muy bien al régimen franquista y su concepción de los medios informativos como instrumentos de propaganda²⁵. La cuestión, ha sido planteada por Carmen Chinchilla Marín ¿la reserva de la TV al sector público vulnera o no el derecho a la libertad de expresión e información a través de cualquier medio de difusión,?; O dicho de otro modo, ¿ existe una confrontación o incompatibilidad entre el servicio público y los Derechos Fundamentales?²⁶ Esta autora, como defensora de la concepción de la televisión como servicio público, pretende encontrar el fundamento de su tesis en la jurisprudencia del TC, para ella el art. 20 de la CE además de conceder algunos derechos subjetivos (Libertad de Expresión, Derecho a la Información, Activo y Pasiva) garantiza un interés institucional cual es la formación de la opinión pública libre, para lo cual se apoya en las STC. de 14 de Julio de 1981 del TC que establece la doble naturaleza de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos y elemento del ordenamiento jurídico de la Comunidad, en cuanto se configura como marco de la convivencia humana justa y pacífica, en la S. de 16 de Marzo de 1981 que configura el art. 20 como garantía de la opinión pública libre y la Sentencia 12/1982, concluyendo que la «*pública*», garantiza el principio de prestación de la actividad en condiciones de igualdad, en identidad de condiciones que los servicios de enseñanza y transporte. Chinchilla Marín²⁷, enumera una serie de consideraciones como núcleo argumental fundamental de la necesidad de utilizar la técnica del servicio público para salvaguardar el derecho a la pluralidad informativa garantía de la formación de la opinión pública libre: a) declarar una entidad del servicio público es una potestad del legislador ya que según el art. 128.2 de la constitución, mediante Ley se podrá reservar a sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso del monopolio. b) la «*pública*» de la televisión no elimina la gestión por particulares, lo que hace es impedir su desarrollo en régimen de libre empresa. Las críticas más grandes que han recaído desde la doctrina a la «*pública*» de la televisión y su sometimiento, al régimen de gestión de servicios públicos, ha procedido de la parte de la doctrina administrativista que ha sostenido tradicionalmente la teoría del servicio público, en sentido amplio, como la genui-

25. (Vid. J.A. MANZANEDO MATEOS «*el servicio público: una aproximación a su línea evolutiva*», Homenaje al prof. López Rodó, Vol II., J. Esteve Pardo, «*Régimen jurídico administrativo de la televisión*», INAP, 1984 y Santiago MUÑOZ MACHADO «*público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas 1993).

26. *El servicio público, una amenaza ó una garantía para los derechos fundamentales, reflexiones sobre el caso de la televisión*, op. cit. Homenaje a E. García de Enterría, Tomo II, pag. 943 y ss.

27. (op. cit. pag. 968).

na definición de la actuación administrativa, quienes después de construir la tesis de que toda la actuación administrativa, debe de equipararse a servicio público, ahora en referencia a la televisión, esgrimen un concepto estricto del servicio público, reservándolo a las actividades esenciales de carácter prestacional. Sirva como muestra Laguna de Paz²⁸, quien partiendo de un concepto estricto de servicio público critica los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia del T.C. para mantener a la televisión en tal régimen jurídico. Por un lado, el argumento técnico de la escasez de frecuencias, no es en la actualidad tan acuciante como en los años setenta y por otro, la oferta internacional de televisión por satélite, la televisión local por cable y la digital desvirtúan en parte esta limitación, además de que los condicionamientos económicos del capital e infraestructura técnica necesaria para el montaje de emisoras de TV, no son argumentables en las pequeñas emisoras de carácter local; amén de que ahora si existe en nuestro país y en el mercado europeo, una clase empresarial decidida a la inversión en medios de comunicación, hacen que, aunque se reconozca la necesidad de que la administración ordene el ejercicio del derecho fundamental, ello no tiene que llevar a la consideración de la televisión como servicio esencial.

Algunos autores han buscado una tercera vía, ya que si bien por la tecnología y la globalización ya no es posible mantener la categoría administrativa de servicio público, la necesidad de observar determinados valores constitucionales hacen preciso determinada intervención en ese mercado. En consecuencia hablan de su calificación como servicio de interés general.²⁹

Por lo anterior se propone que no debe ser considerada la televisión como un servicio esencial, que por otra parte no tiene que llevar a la necesaria gestión como servicio público; o dicho de otra forma, se identifica servicio con nacionalización o titularidad en exclusiva mano pública, pues el servicio público, en el ámbito de las libertades sí constituye una amenaza para las mismas³⁰. La alternativa, es sustituir la regulación pública, por un sistema basado en el reconocimiento de ejercicio de un Derecho Fundamental que, sin perjuicio de su ordenación, descansa en el mercado y la libre competencia, con el control de los valores constitucionales a proteger (culturales, infancia, juventud, pluralismo informativo, programación, etc...), sin aplicar las técnicas de gestión administrativa a la actuación de las competencias de legalidad ordinaria atribuidas al poder ejecutivo³¹. El fundamento de la posibilidad constitucional de reservar al sector público la titularidad del ejercicio de un derecho fundamental, ha de buscarse en la presencia de tres derechos cons-

28. *El régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, 1994.

29. Jose Manuel Villar Uribarri «presente y futuro del marco regulador del sector audiovisual», pag 155 y ss. en *El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*. Aranzadi 2002.

30. Ariño Ortiz G. «*El proyecto de ley sobre televisión privada*» IEE Madrid 1987, pag. 78 y ss.

31. Tampoco nos vale la técnica de las obligaciones de servicio público ideada por José L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, en «*El Derecho de la Pos-privatización. La regulación económica en España*, Buenos Aires, 1993),

tucionales, el art. 20. el art. 38 y el art. 128.2 de la C.E. El estudio de la economía de este último precepto nos llevaría muy lejos en este momento, por lo que estimamos, con Gómez Ferrer³², que la Constitución debe de referirse a todos aquellos, servicios necesarios para que sea posible el funcionamiento de la sociedad de la información de nuestra época. Advierte asimismo este autor, que se debe valorar, al efectuar *ex lege* la reserva, en que medida ello supone un límite al principio —valor superior— de libertad que informa el ejercicio de un derecho fundamental. Sin embargo el análisis de la constitucionalidad del servicio público de la televisión, debe partir de la diferenciación de dos planos, el de la categorización de los servicios esenciales y el de las consecuencias que sobre aquel opera, el hecho que la actividad constituya además un derecho fundamental.

En el primero, para los servicios esenciales, se produce una extracción del libre mercado o de la libre empresa, por lo tanto se limita el derecho del art. 38, en virtud de que presuntamente existen valores o intereses, también constitucionalizados que hacen necesaria tal medida. (los clásicos servicios públicos de abastecimiento de agua, transporte colectivo etc, se han sometido a la intervención pública más absoluta, su reserva al sector público, para garantizar la continuidad y regularidad en su prestación, pues los superiores intereses generales así lo demandan). Sin embargo la consideración como servicio público no es formal, es material, no se excluye la iniciativa privada.

Sin embargo, en segundo lugar, el asunto se complica más, cuando se trata del ejercicio de un derecho fundamental, pues aquí hay que distinguir, dentro del derecho que se trate, el plano de «libertad» o «derecho al derecho fundamental» que implica una actitud negativa de los poderes públicos, en la garantía del mismo y el plano de los medios necesarios para lograr el ejercicio de tal derecho fundamental; dicho de otra forma, la actividad «medial» que se precisa para ejercer el derecho. Ello hace que se implique el derecho a la libertad de empresa y el art. 128.2, si se considera que el ejercicio de tal derecho tiene un componente de esencialidad que hace preciso, desde la observancia de los principios constitucionales, su extracción del libre mercado.

Acudiendo a un ejemplo equivalente del art. 20, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza del art. 27 C.E.; el derecho a la educación no puede hacerse efectivo si no se construyen escuelas o universidades, por lo que este derecho personal de libertad, se convierte automáticamente, en su pretensión de ejercicio en *derecho de prestación*, pero ello no implica que se excluya a la iniciativa privada que tiene la posibilidad de actuar en el mercado de la enseñanza, aunque tanto desde la exigencia de la garantía de acceso de todos los españoles en condiciones de igualdad, como en el control de los valores y principios constitucionales este derecho, configurado como servicio esencial, debe sufrir una intervención de los poderes públicos, median-

32. «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, Estudios sobre la C.E., Homenaje a García de Enterría, T.V, pag 3826.

te la ordenación del ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza y garantizar la prestación de derecho a la educación.

En el caso del derecho constitucional que nos ocupa, hasta los más fervientes partidarios de la liberalización absoluta, reconocen la esencialidad, en la sociedad contemporánea, del medio de comunicación televisivo³³. Sin embargo tal declaración implica por si sola la necesidad de una ordenación del ejercicio del derecho-libertad, convertido en derecho-prestación, por los condicionantes siguientes:

- regulación de las condiciones técnicas de su ejercicio(transmisión de la señal, asignación de frecuencias, homologación de equipos, ..etc).
- utilización del dominio público radioeléctrico
- ejercicio de una actividad empresarial.
- garantía de protección de los valores constitucionales.

Por lo que primera cuestión está despejada, en la alternativa entre libertad de mercado e intervención ordenadora, se opta por la segunda pues el derecho limita con otros derechos igualmente protegibles y su ejercicio requiere una actividad medial de necesaria regulación. Esto no significa que se asuma la tesis del Tribunal Constitucional expresada en la S. 127/94, de división del derecho, mediante un limpio corte en dos derechos, uno fundamental-primario y otro medial-secundario, objeto de menor protección y garantía, se sostiene de contrario que estamos ante un único derecho fundamental cuyo ejercicio resulta ordenado. Legitimada la ordenación para el ejercicio del derecho fundamental, la misma debe de efectuarse, conforme y solo de acuerdo con las prescripciones que derivan directamente del texto constitucional, por lo que la extracción del libre mercado empresarial, para someter a ordenación el ejercicio del derecho fundamental, conlleva el no apartarse de lo anterior, en contra del iter normativo hasta la fecha realizado, donde lo contingente, el servicio público, ha desplazado lo necesario, la regulación del derecho fundamental³⁴. La ordenación debe de «servir» al ejercicio del derecho, en crítica al actual sistema, Esteve Pardo³⁵, opina que el mecanismo del art 128 se activó automáticamente para su aplicación a la televisión, (no da razones). Las razones son de tipo histórico, la tradicional reserva al sector público, incluso con monopolio de todas las actividades relacionadas con lo radio eléctrico o las telecomunicaciones y la coyuntura de la delicada transición democrática de los principios de los años ochenta, deslindando claramente titularidad-gestión y público-privado, con la evolución legislativa que ya se ha expuesto. Si bien en Francia, el servicio público, supuso un catalizador de los derechos y libertades que se concitaban en el ejercicio del dere-

33. Laguna de Paz, op. cit. pag. 225.

34. J. ESTEVE PARDO, «*El servicio público de la TV y garantía de la instrucción de la opinión pública libre*», RAP 123, 186.

35. (op. cit., RAP)

cho a la información por medio de la televisión, en nuestro país se aleja de la dimensión constitucional de los derechos que se ordenan, concibiéndose como un expediente administrativo mas de ejercicio de potestades públicas sometidas a legalidad ordinaria.

B) TV pública o TV privada. Los que sostienen las tesis desreguladoras, también intentan contraponer un ejercicio en libertad del derecho fundamental con la existencia de una televisión pública, basándose en la S.T.C. 290/82 que supuso la desaparición de la prensa pública. Sin embargo creemos que, desde un punto de vista constitucional, el modelo mixto de economía de mercado que se diseña, permite la existencia e un sector público en este caso; otra cosa es, la adecuación a los valores superiores de libertad, igualdad y pluralismo político de su actual régimen jurídico, así como el cumplimiento de los valores de promoción cultural y educativa, con el actual sistema de programación, en competencia con el mercado de las televisiones privadas. Siguiendo a Muñoz Machado³⁶, está justificado que la televisión privada tenga como meta, el lucro, (cumpliendo las normas de ética, deontología y protección de los valores constitucionales que la legislación establezca), pero la televisión pública, tiene deberes públicos sobre la cultura y la educación, y al prestar ese servicio debe quedar sustraída a la competitividad de las audiencias, por lo que sus déficits deben ser sufragados por el presupuesto público. Como expresa Carrillo³⁷ la calificación de servicio público apoyada por determinada doctrina y ratificada por el TC , para presuntamente garantizar determinados derechos a la colectividad y preservar el pluralismo y la formación de una opinión pública libre, quedan hueros ante la realidad de una TV pública en competición con las TV privadas en índices de audiencia, programando programas de la mas baja calidad cultural haciendo concesión a los mas zafios contenidos para no perder la cuota del mercado publicitario³⁸. Con un déficit astronómico (mas de 600 millones de € en el año 2000) y con reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE acerca de la ilegalidad de las ayudas públicas a las TV públicas³⁹. Estos comportamientos son los que mas favorecen a las tesis que sostiene la innecesariedad de una TV pública que, en posición de ventaja en el mercado, por su doble financiación, hace la competencia a las privadas.

B) Garantizar la opinión pública libre y plural y el acceso en condiciones de igualdad a los medios que ejercen el derecho. La garantía del derecho constitucional, del art. 20.1, supone, como ha expresado el T.C. (S.12/82) pro-

36. op. cit. pag. 11.

37. Marc Carrillo «Unión Europea CC.AA. y TV» en Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley 1997, pag. 315 y ss.

38. TVE se ha jactado recientemente en la prensa, que tiene intención de captar el 3ºº del mercado de la publicidad en este medio. El año 2001 facturó 99.478 millones de pesetas por publicidad las TV privadas (UTECA) estiman que TVE ha detraído del mercado en el año 2001 72,72 millones de €). Pero sin embargo no deja de incrementarse su déficit que en el año 2000 fue de 636,60 millones de €.

39. Una sentencia del TJCE, de 1ª instancia anula ayudas públicas a la RTV portuguesa.

teger y fomentar una opinión pública libre, desarrollo del valor superior pluralismo político. este derecho opera en un doble sentido, en la ordenación de la televisión el derecho a la obtención de la información con las características de objetividad, pluralidad y veracidad, hace que cualquier ordenación del medio respete estos principios⁴⁰.

C) La declaración como servicio esencial es incompatible con el ejercicio de un derecho fundamental. Ciertamente, las modalidades de gestión de los servicios públicos, en el orden administrativo (con monopolio o no), regulada en la legislación de contratos del Estado y de régimen local, no deben ser aplicables a los derechos constitucionales (educación, art. 27 CE, información art. 20 CE). Imagínese trasladar a este ámbito, la discusión doctrinal y no resuelta aún jurisprudencialmente acerca de la naturaleza jurídica de acto o contrato de la concesión administrativa de servicios públicos⁴¹ o forzar la comparación del principio de prestación continua y regular, capital en la determinación de las actividades sometidas a él con la actividad televisiva⁴². Por ello y tomando del servicio público solo la filosofía de solidaridad que inspira, y su sentido material que no excluye la iniciativa privada, en el ejercicio de los derechos fundamentales que en principio reclaman de los poderes públicos una actitud negativa de respeto y garantía a la autonomía individual; pero que, en este plano de ejercicio convertido el derecho también en prestacional, exige también (art. 9.º.2 CE) a esos mismos poderes la promoción de las condiciones para su ejercicio real y efectivo, en situación de igualdad, lo importante es partir de la vinculación del ejercicio del derecho del art. 20.d) íntimamente con el mismo derecho, en contra de la opinión del T.C., no importando tanto, la titularidad del derecho o de sus formas técnicas o empresariales de ejercicio, que incuestionablemente debe estar en manos de los ciudadanos, sino actuar en el plano de la ordenación y control «*ex ante*» y supervisión y sanción represora, en su caso «*ex post*», de la gestión. Nos apartamos así de las tesis que reclaman la absoluta desregulación del fenómeno. La denominada «libertad de antena», (pues se da por supuesto la inconstitucionalidad de un monopolio público de la televisión) debe de ser ordenada mediante un sistema de licencias o *autorizaciones* (expresión que emplea en sentido técnico-jurídico, el art. 10.2 del CEDH) instituto jurídico-administrativo de control «*ex ante*» del ejercicio de los derechos subjetivos cuya naturaleza está suficientemente estudiada en nuestro ordenamiento⁴³. Dicha ordenación ha de atender a las siguientes características:

40. En este sentido debe tenerse en cuenta la aprobación definitiva por el Congreso de la ley de transposición de la Directiva 89/552/CEE sobre actividades de radiodifusión televisiva.

41. Vid. «*el incumplimiento en la concesión de servicio público*», Miguel Domínguez -Berrueta de Juan, pags. 19 a 96, ed. Montecorvo, Madrid, 1981),

42. («*el buen funcionamiento de los servicios públicos*» Antonio Martínez Marín, Tecnos, 1990.

43. Vid. F. Garrido Falla, Tratado, Vol. II, op. cit. pag. 128 y mas recientemente, Luciano Parejo Alfonso «la actividad de la administración pública», Cap. VII, de la obra: «*Manual de Derecho Administrativo*», con A. JIMÉNEZ BLANCO y Luis ORTEGA ALVAREZ, Ariel, 1.ª ed. 1990

- La legislación debe de determinar el estándar mínimo de condiciones societarias, capital, programación etc. con el fin de limitar al máximo la discrecionalidad de las concesiones de licencias.
- El órgano público otorgador de tales licencias debe alejarse lo mas posible de la Administración del Estado, por el peligro de contaminación e influencia en las autorizaciones y residenciarse en órganos de composición plural, dependientes directamente del poder legislativo, donde estén representados todos los intereses públicos y sectoriales en presencia, velador de la pervivencia de la libre competencia y con especial atención a las organizaciones ciudadanas. En este sentido debe de entenderse, que el principio de igualdad material y efectiva de ejercicio del derecho fundamental, del art. 20, en el caso de la televisión, no está tanto en el derecho de todos los ciudadanos a poder montar una emisora, cuestión que como es obvio no está alcance de todos ellos, pero si la garantía del ejercicio del derecho en su vertiente pasiva; esto es, la exigencia de veracidad, pluralismo ideológico y cultural, en la recepción de la información y en su vertiente activa en la no discriminación en el acceso al medio, en el marco de los grupos o colectivos de participación ciudadana. (art. 23.2 C.E.) El modelo francés ofrece la interesante experiencia de una gestión, por medio de un órgano independiente, denominado en su ultima etapa Conseil Supérieur de l'audiovisuel⁴⁴. Alunas voces en la doctrina, como Carrillo⁴⁵, viene sosteniendo reiteradamente la necesidad de esta autoridad independiente, como se ha hecho en Cataluña.⁴⁶

C) Articulación competencial en el Estado Autonómico. La ordenación del fenómeno televisivo, que debe producirse de forma global, no regular una televisión, sino televisiones: públicas, privadas, nacionales, autonómicas, locales, por ondas, cable, digital y satélite, con lo que ha de tenerse en cuenta la extraordinaria diversidad de la materia.

- Competencias exclusivas del Estado: en el plano estatal se debe reservar la potestad de la legislación básica en materia de telecomunicaciones y radiocomunicaciones (art. 149.1.21 C.E.) y la legislación básica del sistema televisiones autonómico y local, e integra de la TV de ámbito nacional, pública y privada, desarrollando los procedimientos y requisitos para las autorizaciones de frecuencia y demás condicionantes técnicos y económicos para emitir a los solicitantes de una cobertura de carácter nacional o supraautonómico. Asimismo debe

44. Sobre ello vid «*droit de l'audiovisuel*», Charles DEBBASCH, Dalloz, 1991 y «*droit de la communication*», Emmanuel DERIEUX, LGDJ, París, 1991.

45. Carrillo Marc. Sobre la necesidad de un Consejo del Audiovisual, en EL PAIS, 30 octubre de 1999.

46. Ley autonómica 2/2000 de 4 de mayo.

mantenerse en mano pública la red de transporte de la señal (RETE-VISIÓN) por su innegable interés general de carácter estratégico y la multiplicidad de usos posibles, abonando las empresas públicas y privadas que obtengan la autorización para emitir, el correspondiente canon, por el transporte y repetición de la señal.

- Competencias compartidas con las Comunidades Autónomas: A virtud de lo previsto en el art. 149.1.27 de la C.E., no debe existir obstáculo constitucional para que las Comunidades Autónomas legislen en desarrollo sobre una propia televisión pública