

CONSTITUCION, MONOPOLIO PUBLICO Y TELEVISION *

POR

SANTIAGO VARELA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCION

La entrada en vigor del Estatuto de la Radio y la Televisión ¹ ha supuesto el final de un prolongado período en el que la regulación del problema de la titularidad pública o privada de las emisoras de radiodifusión, y en particular de televisión, adolecía, en nuestro país, de un sensible vacío normativo, en el plano legal, que, en reiteradas ocasiones, fue puesto de manifiesto por la doctrina administrativista ². La desaparición de esta laguna legal no ha supuesto, sin embargo, la solución definitiva del problema. Al contrario, la afirmación que contiene el Estatuto del monopolio del Estado sobre la televisión nos introduce de lleno, si se pone en referencia a las disposiciones de nuestra Constitución, en uno de los debates más interesantes que vienen ocupando, desde hace algún tiempo, a los constitucionalistas de otros países: el debate sobre la constitucionalidad de los monopolios públicos y sus límites, cuando puede entenderse, como es el caso de la televisión, que los mismos entran en conflicto con un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad de expresión ³. El objeto del presente artículo es, precisamente, el de suministrar algunos elementos de juicio y ofrecer una reflexión personal de cara al ineludible planteamiento de este debate en España.

* Este trabajo se presenta por su autor en las Jornadas organizadas por la Asociación Española de Ciencia Política los días 2 al 4 de junio en Barcelona.

¹ Ley 4/1980, de 10 de enero [«Boletín Oficial del Estado», n.º 11 (12 de enero de 1980)].

² Véase, por todos, el libro de T. de la Quadra-Salcedo, *El servicio público de la televisión*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, en espec. 70-78.

³ En España son precursores en el estudio de este problema J. A. González-Casanova (*Régimen político de la televisión*, Barcelona, Nova Terra, 1967) y J. De Esteban [*La influencia de los medios de comunicación de masas ante su necesaria constitucionalización*, en «Revista de Estudios Sociales», n.º 4 (abril 1972), págs. 145-188, y *Por una comunicación democrática*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1976].

II. LA LEGALIZACION DEL MONOPOLIO PUBLICO

Hasta la entrada en vigor del nuevo Estatuto, la única disposición legal, a cuyo amparo podía justificarse el régimen de monopolio estatal sobre la televisión, era la Ley del Servicio de Radiodifusión de 26 de junio de 1934⁴, cuya vigencia, tras la guerra civil, fue reconocida por la doctrina⁵ e incluso por disposiciones posteriores de inferior jerarquía⁶. Conviene recordar, sin embargo, que, aunque la televisión podía incluirse en el ámbito de aplicación de la ley, ésta trataba solamente de las emisiones que tuvieran lugar mediante ondas y no contemplaba otros sistemas (por ejemplo, el de las transmisiones por cable)⁷. Además, el carácter «esencial» y «privativo» del servicio público, sobre el que se fundaba el monopolio, únicamente se predicaba por aquella Ley de la radiodifusión de «alcance nacional», pero no de la que tuviera lugar en ámbitos territoriales menores⁸. Y, por último, la misma ley introducía en la estructura del monopolio algunos elementos dirigidos a garantizar que su funcionamiento se ajustase a un régimen de independencia, objetividad y participación democrática. Pero aquellos elementos se configuraban, lógicamente, como una aplicación de principios constitucionales sobre los que se asentaba el régimen de la II República, de manera que se entendieron derogados al entrar en colisión con los principios políticos fundamentales que inspiraron la formación del «Nuevo Estado» a partir de 1936⁹. Significa todo ello que la extensión del monopolio estatal sobre la televisión a cualquiera de sus modalidades de transmisión y de sus posibles alcances territoriales tuvo su único fundamento, durante muchos años, en una serie de disposiciones de inferior rango normativo, cuya manifiesta ilegalidad ha sido demostrada de forma contundente¹⁰.

Esta situación es la que ha pretendido subsanar el reciente Estatuto, en el que se reitera que «la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado» (art. 1.º2). Así, en cuanto al ámbito técnico que afecta esta declaración, se precisa en el Estatuto que por televisión deberán entenderse las transmisiones «a través de ondas o me-

⁴ Sobre esta ley y su desarrollo, véase T. de la Quadra-Salcedo, *El servicio público de la televisión*, op. cit., en espec. págs. 54-67.

⁵ Así, por ejemplo, J. L. Villar Palasí, *Derecho administrativo*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1968, pág. 354.

⁶ Por ejemplo, un Decreto de 14 de noviembre de 1952, sobre regulación de estaciones radiodifusoras de onda media.

⁷ El concepto de «radiodifusión» era entendido por el legislador de 1934 como una especie del género de las comunicaciones mediante ondas electromagnéticas o hertzianas, que comprendía las transmisiones tanto de sonido como de imágenes. Así lo confirma un Reglamento de 22 de diciembre de 1935, que se dictó para el desarrollo de la ley, cuyo artículo 1.º se refiere a los «servicios de radiodifusión de sonidos e imágenes». También se aludía a la «radiodifusión visual» en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, suscrito en Madrid el 9 de diciembre de 1932, y que fue ratificado por España.

⁸ Véase el artículo 4.º de la Ley, en el que expresamente se reconoce la subsistencia de los derechos de la iniciativa privada en el ámbito local y en el regional.

⁹ Véase T. de la Quadra-Salcedo, *El servicio público de la televisión*, op. cit., pág. 71.

¹⁰ Véase *ibid.*, págs. 67-68 y 339-344.

diante cables» (art. 1.º4). En cuanto a su ámbito territorial, se establece que comprenderá «todo el territorio nacional», si bien se añade la salvedad de que el Gobierno, con la autorización de las Cortes por vía legislativa, conceda a las Comunidades Autónomas la gestión de un canal de transmisión, «que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma» (art. 2.º)¹¹. Y, en cuanto al sometimiento del servicio público de la televisión a los nuevos «valores del ordenamiento constitucional», es un principio que, además de enunciarse expresamente (arts. 3.º y 4.º), pretende concretarse a lo largo del Estatuto en una organización del servicio de carácter representativo (cap. III), así como en una programación basada en el derecho de acceso a las emisiones de «los grupos sociales y políticos más significativos», en el reconocimiento del derecho de rectificación y en un control parlamentario directo (arts. 24, 25 y 26).

La titularidad pública de los servicios de radiodifusión y televisión implica la atribución al Estado de funciones, que, según el Estatuto, se ejercerán a través de una entidad de Derecho público denominada RTVE (arts. 5.º 1 y 2). En relación al alcance exacto de tales funciones, durante el proceso de elaboración del Estatuto se levantaron algunas voces tratando de aclarar que la titularidad estatal de la televisión no entrañaba necesariamente un monopolio de las emisiones, pues cabía siempre que una regulación complementaria encomendase su gestión, al menos parcialmente, a entidades privadas¹². De esta manera se aludía sin duda a la posibilidad de que, mediante la fórmula de los contratos de gestión, y en particular la técnica de la concesión administrativa, se disponga el ejercicio privado de una actividad sometida inicialmente a titularidad pública, como, por ejemplo, ha venido ocurriendo en el sector de la radio durante los últimos años. Lo cierto es, sin embargo, que esa posibilidad se encuentra del todo cerrada en el Estatuto que nos ocupa. Hay que tener en cuenta que la legislación española excluye de la figura genérica de los contratos de gestión de servicios públicos «los supuestos de personificación» de un servicio mediante entes públicos instrumentales (lo que es el caso de RTVE) o sociedades mercantiles del Estado¹³. Y el Estatuto, en efecto, se ha cuidado de puntualizar que *la gestión* del servicio público de la televisión deberá realizarse «por una sociedad estatal que se denominará Televisión Española

¹¹ En los vigentes *Estatutos de Autonomía del País Vasco* y de *Cataluña*, la competencia de ambas Comunidades para «regular, crear y mantener su propia televisión», de acuerdo con «las normas básicas del Estado» sobre la materia (es decir, el presente Estatuto de la Radio y la Televisión), ya se ha entendido condicionada, para que sea efectiva, al supuesto de que el Estado otorgue, en régimen de concesión, la utilización de un nuevo canal (véanse art. 19 y disp. trans. sexta del *E. P. V.* y art. 16 y disp. trans. octava del *E. C.*).

¹² Muy señaladamente, Manuel Clavero Arévalo, entonces ministro de Cultura, en distintas intervenciones. Véase, por ejemplo, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», n.º 34 (27 de septiembre de 1979), págs. 2064-2067.

¹³ Véanse los arts. 62 y 63 de la Ley de Contratos del Estado (Texto articulado de 8 de abril de 1965, modificado por Ley de 17 de marzo de 1973). Sobre las diferencias entre las técnicas de gestión directas e indirectas de los servicios públicos y las modalidades contractuales que pueden revestir estas últimas, véase E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1979, págs. 612 y sigs.

(TVE)», la cual será regida por el Derecho privado, pero cuyo capital «será íntegramente estatal», «pertenece en su totalidad al ente público RTVE» y tendrá la consideración de «dominio público» (arts. 17.2, 18, 19 y 34.1), y que el mismo carácter tendrán las sociedades filiales que el gobierno decida crear «en las áreas de comercialización, cable y medios análogos» (art. 20).

El Estatuto supone, en definitiva, la confirmación legal de un monopolio sin fisuras, verdaderamente monolítico, del Estado sobre la televisión. Pero de ahí no puede concluirse que esa situación sea ya inatacable desde el punto de vista jurídico, pues la legitimidad de un monopolio y de las normas que lo establecen no es, en última instancia, sino una cuestión de orden constitucional. No sólo se trata de que el establecimiento de los monopolios públicos deba realizarse conforme a las disposiciones específicas que, en relación a los mismos, contiene la Constitución. Es que, además, al ser afectadas posibles manifestaciones de libre determinación privada en relación al Estado, tales disposiciones deberán interpretarse inexcusablemente en referencia al ámbito de las libertades y derechos fundamentales y de sus límites, es decir, una esfera jurídica que viene definida, ante todo, por la Constitución.

El problema que abordaremos en las páginas que siguen consistirá, por tanto, en demostrar cómo puede considerarse que el establecimiento de emisoras privadas de televisión supone, en principio, el ejercicio de libertades y derechos constitucionalmente reconocidos y que podrá acogerse, por consiguiente, al amparo del acabado sistema de garantías que, para los mismos, la propia Constitución establece. Una vez afirmado este principio deberá afrontarse, en segundo término, la cuestión, notablemente más compleja, de las posibilidades constitucionales que corresponden a los poderes públicos para fijar límites a aquellas actividades e incluso para impedir las, mediante el ejercicio de un derecho constitucional preferente, que implique el sometimiento de la televisión a un régimen de monopolio estatal.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INICIATIVA PRIVADA EN MATERIA DE TELEVISION

El reconocimiento del derecho a crear y gestionar libremente entidades privadas que tengan por objeto utilizar medios de difusión, y en particular la televisión, así como su consideración de derecho público subjetivo, parece que se deduce con cierta claridad de la conexión entre dos preceptos constitucionales. De una parte, el artículo 38 reconoce, con carácter genérico, «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» y dispone, a continuación, que los poderes públicos han de garantizar y proteger su ejercicio, «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Por otra, el artículo 20, que, con carácter específico, resulta la norma básica en la materia que nos ocupa, se inicia mediante la afirmación de que «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». Y, a mayor abundamiento, el número 3 del mismo artículo, al referirse a la regulación por vía legal de

«la organización de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público», parece confirmar, *a sensu contrario*, la posibilidad de medios de comunicación social, de cualquier índole, que no estén sometidos a tales dependencias. Esta interpretación se reforzará si atendemos a la génesis parlamentaria del artículo 20, la cual aporta elementos de interpretación auténtica y cuya consideración resulta, por consiguiente, aconsejable.

En efecto, a partir de los debates que, en torno a este extremo del proyecto constitucional, tuvieron lugar en el Congreso de los Diputados y en el Senado, pese a la notable confusión conceptual que aflora en varias intervenciones, puede concluirse, al menos, que la aprobación del precepto supuso una cierta voluntad política y normativa a favor de la constitucionalidad de la televisión privada. El punto clave de la polémica fue una enmienda socialista que proponía añadir un inciso, al final del entonces artículo 19.3, redactado en los siguientes términos: «La televisión estará, en todo caso, sometida al control de los poderes públicos». La enmienda fue defendida, por vez primera, en la Comisión correspondiente del Congreso, por el diputado Virgilio Zapatero, quien afirmó que su aprobación nada prejuzgaría contra la posibilidad de la televisión privada: «Esto es, la televisión, *sin entrar en si debe ser o no monopolio*, debe estar en cualquier caso sometida al control del Estado, y por eso pedimos su constitucionalización.» No obstante, una vez que la enmienda fue rechazada por la Comisión, las intervenciones que se sucedieron en el turno de explicación del voto apuntaron, ya más directamente, a la cuestión de fondo. Así, el socialista Peces-Barba manifestó: «... corrían estos días por los medios de esta Casa rumores de un proyecto de ley de privatización de la televisión. Nosotros hemos presentado una enmienda *in voce* en virtud de la cual quedaba asegurado en todo caso el control de la televisión por los poderes públicos, y hemos visto con sorpresa que 19 votos están en contra, lo cual nos confirma que ese camino, que a nosotros nos parece enormemente peligroso para la objetividad informativa, se va a recorrer o hay sectores que tienen la voluntad de recorrerlo. *No encontramos otra explicación al voto contrario más que esa*». En parecidos términos se pronunciaría el diputado comunista Solé Tura: «... no entiendo en absoluto la posición de la minoría mayoritaria, que se ha puesto en contra por razones que no alcanzo a comprender, como no sean las que aquí se han aducido. Es decir, el hecho de que se quiere dejar terreno libre para que pueda existir una privatización y, en consecuencia, una falta de control de los medios de comunicación, fundamentalmente de la televisión, cuyo alcance e importancia todos conocemos». Y, por último, el diputado Vázquez Guillén, de la Unión de Centro Democrático, justificaría el voto contrario de su grupo a la enmienda socialista por el temor a que ésta diera lugar, de aprobarse, a interpretaciones favorables a la constitucionalización del monopolio estatal, las cuales supondrían, por consiguiente, la imposibilidad de la televisión privada. Según sus propias palabras: «En definitiva, creemos que [...] lo que podría suponer en un futuro la monopolización de la televisión, en el sentido de que a través de la Constitución, como norma rígida e inflexible, se fijara que no pudiera existir, en efecto, la posibilidad de tener otras cadenas de televisión realmente es prejuzgar todo un debate, que en un futuro tendrá que realizarse.

En principio, imponer una traba total a esto puede significar también unas trabas a otras libres iniciativas que a lo mejor es necesario poner en marcha»¹⁴.

Durante los debates plenarios del Congreso de los Diputados, tan sólo fue discutida y aprobada por abrumadora mayoría otra enmienda *in voce*, que defendió el diputado socialista Javier Solana, y que constituye el actual artículo 20.3, esto es, el precepto que se remite a la ley para la regulación de los medios de comunicación social «dependientes del Estado». Esta enmienda fue saludada por algún diputado, como Manuel Fraga Iribarne, de Alianza Popular, como «verdadero punto de consenso», y su presentación dio lugar a la retirada de todas las demás sobre esta cuestión, incluida la que, según vimos, los socialistas habían sostenido en la Comisión¹⁵.

La enmienda socialista renació, sin embargo, en los debates que celebró la Comisión Constitucional del Senado, donde fue defendida por el senador Antonio López Pina, quien aludió, entre sus argumentos, a la necesidad de «socializar la información». El senador independiente Justino de Azcárate intervino entonces brevemente para señalar que, en materia de televisión, «la eliminación de toda posible competencia con una institución privada que pueda servir también al servicio público», era, a su juicio, «una aspiración excesiva». El portavoz del grupo en el Senado de la Unión del Centro Democrático, Antonio Jiménez Blanco, expresó su opinión de que el texto del precepto «satisface suficientemente lo que sería el control parlamentario» y de que lo que se pretendía introducir con la enmienda defendida por López Pina era, «efectivamente, lo que él ha dicho de que la información sea socializada, y esto sí es algo que no se compatibiliza con el concepto de libertad, que es uno de los valores fundamentales o uno de los principios que la Constitución ha proclamado». Finalmente, tras la réplica de López Pina insistiendo en que «el poder de la información y el de la televisión es tal que pensamos que la propia Constitución se convierte prácticamente en papel mojado si la información está en manos privadas», la enmienda volvió a ser rechazada¹⁶. No se mantuvo, sin embargo, la enmienda cuando el proyecto constitucional fue dictaminado por el Pleno del Senado y, ante la ausencia de cualquier otra enmienda o voto particular, el precepto fue aprobado sin debate, según el texto que había remitido el Congreso de los Diputados¹⁷.

La aprobación de la enmienda socialista hubiera supuesto, con toda probabilidad, el planteamiento de arduos problemas interpretativos en torno al artículo 20 de la Constitución. A partir de un análisis de los debates parlamentarios no es posible asegurar, como se ha visto, que el propósito que subyacía en aquella enmienda fuera el de atenerse a una interpretación estrictamente literal de la misma, en virtud de la cual se trataba solamente de asegurar que el uso de la televisión, independientemente de la determinación de su titula-

¹⁴ Véase, para todas estas intervenciones, «D. S. C. D.», n.º 70, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (19 de mayo de 1978), págs. 2540-2552.

¹⁵ Véase «D. S. C. D.», n.º 106 (10 de julio de 1978), págs. 4005-4010.

¹⁶ Véase «Diario de Sesiones del Senado», n.º 43, Comisión de Constitución (24 de agosto de 1978), págs. 1861-1864.

¹⁷ Véase «D. S. S.», n.º 60 (27 de septiembre de 1978), pág. 2983.

ridad, estuviera sometido a algún tipo de control público, o si más bien se pretendía abrir el precepto a una interpretación amplia de la que se derivase la necesidad de monopolio público y la consiguiente inconstitucionalidad de las empresas privadas de televisión.

Pero, en cualquier caso, la enmienda no fue aprobada, y lo que sí puede afirmarse es que su rechazo fue motivado, e interpretado así por los distintos grupos parlamentarios, por el deseo mayoritario de que el artículo 20 consintiese en el futuro el libre ejercicio privado «por cualquier medio de reproducción», incluida la televisión, de los derechos que en el mismo artículo se contemplan. No se quiso establecer ninguna diferencia de principio entre el régimen constitucional de la televisión y el de otros medios de difusión del pensamiento, como, por ejemplo, las publicaciones impresas. Y esto supone que, si la libertad de expresión incluye, en relación a estas últimas, el derecho a crear libremente empresas periodísticas o editoriales¹⁸, no se haya considerado oportuno introducir en la Constitución restricciones específicas de semejante derecho por lo que se refiere a la televisión. Puede concluirse, en definitiva, que, de la articulación del principio de libre iniciativa económica con el de libertad de expresión, y a tenor no sólo de la letra de la norma constitucional, sino también de la interpretación que han proporcionado sus autores, resulta afirmada la constitucionalidad del uso de la televisión por entidades privadas, las cuales estarían ejerciendo, en su caso, una de las libertades reconocidas en la sección 1.^a del capítulo segundo del título 1 de la Constitución, y, por tanto, de las que son susceptibles de acogerse, frente a normas o decisiones que pretendieran su desconocimiento, a la tutela especial que ofrece el artículo 53.2: procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que del enunciado del artículo 20 no deriva la necesidad de una regulación ulterior del derecho que estamos considerando. Quiere esto decir que, a diferencia de otros derechos y libertades cuya configuración, de un modo total o parcial, se remite expresamente por la Constitución a la ley, no se trata de un derecho cuyo ejercicio quede pendiente de desarrollo legislativo. La Constitución no excluye la posibilidad de una regulación futura de las condiciones para el ejercicio del derecho, pero la ausencia de semejante regulación no sería un obstáculo para su eficacia inmediata. La libertad de expresión, en todas sus posibles manifestaciones, debe considerarse, por tanto, como un supuesto de derecho fundamental configurado enteramente y ya operante, sin perjuicio de una mayor precisión y garantía, mediante normas especiales, de sus límites o de sus condiciones de ejercicio.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución, esta normativa especial habrá de tener rango legal, excluyendo la posibilidad de que sean normas reglamentarias y, mucho menos, simples actuaciones de policía de la Administración las que intervengan en el ámbito de

¹⁸ Así lo ha reconocido la doctrina española más especializada en materia de libertades públicas; véase, por ejemplo, G. Peces-Barba y otros, *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1977, pág. 31.

ejercicio del derecho, a no ser en caso de expresa e inequívoca habilitación legal. Y no sólo eso, pues, según el artículo 81.1, las leyes «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» tendrán el carácter de «leyes orgánicas», esto es, habrán de ser aprobadas por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados¹⁹.

Debe subrayarse, además, que no puede reconocerse a las normas legales reguladoras del derecho más que la disposición de una discrecionalidad relativa para la determinación de ese derecho y de sus límites, puesto que, según el mismo artículo 53.1 de la Constitución, la regulación por vía legislativa de los derechos y libertades «en todo caso deberá respetar su contenido esencial». Nos encontramos, por consiguiente, ante una reserva legal condicionada, según la cual las leyes no podrán establecer más límites a un derecho que los que deriven de su propia naturaleza constitucional, encuentren su fundamento en principios y preceptos constitucionales, vengán explícitamente señalados en la Constitución o puedan extraerse de ésta mediante la rigurosa aplicación de las reglas de la interpretación jurídica²⁰.

El artículo 20.4 establece que todas las libertades que en el mismo artículo se reconocen «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». A partir de este precepto pudiera, en efecto, resultar necesaria una regulación del derecho para acomodar su ejercicio a tales exigencias, pero no parece que pueda concluirse en una supresión o prohibición del mismo, para el caso concreto de la televisión, lo cual correspondería más al ámbito de su determinación constitucional objetiva que al de sus limitaciones legales *strictu sensu*. Por otra parte, la declaración del artículo 1.º 1, en el sentido de que la libertad se propugna como «valor superior» del ordenamiento jurídico, determina la aplicación, también en relación con la acción limitadora del legislador, del principio *favor libertatis* o *pro libertate*, ya elaborado por la jurisprudencia y la doctrina administrativista española²¹, y que obliga a escoger, entre las varias limitaciones posibles, la

¹⁹ Esta exigencia constitucional no se satisfizo por el vigente Estatuto de la Radio y la Televisión, que fue aprobado en virtud de una ley ordinaria, pese a que, según su propia exposición de motivos, el Estatuto parte de la concepción del servicio de la Radio y la Televisión «como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas...».

²⁰ La referencia a un «contenido esencial» de los derechos y libertades como límite infranqueable para el legislador procede del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y ha dado lugar a una abundante bibliografía en Alemania Federal (véase, por todos, P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz*, 2.ª ed., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1972). Se trata, como ha puesto de relieve entre nosotros F. Rubio Llorente, de «un concepto jurídico indeterminado, muy alejado de nuestras tradiciones y cuya determinación por el juez constitucional es tarea nada simple y que arroja sobre los integrantes de nuestro futuro Tribunal Constitucional una carga tremenda de responsabilidad» (*La Constitución como fuente del Derecho*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pág. 67).

²¹ Véase, por ejemplo, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., vol. II, 1977, pág. 105.

que resulte menos restrictiva de la libertad, la cual debe ser preservada como principio y sólo podrá ser objeto de una posible medida de limitación en cuanto ésta resulte estrictamente indispensable. El principio obligará igualmente a resolver a favor de la libertad en cualquier duda sobre la mayor o menor extensión, o sobre la posibilidad misma, de la medida limitativa.

En esta situación, frente al principio de libertad de expresión y su corolario, reforzado por el de libre iniciativa económica, de libertad de creación privada de empresas informativas, no parece que los poderes públicos disfruten de otra habilitación expresa, para someter un medio, como la televisión, a un régimen de monopolio estatal, más que de la que contiene el artículo 128.2 de la Constitución, en virtud del cual «mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio». Este es, precisamente, el camino seguido por el Estatuto de la Radio y Televisión, en el que, según hemos visto, la titularidad pública del servicio se afirma a partir de su carácter esencial.

En relación a ese precepto constitucional conviene subrayar, en primer término, que la intervención estatal en forma de monopolio se concibe como una *posibilidad* y no como una *necesidad* constitucionalmente impuesta. Así quedó ya de manifiesto en el debate parlamentario suscitado en torno a este pasaje de la Constitución, cuando una enmienda defendida por Gaston, diputado del grupo mixto, pretendió la sustitución de la expresión «podrá reservar» por la de «reservará», reponiendo el texto del anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978 [«La ley reservará al sector público los servicios públicos (*sic*) esenciales, la explotación de fuentes de energía o las actividades que constituyan monopolio»]. La enmienda sería rechazada tras una intervención del diputado de la Unión de Centro Democrático, Rodríguez Miranda, que recordó cómo, en el derecho constitucional de los países europeos occidentales, salvo Portugal, carecía de precedentes sustituir la posibilidad por un mandato de carácter imperativo y señaló que la finalidad del artículo era permitir el establecimiento, en algunos casos, de «correctivos y limitaciones» a la libertad de empresa, concebida, según la Constitución, como «principio general determinante de la actividad económica»²². Y ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que los márgenes para la discrecionalidad del legislador quedan limitados mediante la fijación constitucional de las circunstancias —«esencialidad» de los servicios, supuestos de «monopolio»—, que serán las habilitantes de la intervención estatal. De esta manera, la cuestión interpretativa, fundamental para nosotros, consiste en determinar si el derecho a la creación libre de empresas privadas de televisión es de tal naturaleza que su ejercicio incurre en los supuestos que, según el artículo 128, hacen posible —no necesario, en términos jurídicos— el monopolio público.

²² Véase «D. S. C. D.», n.º 110 (14 de julio de 1978), págs. 4272-4276.

IV. LOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO

En una primera aproximación a esta cuestión interpretativa, no pueden pasarse por alto las experiencias que suministran otros países en relación al problema que nos ocupa²³. Y merecen especialmente nuestra atención casos como el de la República Federal Alemana y, sobre todo, según veremos, el de Italia, en los que, a partir de supuestos constitucionales similares a los españoles, un sistema de justicia constitucional, asimismo semejante, ya ha tenido ocasiones de abordar el problema.

A) *El modelo alemán*

El régimen jurídico de la televisión en Alemania Federal presenta ciertos aspectos singulares que lo diferencian, entre otros, del caso español y que pueden resumirse en la existencia de un monopolio público que no supone exactamente un monopolio estatal. La explicación de esta singularidad es de orden histórico, pues se remonta a la ocupación y distribución del territorio alemán por las potencias aliadas al finalizar la guerra, al control que cada una de éstas comenzó a ejercer en su zona respectiva y a la posterior transferencia de este control a manos de organismos de los *Länder* correspondientes, los cuales, como es bien sabido, preexistieron a la formación del Estado federal. De esta manera se crearon sociedades de ámbito regional, bajo la fórmula de corporaciones de Derecho público, las cuales monopolizaron las emisiones de radiodifusión en cada *Land*, mientras que la programación a escala nacional fue el fruto de la colaboración y coordinación entre todas ellas²⁴.

Esta situación inicial fue consagrada en 1961 por una célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal, en el llamado «juicio de la televisión» (*Fernseh-Urteil*), y que impidió un intento de organismos federales por controlar las emisiones de televisión²⁵. Esta sentencia declaró que la televisión constituía una «función pública» (*öffentliche Aufgabe*), cuyo cumplimiento, en aplicación del artículo 30 de la Ley Fundamental, correspondía a los *Länder*, pues no encajaba en ninguno de los supuestos constitucionales que justificaban la competencia de la administración federal. Sin embargo, precisaba el Tribunal, el derecho a la libertad de expresión e información, reconocido en el artículo 5.º1 de la Ley Fundamental, determinaba que la organización

²³ Hace algún tiempo escribí un artículo desde esta perspectiva comparada (S. Varela, *La televisión en Europa*, en «Cuadernos para el Diálogo», Extra XXXI, julio de 1972, págs. 185-190). No me importa reconocer que las conclusiones a las que llegaba entonces son diferentes a la opinión que sostengo aquí. Más han cambiado los supuestos políticos y constitucionales de la televisión en España y más están cambiando en todas partes sus supuestos técnicos y económicos y, con ellos, los jurídicos, hasta el punto que, según veremos más adelante, algún Tribunal Constitucional se ha visto obligado, en estos mismos años, a un importante cambio de postura.

²⁴ Véase *ibid.*, págs. 189-190.

²⁵ Véase la sentencia en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (en adelante: *BVerfGE*), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, vol. 12, págs. 205-264.

de las entidades regionales que cumplían aquella función pública hubiera de configurarse de tal forma que se garantizase en las emisiones el equilibrio en el derecho de acceso, la objetividad y el respeto mutuo, mediante la presencia de todas las fuerzas sociales relevantes (*alle in Betracht kommenden Kräfte*) en la dirección del conjunto de la programación²⁶.

Diez años más tarde, el Tribunal Constitucional volvió sobre el mismo tema, con motivo del examen de constitucionalidad de ciertas disposiciones legales que incluían a las sociedades regionales de radio y televisión dentro del régimen fiscal de las actividades industriales y de negocios²⁷. Con este motivo, el Tribunal refrendaría que la actividad de tales sociedades se llevaba a cabo en el ámbito del Derecho público, pero lo más importante de la sentencia fueron sus argumentos favorables al modo en que se había configurado hasta entonces el servicio de la televisión. La televisión era, según el Tribunal, uno de los más poderosos medios de comunicación, que, a causa de su influencia sobre la opinión pública, los peligros que entrañaba su abuso y sus específicas exigencias técnicas y financieras, las cuales impedían una competencia real, no podía abandonarse al libre juego de entidades privadas, pero tampoco dejarse en manos del Estado. La televisión era «asunto de la colectividad» (*Sache der Allgemeinheit*), y la organización de las sociedades que gestionaban este «asunto» presentaba, en relación a otras corporaciones de Derecho público, la «especialidad» de que el legislador no había gozado de discrecionalidad para configurarla, sino que había estado obligado a satisfacer ciertas exigencias orgánicas de tipo representativo y de participación social que derivaban del artículo 5.º de la Ley Fundamental. Pero, una vez satisfechas tales exigencias, el monopolio que ejercían sobre la televisión aquellas entidades regionales no podía estimarse contrario a los principios constitucionales. La cuestión de si era posible concebir otras fórmulas de organización, conformes asimismo con la Ley Fundamental, no era relevante para el Tribunal, cuya misión debía limitarse, según la sentencia, a juzgar la validez de las fórmulas actuales.

Durante los últimos años, sin embargo, ha ido tomando cuerpo una doctrina crítica de los supuestos sobre los que se fundaba la justificación otorgada por el Tribunal Constitucional al monopolio de las entidades públicas regionales. Este sector doctrinal se apoya, sobre todo, en las nuevas posibilidades técnicas de la televisión, en la medida que contribuyen a diluir las diferencias conceptuales que separan a la televisión de otros medios de información en los que rige la iniciativa de los grupos sociales. Se pronostica, así, que los días del monopolio están contados y se insiste, con esta perspectiva, en la necesidad de preparar una nueva regulación legal que discipline la inevitable entrada en escena de entidades privadas²⁸.

²⁶ El alcance de esta exigencia ha sido uno de los aspectos del problema más debatido por la doctrina alemana en los últimos años. Véase, por todos, M. Stock, *Neues über Verbände und Rundfunkkontrolle. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als Grundlage von Beteiligungsansprüchen 'gesellschaftlich relevanter Gruppen?*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», vol. 104, cuaderno 1, marzo de 1979, págs. 1-53.

²⁷ Véase la sentencia correspondiente en *BVerfGE*, 31, págs. 314-334.

²⁸ Un buen ejemplo reciente de estas tendencias doctrinales puede encontrarse en H. H. Klein, *Die Rundfunkfreiheit*, Münster, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, vol. 24, Beck, 1978.

Conviene recordar que, incluso en el seno del Tribunal Constitucional, ya se manifestó la opinión de algunos jueces contraria a la legitimación del monopolio haciendo abstracción de otras posibilidades. Según esta opinión, que el Tribunal hubiera reconocido en 1961 como *una* forma de organización la de las entidades públicas regionales, no excluía el reconocimiento en el futuro de otras fórmulas, en particular de las basadas en la titularidad privada de algunas emisoras. Para que este cambio, en la «situación especial» de la televisión alemana fuera aceptable para el Tribunal, bastaría, según los jueces disidentes, con que todos los grupos sociales relevantes e interesados —los mismos cuya presencia se reclama en los órganos directivos de las entidades públicas que gestionan el servicio— pudieran disponer de una frecuencia para la transmisión de sus propios programas, lo cual demostraría que no existen obstáculos para que el pluralismo en el ámbito de la televisión sea similar, por ejemplo, al de la prensa²⁹.

B) *El ejemplo italiano*

Mayor interés para nosotros tiene la experiencia de Italia, donde, a partir de tres artículos de la Constitución de 1947 —el 21 (libertad de expresión), el 41 (libre iniciativa económica) y el 43 (posible reserva en favor del sector público)— varias sentencias de la Corte Constitucional han perfilado en los últimos años una doctrina jurisprudencial muy rica en contenido³⁰, y que, ante la evidente similitud de los preceptos correspondientes de la Constitución española y de los términos originarios con que se plantea aquí el problema, pudiera proporcionarnos criterios interpretativos de inestimable valor.

Esta doctrina jurisprudencial arrancó, en una importante sentencia de 1960, de una afirmación de principio acerca de la plena constitucionalidad del monopolio público sobre la radio y la televisión. Semejante monopolio no podía considerarse, según la Corte Constitucional, como una violación de los artículos 21, 41 y 43 de la Constitución, pues se trataba de medios de difusión destinados, por su propia naturaleza, a originar, en un régimen de libre iniciativa, situaciones de monopolio o de oligopolio privado, las cuales, según el artículo 43, eran circunstancias que abrían el camino a la actividad monopolizadora por parte del Estado. Dicho con otras palabras: esta actividad estatal quedaba legitimada desde el momento que las limitaciones inherentes a la capacidad financiera necesaria para emprender el servicio de radio-televisión y, sobre todo, la limitación técnica evidente de las bandas de trans-

²⁹ Véase *Abweichende Meinung der Richter Dr. Geiger, Dr. Rinck und Wand zum Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27 Juli 1971*, en *BVerfGE*, 31, págs. 337-357.

³⁰ Un buen resumen del origen y evolución de esta doctrina sobre los monopolios públicos en general puede encontrarse en el trabajo de E. Cheli, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 3, Roma, 1977, págs. 303-324. El trabajo está firmado en mayo de 1976 y no recoge, por tanto, los importantes cambios jurisprudenciales que, según veremos, tuvieron lugar en virtud de una sentencia de la Corte sobre la televisión pronunciada dos meses más tarde.

misión determinaban que tales servicios no pudieran ser, efectivamente, más que el privilegio de unos pocos, con grave quebranto del principio constitucional de igualdad. Sin embargo, no se trataba de que el monopolio estatal fuera constitucionalmente *necesario*, sino tan sólo constitucionalmente *licito*, esto es, algo que se justificaba en la medida que, respecto a cualquier otro sujeto monopolista, el Estado se encontrara en mejores condiciones de objetividad e imparcialidad para conseguir la superación de las dificultades, derivadas de las limitaciones naturales del medio, para el cumplimiento del artículo 21 de la Constitución, dirigido a garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de expresar libremente el pensamiento por cualquier medio³¹.

El monopolio público, según los jueces de la Corte, era, en definitiva, un monopolio «condicionado», es decir, una situación que, para responder a las exigencias de la Constitución, debería satisfacer requisitos mínimos de legitimidad. Se trataba de un monopolio que no podía mantenerse *ad ogni costo*, sino *solo ed in quanto* dotado de ciertas características. Como ha subrayado la doctrina italiana, la compatibilidad del artículo 21 de la Constitución con una intervención estatal que se ajuste a los términos del artículo 43 no es automática, pues, de la combinación de ambos artículos resulta la imposición de un contenido «reforzado» a la reserva de la ley prevista en el artículo 43, de manera que el legislador que pretenda reservar al Estado el servicio de radio-televisión queda obligado a elaborar una normativa adecuada para atenuar al máximo las consecuencias de las limitaciones de libertad e inspirada, por tanto, en el respeto de condiciones precisas que derivan directamente de la Constitución³².

Según sentencia más reciente de la Corte, los fines cuyo cumplimiento hubiera legitimado constitucionalmente al monopolio estatal eran la objetividad y la integridad de la información, así como el derecho de acceso a dichos medios, por parte de los ciudadanos y de los grupos sociales, en la máxima medida permitida por las limitaciones técnicas. En resumen, el monopolio público debiera considerarse como «instrumento necesario para la ampliación del área de manifestaciones efectivas de la pluralidad de voces presentes en la sociedad». Y para que el ejercicio del monopolio estuviera dirigido realmente al cumplimiento de estos fines, las leyes reguladoras del monopolio hubieran debido proveer, según la Corte, las siguientes garantías mínimas: *a*) que los órganos directivos de las entidades gestoras del monopolio (sean públicas o concesionarias) no constituyan, directa o indirectamente, una representación exclusiva o preponderante del poder ejecutivo y que su estructura sea tal que garantice la objetividad; *b*) que los programas informativos estén inspirados en criterios de imparcialidad y los programas culturales recojan, dentro del respeto a los valores fundamentales de la Constitución, la variedad de las corrientes de pensamiento; *c*) que se reconozcan al Parlamento poderes adecuados para concretar estas orientaciones y para ejercer el correspondiente control; *d*) que los profesionales de la información obser-

³¹ Véase Corte Costituzionale, *Sentenza 13 luglio 1960, n.º 59*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 160, Milán, Giuffrè, págs. 159 y 1127.

³² Véase, por ejemplo, R. Zaccaria, *L'alternativa poste della Corte: monopolio «pluralistico» della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, en *Giur. cost.*, 1974, pág. 2180.

ven la mayor objetividad y se atengan a sus deberes de deontología profesional; e) que, mediante una limitación adecuada de la publicidad, se evite el peligro de que la televisión prive a la prensa libre de sus recursos; f) que el acceso a la televisión esté abierto, con criterios de imparcialidad y en la máxima medida posible, a los grupos políticos, religiosos y culturales, y g) que se reconozca eficazmente el derecho de réplica. Bajo la comprobación de que las normas vigentes, sobre las cuales se establecía hasta entonces el monopolio estatal de la televisión en Italia, no cumplían aquellos fines ni satisfacían tales garantías, la Corte pronunció finalmente su inconstitucionalidad³³. Este pronunciamiento estaba dotado, además, de efectividad inmediata, de manera que las normas constitutivas del monopolio debieron ser desaplicadas directamente por los jueces ordinarios³⁴.

Por otra parte, la Corte resolvió, al mismo tiempo, que esas normas también debían considerarse inconstitucionales en la parte relativa a la extensión del monopolio a los servicios de televisión por cable en el ámbito local. Esto es, sin perjuicio de reconocer la validez permanente del monopolio si éste se ajustaba, mediante otra disciplina legal, a las condiciones señaladas por la Corte, se afirmaba, en todo caso, la ilicitud constitucional de una plena reserva estatal de la televisión por cable. Los argumentos utilizados aludían a que este sistema de transmisión no incurría en los supuestos del artículo 43 de la Constitución y, por consiguiente, no podía sustraerse a la libre iniciativa privada en la medida que no padecía las limitaciones inherentes a la transmisión por ondas. La televisión por cable superaba el problema de la limitación de las bandas, aunque, en el caso de que tuviera dimensiones nacionales, persistía, según la Corte, el problema de los costes financieros. Para las instalaciones locales de cabledifusión, este último obstáculo no existía o, al menos, no existía en mayor medida que para otros medios, como la prensa, por lo que el monopolio carecía de justificación en relación a las mismas. La sentencia no excluía, sin embargo, la necesidad de que el establecimiento de estas instalaciones locales quedase sometido, con el objeto de salvaguardar intereses generales, a un régimen de autorizaciones administrativas vinculadas al cumplimiento de determinadas condiciones y no meramente discrecionales³⁵.

A raíz de las sentencias de 1974, el Parlamento italiano procedió a elaborar una nueva normativa cuya finalidad era acomodar la regulación del monopolio estatal sobre la televisión a las orientaciones que habían sido señaladas por la Corte. La aprobación de esta normativa (Ley de 14 de abril de 1975) provocaría, sin embargo, un nuevo conflicto, pues, al amparo de aquellas sentencias, que habían declarado la inconstitucionalidad del monopolio vigente, varias empresas privadas de televisión comenzaron a emitir sus programas en distintos lugares del territorio italiano y su existencia pugnaba abiertamente con el restablecimiento del monopolio sobre nuevas bases legislativas.

El conflicto quedó planteado ante la Corte Constitucional y ésta pronun-

³³ En S. 10-VII-74, n.º 225, *Giur. cost.*, cit., 1974, págs. 1775 y sigs.

³⁴ Cfr. S. 15-I-76, n.º 1, *Giur. cost.*, cit., 1976, págs. 5 y sigs.

³⁵ S. 10-VII-74, n.º 226, *Giur. cost.*, cit., 1974, págs. 1791 y sigs.

ció otra sentencia de enorme importancia, mucho más discutida por sectores de la doctrina italiana que las anteriores, en la cual se afirma la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que no consientan las instalaciones privadas de difusión radiofónica y televisiva por ondas electromagnéticas con un alcance que no exceda el ámbito local. La sentencia mantiene que la radio-televisión a escala nacional constituye, según los términos del artículo 43 de la Constitución, «un servicio público esencial y de preminentes intereses generales» y que el monopolio del Estado en esa escala se legitima, además, por la limitación de los canales de transmisión. No obstante, según la estimación de la Corte, estos presupuestos no se cumplen en relación a las transmisiones en ámbitos locales, dado el coste «no relevante» de las instalaciones y el número «suficiente» de canales disponibles para las mismas, de forma que la aplicación del monopolio carece, en este caso, de legitimidad constitucional. Los argumentos son similares a los utilizados por la Corte con motivo de las transmisiones por cable, en relación a las cuales no aparece justificada, según añade esta última sentencia, la discriminación legislativa, con violación del principio de igualdad proclamado en el artículo 3.º de la Constitución italiana. Finalmente, la sentencia reconoce que también el ejercicio de la iniciativa privada para la radio-televisión por ondas puede ser disciplinado por el legislador mediante el establecimiento de un régimen de autorizaciones cuya concesión quede vinculada al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) los personales, del titular de la autorización y de sus colaboradores, que sean necesarios para asegurar una gestión correcta y responsable de las autorizaciones; b) los técnicos que se impongan a las instalaciones, especificando la frecuencia y los canales de transmisión que sean utilizables; c) la indicación exacta del ámbito de ejercicio, cuyas dimensiones «locales» deberán fijarse según parámetros razonables de orden geográfico, demográfico y socio-económico que permitan limitar una zona homogénea, sin que, por otra parte, ocasionen restricciones tan excesivas que hagan vano ese ejercicio; d) la eventual fijación de turnos y de limitaciones técnicas, a fin de no turbar el desarrollo normal de los servicios reservados al Estado y de posibilitar la actividad concurrente de los demás sujetos autorizados; e) los límites que se establezcan para los espacios publicitarios, y f) todos los demás que sean precisos para garantizar que el ejercicio del derecho se limite, efectivamente, al ámbito local autorizado y no derive en situaciones de monopolio o de oligopolio³⁶.

A partir de entonces, el Parlamento italiano ha tratado de hallar una nueva fórmula legislativa que reconduzca el sector de la radio y de la televisión a las exigencias y límites impuestos por la Corte Constitucional. Mientras tanto, el país conoce una enorme e indisciplinada proliferación de emisoras privadas, dando lugar a una situación que ya ha sido bautizada popularmente como «televisión a la italiana». Y es que, en efecto, una de las principales conclusiones que cabe extraer de la experiencia italiana es el curso más bien caótico de los acontecimientos a que pueden conducir, en materia de televisión, tanto la ausencia de una regulación legislativa adecuada como la manifiesta inconstitucionalidad de ésta. Bajo supuestos constitucionales como

³⁶ Véase S. 28-VII-76, n.º 202, *Giur. cost.*, cit., 1976, págs. 1267 y sigs.

los italianos, muy semejantes en esta materia a los españoles, no parece, en definitiva, que sea arriesgado establecer una cierta relación causal entre la existencia de una legislación (en buena parte anclada en el régimen fascista anterior) empeñada en el mantenimiento a ultranza del monopolio estatal sobre la televisión, la aparición de conflictos jurídicos y, por último, la confusión babilónica en el sector como consecuencia de una anomia o vacío normativo.

V. LA PRESUNTA «ESENCIALIDAD» DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA TELEVISIÓN

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, no cabe duda que pueden ser menores, como muestra el caso italiano, los problemas planteados por la permisibilidad de las emisoras privadas de televisión y su sometimiento a un régimen de disciplina legislativa que por la afirmación del monopolio estatal y de sus límites, incluso si hacemos abstracción de la evolución futura, que los avances tecnológicos orientarán en el sentido de superar, cada vez más, las actuales limitaciones financieras y técnicas del medio. Según hemos visto anteriormente, no parece que pueda sostenerse que, al amparo de la Constitución española, no sea posible el establecimiento de emisoras privadas de televisión, de manera que el problema fundamental, como ocurrió en Italia, se centrará más bien en torno a la constitucionalidad del monopolio estatal y de su exacto alcance. Retornamos así, provistos ya de los materiales de Derecho comparado más útiles, a la cuestión interpretativa, que había quedado planteada, de precisar el grado en que el artículo 128.2 de nuestra Constitución puede aplicarse en relación al ejercicio, mediante la televisión, de las libertades reconocidas en el artículo 20.

Debe señalarse en este punto que nos encontramos ante un precepto cuyo margen de aplicación está notablemente más recortado que el de su correspondiente en la Constitución italiana. Mientras que en ésta las condiciones que legitiman la reserva mediante ley en favor del sector público quedan enunciadas alternativamente («empresas o categorías de empresa que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o monopolios»), en la Constitución española se reducen y se presentan, además, de forma acumulativa o concurrente («recursos o servicios esenciales, *especialmente* en caso de monopolio»). La consecuencia es que, a tenor de una interpretación literal de la norma, únicamente el carácter «esencial» de un recurso o servicio sería apto para legitimar constitucionalmente la reserva estatal, de manera que ésta no parece posible en caso de monopolios privados que afectasen a servicios «no esenciales»³⁷.

³⁷ En el mismo sentido, O. Alzaga, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, Ed. del Foro, 1978, pág. 784, donde se pone el ejemplo del monopolio del tabaco, como supuesto de reserva al sector público de un servicio «no esencial» y, por consiguiente, inconstitucional. Como añade Alzaga, la cláusula amplia —es decir, la que sólo invoca el «interés general»— que se utiliza en otro pasaje del mismo precepto constitucional, únicamente se refiere a la «intervención de empresas», es un supuesto excepcional y en principio transitorio.

No puede discutirse seriamente la necesidad de respetar cierto margen de discrecionalidad al legislador para la determinación de la «esencialidad» de un servicio, así como de los fines de «interés general» que justifican la intervención estatal. Se trata de conceptos claramente «a-técnicos» cuya aplicación al caso concreto sólo es posible, en última instancia, a partir de valoraciones políticas generales³⁸. Pero lo cierto es que una decisión legislativa o judicial que pretenda justificar el monopolio público de la televisión a partir de la «esencialidad» del servicio acarrea dificultades y peligros notorios. De los mismos ha sido muy consciente la jurisprudencia constitucional italiana, la cual, como hemos visto, nunca se ha arriesgado a afirmar que la legitimidad del monopolio sobre la televisión reposara de modo exclusivo, y ni siquiera preferente, sobre su condición de servicio «esencial». El motivo, evidentemente, reside en el temor a las consecuencias que una afirmación similar hubiera tenido en relación a otros medios de difusión del pensamiento, principalmente la prensa periódica.

En efecto, sólo parece posible atribuir a la televisión la cualidad de «servicio esencial» atendiendo a la enorme influencia y alcance del medio, esto es, a lo que se ha dado en llamar habitualmente «el poder de la televisión». Y hay que reconocer que el argumento es pura tautología en la medida que semejante «poder» deriva, precisamente, de la concentración del servicio en manos públicas y de la escasez y limitaciones de oferta impuestas por el monopolio cuya existencia se trata de justificar. Sin embargo, en el supuesto de una oferta plural y diversa del servicio y de una audiencia diluida sería difícil mantener, por ejemplo, que el «poder» de una emisora local de televisión fuese superior al de algunos periódicos y revistas, los cuales, de seguir el argumento, también deberían ser acreedores a la nota de «esencialidad» y, en consecuencia, a la aplicación sobre los mismos del monopolio público. Y eso sin plantear aquí el problema que supondría extender la comparación al ámbito de otras libertades, como la enseñanza, en relación a las cuales la Constitución española (art. 27.6) reconoce expresamente la libre iniciativa privada, pese a que su ejercicio afecta a servicios notoriamente más «esenciales», incluso en términos de influencia o de poder, que la televisión.

No es extraño, por tanto, que para obviar estas dificultades de un tratamiento normativo y judicial de la televisión diferenciado en relación al de otros medios, la jurisprudencia constitucional italiana haya preferido situar el acento sobre las limitaciones inherentes a la naturaleza del medio televisivo, en cuanto determinantes, en caso de explotación privada, de situaciones de monopolio o de oligopolio. La opción era posible sin esfuerzos interpretativos, gracias a las fórmulas alternativas del artículo 43 de la Constitución italiana. En nuestro caso, estaremos obligados a desbordar lo que sería una interpretación estricta del artículo 128.2, integrando la interpretación de la norma con el conjunto de los principios constitucionales. Así, puede sos-

³⁸ Así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia italiana. Véase, por ejemplo, F. Gabriele, *Riserva a llo Stato a livello nazionale e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere: una coesistenza costituzionalmente compatibile?*, en *Giur. cost.*, cit., 1976, pág. 1500.

tenerse que, a los ojos del legislador, las situaciones de monopolio privado no solamente constituyen una circunstancia que contribuye a reforzar «especialmente» la posibilidad de la reserva estatal en caso de «servicios esenciales», sino que, por sí solas, también pueden determinar la «esencialidad» de un servicio, desde el momento que afectan, y ponen en peligro, el cumplimiento de principios constitucionales básicos como el de igualdad (art. 1.º1), el de libre iniciativa económica (art. 38) o el de respeto a los derechos y libertades de los demás (art. 10.1). Dicho con otras palabras: la reserva estatal en caso de monopolio privado se legitimaría mediante una interpretación que concibiera el artículo 128.2 como un desarrollo del compromiso que, según el artículo 9.º2, «corresponde a los poderes públicos» en el sentido de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del ciudadano y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»³⁹.

El monopolio público sobre la televisión sólo puede afirmarse, pues, frente al riesgo de un monopolio privado y en la medida que este riesgo sea cierto. Pero ello quiere decir, al mismo tiempo, que los límites del monopolio público no podrán extenderse más allá del área en que concurren efectivamente las circunstancias determinantes de la aparición de monopolios privados y que su regulación deberá reunir condiciones tales que aseguren efectivamente que su finalidad sea la de preservar los derechos y libertades reconocidos en el artículo 20 de la Constitución y, en general, los principios constitucionales cuyo cumplimiento pelagra.

VI. LOS LÍMITES DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MONOPOLIO

Habitualmente, según hemos visto, se insiste en que el medio televisivo adolece, por su propia naturaleza, de dos limitaciones que determinan que la libre iniciativa privada en relación al mismo y la igualdad para ejercerla sean ficticias, esto es, no «reales y efectivas». La primera de ellas es de orden técnico y se refiere a la escasez de los canales disponibles para las emisiones. La segunda es de orden económico y alude a los elevados costes financieros que serán necesarios para establecer las emisoras y asegurar su funcionamiento. Sin embargo, es bien sabido que el alcance de ambas limitaciones es muy distinto según sean los sistemas de transmisión que se utilicen y los ámbitos territoriales en los que aquéllas se produzcan⁴⁰. El problema, por tanto, consistirá en precisar en qué medida, teniendo en cuenta estos factores, las con-

³⁹ El Estatuto de la Radio y la Televisión parece seguir esta interpretación cuando, según hemos visto, declara en su exposición de motivos que concibe el servicio público de radiodifusión y televisión como un «medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas».

⁴⁰ Para un desarrollo amplio de la cuestión, véase Ch. Debbasch, *Traité du droit de la radiodiffusion et télévision*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

diciones técnicas y económicas del medio adquieren relevancia suficiente para asegurar la legitimidad constitucional del monopolio público⁴¹.

Parece evidente que las limitaciones propias de la televisión se manifiestan del modo más agudo posible cuando se trata de una programación emitida a escala nacional por medio de ondas electromagnéticas. Los costes económicos no pueden ser mayores ni menor el número de bandas disponibles para la emisión. Es el caso, en definitiva, en que la legitimidad constitucional del monopolio público estará apoyada sobre bases más firmes, siempre que, por otra parte, su ley constitutiva reúna asimismo los requisitos de control y de organización interna a que ya nos hemos referido.

Las exigencias de satisfacer necesidades de distinta índole —informativas, culturales, educativas, recreativas—, así como las de un régimen descentralizado que acomode el funcionamiento de la televisión a la nueva estructura territorial del Estado articulada en Comunidades Autónomas, justifican que se disponga la reserva de más de un canal de transmisión para el ejercicio del monopolio público, aunque ello ha de hacerse en la misma ley que establece el monopolio. Sin embargo, una vez cubiertas esas necesidades, resulta que varios canales permanecen desocupados. Así, en el Estatuto de la Radio y la Televisión únicamente se contempla la reserva estatal de dos canales y de uno más destinado a las Comunidades Autónomas (dispo. trans. cuarta).

En esta situación, los motivos para impedir que los canales «vacíos» puedan ser utilizados libremente por entidades privadas son todavía más poderosos, pues la existencia previa del monopolio público habrá reducido aún más el margen inicial para el libre ejercicio de la iniciativa privada. Pero como, por otra parte, difícilmente puede justificarse que un recurso, soporte de un servicio público, permanezca en buena medida desaprovechado, cuando existen grupos sociales con capacidad suficiente para su explotación e interesados en ella, parece obligado que la ley llegue también a contemplar la posibilidad de aplicar una fórmula que haga compatible el mantenimiento del principio de monopolio estatal sobre el sector y la participación en éste de aquellos grupos. Y no parece que semejante fórmula pueda consistir más que en alguna variedad de las técnicas de la concesión administrativa otorgada a partir de la titularidad pública previa, de las que el Derecho comparado en materia de televisión ofrece una buena muestra en el régimen de la Independent Broadcasting Authority del Reino Unido⁴².

No obstante, es sabido que, a causa del escaso alcance de los centros emisores de televisión, aunque el número de canales disponibles sea fijo, sus posibilidades de uso se multiplican a medida que éste se circunscribe a zonas territoriales menores, disminuyendo, al mismo tiempo, el coste de las instala-

⁴¹ Este problema se analizará aquí solamente sobre la base de los sistemas actuales de transmisión y se prescindirá de aquellos (por ejemplo, los satélites de distribución directa) cuyo empleo parece, al menos en España, pertenecer al futuro, aunque su toma en consideración no haría sino reforzar las conclusiones del presente artículo.

⁴² Sobre este ejemplo, véase T. de la Quadra-Salcedo, *El servicio público de televisión*, op. cit., págs. 128-133. Un relato lleno de interés del proceso político que desembocó en la ruptura del monopolio de la BBC puede encontrarse en A. Sampson, *Anatomía de la Gran Bretaña*, Madrid, Tecnos, 1971, págs. 633-653.

ciones y de su explotación. Así, se alcanza un punto (la exacta determinación del mismo es ajena a un análisis jurídico) en que las limitaciones técnicas y económicas son similares, e incluso inferiores, a las que afectan a otros medios de difusión en el mismo ámbito y en relación a los cuales se reconoce abiertamente el derecho a la libre iniciativa privada⁴³. De esta manera tendrá que convenirse que la extensión del monopolio público encuentra en ciertos ámbitos territoriales un límite a su constitucionalidad o, lo que es lo mismo, que existe un límite territorial por debajo del cual no cabe impedir la libre iniciativa de entidades privadas ni someter su ejercicio a un régimen concesional. Lo que sí podría establecerse legalmente es que el sistema de concesiones para la prestación del servicio a escala nacional (y, en su caso a escala de las Comunidades Autónomas, si tenemos en cuenta que la gestión del monopolio estatal bien puede corresponder a éstas en su ámbito territorial en aplicación del apartado 27 del artículo 149.1 de la Constitución) ceda el paso o se articule a otro de licencias o autorizaciones⁴⁴ que configure el ámbito y los requisitos de explotación de las emisoras en escalas territoriales inferiores y cuyo otorgamiento no sea discrecional, sino vinculado al cumplimiento de condiciones objetivas que deriven directamente de principios constitucionales, del mismo tipo, por ejemplo, de los que ha dispuesto, según vimos, la jurisprudencia constitucional italiana o de los que inspiran el régimen y las decisiones de la Federal Communications Commission en Estados Unidos⁴⁵. La legitimidad constitucional de un sistema similar quedaría reforzada, en el caso español, por la referencia a la Convención europea de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que, una vez ratificada por España, es de los textos de conformidad con los cuales deberán interpretarse, según el artículo 10.2 de la Constitución, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades», y cuyo artículo 10.1 dispone que el derecho a la libertad de expresión «no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa». Y nótese que la fórmula utilizada implica ya un cierto reconocimiento del derecho a la creación de tales empresas⁴⁶.

⁴³ Para emisiones por ondas en su mismo ámbito local, técnicamente hay espacio posible para algo más de treinta canales. Por otra parte, según parece, un equipo de diez kilowatios, suficiente para cubrir una ciudad como Madrid cuesta alrededor de diez millones de pesetas. Si se añade el costo de unos estudios «perfectamente instalados», bastarían unos cincuenta millones de pesetas para una emisora de alcance local (cfr. F. Bayón, *La ocupación de las ondas/1. El día en que se rompió el monopolio*, en *El País*, 28 de noviembre de 1978, pág. 31).

⁴⁴ Sobre las diferencias entre la técnica autorizatoria y la técnica concesional, véase E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, op. cit., págs. 119-145.

⁴⁵ Sobre el sistema de licencias en Estados Unidos, véase T. F. Baddwin, *Broadcasting in the United States: new dimensions in the concept of public interest*, en *Il diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*, n.º 3, 1970, págs. 573 y sigs.

⁴⁶ La ratificación por España del Convenio de 4 de octubre de 1979 incluía dos reservas y dos declaraciones interpretativas, y precisamente, en virtud de una de estas últimas, España declara que interpreta «la disposición de la última frase del párrafo 1.º del artículo 10 como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en

Todo este planteamiento legitimador del monopolio público en lo que se refiere a la televisión por ondas solamente podrá aplicarse, *mutatis mutandis*, a los sistemas de transmisión por cable en la medida que las limitaciones de orden económico sigan siendo válidas en relación a los mismos. La cable-difusión, cuya explotación todavía no se ha llevado a cabo en España⁴⁷, aunque ya sea una realidad en otros países, se caracteriza, en efecto, por haber superado las restricciones técnicas que, en el caso de la transmisión por ondas, derivaban de la escasez de bandas disponibles⁴⁸. Así se explica que, ante esta innovación tecnológica, incluso los sectores de la doctrina más partidarios del monopolio estatal sobre la televisión, hayan comenzado a reconocer la necesidad de «replantear» los fundamentos jurídicos de su legitimidad⁴⁹.

Hay que tener en cuenta, además, que, en el caso de la televisión por cable, la capacidad de penetración de una emisora en el domicilio del usuario permanecerá más supeditada a la voluntad de éste y no dependerá solamente de la simple posesión de un aparato receptor, pues las transmisiones por cable, a diferencia de las que tienen lugar por medio de ondas, requieren, para su recepción, que el usuario haya decidido previamente contratar la prestación del servicio a cambio del pago de un canon. La actividad de las emisoras se ejercerá así a partir de una relación notablemente más singularizada y voluntaria que quizá pudiera acogerse, según ha indicado algún autor, al amparo no sólo de la libertad de expresión, sino también del principio de inviolabilidad de las comunicaciones privadas⁵⁰.

La cabledifusión es, en definitiva, el sistema gracias al cual parece afirmarse en mayor medida la posibilidad de establecer regímenes tendencial y sustancialmente análogos para la televisión y para otros medios informativos, como la prensa, y en el que la necesidad de reconocer la libre iniciativa privada y de recortar la legitimidad del monopolio público se manifiesta con mayor fundamento. Se explica, por todo ello, que la Corte Constitucional italiana haya pronunciado la inconstitucionalidad del monopolio estatal, en

España» (cfr. «Boletín Oficial del Estado», de 10 de octubre de 1979, que contiene el instrumento de ratificación). Parece, no obstante, que la validez de esta declaración, en cuanto afecta al ordenamiento interno, deberá ser apreciada, en última instancia, por «el intérprete supremo de la Constitución», esto es, por el Tribunal Constitucional, aunque la complejidad del problema excede con mucho los límites del presente artículo.

⁴⁷ Bajo el suelo de Madrid y Barcelona existe una red de televisión por cable que cubre un total de 16 kilómetros cuadrados y cuya instalación costó más de 20.000 millones de pesetas. Esta red suministra once canales a cada una de las dos capitales, aunque podían haber sido mucho más por un costo no muy superior (cfr. F. Bayón, *La ocupación de las ondas/1. El día que se rompió el monopolio*, art. cit.). La red tenía que haber entrado en funcionamiento en agosto de 1973, según contratos firmados un año antes entre la Dirección General de Radio y Televisión, la Compañía Telefónica Nacional y su filial COESA, encargada de comercializar su explotación (cfr. *El futuro de la televisión por cable*, en *El País*, 25 de marzo de 1980, pág. 41).

⁴⁸ Puede dar una idea aproximada de las posibilidades de la televisión por cable la noticia reciente de que una empresa norteamericana anuncia la fabricación de un sistema que puede proporcionar ciento veinticinco canales de transmisión por cable en cualquier localidad (cfr. *ibid.*).

⁴⁹ Así, por ejemplo, G. Peces-Barba y otros, *Sobre las libertades políticas en el Estado español*, op. cit., pág. 66.

⁵⁰ Véase F. Gabriele, *Riserva allo Stato...*, loc. cit., pág. 1493.

relación a las emisiones de ámbito local, dos años antes para la televisión por cable que para la televisión por ondas. Y resulta sorprendente que los autores de nuestro Estatuto de la Radio y Televisión no hayan sentido la necesidad de proceder a una regulación específica de ese sistema de transmisión.

VII: A MODO DE CONCLUSION:
LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTATUTO

Si la regulación que contiene el Estatuto de la Radio y la Televisión es enfocada a la luz de los criterios que hemos tratado de perfilar a propósito de la legitimidad constitucional de un monopolio público sobre la televisión, parece que no debe dudarse en afirmar la inconstitucionalidad del carácter ilimitado que el monopolio del Estado adquiere en dicho Estatuto.

De la combinación de los artículos 20 y 38 de la Constitución, y a tenor no sólo de la letra de ambos preceptos, sino también de la interpretación que dieron de ellos sus autores, resulta, en primer término, que la creación y el funcionamiento de emisoras privadas de televisión en España puede configurarse como un derecho público subjetivo que se encuentra constitucionalmente reconocido. Su ejercicio podría ser objeto, en los términos de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución, de una regulación legislativa en virtud de la cual se establezca un régimen de licencias o autorizaciones administrativas, pero la inexistencia de semejante régimen legal no puede interpretarse como un impedimento jurídico para la inmediata eficacia del derecho⁵¹.

Frente a este derecho, la interpretación más favorable a la posibilidad de que el Estado imponga su monopolio sobre la televisión consiste en afirmar que limitaciones inherentes a la naturaleza del medio televisivo generan un riesgo de situaciones monopolistas privadas y que este riesgo determina la «esencialidad» del servicio desde el momento que afecta al cumplimiento de principios constitucionales básicos. El monopolio público sobre la televisión queda legitimado, de esta forma, frente al peligro de un monopolio privado, pero solamente en la medida que semejante peligro fuera cierto. No se justifica, por tanto, que la extensión de la reserva estatal exceda el área en que concurren efectivamente las dos limitaciones, una de orden técnico y otra de orden económico, que dan lugar a la aparición de monopolios privados en el sector. Y, a reserva de lo que pueda precisarse mediante los correspondientes estudios técnicos, no parece, en principio, que ambas limitaciones adquieran hoy relevancia suficiente (en comparación a otros medios informativos) para legitimar la reserva estatal más que en el caso de una red a escala nacional mediante ondas hertzianas, y también, por lo que se refiere únicamente a las limitaciones financieras, en supuesto de una red nacional de cabledifusión. De esta manera, podría acordarse que el Estatuto ofrece, en el mejor

⁵¹ Sobre el carácter inmediatamente operativo y vinculante, sin necesidad de un desarrollo legislativo ulterior, de este tipo de derechos fundamentales que la Constitución reconoce, véanse F. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del Derecho*, en *loc. cit.*, págs. 64 y sigs., y E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, op. cit., págs. 102 y sigs.

de los casos, una cobertura legal válida al monopolio que el Estado ejerce sobre la televisión de alcance nacional. Y, aun para ello, surgen las dudas de si tiene rango normativo suficiente, pues no estamos ante una ley orgánica como resultaba obligado, y de si no debiera haberse contemplado, dentro de ese área reservada al monopolio estatal, alguna fórmula de aplicación de técnicas concesionales, con objeto de que bienes de dominio público, como son las bandas de transmisión, reciban un mayor aprovechamiento recurriendo a los grupos sociales.

En cualquier caso, para cualquier sistema de emisión, y en ámbitos territoriales inferiores, no se encuentran en el Estatuto restricciones o límites constitucionalmente válidos para el caso que decida ejercerse el derecho, cuyos caracteres hemos definido anteriormente, a la libre creación de entidades emisoras. Ello significa que una eventual iniciativa privada en el sector no tropieza con el límite de una reserva estatal legítima desde una perspectiva constitucional, pero tampoco encuentra una regulación legislativa adecuada para disciplinar y garantizar su ejercicio, de acuerdo con las condiciones técnicas del medio y las exigencias constitucionales.

Es preciso reconocer que esta situación jurídica reviste una gravedad que sería difícil exagerar y arriesgado ignorar. Ante la iniciativa privada, los poderes públicos carecen de habilitación suficiente para otro comportamiento que no sea la pasividad, la cual, si se pretendiera mantener a ultranza el actual monopolio, al amparo del Estatuto, acabará, probablemente, siendo impuesta por vía judicial. En esta situación, no parece ofrecerse más recurso que la aplicación y el desarrollo urgente de los preceptos constitucionales correspondientes, es decir, una acción legisladora que establezca un nuevo régimen para la televisión —pública y privada—, ajustándose a los criterios de constitucionalidad vigentes sobre la materia, que se han pretendido deducir en el presente artículo.