

LA REGULACION LEGAL DE LA TELEVISION PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

FERNANDO SAINZ MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FORMACIÓN DEL MONOPOLIO DE LA TELEVISIÓN EN ITALIA Y SU REFORMA POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *Evolución legislativa*. 2. *Doctrina del Tribunal Constitucional*: A) Sentencia de 6 de julio de 1980, número 59. B) Sentencia de 9 de julio de 1974, núm. 225. C) Sentencia de 9 de julio de 1974, núm. 228. D) Sentencia de 28 de julio de 1976, núm. 202. 3. *Situación actual*.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA FEDERAL: 1. *Precedentes*: A) Sentencia de 28 de febrero de 1961. B) Sentencia de 27 de julio de 1971. C) Recapitulación. 2. *La sentencia de 16 de junio de 1981*: A) La cuestión debatida. B) Máximas jurisprudenciales. C) Fundamentos. D) Recapitulación.—IV. EL MONOPOLIO DE LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA: 1. *Formación del monopolio de la televisión hasta la Constitución de 1978*: A) Evolución legislativa. B) Recapitulación. 2. *La Constitución de 1978*: A) Introducción. B) La inconstitucionalidad del monopolio de la televisión. C) Regulación por ley de la televisión privada.

I. INTRODUCCION

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de junio de 1981 sobre la radiodifusión de sonidos e imágenes por emisoras privadas tiene la mayor actualidad. Las cuestiones que la sentencia examina (¿televisión pública o privada?, ¿regulación de la televisión privada por Ley o por decreto?, ¿organización puramente empresarial u organización democrática de las emisoras privadas?) son, precisamente, las que están planteadas hoy en España después de entrar en vigor la Constitución de 1978.

Esta sentencia se produce, por otra parte, tras una serie de decisiones del propio Tribunal alemán y de otros Tribunales Constitucionales que han ido acotando los problemas y dando soluciones que pretenden ser adecuadas a los presupuestos «técnicos» y «jurídicos»

del medio. La evolución de la jurisprudencia, en efecto, se justifica en las propias sentencias invocando el progreso técnico experimentado por este medio y la paulatina desaparición de sus límites iniciales. Pero esta última sentencia intenta establecer ciertos principios que deben regir la regulación de la radiodifusión aun en el supuesto de que desaparezcan las limitaciones técnicas iniciales.

Para nosotros tiene especial interés la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Italia y de Alemania, cuyas Constituciones han ejercido en la nuestra una influencia tan decisiva. La semejanza en los planteamientos constitucionales y, por tanto, en los problemas que esos planteamientos suscitan acrecienta el interés por esa jurisprudencia, que puede, quizá, aclarar alguna de las cuestiones que hoy se debaten en España y a las que se dedica la última parte de este comentario. Así, por ejemplo, las dos cuestiones en que está centrada la polémica actual: la reserva en favor del Estado de la radiodifusión y la televisión como «servicios públicos esenciales», y la naturaleza de la norma que, en su caso, debe regular la televisión privada (ley o decreto) tienen en nuestra Constitución un tratamiento que procede, en el primer caso, de la Constitución italiana (art. 43 de la Constitución italiana y art. 128 de la Constitución española), y en el segundo, de la Constitución alemana (art. 19 de la Constitución alemana y art. 53 de la Constitución española).

No se incluyen, en cambio, las decisiones del Consejo Constitucional francés (1) ni las del Tribunal Constitucional de Austria (2), más alejadas del tratamiento que nuestra Constitución da a estos temas.

(1) El Consejo Constitucional francés en su decisión de 27 de julio de 1978, sobre el monopolio de la radio y de la televisión (publicada en *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1979, pp. 439 y ss.), declaró que no podía entrar a juzgar la constitucionalidad de las leyes que establecen y protegen el monopolio porque, de acuerdo con el artículo 61 de la Constitución, su competencia está limitada al examen de las leyes antes de su promulgación. Y tampoco puede juzgar las leyes que desarrollen las anteriores siempre que estas últimas se hayan dictado *dans le même esprit*.

Una decisión de 25 de julio de 1979 declaró parcialmente inconstitucional la «ley sobre el derecho de huelga en la radio y la televisión». Aunque esta decisión no se refiere directamente al problema del monopolio, tiene interés en la materia en cuanto se refiere al servicio público de la radio y la televisión.

(2) El Tribunal Constitucional de Austria se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la «ley de creación y funciones de la radiodifusión austriaca», de 10 de julio de 1974, que transformó la sociedad de responsabilidad limitada Radiodifusión de Austria en un organismo autónomo de derecho público (*Erkenntnis* de 23 de marzo de 1976, en problema de si existe o no una expropiación), y antes sobre la constitucionalidad de la «ley de garantía e independencia de la radiodifusión» de 1974 (*Erkenntnis* de 27 de junio de 1975, que declaró que el «estatuto de redacción» es un pacto de empresa constitucionalmente lícito).

Aunque es evidente que la polémica sobre el monopolio de la televisión tiene un marcado carácter político y es en gran medida reflejo de la lucha por el poder que la utilización de este medio proporciona a quien lo detenta (3), parece posible, sin embargo, obtener algunas consecuencias jurídicas de los preceptos constitucionales que permiten llegar a una solución de esta naturaleza en materia hoy tan discutida.

II. FORMACION DEL MONOPOLIO DE LA TELEVISION EN ITALIA Y SU REFORMA POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Evolución legislativa

La evolución legislativa que en Italia ha conducido a la vigente Ley de 14 de abril de 1975 se inicia a comienzos de siglo por una ley de 30 de junio de 1910 (4), que estableció la reserva a favor del Estado del «establecimiento y ejercicio de empresas radiotelegráficas y radiotelefónicas y, en general, de todas aquellas en las cuales, bien en el territorio del Estado o en el de las colonias, bien en tierra o en una nave, se utilice energía con la finalidad de obtener efectos a distancia sin usar conductores» (art. 1.º de la Ley de 30 de junio de 1910). La actividad radiofónica se inicia lentamente y sólo a partir de los años veinte adquiere cierta importancia. Es entonces cuando el gobierno italiano concede en exclusiva el servicio a favor de una sociedad denominada URI («Unione Radiofonica Italiana») por Real Decreto de 14 de diciembre de 1924, sociedad transformada después, en el año 1927, en EIAR («Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche»).

A partir de ese momento se inicia una compleja normativa cuya evolución no tiene interés describir ahora (5) y que tras el intento de racionalización de la Ley de 12 de abril de 1933 se incorporan a un texto único «Codice postale» de 27 de febrero de 1936. El artículo 1.º

(3) «La clase política considera la televisión como un medio a controlar o a conquistar (SYLVIE BLUM, «Télévision et libéralisme», en *Pouvoirs*, núm. 9, 1979, página 131).

(4) La primera ley española es de 26 de octubre de 1910. Véase más adelante, epígrafe IV de este comentario.

(5) Una recopilación de estas disposiciones puede verse en el volumen de documentación sobre *La norme sulla radiodiffusione*, preparado por la Camera dei Deputati, Roma, 1970, y en el volumen preparado sobre el mismo tema por la Asamblea Nacional Francesa, *Notes et Etudes Documentaires*, dedicado a Italia, París, 1970 (núms. 4.251, 4.252 y 4.253), así como en ZACCARIA, *Radiotelevisione e costituzione*, Milán, 1977, pp. 19 y ss.

del «Codice postale» mantiene la exclusiva del Estado en relación con todos los servicios de telecomunicación (telegráfica, telefónica, radio-eléctrica y óptica).

Después de la Segunda Guerra Mundial la Constitución de 27 de diciembre de 1947 dedica un artículo a la libertad de expresión en el que sin mencionar expresamente a la radiodifusión de sonidos e imágenes hace, sin embargo, una referencia genérica a cualesquiera medios de difusión (artículo 21: *Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola lo scritto e ogni mezzo di diffusione*). Ello fue debido a que la Asamblea Constituyente, al redactar este artículo, tuvo en cuenta casi exclusivamente los problemas de la prensa (6). La regulación del servicio público de la televisión se encomendó entonces a una Commissione Parlamentare de Vigilanza sulla Radiodiffusione creada por Decreto de 5 de abril de 1974. Este precepto mantuvo a favor del Estado la reserva del monopolio de la televisión, monopolio que aunque muy discutido fue declarado válido por una sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de julio de 1960 (7).

En el año 1970 la aprobación de los Estatutos de las Regiones introdujo un problema nuevo en la cuestión de la reserva a favor del Estado de la actividad televisiva. La polémica a que esto dio lugar (8) se resolvió manteniendo la exclusiva a favor del Estado, pero introduciendo cierta descentralización regional (9).

Dos nuevas sentencias sobre la materia dicta el Tribunal Constitucional en 1974 (números 225 y 226, de 10 de julio de 1974), en las que introdujo importantes limitaciones a la extensión del monopolio estatal.

Y así se llega a la aprobación por el Parlamento de la *Ley de 14 de abril de 1975*, núm. 103 (*Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*), cuyo artículo 1.º establecía la reserva a favor (10)

(6) Sobre debates producidos durante la elaboración de este precepto puede consultarse *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Secretariato Generale, Roma, 1970.

(7) Sobre el contenido de esta primera sentencia en materia de televisión, véase más adelante, apartado 2, A).

(8) Véase ZACCARIA, *ob. cit.*, pp. 58 y ss.

(9) Artículos 1.º y 5.º de la Ley de 14 de abril de 1975.

(10) El artículo 1.º de la Ley de 14 de abril de 1975, antes de su modificación como consecuencia de la sentencia de 28 de julio de 1976, decía así:

«1. La diffusione circolare di programmi, radiofonici via etere o, su scala nazionale, via filo e di programmi televisivi via etere o, su scala nazionale, vi acavo e conqualsiasi altro mezzo costituisce, al sensi dell'articolo 43 della Costituzione, un servizio pubblico essenziale ed a carattere di preminente interesse generale, in

del Estado de este servicio público esencial y regulaba la composición de la Comisión ya creada por el Decreto de 3 de abril de 1947 para la vigilancia de la actividad televisiva, aunque dándole otra denominación (*Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi*).

Según el artículo 2.º de esta ley la reserva se extiende a:

— La instalación y la actividad técnica de los medios destinados a la difusión radiofónica y televisiva, con excepción de los repetidores privados, vía éter, de programas televisivos y radiofónicos extranjeros y nacionales, cuya instalación y utilización se regulan en el título 3.º de la Ley;

— La transmisión, mediante las instalaciones antes indicadas, de programas de cualquier naturaleza en el interior del país y en el extranjero.

Estos preceptos fueron modificados parcialmente por la *Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1976, de 28 de julio de 1976*, que declaró inconstitucional aquella parte de los mismos que extiende el monopolio estatal a las emisoras de difusión radiofónica y televisiva, vía éter, cuyo alcance no exceda el ámbito local.

Así, pues, en la regulación de la televisión italiana ha tenido una influencia decisiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Veamos cuál es su contenido y el sentido de su evolución.

2. Doctrina del Tribunal Constitucional italiano

De las sentencias que el Tribunal Constitucional italiano ha dictado en relación con la televisión, nos interesa examinar, exclusivamente, aquellas que se refieren al problema del monopolio estatal. Se trata de las sentencias número 59 de 1960, números 225 y 226 de 1974, y número 202 de 1976. La primera de ellas (núm. 59 de 1960) reconoce la constitucionalidad del monopolio estatal, dada la limitación de canales utilizables y el alto costo de las instalaciones, todo lo cual provoca el

quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione. Il servizio e pertanto riservato allo Stato.

L'indipendenza, l'obiettività e l'apertura alle diverse tendenze politiche, sociali e culturali, nel rispetto delle libertà garantite della Costituzione, sono principi fondamentali della disciplina del servizio pubblico radiotelevisivo.

carácter oligopolista (monopolista en el sentido del artículo 43 de la Constitución) de esta actividad. Las dos sentencias siguientes, números 225 y 226 de 1974, partiendo de la misma argumentación que la anterior, mantienen que es inconstitucional el monopolio del Estado en relación con las emisoras vía cable de ámbito local y en relación con los repetidores de emisoras extranjeras, por no darse, en estos casos, una situación de oligopolio. Por último, la sentencia número 202, de 1976, declara la inconstitucionalidad del monopolio estatal en relación con las emisoras de televisión vía éter de ámbito local.

Cada una de estas sentencias ha ido perfilando distintas interpretaciones del texto constitucional a medida que el progreso técnico ha ido eliminando los límites iniciales del uso de este medio de difusión.

A) Sentencia número 59, de 6 de julio de 1960

La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Italiana, número 59/1960, de 6 de julio de 1960, resolvió acumulativamente dos cuestiones de constitucionalidad planteadas: la primera, en relación con una resolución del Consejo de Estado italiano de 15 de julio de 1959, que desestimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad «Il Tempo-TV» contra la denegación por el Ministerio de Correos y Telecomunicación de una concesión para instalar una emisora de radiodifusión televisiva; y, la segunda, en relación con la decisión de un juez instructor del Tribunal de Milán, que admitió como relevante una cuestión de constitucionalidad planteada en un proceso penal. En ambos casos el fondo del asunto es el mismo: se trataba de determinar si los artículos 1 y 168, número 5 del Código Postal, aprobado por Real Decreto de 27 de febrero de 1936, respetan lo dispuesto por los artículos 21, 33, 41 y 43 de la Constitución italiana. El objeto del recurso se reducía a examinar la legitimidad constitucional de estos preceptos, pero sólo en la parte en que establecían la reserva al Estado de los servicios de televisión emitida por medio de ondas radioeléctricas, y excluía la posibilidad de establecer y ejercitar esa actividad por particulares si no se había obtenido la concesión del Estado.

Sobre tal cuestión el Tribunal declara que, dada la limitación de canales utilizables, la televisión por medio de ondas radioeléctricas (radiotelevisión), se caracteriza como una actividad predestinada, en régimen de libre iniciativa, al oligopolio total u oligopolio local, según que el servicio se realice a escala nacional o a escala local. Incluyéndose así en la categoría de las empresas que se encuentran en «situación de monopolio» en el sentido del artículo 43 de la Constitución,

precepto que admite, siempre que no se opongan a ello otros preceptos constitucionales que se sustraigan a la libre iniciativa privada.

No parece arbitrario —continúa la sentencia— que el legislador atribuya a la difusión radiotelevisiva el carácter de actividad de «preeminente interés general», a los efectos de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución. Está fuera de discusión, en efecto, la enorme importancia que en la actual fase de nuestra civilización tienen los intereses que la televisión tiende a satisfacer (información, cultura, diversión). Coadyuva a ello el hecho de que la limitación de los canales utilizables conduciría a que, si éstos no se reservan al Estado o a un ente estatal, quedarían a merced de uno o de pocos sujetos, previsiblemente servidores de intereses particulares, por lo que no puede considerarse arbitrario el reconocimiento de la existencia de razones de utilidad general, idóneas para justificar, en el sentido del artículo 43, la reserva al Estado, en exclusiva, del servicio, dado que éste, institucionalmente, puede ejercerlo en condiciones más favorables de objetividad, de imparcialidad, de plenitud y de continuidad en todo el territorio nacional.

Por todo lo cual el Tribunal concluye que la reserva a favor del Estado del servicio de radiotelevisión y la posibilidad de su ejercicio mediante concesión está dentro de lo previsto en los artículos 41 y 43 de la Constitución.

A continuación se examina si esa reserva infringe los artículos 21 y 33. La sentencia comienza precisando que, realmente, la cuestión hay que centrarla sólo en la posible infracción del artículo 21 y ello por lo siguiente: La controversia gira en torno, no tanto a la libertad de concebir y manifestar ideas y de dar expresión a la ciencia y al arte como en relación a la libertad de poder utilizar todos los medios posibles de difusión. Por ello, la norma constitucional a la que hay que referirse necesariamente es el párrafo 1.º del artículo 21, según el cual todos tienen derecho de valerse para manifestar su propio pensamiento, además de la palabra y de la escritura, también de «todo otro medio de difusión». En cambio, está claro que de los medios de difusión no se ocupa el artículo 33 (10 bis) de la Constitución, razón por la cual el debate queda centrado, como se ha dicho, en torno al artículo 21.

Pues bien, en relación con el artículo 21, el Tribunal Constitucional declara en esta primera sentencia que la reserva en favor del Estado

(10 bis) El artículo 33, 1, de la Constitución italiana dice:

«Son libres el arte y la ciencia, y será libre su enseñanza.»

de los servicios de radiotelevisión —con la consiguiente posibilidad de otorgamiento de los mismos mediante concesión— no entra en colisión con la Constitución. Es cierto que el artículo 21 reconoce a todos la posibilidad de difundir el pensamiento (y no sólo, naturalmente, el pensamiento original del que lo manifiesta) por cualquier medio, pero ya se ha advertido que, por razones inherentes a las peculiaridades del medio televisivo, resulta que cualquiera que lo desee y no tenga capacidad financiera no está en situación de instalar una emisora de radiotelevisión en régimen de libertad de iniciativa, razón por la cual este medio sería un privilegio de pocos.

Partiendo de este presupuesto, el Tribunal Constitucional advierte que para resolver el problema del respeto por la legislación del artículo 21, 1, de la Constitución no es indispensable examinar la cuestión de si, como regla general, es compatible este precepto con la reserva a favor del Estado de cualquier medio de difusión del pensamiento. Para el Tribunal es suficiente, en efecto, demostrar que no choca con el precepto constitucional indicado la reserva a favor del Estado de aquellos medios de difusión del pensamiento que, en régimen de libertad de iniciativa, han dado lugar o vayan a dar lugar, normalmente, a situaciones de monopolio o, lo que es lo mismo, de oligopolio. Y ello queda demostrado si se tiene en cuenta que el Estado monopolista se encuentra institucionalmente en las condiciones de objetividad e imparcialidad más favorables para superar las dificultades que nacen de la limitación del medio, puestas en relación con el precepto constitucional, que quiere asegurar la posibilidad de difundir el pensamiento «por cualquier medio».

De todo lo cual se deduce que el Estado monopolista de un servicio destinado a la difusión del pensamiento tiene la obligación de asegurar, en condiciones de imparcialidad y objetividad, la posibilidad potencial de que cualquier interesado pueda disponer de ese medio de difusión.

B) *Sentencia número 225, de 9 de julio de 1974*

La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Italiana número 225/1974, de 10 de julio, resuelve por acumulación las cuestiones de constitucionalidad planteadas en relación a 16 procedimientos penales incoados entre mayo de 1971 y junio de 1973, en los cuales se planteaba la cuestión de la legitimidad constitucional (art. 21 de la Constitución) de la reserva en exclusiva a favor del Estado de los servicios de telecomunicación. Los procedimientos penales versaban,

por lo general, sobre la posesión no declarada y el uso privado de aparatos radiotransmisores sin haber obtenido, previamente, una concesión para ello y, en algunos casos, de la instalación de repetidores con la intención de poder recibir programas televisivos suizos y yugoslavos.

Los recurrentes comienzan recordando que la anterior sentencia número 59, de 1960, al resolver la cuestión constitucional de la reserva a favor del Estado de los servicios de radiodifusión y televisión emitidos por medio de ondas electromagnéticas, partía de un presupuesto fáctico esencial, a saber, la limitación de los canales de transmisión. Pero los recurrentes mantienen que tal presupuesto ha sido superado por la ciencia y la técnica de la radiodifusión. La existencia de amplias bandas de frecuencia, los modernos métodos de transmisión por multicanales y el sistema de emisiones por un mismo canal desde estaciones lejanas que no producen interferencias, hacen prácticamente ilimitada la posibilidad de transmisiones televisivas. Los recurrentes añaden que la sentencia de 1960 utilizó el concepto de oligopolio asimilándolo a la situación de monopolio en el sentido del artículo 43 de la Constitución, asimilación que parece inaceptable: La reserva a favor del Estado, con la consiguiente eliminación de las emisoras privadas sólo se justifica cuando produce un beneficio para la colectividad, pero resulta que aquí ocurre lo contrario, pues el monopolio —que consiente que el Estado deje inutilizada buena parte de las frecuencias— produce un estrangulamiento de la actividad en colisión con la utilidad general a que hace referencia el artículo 43 de la Constitución. Es mucho más fácil además difundir noticias parciales y no objetivas en régimen de monopolio cuando falta la confrontación dentro del mismo medio de difusión.

El Tribunal, no obstante, estima que todavía subsisten las razones justificativas de la reserva a favor del Estado de los servicios de radiotelevisión transmitidos por medio de ondas electromagnéticas, de manera que en el momento en que dicta la sentencia no se produce violación de los artículos 21, 41 y 43 de la Constitución. Ahora bien, cuestiones distintas son las de si el monopolio resulta constitucionalmente justificado en toda su amplitud actual, así como la de las garantías idóneas para asegurar que su ejercicio se dirija efectivamente a conseguir los fines de utilidad general que lo justifican.

En relación con la primera cuestión (amplitud del monopolio), el Tribunal estima que no puede extenderse a actividades relacionadas con repetidores de estaciones extranjeras que no operan sobre los canales estatales. Es evidente —dice el Tribunal— que en esta acti-

vidad la exclusiva estatal entorpece la libre circulación de las ideas, ciativa privada, y b) porque puede ser sometida esta actividad a una disciplina que garantice el cumplimiento de los fines en consideración a los cuales la Constitución la consiente. Por tanto, la sentencia declara la ilegitimidad constitucional del artículo 1.º del Decreto legislativo de 29 de marzo de 1973 en la parte en que reserva al Estado la instalación y el uso de redes locales de televisión vía cable; del artículo 183 del mencionado Decreto, que prohíbe la instalación y el ejercicio de tales redes sin haber obtenido previamente la correspondiente concesión, y del artículo 195 en la parte que sanciona penalmente la instalación y uso de las redes sin previa concesión.

D) *Sentencia número 202, de 28 de julio de 1976*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Italiana número 202/1976, de 28 de julio, resuelve, por acumulación, las cuestiones de constitucionalidad planteadas en 16 juicios penales que tratan sustancialmente de la misma cuestión: *la legitimidad constitucional del monopolio del ejercicio de actividades radiofónicas y televisivas vía éter a escala local*. En todas ellas se trata de aplicar los principios declarados en la sentencia del Tribunal Constitucional número 226/1974, en relación con las transmisiones de televisión vía cable. No se discute, pues, la legitimidad constitucional de las transmisiones de televisión y radiofónicas vía éter a escala nacional.

La norma cuya legitimidad constitucional se discute ahora es el artículo 1.º de la *Ley de 14 de abril de 1975*, sobre «nuevas normas en materia de difusión radiofónica y televisiva», en virtud del cual constituye un servicio público esencial de preeminente interés general la difusión de programas radiofónicos vía éter—o, a escala nacional, vía hilo—o, a escala nacional, vía cable (11).

La sentencia comienza el examen del fondo del asunto advirtiendo que en este proceso no se ha planteado la cuestión de la legitimidad constitucional del monopolio estatal de las transmisiones radiofónicas o televisivas a escala nacional. La violación de la Constitución que en este proceso se ha denunciado se refiere a la existencia del monopolio a escala local. El presupuesto de tal monopolio consiste en la limitación de las frecuencias utilizables. Pero este presupuesto ya no se da a escala local, como es razonable deducir de los conocimientos técnicos y de la experiencia que ya se poseen.

(11) El texto literal de este artículo se incluye en la nota número 10.

de la Constitución; b) no existen razones para amparar el monopolio estatal en los artículos 41 y 43 de la Constitución, dado que en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la televisión vía éter, la televisión vía cable no da lugar a una situación de monopolio ni de oligopolio, y c) que el artículo 195 del texto único citado excede del ámbito de la delegación legislativa en virtud del cual se redacta.

Dejando a un lado las consideraciones que el Tribunal hace sobre el problema del reenvío (delegación legislativa para redactar el texto único), materia ajena al tema de este comentario, el Tribunal comienza su análisis del fondo de la cuestión constatando el hecho de que existe una diferencia práctica del mayor relieve entre la televisión vía cable y la televisión vía éter, dada la limitación de los canales utilizables vía cable, aunque, de hecho, la televisión vía cable no ha logrado en Europa una difusión semejante a la que ha tenido en Japón y en los Estados Unidos de Norteamérica.

Ante esta situación, el Tribunal declara:

— Por una parte, que el alto costo de una empresa de televisión vía cable, que comprenda todo el territorio nacional o una gran parte del mismo, puede dar lugar a situaciones de monopolio o de oligopolio semejantes a las que se tuvieron en cuenta cuando dictó la sentencia de 1960.

— Pero que es distinta la situación cuando se trata de instalaciones vía cable de ámbito local, que no implican un costo elevado, por lo que no resultan insostenibles para las empresas privadas, tal como lo demuestra la experiencia extranjera y la misma modesta experiencia italiana.

No existe ninguna razón «de utilidad general» que legitime, pues, la prohibición de iniciativa privada en esta materia, pues en definitiva el único peligro que aquí se advierte consistiría en la desordenada proliferación de redes de cable, pero, naturalmente, este peligro puede controlarse con una legislación que discipline la instalación de las redes, legislación que no exige un monopolio del Estado. Una ley que organice el sistema de redes es compatible con el respeto de la libertad de manifestación del pensamiento y con el principio de libre iniciativa económica.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que la reserva al Estado de los servicios de televisión vía cable, tal como resulta de la norma impugnada, es ilegítima por dos motivos fundamentales: a) porque incluye una actividad que no puede ser sustraída a la ini-

compromete un bien esencial de la vida democrática y termina por producir una especie de autarquía nacional de las fuentes de información. Es admisible, continúa la sentencia, que el establecimiento y funcionamiento de los repetidores se someta a una disciplina legislativa para la salvaguardia de los intereses públicos, pero la tutela de tales intereses puede realizarse mediante un régimen de autorizaciones que no exija la exclusión del derecho de los particulares.

En cuanto a la segunda cuestión (garantías que deben acompañar la reserva en favor del Estado), el Tribunal incluye en su sentencia una serie de consideraciones sobre: *a)* los órganos de gestión del servicio (que no estén en manos de quienes representan directa o indirectamente al poder ejecutivo y que tengan una estructura tal que garantice la objetividad); *b)* en relación a los programas de información (imparcialidad) y programas culturales (que respeten los valores fundamentales de la Constitución y la riqueza y multiplicidad de las corrientes del pensamiento); *c)* los poderes del Parlamento; *d)* los periodistas, que actúen con la mayor objetividad; *e)* la publicidad, limitada en lo posible; *f)* la apertura del medio a todos los grupos que expresan las ideologías presentes en la sociedad, y *g)* el derecho a la rectificación.

En base a todas estas consideraciones la sentencia que comentamos declara que todavía subsisten las razones que justifican la reserva al Estado, en exclusiva, de este medio de difusión, pero que, por el contrario, es inconstitucional la exclusiva en materia de repetidores de emisoras extranjeras.

C) *Sentencia número 226, de 9 de julio de 1974*

*La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Italiana número 226/1974, de 10 de julio, resuelve una cuestión de constitucionalidad planteada con ocasión de un procedimiento penal en que se imputaba a un ciudadano italiano el delito de haber instalado una emisora de televisión *via cable* sin haber obtenido la concesión del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones, delito tipificado en el artículo 195 del «Texto único de las disposiciones legislativas en materia postal y de telecomunicaciones», aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1973. El juez penal que conoció del caso consideró relevante la cuestión de la validez constitucional del citado artículo, en relación con los artículos 21, 41, 43, 76 y 77 de la Constitución. El juez sostuvo que podía ser anticonstitucional porque: *a)* excluye la libre manifestación del pensamiento, garantizada por el artículo 21*

Circunscrita la cuestión al ámbito local, resulta que la norma discutida, en cuanto que mantiene el monopolio de la televisión vía éter en ese ámbito local, resulta ilegítima al colisionar con los artículos 3.º y 21 de la Constitución:

— Desde la perspectiva del artículo 3.º de la Constitución (12), por cuanto que si bien no existe la ilimitación de frecuencias que caracteriza la transmisión vía cable, sin embargo en la transmisión a escala local vía éter existe una disponibilidad de frecuencias lo suficientemente amplia como para consentir la libertad de iniciativa privada sin peligro de monopolio u oligopolio, dado además el costo no excesivo de las emisoras, de modo que el no consentirla implica violación del *principio de igualdad* sancionado por la norma indicada.

— Desde la perspectiva del artículo 21 de la Constitución (13), por cuanto que, excluida la posibilidad de monopolio u oligopolio a escala local, desaparece el único motivo que en relación a estas transmisiones puede justificar la grave limitación del principio fundamental de la libertad que un monopolio estatal necesariamente implica.

El reconocimiento del derecho de iniciativa privada dentro de los límites resultantes de cuanto precede, y en conexión con un monopolio estatal que presta un servicio público vía éter a escala nacional, exige la intervención del legislador nacional para crear un órgano de la Administración central del Estado competente para asignar las frecuencias utilizables, realizar los correspondientes controles, fijar las condiciones para obtener la autorización para emitir, todo ello de modo armónico, sin lesionar el interés general ni las obligaciones internacionales:

La sentencia enuncia los aspectos que deben ser regulados por la legislación estatal:

(12) El artículo 3.º de la Constitución italiana dice:

«1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opción política ni circunstancias personales y sociales.

2. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.»

(13) El artículo 21 de la Constitución italiana, en su párrafo primero, dice:

«Todos tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento de palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión.»

a) Los requisitos personales del titular de la autorización y de sus colaboradores que sean garantía de la correcta y responsable gestión de la transmisión.

b) Las características técnicas de las instalaciones y zonas de servicio, así como la especificación de las frecuencias y canales utilizables.

c) La exacta indicación del ámbito territorial en que se ejerce la actividad, cuyo carácter «local» debe ser sometido a parámetros racionales de orden geográfico, cívico y socioeconómico que permitan circunscribirse a una zona homogénea de utilización sin excesivas restricciones que hagan vano el ejercicio de esta actividad.

d) La eventual fijación de turnos y la adopción de otras medidas técnicas con el fin de no perturbar el normal desarrollo de los servicios reservados al Estado y de hacer posible la actividad concurrente de otros sujetos autorizados.

e) Límites temporales para la emisión de publicidad en conexión con límites análogos impuestos al servicio público conferido al monopolio estatal.

f) Cualesquiera otras condiciones necesarias para que el ejercicio del derecho, previa autorización, se desarrolle efectivamente en el ámbito local y no dé lugar a concentraciones o situaciones de monopolio u oligopolio.

Y la sentencia termina su argumentación advirtiendo que, en todo caso, «la autorización administrativa es vinculada y no meramente discrecional, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica en nuestro ordenamiento».

En conclusión, el Tribunal declara entre resoluciones la «ilegitimidad constitucional» del artículo 1.º, 2, y del artículo 45 de la Ley de 14 de abril de 1975 en la parte en que no consiente que, previa autorización estatal, puedan instalarse y funcionar emisoras radiofónicas y de televisión, vía éter, de ámbito local.

3. Situación actual

El régimen jurídico de la televisión en Italia se encuentra, pues, regulado por la Ley 103, de 14 de abril de 1975, reformada en parte por la sentencia del Tribunal Constitucional número 202, de 28 de julio de 1976. De acuerdo con esta ley y siguiendo el esquema propuesto

por ROBERTO ZACCARIA (*Radiotelevisione e Costituzione*, Milán, 1977, páginas 88 y ss.), la situación actual puede resumirse del modo siguiente:

Existe una *reserva originaria* en favor del Estado que comprende la difusión y transmisión de programas, así como la instalación y la actividad técnica de los transmisores, todo ello *a escala nacional*, con importantes *excepciones* a dicha reserva tanto en cuanto a la difusión de programas como a las instalaciones.

e) La *reserva originaria* se establece *a favor del Estado*; se justifica expresamente en el artículo 43 de la Constitución (precepto por el que pueden establecerse reservas a favor del Estado y por razón de interés general, de servicios públicos esenciales o que se encuentran en situación de monopolio).

La amplitud de la reserva se extiende a: a') *la difusión o transmisión de programas a escala nacional* (no local), esto es, «la actividad de poner en onda un programa»; no, en cambio, la elaboración y producción de los programas, que es una actividad libre; y b') *la instalación y la actividad técnica* de las empresas destinadas a la difusión de los mencionados programas a escala nacional (con la importante excepción de los «repetidores»). La asignación de frecuencias es competencia exclusiva del Estado (art. 133 del Código Postal).

b) Como *excepciones a la reserva del Estado* existen: a') En cuanto a *la difusión de programas*: 1) La difusión vía cable de carácter local; 2) la difusión vía cable de «pequeñas dimensiones» —por ejemplo, circuitos cerrados—, y 3) la difusión vía éter de carácter local. b') *En cuanto a las instalaciones*: 1) La instalación de repetidores de programas nacionales y extranjeros (siempre que se cumplan estos requisitos cuando se trata de programas extranjeros: primero, que se trate de repetidores destinados a la recepción y simultánea e integral difusión de programas provenientes del extranjero; segundo, que los programas procedan de una estación extranjera, pública o privada, regularmente autorizada según la ley vigente en el país en el cual transmite —no, pues, provenientes de estaciones piratas o ilegales—, y tercero, que las estaciones extranjeras no se hayan creado con el único propósito de difundir programas hacia el territorio italiano, esto es, que se trate de estaciones que cumplan, como dice la doctrina italiana, *una prevalente funzione interna*). Naturalmente, la asignación de frecuencias a las empresas de repetidores corresponde al Estado, quien debe impedir interferencias con las frecuencias nacionales. 2) Existe, por otra parte, en cuanto a las instalaciones, un régimen

especial reconocido en favor de la provincia de Bolzano (reconocido en el Estatuto del Trentino-Alto Adige de 31 de agosto de 1972) y otro reconocido en favor del Valle de Aosta (Acuerdo de 20 de noviembre de 1974).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA FEDERAL

1. Precedentes

La radiodifusión de sonidos e imágenes [*Rundfunk* (14)] en la República Federal de Alemania está garantizada por el artículo 5.º, párrafos I y II, de la Ley Fundamental:

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(1) Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. Están garantizadas la libertad de prensa y la libertad de información por medio de la radiodifusión y la cinematografía. No se ejercerá censura.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud y en el derecho del honor personal.

De hecho la radiodifusión en Alemania se encuentra monopolizada a nivel local. Aparte de las emisoras gestionadas por la Federación (*Deutsche Welle* y *Deutschlandfunk*), las leyes de los *Ländern* (15) sólo prevén el funcionamiento de las emisoras públicas de cada uno de ellos (*Landesrundfunkanstalten*), con excepción de la Ley de Saarland de 2 de diciembre de 1964 (modificada por Ley de 7 de junio de 1967 y con excepción, también, de la *Zweiten Deutschen Fernsehen*).

Pero la Ley de Saarland ha sido declarada nula por el Tribunal Constitucional, no por haber introducido la posibilidad de crear emi-

(14) La expresión «radiodifusión» (*Rundfunk*) comprende tanto la radio (*Hörfunk*) como la televisión (*Fernsehen*).

(15) Véase recopilación de GÜNTER HERRMANN, *Rundfunkgesetze*.

soras privadas, sino por haber regulado mal, esto es, contra la Constitución, esa posibilidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1981 viene precedida de otras dos sentencias, una de 28 de febrero de 1961 y otra de 27 de julio de 1971, cuyo contenido ha constituido hasta ahora la base jurisprudencial sobre la que se ha apoyado la doctrina sobre el monopolio de la radiodifusión en su doble aspecto de emisión de sonidos y de emisión de imágenes.

A) *La sentencia de 28 de febrero de 1961* (16)

Se dictó en un proceso seguido en relación a la constitucionalidad del artículo 3.º del contrato de derecho público de 16 de febrero de 1955 sobre la *Nordeutschen Rundfunk* y en relación a la cuestión de si el Gobierno Federal, al crear la *Deutschland-Fersehen, GmbH*, el 25 de julio de 1960, infringió los artículos 5 y 30 (17) en relación con el artículo 87 (18), párrafo 3, de la Ley Fundamental, e infringió asimismo el deber de un comportamiento leal con la Federación (*Bundesfreundlichen Verhalten*).

Las «máximas jurisprudenciales» de la sentencia son las siguientes (19):

1. Las «leyes-contrato» (*Vertragsgesetze*) para crear «conciertos de derecho público» entre los *Länder* están sometidas también al control jurídico constitucional por el procedimiento del control de las normas.

(16) Publicada en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (T. C. B. Mohr-Paul Siebeck), tomo 12, pp. 205 y ss.

(17) El artículo 30 de la Ley Fundamental dice:

«El ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones públicas compete a los *Länder*, en tanto que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una regulación en contrario.»

(18) El artículo 87,3 de la Ley Fundamental dice:

«(3) Para los asuntos en los cuales la legislación corresponda a la Federación podrán crearse además, por ley federal, autoridades superiores federales autónomas y nuevas corporaciones e instituciones de derecho público directamente dependientes de la Federación. Cuando en materias de su competencia legislativa aparezcan nuevas tareas para la Federación, podrán crearse en caso de necesidad urgente, con la aprobación del Consejo Federal y de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, reparticiones federales de categoría intermedia e inferior.»

(19) A continuación se traducen las *Leitzätze des Gerichts*.

2. Un órgano de la Federación «no aplica» el derecho de un *Länd*, en el sentido que esta expresión tiene en el artículo 76, número 2 (20), de la Ley del Tribunal Constitucional, cuando «no ha respetado este derecho».

3. a) El correo y las telecomunicaciones, en el sentido del artículo 73, número 7, de la Ley Fundamental, comprende —si se prescinde de la recepción de las emisiones radiofónicas— sólo el «lado técnico de la radiodifusión», con exclusión de la llamada «técnica de estudio».

b) El artículo 73, número 7, de la Ley Fundamental no confiere a la Federación la facultad de regular la organización de las emisoras y de las emisoras de radiodifusión.

4. La competencia legislativa de la Federación en materia de telecomunicaciones (art. 73, núm. 7) permite dictar normas que reserven a la Federación el derecho exclusivo de crear y gestionar instalaciones de radiodifusión.

5. De acuerdo con la sistemática de la Ley Fundamental, la competencia legislativa de la Federación traza el límite extremo de sus facultades administrativas. La expresión «Correo Federal» (*Bundespost*) del artículo 87, 1, de la Ley Fundamental no puede ser más comprensiva que la expresión «Correos y Telecomunicaciones» del artículo 73, número 7, de la Ley Fundamental.

6. El Correo Federal (*Bundespost*) está obligado a tener en cuenta sólo consideraciones de orden técnico al permitir la construcción y el funcionamiento de instalaciones de radiodifusión y al concertar contratos sobre la utilización de esas instalaciones.

7. a) La instalación de emisoras de radiodifusión es, en el Derecho alemán, una función pública (*öffentliche Aufgabe*). Cuando de alguna manera el Estado se ocupa de esta función (incluso cuando utiliza

(20) El artículo 76 de la Ley del Tribunal Constitucional, texto actualizado de 3 de febrero de 1971, dice:

§ 76. [Zulässigkeit des Antrags] Der Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages gemäß Artikel 83 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes ist nur zulässig, wenn einer der Antragsberechtigten Bundesoder Landesrecht

1. wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig hält oder
2. für gültig hält, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat.

una forma jurídico-privada), la convierte en una «función estatal» (*Staatlichen Aufgabe*) en el sentido del artículo 30 de la Ley Fundamental (21).

b) La instalación de emisoras de radiodifusión por la Federación no puede justificarse en que la radiodifusión sea una tarea «suprarregional» o en que la Ley Fundamental haya encomendado a la Federación la instalación de aquellas emisoras que sirven a la representación nacional hacia el interior o al cuidado de la «tradición que ha de continuar». La Federación no tiene aquí ninguna competencia que derive de «la naturaleza de las cosas».

8. Tanto el *procedere* como el *estilo* de las relaciones que son necesarias en la vida constitucional entre la Federación y sus miembros y entre los *Ländern* entre sí se encuentran bajo el postulado del comportamiento leal a la Federación (*bundesfreundlichen Verhalten*).

9. El artículo 5.º de la Ley Fundamental exige leyes que impongan a las emisoras de radiodifusión una organización tal que permita a todas las fuerzas sociales relevantes influir en sus órganos y tener voz en la programación total, y que impongan también ciertas directrices que garanticen un mínimo de proporcionalidad, objetividad y respeto recíproco.

B) *La sentencia de 27 de julio de 1971* (22)

Se dictó en un proceso seguido en relación a la constitucionalidad del artículo 2.º, párrafo 3, de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones (Impuesto sobre el Valor Añadido) de 29 de mayo de 1967, según el cual la actividad de las emisoras de radiodifusión tenía el carácter de actividad industrial o profesional a los efectos de esa ley (*als gewerbliche oder berufliche Tätigkeit im Sinne dieses Gesetzes gilt*). La sentencia declaró que ese precepto era nulo por ser incompatible con la Constitución. Las «máximas jurisprudenciales» de esta sentencia son las siguientes:

1. La actividad de las emisoras de radiodifusión se realiza en el ámbito del Derecho público. Las emisoras de radiodifusión están sometidas a la responsabilidad pública, asumen tareas de la Administración pública y ejercen una función integradora del Estado en su conjunto. Su actividad no es profesional o industrial.

(21) Véase nota 17.

(22) Publicada en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, tomo XXXI, páginas 314 y ss.

2. La Federación no puede, utilizando su competencia legislativa concurrente en materia de imposición sobre el uso y el tráfico, transformar mediante una ficción la naturaleza de la actividad que realizan las emisoras de radiodifusión y convertirla en una actividad de naturaleza industrial o profesional que quede sometida al impuesto sobre transmisiones.

C) *Recapitulación*

El Tribunal Constitucional alemán ha partido en estas sentencias del presupuesto fáctico de que la radiodifusión de imágenes—televisión—se encuentra en una «situación especial» que exige un tratamiento jurídico especial. La sentencia de 28 de febrero de 1981 lo explica así:

«La diferencia entre la prensa y la radiodifusión radica en que dentro de la prensa alemana existe un número de periódicos relativamente grande que concurren entre sí de acuerdo con sus ideas, tendencias o coloración política, mientras que en el ámbito de la radiodifusión, tanto por motivos técnicos como por el extraordinario costo de las instalaciones, el número de emisoras será siempre considerablemente menor. Esta situación especial de la radiodifusión exige medidas especiales para realizar y mantener la libertad garantizada por el artículo 5.I.2 (23)».

Esta situación especial, continúa la sentencia, justifica que la ley exija que las emisoras se constituyan como entidades de Derecho público, pero independientes del Estado o, al menos, sometidas sólo a un control estatal limitado. La independencia del Estado significa que la radiodifusión, en cuanto «asunto de la colectividad», debe estar gestionada por órganos de los que formen parte «en proporción adecuada los representantes de todos los grupos sociales, ideológicos y políticos significativos».

La objetividad, el respeto mutuo y un cierto equilibrio en el acceso a la radiodifusión son principios que deben cumplir las emisoras públicas.

El reconocimiento, pues, de la constitucionalidad del monopolio—no a favor del Estado, sino de los entes públicos creados por los

(23) Sentencia de 28 de febrero de 1981, publicada en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 12, p. 261.

Länder— se justificaba en la «situación especial» descrita. La doctrina, sin embargo, fue oponiendo cada vez más reparos a aceptar la constitucionalidad del monopolio, sobre todo cuando nuevos descubrimientos técnicos parece que han ido eliminando la situación especial de la que se partía (24).

Por otra parte, el acceso a la programación de todos los grupos sociales relevantes plantea problemas difíciles de solucionar (25), que dieron lugar a una crítica cada vez más extendida del principio del «acceso equilibrado a la programación» (*Ausgewogenheit*) ¿Cuáles son los grupos socialmente relevantes? ¿Es posible realmente que participen en la programación? (26).

En esta situación, de verdadera expectativa sobre la posición que el Tribunal Constitucional podría adoptar en su próxima decisión sobre la materia, se dicta la sentencia de 16 de junio de 1981. Veamos qué dice.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de junio de 1981 (27)

A) La cuestión debatida

El Saarland ha sido hasta hace poco el único *Land* que ha tenido una ley que permitía la instalación de emisoras privadas de radiodifusión (radio y televisión). La Ley número 806 sobre *Veranstaltung von Rundfunksendungen in Saarland* de 2 de diciembre de 1964 (mo-

(24) Un estudio sobre las diferentes posiciones en torno al monopolio, v. en Hans H. KLEIN *Die Rundfunkfreiheit* (C. H. Beck'sche Verlag, Munich, 1978), especialmente pp. 13 y ss. y 74 y ss. El mismo autor ha publicado recientemente un estudio sobre el tema en *Der Staat*, tomo 20, cuaderno núm. 2, 1981, pp. 177 y ss., con el título *Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit*.

(25) El estudio de Martin Stock: *Neues über Verbände und Rundfunkkontrolle (art. 5, 1 GG als Grundlage von Beteiligungsansprüchen «gesellschaftlich relevanter Gruppen»?)*, publicado en el «Archiv des öffentlichen Rechts», tomo 104, páginas 1 y ss., contiene un análisis del problema —en este caso planteado por una demanda de la Iglesia Luterano-Evangélica— y una crítica de la posible alternativa: una radiodifusión «profesionalizada».

(26) Una crítica de la aplicación de ese principio, tantas veces invocado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede verse en el artículo de la profesora Elisabeth NOELLE-NEUMANN, «Das Reizwort Ausgewogenheit», publicado en *Frankfurter Allegemeine*, de 8 de mayo de 1981.

(27) Sentencia publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, cuaderno 33, páginas 1774 y ss., y publicada también en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, julio 1981, pp. 295 y ss. En el momento de redactar este comentario no ha sido aún publicada en la colección «Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht».

dificada y completada por otra ley número 844 de 7 de junio de 1967) contenía una sección dedicada a las «entidades privadas de radiodifusión» en la cual se establecían las condiciones para ejercer esta actividad: Quien quiera crear una entidad de derecho privado dedicada a la radiodifusión en idioma alemán necesita una concesión (artículo 38) que se otorga por el Gobierno del *Land* (art. 39,1) pero no existe el derecho a obtener esa concesión (art. 39,1 inciso 5) (28). En determinados supuestos la concesión puede ser revocada (art. 45). Los organizadores deben utilizar la forma de sociedad anónima con sede en Saarland (art. 40). Para hacer sus programas están sometidos a los mismos principios que la *Saarländische Rundfunk* (art. 46) y están sometidos también al control público (arts. 41 y 42). La concesión sólo puede ser otorgada a sociedades cuyos estatutos prevean la existencia de un consejo formado del modo establecido por el artículo 46 c) y aseguren un derecho de participación consistente en que dos miembros del órgano de vigilancia sean elegidos entre los miembros de ese Consejo (art. 46). El consejo se compone de un máximo de trece miembros: Uno corresponde al Gobierno del *Land*, otro a la Iglesia católica, otro a la Iglesia evangélica; otro a cada fracción del *Landtag* y los restantes son elegidos por el mismo *Landtag*. Al consejo corresponde representar a la comunidad frente a los organizadores, vigilar el cumplimiento de las leyes y de las normas estatutarias, estudiar todas las cuestiones que los organizadores le sometan y dar su consejo en la preparación de los programas. Además al Consejo corresponde informar a la comunidad sobre su actividad (art. 46,3); en determinados supuestos, dar su consentimiento a la revocación de la concesión por el Gobierno del *Land* (art. 46,4), y en muchos asuntos dar opinión al órgano de vigilancia (art. 46, b)).

La compatibilidad de los preceptos indicados de la Ley de Saarland con la Constitución, es el objeto del proceso seguido ante el Tribunal Constitucional.

La relación de hechos presenta alguna complejidad: El punto de partida se encuentra en la demanda formulada por la *Freie Rundfunk AG*, sociedad en constitución, que desde 1967 intentaban inútilmente conseguir una concesión al amparo de esa ley. Ante el silencio del Gobierno del *Land*, la compañía recurrió al Tribunal Administrativo con la pretensión de obligar al *Land* a resolver favorablemente su petición. El Tribunal Administrativo rechazó la demanda por infundada.

(28) El inciso 5 del párrafo 1 del artículo 39 decía literalmente: «Ein Rechtsanspruch auf ihre Erteilung besteht nicht.»

Recurrida la sentencia en apelación, el Tribunal Administrativo Superior decidió suscitar una cuestión de constitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional la declaró inadmisibile. A la vista de esta decisión, el Tribunal Administrativo Superior entró en el fondo del asunto y dictó sentencia el 20 de mayo de 1976 por la que se condena al Gobierno del *Land* a resolver la petición de la compañía demandante.

En cumplimiento de esta sentencia, el Gobierno del *Land* dictó una Resolución de 26 de octubre de 1976 denegando la concesión solicitada. Como fundamento de su decisión, el Gobierno del *Land* declaró que, de acuerdo con su concepción de la política radiofónica, aún no había llegado el momento de autorizar la instalación y funcionamiento de una emisora privada. Aunque la ley permite la instalación de emisoras privadas, el Gobierno del *Land* no puede, decía la resolución, dictar un acto que ponga en serio peligro la subsistencia de la emisora pública pues existe una gradación de intereses que hace que las emisoras públicas deban prevalecer sobre las privadas. El peligro procede de la pérdida de ingresos, que no puede ser compensada por otros medios.

Contra esta Resolución la compañía recurrió ante el Tribunal Administrativo el cual decidió de nuevo plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite la cuestión planteada y, seguido el procedimiento, dictó sentencia de 16 de junio de 1981 por la que no sólo declaró la nulidad de los preceptos discutidos, sino la de la totalidad de la ley de la que formaban parte.

B) *Máximas jurisprudenciales de la sentencia*

1. El artículo 5, I, 2 de la Ley fundamental exige una regulación por ley para la instalación de emisoras privadas en la cual se establezcan prescripciones que garanticen la libertad de la radiodifusión. Esta exigencia se da también cuando a causa del progreso moderno desaparecen las situaciones especiales producidas por la escasez de frecuencias de emisión y por los elevados costes de la instalación de emisoras.

2. A la materia que el legislador debe regular pertenece la decisión sobre las líneas fundamentales del ordenamiento de la radiodifusión. El legislador debe asegurar, en el marco del ordenamiento vigente, que la oferta global de los programas corresponda a la variedad de opiniones existente y debe imponer directrices que garanticen un mínimo de objetividad, respeto recíproco y equilibrio en el

acceso a la programación. Además debe prever un control estatal limitado, debe regular el acceso a la instalación de emisoras privadas y debe regular, en tanto que no todo el que lo desee pueda crear una emisora, un sistema de selección de los aspirantes. En esta sentencia, el Tribunal no decide nada, en cambio, sobre la cuestión de si también necesita ser regulada por ley la financiación de las emisoras privadas.

3. Las normas que sobre la instalación de emisoras privadas en lengua alemana contiene la ley de Saarland —concluye la sentencia— no cumplen en lo esencial estas exigencias constitucionales por lo que son nulas.

C) *Fundamentos de la sentencia*

Las anteriores declaraciones tienen la siguiente fundamentación literal:

I. Con los preceptos debatidos, el legislador de *Saarland* ha permitido la existencia de emisoras privadas. Por tanto, la validez de las normas sobre emisoras privadas en Saarland no puede depender, como se pretendió durante el proceso (en fase escrita y en fase oral), de si la exclusión de tales emisoras en favor de las públicas es o no compatible con la Ley fundamental dadas las actuales e incluso futuras condiciones técnicas, ni de si existe o no el deber constitucional de introducirlas. El examen por el Tribunal Constitucional debe limitarse, solamente, a la cuestión de si la regulación contenida en la Ley de Saarland es o no compatible con la Ley fundamental. Tampoco debe tratar el problema de si existe un derecho amparado por la Constitución a la instalación de emisoras privadas.

Dentro del ámbito así delimitado, podría plantearse la cuestión de si las normas que se examinan son objetables desde el punto de vista del procedimiento a través del cual se han elaborado. Pero en todo caso, y con independencia de los reparos que aquí puedan oponerse, resulta que esas normas contradicen concretas disposiciones jurídico-constitucionales, en especial la libertad de radiodifusión garantizada por el artículo 5, I, 2 de la Ley fundamental.

II. El artículo 5, I, 2 de la Ley fundamental exige una regulación por ley para la instalación de emisoras privadas. En esta ley deben establecerse las condiciones para garantizar la libertad de radiodifusión.

1. Para poder ser eficaz, la libertad de radiodifusión garantizada por el artículo 5, I, 2 necesita una configuración legal. Esto se deduce de la función y naturaleza propia de la garantía constitucional.

a) La libertad de radiodifusión sirve a la misma *tarea* que todas las garantías del artículo 5, I de la Ley fundamental: a la garantía de la libre formación de la opinión individual y pública no limitada a la mera difusión de noticias ni a la difusión de opiniones políticas, sino a la de cualquier tipo de información o de opinión (sentencias del Tribunal Constitucional 12, 205, 260; 31, 34, 326; 35, 202, 222). La libre formación de la opinión se realiza en un proceso de comunicación. Presupone, de un lado, la libertad de expresar y difundir opiniones y, de otro, la libertad de conocer las opiniones expuestas, de informarse. En la medida en que el artículo 5, I garantiza estas libertades como derechos humanos, protege constitucionalmente este proceso. En este sentido fundamenta derechos subjetivos. En relación con esto regula la libertad de opinión como principio objetivo del ordenamiento jurídico en el que elementos subjetivos y objetivos se condicionan y apoyan entre sí. (Sentencia del Tribunal Constitucional 7, 198, 204 y ss.)

La radiodifusión es «medio» y «factor» de este proceso de formación de la opinión garantizado por la Constitución. Por consiguiente, la libertad de radiodifusión es una libertad *que sirve* a la libertad de opinión en sus elementos jurídicos objetivos y subjetivos. Constituye, en las condiciones de la moderna comunicación de masas, un complemento y reforzamiento necesario de esta libertad; sirve a la tarea de garantizar una formación libre y amplia de la opinión.

Esta tarea determina la peculiaridad y el significado de la libertad de radiodifusión: la formación libre de la opinión pública e individual exige en primer lugar la libertad de la radiodifusión frente al dominio y la influencia estatal. En este sentido la libertad de radiodifusión tiene, como los derechos de libertad clásicos, un significado defensivo. Con esto, sin embargo, no queda asegurado aquello que se quiere garantizar. La mera libertad frente al Estado no hace posible la libre y amplia formación de opinión mediante la radiodifusión. Esto no se logra sólo mediante una configuración negativa. Es necesario además un ordenamiento positivo que asegure que las múltiples opiniones existentes puedan expresarse a través de la radiodifusión de la forma más extensa y completa posible; y que de esta manera puedan ofrecer una información amplia. Para alcanzar esto es necesaria una regulación material, procedimental y de la organización, orientada hacia

la radiodifusión y que así sea adecuada para hacer efectivo aquello que el artículo 5, I de la Ley fundamental quiere garantizar.

b) La configuración jurídica exigible para alcanzar este fin se encuentra bajo la reserva de Ley (sentencias del Tribunal Constitucional 47, 46, 78 y 49, 89, 126 y ss.). Las decisiones necesarias son decisiones esenciales porque, con independencia del significado objetivo de la radiodifusión para la vida pública e individual del presente, se producen en un ámbito relevante para los derechos fundamentales y son esenciales para la realización de esos derechos fundamentales. (Sentencias del Tribunal Constitucional 47, 46, 79). Aquí concurren diferentes posiciones jurídico-constitucionales que pueden entrar en colisión: de una parte la de aquellos que ejercen su pretensión a una información lo más amplia y verdadera posible; de otra parte la libertad de expresión de aquellos que preparan los programas o hablan por las emisoras. Al legislador corresponde equilibrar tales colisiones.

Esta reserva de ley es una reserva en favor del Parlamento (del Land) (sentencia del Tribunal Constitucional 47, 46, 79): Lo esencial para la garantía de la libertad de radiodifusión debe ser determinado por el Parlamento; la decisión sobre esto no puede ser transferida al ejecutivo en forma de una autorización amplia para dictar las correspondientes disposiciones, ni tampoco producirse de forma tácita o por normas no suficientemente determinadas. Menos aún puede abandonarse la garantía de la libertad de radiodifusión a la regulación de los Estatutos de la entidad emisora o a una regulación contractual.

La tarea de configurar jurídicamente la libertad de radiodifusión que deriva del artículo 5.º, I, de la Ley fundamental, no justifica una limitación del derecho fundamental. Esta sólo podría encontrarse, según el artículo 5.º, II, en las prescripciones de una Ley general, en las normas legales de protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

De qué manera el legislador cumple su misión es cuestión que a él mismo corresponde decidir. La Ley fundamental no prescribe ninguna forma determinada para la organización de la radiodifusión, todo depende de que se garantice una formación libre y amplia de la opinión. El legislador debe tomar precauciones que aseguren que la radiodifusión no queda sólo a disposición de uno o algunos grupos sociales, sino que todas las fuerzas sociales interesadas, tengan voz en la programación.

c) La necesidad de una regulación legal que configure la libertad de la radiodifusión existe incluso cuando el progreso moderno haga desaparecer la «situación especial» producida por la escasez de frecuencias de emisión y por los altos costes de las instalaciones. De esta «especial situación» ha partido hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [12, 205 (261); 31, 314 (328)]. Pero incluso en el caso de que esta situación especial desapareciera, permanece la exigencia constitucional de tomar precauciones legales para garantizar la libertad de radiodifusión. Ciertamente, estas precauciones son mucho más necesarias cuando la limitación técnica reduce a unos pocos los titulares de emisoras de radiodifusión, que cuando esta limitación no existe. Pero también si esto último llega a suceder persiste, sin embargo, la necesidad de tomar precauciones legales en el sentido expuesto para garantizar la libertad de radiodifusión.

Aunque desaparecieran las limitaciones actuales no podría esperarse con suficiente seguridad que, por virtud de las leyes propias de la competencia, la oferta de programas se ajuste a las exigencias de la libertad de la radiodifusión. Ciertamente todo parece indicar que se produciría una «variedad limitada» como la que hoy existe en relación a los diarios de ámbito suprarregional. Pero se trata sólo de una posibilidad. Mientras que en materia de prensa, la evolución histórica ha conducido a un cierto equilibrio que hoy parece suficiente para asegurar una amplia información y formación de la opinión pública, no se puede partir, al menos por ahora, de una situación semejante en materia de radiodifusión. Por consiguiente, no se sabe si en caso de desaparecer los actuales límites, todos, o al menos una parte importante de los grupos sociales, y de las corrientes de opinión, lograrían hacer oír su voz en la programación global (conjunto de todos los programas que se emiten en el interior), esto es, no se sabe si se producirá un «mercado de la opinión» (*Meinunsmarkt*) a través del cual lograsen cauces para expresarse sin recortes. Además hay que tener en cuenta que, en un medio como la radiodifusión, existe una posibilidad real de que se produzca una concentración de poder y existe un peligro de abuso para lograr influencias unilaterales sobre la opinión (sentencia del Tribunal Constitucional 39, 159, 167). En tal situación no se cumpliría el mandato constitucional de garantizar esta libertad si sólo se eliminasen las influencias estatales dejando la radiodifusión al libre juego de las fuerzas sociales [cofr. BVerf. G. E. 31, 314 (325)]. Más aún cuando una vez que se ha iniciado un mal pro-

ceso sólo con grandes dificultades y muy condicionadamente, se puede retroceder. Por el contrario, es responsabilidad del legislador que exista una oferta global en la que se consiga representar la variedad de opiniones que es constitutiva de una democracia libre. Hay que luchar contra el peligro de que se excluye de la opinión pública la difusión de determinadas opiniones y de que quienes poseen frecuencias de emisión y medios financieros ejerzan un dominio sobre la opinión pública. Aunque esto no se pueda evitar del todo, al menos debe existir una alta probabilidad de que el ordenamiento de la radiodifusión permita una variedad equilibrada de opiniones.

En nada cambia lo anterior el que las exigencias mínimas de la libertad de radiodifusión parezcan estar cumplidas por las emisoras públicas existentes, de manera que los grupos sociales y las corrientes de opinión más significativas puedan hacer oír su voz e informar a los oyentes por medio de los programas de esas emisoras públicas. Y ello porque la aparición de emisoras privadas en las que sólo se tienen en cuenta corrientes unilaterales de opinión perjudicaría o incluso anularía el equilibrio esencial del *Zu-Wort-Kommen* de los grupos sociales.

2. En el presente recurso no es necesario hacer una investigación definitiva sobre lo que la Ley fundamental exige concretamente a una regulación de la radiodifusión privada. Tampoco es necesario para resolver el recurso analizar aquí la cuestión de si la financiación de las emisoras de radiodifusión privadas necesita una regulación mediante ley (por ejemplo, a causa de su posible impacto sobre la configuración de los programas o sobre la situación de otros medios, en especial la prensa).

a) Pero en todo caso se declara que forma parte de las cuestiones esenciales sobre las que el legislador tiene que decidir, la de determinar las líneas fundamentales del ordenamiento de la radiodifusión. La introducción de la radiodifusión privada necesita, pues, un fundamento legal, una decisión del Parlamento. Esta exigencia sirve también para los ensayos que aquí puedan hacerse, aunque sean muy limitados en el espacio y en el tiempo, porque estos ensayos de regulación guardan la misma relación con la Ley fundamental que la regulación definitiva. Es cierto, sin embargo, que en estos casos el legislador dispone de una libertad considerablemente mayor, pues tales pruebas se realizan con fines experimentales. (Sentencia del Tribunal Constitucional 54, 173, 202).

b) El legislador no puede abstenerse de tomar esta decisión fundamental. Se necesitan normas legales que aseguren en el marco del ordenamiento vigente, que la radiodifusión no va a quedar a merced de uno o algunos grupos sociales y que las fuerzas sociales en cuestión van a tener voz en la programación global.

Si el legislador se decide por una *estructura pluralista interna* de las entidades emisoras—la cual, según la «sentencia sobre la televisión», 12, 205, 262, no es objetable—, por tanto, se ha decidido por una organización en la cual la influencia de las fuerzas sociales se ejerce internamente a través de los órganos de las propias entidades emisoras, es necesaria una organización adecuada que tenga en cuenta la variedad y relevancia de las fuerzas sociales que asegure, al mismo tiempo, la efectiva influencia de los órganos en que están representadas.

Pero el legislador puede también elegir otra configuración distinta de la libertad de radiodifusión siempre que asegure mediante prescripciones adecuadas que la oferta total de la programación interna corresponda de hecho y en lo esencial a la variedad de opiniones existente. Por tanto, amén el caso de que el legislador quiera crear y mantener la libertad de radiodifusión mediante una «estructura pluralista externa», no puede renunciar a regular esta solución; la garantía de la libertad sigue siendo de su responsabilidad. En tanto que no se disponga de un número suficiente de frecuencias, puede hacer frente a esta responsabilidad creando la posibilidad de que diversos titulares de opinión utilicen la misma frecuencia durante un tiempo limitado.

c) Además, el legislador debe imponer directrices para el contenido de la programación que garanticen un mínimo de objetividad, respeto recíproco y equilibrio en el acceso a la programación (Tribunal Constitucional 12, 205, 263). En el supuesto de una «estructura pluralista interna», este postulado rige para el programa global de cada una de las entidades. En el supuesto de un «modelo pluralista externo», cada entidad no está obligada, por separado, a establecer ese equilibrio en el acceso a la programación, pero sí está obligada a dar una información veraz, amplia y objetiva y a guardar un mínimo de respeto recíproco. Además, todas las emisoras están vinculadas por los límites del 5, II, de la Ley Fundamental, especialmente por la protección de la juventud.

d) En todo caso pertenece al ámbito de la ordenación legal de la radiodifusión privada la regulación de un control estatal limitado, que

sólo debe servir a la tarea de asegurar el cumplimiento de las disposiciones dictadas para garantizar la libertad de la radiodifusión.

e) Finalmente, es irrenunciable, cualquiera que sea la forma de ordenación legal de la radiodifusión, que el legislador establezca un control sobre el cumplimiento de estas prescripciones por parte de las emisoras de radiodifusión privadas. Si el legislador se decide por una organización de la radiodifusión que admite emisoras privadas debe establecer las reglas de acceso a la titularidad de una emisora, reglas que permitan realizar un control en el caso de que el acceso sea denegado; debe prever asimismo un procedimiento jurídico-público para realizar tal control y para tomar las decisiones correspondientes. El procedimiento para obtener el permiso sólo debe servir para garantizar la libertad de la radiodifusión tal como lo exige la Constitución, sin perjuicio de que también sirva para controlar cuestiones de carácter general, como, por ejemplo, la capacidad jurídica del ente, etc.

Concierne al legislador determinar por sí mismo los presupuestos para el otorgamiento o la denegación del permiso. La reserva en favor del Parlamento [véase anteriormente, 1, b)] impide transferir al Ejecutivo el derecho a decidir sobre la instalación de emisoras privadas. Esta reserva y el principio de separación de poderes imponen al Parlamento que delimite por sí mismo la esfera jurídica sometida a las normas estatales. La Ley debe regular el contenido de la actividad de la Administración y no debe limitarse a establecer principios generales (sentencia del Tribunal Constitucional 52, 1, 41). Lo mismo es aplicable a la revocación del permiso.

f) En tanto que las posibilidades de difusión disponibles no permitan a todos los que lo pretendan poder instalar una emisora de radiodifusión, deben establecerse reglas sobre la selección de los aspirantes. Esto lo exige el principio de igualdad (art. 3, I, de la Ley Fundamental).

La cuestión de a quién debe otorgarse una de las escasas posibilidades para emitir programas no debe dejarse al azar o al libre juego de las fuerzas sociales. Tampoco puede encomendarse a la libre discrecionalidad del Ejecutivo. Esto sería inconciliable con la reserva de ley (sentencia del Tribunal Constitucional 33, 303, 345, «Numerus clausus»). Es al legislador a quien corresponde determinar por sí mismo los presupuestos bajo los cuales el acceso a la radiodifusión debe concederse o negarse y es al legislador a quien corresponde preparar un procedimiento jurídico público a través del cual esto se decida. La igualdad del tratamiento puede alcanzarse sin grandes dificultades a

través de un sistema que haga posible una distribución de los tiempos de emisión y, en caso de necesidad, su reducción proporcional. Si esto no es suficiente o el legislador se ha decidido por un sistema en el cual sólo se concedan licencias para programas completos, debe entonces establecer principios de selección que garanticen la igualdad de oportunidades de los aspirantes (sentencia del Tribunal Constitucional 33, 303, 345); el grado de realización de las oportunidades debe determinarse por criterios objetivos, adecuados y previsibles.

III. Hasta aquí el contenido literal de los fundamentos de la sentencia.

A continuación se expone un resumen de la aplicación que el Tribunal hace de esos fundamentos a los preceptos de la ley impugnada.

Las normas impugnadas de la «Ley sobre instalación de emisoras en Saarland» tratan de cumplir el mandato constitucional de determinar mediante una ley las líneas fundamentales del ordenamiento de la radiodifusión; crean el fundamento legal para la introducción de la radiodifusión privada, regulan los principios para la formación de programas y prevén un control estatal. Sin embargo, no contienen una regulación del acceso a la radiodifusión adecuada a la Constitución; dejan sin regular la cuestión de la selección de aspirantes y no ofrecen ninguna garantía de que en los grupos sociales relevantes vayan a tener una influencia suficiente las fuerzas sociales relevantes, y de que van a tener voz en la programación total.

Otras infracciones constitucionales se cometen por los artículos 39, 40 y 41 de la ley examinada. El primero por excluir expresamente la existencia de una pretensión jurídica a obtener la concesión, de manera que ésta queda a la pura discrecionalidad del poder ejecutivo del *Land*; los artículos 40 y 46 por establecer condiciones para obtener la concesión sin regular lo que sucede cuando al aspirante que cumple esas condiciones no se le otorga la concesión. No se regula tampoco lo que sucede cuando se presentan más aspirantes que los que permiten las frecuencias disponibles.

La composición y la competencia del Consejo no cumple los postulados constitucionales exigidos por la libertad de radiodifusión, porque ni existe una representación adecuada de los grupos socialmente relevantes ni el Consejo tiene una influencia decisiva en la emisora, limitándose a aconsejar, investigar y recomendar. Y todo esto no se compensa con la esperanza de que la competencia induzca a ofrecer programas que atraigan al mayor número de oyentes y telespectado-

res. Menos aún cuando la ley prescribe la norma de Sociedad Anónima, forma que sólo acoge la parte económica de la empresa privada y es poco adecuada para hacer efectivos los intereses generales.

Todos estos defectos no se compensan tampoco con la influencia que el Ejecutivo pueda ejercer para garantizar la libertad de radiodifusión.

La sentencia no examina si es inconstitucional la carencia de una regulación legal de la financiación de la radiodifusión privada. Pero el Tribunal advierte que no es necesario ese examen, porque las infracciones ya cometidas son suficientes para declarar la nulidad de la ley.

Aunque es cierto que la nulidad de una o varias disposiciones de una ley no determina necesariamente la nulidad de toda la ley, sin embargo ocurre lo contrario cuando del sentido objetivo de esta ley se deduce que las demás disposiciones compatibles con la Constitución no tienen significado autónomo y, más aún, cuando las disposiciones contrarias a la Constitución forman parte inescindible de una regulación global que perdería su significado y justificación jurídica.

Esto es lo que aquí sucede. Lo que en la norma examinada falta o está insuficientemente regulado es esencial; lo que está ajustado a la Constitución carece de valor autónomo. Una ley que no regula con las garantías impuestas por la Constitución el acceso y la selección de aspirantes, y que contiene una regulación del Consejo contraria a la Constitución, es nula en su totalidad, porque los restantes preceptos de la misma carecen de valor autónomo para regular por sí solos la instalación de emisoras privadas en Saarland.

D. *Recapitulación*

Es evidente que esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán ha querido eludir la toma de posiciones más o menos definitiva sobre los aspectos más polémicos de la ordenación constitucional de la libertad de la radiodifusión. La sentencia ha cuidado especialmente que quede claro que no es necesario para decidir la cuestión sometida a su conocimiento indagar sobre la validez constitucional del monopolio de la televisión en aquellos *Länder* en los que está establecido. Como sólo se cuestiona la validez de la ley del Saarland, y como el legislador de ese *Land* ha optado por permitir la existencia de entidades de radiodifusión privadas no es necesario examinar aquí, sostiene la sentencia la validez de las leyes de otros *Länder* que han optado por una solución distinta.

Pero la sentencia deja muy claro que, en todo caso, al legislador corresponde de modo irrenunciable regular mediante ley el régimen jurídico de las emisoras privadas. No puede quedar en manos del Ejecutivo la reglamentación de una materia esencial para la configuración de una libertad pública.

Por otra parte, la lectura de la sentencia muestra que, en todo caso, la opción por una radiodifusión privada no implica dejar en manos privadas, de modo absoluto, el ejercicio de esa libertad. El legislador debe establecer normas y principios que hagan real la expresión de la pluralidad de opiniones que dan vida a un Estado democrático.

El Tribunal parte del principio de que la garantía de la libertad de la radiodifusión establecida en el artículo 5, I, de la Ley Fundamental no entraña un fin en sí misma, sino que su existencia se justifica por la función que cumple, por ser un medio que sirve a la formación de la opinión. A esa finalidad debe su existencia.

Seguidamente, el Tribunal concreta el alcance de la libertad de radiodifusión, reconociendo que en ella existe un elemento subjetivo. Rechaza, pues, la teoría de aquellos que sólo ven en la libertad de radiodifusión una garantía objetiva. La sentencia dice—literalmente—que la libertad de la radiodifusión cumple también la función de los derechos de libertad clásicos, es decir, tiene el valor de un medio de defensa que permite reaccionar frente a los ataques que esa libertad sufra. Pero el Tribunal destaca inmediatamente después el componente objetivo de la protección constitucional, la garantía institucional de la radiodifusión libre por el Estado. Con lo cual amortigua la alegría de los partidarios de una televisión privada que ven reconocida la existencia de un derecho subjetivo a la libertad de la radiodifusión, condicionando el ejercicio de esa libertad al cumplimiento de una regulación estatal profunda. Como ha advertido uno de los primeros comentaristas de esta sentencia (29), el Tribunal le ha puesto las cosas muy difíciles al legislador que quiera decidirse por establecer una radiodifusión privada. En todo caso ha quedado claro en esta sentencia que la regulación necesariamente legal de la radiodifusión privada tendrá

(29) REINHART RICKER: *Freiheit und Ordnung des Rundfunks nach dem dritten Rundfunkurteil des Bundes Verfassungsgerichts*, NJW (36), 1981, p. 1925. También en BRUNO SCHMIDT-BLEIBTREU: «Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Veranstaltung privater Rundfunksendungen», publicado en *Der Betrieb* (29), 17 de julio de 1981; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM: «Ein Alauf zu privatens Rundfunk», publicado en *Zeitschrift für Rechtspolitik* núm. 8, agosto 1981; y CHRISTIAN PESTALOZZA: «Der Schutz vor der Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland», publicado en *NJW* (40), 1981.

que ajustarse a unas reglas que van a impedir que sea calificada de televisión «comercial». Ahora hay que esperar a la reacción de los grupos interesados y de los órganos legislativos de los *Länder* para conocer el alcance real de esta sentencia.

IV. EL MONOPOLIO DE LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA

La situación actual se ha formado a lo largo de una evolución legislativa cuyo sentido y contenido constituye uno de los elementos que han de tenerse en cuenta en su interpretación (art. 3.º del Código Civil).

1. Formación del monopolio de la televisión hasta la Constitución de 1978

A) Evolución legislativa

El punto de partida de la intervención administrativa en las transmisiones por radio se encuentra en la *Ley de 26 de octubre de 1907* («Gaceta» de 28 de octubre)—lleva el refrendo del ministro de la Gobernación, Juan de la Cierva y Peñafiel—, en virtud de la cual:

«Se autoriza al Gobierno para que por medio de un Real Decreto, que publicará dentro del plazo de cuatro meses, contados desde la promulgación de esta Ley, *proceda a plantear o desarrollar, valiéndose de entidades nacionales, los servicios de radiotelegrafía, cables y teléfonos*» (art. 1.º).

Los gastos que origine la prestación de estos servicios «se cubrirán—dice el artículo 2.º— con los productos propios de la misma concesión». A continuación se establece que se podrá imponer «como carga especial de alguna concesión» la entrega inmediata al Estado de la línea o servicio que en dicho Real Decreto se declare de interés nacional. Por último, la ley establecía que «las concesiones de estos nuevos servicios se harán en pública subasta» (art. 3.º).

Dentro del plazo previsto en la Ley se dictó el *Real Decreto de 24 de enero de 1908* («Gaceta» de 25 de enero) por el que se aprobaban las bases para el establecimiento en España del servicio radiotelegrá-

fico. (En la misma fecha se aprobó el Reglamento del citado servicio.) El Real Decreto mencionado establecía, como regla primera, la siguiente:

Artículo 1.º *Se considerará comprendido entre los monopolios del Estado, relativos al servicio de toda clase de comunicaciones eléctricas, el establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a la llamada "telegrafía hertziana", "telegrafía etérica", "radiotelegrafía" y demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir.»*

Estas normas son el fundamento del monopolio del Estado sobre la actividad radiodifusora. Aparecen citadas repetidamente en los preámbulos de disposiciones posteriores; alguna de ellas tiene rango de ley, pero en general se trata sólo de normas reglamentarias. En todo caso, la legalidad del Real Decreto de 24 de enero de 1908, al establecer el monopolio del Estado sobre toda clase de comunicaciones eléctricas inventadas o que puedan inventarse, ha sido discutida siempre por la doctrina, pues no sólo no tiene amparo en la Ley de 1907, sino que además infringe la Constitución de 30 de junio de 1876, entonces vigente.

A partir de entonces una serie de disposiciones dan por supuesta la existencia del monopolio de la radiodifusión, aunque no aclaran ni su alcance ni la posición de los particulares frente al mismo:

— La *Real Orden de 9 de marzo de 1914* («Gaceta» de 26 de marzo) emplaza a todos cuantos tengan instalaciones de telegrafía sin hilos para que las desmonten en el plazo de quince días.

— Los *Reales Decretos de 19 de julio de 1914 y de 8 de febrero de 1917* amplían, por una parte, los supuestos en que se admite que los particulares participen en el ejercicio de las actividades monopolizadas, pero al mismo tiempo interpretan extensivamente el alcance del monopolio, de modo que se incluye en él la radiotelefonía y la radiodifusión de sonidos e imágenes. La última de estas normas justifica la inspección por el Estado de las instalaciones autorizadas a particulares para «velar por el interés y el orden público, por los derechos del monopolio de comunicaciones que corresponde al Estado, por el cumplimiento de las disposiciones vigentes en la materia y por la observancia estricta de las condiciones de cada concesión».

— El *Real Decreto de 13 de enero de 1920* («Gaceta» de 18 de enero) regula el otorgamiento de autorizaciones para instalaciones tempora-

les, transmisoras o receptoras, destinadas a usos científicos. Este Real Decreto extiende, pues, el ámbito de aplicación de la Ley de 1907 a un supuesto no contemplado por ella, la radiotelefonía; por tanto, no sólo a la transmisión de «señales», sino también, la transmisión de «voces o sonidos». Lo cual significa, en definitiva, que a partir de entonces se asimilan los sistemas de «radiotelegrafía» y de «radiotelefonía», de lo cual se va a deducir que el monopolio cubre todo el ámbito de la «radiodifusión».

A partir del año 1923 comienzan a dictarse normas directamente destinadas a regular la radiodifusión en sentido propio. El *Real Decreto de 27 de febrero de 1923* («Gaceta» de 1 de marzo), sobre «organización de las instalaciones radioeléctricas y radiotelefónicas», dispone en su artículo 1.º:

«Todas las instalaciones radioeléctricas constituyen un monopolio del Estado, y desde la publicación de este Real Decreto quedan terminantemente prohibidas aquellas estaciones transmisoras y receptoras, o simplemente receptoras, que no sean debidamente autorizadas por el Ministerio de la Gobernación o, en su nombre, por el director general de Comunicaciones.»

Como consecuencia de esta declaración, el artículo 2.º del Real Decreto califica como *clandestinas* todas las estaciones radioeléctricas privadas que se hallen actualmente establecidas. Pero, seguidamente,

«se exceptúan solamente las concedidas con carácter temporal o permanente al amparo del Real Decreto de 13 de enero de 1920, teniendo en cuenta lo dispuesto en el de 8 de febrero de 1917 sobre instalaciones radioeléctricas, sin que le sea permitido destinarlas a otros fines que aquellos para los que fueron objeto de la concesión, ni hacer variación alguna en su montaje.»

Este Real Decreto, cuyo preámbulo contiene un curioso argumento (expone cómo «el Gobierno español no puede hacer dejación de sus derechos a reglamentar la radiotelefonía evitando que se cree una situación anárquica parecida, aunque en pequeño, a la creada en los Estados Unidos: perturbadora de los servicios ya establecidos, lesiva para los intereses del Tesoro y perjudicial para la propia conveniencia del público en general»), consolida una dualidad de situaciones,

según hemos visto: por un lado, todas las instalaciones radioeléctricas en general, y por otro, las que entonces se hallaban concedidas a particulares con carácter temporal o permanente.

Por otro lado, el artículo 7.º del Real Decreto disponía que:

«El Estado podrá explotar el servicio radiotelefónico mediante concesión o por sí mismo.»

— *La Real Orden de 14 de junio de 1924*, que aprobó el Reglamento para el establecimiento y régimen de estaciones de cuarta categoría (radiodifusión), estableció una dualidad de regímenes, oficial y privado. Se consideran estaciones oficiales —art. 2.º—, además de las que presten un servicio gestionado directamente por el Estado, aquellas otras que el Estado tiene arrendadas para servicios públicos. Son particulares las demás. Las estaciones particulares pueden instalarse «libremente por los particulares o corporaciones sin concesión de monopolio alguno» (art. 12), de manera que la concesión por parte del Estado tenía por objeto exclusivamente asignar una longitud de onda determinada (art. 21), fijar el tiempo de la transmisión (art. 13) y someterlas a la inspección y reconocimiento del Cuerpo de Telégrafos.

En consecuencia, la Administración —como ha indicado la doctrina— renunció por esta Real Orden al ejercicio del monopolio.

Sin embargo, el régimen de libertad de la Real Orden de 14 de junio de 1924 desaparece al dictarse el *Real Decreto de 26 de julio de 1929* («Gaceta» de 27 de julio) por el que se crea el Servicio Nacional de Radiodifusión. Aunque este Servicio Nacional no llegó a funcionar, es interesante recoger aquí alguno de sus preceptos, que reflejan la trayectoria legislativa del monopolio del Estado en materia de radiodifusión. El artículo 1.º dispone:

«Se crea el Servicio Nacional de Radiodifusión, el cual tendrá por objeto la ejecución preferente de las transmisiones radiotelefónicas en España que se realicen con estaciones llamadas de cuarta categoría en el Reglamento de 14 de junio de 1924, destinadas a ser recibidas por el público en razón de su carácter o utilidad general, tales como noticias, informaciones, conferencias, conciertos y todo cuanto pueda tener interés cultural, recreativo y económico. También podrá el Estado instalar y utilizar estaciones de radiodifusión para el uso exclusivo de servicios oficiales.

Con independencia del Servicio Nacional de Radiodifusión, se podrá autorizar el establecimiento de estaciones radiodifusoras en favor de personas o entidad española que a su costa y sin derecho a percepción de cuotas obligatorias impuestas por el Estado ni a auxilios de éste ni de Corporaciones públicas, desee realizar radiodifusiones en las circunstancias y en los días y horas que no perturben los servicios radioeléctricos establecidos, a juicio todo ello de la Junta Técnica Inspector de Radiocomunicación. Estas estaciones no serán autorizadas para emitir anuncios y otras formas de publicidad comercial.»

Se advierte, pues, cómo la posibilidad de instalar estaciones radiodifusoras por particulares quedaba estrangulada al prohibirles la percepción de cuotas o auxilios del Estado y la emisión de anuncios o cualquier otra forma de publicidad comercial.

En cuanto al Servicio Nacional de Radiodifusión, nada se decía sobre su naturaleza orgánica ni sobre su personalidad jurídica. El artículo 2.º del Real Decreto se limitaba a decir que:

«El Servicio Nacional de Radiodifusión estará constituido:

- a) Por la red de estaciones difusoras.
- b) Por la administración económica del servicio.
- c) Por la Junta Técnica e Inspector de Radiocomunicación; y
- d) Por una comisión de asistencial social dependiente de la Junta.»

Las estaciones de la red, decía el artículo 3.º, «deberán instalarse en número y potencia suficiente para que el beneficio del servicio alcance a toda la nación y puedan recibirse las audiciones con toda clase de receptores de telefonía sin hilos de aceptables condiciones técnicas». El Servicio debía organizarse y administrarse «por la persona o entidad española que resulte adjudicataria en el concurso público que al efecto ha de celebrarse» (art. 11, 1). La adjudicación del concurso correspondía al Gobierno, quien debía «apreciar libremente las proposiciones en todas sus circunstancias y conjunto», de manera que contra la resolución del Gobierno no se dará recurso alguno (artículo 15).

El Servicio Nacional de Radiodifusión no llegó a adjudicarse, entre otras causas por la oposición que encontró el criterio de puro arbitrio administrativo establecido para la adjudicación del concurso.

Pero, en todo caso, la norma que se acaba de comentar tiene el interés de mostrar que en aquel momento se mantenía la concurrencia de un monopolio, el Servicio Nacional de Radiodifusión, gestionado mediante la técnica de la concesión, y las estaciones particulares, si bien es cierto que se intentaba impedir esa concurrencia negando a las emisoras privadas su fuente de ingresos más característica.

Inmediatamente después de proclamada la República, un *Decreto de 25 de abril de 1931* («Gaceta» de 26 de abril) derogó el Real Decreto de 26 de julio de 1929 atribuyéndose la competencia en esta materia al nuevo Ministerio de Comunicaciones creado con fecha 15 de abril de 1931. La Ley de 18 de agosto de 1931 confirmó esta derogación.

Sin embargo, la idea de crear un servicio nacional de radiodifusión perdura, reapareciendo en la *Ley de 9 de marzo de 1932* («Gaceta» de 11 de marzo) que reorganiza los servicios de telecomunicación. La base 3.^a de esta ley dispone:

«Base 3.^a Dada la índole nacional y de soberanía de los servicios de telecomunicación, el Gobierno procederá, en las condiciones y tiempo posible, a revertir a la función estatal todas las concesiones que existen actualmente.

El Gobierno podrá en cualquier momento, por razones de orden público o seguridad del país, incautarse en todo o en parte de los servicios que hayan sido objeto de concesión dando cuenta a las Cortes.»

Hay que tener en cuenta que, según la base 2.^a, la radiodifusión figuraba entre los servicios de telecomunicación («...radiodifusión y todos aquellos de comunicación o transmisión a distancia establecidos o que en lo sucesivo se establezcan»).

Poco después, una Orden de 8 de abril de 1932 autorizaba al ministro de la Gobernación «para que por medio de la Dirección General de Telecomunicación saque a concurso el suministro e instalación de las estaciones radioeléctricas que han de constituir la red nacional de comunicación del Estado, y el arriendo de las emisoras cotidianas de programas artísticos, municipales, radiación de obras teatrales, conferencias, lectura y diversos motivos de entretenimiento, cuyos gastos de adjudicación del suministro y el arriendo de emisiones se su-

fragarán con los productos de los ingresos obtenidos por licencias y cuotas de radioyentes, de la publicidad radiada y de otros ingresos del mismo servicio, con arreglo al pliego de condiciones formulado por la citada Dirección General» (artículo único).

Por otro lado, junto a las emisoras de la red nacional, se prevé la instalación de *estaciones radiodifusoras de pequeña potencia, de carácter local, por particulares*. El *Decreto de 8 de diciembre de 1932* («Gaceta» de 13 de diciembre) faculta a la Dirección General de Telecomunicación para autorizar la instalación de estaciones radiodifusoras de pequeña potencia de carácter local (art. 1.º), pero sometidas, entre otras, a las siguientes condiciones: sólo una por cada localidad (cond. 3.ª), si bien, posteriormente se matiza este límite por Decreto de 10 de enero de 1934 y Orden de 9 de mayo de 1934; características técnicas mínimas establecidas por la norma (cond. 4.ª), y supuestos de caducidad tasados, incluyéndose entre ellos el de que «el Estado instale en la misma localidad una estación radiodifusora de la red nacional» (cond. 7.ª).

Así se llega a la *Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934* («Gaceta» de 28 de julio), la norma legal básica durante muchos años, en la materia, tanto para la radiodifusión sonora como de imágenes. Su artículo 1.º dispuso:

«Artículo 1.º El *servicio de radiodifusión nacional es una función esencial y privativa del Estado* y al Gobierno corresponde desarrollar el servicio estableciendo una o más emisoras de onda extracorta para la radiodifusión extrapeninsular, y especialmente para los países de habla castellana, y las estaciones radioemisoras que admita el número de frecuencias reservadas a España en el régimen internacional para el mismo en un plazo de tres años a contar de la fecha de promulgación de esta Ley con un mínimo de dos estaciones por año. El suministro y montaje de estas emisoras se realizará con arreglo a los preceptos de la Ley de Contabilidad en la Hacienda Pública.»

A continuación, el 2.º párrafo de este artículo trata de resolver el problema de la competencia estatal y regional en la materia, declarando que «queda a salvo lo que establece la Constitución en su artículo 15, núm. 13, que dispone que corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las Regiones autónomas la ejecu-

ción, en la medida de su capacidad política, de los servicios de radiodifusión, y queda a salvo también el artículo 5.º, núm. 11, del Estatuto de Cataluña, según el cual la Generalidad ejecutará la legislación del Estado en el servicio de radiodifusión, salvo el derecho del Estado a coordinar los medios de comunicación en todo el país. El Estado podrá instalar servicios propios de radiodifusión y ejercerá la función de los que funcionen por concesión de la Generalidad».

El artículo siguiente deja claro que existen dos clases de estaciones de radiodifusión, unas que forman parte del servicio y otras ajenas al mismo.

a) En relación a las primeras, sin embargo, se puede conceder, mediante concurso, «la organización y ejecución de programas a entidades nacionales».

Por otro lado, se intenta garantizar la neutralidad del servicio, disponiendo que:

«Art. 5.º Para garantizar la neutralidad ideológica del servicio se establecerá el arriendo, previo pago de la tarifa correspondiente, por un tiempo diario que se determinará conforme a las normas reglamentarias, a entidades concesionales o jurídicas, para hacer propaganda con arreglo a las Leyes.»

b) En cuanto a las demás emisoras, esto es, las que no forman parte del servicio, quedan sujetas a este régimen:

«Art. 4.º Se mantendrá en vigor el régimen de las actuales emisoras, y a medida que sus concesiones vayan caducando, si esto ocurriese antes de abrir las estaciones a la red del Estado, serán objeto, en cada caso, de acuerdo especial.

En lo que se refiere a las estaciones locales de potencia limitada, seguirán éstas con el mismo régimen que disfrutaban en la actualidad.»

El régimen a que se refiere este último párrafo era, como hemos visto, el establecido por el Decreto de 8 de diciembre de 1932, el Reglamento de 14 de julio de 1924 y el Real Decreto de 19 de diciembre de 1930 (no derogado por tratarse de un precepto que establecía un plan transitorio, en tanto que se instalaba la red del Servicio Nacional de Radiodifusión de 1929, el cual sí quedó derogado desde el momento mismo en que se estableció la República.)

La interpretación de la Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934 permite hacer algunas consideraciones significativas para el objeto de de este comentario:

— En primer lugar, es evidente que tal ley mantiene una situación caracterizada por la coexistencia de: a) una radiodifusión nacional que se define como servicio esencial y privativo del Estado, y b) un conjunto de estaciones de pequeña potencia de carácter local que no forman parte de este servicio ni sus emisoras son propiedad del Estado.

— En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la insistencia de la Ley de 1934 en el carácter de servicio nacional y «función especial y privativa del Estado» que se atribuye al servicio de radiodifusión se debe al intento de establecer con claridad la competencia del Estado en esta materia en relación con la competencia de las regiones autónomas. Como ha demostrado TOMÁS QUADRA SALCEDO (30), tanto la Ley de Bases de 9 de marzo de 1932 como la ley que examinamos constituyen un intento de recuperación de competencias por parte del Estado en relación con las regiones autónomas, concretamente con Cataluña (de ahí el párrafo 2.º del artículo 1.º de la ley que más atrás hemos transcrito). La Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 incluía la radiodifusión entre las materias sobre las cuales podía concederse a las regiones autónomas la ejecución de las leyes (artículo 11 en relación con el art. 15, número 13), pero, por otra parte, la misma Constitución atribuía en exclusiva al Estado español la legislación y ejecución directa en materia de radiocomunicación (art. 14, número 13). Pues bien, el acuerdo de la Comisión Mixta del Estatuto de Cataluña de 9 de mayo de 1934 (punto 3.º) decía que «corresponderá a la Generalidad, en régimen de monopolio o red nacional, la ejecución del servicio de radiodifusión y los derechos del Estado en territorio catalán». Ante tal situación, la Ley de 1934 intenta recuperar la competencia del Estado en esta materia. Por ello, su artículo 6.º dice:

«Art. 6.º Dada la índole nacional y de soberanía de los servicios de telecomunicación, el Gobierno procederá en las condiciones y tiempo posible a *revertir a la función estatal* todas las concesiones que existan actualmente.»

(30) TOMÁS QUADRA SALCEDO: *El servicio público de la televisión*, Madrid, 1971, páginas 74 y ss.

TOMÁS QUADRA SALCEDO interpreta la expresión «revertir a la función estatal» —distinta de la expresión, que la ley no utiliza, de revertir la concesión al Estado— en el sentido de que lo que el legislador quiere ordenar es que el otorgamiento de concesiones es función del Estado y no de las regiones autónomas (31).

— Por último, hay que indicar que ya en el año 1934 el concepto de radiodifusión comprende tanto la difusión de sonidos como la difusión de imágenes (tal como resulta de la definición de radiodifusión del Convenio de Radiotelecomunicaciones de Madrid de 1932, aprobado en la misma fecha que la Ley de Radiodifusión, el 26 de junio de 1934), razón por la cual cuando se dicta el *Reglamento de Servicios Nacional de Radiodifusión*, aprobado por *Decreto de 22 de noviembre de 1935*, su artículo 1.º establece que:

«Art. 1.º Se considerarán comprendidos entre los servicios de radiocomunicación del Estado que corresponden a la Subsecretaría de Comunicaciones (Servicios de Telecomunicación) el establecimiento y explotación de los de radiodifusión de *sonidos e imágenes* ya en uso o que puedan inventarse en el porvenir.»

Es en esta época cuando empiezan a ensayarse en España las primeras pruebas de televisión. Según RAMÓN MARTÍN MATEO (32), en el año 1934 se realizaron algunas pruebas en la Sala Werner de Barcelona con aparatos contruidos en Cataluña. Se efectuaron también algunas transmisiones desde el Tibidabo hasta el recinto de la exposición de Montjuich. Sin embargo, hasta el año 1951, en que se crea el Ministerio de Información y Turismo (Decreto-ley de 19 de junio de 1951), no se financia la efectiva instalación de la televisión en España. El Decreto de 15 de febrero de 1952 sobre organización del Ministerio de Información y Turismo atribuye a la Dirección General de Radiodifusión la competencia para proponer la organización más adecuada de la televisión. Esta es la primera norma que prevé oficialmente el establecimiento de la televisión en España. En 1953 se traza un plan general de instalaciones y el 28 de octubre de 1956 se inaugura el servicio diario de programas de televisión.

(31) TOMÁS QUADRA SALCEDO: *Ob. cit.*, p. 67.

(32) RAMÓN MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*. Madrid, 1974, p. 541.

La base legal de la actuación administrativa en este materia continúa siendo la Ley de la República de 1934, que continuó vigente después de la guerra civil. El Bando de 28 de julio de 1936 («Boletín Oficial» de 30 de julio) sobre declaración de estado de guerra estableció en su artículo 9.º la suspensión del funcionamiento de las estaciones de radio («queda prohibido, hasta nueva orden, el funcionamiento de todas las estaciones radio-emisoras particulares de onda corta o extracorta, considerándose a los infractores como rebeldes, a los fines del Código de Justicia Militar»), pero en nada se modificaba el régimen jurídico hasta entonces vigente, como lo prueba el que la Orden de 25 de diciembre de 1936 («Boletín» de 30 de diciembre) sobre licencias para uso de aparatos transistores se remite, en su último párrafo, a la Orden de 5 de diciembre de 1934 y Orden de 13 de mayo de 1935. Ciertamente podía pensarse que la Ley de 26 de junio de 1934 había quedado derogada por oposición a las normas fundamentales del nuevo régimen (hay que tener en cuenta que esa ley, por ejemplo, garantizaba la neutralidad ideológica del servicio), pero lo cierto es que se la ha considerado vigente hasta la nueva regulación introducida después de la Constitución, constituyendo la norma habilitante de la intervención administrativa en la materia. El preámbulo del Decreto de 14 de noviembre de 1952 («Boletín Oficial del Estado» de 26 de noviembre) lo recuerda para evitar dudas:

«Vigente la Ley de Radiodifusión de 26 de junio de 1934 en todo aquello que no ha sido modificado por las normas fundamentales del nuevo régimen español, las disposiciones administrativas que se dictaron...»

Dicha ley, pues, pretende ser la base legal de la exclusiva del Estado en materia de televisión, exclusiva declarada explícitamente, por primera vez, en el *Decreto de 3 de octubre de 1957* («BOE» de 13 de noviembre de 1957), por el que se dictan normas de funcionamiento del organismo Administración Radiodifusora Española (ARE), cuyo artículo 3.º, letra c), dice que corresponde a esta Administración:

«c) La realización en exclusiva de las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de la televisión nacional.»

La «exclusiva» de la Administración sobre la televisión perdura, expresa o implícitamente, hasta nuestros días, a través de las distintas

normas que han ido reorganizando esta actividad administrativa. Así aparece expresamente mencionada en el *Decreto de 29 de diciembre de 1960*, que traspasó a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión las competencias de la ARE, y lo mismo en los sucesivos Decretos orgánicos del Ministerio.

Posteriormente, el *Decreto de 11 de octubre de 1973* («BOE» de 13 de octubre), de reorganización del Ministerio de Información y Turismo, atribuye a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión la siguiente competencia:

«Art. 6.º 1. Corresponde a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión la ordenación, fomento y vigilancia de cuantas actividades impliquen difusión, distribución, recepción y reproducción de programas sonoros o de sonido e imagen, destinados mediata o inmediatamente al público, sea cual fuere el procedimiento de transmisión. En consecuencia, tendrá a su cargo: *la determinación del régimen jurídico y técnico, la promoción y el control del servicio público de radiodifusión de sonidos e imágenes, cualquiera sea el titular o el sistema de gestión en que se efectúe*; la representación de dicho servicio en los organismos internacionales a través y de acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores; *la exclusiva de las emisiones radiadas en onda corta y las de información nacional e internacional, las emisiones de televisión y el desarrollo técnico de este medio en sus diversos sistemas de transmisión*; la ordenación y el ejercicio de las profesiones relativas a la radiodifusión y la protección al administrado en orden a garantizar la mejor recepción de emisiones y programas.»

Este mismo Decreto crea el organismo «*Radiotelevisión Española*» (RTVE) como un «servicio público centralizado».

Estas son las normas que regulan la televisión en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978 (33).

(33) Entre las normas reglamentarias que se dictan hasta diciembre de 1978 destacan las siguientes:

Orden de 6 de marzo de 1975 («BOE» de 8 de abril) que crea el Consejo Asesor de Programación de Radiotelevisión Española; *Decreto de 20 de marzo de 1975* («BOE» de 25 de marzo) que aprueba el Estatuto de Profesionales de Radiodifusión (cuyo anexo contiene una tabla de principios éticos de la profesión de técnicos de radio y televisión, entre los cuales el II dice: «En todo momento ha de privar

B) *Recapitulación*

De todo lo anterior puede deducirse lo siguiente:

1. El monopolio estatal sobre la televisión surge en una época (1934-1935) en la que la radiodifusión de imágenes no tenía en España otro valor que el de una experiencia de laboratorio apenas conocida;

la noción del servicio público, debiendo presidir la actividad profesional el sentido de libertad responsable en el ejercicio de la crítica y de colaboración al bien común»; *Decreto de 23 de agosto de 1975* («BOE» de 29 de agosto) sobre utilización de los medios de comunicación social del Estado y del Movimiento por las asociaciones políticas constituidas conforme al Decreto-ley 7/1974, de 21 de diciembre; *Ley de 11 de marzo de 1976* («BOE» de 13 de marzo) sobre expropiación forzosa e imposición de servidumbres de paso de líneas, cables, haces hertzianos para servicios de sonidos e imágenes del Estado (el artículo 1.º de esta Ley establece que se aplicará a la telecomunicación de radiodifusión de sonidos e imágenes del Estado destinadas al servicio público..., y en su disposición adicional se extiende a los concesionarios de instalaciones de telecomunicaciones y radiodifusión que reúnan ciertos requisitos); *Real Decreto de 4 de julio de 1977* («BOE» de 5 de julio) por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central del Estado, cuyo artículo 13 crea el «Ministerio de Cultura y Bienestar», que posteriormente, por *Real Decreto de 27 de agosto de 1977* («BOE» de 1 de septiembre) se denomina exclusivamente Ministerio de Cultura, en el cual se crea la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, que conservará la competencia y estructura de la anterior Dirección de igual nombre, «hasta tanto que por las Cortes y organismos competentes no se determine su estatuto jurídico»; *Real Decreto de 28 de octubre de 1977* («BOE» de 7 de noviembre) por el que se transforma en organismo autónomo el servicio sin personalidad jurídica entre RTVE; esta transformación se efectúa para dar cumplimiento a la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, cuya disposición transitoria 5.ª dice que «los servicios administrativos sin personalidad jurídica se integrarán plenamente en los Presupuestos Generales del Estado o se transformarán en algunos de los dos tipos de organismos autónomos que se recogen en el artículo 4.º de la citada Ley»; en el preámbulo de este Real Decreto se advierte que la transformación se efectúa «en tanto que por las Cortes se regule definitivamente el encuadramiento orgánico y las competencias estatales en materia de radio y televisión»; *Real Decreto de 2 de noviembre de 1977* («BOE» de 14 de noviembre) por el que se constituye el Consejo Rector Provisional de RTVE, integrado por 36 miembros, la mitad de los cuales nombrados por el Gobierno y la otra mitad por los grupos parlamentarios, según un criterio proporcional. Este Consejo Rector ejercerá sus funciones y competencia hasta la aprobación del estatuto jurídico de RTVE; *Orden de 31 de enero de 1978* («BOE» de 11 de febrero) que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Cultura y que mantiene, también con carácter provisional, la Dirección General de Radiodifusión y Televisión (art. 14); *Real Decreto de 14 de abril de 1978* («BOE» de 17 de abril) que regula la representación de la Administración en el Comité para radio y televisión en materia de elecciones; *Ley de 17 de julio de 1978* («BOE» de 21 de julio) sobre elecciones de Corporaciones locales (cuyo art. 20 garantiza la presencia de partidos, federaciones o coaliciones en el Comité para la radio y televisión); *Real Decreto de 3 de noviembre de 1978* («BOE» de 4 de noviembre de 1978) sobre utilización de los medios de comunicación social del Estado durante la fase del referéndum constitucional.

una cuestión, pues, que en su origen no planteó problema alguno porque aún carecía de vigencia social. Ni las Cortes de la República ni la doctrina jurídica dieron importancia a la radiodifusión de las imágenes. Todavía entonces, dice PEREZ SERRANO «la cuestión batallona es la relativa a la libertad de imprenta y, dentro de ella, la referente al periódico», aunque la radiodifusión de sonidos era ya entonces un medio de difusión inquietante (34).

2. La legalidad y oportunidad del mantenimiento del monopolio estatal sobre la televisión, incluso a nivel local, fue discutida por la doctrina incluso antes de entrar en vigor la constitución de 1978. El profesor ENRIQUE RIVERO ISERN criticó tanto el monopolio como su calificación de servicio público (35), y el profesor TOMÁS QUADRA SALCEDO

(34) NICOLÁS PÉREZ SERRANO, en su *Tratado de Derecho político* (publicado en 1976, pero escrito entre 1936 y 1939), al analizar «los medios actuales de formar y expresar la opinión pública», atribuye importancia fundamental a las «reuniones, asociaciones y prensa» (p. 316), refiriéndose después a otros inventos recientes (página 318):

«Prescindiendo de otros, hay dos que apenas surgidos se han situado en el primer plano de toda propaganda eficaz: el cinematógrafo y la radiodifusión. La extraordinaria plasticidad y dinamismo de aquél, su asociación a temas literarios y motivos históricos, su conjunción con elementos musicales y la merecida popularidad que como arte nuevo ha conseguido en las generaciones jóvenes, explican el interés que hoy inspiran, y de que es buena prueba la Rusia soviética. En cuanto a la radiodifusión, espiritual y sutil, que llega a todos los hogares, invade la vía pública, y con un costo relativamente reducido capta la atención de auditorios inmensos nacionales y extranjeros, constituye la última palabra en materia de propaganda y, con razón, preocupa a los Gobiernos que ven en ella un enemigo temible o se adueñan de ella como aliado insuperable.»

y en otro lugar (p. 665) advierte que «el influjo incomparable de la radiodifusión y de la cinematografía obliga a una cuidadosa intervención del poder público no para fines bastardos, sino para altos propósitos nacionales».

(35) ENRIQUE RIVERO ISERN, en su libro *Consideraciones en torno a la radiodifusión en el Derecho español* (Sevilla, 1968, pp. 143 y ss.), critica tanto el monopolio estatal de la radiodifusión como su calificación de servicio público.

Sobre lo primero dice literalmente (p. 145):

«Con esta panorámica es importante el cuestionarse si la radiodifusión debe ser un servicio público monopolizado en manos estatales. Realmente no se nos ocultan las razones que han provocado la peculiar configuración de la radiodifusión, pero, a nuestro juicio, estas razones no satisfacen plenamente. Respecto a las de tipo económico, es indudable que existe o pueden crearse sociedades privadas que pueden sostener este medio de difusión; las de tipo técnico, con una adecuada reglamentación y control, pueden salvarse; así como las de tipo ético con una normativa adecuada, así como las de tipo internacional.»

lo hizo también no sólo en cuanto a su fundamento legal, sino también material (36).

Para este autor son, única y exclusivamente, razones de tipo político las que han determinado el establecimiento y perduración del monopolio.

Por otro lado, RIVERO ISERN piensa que la radiodifusión no es un servicio público en sentido estricto, sino, a lo sumo, un servicio público virtual o impropio (página 148), que si se mantiene debe concurrir con la libre actividad privada, sometida esta última sólo al control de la policía administrativa (p. 152).

(36) TOMÁS QUADRA SALCEDO, en su estudio sobre *El servicio público de la televisión* (Madrid, 1976, pp. 156 y ss), critica el monopolio de la televisión no sólo en cuanto a sus fundamentos materiales, sino en cuanto a su fundamento legal. Dice:

«Sentado esto, resulta que *el ejercicio en exclusiva por el Estado de la actividad televisiva sigue sin encontrar amparo legal, a nuestro juicio, salvo en el ámbito nacional*. En efecto, la Ley de 14 de junio de 1934 afirmaba en su artículo 1.º que el servicio de Radiodifusión Nacional era una función esencial y privativa del Estado. En el debate previo se propuso hacer una referencia explícita a la televisión; sin embargo, no se consideró necesaria, y el Reglamento de 1935 habla ya de radiodifusión de sonido e imagen; el Reglamento no había cometido ningún exceso, ya que la expresión radiodifusión etimológicamente es muy amplia.

Por tanto, parece deducirse de todo lo expuesto que la televisión por cable y la televisión no nacional no es exclusiva del Estado, sin perjuicio de los demás títulos que al mismo puedan corresponderle por razones de seguridad pública, policía o relaciones internacionales. En efecto, ninguna disposición con rango suficiente posterior a la Ley de 1934 ha consagrado tal monopolio, y el Decreto-ley de 19 de julio de 1951 se limitó a crear el Ministerio de Información y Turismo..., pero sin referirse para nada al alcance y naturaleza de las funciones que habría de ejercer el nuevo Ministerio.»

Rechaza asimismo TOMÁS QUADRA SALCEDO la posibilidad de justificar el monopolio por razones materiales.

Concretamente califica de hipócrita el argumento según el cual el monopolio estatal debe mantenerse «por razones democráticas». Dice literalmente (p. 162):

«El argumento no deja de encerrar cierta hipocresía, cuando lo que se pretende es cerrar el acceso a los nuevos medios a grupos sociales que podrían tenerlo; y, aparte de eso, el sistema presenta fallos; el primero de ellos es el de dejar en manos de las fuerzas políticas imperantes en un momento dado la orientación de la información.»

El sistema de monopolio, continúa QUADRA SALCEDO, presenta dificultades insoslayables. Para que funcionase adecuadamente sería necesario que «la persona tutelante y tutelada tuviesen dotes extraordinarias y las ejercieran con tacto y prudencia, no viéndose forzados por las circunstancias políticas»; «lo normal será, sin embargo, que el partido o grupo en el poder trate de reducir la voz de la oposición».

En cambio, la concurrencia de estaciones de televisión (concurrencia cuyos costos económicos pueden reducirse notablemente en el caso de la televisión por cable y de la televisión de ámbito local) no sólo asegura la objetividad, sino que también produce una mejora en la calidad al fomentarse la competencia entre ellas.

2. La Constitución de 1978

A) Introducción

La promulgación de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 ha alterado sustancialmente la situación jurídica de los medios de comunicación. La proclamación de los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (art. 20, 1, a) y de «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» tiene ahora una eficacia inmediata, no sólo porque vincula directamente a los ciudadanos y poderes públicos (artículo 9.º, 1, de la Constitución), sino porque permite plantear judicialmente la constitucionalidad de las leyes que infringen esos preceptos (artículo 161 de la Constitución) (37). Por otra parte se ha incorporado a nuestro ordenamiento el «Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales» de 4 de noviembre de 1950 («BOE» de 10 de octubre de 1979), cuyo artículo 10 garantiza también estas libertades.

El primer problema que suscita la aplicación directa de la Constitución consiste en determinar si produjo la derogación de la Ley de Radiodifusión de 1934. Este problema, sin embargo, ha pasado a un segundo plano al haberse promulgado el «Estatuto de la Radio y la Televisión», aprobado por Ley de 10 de enero de 1980. Es la constitucionalidad de este texto la que ahora se cuestiona o, al menos, su interpretación «conforme a la Constitución».

En el momento actual son dos los problemas que la regulación de la televisión suscita: la del monopolio estatal de la radiodifusión

(37) Es cierto que la libre expresión de las ideas se encontraba ya recogida en el artículo 12 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945 («Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado»). Pero esa declaración no tenía otra eficacia que aquella que le atribuyese las leyes dictadas para el ejercicio de esos derechos (art. 34 del Fuero de los Españoles: «Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero»); sin que existiese bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales medio alguno para controlar la adecuación de las leyes ordinarias a lo dispuesto en las Leyes Fundamentales.

y de la televisión como «servicios públicos esenciales» y, en su caso, la clase de norma que ha de regular la televisión privada.

Salta a la vista que los dos problemas tienen un planteamiento constitucional que procede, el primero, de la Constitución italiana, y el segundo de la Constitución alemana:

a) La calificación de la radiodifusión y la televisión como un servicio público esencial, de interés general y reservado al Estado resulta de una combinación de lo dispuesto en los artículos 20 y 128 de nuestra Constitución, preceptos que proceden claramente de la Constitución italiana:

«Art. 20, 1, a) de la Constitución española:

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.»

«Art. 128, 2 de la Constitución española:

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá *reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio*, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

«Art. 21 de la Constitución italiana:

Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.»

«Art. 43 de la Constitución italiana:

A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.»

Es muy marcado el paralelismo entre los preceptos transcritos, pero también muy significativa alguna de las diferencias que entre ellos se observan. Por ejemplo, la «reserva al Estado en la Constitución italiana» y la «reserva al sector público en la Constitución española». Y muy especialmente la importante diferencia que se observa en cuanto a la reserva de los «servicios esenciales»: En la Constitución italiana la reserva se refiere a «servicios esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio», mientras que en la Constitución española la reserva es de «los servicios esenciales especialmente en caso de mono-

polio», lo que quiere decir que en la constitución española el monopolio, por sí mismo, no es un supuesto que legitime la reserva, sino que ésta se produce cuando además, afecta a un servicio esencial (38).

b) La naturaleza de la norma que debe regular la televisión privada es, por otra parte, un problema cuyo planteamiento y solución se encuentra en el artículo 53 de la Constitución, precepto redactado, claramente, en base al artículo 19 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Sobre tal problema, como hemos visto, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de junio de 1981 que motiva este comentario.

Pues bien, veamos ahora cuál es la solución de ambos problemas a la vista de nuestra Constitución.

B) *La inconstitucionalidad del monopolio de televisión*

La televisión es un medio de comunicación social (39). Como tal medio no es un fin en sí misma, sino un instrumento al servicio de otros derechos y libertades (la información, la expresión, la cultura). Pero la información y la expresión del pensamiento pueden realizarse por otros medios distintos de la televisión (por ejemplo, por la prensa, la radiodifusión, las reuniones, etc.), de manera que el problema del monopolio de la televisión no consiste tanto en que impida la libertad de información y de expresión como en que impide que ese medio sirva plenamente a hacer efectivas esas libertades. Esto es, in-

(38) La doctrina italiana constituye, pues, un precedente que debe tenerse en cuenta para la interpretación de las normas constitucionales indicadas, pues, salvo las diferencias ya señaladas, guardan por lo demás una evidente simetría. Junta a las sentencias del Tribunal Constitucional italiano, antes reseñadas, deben destacarse los estudios publicados en la obra colectiva *Aspetti o tendenze del diritto costituzionale—Scritti in onore di Constantino Mortati—*, redactada con ocasión del XXX aniversario de la Constitución italiana, Roma, 1977, especialmente FRANCESCO D'ONOFRIO, *Riforma dei servizi radiotelevisivi e sistema di governo: alcune riflessioni*, y EGIDIO TOSATO, *Sul regime giuridico della televisione*, y el libro de ROBERTO ZACCARIA, *Radiotelevisione e costituzione*, Milán, 1977.

(39) El artículo 1.º, 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley de 10 de enero de 1980, la define en estos términos:

«Se entiende por televisión la producción y transmisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o mediante cables destinados mediata o inmediatamente al público en general, o a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios.»

fringe el mandato constitucional de que esas libertades puedan ejercerse por cualquier medio de difusión.

Teóricamente, el «pluralismo» que constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1.º) puede respetarse en el ámbito de la televisión de dos maneras: creando un sistema de libertad y concurrencia de múltiples emisoras, cada una de las cuales refleja alguna de las variantes sociales y culturales que aquí operan (pluralidad externa), o bien estableciendo un monopolio gestionado de forma que en sus órganos y en sus programas participen equilibradamente las diferentes tendencias que dan lugar a la pluralidad social (pluralidad interna).

Pero ambas soluciones no tienen el mismo valor. No se trata de una alternativa que permita una elección entre sus términos. La «pluralidad externa» refleja el máximo de libertad si se dan los presupuestos para que esa pluralidad exista. La llamada «pluralidad interna» o participativa es un mal menor para el supuesto de que la otra no sea posible técnica o económicamente. Entre el monopolio público y el monopolio privado es preferible el público si éste se organiza de acuerdo con los principios de la democracia pluralista.

Ahora bien, si todo monopolio entraña siempre e inevitablemente una pérdida de libertad, imposible de compensar por ningún procedimiento de participación interna, es obvio que esa pérdida de libertad sólo es lícita constitucionalmente, si produce un beneficio social tal que supera el daño que causa o si no existe una posibilidad real de establecer un sistema de auténtica libertad privada. Por ello el monopolio en materia de televisión se ha intentado justificar en los condicionamientos técnicos y económicos del medio que no ofrecen una alternativa real en régimen de libertad privada. Este planteamiento ha sido el que en la jurisprudencia italiana y alemana ha facilitado una evolución interpretativa de los presupuestos constitucionales de la legalidad del monopolio.

En la Constitución española la cuestión se plantea en estos términos:

De un lado se reconoce y garantiza la libertad de información y de expresión, así como la libertad de empresa, y de otro se permite la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. El juego de estos preceptos puede producir una colisión en cuanto que garantizan una libertad y, al mismo tiempo, permiten una reserva o mono-

polio sobre la misma materia. Pero tal colisión es aparente, pues de la propia Constitución derivan los criterios que determinan cuándo es aplicable uno u otro principio. En efecto, no tienen el mismo valor constitucional ni el mismo ámbito de aplicación la libertad de expresión y la reserva de servicios públicos.

a) La libertad de expresión [art. 20, 1, a), de la Constitución] permite a cualquier ciudadano no sólo difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, sino hacerlo por cualquier medio de reproducción. Esto último es aquí capital. Pues aunque la libertad de expresión puede canalizarse por diversos medios de comunicación, la Constitución no se ha limitado a garantizar esa libertad por «alguno» de los medios disponibles, sino por «cualquiera» de ellos, de modo que existe la garantía objetiva de que todos los medios de difusión conocidos están al servicio de la libertad de expresión. No se respeta, pues, la Constitución si la expresión de los pensamientos, ideas u opiniones, puede canalizarse por un medio y se excluye otro, pues en tal caso, aun siendo posible la expresión del pensamiento no lo es por cualquier medio, lesionándose entonces la garantía institucional de los medios de difusión que la Constitución ampara.

b) La libertad de *información* [art. 20, 1, d), de la Constitución] está integrada también por un doble elemento, subjetivo (derecho a comunicar o recibir libremente información) y objetivo (garantía institucional de los medios de difusión que permite su libre utilización para comunicar o difundir libremente información). De modo que también en este caso, explícitamente, la garantía constitucional de la libertad de información no se reduce a la difusión de la información por «algún» medio, sino que entraña la garantía de poder hacerlo por «cualquier» medio. Aquí además la garantía institucional refleja el mandato de que la información sea «veraz». La Constitución no garantiza una información independiente, objetiva, imparcial, sino una información «veraz», lo que implica un ideal a que sólo es posible acercarse por la vía de la libre concurrencia de diversos medios de información. Siendo la información inevitablemente selectiva (selectiva de aquello de que se informa y selectiva de los aspectos de aquello sobre lo que se informa), la veracidad se plantea como un problema de síntesis o de «comprensión global». No basta, en efecto, la garantía institucional de la independencia, objetividad y honradez profesional de quienes asumen la tarea de informar, sino que es necesaria la ga-

rantía de que el proceso de integración de la opinión se va a formar en la confluencia de diversas informaciones. La integración de lo que siendo verdad es relevante para unos con lo que, siendo también verdad, es relevante para otros hace posible la aproximación a la idea de información veraz de que habla la Constitución. De ahí que la posible utilización de cualquier medio de difusión no sea más que la garantía de que el mayor número de cauces posibles van a poder ser utilizados para integrar la información veraz. El monopolio de cualquier medio de información, aunque éste se organice incorporando técnicas «democráticas» y «participativas» entraña siempre una limitación de la libertad que es ilegítima desde la perspectiva constitucional salvo que se justifique en base a otra libertad prevalente o en base a la inexistencia de una auténtica alternativa.

c) El Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley de 10 de enero de 1980, parece asumir el monopolio estatal invocando la naturaleza de servicio público esencial de la radiodifusión y la televisión. Su artículo 1.º, número 2, dice: «La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado». Es evidente que se trata de una aplicación del artículo 128, párrafo 2, de la Constitución: «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.» Esta aplicación, en la hipótesis de que realmente implique el mantenimiento del monopolio —cuestión que el Estatuto no permite deducir con claridad—, infringiría no sólo el sentido del mismo artículo 128, sino también preceptos de más alto valor constitucional, como son los artículos 20, 1, a), 20, 1, d) (así resulta de lo dispuesto en el artículo 53 y en el artículo 168).

Es evidente, de una parte, que la radiodifusión no es un servicio esencial en el sentido del artículo 128 de la Constitución porque ese precepto se refiere a actividades esencialmente económicas que pueden ser sustraídas a la libre iniciativa. El artículo 128 es el primero del título VII (Economía y Hacienda) y su párrafo segundo comienza reconociendo «la iniciativa pública en la actividad económica». Y esa continuación de ese reconocimiento cuando se prevé que algunos recursos o servicios esenciales puedan ser reservados al sector público. Parece claro, pues, que el llamado servicio de radiodifusión y televisión no se encuentra en el ámbito de aplicación de este precepto

porque no se trata de una actividad «económica» en el sentido del título VII de la Constitución, sino de una actividad informativa y cultural cuyas implicaciones económicas, aunque sean importantes, no son determinantes de su naturaleza.

En todo caso, cuando esta reserva implica la limitación de una libertad garantizada por la Constitución (aquí se trata de la libertad de utilizar cualquier medio de reproducción y de la libertad de utilizar cualquier medio de difusión) tiene que estar amparada en la propia Constitución, esto es, en el cumplimiento de una garantía constitucional que prevalezca sobre el derecho limitado; o bien, fundada en una exigencia del mismo derecho que se limita. En el caso de la televisión está claro que tal limitación sólo se ha justificado cuando la propia naturaleza técnica y económica del medio lo imponía a) no admitir una auténtica situación de libre concurrencia. Al desaparecer esta situación, al menos a nivel local, desaparece también la única justificación constitucional del monopolio estatal (40).

C) *Regulación por ley de la televisión privada*

La inconstitucionalidad del monopolio de la televisión cuando se da la circunstancia de que técnica y económicamente es posible la existencia de un régimen de libertad, no implica que esa libertad pueda quedar al libre juego de las fuerzas sociales y económicas. La garantía institucional de los medios de comunicación, esto es, la garantía que la Constitución presta de que la libertad de expresión y de información pueden manifestarse «por cualquier medio» obliga al legislador a dictar las normas legales que configuren los medios de comunicación. En este caso la Constitución no sólo establece la prohibición de que se limite esa libertad, sino que impone una configuración positiva de la misma. El legislador no puede imponer un monopolio público, pero tampoco puede permitir un monopolio privado ni un ejercicio arbitrario por el ejecutivo del uso del medio. El legislador, pues, tiene el

(40) Los espectaculares avances de la tecnología del video y de la televisión están produciendo una radical transformación de los presupuestos sobre los que hasta ahora ha actuado la legislación y la jurisprudencia. El 19.º Salórn Internacional de la Imagen, el Sonido y la Electrónica (Sonimag), Barcelona, 1981, ha mostrado ya que las técnicas conocidas —y las que con toda probabilidad pronto entrarán en funcionamiento— están trastocando por completo las bases sobre las que hasta ahora se sustentan los monopolios de la televisión en las sociedades libres.

deber de regular mediante ley material —no por simple autorización formal— la configuración de la televisión privada. Así lo dispone el artículo 53,1 de la Constitución: «Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.» A la ley corresponde regular los elementos esenciales de esa libertad, esto es, aquellos que garantizan su existencia e impiden el abuso público o privado de los mismos. Esta es materia reservada a la ley por la Constitución y, concretamente, a ley orgánica (art. 81) (41).

(41) La cuestión no parece ofrecer la menor duda. Los términos categóricos en que se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de junio de 1981 (véase más atrás apartado III, 2) son literalmente aplicables al derecho español, pues, como hemos visto, los preceptos que garantizan «el contenido esencial» de los derechos y libertades y que suponen su regulación por ley son equivalentes en las Constituciones de ambos países. Es obvio, por otra parte, que el Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley de 10 de enero de 1980, no contiene una regulación configuradora de la televisión privada, de modo que aun en la hipótesis de que tal Estatuto admitiera una «interpretación conforme a la Constitución», sería necesaria, ineludiblemente, una ley aprobada por el Parlamento que configure esa libertad. No sería suficiente tampoco una «ley de autorización» que habilite a la Administración para regular reglamentariamente esta materia. Nuestra Constitución exige una ley orgánica que determine la solución de los problemas fundamentales que el ejercicio de esta libertad implica.