

STC 127/1994, de 5 de mayo (Pleno)**Recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 1363, 1364, 1412 y 1430/1988**

Ponente: Magistrado don José Vicente Gimeno Sendra.

(B. O. E. de 31 de mayo de 1994)

RESUMEN**I. Constitución**

Arts. 3.2 (Lenguas oficiales de CC AA), 3.3 (Protección de pluralismo lingüístico), 20.1.a) (Libertad de expresión) y d) (Libertad de información), 38 (Libertad de empresa), 53.1 (Regulación por ley de los derechos fundamentales), 81.1 (Leyes orgánicas), 128.2 (Iniciativa pública en actividad económica) y 149.1.21.ª (Competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones y radiocomunicación) y 27.ª (Idem sobre bases de medios de comunicación social).

II. Acto impugnado

Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

III. Decisión del Tribunal Constitucional

Desestimar los recursos de inconstitucionalidad.

Hay votos particulares formulados, respectivamente, por los Magistrados don José Gabaldón López, don Carles Viver i Pi-Sunyer, don Luis López Guerra y don Pedro Cruz Villalón (a este último se adhieren don Rafael de Mendizábal Allende y don Julio Diego González Campos).

IV. Fundamentos jurídicos

No todo lo que «afecte» a los derechos fundamentales constitucionalizados en el artículo 20.1 de la CE es un desarrollo directo de esos derechos, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiere de una disposición de las Cortes emanada con forma de Ley Orgánica [3.B)].

La Ley enjuiciada no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de radiodifusión ni siquiera de todas las modalidades constitucional y técnicamente posibles de televisión privada.

El Legislador se ha limitado a ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles: la de cobertura nacional y mediante emisiones de señales por ondas. Nada impide la existencia de diversas Leyes que regulen las distintas modalidades televisivas técnica y constitucionalmente posibles.

La libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales. Pero tampoco es menos cierto que la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la CE. Son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan.

Puede, por eso, decirse que la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesiona-

rias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión no es realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de derechos fundamentales, que es lo que la CE reserva a la Ley Orgánica en su artículo 81.1 [4 A), B) y C)].

Intimamente unido con el problema anterior, se encuentra que el Plan Técnico Nacional de Televisión Privada (art. 5.1 de la Ley) se apruebe por Real Decreto del Gobierno. No hay aquí vicio de inconstitucionalidad. Incluso en los ámbitos reservados por la CE a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento [5].

La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la CE. El artículo 128.2 de la CE permite a la Ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales». Es ésta una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas.

No obstante, la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata, sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico.

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no impide que los Estados sometan a las empresas de televisión «a un régimen de autorización previa». Y la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce es una variante de autorización previa.

Estas razones nos llevan a declarar que la calificación de la televisión como un servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa.

De igual manera, conviene subrayar que la selección del titular de la concesión en que la declaración de servicio público se traduce debe efectuarse con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los Tribunales ordinarios.

Por otra parte, la estricta libertad de empresa (art. 38 de la CE) no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión. En este contexto, la noción de servicio público es una técnica que puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas [6.B) y D)].

En la demanda se razona sobre la posibilidad real de emisiones de televisión privada con cobertura territorial limitada o local que, ciertamente, la CE no impide. Pero es obvio que de ahí no puede deducirse un vicio de inconstitucionalidad de una norma (art. 4.3 de la Ley) que fija un número máximo de concesiones de alcance nacional y no local, precisamente en virtud de ese ámbito nacional y después de valorar los condicionamientos publicitarios, económicos y financieros, así como técnicos existentes [7].

Por lo que respecta a la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas cabe decir lo que a continuación se expone.

La Ley regula la televisión privada —básicamente— de ámbito nacional y no contempla las televisiones públicas —y entre sus variantes el llamado tercer canal— ni la televisión de alcance local o autonómico.

Los títulos competenciales dispuestos en el artículo 148.1.21 de la CE y en el apartado 27 del mismo precepto se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no puede desligarse totalmente, aunque no deben llegar a solaparse, configurando *res mixtae*.

Aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento a través del cual la radio y la televisión aquí se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia «radiocomunicación» y, por tanto, de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.21.

El procedimiento de adjudicación de las concesiones de emisoras de difusión, el otorgamiento y las facultades accesorias de estas principales de inspección y sanción se encuadran en el artículo 149.1.27 de la CE. Es cierto que el otorgamiento de una concesión configura una facultad de ejecución, pero de ahí no cabe deducir que no pueda la competencia estatal para emanar normas básicas en esta materia ofrecer cobertura a tal fa-

cultad que la Ley atribuye al Gobierno (arts. 8 y ss. de la Ley). Sólo el Gobierno, en cuanto al órgano general del Estado, puede adjudicar un número escaso de concesiones de emisoras con cobertura nacional, ámbito territorial que supone, además, una razonable limitación al ejercicio de las competencias autonómicas.

Sentada la titularidad estatal de la facultad de otorgar las concesiones, deben ir aparejadas a esta facultad principal del Estado las potestades accesorias a la misma.

Respecto de la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, los contenidos que al mismo atribuye el artículo 5.2 de la Ley incumben, más allá de cualquier duda razonable, a la competencia exclusiva del Estado para ordenar las telecomunicaciones y la radiocomunicación; y de ahí que sea constitucionalmente lícita su aprobación por el Gobierno.

El Estatuto de la Radio y la Televisión menciona el respeto al pluralismo cultural y lingüístico de las nacionalidades y regiones entre los principios que deben inspirar la actividad de los medios de comunicación del Estado. Y no se alcanza a ver razón alguna por la cual el respeto a esos mismos principios que el artículo 3.3 de la CE reconoce como una riqueza del patrimonio cultural de España, no deba operar también para los medios de televisión privados [8.A), B) y C)].

Hubiera sido procedente otorgar a la Ley 10/1988 la forma de Ley orgánica. Cuando una Ley lleva a cabo, como la presente, la regulación de una actividad que, no ya afecta, sino que condiciona en su propia raíz el ejercicio de un derecho fundamental hasta el punto de posibilitarlo o impedirlo, no se está ante una afección a aquel derecho, sino a su propio desarrollo.

La atribución al Estado de la titularidad, como servicio público, de la televisión sustrae del ámbito de las facultades privadas la posibilidad de organizar medios de televisión para comunicar a través de ellos información. La naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada, con este sistema, al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión. De ello resulta la necesidad de una decisión acerca de la exigencia para su regulación de una Ley que adopte el carácter de orgánica.

La declaración de servicio público supone que la Administración asume el derecho a ejercer la libertad de información. La Ley ahora discutida parte de que lo concedido no es ya un derecho originario del individuo, sino un derecho otorgado, un derecho derivado del que asumió el Estado.

Los bienes de interés público que exigen una reglamentación y una intervención autorizada se logran con un régimen de licencias que, manteniendo la titularidad del derecho en los particulares, es respetuosa con su contenido esencial, en contra de lo que implica el régimen de concesión administrativa.

Las anteriores consideraciones fundamentan una declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley [voto particular de don José Gabaldón López].

Si se parte de la premisa de que el derecho de creación de los medios de difusión forma parte de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, debe concluirse que una parte del mismo —que coincide con varios preceptos de la Ley enjuiciada— requiere desarrollo por Ley orgánica.

Los aspectos objetivos y aun los institucionales del derecho a la creación de medios de difusión televisiva, no pueden alterar la naturaleza del derecho subjetivo de libertad que le es propia.

Puede aceptarse la constitucionalidad de la declaración de servicio público de titularidad estatal, la gestión indirecta del mismo a través de concesión administrativa e incluso el número máximo de tres concesiones, siempre y cuando se interprete, como hace la S., que la Ley sólo se refiere a una de las varias modalidades de televisión sin que el legislador pueda diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable la regulación de los demás medios de difusión televisiva hoy disponibles [voto particular de don Carles Viver i Pi-Sunyer].

Mi discrepancia en relación con la S. se refiere a la no exigencia del rango de Ley orgánica respecto de algunos de sus preceptos. En mi opinión, al tratarse éstos de disposiciones que representan un desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) de la CE deberían haber asumido la forma de Ley orgánica.

El imprescindible marco normativo, que hace posible el ejercicio del derecho a informar y comunicar, debe entenderse como un desarrollo del mismo, y, por tanto, se encuentra sujeto a la previsión del artículo 81.1 CE.

La opción por una televisión como «servicio público» (art. 1), aun cuando no sea una opción inconstitucional, si representa una decisión tan relevante para el ejercicio del derecho a

informar y comunicar que difícilmente puede estimarse que no es «desarrollo» del mismo [voto particular de don Luis López Guerra].

La Ley 10/1988, de Televisión Privada, incorpora una decisión básica, fundamental en el desarrollo normativo de la libertad de creación de medios de difusión; «desarrolla», pues, la CE de manera directa y en un elemento esencial para la definición del derecho, y lo hace, a la vez, con unos caracteres restrictivos que sólo puede legitimar el respaldo de la mayoría cualificada propia de la Ley orgánica.

No cabe duda de que la fórmula de gestión indirecta de un «servicio público esencial» constituye una de las formas más modestas que quepa imaginar de supresión del monopolio estatal televisivo. Su legitimidad hubiera necesitado cuando menos el respaldo parlamentario reforzado previsto en el artículo 81 CE [voto particular de don Pedro Cruz Villalón].

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver i Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de inconstitucionalidad números 1363, 1364, 1412 y 1430/1988, acumulados, promovidos, respectivamente, según su orden de registro, por don Ramón Riu i Fortuny, Abogado de la Generalidad de Cataluña, en nombre y representación del Consejo Ejecutivo de la misma; doña Inmaculada Folchi i Bonafonte, Letrada del Parlamento de Cataluña, en representación y defensa de la Cámara; don Juan Carlos de Silva Ochoa, Letrado del Parlamento Vasco y en nombre y representación del mismo, y por don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Comisionado a tal efecto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso y en nombre y representación de cincuenta Diputados de dicho Grupo; recursos promovidos contra la totalidad (núm. 1430/1988) y una pluralidad de artículos (núms. 1430/1988, subsidiariamente, y núms. 1363, 1364 y 1412/1988) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, tal y como se citan en los respectivos suplicios de los recursos. Ha comparecido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta del Gobierno de la Nación y ha sido Ponente el Magistrado don José Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer del Pleno del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado con número 1368/1988 en este Tribunal el 28 de julio de 1988, don Ramón Riu i Fortuny, Abogado de la Generalidad de Cataluña y en nombre y representación del Consejo Ejecutivo de la misma, promovió recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 4.2 y 5.1, en relación con los artículos 5.2.c), 8.1, 9.1.d), 9.2 y 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

2. El recurso se funda en las siguientes alegaciones:

A) La Ley impugnada no responde al enunciado de su título, pues en ella no se dispone el acceso de los par-

ticulares al libre servicio de las actividades televisivas, sino una mera regulación de la concesión a entidades privadas de tres canales de televisión de titularidad estatal. Además, la Ley mantiene una constante ambigüedad desde la óptica competencial, que no se aviene con la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada (art. 9.3). Y, en este ámbito, la claridad de la delimitación competencia es, si cabe, más necesaria, porque puede suceder como ocurrió con el artículo 14.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), donde, después de exigirse la creación por una Ley autonómica de los Consejos Asesores del Delegado Territorial de RTVE y de haberse promulgado tal Ley, todavía hoy no ha sido nombrado el Delegado Territorial en cuestión, y siete años después el citado Consejo Asesor no ha empezado a funcionar. Los enunciados muy generales en las Leyes, en suma, no son bastantes para garantizar las competencias autonómicas.

El recurso denuncia, pues, vicios de incompetencia sustancialmente derivados de la ambigüedad de la Ley.

La Ley en su artículo 1 proclama que su objeto es regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión «cuya titularidad corresponde al Estado»; desde ahí toda la Ley tiene un sentido anfibológico como el propio término Estado. Dentro del mismo Capítulo Primero, en su artículo 4, se ordena un sistema de cobertura mixta por el cual el objeto de la concesión son emisiones de programas con cobertura nacional, pero previéndose la posibilidad de emisiones «para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada»; sin embargo, es nula la participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración de ese Plan, así como más que discutible su rango normativo reglamentario, y es obvia la indefinición de tales zonas territoriales. Unos extremos que evidencian un primer vicio de incompetencia.

El segundo bloque de motivos de incompetencia procede de la ausencia de participación autonómica alguna en el otorgamiento de concesiones que han de permitir emitir en el territorio autonómico (Capítulo Segundo), ello es así tanto en la fase de regulación del procedimiento de adjudicación como en la de otorgamiento en sentido estricto.

Se dejan en todo caso fuera del ámbito del recurso los Capítulos Tercero y Cuarto de la Ley.

B) Por lo que atañe al marco de las competencias en materia de televisión, la Constitución en su artículo 149.1.27 reserva al Estado la competencia para dictar normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades de desarrollo y ejecución que correspondan a las Comunidades Autónomas.

mas. Una regulación que impide excluir u obstaculizar la misma existencia de competencias autonómicas en la materia.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 16, dispone dos reglas en sus apartados primero y tercero: que la Generalidad asume competencias de desarrollo legislativo y ejecución del régimen de radiodifusión y televisión «en los términos y casos» establecidos en la Ley que regule el Estatuto jurídico de la Radio y la Televisión; y que en los términos establecidos en los apartados anteriores de este artículo, la Generalidad podrá regular, crear y mantener su propia televisión y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines.

El primer elemento de discusión es el alcance que quepa dar a la remisión expuesta (art. 16.1 del Estatuto de Autonomía) al Estatuto de la Radio y la Televisión. No es, sin duda, una atribución competencial genérica al Estado. Así, en la STC 10/1982, se reconoció que no puede interpretarse en un sentido que deje sin contenido las competencias autonómicas de desarrollo normativo y ejecución. De nuevo, en la STC 26/1982 se dijo que no era una norma habilitante de competencia en sentido estricto y al margen de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Y en la STC 76/1983 se reconoció que el Estado—salvo por el mecanismo del artículo 150.2 de la Constitución— no puede atribuir competencia alguna por Ley. Al cabo, la autolimitación estatutaria no puede suponer la «aniquilación» o exclusión de las competencias autonómicas (STC 21/1988) de desarrollo normativo y ejecución.

Por otro lado, el artículo 16.3 del Estatuto de Autonomía permite a la Generalidad «crear, regular y mantener» su «televisión propia», de suerte que no pueden confundirse las normas dispuestas en el apartado 1.º y en el 3.º. Debe, por tanto, corresponder a la Generalidad la posibilidad de disciplinar el régimen jurídico de una televisión, aunque esto se haga respetando bases estatales. Esta posibilidad no puede vaciarse de contenido. Y para preservar esa competencia autonómica la Ley recurrida debe ser interpretada correctamente.

Es preciso, por ello, aclarar que la Ley discutida se refiere a la televisión de titularidad estatal gestionada por el Estado y que no afecta al establecimiento de una televisión propia de Cataluña ni a la gestión por la Generalidad de un canal de titularidad estatal. Conviene reconocer la existencia de estas tres variantes televisivas.

Además, la remisión del artículo 16.3 del Estatuto de Autonomía a los términos expuestos en los apartados anteriores se refiere, únicamente, a lo común a esos dos apartados, es decir, a las normas básicas estatales, pero no a los «términos y casos establecidos en la Ley...».

Tampoco puede confundirse la previsión estatutaria *ex* artículo 16.3 de una televisión propia de Cataluña con el mandato de la Disposición transitoria octava de dicho Estatuto que atiende a la gestión por parte de la Generalidad de un canal de televisión de titularidad estatal en régimen de concesión, el llamado tercer canal. La utilización del verbo «supone» en dicha disposición corrobora esta afirmación, quiere decirse que la competencia asumida en el artículo 16.3 del Estatuto comprende la gestión de un tercer canal, pero no se agota en este supuesto. Esta conclusión se corrobora cuando se cae en la cuenta de que en el citado artículo 16.3 se alude también a la radio, pero no se hace lo mismo en la Disposición transitoria de referencia. Incluso hay Estatutos de Autonomía (Andalucía, Cana-

rias y Baleares) con cláusulas como las del artículo 16.3 y que no poseen contenidos similares a los de la Disposición transitoria octava. En definitiva, no puede restringirse el ámbito del artículo 16.3 por su conexión con ese otro precepto, que tiene una finalidad transitoria y no permanente.

Sentado cuanto precede, debe esclarecerse si hay contradicción entre la competencia autonómica expuesta y la definición de la televisión como un servicio público de titularidad estatal (art. 1 de la Ley). La necesidad de hacer posible la validez de ambas definiciones obliga a pensar que la declaración del artículo 1 de la Ley no afecta a las competencias autonómicas y va únicamente dirigido a las televisivas estatales. La Ley «se inhibe del problema autonómico».

Es cierto que el artículo 128 de la Constitución permite reservar al sector público recursos o servicios esenciales mediante Ley, pero este precepto no puede aplicarse a un derecho fundamental de los contenidos en el artículo 20 de la Constitución.

Y si el Estatuto de Radio y Televisión hubiese querido hacer todas las televisiones de titularidad estatal (de acuerdo con el art. 1.2) no hubiera insistido en puntualizar que los canales concedidos a las Comunidades Autónomas son de titularidad estatal, pues en tal caso ésta sería una afirmación superflua de la lectura del Real Decreto 2625/1982, de 24 de septiembre, de traspasos en la materia.

C) La Ley impugnada no precisa el carácter básico o no de sus preceptos con la inseguridad jurídica que ello entraña. Ya se ha dicho que la cláusula del artículo 1 «cuya titularidad corresponde al Estado», referida al servicio público esencial de televisión, debe ser interpretada como que la Ley tiene por objeto las televisiones del Estado en régimen de gestión indirecta y no las propias o de la titularidad de una Comunidad Autónoma. Pues si se entendiera como una calificación global del servicio público en todas sus variantes se violaría el Estatuto de Autonomía. La Ley debe interpretarse a la luz del bloque de la constitucionalidad y no a la inversa.

Esta exégesis fue defendida por la Diputada miembro de la ponencia señora Balletbó en el debate parlamentario («Diario de Sesiones», Comisión, Congreso de los Diputados, núm. 203, pág. 7247) como respuesta a una intervención del Diputado señor Espasa, requiriendo que se hiciera explícito el alcance de la Ley en relación con las televisiones autonómicas: «ésta es una ley de concesión de tres canales de televisión; es eso, no es otra cosa. Por tanto, no es una Ley que pretenda, ni mucho menos, regular las televisiones autonómicas». También el señor Martín Toval, en el debate en el Pleno («DCSD», Pleno, núm. 53, pág. 3152): «es por eso, señorías, reitero, que aquí no se contemplan competencias de las Comunidades Autónomas porque no son del caso; no porque se nieguen esas competencias, sino porque lo que se regula no les afecta directamente».

Mas estas afirmaciones no son tan ciertas, porque de la naturaleza de una competencia compartida sobre televisión se deriva la existencia de un principio de participación de la Generalidad en la televisión de titularidad estatal, dado que las Comunidades Autónomas forman parte del Estado. El artículo 2.3 del Estatuto de Radio y Televisión es un claro reconocimiento de esto cuando se refiere al control parlamentario autonómico de los canales estatales en emisoras de ámbito territorial autonómico.

Pero todo esto atañe, por otro lado, al otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio,

lo cual hace pensar que la Generalidad debe ostentar cuando menos las competencias que en materia de radiodifusión sonora se le reconocieron en la STC 26/1982. De manera que no puede alejarse a la Comunidad Autónoma de este aspecto, desconociendo sus competencias de desarrollo normativo y ejecución so pretexto de la emanación de normas pretendidamente básicas e incumpliendo los requisitos formales que tales normas constitucionalmente requieren, y sobrepasando los límites a las mismas. Así ocurre con el establecimiento de unas condiciones mínimas para la concesión de los canales, y con la emisión de programas para unas zonas territoriales que no se delimitan y que se habilita al Plan Técnico Nacional de Televisión para fijar; en nada de esto participan las Comunidades Autónomas.

D) La inconstitucionalidad que a la Ley se imputa procede de los artículos 4.2, 5.1 c), preceptos que configuran el llamado Plan Técnico Nacional de Televisión Privada.

El citado artículo 4.2 deja en absoluta indefinición el ámbito, previsto en la concesión, de las emisiones de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan. No hay razón técnica alguna que justifique esta medida; tal ámbito debe coincidir con el del territorio de las Comunidades Autónomas por razones de adecuación a la estructura del Estado, de no haber motivos técnicos que lo impidan. De hecho, es obvio que la Ley reguladora del tercer canal (Ley 46/1983, de 26 de diciembre) adopta como ámbito subestatal el de las Comunidades Autónomas. Además, la solución seguida por la Ley recurrida es contradictoria con la remisión que hace el artículo 3 de la Ley al artículo 4 [letra c)] del Estatuto de la Radio y la Televisión que contempla el pluralismo lingüístico como un principio inspirador de la actividad de los medios de comunicación del Estado. El respeto a la cooficialidad lingüística parece imponer esta interpretación.

Lo mismo cabe decir de los artículos 5.1 y 5.2 c) que prevén la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada sin ajustarse al mapa autonómico, cercenando, por tanto, la cooficialidad lingüística, así como quebrando el deber general de fidelidad a la Constitución.

Por otra parte, la dimensión territorial de las emisiones debe considerarse como un elemento básico cuya configuración ha de hacerse por Ley formal.

E) En relación a la adjudicación de las concesiones, la Ley ha optado por la inexistencia de tres concesiones y cada una de ellas debe prever unas horas de programación en ámbitos territoriales menores al nacional. La exclusión en el Capítulo Segundo de cualquier tipo de intervención autonómica debe llevar a pronunciar la inconstitucionalidad de los artículos 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11, así como «la nulidad de toda concesión otorgada en un concurso público realizado de conformidad con lo que disponen esos preceptos». La atribución del otorgamiento de las concesiones en exclusiva al Gobierno es contradictoria con la naturaleza de los requisitos legalmente previstos, porque «las necesidades de la programación con una cobertura limitada a cada una de las zonas territoriales...», por razones de proximidad y sensibilidad, sin duda, podrían ser mejor apreciadas por las Comunidades Autónomas; especialmente en lo relativo a las necesidades lingüísticas. Las mismas consideraciones pueden extenderse a los artículos 8.1, 9.2 y 11. No cabe duda de que la presencia de nuevos canales con programaciones de ámbito estatal supondrá un incremento de las horas de emi-

sión en castellano «con el consiguiente desequilibrio en el proceso de normalización lingüística emprendido por expreso mandato estatutario». Así el artículo 14, también impugnado, prohíbe expresamente que la duración diaria de la programación con cobertura limitada pueda exceder de la programación con cobertura nacional y, en cambio, no pone límite a la situación inversa: las emisiones en lengua castellana. Todo lo cual es contrario a la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988 (Autos 407/87) que reconocía la necesidad de establecer medidas de fomento del catalán. Y no puede obviarse la trascendencia de las emisiones televisivas en la normalización lingüística del catalán. En consecuencia —a juicio de la demanda—, del artículo 3 de la Constitución y del artículo 3.2 del Estatuto de Autonomía se deriva la inconstitucionalidad del artículo 9.2 de la Ley que al establecer los criterios de valoración de las ofertas presentadas desconoce el respeto a la oficialidad del catalán.

F) Como conclusión, la ambigüedad de la Ley desde la óptica competencial permite en el artículo 1 una interpretación salvadora de las competencias autonómicas *ex* artículo 16.3 del Estatuto de Autonomía. Pero no es ése el caso de los artículos 4.2, 5.1 y 5.2 c) que incurren en inconstitucionalidad por diversos motivos: por quebrantar las garantías formales de consagración de las bases en normas con rango de Ley, dada la remisión al Reglamento para delimitar zonas territoriales de emisión; por violar la seguridad jurídica en virtud de las mismas razones; por infringir el principio de organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución); por impedir de hecho la cooficialidad de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas; por excluir a las Comunidades Autónomas de la elaboración del Plan Técnico Nacional.

Respecto de los artículos 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11 de la Ley, son inconstitucionales por atribuir exclusivamente al Gobierno, de nuevo con exclusión de las Comunidades Autónomas, el otorgamiento de las concesiones.

Finalmente, el artículo 9.2 es inconstitucional por incumplir el deber de respeto de las distintas lenguas de España.

En virtud de lo cual, se solicita se dicte una declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4.2 y 5.1, en relación con los artículos 5.2 c), 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11 de la Ley impugnada.

3. La Sección de Vacaciones del Pleno, por providencia de 12 de agosto de 1988, acordó: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, según dispone el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), con el fin de que se personaran en el proceso y formularan las alegaciones que estimaran pertinentes en el plazo común de quince días; y c) publicar la formalización del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

4. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse en este procedimiento y de poner a disposición del Tribunal Constitucional las actuaciones que pudiera precisar.

5. El Presidente del Senado, en escrito registrado el día 25 siguiente, se personó en el procedimiento y

ofreció su colaboración a los efectos dispuestos en el artículo 88.1 de la LOTC.

6. Por escrito registrado con número 1364/1988 el 28 de julio de 1988, doña Inmaculada Folchi i Bonafonte, Letrada del Parlamento de Cataluña y en nombre y representación de la Cámara, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la citada Ley 10/1988, de Televisión Privada.

7. El recurso tiene como fundamento las siguientes alegaciones:

A) Con carácter preliminar, se argumenta la legitimación del Parlamento de Cataluña para promover el recurso de virtud de las competencias autonómicas sobre televisión.

B) El objeto de la Ley recurrida es regular la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión cuya titularidad corresponde al Estado; dejando fuera de su ámbito tanto el llamado tercer canal como las competencias de la Generalidad para crear su propia televisión (art. 16.3 del Estatuto de Autonomía); estas dos últimas afirmaciones se corroboran con la lectura de la discusión parlamentaria de la Ley en el «Diario de Sesiones».

También en el ámbito de la gestión indirecta del servicio público de titularidad estatal la Generalidad ostenta competencias de desarrollo normativo y ejecución cuando el alcance de las emisiones coincida con el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (arts. 149.1.27 de la Constitución y 16 del Estatuto de Autonomía). Sin embargo, la Ley no prevé intervención autonómica alguna, exclusión que probablemente trata de justificarse por la falta de coincidencia entre el mapa autonómico y las zonas territoriales de cobertura televisiva limitada, según sean delimitadas por el Plan Técnico Nacional; así resulta también de la lectura del debate parlamentario en el «Diario de Sesiones»: el alcance supracomunitario de las emisiones televisivas de alcance superior al estatal.

Cuanto precede obliga a reflexionar sobre las reglas de deslinde competencial. El artículo 149.1.27 de la Constitución otorga al Estado la competencia para emanar normas básicas. En la STC 26/1982 se interpretó tal título competencial respecto de la radiodifusión sonora aclarando que se trata de una competencia compartida; otro tanto debe sostenerse ahora en relación a la televisión. El artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalidad competencias de desarrollo normativo y ejecución que no pueden vaciarse de contenido, tal y como se reconoció en la citada STC 26/1982, en la cual se matizó que la limitación recogida en la cláusula estatutaria «en los términos y casos» no permite vaciar de contenido la misma asunción de competencias. La fórmula «en los términos y casos» permite sujetar más intensamente las competencias autonómicas a las bases estatales, pero sin que llegue a privarse de contenido a éstas (STC 5/1982). En consecuencia, la autolimitación estatutaria recogida en el artículo 16.1 no permite extinguir las competencias autonómicas ni atribuye al Estado las facultades para ordenar toda la materia televisiva en sus aspectos legislativos y ejecutivos; así se reconoció en las SSTC 26/1982 y 44/1982 en materia de radio.

Pese a todo lo que se ha expuesto, la Ley impugnada no ha dejado margen alguna a las Comunidades Autónomas, «reservándose el Estado la integridad de la ma-

teria», y marginándose a la Comunidad Autónoma del otorgamiento de las concesiones y del control de su uso. Sin embargo, en las SSTC 26/1982 y 44/1982 se reconoció la competencia autonómica para regular el procedimiento de adjudicación y otorgar concesiones de emisoras de radio en FM en virtud de la cobertura local de estas emisiones.

Ahora, en cambio, la Ley discutida excluye a las Comunidades Autónomas (art. 5) de la elaboración del Plan Técnico Nacional y del otorgamiento de concesiones (art. 4), aunque comparte la emisión de programas en el territorio autonómico. Una marginación que contraviene el artículo 16 del Estatuto de Autonomía y el artículo 149.1.27 de la Constitución.

C) En efecto, respecto de las emisiones televisivas de cobertura limitada a las que se refieren los artículos 4.2 y 5.2.c) de la Ley, es decir, aquellas sobre ámbito territorial más reducido que el de cobertura nacional, la Ley se limita a decir que serán delimitadas por el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada aprobado por el Gobierno, sin fijarse legalmente criterio alguno. Esta indeterminación de la regulación legal atañe a un elemento esencial y deja totalmente en manos del Gobierno una ordenación de carácter básico; de manera que será el Gobierno quien determinará las competencias de la Generalidad en relación con las sociedades concesionarias. Es ésta una operación que debió hacer el legislador por razones formales conexas a las exigencias constitucionales para emanar bases. Cabría argumentar que la indeterminación legal no impide que el Plan Técnico reproduzca el mapa autonómico, pero no fue ésta la solución defendida por el Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso («DSCD», núm. 53, pág. 3137), quien negó la posibilidad de la televisión privada en el ámbito específico de cada Comunidad Autónoma. En definitiva, con la excusa de las áreas territoriales limitadas se excluye a las Comunidades Autónomas de toda intervención en la autorización de programas regionales, y acaba por sentarse una articulación contraria a la Constitución, pues se hacen de imposible ejercicio las competencias autonómicas; y no hay razones técnicas que obliguen a seguir un modelo de zonas distinto a los territorios autonómicos.

D) El artículo 5.1 de la Ley es inconstitucional, porque remite al Gobierno la elaboración de un Plan Técnico sin prever sus contenidos materiales, pese a la capital importancia de este instrumento, dado que allí se han de fijar los sistemas de transporte y difusión de señales, las bandas, canales, frecuencias y potencias; en definitiva, las condiciones necesarias para la prestación del servicio, todo lo cual tiene innegable incidencia en el ejercicio de las competencias autonómicas. Por ello, la indeterminación legal vulnera las reglas de distribución de competencias, pues se entrega en blanco una materia al Gobierno, y se vulnera la necesidad de formalizar las bases en Leyes, según se enfatizó en la importante STC 69/1988. La necesidad de aprobar estos extremos por Ley puede deducirse también de la reserva impuesta en el artículo 131 de la Constitución para la planificación. Y tampoco es extraña a la actividad normal de las Cortes Generales el recurso a la Ley en estos aspectos, v. gr.: Plan Energético, Plan Nacional de Carreteras, etc.; y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones ha establecido que el Plan Nacional de Telecomunicaciones se apruebe por el Parlamento.

E) El artículo 14 de la Ley es inconstitucional en cuanto omite toda referencia a la diversidad de lenguas españolas. En él se hace una detallada regulación

del contenido de la programación televisiva que no contempla la pluralidad lingüística y cultural del Estado que preservan el artículo 3.3 de la Constitución y el artículo 3 del Estatuto de Autonomía. La mera remisión en el artículo 3 de la Ley al artículo 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión no es una garantía bastante.

En virtud de lo expuesto, se solicita se declare la inconstitucionalidad de los artículos 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la Ley de la Televisión Privada.

8. La Sección de Vacaciones del Pleno acordó, en providencia de 12 de agosto de 1988, lo siguiente: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y demás documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por medio de sus Presidentes, y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, para que —según prescribe el artículo 34.1 de la LOTC— formularan las alegaciones que estimaran procedentes en el plazo común de quince días; c) publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

9. El Presidente del Senado, en escrito registrado el 25 de agosto de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

10. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse en el procedimiento y poner a disposición las actuaciones parlamentarias que pudieran precisarse.

11. Mediante escrito de demanda registrado el 2 de agosto de 1988, don Juan Carlos de Silva Ochoa, Letrado del Parlamento Vasco y en nombre y representación de la Cámara, promovió recurso de inconstitucionalidad (registrado con núm. 1412/1988) frente a una pluralidad de preceptos de la Ley de la Televisión Privada que se detallan en el suplico de la demanda.

12. Los fundamentos jurídicos del recurso son los que a continuación se relatan:

A) La Ley impugnada infringe la reserva de Ley Orgánica del artículo 81 de la Constitución. Si observamos el concepto de televisión que da el artículo 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, se cae en la cuenta de que a través de ella se ejercen los derechos fundamentales comprendidos en el artículo 20.1 de la Constitución; así la Ley, junto a otros extremos, regula el titular del derecho (art. 1), quiénes —en nombre del titular— pueden ejercerlo (arts. 2, 10 y 18 a 23), los principios inspiradores (art. 3), su objeto (arts. 4, 14 y 15), las condiciones para su ejercicio (arts. 5, 6 y 17), la autoridad correspondiente (art. 7), el régimen de infracciones y sanciones (arts. 24 a 26). Esta exigencia de Ley Orgánica puede desprenderse de la STC 74/1982 y de diversas elaboraciones de la doctrina científica.

B) Infringen el artículo 20.1 de la Constitución los artículos 2; 3; 4; 5.1; 5.2.a); 6; 7.1.c); 8; 9.1; 9.2; 10; 11; 12; 14.1; 14.3.a); 14.5; 14.6; 15; 16; 17; 18; 19; 21; 22; 24.2.a); 24.3.f); 24.4; 25.1; 26 y Disposición transitoria primera.

Según la Ley, la televisión es un servicio público esencial en los términos del artículo 128 de la Constitución (párrafo 1.º de la Exposición de Motivos). Si esto se une al concepto de televisión que da el artículo 1.4 del Estatuto de Radio y Televisión resulta que el Es-

tado es el titular del derecho a producir imágenes y servicios a través de ciertos medios técnicos. Pero «un derecho puede ser ejercido por su titular o por otro sujeto» y el objeto de esta Ley es precisamente regular la producción y transmisión de señales por particulares tras la correspondiente concesión administrativa. La declaración de una actividad como servicio público la incorpora a la esfera de acción de la Administración y la excluye de la acción libre de los particulares, de suerte que éstos se convierten en virtuales fideicomisarios de las facultades estatales, conservando los poderes públicos importantes facultades; transcurrido un plazo, la actividad vuelve al pleno dominio de la Administración. Pero lo más significativo es que nadie más que el Estado puede pretender la titularidad.

«En franca asintonía» con esto se encuentra la titularidad de los derechos comprendidos en el artículo 20 de la Constitución de los que gozan por igual todos los ciudadanos. Esta «suplantación» de la titularidad de los derechos no puede ser fundamentada en el artículo 128 de la Constitución, puesto que no cabe la reserva al sector público de actividades cuyo desempeño constituye un derecho fundamental.

La televisión, por tanto, no es sino un medio para el ejercicio del derecho fundamental esencialmente igual a la prensa o la radio. Pero se distingue de los demás medios de comunicación social por varias razones: a) utiliza —salvo en el caso del cable— un bien que no es susceptible de apropiación privada, esto es, el aire o espacio; b) las propias características del medio imponen un reducido número de emisiones; c) el coste actual de las instalaciones impide a cualquier ciudadano —de no contar con cuantiosos recursos económicos— la utilización de este medio; d) la trascendencia e influencia de la televisión es muy superior a la de cualquier otro medio de información de la opinión pública; e) se encuentra fuertemente disciplinada por el Derecho Internacional.

Estas peculiaridades excluyen que el ejercicio de la libertad de expresión a través de la televisión pueda hacerse al margen de la intervención de la Administración. Pero no hasta el extremo de expropiar a los ciudadanos la titularidad de su derecho para restituirles luego sólo algunas facultades a través de la concesión. Esto es así porque la titularidad de los derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución corresponde a los ciudadanos y, además, se trata de un derecho que se ejerce frente al Estado. Y, en segundo lugar, porque existen otros medios de intervención administrativa alternativos y menos lesivos que la concesión, puesto que entrañan un menor sacrificio para el derecho fundamental. La expropiación de la titularidad del derecho es una grave interferencia en el proceso de comunicación.

C) Infringen el artículo 149.1.27 de la Constitución y el artículo 19 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco los artículos 1; 4.1; 4.2; 6.1; 7.1.b), c) y d); 7.2; 8.1; 8.2; 9.1; 9.2; 11; 16; 17.3; 22; 24.5; 25.2; 25.3 y Disposiciones adicionales primera y segunda.

La Ley de la Televisión Privada cercena cualquier intervención autonómica, por lo cual deben considerarse viciados de la incompetencia todos aquellos preceptos que atribuyen competencias exclusivamente al Estado, entendido como Administración Central, y excluyen las facultades autonómicas de desarrollo normativo y ejecución. La Ley despreña, por otra parte, la estructura territorial del Estado y las peculiaridades culturales y lingüísticas del mismo. Se consagra así un «instrumento homogeneizado» en la formación de la

opinión pública que se superpone a los poderes públicos territoriales.

De acuerdo con cuanto se ha expuesto, se insta de este Tribunal que declare la inconstitucionalidad: *a)* de los artículos 1; 4.1; 4.2; 6.1; 7.1 *b)*, *c)* y *d)*; 7.2; 8.1; 8.2; 9.1; 9.2; 11; 16; 17.3; 22; 24.5; 25.2; 25.3 y Disposiciones adicionales primera y segunda por contravenir el artículo 19 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; *b)* de los artículos 2; 3; 4; 5.2 *a)*; 6; 7.1 *c)*; 8; 9.2; 10; 11; 12; 14.1; 14.3 *a)*; 14.5; 14.6; 15; 16; 17; 18; 19; 21; 22; 24.2 *a)*; 24.3 *f)*; 24.4; 24.5; 25.1 *c)*; 26 y Disposición transitoria primera por sus referencias al concepto de concesión administrativa que resultan contrarias al artículo 20.1 de la Constitución; *c)* de los artículos 5.1; 9.1; 12 en su inciso «y será transferible»; y 21.1 por vulnerar también el artículo 20.1 de la Constitución.

13. La Sección de Vacaciones del Pleno, en providencia de 12 de agosto de 1988, acordó: *a)* admitir a trámite el recurso; *b)* dar traslado de la demanda y demás documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para que formularan alegaciones en el plazo de quince días; *c)* publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

14. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el 25 de agosto de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración en los términos del artículo 88.1 de la LOTC.

15. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse y al tiempo poner a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudieran precisarse.

16. Don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Comisionado a estos efectos por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en escrito de demanda registrado el 4 de agosto de 1988, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a la totalidad de la citada Ley de Televisión Privada y, subsidiariamente, contra los artículos que en el suplico del recurso se citarán.

17. La demanda tiene como basamento las siguientes alegaciones:

A) Se impugna la totalidad de la Ley por imponer un sistema contrario a la libertad consagrada en los artículos 20, 53 y 81 de la Constitución. El propio título de la Ley efectúa una manipulación del lenguaje, pues realmente no se trata de una ley reguladora de la televisión privada, sino de la gestión indirecta de la televisión de titularidad estatal; se enmascara así una operación restrictiva de las libertades y de «publicación encubierta».

El artículo 1 de la Ley declara que la televisión es un servicio público esencial. El legislador ha optado por la decisión de regular una televisión cuya titularidad es del Estado, es decir, ha optado por el control. Porque o se defiende la libertad con todos sus riesgos o se defienden las invasiones de esa libertad. De ahí la responsabilidad del Tribunal sentenciador, dada la importancia de este medio de comunicación en una democracia de masas. Y si la televisión es un servicio público de titularidad estatal, «es evidente que no existe

televisión privada», porque un servicio no puede pertenecer a un titular público y privado a la vez. La Ley no privatiza la televisión, simplemente permite la gestión indirecta del servicio público; es una operación de «imagen» o de «apariencia jurídica». Por eso, causa sorpresa que la expresión «televisión privada» sólo aparezca en la Ley para acompañar el título del llamado Plan Técnico Nacional y que ni tan siquiera se une en el artículo 1 al precisar el objeto de la Ley. Conviene impedir la arbitrariedad del legislador y la «manipulación del lenguaje».

Estas consideraciones previstas de los actores permiten —a su juicio— afrontar el problema de si es posible configurar un derecho fundamental de libertad como servicio público esencial en un dilema entre libertad o estatalización. En efecto, las técnicas no son neutrales ante este dilema y, en concreto, la idea de servicio público es incompatible con el desarrollo de una libertad fundamental.

Así —con el fin de justificar la existencia de esta incompatibilidad— cuando el legislador se encuentra ante un derecho de libertad, como son los derechos protegidos en el artículo 20 de la Constitución, debe acudir a la Ley Orgánica (arts. 53 y 81 de la Norma fundamental) y, aunque se trate de actividades privadas de interés público, el carácter expansivo del principio de libertad obliga a respetar un principio de pluralidad que lleva a que no sea precisa la previa autorización en todo lo que no sea imprescindible. Es antagónico de este principio de libertad el principio institucional del servicio público. No puede aplicarse el artículo 128 de la Constitución a una libertad fundamental, ya que acaba por hacerse monopolio, mediante la titularidad estatal, lo que es una libertad; por eso, en este artículo no se exige la Ley Orgánica para reservar al sector público servicios esenciales y basta con una Ley ordinaria. La técnica de la concesión administrativa, además, supone la cesión en manos privadas de una esfera pública, lo cual no se compadece con el carácter privado de una libertad. La opción del legislador en favor del servicio público es, en consecuencia, arbitraria y lesiona la libertad consagrada en el artículo 20 de la Constitución y las garantías de los artículos 53 y 81. Son, por eso, en consecuencia inconstitucionales todos los artículos que derivan del principio concesional.

B) El segundo motivo de inconstitucionalidad afecta al artículo 1 de la Ley en la medida en que configura la televisión como servicio público y atribuye su titularidad al Estado.

No puede aceptarse como dice el preámbulo de la Ley que el Tribunal Constitucional haya ya reconocido la configuración de la televisión como servicio público; es ésta una «manipulación» de la jurisprudencia.

Así en la STC 12/1982, el caso Antena 3, la doctrina verdaderamente importante es: *a)* el reconocimiento de los derechos del artículo 20 de la Constitución; *b)* la declaración de que la calificación de la televisión como servicio público —no cuestionada en el recurso— no es una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento; y *c)* la declaración de que, si bien esa calificación se encuentra dentro de los poderes del legislador, la gestión indirecta del servicio requiere de una decisión política y no viene impuesta por el artículo 20 de la Constitución.

Respecto de esta tercera afirmación, el Tribunal se limitó a decir que la declaración de servicio público es una posibilidad constitucional no que «sea conforme con la Constitución» y no es cierto, en rigor, que tal de-

claración para que se produzca la gestión indirecta del servicio requiera de una decisión del legislador, pues existen en nuestro ordenamiento multitud de servicios gestionados indirectamente sin necesidad de una decisión expresa del legislador. Es también inaceptable que el ejercicio de una libertad fundamental requiera de una decisión política. Por el contrario, el Tribunal debió remover un obstáculo que impide que la libertad del artículo 20 de la Constitución sea real.

Tampoco la STC 74/1982, caso de la televisión por cable, resolvió el problema; el Tribunal, después de reconocer que las limitaciones técnicas que concurrían en el caso anterior no existían en éste, reiteró que la televisión privada era una decisión política que podía adoptarse por Ley Orgánica.

Ni menos aún lo hizo la STC 106/1986 que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión.

Sentado que la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado directamente sobre el tema, hay que resaltar que no puede utilizarse el artículo 128.2 de la Constitución para declarar la televisión servicio público como pretende el preámbulo de la Ley. La actividad televisiva se resiste a ese planteamiento. No puede admitirse un abuso ideológico en la declaración de servicio público que es, en realidad, un instrumento sustitutivo de las nacionalizaciones, pues en ambos casos se sustrae de la iniciativa privada una actividad libre y protegida por el artículo 38 de la Constitución. Este reiterado abuso del citado artículo 128 se ha producido ya en muchos casos: Ley de Reforma Universitaria, Ley de Protección Civil, Ley de Aguas, Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, etc. Es cierto que la libertad de empresa y la economía de mercado pueden venir sometidas a limitaciones, y el propio artículo 38 menciona algunas, pero éstas deben corresponderse a la función y naturaleza de esas libertades. De este modo, para que el artículo 128.2 pudiera amparar la declaración de servicio público de la televisión debería tratarse de una actividad económica y sería preciso una Ley que respetara el contenido esencial de la libertad y que todo ello afectara a un recurso o servicio esencial. Nada de esto ocurre con la televisión.

Debe, pues, insistirse en que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede regularse de manera que el Estado asuma la titularidad de los mismos y los ciudadanos sólo puedan ejercerlos por concesión, en virtud de varias razones. En primer lugar, en una sociedad democrática el monopolio televisivo pugna con el derecho de millones de españoles a recibir información veraz. Además, la verdadera noción de servicio público parte de las siguientes notas: la existencia de actividades esenciales para la comunidad y así declaradas por Ley; la exclusión de dicha actividad de la esfera de los particulares por la técnica concesional y la tendencia al monopolio; el mantenimiento de unos poderes estatales de dirección; la temporalidad de las concesiones. Si la titularidad de los derechos fundamentales corresponde a una pluralidad de personas, cualquier intromisión estatal que no respete su contenido esencial es ilegítima; por eso, la noción de servicio público —que conduce al monopolio— no puede aplicarse a los derechos fundamentales, ya que excluye la titularidad privada de estos derechos. Del mismo modo que el artículo 128 de la Constitución no puede aplicarse a actividades no económicas como ocurre con la radiodifusión.

Ya se ha dicho que el Tribunal Constitucional no ha sancionado —especialmente en la STC 12/1982— ni admitido que pueda declararse como servicio público

la titularidad de derechos fundamentales. El que se trate de un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos no impide que pueda prestarse en un régimen de libre concurrencia. Y de lo que no cabe duda es de que el monopolio televisivo, al que conduce la declaración de servicio público, se convierte en «un instrumento de propaganda política e ideológica en manos de los correspondientes poderes, siendo esto el fondo político de la polémica».

Y el propio Voto particular a la STC 10/1982 reconoce que la Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación.

El proceso televisivo puede ser descrito en tres niveles: la presencia de unos derechos fundamentales; la existencia de una costosa organización; y la forma de gestionar esa organización. Con la nueva Ley se pretende que de la gestión participen empresas concesionarias, pero esta consideración no elimina el fondo de la cuestión: la configuración de un monopolio para el ejercicio de unas libertades, es decir, la inconstitucionalidad de la titularidad estatal del servicio público. En la situación actual, donde las posibilidades técnicas si bien no son ilimitadas son muy amplias nada justifica esa titularidad.

Por último, la existencia de un régimen de servicio público respecto de un derecho fundamental supone un cúmulo de contradicciones: a) normativas, porque un servicio público, a diferencia de un derecho fundamental, puede regularse por un Reglamento; b) en relación a la actividad, porque un servicio público es, por definición, neutral, igualitario y sometido a un poder de la Administración, algo que no ocurre con una libertad; c) respecto de la llamada «gestión indirecta», puesto que esta expresión supone que un particular accede a la titularidad sólo de modo impropio, mediante una poder delegado o subordinado; d) referida a las limitaciones, que son consecuencia lógica de la idea de servicio público y no del principio de *favor libertatis*.

C) El tercer motivo de inconstitucionalidad, expuesto en la demanda con carácter subsidiario de los anteriores, radica en carecer la Ley del rango constitucionalmente exigible de Ley Orgánica (art. 81.1). O la gestión indirecta de un servicio público no es materia reservada a la Ley; o si hace falta una Ley para regular este extremo, dado que afecta a derechos fundamentales, debe ser una Ley Orgánica. Así se desprende de la STC 74/1982 (fundamento jurídico 4.º).

D) El artículo 5.1 de la Ley en relación con el artículo 4.3 es inconstitucional por infringir el principio de reserva de Ley contenido en el artículo 53.1 de la Constitución. El citado artículo 5.1 delega en el Gobierno la aprobación de un Plan Técnico Nacional de Televisión Privada, pero siendo esencial a este Plan la determinación del número de canales a conceder, el artículo 4.3 se anticipa, arbitrariamente, a fijar en tres ese número.

La televisión es una información que se transmite —imagen y sonido— por medio de una señal electromagnética. La frecuencia de la energía electromagnética es el número de vibraciones por segundo de la onda. Por ello, en un espacio determinado hay que emplear una frecuencia para cada transmisión. A un conjunto de frecuencias se le denomina canal. Varios canales forman una banda de frecuencias. La unidad de medida es el Hertzio (Hz), usándose comúnmente múltiplos de esta unidad (KHz, MHz, GHz). A medida que aumenta la frecuencia, lo hace también su capacidad para concentrarse y la posibilidad de interferencias; en otras palabras, las frecuencias bajas se dirigen de forma mucho más compacta al emisor. Es más conocido

el otro aspecto de las ondas, su potencia, que afecta a la cantidad de energía emitida y se mide en vatios o en múltiplos (Kw) o submúltiplos (mw). Las ondas, por último, pueden transmitirse en el espacio libre —ondas hertzianas— o a través de un soporte físico como es el cable o la fibra óptica.

Pues bien, toda la regulación presente en el Reglamento de la UIT tiene como fundamento evitar que se produzcan interferencias entre varios servicios a causa de la recepción de energías electromagnéticas de la misma frecuencia. Pero ello sólo es posible cuando se usa el espacio libre como soporte de la transmisión y se emite con frecuencias por debajo de un cierto valor. De ahí que en transmisiones por cable o en altas frecuencias nada haya que reglamentar.

El correcto uso del espectro electromagnético se consigue mediante la planificación y posterior asignación de frecuencias y potencias. Lo cual se hace de forma escalonada: primero a nivel internacional en la UIT y luego a nivel nacional a través del Plan Técnico; el escalón final es la asignación de una concreta frecuencia a un emisor por un acto administrativo. Un acto que, según el Reglamento de la UIT, es equiparable a una autorización administrativa.

En lo que se refiere a la televisión, la UIT estableció un Plan para Europa, denominado «Plan de Estocolmo», que, definiendo una malla de triángulos equiláteros de 100 kilómetros de lado, adjudicó a cada vértice de esta retícula una cuaterna de unas frecuencias (cuatro programas de TV: uno de VHF y tres de UHF) con potencias aparentes radiadas superiores a 1 Kw en VHF y 10 Kw en UHF. Pero este Plan de Estocolmo puede complementarse con canales de baja potencia, inferiores al límite establecido en el artículo 3 de ese Convenio, es decir, en potencias inferiores a las precisadas. De este modo, se lograría emplazar veintitún emisoras de televisión en el mismo canal, lo que trasladado a España permite situar doce mil canales de UHF en baja potencia, perfectamente compatibles con el Plan de Estocolmo.

Cuando se inició el servicio de televisión en España, se optó por obtener la mayor cobertura posible de un programa nacional. Para ello se instalaron transmisiones de gran potencia en las cotas geográficas más altas, con radiaciones omnidireccionales y empleando los canales de frecuencia más baja. Las zonas de sombras producidas por los accidentes geográficos se fueron rellenando con una red de reemisores secundaria. Algunos años más tarde, se implantó la segunda cadena, aprovechando los transmisores y la infraestructura de la primera y emitiendo en canales de UHF. Con las Comunidades Autónomas aparecieron las primeras dificultades, por ello, hubo de adjudicarse el último canal de la cuaterna de Estocolmo (el tercero de la banda de UHF).

Por eso, al tiempo de aprobarse la Ley de la Televisión Privada, nos encontramos con una red de difusión formada por: *a)* el primer programa de TVE en UHF con cobertura nacional; *b)* el segundo programa de TVE, en UHF, proyectado en las mismas condiciones que la primera; *c)* un canal de UHF para emitir los programas de las Comunidades Autónomas, el denominado tercer canal.

En estas condiciones pueden obtenerse con facilidad tres nuevos canales de cobertura nacional instalando transmisiones de UHF en los mismos emplazamientos —red de transmisores, más red secundaria— en los que se encuentran los de TVE; más un número variable de canales —entre dos y seis— de UHF situados en emplazamientos cercanos a los grandes núcleos de pobla-

ción y utilizando transmisores de potencia reducida y con diagramas de radiación limitados a coberturas locales.

Las consideraciones técnicas expuestas demuestran la posibilidad de conceder a la iniciativa privada más de tres canales, a diferencia de la solución acogida en el artículo 4.1 de la Ley, que elimina arbitrariamente posibilidades de emisión con cobertura territorial limitada. El problema es que estas cuestiones deben resolverse por el Plan Técnico Nacional, de manera que el Gobierno puede limitar por Decreto un derecho fundamental. El proceso lógico, en cambio, hubiera sido aprobar primero el Plan y a la vista de sus resultados determinar legalmente el número de concesiones.

Por todo ello, es inconstitucional, por insuficiente, el artículo 5.1 de la Ley, e inconstitucional, por excesivo, el artículo 4.3.

De acuerdo con lo expuesto, se solicita que se declare inconstitucional la totalidad de la Ley por carecer del rango formal de Ley Orgánica y afectar a la libertad de expresión recogida en el artículo 20.1, letras *a)* y *d)*, de la Constitución, y reservar en monopolio al Estado la titularidad de la actividad televisiva. Subsidiariamente, se pide la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 5.1, en relación con el artículo 4.3, por infringir los artículos 20.1, letras *a)* y *d)*, y 53.1 de la Constitución.

Por otro sí se solicita se requiera del Gobierno y al Parlamento el expediente de tramitación de la Ley a efectos de conocer el Acuerdo de la Mesa del Congreso por el cual se dispuso la tramitación de la Ley como Ley ordinaria y no como Ley Orgánica; Acuerdo mencionado en la intervención del Ministro de Cultura («Diario de Sesiones», núm. 70, de 16 de marzo de 1988).

18. Por providencia de 12 de agosto de 1988, la Sección de Vacaciones del Pleno acordó: *a)* admitir a trámite el recurso; *b)* dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para que se personaran en el procedimiento y formularan las alegaciones que estimaran convenientes (art. 34.1 de la LOTC); *c)* recabar atentamente del Gobierno, por medio del Ministerio de Cultura, y del Parlamento el expediente de tramitación de la Ley (art. 88.1 de la LOTC); *d)* publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

19. En escrito registrado el 30 de agosto de 1988 el Ministerio de Cultura manifestó que el expediente del anteproyecto de Ley fue tramitado por el Ministerio del Portavoz del Gobierno, departamento al cual se daba traslado del citado requerimiento.

20. El Abogado del Estado solicitó la acumulación de todos estos recursos, con números 1363, 1364, 1412 y 1430/1988, en escrito presentado el 1 de septiembre de 1988.

21. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de no personarse ni formular alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que se pudieran precisar.

22. A su vez, el Presidente del Senado comunicó, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, el Acuerdo de la Mesa de personarse y ofrecer su colabo-

ración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

23. En Auto del Pleno de 25 de octubre de 1988, oídas las partes, se acordó la acumulación al primero de estos recursos, con número 1363/1988, de los procesos siguientes y expuestos en estos antecedentes:

24. El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta del Gobierno de la Nación y a través de escrito de alegaciones registrado el 4 de noviembre de 1988, se personó en el proceso y solicitó que se inadmitiera el recurso número 1430/1988, promovido por el Comisionado del Grupo Parlamentario Popular, así como que se desestimaran los otros tres recursos formulados contra la Ley de la Televisión Privada.

25. La oposición del Gobierno de la Nación a los recursos de inconstitucionalidad reseñados se fundamenta en los siguientes razonamientos:

A) El escrito de interposición del recurso 1364/1988 se dirige contra los artículos 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la Ley; sin embargo, la resolución del Pleno del Parlamento de Cataluña y el Acuerdo impugnatorio de la Mesa se refiere no a los cuatro preceptos citados, sino sólo a uno, el artículo 5.1 «en relación con los artículos 5.2.c), 4.2 y 14». No es lo mismo recurrir cuatro preceptos que uno solo en relación con otros. Hay pues que interpretar el escrito por el cual se formaliza el recurso en estricta congruencia con el Acuerdo impugnatorio de la Cámara.

También si se compara el escrito de interposición del recurso 1412/1988 con el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco se observan discrepancias. El punto 2.º del Acuerdo parlamentario se refiere a la Disposición transitoria única. Con manifiesto error puesto que la Ley contiene dos disposiciones de esa índole. La demanda, en cambio, se refiere a las Disposiciones adicionales primera y segunda. Es obvio que éstas, al no venir mencionadas en el Acuerdo del órgano legitimado, deben venir excluidas del recurso. El último párrafo del Acuerdo del Parlamento Vasco dice: «igualmente, por contrarios al artículo 20.1 CE, los artículos 5.1; 9.1; 12 en su inciso y será intransferible; y 21.1». Las mismas palabras pueden leerse en el *petitum* de la demanda, pero sin venir apoyadas de la más mínima fundamentación. Circunstancia que hace se incumpla la exigencia de fundamentación impuesta por el artículo 85.1 de la LOTC. Por eso, la Abogacía del Estado se considera exonerada de examinar la pretendida inconstitucionalidad de estos preceptos.

Respecto del recurso 1430/1988, el documento anejo al mismo en el que se explicita el Acuerdo de los Diputados firmantes y su voluntad concurrente de recurrir cita «la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada». Sin embargo, es obvio que el escrito de demanda interpone el recurso contra la Ley 10/1988, de Televisión Privada. Y en la copia de la escritura de poder aportada tampoco se recoge Acuerdo alguno que comisione al señor Trillo-Figueroa para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/1988, incluso —conviene resaltarlo— el poder que se acompaña es de fecha muy anterior a la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado» el 5 de mayo de 1988. Como resultado de todo esto, es evidente que no se ha acreditado la voluntad de los Diputados recurrentes, de manera debida y en forma respecto de la Ley 10/1988; de acuerdo con la doctrina expuesta en la STC 42/1985. En la medida en que esta fal-

ta —de ser subsanable— no sea subsanada, el recurso debe ser inadmitido. No obstante, «y sólo para el caso de que la subsanación se produjera válidamente», examinaremos las alegaciones formuladas en este recurso.

B) El orden de exposición que se seguirá, para dar respuesta a las cuestiones de fondo planteadas en los cuatro recursos es el siguiente: ausencia de infracción de la reserva de Ley Orgánica; inexistencia de violación del artículo 20.1 de la Constitución; el artículo 5.1 en relación con el artículo 4.1 no viola la reserva de Ley contenida en el artículo 53.1 de la Constitución; la Ley respeta el orden constitucional de distribución de competencias.

C) La Ley no infringe la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución). Para alcanzar esta conclusión es preciso describir primero el contenido de la Ley y recordar luego la jurisprudencia constitucional emanada acerca del alcance de dicha reserva.

En lo que atañe al contenido legal, la Ley abre la gestión indirecta del servicio público de televisión a sociedades anónimas de capital privado. El Capítulo Primero contiene una serie de disposiciones generales sobre dicha gestión indirecta.

En el artículo 2 se precisa el modo de gestión indirecta elegido: la concesión; es ésta una opción que venía impuesta por el artículo 25.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/1987, de 18 de diciembre) según el cual la prestación de los servicios de difusión en régimen de gestión indirecta requerirá concesión administrativa; de acuerdo con el artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado, la concesión se caracteriza porque el empresario gestiona el servicio «a su riesgo y ventura»; de manera que la concesión —en contra de lo que se dice en los recursos— ofrece un mayor margen de libertad a la iniciativa privada que otros medios de gestión como son la sociedad mixta o la gestión interesada; así en la sociedad mixta es forzosa la presencia de capital público y en la gestión interesada la Administración ha de participar en los resultados de la explotación del servicio; además el artículo 2 limita la aptitud para ser concesionario a un tipo de persona jurídica, la sociedad anónima, que es el tipo de sociedad mercantil más idónea para reunir en una empresa grandes capitales.

El artículo 3 impone a las sociedades concesionarias el respeto a los principios de objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones y otros principios expresados en el artículo 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión.

El artículo 4 precisa el objeto de la concesión. Lo que se concede es la emisión de programas con cobertura nacional, pero el concesionario queda obligado a emitir programas para las zonas territoriales que delimita el Plan Técnico. En íntima conexión con la cobertura nacional de la emisión, está la decisión del legislador de otorgar un número de tres concesiones.

En el artículo 5 se regula la aprobación y el contenido del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada.

Se establecen en el artículo 6 tres principios fundamentales de las relaciones entre la Administración concedente y los concesionarios: el sometimiento de las concesiones a las eventuales modificaciones de las condiciones técnicas contenidas en el Plan; la sujeción de las concesiones a la disciplina internacional de las telecomunicaciones y de los medios de comunicación social; la irresponsabilidad por nuevos usos de la potestad concesionaria.

El artículo 7 enumera las funciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

Dentro del Capítulo Segundo, la Ley ordena el régimen jurídico de la concesión: el otorgamiento mediante concurso y convocatoria pública (art. 8), los criterios de adjudicación de las concesiones (art. 9), las incapacidades y prohibiciones para ser una sociedad concesionaria (art. 10), el plazo de la concesión (art. 11), el carácter intransferible de la concesión (art. 12), las obligaciones del concesionario (arts. 12, 13, 14, 15 y 16), las causas de extinción de las concesiones (art. 17).

En el Capítulo Tercero se regulan las sociedades anónimas concesionarias: forma social, objeto social, acciones nominativas (art. 18); la composición del accionariado (art. 19); el registro administrativo de estas sociedades (art. 20), etc.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto se prevé un régimen de infracciones y concesiones, en el cual destaca el cierre de las emisoras y la incautación de los equipos en el caso de emisiones televisivas efectuadas sin la previa concesión administrativa o cuando la concesión se encuentre extinta o suspendida (art. 26).

En la parte final de la Ley, la Disposición adicional habilita al Gobierno para desarrollar y ejecutar la Ley y actualizar la cuantía del capital social mínimo legalmente previsto. Al tiempo que la Disposición transitoria primera modula durante los dos primeros años de la concesión la aplicación de los porcentajes de programación exigibles; y la segunda somete a las televisiones privadas, provisionalmente, a la misma normativa que al ente público RTVE en materia de publicidad para el consumo de alcohol, tabaco y otras sustancias nocivas para la salud.

A resultas de la exposición de los contenidos legales, no puede sostenerse que haya en la Ley un «desarrollo» de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, aunque para corroborar esta afirmación sea menester revisar la jurisprudencia constitucional emanada acerca de la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1).

La STC 160/1987 (fundamento jurídico 2.º) ha interpretado restrictivamente la reserva de Ley Orgánica, así pues la noción «desarrollo» de los derechos fundamentales ha de ser restrictivamente entendida, de suerte que cualquier regulación legal que incida en alguno de los derechos no constituye un «desarrollo». A esta conclusión apuntó ya la STC 67/1985 (fundamento jurídico 3.º).

Del mismo modo, la STC 140/1986 (fundamento jurídico 5.º) declaró que el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas. También la STC 95/1988 (fundamento jurídico 5.º) advirtió que, mientras el ejercicio de algunos derechos requiere de una actividad normativa de desarrollo, no ocurre así con otros que no requieren de la previsión legal de condiciones para su efectividad.

Los recursos 1412/1988 y 1430/1988 no hacen mención alguna de estas Sentencias precitadas, si bien se refieren a la STC 12/1982 (fundamento jurídico 6.º), reiterada en la STC 74/1982 (fundamento jurídico 4.º). Estas dos últimas Sentencias dicen que la decisión política de implantar la televisión privada «puede adoptarse dentro del marco de la Constitución por la vía de una Ley Orgánica, en la medida en que afecte al desarrollo de algunos de los derechos constitucionalizados en el artículo 20». Se trata de una afirmación en

hipótesis: sólo si hay desarrollo es precisa la Ley Orgánica. Por tanto, esas Sentencias dejan la cuestión intacta.

La Ley de la Televisión Privada se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» el mismo día que la Ley Orgánica 2/1988, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privadas. El contenido de esta última Ley, de artículo único, formaba parte del proyecto de Ley de Televisión Privada (Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 9 de diciembre de 1987, publicado en el «BOCG», Congreso, III Legislatura, serie A, núm. 64/1). Aparece, pues, claro que el contenido de la Ley Orgánica 2/1988 viene afectado por la reserva de Ley Orgánica, no por desarrollar los derechos fundamentales controvertidos, sino por afectar al «régimen electoral general». En este mismo sentido, la Ley de la Televisión Privada no desarrolla el artículo 20 de la Constitución ni especifica sus límites ni los deslinda de otros derechos fundamentales ni prevé condiciones para su efectividad.

Sin duda, la Ley «afecta» a los derechos del artículo 20, pero no los «desarrolla». Como ha declarado la STC 95/1988 (fundamento jurídico 5.º), no es posible equiparar el ámbito negativo de exclusión del Decreto-ley según el artículo 86.1 de la Constitución con el positivo de exigencia de reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 de la Constitución; este último es más restringido.

De igual manera, el objeto del derecho fundamental no puede ser confundido con el objeto de la concesión del servicio; y tampoco el ejercicio de los derechos fundamentales con los principios concesionales contenidos en el artículo 6 de la Ley.

Conviene tener presente la relación entre diversos cuerpos legales: el Estatuto de la Radio y la Televisión; la Ley reguladora del tercer canal; y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. El artículo 1.2 del citado Estatuto definió la televisión como un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado. La Ley reguladora del tercer canal facultó al Gobierno para otorgarlo en régimen de concesión a las Comunidades Autónomas. Y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) introdujo varias modificaciones: la calificación como servicio de difusión de la televisión y su prestación en régimen de gestión indirecta (art. 25 de la LOT); la realización de una nueva definición de televisión que sustituye a la del artículo 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, derogado expresamente por la LOT. Como tal servicio de difusión, la declaración de servicio público esencial de la televisión queda englobada en la *publicatio* general de las telecomunicaciones (art. 2.1 de la LOT). Es decir, a la televisión se le aplica la LOT en cuanto servicio de telecomunicación además de su legislación específica. Y merece resaltarse que la Disposición adicional quinta, apartado 2.º, de la LOT introdujo una modificación capital del artículo 5.1 del Estatuto de la Radio y la Televisión que ahora se limita a reconocer al ente público RTVE como gestor directo de los servicios públicos de radiodifusión.

La regulación de la gestión directa o indirecta de un servicio público de telecomunicación no puede considerarse desarrollo de los derechos fundamentales del artículo 20. Cuestión distinta es si una actividad que sirve de soporte, vehículo o instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental puede o no ser objeto de *publicatio*, es decir, ser declarada servicio público cuya titularidad asume el Estado. Pero esto mismo es la demostración más clara de que no puede considerarse que el establecer el régimen de la gestión in-

directa del servicio represente el desarrollo de un derecho fundamental.

D) La Ley no viola el artículo 20.1 de la Constitución. La tesis que desarrolla el recurso 1430/1988, promovido por el Comisionado del Grupo Parlamentario Popular, es que la técnica del servicio público esencial tiene una naturaleza jurídica y un régimen jurídico propios que le hace incompatible con el desarrollo de una libertad fundamental. El resto de las consideraciones del llamado motivo primero de inconstitucionalidad carecen de trascendencia jurídica «y no expresan más que puntos de vista políticos de los Diputados recurrentes o de su comisionado». Así, lo que para los recurrentes es una «manifestación del lenguaje» no constituye una infracción de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución); e intentar discutir ahora la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal supone una impugnación fuera de plazo de normas ya contenidas en el Estatuto de la Radio y la Televisión y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Por esa razón debería rechazarse el examen de las alegaciones a este respecto contenidas en los recursos números 1412 y 1430/1988.

Por otro lado, y en contra de lo que se dice en las demandas de esos recursos, la STC 12/1982 (fundamento jurídico 4.º) y la STC 79/1982 (fundamento jurídico 3.º) dejaron bien claro que la consideración de la radiodifusión como servicio público esencial no es constitucionalmente cuestionable.

Por si esos pronunciamientos no fueran bastante, debe insistirse en que los recursos citados incurrían en un error: confundir dos derechos distintos y de diverso rango, aunque relacionados. No es lo mismo el derecho a expresar una opinión o a comunicar una información que el derecho a fundar una editorial o a emitir ondas radioeléctricas para difundir opiniones e informaciones. En ningún modo puede deducirse del artículo 20.1 de la Constitución un derecho originario e incondicionado a emitir mediante emisoras de radiodifusión sonora o de televisión, un derecho libre y exento de toda intervención normativa configuradora. La *interpositio legislatoris* es indispensable según resulta de la STC 12/1982. Un derecho fundamental no puede concebirse abstraído del ordenamiento jurídico, como si fuera un camino para la anarquía. Así el propio artículo 10.1 del Convenio Europeo prevé la posibilidad de someter a un régimen administrativo la actividad de radiodifusión.

Junto a esta tesis general es necesario subrayar cuatro extremos importantes. En primer lugar, los derechos del artículo 20.1 son ciertamente derechos de libertad, pero, cuando se pretende obtener una prestación del Estado, se sale fuera de ese ámbito, siendo menester justificar por qué un ciudadano obtiene una prestación con preferencia a otro. En segundo lugar, emitir programas de televisión con cobertura nacional exige un uso o aprovechamiento del dominio público radioeléctrico —bandas, canales, frecuencias y potencias— del que es titular el Estado (art. 7.1 de la LOT), uso excluyente respecto del de otros y que supone una actividad prestacional por parte del Estado. En tercer lugar, la escasez del medio para emitir programas de televisión, aunque no fuera dominio público, debe bastar para estimar que la igualdad exige una concurrencia de oportunidades idénticas para distribuir un bien escaso; de manera que quien accede a un bien escaso es un privilegiado tal y como ha reconocido una importante jurisprudencia comparada. De la nota de «privilegiado» deriva la Corte Suprema de los Estados

Unidos el carácter de *public trustee* asumido por el titular de la frecuencia. Este rasgo de privilegio da pie también al Tribunal Constitucional Alemán para suscitar la garantía del «acceso a la palabra» de los grupos sociales significativos. Por otro lado, la escasez lleva consigo una «tendencia oligopolística» (STC 12/1982, fundamento jurídico 3.º) dadas las elevadas inversiones que una emisión con cobertura nacional requiere, y conlleva una finalidad de lucro (STC 49/1988, fundamento jurídico 12); desde esta óptica, la intervención del legislador frente a la concentración empresarial que amenaza el pluralismo informativo o cualquier otro aspecto institucional de los derechos puede ser exigible. Como ha dicho la Sentencia de 4 de noviembre de 1986 del Tribunal Constitucional Alemán: tratándose de radiodifusión privada no hay justificación para confiar en las fuerzas del mercado mediante la desregulación y esto tanto menos cuando no puede contarse con un verdadero mercado en los próximos tiempos. La cuarta línea de razonamiento jurisprudencial es la procedente de las exigencias de una disciplina internacional de las frecuencias (SSTC 12/1982, 44/1982, etc.), según recoge el artículo 7.1 de la LOT.

Estas cuatro orientaciones jurisprudenciales confluyen en un punto: es imposible entender que el derecho a emitir programas de televisión con cobertura nacional sea un derecho fundamental, de libertad y cuyos titulares sean las personas, al igual que ocurre con las libertades de expresión e información. Por el contrario, el derecho a emitir televisión presupone un uso privativo y excluyente del dominio público radioeléctrico en beneficio de unos pocos y con eliminación de los demás.

Y sólo podría considerarse inconstitucional la declaración como servicio público del servicio de telecomunicaciones bien cuando se demostrase que la Constitución prohíbe esa *publicatio* o bien cuando se probase su incompatibilidad con los derechos fundamentales. Es claro que la Constitución no contiene prohibición alguna de declarar la televisión como servicio público, lo cual era precisamente el régimen vigente cuando entró en vigor la Norma fundamental; de hecho, el artículo 20.3 de la Constitución al referirse al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado presupone precisamente esa situación. Y tampoco puede razonarse una incompatibilidad clara entre la *publicatio* de la televisión y el artículo 20.1 de la Constitución, incompatibilidad de la que no fuera consciente el constituyente, y que surgiera en la medida en que fueran delimitándose en su contenido los derechos fundamentales. La *publicatio* constituye una técnica jurídica apropiada con la escasez de las frecuencias y el uso privativo que la emisión entraña.

El Estado como gestor del interés general se reserva un recurso escaso —el dominio público radioeléctrico— y una actividad que sólo puede desarrollarse mediante ese recurso, para lograr su óptima distribución y asegurarse de que quienes la ejerzan sean los agentes más adecuados, y respondan a un pluralismo informativo, protegiendo a los espectadores.

En el razonamiento precedente está implícito que la técnica del servicio público no sólo no es incompatible con los derechos fundamentales, sino que puede servir para asegurarlo institucionalmente. Y, cuando menos, que evidenciado que no puede admitirse como postulado *a priori* que servicio público y derechos fundamentales sean realidades enemigas. De hecho, la libertad de cátedra [art. 20.1.c)] no es incompatible con la configuración de la educación como servicio públi-

co. Es cierto, sin embargo, que cuando un servicio público tiene una conexión relevante con un derecho fundamental las exigencias de éste se convierten en máximas de organización del servicio. Pero, para demostrar alguna incompatibilidad desde esta perspectiva, habría que descender a los preceptos concretos de la Ley, cosa que no hacen en sus recursos ni el Parlamento Vasco ni los Diputados recurrentes.

Por último, emitir programas de televisión con cobertura nacional no es una actividad meramente económica, pero también es, sin duda, una actividad económica a través de sociedades mercantiles que persiguen hacer rentables cuantiosas inversiones. De ahí la justa invocación del artículo 128 de la Constitución que hace la Ley.

E) El artículo 5.1 en relación con el artículo 4.3 de la Ley no es contrario a la reserva de Ley del artículo 53.1 de la Constitución. Ese precepto habilita al Gobierno para aprobar el Plan Técnico Nacional. El sistema es congruente con la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 26.4 y 27.2). La reserva constitucional de Ley *ex* artículo 53.1 lo es para regular el ejercicio de ciertos derechos y libertades, pero no puede decirse que del contenido del artículo 5.2 de la Ley, relativo al contenido del Plan, se deduzca la regulación de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución. El Plan supone la regulación técnica de una actividad prestacional de la cual es titular el Estado; reglamentar la difusión de señales, fijar diagramas de radiación o delimitar zonas técnicas no es regular el ejercicio de derechos fundamentales. El Plan es la pieza fundamental del régimen jurídico básico del servicio que es necesario aprobar antes de otorgar su gestión a un particular.

Tampoco es el Plan una regulación del ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución). El Plan limitará la libertad técnica de decisión de los empresarios a quienes se otorgue la concesión, pero no configura una regulación del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, según fue expuesta esta libertad en la STC 83/1984 (fundamento jurídico 3.º).

Rige, en suma, para enjuiciar el Plan simplemente el principio de legalidad, pero no la reserva constitucional de Ley del artículo 53.1. Y, desde esta óptica, el artículo 5 de la Ley constituye una habilitación legal más que suficiente. Por otra parte, la reserva de Ley del citado artículo 53.1 de la Constitución no impide la intervención en ciertos extremos del Reglamento, completando la regulación legal, entre otros motivos, por razones técnicas. La remisión al Reglamento no es, además, incondicionada, porque el artículo 5.2 de la Ley contiene una serie de criterios y directrices; y, sobre todo, porque la decisión esencial —el número de concesiones— ya ha sido tomada por el legislador.

El recurso 1430/1988, motivo cuarto, impugna el artículo 5.1 de la Ley «por insuficiente», junto al artículo 4.3 «por excesivo», ya que el número de concesiones no podría —se dice— ser determinado por Ley hasta no conocerse los resultados del Plan Técnico. Asimismo se sostiene que la limitación a tres del número de las sociedades elimina arbitrariamente las posibilidades de concesiones con cobertura territorial limitada. No hay, sin embargo, precepto constitucional alguno que impida al legislador precisar el número de las concesiones o que le fuerce a abstenerse de fijar este número hasta que se apruebe el Plan Técnico. Por el contrario, para la elaboración del Plan es un dato capital la determinación legislativa del número de las concesiones.

Tampoco hay una eliminación arbitraria de la posibilidad de concesiones con cobertura territorial limitada. «Simplemente la Ley no la regula. La Ley regula únicamente la actividad de emisión de programas con cobertura nacional (art. 4.1).»

Precisamente es esa cobertura nacional lo que explica que el número de concesiones se limite a tres y los propios Diputados recurrentes no tachan de arbitraria esa determinación.

En suma, la Ley no regula las emisiones de televisión de cobertura local o regional. No se puede decir que las elimine arbitrariamente. Sencillamente, están fuera de su objetivo de regulación.

F) La Ley impugnada respeta el orden constitucional de competencias, pese a lo que se afirma en los recursos números 1363 y 1364/1988, así como en parte en el recurso 1412/1988. Las normas competenciales de relevancia son básicamente el artículo 149.1.27 de la Constitución y los artículos 19 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Es necesario no perder de vista que este proceso es un recurso de inconstitucionalidad y no un conflicto de competencias y, como ha precisado la STC 154/1988 (fundamento jurídico 1.º), no es función del recurso definir en abstracto el modo de ajuste entre las competencias estatales y autonómicas, sino estrictamente resolver la constitucionalidad o no de las disposiciones objeto del recurso. Dicho esto conviene partir de lo que ya dijo la Abogacía del Estado en los recursos acumulados contra la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y, en concreto, del deslinde entre la competencia estatal en materia de telecomunicaciones y radiocomunicación (art. 149.1.21 de la Constitución) y la competencia del Estado para emanar normas básicas del régimen de televisión (art. 149.1.27). Una de las conclusiones entonces expuestas fue que la elaboración de Planes Técnicos, la fijación de condiciones técnicas y su inspección y control eran facultades que habían de encuadrarse en la competencia del Estado *ex* artículo 149.1.21; mientras no ocurre así con el otorgamiento de las concesiones.

Es obvio, desde este planteamiento, que las competencias autonómicas contenidas en los artículos 19 del Estatuto Vasco y 16 del Estatuto Catalán enlazan con la competencia compartida contenida en el artículo 149.1.27.

Pero es claro también, después de las SSTC 10/1982 y 26/1982, que las competencias asumidas en el artículo 16.1 del Estatuto de Cataluña no se extienden a todos los campos en que sea posible un desarrollo legislativo de la normativa básica estatal en la materia ni a toda la función ejecutiva; pues la cláusula «términos y casos» permite al legislador estatal mantener la titularidad y la gestión estatales de determinados medios de comunicación social en el ámbito regional, comarcal o incluso local y reservar al Estado competencias concretas en las fases de desarrollo, legislación y de ejecución (STC 26/1982, fundamento jurídico 2.º).

El artículo 19.1 del Estatuto Vasco no contiene una cláusula de «términos y casos» explícita, pero la STC 44/1982 (fundamento jurídico 3.º) no concedió relieve alguno a esa emisión.

Partiendo de estas reglas de deslinde competencial, pueden ser desestimadas las tachas de incompetencia recogidas en los recursos. La argumentación de la Generalidad relativa a la posibilidad de regular, crear y mantener su propia televisión con arreglo al artículo 16.3 del Estatuto de Cataluña, sin sujeción alguna a los términos y casos fijados en la Ley estatal no puede ser aceptada. Pero en cualquier caso no puede entrar-

se ahora a discutirla, porque el alcance del artículo 16.3 del Estatuto es irrelevante para decidir si los artículos 4.2 y 5.1 —este último en relación con los artículos 5.2 c), 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11— de la Ley de Televisión Privada son o no constitucionales. No es materia enjuiciable en este proceso decidir en abstracto el alcance y el sentido de la asunción estatutaria efectuada en el artículo 16.3, puesto que lo que aquí se discute afecta a los dos primeros apartados del mismo artículo del Estatuto de Cataluña.

Por lo que atañe a las extensas razones expuestas en el recurso vasco acerca de la inconstitucionalidad por incompetencia de una pluralidad de preceptos de la Ley, es preciso destacar la ausencia de una argumentación concreta sobre cada uno de ellos. El recurso vasco se contenta con afirmar, sin razonarlo, que la Ley impugnada cercena cualquier intervención autonómica. Mas para rebatir una aseveración tan general basta con recordar que la Ley de Televisión Privada regula la gestión indirecta del servicio de televisión mediante concesiones para emitir programas con cobertura nacional, aunque asimismo hayan de emitirse programas para zonas territoriales más reducidas y determinadas en virtud de condiciones técnicas [arts. 4.2 y 5.2 c) de la Ley]. Estas zonas territoriales no tienen por qué coincidir con los límites de una determinada Comunidad Autónoma, si bien tampoco cabe excluir esa coincidencia. En cualquier caso, la competencia estatal para regular este extremo procede no sólo del ámbito nacional de la emisión sino de la posibilidad de que el Estado se reserve competencias concretas en las fases de desarrollo legislativo y de ejecución, según se reconoció en las SSTC 26/1982 y 44/1982. Tampoco puede servir de fundamento de una declaración de inconstitucionalidad la inadecuación de la Ley a la estructura territorial del Estado y a sus peculiaridades culturales y lingüísticas; puesto que las concesiones reguladas en la Ley son para emitir programas de cobertura nacional que lógicamente habrán de emitirse en castellano, «idioma que todos los españoles —también los de las Comunidades Autónomas con lengua propia oficial— tienen el deber constitucional de conocer (art. 3.1 de la Constitución)». Pero, además, el recurso se basa en una mera conjetura, ya que nada impide a los concesionarios emitir programas en lenguas españolas distintas al castellano o atender a las peculiaridades culturales de las nacionalidades y regiones.

Una vez contestados los argumentos generales formalizados en los recursos 1363 y 1364/1988, es preciso enjuiciar los argumentos dirigidos contra preceptos concretos de la Ley.

En relación al artículo 5.1 que deja al Gobierno mediante el Plan Técnico Nacional la determinación de las zonas territoriales a que se refieren los artículos 4.2 y 5.2 c), una primera línea de impugnación se contrae a sostener que el legislador debía haber delimitado directamente esas zonas o, cuando menos, haber establecido pautas precisas para su delimitación. Para que esta argumentación conduzca a una lesión constitucional sería preciso singularizar qué precepto de la Constitución impone al legislador el deber de formalizar tales zonas. Sin embargo, no es posible encontrar ese precepto. No es atendible el argumento de que determinar zonas territoriales configure una norma materialmente básica del régimen de la televisión. Por el contrario, todo lo relativo a la planificación técnica, incluida la determinación del órgano competente para aprobar el Plan, ha de incluirse en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones y radio-

comunicación (art. 149.1.21 de la Constitución); una esfera en la cual las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia. Así, determinar las zonas territoriales de cobertura para programas específicos es una decisión técnica, puesto que depende exclusivamente de datos técnicos derivados de la elección de sistemas de transportes y difusión de señales, supeditados a la orografía o a la optimización técnica y económica de las inversiones. Siendo una decisión técnica —extremo que no discuten los recurrentes—, la competencia estatal pertinente es la contenida en el artículo 149.1.21 y no la dispuesta en el apartado 27 del mismo precepto. Por último, las Cortes Generales no pueden predeterminar una decisión técnica sin interferir y limitar las posibilidades de una solución técnica y económicamente racional; por eso la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones atribuye al Gobierno la facultad de aprobación de los distintos Planes (arts. 26.4 y 27.2 de la LOT).

Tampoco puede aducirse una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), ya que las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia respecto de la planificación técnica de la televisión.

Otro tipo de argumentaciones en los recursos se condensan en la idea de la vinculación al mapa autonómico, de suerte que toda división en zonas del territorio nacional, cualquiera que sean sus fines y razones, debe seguir obligatoriamente los límites de las Comunidades Autónomas. Es más que dudoso que el principio autonómico plasmado en los artículos 2 y 137 de la Constitución pueda ser fuente de tal inexorable vinculación. Pero, aun si aceptáramos dialécticamente semejante tesis, cabría argumentar que los artículos 4.2, 5.1 ó 5.2.c) de la Ley recurrida no imponen, pero tampoco impiden, que las zonas territoriales de programación se ajusten a los límites de las Comunidades Autónomas. De lo cual se deduce que las argumentaciones contenidas en los recursos antes bien deben utilizarse contra la delimitación territorial que haya en el Plan Técnico Nacional de la televisión privada.

Estos mismos argumentos valen contra la afirmación de que se dificulta indebidamente el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución en materia de televisión; habrá que esperar a que el Plan Técnico Nacional determine las zonas de programación territorial para comprobar si realmente se dificultan o no. Dicho esto, hay que insistir en que nos hallamos en el terreno del apartado 27, y no del apartado 21, del artículo 149.1 de la Constitución.

De manera semejante, la previsión de zonas territoriales cuyos límites la Ley no fija no viola el pluralismo lingüístico constitucionalizado en el artículo 3.3 de la Constitución. Los artículos 4.2, 5.1 y 5.2 c) de la Ley nada dicen sobre el idioma en que vaya a emitirse la programación territorial. Tampoco el artículo 14 de la Ley, al fijar unas normas mínimas de programación, supone lesión alguna del pluralismo cultural y lingüístico de España; cuando los apartados 3.º y 4.º de este artículo 14 establecen un porcentaje de programación «en expresión originaria española» tal cláusula abarca, sin ningún género de dudas, la expresión en castellano y en cualquier otra lengua española. Y, por si esto no fuera evidente, el artículo 3 de la Ley remite a los principios del artículo 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, entre los que se cuenta el respeto al pluralismo cultural y lingüístico que deberá informar la gestión del servicio por las sociedades concesionarias.

Los referidos artículo 4.2, 5.1 y 5.2.c) de la Ley recurrida ni imponen ni impiden la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de las zonas territoriales de programación. Si esta participación es preceptiva con arreglo al bloque de la constitucionalidad, la vulneración se producirá al aprobarse el Plan y en el caso de que dicha participación se omita. Recuérdese, no obstante, que la delimitación de zonas es un extremo de la planificación técnica de la televisión y, por ello, corresponde al Estado, según el artículo 149.1.21 de la Constitución.

En definitiva, la argumentación de los recursos 1363 y 1364/1988 contra los artículos 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la Ley reposa no en lo que los artículos dicen, sino en lo que los órganos recurrentes juzgan que está constitucionalmente obligado que dijeran. Una inconstitucionalidad por omisión. Pero la Constitución no fuerza al legislador a pronunciarse sobre una delimitación de zonas de programación que sólo puede ser debidamente hecha cuando se despejen una serie de incógnitas previas; sistema de transporte y difusión de señales, emplazamientos, etc.; sin estos datos técnicos el legislador carece de medios para solventar tales incógnitas. Y, en todo caso, juega la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21 de la Constitución.

En relación a los artículos 8.1, 9.1 d) y 11 de la Ley, se recurren por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad al no reconocer una intervención decisoria a las Comunidades Autónomas en el otorgamiento de las concesiones y en su renovación «en lo que respecta a la valoración de la parte de los proyectos que se refiera a los programas territoriales dentro de su propio ámbito». Esta impugnación no está bien fundada por varias razones. En primer lugar, el objeto de la concesión es la emisión de programas con un ámbito territorial nacional que excede del propio de cualquier Comunidad Autónoma. Y, aunque el artículo 4.2 de la Ley prevea la emisión de programas territoriales, las concesionarias siguen siendo emisoras con alcance nacional y, por ello, extramuros de la competencia autonómica recogida en el artículo 16.1 en virtud de la limitación territorial impuesta en el artículo 25.1 del propio Estatuto de Autonomía. En segundo lugar, las competencias del artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña quedan supeditadas a la reserva de competencias ejecutivas en favor del Estado que el legislador estatal puede legítimamente efectuar según la STC 26/1988 (fundamento jurídico 2.º). En tercer lugar, la argumentación de los recurrentes confunde dos planos distintos, la intervención en el otorgamiento de las concesiones y la intervención en la programación territorial. En esta segunda faceta bien pudiera existir un interés autonómico, mas no sucede lo mismo en el primero. Por eso, no es posible aislar lo previsto en la letra d) del artículo 9 de la Ley, la capacidad de las sociedades para atender programaciones con cobertura en zonas territoriales limitadas, del resto de los criterios fijados en el mismo artículo 9 y que requieren una valoración conjunta por parte de quien únicamente puede conceder concesiones de ámbito nacional: el Gobierno de la Nación. Y la previsión de un informe preceptivo —vinculante o no— por parte de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas abriría un irresoluble problema en el caso de que unos ejecutivos autonómicos estuvieran de acuerdo y otros en desacuerdo con la capacidad de una sociedad concursante para atender programaciones territoriales.

No cabe, por último, apreciar una inconstitucionalidad por omisión en el artículo 9.2 de la Ley por no

prever, como «criterio de valoración prioritaria» de las ofertas, las previsiones que éstas contengan en orden a la expresión lingüística en catalán, gallego y euskera; dado que ni la Ley ha fijado los territorios de programación limitada ni es ésa una imposición que se deduzca de la Constitución como tal criterio «de valoración prioritaria» ni puede razonablemente decirse que el pluralismo lingüístico esté desatendido en la Ley recurrida. Así la cláusula «expresión originaria española» que contienen los artículos 9 y 14 de la Ley incluye, sin duda, la expresión en las distintas lenguas oficiales y propias de las Comunidades Autónomas.

No hay, pues, viso de inconstitucionalidad alguna en los artículos 8.1, 9.1.d), 9.2 y 11 de la Ley.

26. La Sección Primera del Pleno, en providencia de 21 de noviembre de 1988, acordó tener por recibidas las alegaciones del Abogado del Estado y, puesto de manifiesto en ellas que en el documento aportado con la demanda los Diputados acreditan su voluntad de recurrir contra la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, cuando el recurso realmente se dirige contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, se dispuso conceder a los recurrentes en el recurso 1430/1988 un plazo de diez días para la subsanación de dicho error.

Una vez subsanado el error del Grupo Parlamentario Popular e incorporado a las actuaciones el documento acreditativo de la voluntad de los Diputados firmantes del recurso de impugnar expresamente la Ley de la Televisión Privada, se dictó por la Sección Primera del Pleno una providencia, de fecha 16 de enero de 1989, en la cual se tuvo por subsanado el citado error. Contra dicha providencia, el Abogado del Estado interpuso recurso de súplica ante este Tribunal el 20 de enero de 1989, en el cual puso de manifiesto que los Diputados que firman la subsanación no son exactamente los mismos que figuran en el escrito de interposición del recurso. Después de darse vista del recurso a las partes, en Auto del Pleno de fecha 18 de abril de 1989 se desestimó el recurso de súplica de manera motivada.

27. La Sección Segunda del Pleno, en proveído de 4 de mayo de 1989, acordó volver a recabar del Ministerio del Portavoz del Gobierno y del Congreso de los Diputados el expediente de elaboración de la Ley impugnada; después de ser atendido este requerimiento por el Congreso de los Diputados, y puesto de manifiesto por el Gobierno que el expediente obraba en el Ministerio de Relaciones con las Cortes, la Sección Segunda del Pleno dictó nueva providencia el 16 de julio de 1991 por la cual se recababa de éste el expediente citado. El 16 de septiembre de 1991 la Sección Segunda dio traslado de los expedientes de elaboración de la Ley impugnada a las partes con el fin de que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes en el plazo de diez días.

28. El Abogado del Estado, en escrito de alegaciones registrado el 27 de septiembre de 1991, manifestó que la documentación aportada ya fue en su día considerada, pero que en relación con ella procedía consignar algunas reflexiones adicionales sobre la jurisprudencia constitucional sobrevenida. En este sentido, se destacó que la Secretaría General del Congreso emitió un informe que debió ser tenido en cuenta a la hora de segregarse del contenido de la Ley de Televisión Privada lo que luego fue la Ley Orgánica 2/1988, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televi-

sión privada. Este mismo criterio restrictivo en la interpretación de las materias de Ley Orgánica y especialmente en el desarrollo de los derechos fundamentales ha sido mantenido en las SSTC 57/1989 [fundamento jurídico 2.º]; 132/1989 (fundamento jurídico 16); y 131/1991 (fundamento jurídico 2.º). En definitiva, la Ley impugnada no amplía el contenido de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, sino que ordena un modo de ejercerlos mediante la emisión de programas con cobertura nacional.

Uno de los temas debatidos en las Cortes durante la elaboración parlamentaria de la Ley fue si la declaración de servicio público o *publicatio* de la actividad televisiva era o no compatible con los derechos fundamentales. Las SSTC 206/1990 y 119/1991 ratifican la doctrina expuesta en las SSTC 12/1982 y 49/1982 y subrayan que el derecho de creación de los medios de comunicación social viene sometido a una amplia capacidad de configuración del legislador, a la par que admiten que la existencia de límites a la gestión pública de la televisión no entraña un derecho directo a emitir por los particulares; asimismo, se volvió a insistir en el argumento de la escasez de las frecuencias.

En la STC 101/1991, fundamento jurídico 3.º, se afirmó que en muchos casos será obligado y necesario que el legislador orgánico remita al Reglamento para el desarrollo de la regulación por él establecida, con el límite de no degradar la reserva constitucional.

También es digno de remarcar que la STC 206/1990 (fundamento jurídico 8.º) ha señalado que la Ley de Televisión Privada no ha previsto o regulado la modalidad de televisión de alcance local, sino únicamente la televisión privada de ámbito nacional; la virtual exclusión de la televisión local no deriva directamente de la Ley citada —se dijo— «sino del ordenamiento jurídico globalmente considerado del sector»; por otro lado, no es constitucionalmente exigible que la regulación legal en la materia «sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnica permitan otorgar».

Finalmente, la STC 248/1988 confirma la doctrina sobre la cláusula estatutaria «términos y casos» que en su momento se invocó y fue expuesta en las SSTC 10/1982, 26/1982 y 44/1982.

Por todo ello se reitera la petición de que se desestimen en su totalidad los presentes recursos de inconstitucionalidad acumulados.

29. El Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación y defensa de su Gobierno y por escrito registrado el 10 de octubre de 1991, manifestó que, una vez examinados los expedientes, no ha encontrado ningún documento que justifique por qué la Ley cierra el paso a las posibilidades de desarrollo normativo de ejecución por parte de las Comunidades Autónomas. La falta de cualquier motivación expresa, razonable y razonada, que justifique no adaptar las áreas territoriales de cobertura televisiva limitada al mapa autonómico pone de relieve que la Ley altera el orden constitucional de distribución de competencias. Y es de señalar que la programación de las emisoras televisivas privadas no respeta la pluralidad cultural y lingüística del Estado, lo que obstaculiza la plena efectividad del principio de cooficialidad lingüística del catalán.

Tanto es así que el Parlamento de Cataluña ha adoptado la Resolución 232/III, de 1 de octubre de 1991, en la que se insta la actuación del Gobierno de la Generalidad con miras a conseguir que la programación de las televisiones privadas «esté de acuerdo con la realidad sociolingüística de Cataluña, el régimen de do-

ble oficialidad lingüística establecido por el marco legal y el proceso de normalización lingüística iniciado por el pueblo catalán y sus instituciones».

30. Por providencia de 3 de mayo de 1994 se señaló el siguiente día 5 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Por diversos motivos de inconstitucionalidad, tanto competenciales como sustantivos, el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña, el Parlamento Vasco y un Comisionado a tal efecto por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados impugnan la totalidad y, subsidiariamente, una pluralidad de preceptos de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, según se refleja con detalle en los antecedentes de esta Sentencia.

En síntesis, las alegaciones de los recurrentes suscitan las siguientes cuestiones delimitadoras del objeto procesal: *a)* desde un punto de vista formal, hay que determinar, en primer lugar, si la normativa discutida requiere de la cobertura formal de una Ley Orgánica, o, en otras palabras, si se viola o no la reserva de la Ley Orgánica establecida en el artículo 81.1 de la Constitución; *b)* en segundo lugar y en estrecha relación con la anterior cuestión, se hace preciso dilucidar si es constitucionalmente lícito que el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada deba aprobarse por Real Decreto del Gobierno o si dicho cauce normativo lesiona la reserva de Ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución o las garantías de Ley formal constitucionalmente exigibles para formalizar normas básicas; *c)* desde un punto de vista material, en tercer lugar, debe responderse también a las impugnaciones que estiman incompatibles con las libertades de expresión e información ejercidas a través de la televisión (art. 20.1 de la Constitución) y con la misma libertad de empresa (art. 38 de la Norma fundamental) la consideración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal que se ejercita mediante la gestión indirecta por las sociedades anónimas que hayan obtenido una concesión; *d)* por último, pero no en importancia, hay que dar una adecuada respuesta a los razonamientos efectuados por las Comunidades Autónomas actoras relativos a que la existencia de un régimen de competencias compartidas en materia de difusión por televisión (art. 149.1.27 de la Constitución, art. 16 del Estatuto catalán y art. 19 del Estatuto vasco) impide que el Estado se reserve la totalidad del régimen jurídico de la televisión privada en emisiones de cobertura nacional, una reserva que sobrepasa el ámbito posible de lo básico, y excluye la participación autonómica del otorgamiento de las concesiones y de la delimitación de las zonas territoriales de cobertura limitada.

2. Pero, antes de entrar en el examen de las cuestiones de fondo, hay que analizar las excepciones formales opuestas por el Abogado del Estado.

Al escrito de interposición del recurso por el Parlamento de Cataluña contra los artículos 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la Ley se opone la discordancia de la demanda con el Acuerdo impugnatorio de la Mesa que se refiere únicamente al artículo 5.1 «en relación con los artículos 5.2.c) y 14». Sin embargo, de este dato cierto no cabe extraer mayores consecuencias en este proceso,

pues en uno y otro caso es evidente la interconexión de las normas que se prevén en ese bloque de preceptos: aprobación del Plan por el Gobierno (art. 5.1), ausencia de participación autonómica en la delimitación de zonas territoriales infraestatales [arts. 4.2 y 5.2.c)], y una programación televisiva que se discute —se dice— por no utilizar el pluralismo lingüístico como criterio (art. 14). La representación y defensa de la Cámara se ha limitado a dar forma jurídica —con más o menos precisión— al Acuerdo impugnatorio del Parlamento autonómico.

Respecto de la demanda del recurso interpuesto por el Parlamento Vasco, se opone también por el Abogado del Estado la existencia de discrepancias, de un lado, entre el Acuerdo adoptado por el órgano legitimado, en donde se decide impugnar —junto a un amplio elenco de preceptos— la «Disposición transitoria única», y de otro, la impugnación en el recurso de las Disposiciones adicionales primera y segunda. Tampoco esta excepción, encaminada a restringir el objeto del recurso, puede ser aceptada. En primer lugar, porque en el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco contra la voluntad efectivamente de recurrir una inexistente «Disposición transitoria única», pero la impugnación se hace en relación con una amplia serie de preceptos y todos ellos por razones competenciales, a diferencia de lo que acontece en otros bloques de preceptos; el error en la invocación del precepto se advierte con claridad cuando se cae en la cuenta, de un lado, de que es en la Disposición adicional —ésta si única— donde se contiene la atribución de una competencia al Gobierno, y, de otro, de que la Disposición transitoria primera se impugna en el mismo acuerdo, pero por razones derivadas de la hipotética lesión del artículo 20.1 de la Constitución. La defensa de la Cámara se limitó, pues, a subsanar el error en la invocación del precepto acaecido en el acuerdo del Pleno y no cabe de ahí restringir el objeto del recurso a causa de una discordancia entre el acuerdo de recurrir del órgano legitimado y la demanda formalizada por su representante.

Es cierto, sin embargo —como denuncia el Abogado del Estado—, que en el *petitum* del recurso promovido por el Parlamento Vasco se impugnan los artículos 5.1, 9.1, 12 en su inciso «y será transferible» y 21.1, por vulnerar el artículo 20.1 de la Constitución, sin que tal impugnación vaya acompañada en la demanda de una motivación expresa; razón por la cual, en vez de proceder a la inadmisión parcial de estos recursos por su falta de fundamentación y en aplicación del artículo 85.1 de la LOTC —como insta que se haga el Abogado del Estado—, habrá que entender simplemente que tales preceptos, ante la omisión de cualquier argumentación, se impugnan por los mismos motivos que otros preceptos supuestamente lesivos de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, es decir, por adoptarse las técnicas del servicio público y de la concesión.

3. Desechadas estas objeciones procesales, procede entrar a conocer del fondo de la fundamentación de los recursos, afrontándose en primer lugar la tacha de inconstitucionalidad trabada frente a la Ley por transgredir la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1), impugnación recogida en los recursos del Parlamento Vasco y del Grupo Parlamentario Popular. La primera de las demandas de estos recursos señala que, del concepto de televisión que acoge el artículo 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, se desprende que «a través de» ese medio de comunicación

se ejercen los derechos fundamentales consagrados en el artículo 20.1 de la Constitución. Y, en concreto, que son desarrollo del artículo 20 de la Constitución, e infringen el artículo 81.1 de la misma, los siguientes preceptos legales: la regulación del titular del derecho (art. 1); quiénes, en nombre del titular, pueden ejercerlo (arts. 2, 10, 18 a 23); los principios que inspiran su ejercicio (art. 3); su objeto (arts. 4, 14 y 15) y las condiciones para su ejercicio (arts. 5, 6 y 17); el régimen de infracciones y sanciones (arts. 24 a 26) y la autoridad que ha de velar por el correcto cumplimiento de la normativa (art. 7). La demanda formalizada por el Comisionado parlamentario de dicho Grupo, en cambio, se limita a efectuar una impugnación genérica de la Ley, razonando que o bien la gestión indirecta de un servicio público como es éste no es materia reservada a la Ley, o, si hace falta una Ley para regular estos extremos, debe ser una Ley Orgánica dado que «afecta», sin duda, a derechos fundamentales.

Sabido es que el artículo 81.1 de la Norma fundamental enuncia determinados contenidos que sólo pueden ser regulados por Leyes Orgánicas y, entre ellos, y por lo que aquí atañe, el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». La interpretación que deba hacerse de esta reserva, pese a su complejidad, ha sido ya precisada en distintos pronunciamientos de este Tribunal de los que es inevitable partir y que conviene recordar, sin perjuicio de lo que más adelante sea menester agregar, y de lo que se señala también respecto de la intervención confluyente de la Ley ordinaria para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I (art. 53.1 de la Constitución):

A) En diversas resoluciones hemos afirmado que «nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional, de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria» (STC 160/1987).

a) Ello supone «que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva» (STC 160/1987, fundamento jurídico 2.º; en el mismo sentido, la reciente STC 142/1993, fundamento jurídico 2.º, 1).

Este carácter rigurosamente excepcional de la Ley Orgánica como fuente del Derecho se justifica, entre otras razones, porque «llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas» [STC 5/1981, fundamento jurídico 21 A), y, entre otras, la STC 76/1983, fundamento jurídico 2.º]. De manera que «si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la CE) también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a Ley ordinaria» (*ibidem*).

b) Mas no sólo las materias objeto de la reserva de Ley Orgánica, sino también la expresión «desarrollo» que la Constitución emplea para delimitar en este extremo el objeto de las Leyes Orgánicas ha de recibir una interpretación restrictiva. Así, tal expresión se refiere al desarrollo «directo» de los derechos fundamentales (STC 6/1982, fundamento jurídico 6.º), puesto que el instrumento de la Ley Orgánica «no puede extenderse» hasta el punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental», habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica «convierte a las Cortes en constituyente permanente» (*ibidem*). Es por ello por lo que hemos precisado que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas...» (STC 140/1986, fundamento jurídico 5.º); siendo, no obstante, cierto que el dato de que la Constitución requiera que una norma se contenga en una Ley Orgánica, con un procedimiento específico de elaboración y aprobación, «añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad» (*ibidem*). Todavía con mayor concreción en la STC 93/1988 (fundamento jurídico 5.º) pusimos de manifiesto que no es posible equiparar «el ámbito negativo de exclusión de Decreto-ley del artículo 86.1 de la CE con el positivo de exigencia de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo, aunque se produzca en Leyes sectoriales» (en el mismo sentido, STC 140/1986, fundamento jurídico 5.º).

B) De la anterior doctrina una primera conclusión se desprende y es la de que la prohibición de «afectar» a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos por Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución) no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas. O, en otras palabras, no todo lo que «afecte» a los derechos fundamentales constitucionalizados en el artículo 20.1 —como parece creerse en la demanda presentada por el Comisionado parlamentario— es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada conforme de Ley Orgánica. La Constitución veda al Decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la Ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga —por obvio que sea el recordarlo— a regular por Ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la Ley ordinaria.

De este modo, hemos reconocido que «la función de garantía adicional» que cumple el artículo 81.1 de la Constitución en materia de derechos fundamentales «conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades» o los desarrollen de modo directo «en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites» (STC 101/1991, fundamento jurí-

dico 2.º, que invoca las SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989).

En suma, cualquier disciplina legal que «afecte» a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobado por Ley Orgánica, sino que una «regulación» de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del artículo 81.1 de la Constitución —en vez de en la reserva de Ley ordinaria del art. 53.1— cuando «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Puede, por eso, razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho —a menudo dotada de considerables dosis de abstracción— en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales. Constitución y Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental se integran, por tanto, estrechamente —como evidencia el art. 28.2 de la LOTC—, sin perjuicio de la evidente superioridad jerárquica de las normas constitucionales.

Dicho cuanto precede, y a la vista de estos criterios generales, sólo si, a resultas de una interpretación restrictiva, la Ley recurrida contuviera un desarrollo directo —global o de aspectos esenciales— del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, lo que ha de acontecer cuando el legislador incide en la «regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas» (STC 132/1989, fundamento jurídico 16) deberíamos pronunciar su inconstitucionalidad formal por vulnerar el artículo 81.1 de la Constitución.

4. La aplicación de nuestra doctrina a la Ley impugnada exige dar noticia previa de los principales contenidos de la Ley discutida. Según el artículo 1, el objeto de la Ley consiste en regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión de titularidad estatal. Una gestión que se realiza por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 2) y con emisiones de cobertura nacional (art. 4.1); concesiones que otorga el Gobierno tras el oportuno concurso público (art. 8.1), apreciando en su conjunto las ofertas presentadas y según distintos criterios legalmente determinados (art. 9), y por un período de diez años susceptible de renovación (art. 10). Las concesiones vienen vinculadas al correspondiente Plan Técnico Nacional que regula las condiciones técnicas necesarias para la prestación del servicio (arts. 5.2 y 6) y quedan sujetas a la profusa disciplina internacional que regula el tema (art. 6); así como sometidas a la inspección del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones (art. 7). La Ley regula con detalle en su Capítulo II el régimen jurídico de la concesión: adjudicación (art. 9); solicitudes e interdicciones (art. 10); plazo (art. 11); naturaleza intransferible (art. 12); gastos de mantenimiento de los sistemas de difusión de señales (art. 13); porcentajes y contenidos de la programación (art. 14) y límites de emisiones publicitarias (art. 15); extinción (art. 16), etc. Así como disciplina con no menos detalle en el Capítulo III las

características y requisitos de las sociedades concesionarias: capital mínimo suscrito y desembolsado (art. 18.2); límites a la titularidad de las acciones, a la concentración de capital (arts. 19 y 23) y a la transmisión de las acciones (art. 21); y condiciones de inscripción en el correspondiente registro (art. 20). E, igualmente, se tipifica un régimen de infracciones y sanciones (Capítulo IV) que no es preciso describir aquí:

A) A la luz de esta síntesis de los contenidos legales, una primera afirmación —no por obvia menos relevante— debe efectuarse: la Ley no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de radiodifusión ni siquiera de todas las modalidades constitucionales y técnicamente posibles de televisión privada —conviene insistir en ello—, es decir, con distinto alcance y mediante diversos soportes tecnológicos. Partiendo de una normativa legal preexistente sobre la materia, se limita a ordenar el acceso de tres sociedades concesionarias (art. 4.3), tras la adjudicación de la concesión en concurso público entre las distintas entidades solicitantes y concurrentes, a la gestión indirecta del servicio público de titularidad estatal a través de un determinado sistema de difusión de señales y para emisiones básicamente con cobertura nacional (art. 4.1). Es evidente, pues, cualquiera que sea la opinión que desde la política legislativa tal opción merezca —que, como se verá, no redundaría necesariamente en un vicio de inconstitucionalidad—, que, pese a la relativa confusión que encierra la denominación de la Ley que hace pensar en una ordenación general de la gestión del medio de comunicación por los particulares, el legislador se ha limitado a ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles: la de cobertura nacional y mediante emisiones de señales por ondas. Esta opción del legislador no configura una injustificable limitación o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, porque nada impide la existencia de diversas Leyes que regulen las distintas modalidades televisivas técnica y constitucionalmente posibles.

B) La Constitución protege en su artículo 20.1 el derecho a expresarse libremente mediante la palabra, el escrito o «cualquier otro medio de reproducción» [letra a)], y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz «por cualquier medio de difusión» [letra d)]. Interpretando este precepto, en diversas ocasiones hemos reiterado que los derechos de libre expresión y de información, en su dimensión de derechos de libertad, significan básicamente ausencia de interferencias o intromisiones ilegítimas en el proceso de comunicación, pero, a la vez, en su dimensión institucional, suponen una garantía de una opinión pública libre y del mantenimiento de un pluralismo político; en definitiva, el artículo 20 de la Constitución es una garantía de una comunicación pública libre sin la cual vendría falseada la libertad democrática; «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»; mas este derecho a crear «soportes o instrumentos de comunicación» como «derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites» (STC 12/1982, fundamento jurídico 3.º).

Esta importante y matizada distinción —pues no puede llegar a ser una separación— entre los derechos fundamentales garantizados por el artículo 20.1 de la Constitución y los derechos a instaurar soportes, instrumentos o medios de comunicación indispensables

para el ejercicio de esas libertades ha sido mantenida por este Tribunal en distintas resoluciones hasta la muy reciente STC 31/1994, en la que se ratificó, de nuevo (fundamento jurídico 7.º), que la Constitución consagra junto a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión el «derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades, si bien es cierto, como hemos tenido ocasión de señalar, que no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos, de modo que respecto del derecho de creación de comunicación el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes» siempre que no restrinja el contenido esencial de aquellos derechos fundamentales.

Partiendo de esta distinción conceptual, ya muy consolidada en nuestra jurisprudencia (SSTC 12/1982, 206/1990, 119/1991 y 31/1994), de un lado, entre los «derechos primarios», reconocidos con rango de fundamental en el artículo 20.1 de la Constitución, a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz, y, de otro, «los derechos instrumentales» de éstos a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades, debemos precisar lo que a continuación se expone. Es, sin duda, cierto que los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales. Y así lo hemos venido reconociendo —como se ha expuesto— desde las iniciales SSTC 12/1982 y 74/1982. Pero tampoco es menos cierto que la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación —en el caso que nos ocupa, la emisión por ondas radioeléctricas con cobertura nacional— es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad, pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto. Son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión —sustancialmente unos derechos de libertad—, y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan y en los cuales dichos derechos se ejercen, que reclaman —por su misma naturaleza— una detallada regulación estatal, entre otras razones, para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad y no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico.

C) El objeto de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones. Puede, por eso, decirse que la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio —de entre las constitucionalmente posibles— de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efec-

tivo el ejercicio de esos derechos (art. 53.1 de la Constitución); y no realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica en su artículo 81.1; ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por Ley Orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas.

No cabe, por tanto, declarar inconstitucional la Ley por este motivo, pues, como ya se ha expuesto, son cosas distintas desarrollar de modo directo los derechos fundamentales que disciplinar las condiciones que hacen posible una forma de su ejercicio, o, en otras palabras, regular una de las modalidades posibles para el ejercicio de los derechos fundamentales en juego y en lo que aquí respecta la regulación del régimen jurídico de las concesiones.

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

5. Intimamente unido con el problema anterior se encuentra la aseveración, que en los recursos del Parlamento y el Consejo Ejecutivo de Cataluña se realiza, relativa a que no es consuetudinariamente lícito que el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 5.1 de la Ley) se apruebe por Real Decreto del Gobierno, pues —se afirma— que, bien ello vulnera la reserva de Ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución, bien las garantías de Ley formal exigibles para emanar normas básicas ex artículo 149.1.27 de la Constitución.

Este segundo vicio de inconstitucionalidad formal no puede ser aceptado, aunque para hacer una adecuada motivación de rechazo sea preciso efectuar algunas imprescindibles consideraciones previas.

Incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones «sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no llegue «a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir»

[STC 83/1984, fundamento jurídico 4.º; que reproduce la STC 99/1987, fundamento jurídico 3.º, a)].

En el caso que nos ocupa, la Ley habilita expresamente al Gobierno para aprobar un Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 5.1). Una habilitación que contiene una delimitación del objeto de la remisión en el artículo 5.2 de la Ley que puede considerarse suficiente. Así se determina allí que el Plan comprenderá

«la regulación de las condiciones de carácter técnico que sean necesarias para garantizar la adecuada prestación del servicio y, entre ellas, las siguientes: a) sistemas de transporte y difusión de señales previstos para la prestación del servicio por parte de las sociedades concesionarias; b) bandas, canales, frecuencias y potencias reservadas para la emisión de los programas de tales sociedades, así como emplazamientos y diagramas de radiación de los centros emisores y reemisores; c) la delimitación de las zonas a que se refiere el artículo anterior».

Pero la razón que debe llevarnos a desestimar estas tachas de inconstitucionalidad es otra. Unos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales, la fijación de bandas, frecuencias y potencias o los diagramas de radiación no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución ni tampoco, realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio, en el sentido expresado en el artículo 53.1 de la Norma fundamental, tal y como ocurre con el régimen jurídico de las sociedades concesionarias, sino un simple complemento reglamentario de carácter técnico.

Estos extremos atañen a la ordenación de aspectos muy técnicos del dominio público radioeléctrico, sumamente flexibles y cambiantes, y atinentes a la competencia exclusiva del Estado para ordenar de manera unitaria la radiocomunicación y las telecomunicaciones en general y en sus distintos usos y no sólo el uso televisivo de ese dominio público; tal y como fueron estos títulos interpretados en la STC 168/1993 (fundamento jurídico 4.º). Como en dicha Sentencia se dijo, priman en esta regulación los aspectos propios del soporte técnico de la emisora sobre las libertades que se ejercen en un servicio de difusión y comunicación social, a diferencia de con lo que ocurre en las condiciones de adjudicación de una concesión de radiodifusión.

6. Tanto el Parlamento Vasco como los Diputados recurrentes del Grupo Parlamentario Popular denunciaban en sede constitucional que es —a su juicio— incompatible con la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20.1 de la Constitución la configuración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal (art. 1 de la Ley), como dice el Preámbulo, en los términos del artículo 128.2 de la Constitución; un servicio público cuya gestión indirecta se realizará (dice el art. 2 de la Ley) por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa. Según los citados parlamentarios, la *publicatio* que la idea de servicio público supone implica, además, una invasión de la libertad de empresa y de la iniciativa privada constitucionalmente reconocidas (art. 38). Es menester afrontar el enjuiciamiento de estas tachas de inconstitucionalidad que en los recursos frente a dichos preceptos se imputan:

A) No es ésta una cuestión nueva en la jurisprudencia constitucional, puesto que cláusulas análogas a la

del artículo 1 de la Ley recurrida se encuentran en normas legales anteriores: el artículo 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), y el artículo 2.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/1987, de 18 de diciembre), por eso, sin perjuicio de las profundizaciones en el tema que después se realicen, es menester recordar lo que ya se ha dicho acerca de este problema.

En la STC 12/1982 (fundamento jurídico 4.º), se expuso que la consideración de la televisión como un servicio público esencial recogida en el artículo 1.2 del citado Estatuto de la Radio y la Televisión la fundamenta el legislador en el Preámbulo de dicha Ley (párrafo 1.º) en el hecho de que sea un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, y medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Partiendo de esta fundamentación legal del uso del concepto, se reconoció allí que la configuración de la televisión como servicio público, «aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador».

De nuevo, en la STC 74/1982 (fundamento jurídico 3.º) y en relación con el artículo 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión, reiteramos que no era «cuestionable» la consideración de la radiodifusión como servicio público esencial de titularidad estatal y que resultaban admisibles las modalidades indirectas de gestión mediante la técnica concesional.

La STC 35/1983 (fundamento jurídico 3.º) resolvió, al enjuiciar un caso de rectificación en televisión, que aunque la noción de «poder público», obviamente, no coincide con la de «servicio público», las funciones calificadas como servicio público quedan colocadas, con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los poderes públicos.

Con mayor relevancia para nuestros fines, en la STC 106/1986 (fundamento jurídico 3.º) se aclaró que la declaración de la actividad de radiodifusión —sonora y de televisión— como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad; ni la ausencia de tal declaración representaría, sin más, la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar, en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio y televisión en favor del particular que lo solicite.

Todavía de forma más explícita la importante STC 206/1990 (fundamento jurídico 6.º), de forma sobrevenida a las alegaciones de las partes en este litigio y a la que se remiten las posteriores SSTC 119/1991 (fundamento jurídico 5.º) y 31/1994 (fundamento jurídico 6.º), recordó que el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite someter la televisión a un régimen de intervención administrativa previa en diversas formas, entre las que se incluye la técnica concesional; y expuso que la calificación de servicio público es constitucionalmente lícita desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad, «pero no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación en la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica en fa-

vor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar». Los cambios en los condicionamientos técnicos —por las mejoras tecnológicas— y en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en la constitucionalidad de la titularidad estatal como en los límites a la gestión privada del servicio, que el legislador está obligado a realizar; del mismo modo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros Tribunales Constitucionales ha evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada; pero, en cualquier caso, un límite cierto a cuanto precede es que del artículo 20 de la Constitución «no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir» (*ibidem*).

Enjuiciando ya preceptos de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 que en su artículo 2.1 califica a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público —con ciertas excepciones— y en su artículo 25.3 determina el concepto de televisión y califica esta actividad como servicio de difusión, recayó la STC 189/1991. Donde volvimos a decir (fundamento jurídico 3.º) que la declaración de la televisión como servicio público, sin distinción del medio técnico que se utilice ni de los contenidos que se transmitan, se establece por el legislador en el Estatuto de la Radio y la Televisión y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y es en sí misma constitucional. Pero es ésta una resolución en la que ya se insistió en que la idea de servicio público no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación, porque hay en juego derechos subjetivos referidos a comunicar libremente pensamiento e información.

Por último, la anterior doctrina se reiteró por este Tribunal en su Sala Segunda en la reciente STC 31/1994 (fundamento jurídico 5.º), en la que, partiendo de la configuración de la televisión por el legislador como un servicio público esencial, se afirma que «no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE, la necesidad de obtener una concesión administrativa»; así como que «en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos» (fundamento jurídico 7.º).

B) Ahondando en esta línea de jurisprudencia y en las correcciones iniciadas en la citada STC 206/1990 es preciso hacer algunas matizaciones. La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. Un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución de la declaración que el artículo 1 de la Ley efectúa. Una circunstancia que no se produce.

La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la Constitución; ningún precepto constitucional la impide expresa o tácitamente. Es, pues, una opción, entre otras constitucionalmente

posibles, que puede tomar el legislador. El artículo 128.2 de la Constitución permite a la Ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es ésa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública.

De manera que se piense o no que la noción de servicio público constituye una efectiva garantía de la prestación de ciertos servicios esenciales cuando concurra el ejercicio de derechos constitucionales, en cualquier caso (y esto es lo único que aquí interesa destacar a efectos de un pronunciamiento de constitucionalidad) la calificación de la televisión como servicio público no configura una insoslayable amenaza para los derechos del artículo 20.1 de la Constitución —como se denuncia en algunas de las demandas—, hasta el punto de cercenar su ejercicio o de impedir la incorporación de las transformaciones técnicas operadas en la materia de radiodifusión, es decir, de frenar la evolución social y tecnológica sobre la que esos derechos fundamentales se proyectan. Nada se argumenta en los recursos que pueda llevar a esta conclusión.

Por esas mismas razones, en contextos distintos, hemos admitido la licitud constitucional de la aplicación por el legislador de la idea de servicio público esencial a otros derechos fundamentales con el fin de preservar el interés general. De este modo, v. gr., en la STC 26/1987 (fundamento jurídico 4.º) mantuvimos que la naturaleza de la autonomía universitaria como derecho fundamental no excluía las limitaciones propias del servicio público que es en nuestro ordenamiento la educación superior en la Universidad (art. 1.1 de la Ley de Reforma Universitaria 11/1983, de 25 de agosto); y que tal calificación de servicio público no era un obstáculo para la libertad académica.

No obstante, la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del artículo 20 CE. Desde esta perspectiva, las limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (art. 7.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) son un refuerzo

de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional.

En definitiva, la vigencia de los derechos fundamentales comprendidos en el artículo 20.1 de la Constitución no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida calificación legal de servicio público y ello sin perjuicio de que el legislador debe ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el artículo 20 CE, y, a la par, obliga a que este Tribunal controle si la Ley garantiza o no suficientemente tales derechos.

En este mismo sentido, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prescribe en su apartado 1.º que las libertades de expresión y de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, no impiden que los Estatutos sometan a las empresas de televisión «a un régimen de autorización previa». Y la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce (arts. 2, 3, 4.1, 6 y 7 de la Ley) es una variante de autorización previa que no viene vedada ni por la Constitución ni por el Convenio Europeo. Como dijimos en la STC 108/1993 (fundamento jurídico 3.º), en un caso referido al otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión en modulación de frecuencia, la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado, satisfaciendo unos determinados requisitos y condiciones técnicas; de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el citado artículo 10.1 del Convenio, ha precisado que su texto permite a los Estados reglamentar, mediante un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio y, en particular, sus aspectos técnicos (asunto «Gropper Radio y otros», Sentencia del TEDH de 28 de marzo de 1990).

Pero el verdadero sentido de este precepto y del problema no puede ser captado sin leer a la vez el apartado 2.º del mismo artículo 10 del Convenio, que permite que el ejercicio de esas libertades pueda ser sometido a «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley», siempre y cuando «constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática». Esta importante exigencia, la necesidad de las restricciones impuestas a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales, ha sido interpretada en materia de difusión radiotelevisiva por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto «Informationsverein Lentia y otros», 36/1992/381/455-459, Sentencia del TEDH de 24 de noviembre de 1993). Se señaló allí que los Estados gozan de un margen de apreciación para juzgar la necesidad de las restricciones o injerencias, pero las mismas son susceptibles de un control europeo, si afectan a las libertades del artículo 10.1 del Convenio. Ese control judicial europeo debe ser severo en razón de la importancia de estas libertades. En otras palabras, la necesidad de la limitación de esos derechos debe justificarse por el legisla-

dor de manera razonable y convincente (Asunto «Autronic, AG», Sentencia del TEDH de 22 de mayo de 1990) y las injerencias controvertidas han de ser proporcionadas al fin constitucional perseguido. La observación vale especialmente para los medios audiovisuales, dado que sus programas se difunden a una gran escala, y con el fin de asegurar la libertad de expresión en una sociedad democrática; de suerte que, gracias al moderno progreso tecnológico, las restricciones impuestas ya no podrán ser siempre fundadas en consideración al número de frecuencias y canales disponibles (el mencionado Auto «Informationsverein Lentia»).

Estas razones son las que nos llevan a declarar que la calificación de la televisión como un servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa convirtiéndose en una de entre las varias opciones constitucionalmente lícitas. Lo que no significa, sin embargo, que mediante la invocación de dicha tesis, se habilite a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento.

De igual manera, conviene subrayar que la selección del titular de la concesión en que la declaración de servicio público se traduce debe efectuarse con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los Tribunales ordinarios.

C) Dicho esto, conviene también insistir en que el titular de una licencia de radiodifusión de algún modo goza de un «privilegio» (así lo expuso la Corte Suprema Estadounidense en «Red Lion Broadcasting Co. y otros *versus* Federal Communications Commission, 395.US.367, de 9 de junio de 1969), ya que es alguien que utiliza —con un uso privativo y excluyente de otros— un recurso valioso y limitado («Columbia Broadcasting System *versus* Democratic National Committee», 412.US.94, de 29 de mayo de 1973), cual es un medio de radiodifusión que le permite expresar libremente sus opiniones ante una pluralidad de espectadores y a diferencia, precisamente, del resto de los ciudadanos que no poseen la organización ni los recursos económicos necesarios para acceder a ese instrumento privilegiado de ejercicio de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución.

Cuando de radiodifusión televisiva se habla, esto es, si cabe, más evidente. La técnica concesional que la Ley recurrida acoge regula el acceso, mediante concurso público, de una pluralidad de empresas solicitantes con ofertas concurrentes (arts. 8 a 10 de la Ley), cuyo interés público el Gobierno viene obligado a valorar con arreglo a los criterios objetivos que la Ley menciona (art. 9.2), y que los Tribunales contencioso-administrativos —ya se ha dicho— pueden revisar. Esa forma de acceso plural a la autorización para emitir tiene como justificación (así se desprende del art. 9.2 de la Ley) impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social no menos odioso, desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado, en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos. Las normas que la Ley recurrida dispone sobre

la titularidad de las acciones de las sociedades concesionarias y las tendentes a evitar la concentración de capital en manos de personas físicas o jurídicas (Capítulo Tercero de la Ley y, en especial, los apartados 2.º a 4.º del art. 19 y el art. 21) responden a esta finalidad.

No es, por eso, casual que si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el citado caso «Informationsverein Lentia») declaró injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público, también la Corte Constitucional italiana (Sentencia núm. 826, año 1988, de 13 de julio), ante una situación de concentración monopolística de la televisión privada en un solo grupo de empresas, declaró (fundamento jurídico 26) la necesidad de garantizar, mediante una disciplina adecuada de la materia, una efectiva tutela del pluralismo en la información; y recomendó que la Ley futura contuviera límites y cautelas financieras que impidieran posiciones hegemónicas en el mercado, así como que se introdujera un alto grado de transparencia de los propietarios de las empresas y de sus balances. La misma preocupación por impedir un monopolio de opinión, salvaguardar una separación de poderes informativos y garantizar un pluralismo externo mediante la posibilidad de acceso de diversos grupos sociales a la televisión privada se observa en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986 (*BVerfGE* 73, 118) que enjuició la Ley de Baja Sajonia.

D) Por otra parte, la estricta libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula. Del mismo modo que no lo asegura el monopolio público televisivo. En este contexto, la noción de servicio público es una técnica que —al igual que otras constitucionalmente posibles— puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas.

Es, por lo demás, cierto que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (SSTC 37/1981, fundamentos jurídicos 4.º y 7.º; 88/1995, fundamento jurídico 2.º; 37/1987, fundamento jurídico 5.º; 17/1990, fundamento jurídico 8.º; etc.); y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros (STC 227/1993, fundamento jurídico 4.º).

E) En virtud de lo expuesto, deben considerarse constitucionalmente lícitos, al no vulnerar los artículos 20.1 y 38 de la Norma fundamental, en particular, los artículos 1, 2, 3, 4.1, 6, 7.c) y 7.2, y cualesquiera otros preceptos conexos, dentro del Capítulo Primero de la Ley, en los cuales se califica la televisión como servicio público y se disciplina su gestión indirecta mediante la técnica concesional. Del mismo modo, debe desestimarse en este extremo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco en el cual, con fundamento en la mera mención legal a la existencia de una concesión o de una sociedad concesionaria y su supuesta infracción del artículo 20.1 de la Constitución, se impugnan un amplio número de

preceptos sin añadir mayores argumentaciones: artículos 2, 3, 4, 5.1, 5.2 a), 6, 7.1.c), 8, 9.1, 9.2, 10, 11, 12, 14.1, 14.3 a), 14.5, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24.2 a), 24.3 f), 24.4, 25.1, 26 y Disposición transitoria primera.

7.—En lo que afecta al artículo 4.3 de la Ley, que establece en tres el número de las concesiones nacionales, los Diputados recurrentes del Grupo Parlamentario Popular, en realidad, no discuten esa fijación en tres de las nuevas concesiones de emisoras o cadenas de televisión privada con cobertura nacional que utilizan la infraestructura de la red terrenal de RTVE de emisores y reemisores como soporte de la red de televisión privada. En la demanda del recurso se razona que es técnicamente posible la instalación de otros transmisores en los mismos emplazamientos que los actuales y situados cerca de los grandes núcleos de población, de forma que con transmisiones de potencia reducida y diagramas de radiación limitada, se obtengan emisiones con coberturas locales, aumentándose así los servicios de radiocomunicación disponibles para usos privados. Estos razonamientos técnicos atañen a la posibilidad real de emisiones de televisión privada con cobertura territorial limitada o local que, ciertamente, la Constitución no impide y vienen, incluso, amparadas por los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, de acuerdo con los razonamientos ya expuestos, pero es obvio que de ahí no puede deducirse un vicio de inconstitucionalidad de una norma (el citado artículo 4.3 de la Ley) que fija un número máximo de concesiones de alcance nacional y no local, precisamente en virtud de ese ámbito nacional y después de valorar los condicionamientos publicitarios, económicos y financieros, así como técnicos existentes. La ausencia de una fundamentación de la demanda realmente dirigida a impugnar el número de concesiones nacionales, y no otros extremos irrelevantes para enjuiciar la adecuación a la Constitución del artículo 4.3 de la Ley, debe bastar para rechazar el recurso en este extremo.

A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos de la Ley advierte que el número de concesiones fue fijado considerando conjuntamente tres variables: cálculos de viabilidad económica para las empresas concesionarias en virtud de las dimensiones del mercado; las exigencias o limitaciones técnicas existentes; y el interés del público por una programación diversificada. Son éstos extremos que, en definitiva, deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones que ni se detallan en las demandas ni se advierten fácilmente.

8. Por lo que respecta al enjuiciamiento de la Ley desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas cabe decir lo que a continuación se expone.

Ya se ha dicho (fundamento jurídico 4.º) que la Ley no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de difusión ni todas las modalidades públicas y privadas posibles, con distinto alcance especial y mediante diversos soportes tecnológicos. Su afán es más limitado: se trata de regular el acceso a la emisión de programas por sociedades concesionarias con cobertura nacional (art. 4.1 de la Ley); y, por eso, aunque la Ley prevé la emisión de programas en zonas territoriales limitadas que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 4.2), advierte que en ningún caso la duración diaria de la programación con dicha cobertura limitada

podrá exceder la duración diaria de los programas con cobertura nacional (art. 14.1). De ahí que el objeto, finalidad y ámbito de la Ley recurrida haga innecesario que nos pronunciemos sobre el alcance que quepa dar al artículo 16.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña —como pide el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña— que prevé la posibilidad de que dicha Comunidad Autónoma regule, cree y mantenga su «propia televisión» y, por consiguiente, es un título competencial que no viene directamente afectado por la normativa legal discutida. La Ley regula la televisión privada —básicamente— de ámbito nacional y no contempla las televisiones públicas —y entre sus variantes el llamado tercer canal— ni la televisión de alcance local o autonómico.

Idénticas razones hacen que no pueda defenderse que la Ley recurrida sea inconstitucional por vulnerar el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) a causa de su ambigüedad desde la óptica competencial, tal y como sostiene también el ejecutivo catalán, puesto que, pese al ambicioso enunciado de la Ley, la misma no contempla todas las modalidades de televisión privada posible. De este dato no surge, sin necesidad de más argumentaciones, un defecto de competencia que redunde en una lesión de la seguridad jurídica. Y la confusión que la denominación legal comporta no es tal que, en la materia sobre la que se legisla, no sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (STC 46/1990, fundamento jurídico 4.º).

Desechadas estas argumentaciones genéricas, los contenidos dispuestos en la Ley recurrida se ven afectados, *prima facie*, por dos títulos competenciales del Estado. Según interpretamos en la STC 168/1993 (fundamento jurídico 4.º), al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones desde esta óptica, los títulos competenciales dispuestos en el artículo 149.1.21 de la Constitución —telecomunicaciones y radiocomunicación como competencia exclusiva del Estado— y en el apartado 27 del mismo precepto —televisión y otros medios de difusión y comunicación social en cuanto competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas— se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no pueden desligarse totalmente, aunque no pueden llegar a solaparse, configurando *res mixtae*. El otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones y que se sirven como instrumento de las emisoras de difusión para ejercer los derechos fundamentales que el artículo 20.1 de la Constitución consagra, es una medida que, por su finalidad, encuentra natural acomodo en el título del artículo 149.1.27 de la Constitución; y es un corolario ineludible de este pronunciamiento que, no sólo el otorgamiento, sino también la regulación del procedimiento de adjudicación de concesiones y facultades accesorias a esta principal, como son la inspección de los servicios y la imposición de sanciones derivadas de infracciones; facultades todas ellas que deben corresponder a quien ostenta la potestad principal (*ibidem*, y las Sentencias que allí se citan, SSTC 12/1982, 206/1990, 119/1991, 108/1993).

En cambio, aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento a través del cual la radio y televisión aquí se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia «radiocomunicación» y, por tanto, de la competencia estatal *ex artícu-*

lo 149.1.21 de la Constitución para ordenar el dominio público radioeléctrico desde una concepción conjunta de muy distintos usos, diversos a la radiodifusión, y dada la unidad intrínseca del fenómeno que requiere de una disciplina y ordenación unitarias (STC 168/1993, fundamento jurídico 3.º).

Partiendo de esta exégesis de ambos títulos competenciales, expuesta en la citada STC 168/1993 y aplicada por nosotros en diversas resoluciones posteriores, pueden ya resolverse las tachas de incompetencia que las Comunidades Autónomas autoras formulan. Sustancialmente, discuten: A) la ausencia de participación autonómica en el otorgamiento de las concesiones (arts. 8 y ss. de la Ley); B) la falta de intervención de la Comunidad Autónoma, en general, en la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (arts. 5, 7 y concordantes de la Ley); C) y, en concreto, la imprevisión de participación autonómica alguna en la delimitación de las zonas territoriales, inferiores a la estatal, de programación y emisión [arts. 4.2 y 5.2.c) de la Ley].

A) Ya se han expuesto las razones por las cuales la regulación del procedimiento de adjudicación de las concesiones de emisoras de difusión, el otorgamiento, y las facultades accesorias de estas principales de inspección y sanción se encuadran en el artículo 149.1.27 de la Constitución: la competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre televisión y otros medios de comunicación social. Es cierto también que el otorgamiento de una concesión configura una facultad de ejecución, pero de ahí no cabe deducir que —en el caso que nos ocupa y excepcionalmente— no pueda la competencia estatal para emanar normas básicas en esta materia ofrecer cobertura a tal facultad que la Ley atribuye al Gobierno (arts. 8 y ss. de la Ley). La escasez del número de concesiones de ámbito nacional que la Ley (art. 4.3) prevé —tres— dificulta considerablemente si no imposibilita un hipotético régimen de compartición entre una pluralidad de Comunidades Autónomas con competencias en la materia (otro tanto dijimos en la STC 168/1993, fundamento jurídico 5.º, respecto de la escasez de frecuencias y las emisoras de radio de ondas largas); de manera que sólo el Gobierno, en cuanto órgano general del Estado, puede adjudicar un número escaso de concesiones de emisoras con cobertura nacional, ámbito territorial que supone, además, una razonable limitación al ejercicio de las competencias autonómicas.

Sentada la titularidad estatal de la facultad de otorgar las concesiones (art. 8.1 de la Ley), que es el precepto nuclear, deben ir aparejadas a esta facultad principal del Estado las potestades accesorias a la misma de ordenación del régimen jurídico de la concesión: sometimiento de la concesión a las eventuales modificaciones técnicas sobrevenidas según el plan y a los Acuerdos internacionales (art. 6); convocatoria del concurso público por el Consejo de Ministros (art. 8.2); criterios de adjudicación (art. 9.1); apreciación por el Gobierno de las ofertas (art. 9.2); previsión de las sociedades que no pueden ser concesionarias (art. 10); plazo de la concesión y posibilidad de renovación (art. 11); carácter intransferible de la concesión (art. 12); causas de extinción de la concesión y su declaración (art. 17). Y otro tanto cabe decir de las normas del Capítulo Tercero impugnadas (arts. 18, 19, 21 y 22) referidas a los requisitos que deban poseer las sociedades concesionarias: capital social y carácter nominativo de las acciones (art. 18); normas destinadas a impedir la concentración del capital social en una

sola persona física o jurídica (art. 19); exigencia de autorización para la transmisión de acciones (art. 21); obligatoriedad de la auditoría externa anual (art. 22); y actualización por el Gobierno de la cuantía del capital social mínimo (Disposición adicional, apartado 2.º). Así como la tipificación de un régimen de infracciones y sanciones (Capítulo Cuarto de la Ley, y, en especial, los artículos 24, 25 y 26 que expresamente se impugnan) y la previsión de unas facultades de inspección y control a cargo del correspondiente Ministerio estatal (art. 7).

Este mismo criterio lo hemos aplicado ya en distintas ocasiones en materia de radiodifusión sonora o televisiva (SSTC 108/1993, fundamento jurídico 3.º; 168/1993, fundamento jurídico 3.º, y 278/1993, fundamento jurídico 2.º), y, por ello, su utilización no requiere ahora de una mayor motivación expresa: debe ser la competencia sobre el otorgamiento de una concesión de radiodifusión el punto de referencia que determine la competencia para cualesquiera otras medidas accidentales o instrumentales de ésta que sean imprescindibles para mantener la ordenación unitaria del régimen jurídico al que la concesión se somete, como son la ordenación del procedimiento de adjudicación, la adopción de medidas provisionales, las labores de inspección y sanción, etc.; y, en concreto, todas las que en el párrafo anterior se enumeran.

B) Respecto de la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, los contenidos que al mismo atribuye el artículo 5.2 de la Ley corresponden o incumben, más allá de cualquier duda razonable, a la competencia exclusiva del Estado para ordenar las telecomunicaciones y la radiocomunicación (art. 149.1.21 de la Constitución); y de ahí que sea constitucionalmente lícita su aprobación por el Gobierno (art. 5.1 de la Ley). Para llegar a tal conclusión debe bastar con reproducir dichos contenidos: sistemas de transporte y difusión de señales previstos para la prestación del servicio por parte de las sociedades concesionarias; bandas, canales, frecuencias y potencias reservadas para la emisión de los programas de tales sociedades, así como emplazamientos y diagramas de radiación de los centros emisores y reemisores; etc. Son, pues, condiciones técnicas derivadas de las peculiaridades del dominio público radioeléctrico y a las que la concesión se somete, y que no afectan directamente a las libertades del artículo 21.1 de la Constitución y, por ende, a la competencia compartida dispuesta en el artículo 149.1.27 de la misma.

No en balde, ya en la STC 168/1993 (fundamentos jurídicos 6.º y 7.º) resolvimos, con análoga razón de decidir, que la elaboración de los Planes Técnicos Nacionales por el Gobierno (arts. 26.4 y 27.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) viene cubierta por la competencia estatal *ex art.* 149.1.21 de la Norma fundamental; y hay que ratificar ahora dicho criterio.

Ha de estimarse conforme a la Constitución, por tanto, el artículo 5 de la Ley, sin perjuicio de lo que a continuación se diga.

C) Esta afirmación, el encuadramiento del contenido del Plan Técnico en la competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.21 de la Constitución sobre telecomunicaciones y radiocomunicación debe, sin embargo, verse excepcionada en lo que atañe a la letra c) del artículo 5.2 en relación con el artículo 4.2 de la Ley, preceptos referidos a la delimitación de las zonas territoriales inferiores a la nacional de producción y emisión de programas.

El alcance espacial de las emisiones condiciona lógicamente el contenido cultural y lingüístico de las programaciones y no es un extremo estrictamente técnico e inocuo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, para la naturaleza y características de la difusión por televisión y que pueda por ello venir acantonado en la competencia exclusiva del Estado sobre radiodifusión. Conviene así recordar que el propio Estatuto de la Radio y la Televisión, al cual se condiciona expresamente la asunción autonómica de competencias en el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 4.c), menciona el respeto al pluralismo cultural y lingüístico de las nacionalidades y regiones entre los principios que deben inspirar la actividad de los medios de comunicación del Estado. Y no se alcanza a ver razón alguna por la cual el respeto a esos mismos principios que el artículo 3.3 de la Constitución reconoce como una riqueza del patrimonio cultural de España no deba operar también para los medios de televisión privados.

Impugna el Parlamento de Cataluña el artículo 14 de la Ley en cuanto omite cualquier referencia —se dice— a la diversidad de lenguas españolas entre los contenidos de los «programas televisivos», excluyendo de tal concepto las emisiones meramente repetitivas, las imágenes fijas y los tiempos destinados a publicidad (apartado 2.º). Pues bien, conviene traer a colación que el artículo 3 de la Ley impugnada establece que la gestión indirecta por parte de las sociedades concesionarias se inspirará en los principios expresados en el artículo 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, entre los cuales —como ya se ha dicho— se encuentra el respeto al pluralismo cultural y lingüístico. Es, pues, a la luz de esta remisión normativa como, sin duda, debe ser interpretado el citado artículo 14. En este sentido, cuando en los apartados 3.º y 4.º del mismo artículo se mencionan unos porcentajes de programación en «expresión originaria española», no excluye que sea en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos (art. 3.2 de la Constitución).

Y una misma interpretación sistemática debe hacerse del artículo 9.2 de la Ley, integrándolo con lo dispuesto en el artículo 9.1.d).

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar los presentes recursos de inconstitucionalidad, promovidos por el Parlamento Vasco, el Comisionado Parlamentario del Grupo Popular y el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, recursos registrados con números 1363, 1364, 1412 y 1430/1988.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 5 de mayo de 1994.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueiral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendiábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro

Cruz Villalón.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la Sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad números 1363/1988 y acumulados, entablados contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada

En mi opinión, tanto el motivo de impugnación fundado en que la Ley citada no se ajustó a la forma de Ley orgánica como aquellos otros que invocaban la disconformidad con otros preceptos de la Constitución merecían ser estimados y, en consecuencia, declarada la inconstitucionalidad de esta Ley.

Las razones en que esa afirmación se funda son las siguientes:

1. La Ley impugnada (10/1988, de 3 de mayo), mediante la cual se regula la televisión privada, o «la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión», como califica su objeto el artículo 1 de la misma, adopta la forma de Ley ordinaria. Hubiera sido procedente otorgarle la de Ley orgánica, según alegan los actores, a tenor de lo establecido en el artículo 81 de la Constitución.

Cierto es que no procede dar a este precepto una interpretación extensiva que lleve a exigir la regulación por Ley orgánica en todos los casos en que, de uno u otro modo, haya de afectarse a un derecho fundamental, tal como este Tribunal ha señalado en las Sentencias de las que la ahora pronunciada hace abundante cita, sino que, por el contrario, aquella exigencia debe entenderse de estricta aplicación (en lo que aquí interesa) a las leyes relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», según la propia formulación del artículo 81.1. Pero no es menos cierto que, cuando una Ley lleve a cabo, como la presente, la regulación de una actividad que, no ya afecta, sino que condiciona en su propia raíz el ejercicio de un derecho fundamental hasta el punto de posibilitarlo o impedirlo, no se está ante una afección a aquel derecho, sino a su propio desarrollo por cuanto en aquella se establecen las condiciones para ejercitarlo. Y aún más, si se parte de una determinación legal (así mismo formulada en Ley ordinaria) que, mediante la declaración de servicio público de un medio a través del cual se ejercita el derecho fundamental de transmitir (y, aun con mayor grado de exigencia, recibir) información, viene a significar la asunción pública de toda potestad sobre lo que es, según el artículo 20 CE, un derecho fundamental. No se trata, pues, de que se afecte a un medio instrumental, sino de que se condiciona de modo radical y en su mismo fundamento jurídico al ejercicio del derecho en cuanto que, concretamente para éste, el medio material absorbe propiamente al derecho fundamental.

Si la Ley impugnada trata, partiendo de dicha declaración de «servicio público esencial» que la misma no formula pero que le sirve de fundamento, de regular la gestión indirecta de un servicio cuya titularidad corresponde al Estado, viene a determinar la posibilidad o no de que se atribuyan a uno o más particulares porciones del monopolio que el Estado se ha reservado para sí mediante la declaración de servicio público esencial, de suerte que no se trata ya de ordenar, regular, o incluso limitar el ejercicio del derecho, sino, antes de ello, de determinar la posibilidad o no de su ejercicio por los particulares, a quienes sin duda se lo

atribuye el artículo 20 CE como un derecho fundamental. Parece evidente, pues, que esa limitación sustancial se refiere al desarrollo del derecho y no se contrae a afectar de uno u otro modo a sus modalidades de ejercicio.

Por otra parte, tal como se decía en el Voto particular a la STC 12/1982, «la Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a)] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades (así también en la propia fundamentación de esta Sentencia) y, aparte de que la doctrina de este Voto particular se muestre acorde con el criterio de que la declaración de servicio público no es contraria a la Constitución, señala especialmente que... «la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal que impida absolutamente el ejercicio del derecho... Pero el legislador está obligado a establecerlas» (unas previas normas de organización). Señala este mismo Voto que «según parece se excluye precisamente el derecho a crear emisoras de televisión» de la exigencia de que deba adoptar forma de Ley orgánica la decisión política de implantar la televisión privada en la medida en que afecte a alguno de los derechos fundamentales del artículo 20 CE, y por eso concluye: «los particulares tienen derecho a crear y operar emisoras de televisión en los términos que establezca la correspondiente Ley, la cual, en cuanto desarrolla un derecho fundamental, ha de ser Ley orgánica».

Esa afirmación, con la que aquí coincido, directamente arranca de lo dicho en aquella misma Sentencia (STC 12/1982) en cuyo fundamento jurídico 6.º y pese a afirmar que la «llamada televisión privada» no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución, no está tampoco constitucionalmente impedida, agrega que «su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionales en el artículo 20».

Y ciertamente, ninguno de ellos más próximo y más afectado en su desarrollo que el básico de crear las propias emisoras de televisión.

Cierto es que «el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible», derecho a crear «soportes o instrumentos de comunicación», que es un «derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites» según la STC 12/1982; pero no es menos cierto que, aun con límites, el derecho de difundir la información corresponde con el de crear el medio material. Una regulación limitativa, que prive al ciudadano de la disponibilidad de este derecho (aun con limitaciones) para transferirlo a la potestad pública según criterios de oportunidad, erige al medio, que es vehículo necesario del derecho, en obstáculo para su ejercicio. Comparar los condicionamientos técnicos del medio con el derecho y hacer prevalecer la regulación de aquéllos sobre los límites constitucionales de éste, lo desnaturaliza y afecta a su contenido esencial, que es un contenido de libertad.

De otro lado, la posibilidad de modificación de la Ley ordinaria, mayor que la de la Ley orgánica, supone mayores posibilidades de intervención en el ejercicio de este derecho fundamental, puesto que una Ley orgánica habrá de tender a una regulación de principio más general y menos pormenorizada y minuciosa que la que suele hacerse en las Leyes ordinarias, demasiado parecidas en muchas ocasiones a simples reglamentos.

2. Dificultosa parece, en principio, la calificación de un servicio público como esencial, cuando ya la de servicio público ha llegado a ser problemática en la doctrina y en el Derecho positivo. Mas lo que aquí interesa es, precisamente, que su esencialidad, y sobre todo el carácter de servicio público, sean determinantes de la atribución de este medio de comunicación social a la titularidad estatal, precisamente por las consecuencias jurídicas e incluso prácticas que ello ha de producir en el contenido esencial de un derecho de libertad. Es cierto que la conceptualización general como tal fue ya contemplada en anteriores Sentencias de este Tribunal, pero también lo es que, aparte otras consideraciones de hecho (como el uso del dominio público del éter) que la posterior tecnología va dejando inservibles, se tomaba como referente una afirmación general: la de que con la configuración de la televisión como un servicio público esencial «no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE la necesidad de obtener una concesión administrativa» (STC 31/1994, fundamento jurídico 5.º), afirmación a su vez relacionada con la de que «en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información puedan resultar limitados en favor de otros derechos» (id. fundamento jurídico 7.º).

Al margen de que verdaderamente pueda hacerse derivar la declaración de la televisión como servicio público del artículo 128.2 CE, afirmación que invertiría radicalmente los términos constitucionales al hacer primar sobre el ejercicio de un derecho fundamental unas prescripciones referidas a la actividad económica y empresarial, no es aquí ésta una cuestión esencial, puesto que la importante, desde el punto de vista de las que se han debatido, son las consecuencias que en el plano constitucional produce el hecho de que el derecho a la libertad de información solamente pueda ejercitarse mediante la concesión para la gestión de un servicio público, en lugar de contemplarlo como un derecho del particular, limitado por Ley y ejercicio mediante una autorización otorgada dentro de los límites legales que sirva para levantar la general prohibición y para contrastar su ejercicio con las normas que lo regulan.

Aunque, evidentemente, el debate constitucional no tenga que referirse a los términos de la noción de servicio público, sí es relevante respecto de una consecuencia esencial de éste, la que determina el régimen concesional respecto del contenido esencial del derecho que nos ocupa.

La atribución al Estado de la titularidad, como servicio público, de la televisión (y también de la radio-difusión) contenida en el artículo 1 de la Ley 4/1980, sustrae del ámbito de las facultades privadas la posibilidad de organizar medios de televisión para comunicar a través de ellos información. Tal actividad sólo podría ser desarrollada por los particulares cuando, re-

gulados los sistemas de gestión de servicio, obtuvieran la oportuna concesión. Esto supone, por una parte, la sumisión del derecho constitucional de comunicar información, siempre que haya de ser a través de uno de estos medios (radiodifusión o televisión), a la promulgación de las normas para la organización y gestión del servicio, que es discrecional al menos en el cuándo, impidiendo así su ejercicio por particulares mientras no sean dictadas. La naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada, con este sistema, al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión. En dicho sentido, la declaración de servicio público (o incluso la mera sumisión a licencia) podría oponerse en su raíz al derecho de comunicar libremente información a través de la televisión (o la radiodifusión), por convertirlo en simple facultad de gestión concedida por la Administración. De ello resulta la necesidad de una decisión acerca de la exigencia para su regulación de una Ley que adopte el carácter de orgánica (arts. 53 I y 87 I CE).

3. La declaración de servicio público supone que la Administración asume el derecho a ejercer la libertad de información, es decir, publica el ejercicio de un derecho fundamental que corresponde a los ciudadanos. Ciertamente que la Ley ahora discutida regula, precisamente, su prestación por los particulares, pero «como gestión indirecta del servicio» (art. 1), es decir, gestión otorgada por medio de una concesión. Parte así de que lo concedido no es ya un derecho originario del individuo, sino un derecho otorgado, un derecho derivado del que asumió el Estado y que solamente concede al particular el uso de este medio (que es esencial para ejercer el derecho).

Si así, mediante la declaración como servicio público queda sometido a concesión (otorgamiento de facultades sobre un derecho que ya es del Estado) un derecho fundamental, la intervención sobre el mismo es primaria, porque se refiere al contenido esencial en cuanto ha trasladado su titularidad del ámbito privado al público. Esto supone, en su origen, un monopolio del Estado que podrá, discrecionalmente, decidir si otorga o no y en qué condiciones la gestión del servicio a los particulares y, en caso afirmativo, si a uno o a varios, con la evidente posibilidad de trasladar el ejercicio monopolístico a los concesionarios. Las citas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la Sentencia hace permiten corroborar lo que antes digo, en contra de lo que mayoritariamente se ha expresado por mis colegas.

Efectivamente, el artículo 10.1 del Convenio Europeo, de 14 de noviembre de 1950, prescribe que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», que comprende la de «recibir o comunicar información o ideas... sin «injerencia de autoridades públicas...». Y si, ciertamente, permite someter las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión a un régimen de autorización previa, estableciendo «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley», su propia dicción pone de manifiesto que el término empleado (autorización), lo es en sentido técnico, es decir, el que lo diferencia del de concesión porque precisamente aquél es el que, con los límites establecidos por Ley en función de ciertos sectores del interés público, permite el ejercicio de un derecho originariamente personal, es decir, no asumido por el Estado; al contrario que en éste, porque el concesionario entra en el ámbito de la Administración

como un colaborador y no como quien ejercita un derecho propio, aunque limitado.

Por eso la Sentencia citada (Asunto Groppe Radio y otros, Sentencia del TDEH, 28 de marzo de 1990) se refiere (cito según el texto de mis colegas mayoritarios) a reglamentar mediante un «sistema de licencias», término técnicamente sinónimo de autorización y que además aleja su sentido propio del de concesión. Y la necesidad de restricciones o límites en una sociedad democrática que pone de relieve la Sentencia del TEDH 36/1992, 381/455-459, asunto «Informationsverein Lentia y otros», también citada, permite igual interpretación, pues la injerencia estatal a que alude y a la que exige que sea estricta, establecida de manera convincente y proporcionada al fin, sugiere la referencia a una reglamentación pero en modo alguno a las normas de una concesión.

Por ello mismo, la conclusión de esa última Sentencia que declaró injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público constituye un argumento decisivo, puesto que la asunción de aquél y el régimen concesional significan un monopolio público del servicio incluso aunque luego se otorgue la gestión indirecta a los particulares.

Los fines de interés público a los cuales alude, y que exigen una reglamentación y una intervención autorizatoria se logran, evidentemente, con un régimen de licencias que, manteniendo la titularidad del derecho en los particulares, es respetuosa con su contenido esencial, en contra de lo que implica el régimen de concesión administrativa.

Las anteriores consideraciones fundamentan una declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en cuanto somete a concesión pública el medio de ejercitar mediante la televisión el derecho fundamental a transmitir o recibir información.

Por ello, y puesto que en aquella prescripción general del régimen legal es donde se produce la vulneración del contenido esencial del derecho, no es preciso analizar la impugnación de preceptos singulares.

4. A lo antes afirmado no cabe oponer el hecho de que la declaración de servicio público hubiera tenido lugar en la Ley 4/1980, de 10 de enero (Estatuto de la Radio y la Televisión, art. 1). Esta Ley, a pesar de su denominación como Estatuto de estos medios, tampoco tuvo el carácter de Ley orgánica. Lo en ella dispuesto no sería por tanto obstáculo a una configuración distinta de la actividad que ha sido objeto en este recurso. Limitado su ámbito a la regulación de la televisión privada, una normativa que para ésta se configurase de modo distinto a aquélla, sin partir de la declaración de servicio público de titularidad estatal, no sería necesariamente contradictoria de esta misma declaración respecto de la televisión y radiodifusión públicas, sino que contribuiría a afirmar el contenido esencial del derecho fundamental afectado. Además, y suponiendo incluso alguna incompatibilidad, ésta sería resuelta por el efecto derogatorio de la más moderna.

Tanto, pues, por estos motivos como por el expuesto al principio, considero que la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, debió ser declarada contraria a la Constitución.

Madrid, 6 de mayo de 1994.—José Gabaldón López.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer a la Sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 1363/1988, 1364/1988, 1412/1988 y 1430/1988

Mi respetuosa discrepancia con la presente Sentencia se refiere, fundamentalmente, a la no exigencia del rango de Ley orgánica para regular determinados aspectos de la Ley enjuiciada. El razonamiento seguido por la Sentencia para llegar a esta conclusión incurre, a mi juicio, en una contradicción interna, que, además, afecta a la configuración del derecho a crear medios de difusión televisiva y, en general, a la de los derechos a la libertad de expresión y comunicación consagrados en el artículo 20.1 CE.

La argumentación que sirve de base a la decisión de la que disiento parte de la premisa, contenida ya *in nuce* en las primeras Sentencias de este Tribunal (SSTC 12/1982, 74/1982 y, posteriormente, en 181/1990, 206/1990, etc.) y desarrollada en las más recientes (especialmente, en la STC 31/1994), según la cual el derecho a la creación de los medios de difusión forma parte de los derechos a la libertad de expresión y comunicación. Aunque aquel derecho tenga ciertamente un carácter instrumental respecto de estos últimos, aunque requiera la interposición del legislador para alcanzar su pleno contenido (STC 31/1994) y aunque la naturaleza del medio utilizado para su ejercicio (las ondas hertzianas) y su objeto y contenido (al que luego me referiré brevemente) permitan un mayor margen de libertad en su configuración a los poderes públicos (STC 31/1994), lo cierto es que no por ello constituye un mero derecho de configuración legal sólo indirectamente conectado con las libertades de expresión y comunicación proclamadas en el artículo 20.1 CE, sino que integra esos derechos, aunque con sustantividad constitucional propia.

Sin embargo, esta premisa, consagrada en la primera parte del fundamento jurídico 4.º, se ve contradicha en la última letra del mismo en la que se afirma que ninguno de los preceptos de la Ley de Televisión Privada recurrida exige el rango de Ley orgánica. Concretamente se sostiene que la referida Ley se limita a regular una de las posibles modalidades de ejercicio de los derechos de libertad de expresión y comunicación del artículo 20.1 CE, por lo que no constituye ningún desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos, ni los delimita negativamente; la Ley se limita a disciplinar las condiciones que hacen posible una forma de ejercicio de esos derechos fundamentales, por lo que afecta a su ejercicio, no a su desarrollo.

Esta conclusión equivale a decir, en abierta contradicción por la premisa anterior, que la creación y regulación de los medios de difusión a través de los que se ejercen los derechos de libertad de expresión y comunicación no forman parte, como derecho con sustantividad propia, del artículo 20.1, puesto que, si así fuera, como tal derecho fundamental, tendría un ámbito, aunque pudiera ser mínimo, que exigiría un «desarrollo directo, global o en aspectos esenciales» y una «delimitación negativa» y, en consecuencia, ese ámbito requeriría una regulación por Ley orgánica. Así se apuntaba ya, aunque de forma genérica, en las SSTC 12/1982 (fundamento jurídico 5.º) y 74/1982 (fundamento jurídico 4.º).

Sea cual sea el criterio utilizado para delimitar el alcance material de las leyes orgánicas establecido en el artículo 81 CE, si se parte de la premisa de que el derecho de creación de los medios de difusión forma par-

te de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, debe concluirse que una parte del mismo —que coincide con varios preceptos de la Ley enjuiciada— requiere desarrollo por Ley orgánica. Así, si se acepta el criterio, problemático, que basa la delimitación entre lo orgánico y lo no orgánico en la regulación del desarrollo del derecho o, más precisamente, del desarrollo directo, frente a la mera regulación de su ejercicio, deberá concluirse, a mi entender, que, por muy ampliamente que se conciba el concepto de regulación del ejercicio, hay en la Ley de Televisión Privada aspectos que no se limitan a regular el modo de ejercicio de los medios de difusión, que no establecen simplemente el régimen jurídico de las concesiones o del servicio público —como explícitamente pretende la Ley de Televisión Privada y acepta la Sentencia—, sino que van mucho más allá hasta configurar o desarrollar directamente aspectos relativos al objeto y contenido del derecho a crear esos medios de difusión. Cuestiones como la declaración de la televisión privada como servicio público de titularidad estatal —que la Ley remite a otras disposiciones que tampoco gozan del rango de Ley orgánica— (art. 1 LTP), o la previsión de la gestión indirecta de ese servicio público a través de sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 4.3), sobrepasan el ámbito de la regulación del mero ejercicio del derecho, para entrar de lleno en lo que afecta a su desarrollo directo. Constituyen un *príus* lógico y jurídico, autónomo y fundante de las concesiones y su régimen jurídico.

Las dificultades que plantea el presente caso derivan en gran medida de que el derecho a crear medios de difusión es, como queda dicho, un derecho instrumental que tiende a permitir el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y comunicación; pero esto no significa que su contenido sea únicamente el de regular el ejercicio de esos derechos sustantivos o «primarios», como dice la Sentencia. Al contrario, es, como queda dicho, un derecho con sustantividad propia, aunque integrado en el artículo 20.1 CE, y como tal requiere la regulación de su desarrollo y de su ejercicio. Reducir el derecho de creación de medios de difusión a un derecho cuyo contenido se limita a la regulación de las modalidades de su propio ejercicio, supone confundir la regulación del ejercicio de un derecho con la regulación del derecho a crear los medios para el ejercicio del mismo y, cuanto menos en el caso que nos ocupa, esto equivale también a desconocer la naturaleza del referido derecho.

A la misma conclusión se llega si, para delimitar el alcance de las Leyes orgánicas, se parte del criterio de que el desarrollo del derecho reservado a este tipo de leyes viene determinado por los aspectos básicos o las decisiones fundamentales que configuran el objeto y el contenido de los derechos. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las características que en nuestra Constitución tiene el derecho a crear medios de difusión, a mi entender, las tres decisiones contenidas en los primeros preceptos de la Ley a las que antes he aludido tienen, sin duda, ese carácter básico o fundamental. Este tipo de decisiones nuestra Constitución exige que se adopten por una Ley que cuente con el voto de la mayoría absoluta del Congreso (art. 8.1 CE).

Siguiendo la doctrina que subyace y vertebra toda Sentencia (especialmente en el fundamento jurídico 6.º), que en su mayor parte suscribo, considero que el derecho a la creación de los medios de difusión televisiva es, como ya se ha dicho, un derecho instrumental de los derechos de libertad de expresión y comunicación, que posee, sin embargo, un contenido sustantivo

propio y se encuadra entre los derechos del artículo 20.1 CE. Esto es así, no sólo porque sin medios de difusión no pueden ejercerse esas libertades de expresión y comunicación, sino también porque, en nuestro ordenamiento constitucional, así lo explicita el referido artículo 20.1 en sus apartados *a)* y *d)* al concretar que el derecho a expresar ideas y opiniones y a comunicar información lo es también a hacerlo «por cualquier medio de difusión».

Este derecho a crear medios de comunicación o difusión es en esencia un derecho de libertad en el que predomina su aspecto subjetivo, aunque en él cobre un importante relieve el aspecto objetivo propio de todos los derechos fundamentales. Incluso puede aceptarse que esa libertad posee una vertiente de garantía institucional, en la medida en que tiende a asegurar la existencia de una opinión pública libre y plural, opuesta a cualquier situación de oligopolio. Estos hechos, unidos a las características del medio utilizado —el espacio radioeléctrico— permiten, como se dice en la Sentencia, un amplio margen de configuración al legislador. Sin embargo, los aspectos objetivos y aun los institucionales del derecho a la creación de medios de difusión televisiva no pueden alterar la naturaleza del derecho subjetivo de libertad que le es propia; en realidad, incluso la garantía de la opinión pública libre y no oligopolista tiene un contenido más procedimental y positivo —de permitir la más amplia participación posible—, que material y negativo o de control. Por ello se dice, correctamente, en la Sentencia, citando resoluciones previas de este Tribunal y del TEDH, que la libertad del legislador de configuración normativa de este derecho no puede llevar a imponer sacrificios injustificados a este derecho de libertad, estableciendo limitaciones contrarias al mismo o no desarrollando su pleno contenido a base de no regular los procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación por los particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida que lo permitan las condiciones de cada momento, sin imponer restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el artículo 20.1 CE. La delimitación del contenido del derecho, la fijación de sus límites externos por el legislador debe responder a derechos o bienes constitucionalmente reconocidos y ser proporcional a estos fines.

En suma, pues, el *test* de constitucionalidad aplicable es, prácticamente, un *test* de optimización del derecho que no admite otra opción del legislador que la que establezca una menor restricción de su contenido y, en cualquier caso, ese enjuiciamiento debe partir de la base de que existe una tensión entre los dos polos descritos, de un lado, el preeminente del derecho de libertad subjetivo —que además juega como límite infranqueable que no puede resultar vaciado— y, de otro, el objetivo e institucional. Partiendo de estos presupuestos, aunque ciertamente existen procedimientos menos gravosos para el derecho de creación de medios de difusión, puede aceptarse la constitucionalidad de la declaración de servicio público de titularidad estatal, la gestión indirecta del mismo a través de concesión administrativa e incluso —aunque resulta más problemática, pero no se plantea frontalmente en este proceso— el número máximo de tres concesiones; esta conclusión de constitucionalidad puede alcanzarse siempre y cuando se interprete, como hace la Sentencia, que la Ley sólo se refiere a una de las varias modalidades de televisión y sin que el legislador pueda «diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora»

(STC 31/1994), la regulación de los demás medios de difusión televisiva hoy disponibles (tanto los locales y, en ese caso, las autonómicas, como las televisiones por satélite, por cable u otros medios técnicos de transmisión).

No obstante, siendo el antes descrito, en sus rasgos fundamentales, el objeto y el contenido del derecho a la creación de los medios de difusión televisiva, y aun admitiendo la constitucionalidad material de los artículos 1, 2 y 4.3 de la Ley objeto del presente proceso constitucional, no cabe duda que, desde la perspectiva formal, al contener decisiones fundamentales sobre el alcance del mentado derecho y al desarrollar directamente aspectos esenciales del mismo, requieren rango de Ley orgánica. Por más que se comparta, como yo comparto, la idea de que el alcance de las leyes orgánicas debe ser interpretado de forma restrictiva o, más precisamente, de forma estricta, este criterio no puede llevarse al extremo de desvirtuar el contenido del precepto constitucional que prevé la existencia de esta fuente normativa. En definitiva, a mi juicio, debía haberse declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 4.3 de la Ley enjuiciada por falta de rango de Ley orgánica.

Madrid, 6 de mayo de 1994.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis López Guerra a la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad 1363/1988 y acumulados

Mi discrepancia en relación con la Sentencia se refiere a un aspecto de ésta: la no exigencia del rango de Ley orgánica respecto de algunos de sus preceptos. En mi opinión, al tratarse éstos de disposiciones que representan un desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 *a)* y *d)* de la Constitución, deberían haber asumido la forma de Ley orgánica, en virtud de lo previsto en el artículo 81.1 CE. Los artículos de la Ley impugnada que entiendo que suponen un desarrollo de esos derechos son los relativos a la definición de la televisión como servicio público de titularidad estatal (art. 1), a la gestión indirecta de tal servicio a través de sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 2), y a la determinación del número de concesiones (art. 4.3).

Ciertamente, y en consonancia con opiniones ya expresadas por este Tribunal, y concordantes con la opinión dominante en la doctrina académica, no cabe interpretar extensivamente el mandato del artículo 81.1 de la Constitución, pues ello llevaría a una petrificación de gran parte del ordenamiento, que quedaría sometida, para su eventual alteración, al cumplimiento de requisitos más difíciles y gravosos que los correspondientes al funcionamiento normal u ordinario de las Cámaras legislativas. Por ello, y dada la regla general expresada en el artículo 79.1 CE (relativa a que los Acuerdos de las Cámaras «para ser válidos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes», sin otra cualificación) las exigencias del artículo 81.1 deben interpretarse como una excepción a esa regla general, regla que será la ordinariamente aplicable. La expresión «desarrollo de los derechos fundamentales, y de las libertades públicas» no puede ser, por ello, objeto de una interpretación extensiva, so pena de vaciar considerablemente el contenido de la regla general.

En este sentido, no cabe estimar como «desarrollo» de derechos fundamentales toda norma que de un

modo u otro afecte o incida sobre el régimen de esos derechos. Si así fuera, se extendería extraordinariamente el ámbito de la Ley orgánica, dada la amplitud de los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución, y su función de informar todo el ordenamiento.

Pero, así y todo, el concepto de «desarrollo de derechos fundamentales» presenta un contenido mínimo o nuclear que no puede ignorarse. Y, particularmente, y en lo que aquí importa, en el supuesto de aquellos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, requieran como condición previa e inexcusable, para su efectivo ejercicio, que el legislador establezca un régimen o marco normativo, que haga posible compatibilizar el disfrute de esos derechos por unos ciudadanos con el respeto de los derechos constitucionalmente garantizados de los demás. Este necesario marco normativo de determinados derechos fundamentales, imprescindible para su ejercicio, representa, a mi modo de ver, un desarrollo de los mismos, en los términos del artículo 81.1, independientemente de que pudieran hallarse otras acepciones del término «desarrollo».

Por lo que se refiere al artículo 20.1 de la Constitución, evidentemente requiere, para la efectividad de alguno de los derechos allí reconocidos, que se instrumente ese marco normativo que haga posible su ejercicio. Los derechos a la libre expresión y la libre información por cualquier medio de difusión no implican sólo la emisión de opiniones e informaciones, sino también el derecho a la libre creación de medios de comunicación, pues difícilmente podrá garantizarse la libertad de expresión e información si no existen medios de comunicación libres. La creación de esos medios en muchos casos no necesitará de desarrollo o marco normativo alguno, al poder coexistir sin dificultades cualquier número de ellos, sin que su existencia y actividad impida la de otros; tal sería el caso de los medios de comunicación gráficos. Pero en otros casos, como en lo que se refiere a los medios de radio y televisión a través de ondas, su naturaleza y su capacidad para, mediante su actuación y consiguiente ocupación del espacio radioeléctrico, dificultar o impedir la actuación de otros medios del mismo tipo, exige, como condición previa a su creación y necesaria para evitar que el derecho de unos afecte negativamente u obstaculice el derecho de los demás, el establecimiento de un marco normativo que defina las reglas de funcionamiento y creación de esos medios.

Estimo que en tal caso, ese imprescindible marco normativo, que hace posible el ejercicio del derecho a informar y comunicar, debe entenderse como un desarrollo del mismo, y, por lo tanto, se encuentra sujeto a la previsión del artículo 81.1 CE. Ello, naturalmente, no en relación con cualquier disposición que incida en todo aspecto relacionado con la disciplina del espacio radioeléctrico, y de su empleo, pero, al menos, sí respecto de aquellas reglas que puedan considerarse como elementos básicos y definitorios del régimen de las telecomunicaciones en lo que atañe al ejercicio de los derechos a informar y comunicar, y, dentro de ellos, a un elemento tan fundamental como las condiciones para la misma creación de medios de comunicación.

El legislador dispone, desde luego, de un amplio margen de libertad para configurar ese régimen, y para escoger el modelo de ordenación que estime más adecuado, en tanto respete el núcleo esencial del derecho. Pero, en cuanto a su forma de actuar, se encuentra restringido por la exigencia del artículo 81.1 CE,

de que las disposiciones que desarrollan derechos fundamentales sean aprobados como leyes orgánicas. Por ello, una regulación que desarrolle derechos fundamentales (aun desde un concepto estricto del término desarrollo) que no tenga el rango de Ley orgánica debe considerarse inconstitucional por no adecuarse a los requisitos formales del artículo 81.1 CE.

Tal es, a mi entender, y frente a lo mantenido en la Sentencia, el caso respecto a los artículos 1 y 2 y 4.3 de la Ley cuya constitucionalidad se examina. Estimo que los tres artículos contienen decisiones del legislador que condicionan en forma general, directa e inmediata elementos esenciales del derecho a informar y comunicar, en cuanto definen rasgos básicos del modelo que se adopta, rasgos que informarán las demás características de ese modelo. La opción por una televisión como «servicio público» (art. 1), aun cuando, como se dice en la presente Sentencia, no sea una opción inconstitucional, sí representa una decisión tan relevante para el ejercicio del derecho a informar y comunicar que difícilmente puede estimarse que no es «desarrollo» del mismo. El establecimiento de un sistema de gestión indirecta, en régimen de concesión administrativa (art. 2) supone la introducción en nuestro ordenamiento, por primera vez en el ámbito de las comunicaciones por televisión, de un régimen normativo que determinará decisivamente el ejercicio de los derechos del artículo 20.1 de que se trata: por primera vez se hace posible que tales derechos se ejerciten mediante la creación de empresas emisoras, y estimo difícil no concebir ese fenómeno como un desarrollo de esos derechos. Finalmente, el establecimiento del número de concesiones, que se fija en tres, en el artículo 4.3 de la Ley, supone, desde la perspectiva que en este voto particular se mantiene, una decisión que viene, no ya sólo a condicionar el ejercicio del derecho a comunicar e informar mediante televisión, sino a definir el mismo ámbito y alcance de ese derecho en lo que se refiere a un aspecto tan importante como la creación de emisoras. Se trata en efecto de una decisión que establece el número de los sujetos que podrán llevar a cabo esa creación, y con ello precisa el alcance y extensión del derecho, en virtud de los criterios que el legislador, en uso de su libertad de configuración, ha estimado oportuno tener en cuenta. También en este supuesto, que innova el régimen de la televisión existente hasta el momento de aprobación de la Ley, régimen de monopolio de las emisoras públicas, se produce un desarrollo de derechos reconocidos en el artículo 20.1 CE. En consecuencia, hubiera procedido declarar inconstitucionales, por vulneración del artículo 81.1 CE, las disposiciones de la Ley a que se ha hecho referencia.

Madrid, 9 de mayo de 1994.—Luis López Guerra.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la Sentencia dictada en el RI 1363/1988 y acumulados, al que se adhieren los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende y don Julio Diego González Campos

1. Entiendo que la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, aprobada como «Ley ordinaria» en el sentido del artículo 90.1 CE, vulnera el artículo 81.1 CE en cuanto dispone que «son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas».

La Sentencia de la que discrepo no cuestiona, ello no está siquiera en discusión, que la citada Ley afecte a las libertades públicas reconocidas en el artículo 20 CE y, singularmente, al derecho reconocido en el inciso primero del artículo 20.1.d), el derecho «a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»; como, evidentemente, tampoco cuestiona que las libertades del artículo 20 CE sean «derechos fundamentales y libertades públicas» en el sentido del artículo 81.1 CE. Lo que la Sentencia niega, frente a la alegación de los recurrentes, es que la Ley 10/1988 «desarrolle» alguna de estas libertades.

2. No es ésta la primera vez en la que este Tribunal Constitucional haya debido resolver ante una alegación de vulneración de la reserva de Ley orgánica por parte del legislador de los derechos fundamentales. El fundamento jurídico 3.º de la Sentencia recoge ampliamente los elementos básicos de nuestra doctrina sobre la materia, con la que, sustancialmente, coincido:

En primer lugar, que el término «desarrollo», en la medida en que, en sí mismo, evoca el detalle, la regulación minuciosa, debe ser sometido a una interpretación «restrictiva», si se quiere, so pena de desnaturalizar una reserva de ley cualificada por una mayoría absoluta; en el Estado democrático de Derecho las mayorías cualificadas sólo son oportunas en la medida en que se mantienen en el ámbito de lo excepcional pero, al mismo tiempo, fundamental; la regla es la de la mayoría, sin más.

Tampoco hay inconveniente en coincidir en que, no sólo el término «desarrollo», sino incluso el propio enunciado de los derechos debe ser sometido a una interpretación estricta o, si se quiere, «restrictiva», de tal modo que se evite siempre confundir lo que es el derecho fundamental con lo que es la «materia» sobre la que el derecho se proyecta (justicia, educación, etc.).

«Desarrollar», por tanto, no tiene por qué ser igual a «afectar» en el sentido, por ejemplo, del artículo 86.1 CE, con independencia de lo que esto último en concreto signifique. Sólo cabe entender que una norma «desarrolla» un derecho fundamental, y en ello coincido con la Sentencia, cuando lo haga «de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho». En particular, coincido con la afirmación según la cual «cuando las Cortes Generales en Ley orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho —a menudo dotada de considerables dosis de abstracción— en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales».

Esta última afirmación me parece particularmente digna de ser destacada, porque pone de manifiesto la racionalidad de la particular reserva de Ley orgánica que nuestro constituyente incorporó al sistema de fuentes. Que no es otra que la racionalidad, valga la expresión, del «constituyente debilitado», es decir, la encomienda del desarrollo normativo inmediato de la Constitución a un legislador que, sin ser el depositario del poder de revisión, tampoco es el legislador ordinario. De este modo, la estructura territorial del Estado, los elementos básicos de cada uno de los derechos fundamentales, la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre otros extremos, quedaron

confiados a un procedimiento legislativo que postula y recaba el respaldo de una mayoría cualificada.

La Ley orgánica como expresión normativa de la prolongación del consenso constitucional en aquello que, sin ser Constitución, sigue siendo fundamento del orden constitucional, cuando de los derechos fundamentales se trata supone, a mi entender, un particular respaldo de la voluntad popular representada en las Cortes Generales en el momento de la adopción de las determinaciones básicas relativas a los derechos fundamentales o, si se prefiere, del fin de las indeterminaciones básicas.

3. Así, en el caso de la libertad de enseñanza (art. 27.1, inciso 2.º, CE), concretada en la «libertad de creación de centros docentes» (art. 27.6 CE), el fin de la indeterminación básica de una Constitución que, expresamente, se limita a proclamar la «autonomía» de las Universidades en el Título VIII («De las Universidades privadas») de la Ley de Reforma Universitaria, aprobado con carácter de Ley orgánica (Disposición final tercera, LO 11/1983). De este modo, el artículo 57 LRU venía a declarar inequívocamente que: «La libertad de creación de centros docentes garantizada en el apartado 6 del artículo 27 de la Constitución, comprende la libertad de creación de Universidades y de centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada, en los términos establecidos en el presente Título».

De este modo, el «legislador orgánico» concreta y desarrolla el sentido y el contenido de la libertad de enseñanza adoptando una decisión básica acerca de un derecho fundamental por medio de un precepto cuyo contenido normativo se agota en una interpretación «cuasi auténtica» de la Constitución: La libertad de creación de centros docentes comprende la libertad de creación de Universidades. Es algo reservado a la Ley orgánica.

De forma parecida, algo que tiene que ver con nuestro caso: el Título Preliminar de la misma Ley, que declara a la enseñanza superior «servicio público» (art. 1), también tiene carácter de Ley orgánica. Porque, con independencia de lo que dicha proclamación aquí exactamente signifique, en la medida en que proyecta sobre la enseñanza superior una dimensión pública, abre la puerta a un importante protagonismo de los poderes públicos en el régimen de la misma, que llevará, por ejemplo, a que las Universidades privadas requieran una Ley a efectos de su reconocimiento (art. 58 LRU).

4. En materia de libertad de creación de medios de difusión a efectos de comunicar información [art. 20.1.d) CE], el desarrollo normativo de la Constitución pocas tareas tenía tan elementales y básicas cual la relativa al mantenimiento o fin del monopolio público de la televisión. En concreto, la cuestión se nos ha planteado ahora, en forma de la ley que ha venido a poner fin al citado monopolio público, la Ley 10/1988.

Lo cual no quiere decir que, si bien en la forma de un *obiter dictum*, este Tribunal no se haya pronunciado antes al respecto. Así, en la STC 12/1982, en un recurso de amparo avocado al Pleno, se decía que la implantación de «la llamada “televisión privada”... no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (art. 81 de la CE)» (fundamento jurídico 6.º). Poco después, y

de forma más explícita, una Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal declaraba, con remisión a la anteriormente citada, que «este último argumento, el de la necesidad de una Ley orgánica que exprese, dentro del marco de la Constitución, la decisión política de instituir la llamada "televisión privada", debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta Ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica» (STC 74/1982, fundamento jurídico 4.º).

El problema es que esta ley no existe o, mejor dicho, más allá del simple encabezamiento de la Ley 10/1988, no existe en nuestro ordenamiento un precepto en el que se diga expresa y taxativamente que la libertad de comunicar información por cualquier medio comprende el derecho de emitir por medio de la televisión, bajo sus distintas formas, en el marco de la «televisión privada».

Esto es lo que permite decir a la Sentencia de la que disiento que la Ley recurrida se limita a «ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles» (cobertura nacional, mediante emisiones de señales por ondas, en régimen de concesión). Esto es, en cierto modo, así; y, sin embargo, y el solo enunciado de la ley ya nos alerta sobre ello, la Ley 10/1988 está quebrando, si necesidad de decirlo expresamente, el monopolio público de la televisión en sentido estricto. Desde el momento en que su artículo 1 comienza diciendo que «es objeto de la presente Ley regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión» está, como decía, poniendo fin a la situación hasta ese momento existente de monopolio estatal televisivo, aunque sea en la modesta forma de la gestión indirecta de un servicio público. Esta no es, desde luego, la Ley a la que la STC 74/1982 se refería como la única que podría, respecto de la televisión privada, «considerar el conjunto de los problemas y darles una solución armónica». Pero, a falta de ella, ésta es la «Ley de la televisión privada» que tenemos, y desde luego no otra; es ésta la Ley a partir de la cual se ha introducido la pluralidad en, cuanto menos, la gestión del servicio televisivo; sobre todo, la televisión privada que, hoy por hoy, existe en nuestro país, es la que esta Ley dispone.

5. En la Ley 10/1988, de Televisión Privada, se dan los requisitos que, en los términos del fundamento jurídico 3.º de esta Sentencia, configuran un supuesto de reserva de Ley orgánica: La Ley incorpora una decisión básica, fundamental en el desarrollo normativo de la libertad de creación de medios de difusión, «desarrolla», pues, la Constitución de manera directa y en un elemento esencial para la definición del derecho, y lo hace, a la vez, con unos caracteres restrictivos que sólo puede legitimar el respaldo de la mayoría calificada propia de la Ley orgánica.

Respecto de lo primero no es necesario añadir mucho. El fundamento jurídico 4.º de la Sentencia pone, sin embargo, el acento en una distinción o contraposición entre los derechos fundamentales propiamente dichos, llamados también «primarios», y los derechos a instaurar los soportes o instrumentos indispensables para el ejercicio de dichos derechos, con la cual, por más que se la califique de «matizada», no me resulta fácil coincidir. Claro es que, como la Sentencia advierte más adelante, los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente», de tal modo que «la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra en estos derechos fundamentales». Pero todo esto, pura y simplemente, porque son concreción y desarrollo de dichos derechos fundamentales, si no sencillamente contenido elemental de los mismos. La tesis de la mayor libertad de configuración del legislador en la regulación de los «soportes técnicos» respecto de lo que se califica de «ordenación directa» de los derechos del artículo 20.1 CE no altera la trascendencia de la regulación adoptada en a Ley ahora objeto de control para el ejercicio de las libertades de expresión en nuestro Estado. La afirmación, por fin, según la cual son «conceptualmente distintos» las libertades de expresión y los instrumentos técnicos de los que aquéllas se sirven, en su radical evidencia, no modifica la conclusión anterior.

En segundo lugar, la regulación que la Ley 10/1988 hace de la «Televisión Privada» es lo suficientemente restrictiva, en los términos del fundamento jurídico 3.º, como para que, también desde esta perspectiva, hubiera procedido a aprobación por medio de Ley orgánica. Con independencia de la validez constitucional, en sí misma, de la modalidad adoptada, no cabe duda de que la fórmula de gestión indirecta de un «servicio público esencial» constituye una de las formas más modestas que quepa imaginar de supresión del monopolio estatal televisivo. Sobre todo: El número de concesiones posibles es tan reducido y en sí mismo tan discrecional, que su legitimidad hubiera necesitado cuanto menos el respaldo parlamentario reforzado previsto en el artículo 81 CE.

Ello no quiere decir que la totalidad del contenido de la Ley se encuentre afectado por la reserva prevista en el artículo 81.1 CE, pero sí que las alegaciones de los recurrentes debieron ser estimadas en este extremo, con independencia de cuál hubiera debido ser su alcance. Este disentimiento no tiene el sentido de formular un fundamento jurídico «alternativo». Baste dejar constancia de una diferente valoración, por más que minoritaria, del mandato contenido en el artículo 81.1 CE en su proyección sobre la Ley 10/1988, de Televisión Privada.

Madrid, 9 de mayo de 1994.—Pedro Cruz Villalón.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Firmados y rubricados.