

SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO: ESPEJISMO Y REALIDAD

Por

MARCOS M. FERNANDO PABLO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS: 1. *La experiencia italiana*. 2. *El caso francés*. 3. *Los Estados Unidos*.—III. LA TRADICIÓN PROPIA.—IV. EL OBJETO DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO: 1. *Ausencia de especificación formal*. 2. *La cuestión de la soberanía*. 3. *El objeto material demanializado*. 4. *Intento de reconstrucción conceptual del objeto demanializado en el artículo 7 de la LOT*. Nuevos títulos para tiempos nuevos.—V. LA AFECTACIÓN Y LA EXTRACOMERCIABILIDAD: CRÍTICA: 1. *Una afectación de gestión cuya finalidad es construir derechos de exclusión*. 2. *Una extracomercialidad inútil en nuestro derecho*.—VI. EL RÉGIMEN DE USOS: UN TRÁFICO JURÍDICO SIN PODER ALGUNO DE DISPOSICIÓN: 1. *La ordenación internacional de la radioelectricidad*. 2. *La llamada concesión de dominio público radioeléctrico*.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Nadie duda que el derecho de las telecomunicaciones, siendo como es una rama jurídica de cierta tradición (1), conoce hoy, al amparo de los emergentes cambios tecnológicos y los consiguientes cambios normativos, un desarrollo dogmático reconstructivo, dado que el tradicional monopolio estatal del sector en Europa, y la ordenación jurídica resultante, se está progresiva y aceleradamente abandonando.

Por ello, más que el desarrollo del cambiante marco legal o la siempre arriesgada prospectiva, tiene especial interés el examen del

(1) No puede olvidarse aquí la referencia, solamente dentro de nuestra doctrina jurídico-administrativa, a los estudios, muy conocidos, sobre el servicio telefónico (J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del Servicio Público telefónico*, IEA, Madrid, 1981) o sobre la radiodifusión (E. RIVERO YSERN, *Consideraciones en torno a la radiodifusión en el Derecho Español*; T. QUADRA-SALCEDO, *El Servicio Público de la Televisión*, IEAL, Madrid, 1976), como simple muestra de que ya antes de la década de los ochenta existía una preocupación doctrinal por el derecho de las telecomunicaciones. Igual constatación, casi simétrica, puede hacerse para el caso italiano, donde desde muy pronto (M. MAZZIOTTI, «La posta, il telegrafo, il telefono», en *Primo Trattato completo de Diritto Amministrativo italiano*, a cura de V. E. ORLANDO, V. I, II, Parte Seconda, Società Editrice Libreria, Milano, 1914, págs. 289 y ss.) tanto el teléfono (A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Giuffrè, Milano, 1978) como la radiodifusión (R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1977) serán estudiados con profusión, de la que se han citado sólo títulos muy conocidos.

modo en que se configuran hoy los tradicionales títulos de intervención del poder público (dominio público, servicio público, reserva, policía), es decir, la descripción de cómo tales mecanismos del arsenal conceptual tradicional se ven alterados y conformados por las novedades tecnológicas, especialmente desde la década de los ochenta, en que comienza la revolución de la información, con la digitalización de servicios y los avances en los modos de procesamiento de la información, que permiten no sólo transformar cualquier información en dígitos, sino procesar la información representada, transmitirla y reconstruirla a su formato comunicativo ordinario (voz, datos, imagen, vídeo) en tiempo real.

En efecto, el derecho de las telecomunicaciones se asentaba, hasta comienzos de los ochenta, sobre una pluralidad de servicios puestos a disposición de la transmisión de informaciones representadas en forma diferente (imagen, sonido, datos, escritura) con diferente contenido técnico (telegrafía/telefonía/radiocomunicación), servicios que, por ello, se presentaban separados entre sí por barreras legales y tecnológicas. A cada servicio correspondía una red (pública) separada de la del resto: pluralidad de redes, separación de servicios, era el modo habitual de presentársenos el conjunto de las telecomunicaciones.

Históricamente (2), en consecuencia, era éste un derecho preocupado ante todo por los servicios, un derecho que daba por supuesto que a cada uno de ellos correspondía una red de titularidad pública. Cada una de esas redes, además, se organizaba sobre un elemento de infraestructura dominante (3) que se adscribía a aquella red/servicio, casi de forma exclusiva:

- El espectro radioeléctrico se adscribía fundamentalmente a la radio y televisión y otros servicios que, por naturaleza, requieren telecomunicaciones inalámbricas (radionavegación marítima y aérea, redes soportadas en satélites, servicios móviles terrestres fundamentalmente).
- El cable se adscribía, según distintos servicios, a redes telefónicas fijas, telégrafos, télex y, allí donde existía, televisión.

(2) Vid., por todos, F. J. LORO CHICO, *Las telecomunicaciones como servicio público*, Ministerio del Interior, 1977, pág. 51, y A. HERNÁNDEZ, *La telecomunicación como factor histórico*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1974, págs. 23 y ss., donde se desarrolla la idea de la comunicación controlada como factor del Estado Moderno.

(3) Vid. J. NADAL ARIÑO, *Convergencia y competencia: El futuro de las Telecomunicaciones*, en «Situación», núm. 2, 1995, Servicio de Estudios BBV, Bilbao, pág. 113.

Ese derecho tradicional evoluciona rápidamente hacia la regulación de la distinción redes públicas/redes privadas, capaces todas ellas de prestar una pluralidad global de servicios en forma integrada (imagen, voz, sonidos, datos...) o especializada (4).

Esta dinámica del derecho de las telecomunicaciones en el momento presente hace que, además de estos y otros problemas relativos a las redes que ya se apuntan en el derecho español (interconexión, obligaciones de servicio universal, derechos de conexión, acceso y paso) (5), el régimen de los recursos de red pase a primer plano. Y, desde este punto de vista, hay que retener que la integración de servicios actúa sobre tres posibles soportes de red, sobre los que montar la infraestructura, soportes cuya regulación será, con seguridad, una de las claves de la posible evolución jurídica futura. Tales recursos son, sustancialmente, el cable, el satélite y la radioelectricidad.

Respecto del cable, más allá de la red telefónica básica, en la que, en cierta medida, la integración de servicios no será, a corto plazo, geográficamente universal, hay que decir que nuestro legislador ha optado por la técnica del servicio público: artículo 1 de la Ley 42/95: *La presente Ley tiene por objeto el establecimiento del régimen jurídico del servicio público de telecomunicaciones por cable*; artículo 3: *Gestión del servicio de telecomunicaciones por cable...*; artículos 1 y 2 del

(4) Este hecho es casi un lugar común en los observadores de la evolución reciente del derecho de las telecomunicaciones. Sirva por todos, vid. G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Por ello hoy los técnicos clasifican las redes «por la infraestructura necesaria en lugar de por el tipo de servicios que soportan». Vid. VEGA ESQUERRA *et al.*, *Las autopistas de la información*, en «Situación», núm. 2, 1995, Servicio de Estudios BBV, Bilbao, págs. 23 y ss.

(5) Vid. J. J. LAVILLA RUBIRA, «Primer paso hacia la liberalización de las telecomunicaciones españolas (Real Decreto-Ley 6/96, de 7 de junio)», en AA.VV., *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 121 y ss.

Téngase presente, por ejemplo, que el RDL 6/96, de 7 de junio, establece ya mecanismos de interconexión, incorporando a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/87, de 18 de diciembre, modificada por Ley 32/92, de 3 de diciembre; en adelante, LOT) una nueva Disposición Adicional Undécima que regula e impone el deber de interconexión. Por otra parte, entre las medidas que se anuncian y que habrá de recoger la nueva Ley General de Telecomunicaciones, se propone que determinadas entidades explotadoras de servicios o infraestructuras continuas que, por ello mismo, disponen de una red de telecomunicaciones, más o menos desarrollada, puedan aportarla a otras entidades o prestar determinados servicios. En esta línea, la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece, artículo 170, modificando el artículo 10 de la LOT, que tales Entidades podrán instalar redes propias de telecomunicación, sujetas a autorización administrativa, salvo cuando utilicen el dominio público radioeléctrico, en cuyo caso requerirán concesión. Con ello se modifica sustancialmente la ordenación anterior, por cuanto el ya citado artículo 10 de la LOT establecía «siempre que tales redes se utilicen *exclusivamente para aplicaciones afectas a la propia actividad del servicio público* concreto que exploten y para interconectar centros, órganos y componentes de la infraestructura... con exclusión de los usuarios del servicio».

Reglamento Técnico (RD 2066/96, de 13 de septiembre). Tal calificación se realiza, por cierto, de forma bastante problemática, como ya se destacó por ARIÑO y otros (6).

Con relación al satélite, con bastantes matices, nuestro legislador ha optado por la liberalización (art. 1 Ley 37/95: *Los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público*; art. 2: *... podrán prestarse por medio de satélites de titularidad del propio prestador*; art. 3: *... sujetos a autorización*, en su caso por concurso público si existe limitación de recursos). Tal liberalización (7) no es aplicable (por el momento) a los servicios telefónico básico, radiodifusión sonora terrenal y televisión contemplados en el Estatuto, la Ley de Televisión Privada y la Ley del Tercer Canal, así como el servicio portador de éstos (8).

(6) Vid. G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 224 y ss., donde se apunta, por ejemplo, cómo mediante la calificación de *servicio público* se incide en una extralimitación que entra en contradicción con lo establecido con anterioridad por la LOT de 1992, la cual declaró alguno de los servicios (ahora incluidos) liberalizados, al contemplarlos como Servicios de Valor Añadido. Todo ello, en palabras de los autores, pone de manifiesto el descuido y la confusión conceptual con que ha sido elaborada la Ley, que a lo largo de su articulado utiliza la expresión *servicio público* en diferentes sentidos. Se termina afirmando por ello que *no todos los servicios de telecomunicaciones por cable son servicios públicos. El pago por ver, o la telecompra o el vídeo interactivo, constituyen servicios... personalizados que no pueden constituir servicio público*.

(7) Resulta muy difícil al autor escapar, en este punto, de una vivísima polémica que se desarrolla cuando redacta estas líneas sobre la, convencionalmente, denominada «plataforma digital». Como se sabe, el Gobierno, elaborando el Reglamento Técnico de la Ley de Telecomunicaciones por Satélite, autorizado por la Disposición Final Primera de la Ley 37/95 (que, por cierto, preveía un plazo de tres meses desde la vigencia de la Ley para ello), y haciendo aplicación del artículo 6 de la misma Ley (*Los equipos necesarios para la recepción y el acceso a los servicios de telecomunicación por satélite tendrán la consideración de equipo terminal de telecomunicaciones y les será de aplicación lo dispuesto para estos equipos en la Ley 31/87...*), quiere imponer una suerte de descodificador general, único para todos los posibles operadores de televisión digital vía satélite, amparándose en exigencias del derecho comunitario (se cita Directiva 95/47 de la Comisión). Cualquiera que sea la valoración política, debe señalarse aquí que el artículo 29 de la LOT, al que se remite la Ley de Telecomunicaciones por Satélite, establece que «corresponde al Gobierno... definir y aprobar las especificaciones técnicas que permitan garantizar el funcionamiento eficiente de los servicios y redes de telecomunicación, en relación a aparatos, dispositivos y sistemas que utilicen el espectro de frecuencias radioeléctricas, estén destinados a conectarse a una red pública o puedan perturbar el normal funcionamiento de un servicio de telecomunicación...». Para quien esto escribe, sin necesidad de acudir al derecho comunitario (la Directiva 47/95/CEE, que se cita en el Preámbulo del Decreto-Ley 1/97, de 31 de enero), es evidente que ha surgido, legalmente, un nuevo título de intervención: el poder de *definir y aprobar o adoptar especificaciones técnicas, estándares o protocolos* que definen sistemas de telecomunicación. Bastaría con este nuevo título de potestades, legalmente regulado, y condicionado por la incardinación europea de España, para defender jurídicamente la posición del Reglamento Técnico (RD 136/97, de 31 de enero) en este punto.

(8) Artículo 4 de la Ley 37/95, de Telecomunicaciones por Satélite:

Y, finalmente, respecto del empleo de ondas electromagnéticas, como soporte de una red, nuestro legislador ha optado, desde 1987, por aplicar a ese recurso el régimen del dominio público (art. 7 de la LOT 1987).

¿Por qué teorizar sobre este nuevo *dominio público virtual*? Al menos por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque la expresión *dominio público radioeléctrico*, que parece haber tomado cuerpo definitivamente en el derecho de nuestros días, no deja de presentar, en su aparente claridad, importantes problemas dogmáticos que dejan al descubierto cierta ruptura de la concepción tradicional de la propia noción de dominio público, al menos tal como ha sido tradicionalmente elaborada y entendida.

Quizá fuera WALINE, como recordó en nuestra doctrina SÁNCHEZ BLANCO (9), quien primero llegó a intuir que un día se hablaría de «dominio público radioeléctrico», al tiempo que ya apuntaba lo problemático de la expresión para el régimen demanial, indicando que en todo caso se trataría de un dominio público especial, quizá porque ya tenía presente que el tipo normativo parecía referirse más a las condiciones de ejercicio de una actividad humana que a un «bien». Y, junto a él, CHENOT defendió la demanialidad del *espacio herziano* (10).

De hecho, en torno a 1960 se hablaba, sin precisiones dogmáticas, de que las ondas pertenecían al «dominio público internacional» (GOY) (11), destacándose la dificultad de sujetar este recurso a la soberanía exclusivamente estatal, o bien se concluía afirmando (DRAGO) que si el espacio aéreo es una *res communis*, también lo es el espacio herziano (12).

Se acertaba a ver, pues, que el objeto requería un tratamiento dis-

«Servicios no incluidos. Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación a la prestación de los siguientes servicios aunque para ello se utilicen en parte redes de telecomunicación por satélite:

- El servicio telefónico básico.
- Los servicios de radiodifusión sonora terrenal.
- Los servicios de difusión de televisión contemplados en las Leyes 480, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión; 46/83, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y 10/88... de Televisión Privada.
- El servicio portador de los servicios mencionados en el guión anterior...»

(9) *Traité élémentaire du droit administratif*, 6.ª ed., Sirey, París, 1952, pág. 510; A. SÁNCHEZ BLANCO, *La afectación de bienes al dominio público*, IGO, Sevilla, 1979, pág. 46.

(10) Conclusiones sobre el *Arrêt Société Radio Atlantique*, Cons. d'Et. 6 de febrero de 1948, citado por A. SÁNCHEZ BLANCO, *La afectación...*, cit.

(11) «La repartition des fréquences en matière de télécommunications», *Anuaire du Droit International*, 1960, págs. 569 y ss.

(12) Vid. R. DRAGO, «Nature juridique de l'espace herzien», en *Melanges Juglart*, LGDJ, Monchestien, 1986.

tinto del de los bienes sujetos no sólo a propiedad individual por ocupación, sino también diferente del de los bienes del dominio público estatal, precisamente por la innegable dificultad de sujetar el «éter» a soberanía exclusiva de un Estado, al tiempo que se advertía, en las más distintas tradiciones, que se trataba de un «bien común», expresión que puede verse en la jurisprudencia americana o en la doctrina y jurisprudencia italianas. Otras veces, y desde criterios civilistas, se afirmaba que en modo alguno el espacio atmosférico, como objeto, podía ser tomado como pretexto para demanializar las ondas, porque *la columna de aire que se alza desde el suelo no es un bien jurídico, dado que el concepto de espacio, como el de tiempo, es un concepto de relación* (13).

Y en la débil línea de separación entre la categoría dogmática del dominio público, la disciplina de un bien público sujeto a intervención estatal e internacional, o la consideración de *res communis* objeto de disciplina pública sobre el uso, se ha desarrollado positivamente hasta los años ochenta el régimen de este recurso.

Pero, pese a la dificultad inicial de perfilar el objeto sobre el que recae la calificación demanial (¿el espectro radioeléctrico, que es una creación conceptual humana?, ¿la *energía electromagnética* como recurso «natural»? ¿determinadas propiedades —leyes naturales— de la misma?), lo cierto es que las legislaciones de telecomunicaciones de distintos Estados de Europa continental la han asumido con cierta normalidad.

En efecto, baste recordar aquí, en primer lugar, el artículo 7 de la Ley portuguesa 87/88, de 30 de junio, estableciendo: «*el espectro radioeléctrico es parte integrante del dominio público del Estado*», términos que se repiten en el Decreto-Ley 338/88, de 28 de septiembre (radiodifusión sonora). Un poco más tarde, tratando ya de regular las telecomunicaciones en general, la Ley 88/89, de 11 de septiembre, abandonará esta noción referida al espectro radioeléctrico y establecerá: «*El espacio por donde pueden propagarse las ondas radioeléctricas constituye el dominio público radioeléctrico cuya gestión, administración y fiscalización compete al Estado*» (art. 3).

En la Ley francesa de 17 de enero de 1989 (art. 10), finalmente, puede leerse: «*La utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas disponibles en el territorio de la República, constituye un modo de ocupación privativo del dominio público del Estado*» (14).

(13) La cita es de TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, 1968, y la reproduce y maneja A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, cit. pág. 87.

(14) Vid. un comentario sobre este punto de la Ley en «RFDA», 2, 1989 (*Controverses. Les ondes appartiens elles au domain public?*), págs. 2351 y ss., con intervenciones de D. TRUCHET (Contre) y B. DELCROS (Pour).

Existe un segundo orden de razones para teorizar sobre el dominio público radioeléctrico, que pueden agruparse en torno a las consecuencias prácticas de ese título tal como se ha formulado en derecho español. Preguntarse por su operatividad real y contrastar su régimen jurídico-positivo obliga a comprobar que, quizá, estemos hablando de otra cosa que no sea dominio público, o bien a admitir que del artículo 128.2 CE resulta una posibilidad de demanializar cualquier entidad, física, conceptual o puramente «virtual». No se olvide que ya se ha propuesto declarar de dominio público los *bloques numéricos a efectos de marcación telefónica con estas palabras*:

«realmente habría que considerar a la numeración como un recurso escaso (porque es un recurso finito), como un bien demanial... que debe ser administrado por la Administración pública... y la Administración debe cuidar que el sistema de adjudicación de la numeración no pueda favorecer a ningún operador...» (15).

Aparte de la curiosa referencia a que la numeración es un recurso finito (siempre habíamos pensado lo contrario respecto de los números naturales), la opinión indicada traduce el problema de que la extracción de la utilidad de determinadas entidades físicas o ideales requiere intervención pública cuando el libre juego del mercado o lo hace imposible o da lugar a alteraciones en la competencia. Pero que tal intervención pública deba ser a título de dominio público quizá merezca alguna discusión que es preciso abordar ya.

II. COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

1. *La experiencia italiana*

En el territorio de la República Italiana es bastante lejana la intervención pública sobre las radiofrecuencias, aunque la aplicación

(15) Vid. la intervención de quien, a la sazón, era Secretaria General de Comunicaciones, Elena SALGADO, «Las telecomunicaciones en España ante la sociedad de la información», en *Telecomunicaciones*, «Situación», núm. 2, 1995, Servicio de Estudios BBV, págs. 59 y ss. La afirmación del texto, en pág. 64. El mismo orden conceptual parece latir bajo expresiones tales como «espacio de numeración y marcación» homogénea que se manejan habitualmente para hacer frente al problema de la ruptura del monopolio telefónico en este concreto punto. Pero la referencia al «espacio» es aquí más peligrosa: hoy es el espacio radioeléctrico, mañana será el «espacio común de marcación telefónica», pasado mañana el «espacio temporal de emisión en abierto» que se impondrá al conjunto de operadores de derechos exclusivos de retransmisión de espectáculos de interés general...

de la técnica de la reserva al Estado y del consiguiente servicio público monopolizado, sólo hasta fechas muy recientes ha planteado problemas, ligados, como no podía ser menos, a los servicios de radiodifusión, especialmente a la televisión.

Por un fenómeno de contigüidad jurídica bien conocido y explicado (que funciona de forma similar en España, Francia o Reino Unido) (16), a la radioelectricidad, como recurso de una red de telecomunicaciones, se le terminará aplicando el régimen de las anteriores redes de telegrafía o telefonía monopolizadas, bajo expresiones legislativas tales como radiotelegrafía, telegrafía etérica, telefonía sin hilos, etc., que constan en nuestras fuentes (17) y que traducen un fenómeno más amplio de monopolio de toda telecomunicación, sin importar el medio.

En este sentido, para el caso italiano, una Ley del Piamonte de 20 de junio de 1853 reservaba al Gobierno la implantación y gestión de líneas telegráficas, castigando a todo aquel que transmitiera señales con máquinas telegráficas o usare combinaciones similares para la transmisión a distancia. Fundándose en tal Ley, el Consejo de Estado afirmará, en 1883, que corresponde al Gobierno el monopolio de los teléfonos, que no representaban más que una aplicación de un mismo principio. Un paso natural será, en la misma línea, el que la Ley de 30 de junio de 1910, núm. 395, reservara al Estado toda actividad inherente a las telecomunicaciones, incluyendo, por tanto, el empleo de medios radioeléctricos, ya fuera como forma de comunicación privada, ya implicase difusión pública (18).

La situación permanecerá estable hasta que comience la batalla de la televisión, en la que el control de las radiofrecuencias, la consideración jurídica de éstas, el papel del acto de asignación estatal, serán, entre otras, cuestiones debatidas con profusión.

Como es muy conocido entre nosotros, gracias a quienes han estudiado el régimen del fenómeno televisivo (19), la Sentencia de la

(16) Vid., por todos, A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, cit., pág. 3. En nuestra doctrina ha destacado este hecho J. L. MEILÁN GIL, *La «cláusula de progreso» en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968, pág. 65. Vid. también J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, cit. Tal continuidad jurídica está presente también en Francia (vid. *infra*) y Reino Unido. En éste (según refiere M. MAZZIOTTI, «La posta, il telegrafo, il telefono», cit., págs. 289 y ss.), a propósito de la reserva al Estado con relación al teléfono, se afirmará que «jurídicamente no puede hacerse distinción entre telégrafo y teléfono».

(17) Por todas, valga la referencia a la siempre citada Ley de 26 de octubre de 1907, sobre la que más tarde se volverá.

(18) M. MAZZIOTTI, «La posta, il telegrafo, il telefono», cit., pág. 290.

(19) Además de los ya citados, recordemos aquí a los muy conocidos trabajos de C. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1986; J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, 1994; E. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, 1991; G. ARIÑO, *El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada*, 1987, y C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la Televisión Privada*, Pons, Madrid, 1994.

Corte Costituzionale núm. 202, de 28 de junio de 1976, declaró la inconstitucionalidad de la Ley 103/75, de 14 de abril, en cuanto sancionaba el ejercicio, sin concesión, de actividades de televisión por ondas herzianas en el ámbito local, porque en esta modalidad, según la Corte, no se da la limitación de frecuencias que había justificado el monopolio estatal inicial del sistema italiano de televisión de difusión nacional. A raíz de esta Sentencia, como ha señalado PACE (20), se difundió la idea de que *la ausencia de una Ley implicaba el derecho de todos a transmitir por ondas herzianas en el ámbito local*. Sólo mucho más tarde, con la SCC 237/84, la Corte desmentirá expresamente tal interpretación.

Pero, desde julio de 1976 a septiembre de 1984, los emisores de radiotelevisión ocupan las radiofrecuencias libres, pretendiendo tener derecho a emitir libremente, sin intervención concesional de la Administración al asignar frecuencias. En este momento inicial de *caos en el éter* germinan los grupos de comunicación que evolucionarán hasta la situación presente en Italia. Para unos, la Sentencia de la Corte suponía el reconocimiento de un derecho perfecto a emitir y utilizar libremente el éter (que comienza a denominarse espacio radioeléctrico por esta especie de ocupación que resulta de la prioridad de uso, en un lugar determinado, de una frecuencia libre), por cuanto la citada Sentencia despenalizó su uso sin concesión administrativa a efectos de radiodifusión local.

Se omitía, así, toda referencia a las normas del Código de las Telecomunicaciones que exigían una asignación pública de frecuencias, o los Tratados Internacionales que obligaban a la República a someter a toda empresa reconocida o autorizada al control público en el uso de las radiofrecuencias. El papel del acto administrativo previo de asignación de frecuencias se vio, por tanto, reducido a la nada. De hecho, la Administración reaccionó tolerando tales actividades locales, en la medida en que no perjudicaban al servicio público.

Por otra parte, las posiciones jurídicas de los empresarios de radiodifusión que se lanzaban a ocupar frecuencias libres, sin asignación administrativa, pese a la situación de ilicitud administrativa (por ser contraria tal conducta a la ordenación de la radioelectricidad en el Código Postal y de las Telecomunicaciones, cuyos arts. 183 y ss. atribuyen a la Administración la «asignación de frecuencias radioeléctricas para todas las radiocomunicaciones y la notificación al

(20) A. PACE, *Stampa Giornalismo Radiotelevisione*, Cedam, Padova, 1983. De allí tomamos las referencias que siguen y la jurisprudencia comentada. De especial interés, para la configuración jurídica de la intervención pública sobre las radiofrecuencias, son las págs. 377 y ss., dedicadas al *Caos en el Eter*.

comité internacional de las frecuencias»), se vieron tuteladas civilmente en cuanto *poseedores del espacio radioeléctrico*, entendiendo ocupado éste, *de facto*, por sus emisiones, o invocando la preexistencia de una situación de mero hecho.

Si bien no faltaron pronunciamientos que denegaron, por distintos motivos, tal tutela, la más conocida resolución judicial que la otorgó, sin ambages, es la Ordenanza de la Pretura di Luca de 8 de febrero de 1980. Contestando la oposición de la RAI, según la cual el recurrente no podía servirse de tutela posesoria porque las bandas de frecuencias a través de las cuales se propagaban las ondas herzianas emitidas sólo podían conceptuarse como *bienes muebles*, o como mucho *res no calificables como bienes*, la citada resolución señala que

«existe hoy, en cuanto a la naturaleza de las bandas y emisores televisivos, una jurisprudencia conforme que, en juicios en los que eran partes emitentes privados, consideró tales canales como un efectivo espacio a través del cual viene enviada una forma de energía, considerándolo por tanto un bien inmueble susceptible de tutela posesoria» (21).

Y esta configuración jurídica, nacida a efectos de tutela posesoria en las relaciones entre particulares, será también aplicada contra la RAI, es decir, contra quien disponía de título administrativo suficiente, para ordenarle que un nuevo emisor concreto, implantado para completar la Tercera Red, de conformidad con el mandato ministerial y los Planes internacionales de frecuencias y potencias (el denominado Plan de Estocolmo), respetara la situación anterior, a fin de no interferir una emisión privada previamente existente (¡sin licencia o asignación de frecuencias por parte de la Administración!).

En otras resoluciones jurisprudenciales se encuentran nociones de interés. Así, la Sentencia de 26 de febrero de 1977 de la Pretura de Roma examina una «acción de manutención teniendo como objeto la posesión (el uso) de una banda de frecuencia a través de la cual la sociedad opera en el sector de la transmisión radiofónica privada» (22). La RAI argumentó, en contra de la legitimación acti-

(21) A este pronunciamiento se le criticó (vid. el citado volumen de PACE que venimos manejando, pág. 449) señalando la superficialidad de la misma por «inaplicar» leyes y actos administrativos y reconocer derechos subjetivos allí donde únicamente existen hechos penalmente lícitos, gracias al pronunciamiento de la Corte Costituzionale en la Sentencia 202 de 1976.

(22) Vid. PACE, *Giornalismo...*, cit., pág. 485, con el texto de la Sentencia y comentarios en páginas anteriores.

va de quien había planteado el remedio procesal frente a una interferencia causada por sus emisiones, que «las bandas de frecuencias constituyen bienes muebles», por lo que sería improcedente la acción de manutención *ex* artículo 1700 Cc, que sólo admite tal tutela respecto de bienes inmuebles, derechos reales sobre los mismos o universalidades de muebles. El Tribunal afirma que *no puede ser negada la condición de bien mueble de las bandas de frecuencias*, pero admite la acción por su vinculación con la posesión de las instalaciones (23).

La Corte de Casación hubo también de intervenir (24), precisando, a propósito del «derecho perfecto» a emitir, que:

«El ejercicio de una empresa de difusión postula necesariamente la posibilidad de valerse de una determinada frecuencia, pero la elección o individualización de tal frecuencia entre aquellas disponibles no se encuentra ya entre las facultades reconocidas al particular. El procedimiento de asignación, pues, añade un *quid novi* en la esfera jurídica del mismo, con atribución de una específica potestad (*facultas agendi*) de la cual carecía y que se refiere a la modalidad de utilización del éter, entendido como un *bien común*, respecto al cual compete al Estado, tanto en base a normas de derecho interno como internacional, el poder-deber de preservar y gestionar la correlativa utilidad...»

La significación de este pronunciamiento radica, según PACE, en que, excluyendo un derecho perfecto a emitir, se negaba al mismo tiempo que la Constitución tutelara la libertad de utilizar las radiofrecuencias (25). Por ello, al rechazar la existencia de tal derecho subjetivo sobre la modalidad de utilización del éter, *se hacía imposible mantener la práctica inmodificabilidad de la situación de las radiofrecuencias* que se había producido de hecho en Italia.

(23) *Ibidem*, pág. 485, con el texto resumido de la resolución judicial.

(24) *Ibidem*, pág. 503, donde se resume la Sentencia de 1 octubre de 1980, también comentada y aludida reiteradamente en el volumen de PACE que venimos citando.

(25) A. PACE, «La scelta televisiva della corte di cassazione», en la obra citada, pág. 451. Añade el autor, gráficamente: «*Como en el Far West, cuando los Estados Unidos reconocieron validez jurídica a las ocupaciones de tierras de los primeros colonos, se sostenía que el Estado italiano debía reconocer a las televisiones privadas la legitimidad de la posesión de los canales arbitrariamente utilizados y no podía, por ello, proceder a una reordenación de la situación de las radiofrecuencias.*»

Pero la Corte de Casación dejaba en el aire la existencia o no de un interés legítimo en los usuarios de frecuencias que pudiera tutelarse por los jueces administrativos. De hecho, éstos fueron también llamados a intervenir, ante los recursos planteados por los emisores particulares, frente a los actos de la Administración que le ordenaban cesar en sus emisiones interferentes a las del tercer canal de la RAI. El Tribunal Administrativo de la Toscana (26), por ejemplo, en el asunto *Telelibera Firenze*, examina el uso del canal 54 UHF por parte de la RAI (de conformidad con el Plan Técnico particular relativo a la Tercera Red, de 19 de octubre de 1979, y el Plan de Frecuencias de 3 de diciembre 1976), en una zona en que venía operando, sobre el mismo canal, un emisor privado.

El litigio se resuelve, inicialmente, estableciendo la licitud administrativa del uso del particular, privando, por tanto, a la Administración de poderes coactivos para poner fin al «preuso» de tal canal, por parte del emisor privado, tras señalar que

«no siendo hoy necesario ningún acuerdo de concesión para el uso de medios de difusión vía éter en el ámbito local, ni existiendo ninguna reserva normativa en favor de la RAI... todas las bandas de frecuencias asignadas a la radiodifusión pueden ser utilizadas, en sede local, tanto por los emisores privados como por la RAI».

La Sentencia del TAR de la Toscana fue recurrida ante el Consejo de Estado, que en fecha 14 de julio de 1982 estima la apelación de la RAI. Los argumentos son ahora de cierto peso y alcance dogmático, siguiendo la doctrina de la Casación, y comenzando por precisar en qué consiste la posición del emisor privado:

«El ejercicio de una empresa de teletransmisión postula, *de facto*, necesariamente, la posibilidad de valerse de una frecuencia determinada, sin que la elección de la misma entre las varias abstractamente disponibles, pertenezca ya a las facultades del particular. Por el contrario, es el acuerdo de asignación el que atribuye una potestad de la que antes se carecía, relativa a la modalidad de uso de un bien común... *El momento público de la verificación y de la aprobación de las estaciones y de asignación de las bandas de frecuencias es, pues,*

(26) Sentencia de 29 de enero de 1982, recogida por PACÉ, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

insuprimible, porque representa la aplicación de la potestad pública de asegurar la utilización y disfrute de un bien común» (27).

2. El caso francés

También en Francia desde muy pronto se asentará un monopolio total sobre las telecomunicaciones que terminará implicando el monopolio estatal de la radioelectricidad. Por Decreto 23-30 de julio de 1793 se confía la exclusiva al Estado de toda utilización de medios de correspondencia por señales (telégrafo óptico). La Ley de 2 de mayo de 1837 reafirma tal monopolio para las transmisiones telegráficas eléctricas. Aunque surgen inicialmente, en los años veinte, emisoras privadas de radio, lo hacen sujetas a autorización de confuso régimen, pues si el Estado pretende que el monopolio de las transmisiones telegráficas era aplicable a las estaciones de radiodifusión, éstas invocaban la originalidad de este medio de telecomunicación, que no implicaba la utilización de hilos ni de dominio público alguno. Pero la Ley de 30 de junio de 1923 establece que las reglas del monopolio de los telégrafos era también aplicable a la transmisión y recepción de señales radioeléctricas de cualquier naturaleza. La radiodifusión nace así, aunque implique el uso de un medio nuevo, sujeta a las reglas del telégrafo o el teléfono, sin destacarse, en general, los problemas que planteaba el régimen jurídico de ese nuevo medio inalámbrico.

Posteriormente, el artículo 32 (L) de la Parte Legislativa del Code de Postes et Télécommunications, en la redacción dada por el artículo 2.º de la Ley 90/1170, de 29 de diciembre, sobre reglamentación de las telecomunicaciones, establecerá que una red de telecomunicaciones se considera red interna (a los efectos de poder establecidas libremente, bajo reserva de conformidad de las instalaciones radioeléctricas y de los equipos terminales a las prescripciones técnicas exigibles, art. 33-3 L) cuando se trate de «un réseau indépendant entièrement établi sur une même propriété, sans emprunter ni le domaine public —y compris l'herzien— ni une propriété tierce». Siendo el dominio público un límite a la libre implantación de redes privadas (28), igual

(27) Sobre este ineludible momento público previo, y la correspondiente conceptualización del acto de «asignación» de frecuencias, además del volumen de PACE reiteradamente citado, puede verse, del mismo autor, «Liceita condizionata dell'emittente locali e disciplina pubblica dell'impresa radiotelevisiva privata», en *Diritto de la radiodiffusione e telecomunicazioni*, 1979, págs. 93 y ss.

(28) El fenómeno, a propósito de la radiodifusión, ha sido certeramente criticado en nuestra doctrina, con la elegante rúbrica *viejos títulos para tiempos nuevos*, aunque referi-

papel debía jugar el empleo de la radioelectricidad como soporte de tal red, a costa de identificar ésta como un confuso *dominio público herziano*.

En un momento posterior también a la recepción por nuestra LOT de la idea, el artículo 10 de la Ley de 17 de enero de 1989 introdujo en la Ley 86-1067, de 30 de septiembre, relativa a la libertad de comunicación, un nuevo artículo 20 en el que se establecía: «La utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas *disponibles sobre el territorio de la República*, constituye un modo de ocupación privativo del dominio público del Estado.»

En realidad, en Francia, la cuestión de la demanialización de las frecuencias se planteó ya en la fase de discusión de textos legislativos de 1982 sobre el audiovisual. El proyecto de la que sería la Ley 82-652, de 29 de julio, rezaba:

«El conjunto de frecuencias radioeléctricas disponibles sobre el territorio de la República constituye un accesorio del Dominio Público del Estado.»

La idea, casi arduosamente defendida por el socialismo francés, con la afirmación de que sin esa demanialidad sería imposible mantener objetivamente el interés general (29), no triunfó en la Ley de 1982, tampoco en la de 1986, pero se impuso finalmente en la de 1989.

3. *Los Estados Unidos*

La experiencia americana tiene especial interés por poner de manifiesto (al igual que, según refieren ARIÑO, DE LA CUÉTARA y AGUILERA, en Nueva Zelanda) (30) algunas ideas sobre las que la

do principalmente al dominio público vial. La misma crítica puede, en realidad, formularse frente al confuso concepto de «dominio público radioeléctrico», porque, como se verá, ni el objeto consiente un régimen jurídico semejante ni tiene el concepto, aplicado a tal objeto, parte de la utilidad que constituye la esencia de su configuración histórico-dogmática. Vid., sobre la utilización de tal título, J. ESTEVE PARDO, *Viejos títulos para tiempos nuevos: Demanio y servicio público en la televisión por cable*, «REDA», núm. 74, 1992, págs. 257 y ss.

(29) Vid. J. LANG, «RFAP», 44, 1987, pág. 638, citado por T. TRUCHET, *Les ondes...*, cit., «RFDA», 2, 1989, pág. 2554.

(30) Vid. G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y L. AGUILERA, *Las telecomunicaciones por cable...*, cit., pág. 231, donde, con cita de VELJANOSKI, se hace una referencia a los derechos de propiedad sobre las ondas y los mecanismos de mercado (con subasta inicial y comercialidad ulterior) que pueden aplicarse al espectro radioeléctrico.

magia del dominio público, por utilizar una expresión bien conocida de KLEIN (31), no deja lugar a pensar.

En efecto, en los Estados Unidos comienza la preocupación por la comunicación radioeléctrica a la altura de 1910 con la aprobación de la *Wireless Ship Act*, imponiendo a determinados buques que partieran de puertos americanos la obligación de dotarse de instrumentos de radio y no rechazar el intercambio de mensajes con estaciones costeras o sobre la costas. Dos años después, la *Radio Act* impone a todas las empresas del sector la obligación de transmitir únicamente en las bandas de frecuencias a ellas destinadas por el Departamento de Comercio.

Se introduce así la idea de que para emitir en una frecuencia es necesaria autorización administrativa. Pero los poderes iniciales de la Administración americana se limitaban a otorgar tal autorización, una vez comprobada la no interferencia con otras transmisiones previamente autorizadas.

Posteriormente, la difusión de los medios radioeléctricos aumentaron el riesgo de interferencias, y el Departamento de Comercio destinó nuevas frecuencias a la radiodifusión, comienza a ejercer poderes, sin base legislativa suficiente, de modalización de las frecuencias otorgadas, repartiéndolas entre los solicitantes.

Los Tribunales debieron finalmente intervenir cuando *Zenit Radio Corporation* recurrió ante la falta de base legal de tales poderes discrecionales, que no se fundamentaban en la *Radio Act* de 1912, viéndose constreñido el Departamento de Comercio a otorgar todas las licencias solicitadas (más de 200 sólo en 1926). Se inicia así el período que se designará como «*caos en el éter*», caracterizado por un continuo sobreponerse de emisiones, que el Juez FRANKFURTER, del Tribunal Supremo, describió, en el asunto *NBC y CBS versus United States*, en los siguientes términos:

«Estos nuevos emisores utilizaban cualquier frecuencia que deseaban, sin preocuparse de las posibles interferencias. Las estaciones existentes cambiaban de frecuencia e incrementaban a voluntad la potencia de emisión o la duración de las emisiones. El resultado fue la confusión y el caos: estando todos presentes en el éter ninguno podía ser escuchado.»

La *Radio Act* de 1927, instituyendo la Federal Radio Commission (después designada Federal Communications Commission), estable-

(31) Vid. KLEIN, *La police*, LGDJ, París, 1976. En este mismo sentido maneja esta idea Ch. LAVIALLE, *La condition juridique de l'espace aerien*, «RFDA», 5, 1986, págs. 848 y ss.

ce el principio de que *el derecho al uso de una banda de frecuencias se subordina al otorgamiento de una autorización expresa en favor del solicitante mismo*.

Este poder de *licencing*, fundamentado en la escasez de frecuencias, será el origen y justificación de una amplia intervención de la FCC en el ámbito de las compañías de radiodifusión, dado que los operadores, siendo siempre escasos a su vez, debían guiar su actividad por el criterio del derecho del público a una información veraz y plural.

En efecto, como BAZOLLI (32) demuestra, el argumento más recurrente del Tribunal Supremo para defender la legitimidad de la disciplina de la radiodifusión frente a la Primera Enmienda fue la limitación física del medio, la doctrina de la *spectrum scarsity*, desde la citada sentencia NBC hasta la *Red Lion Broadcasting Co. versus Federal Communications Commission 1966*, que es considerada, hasta hoy, el *leading case* en materia de radiotelevisión.

Un sector de la doctrina americana señala que el caos de interferencias en el éter del período inicial de la radiodifusión no demuestra, necesariamente, la imposibilidad de un sistema dejado enteramente a la libre disponibilidad de los particulares. Al silogismo que fundamenta el punto de vista tradicional (el uso no reglamentado de un bien limitado provoca el caos, el espectro electromagnético es un bien escaso, luego el uso no reglamentado del mismo produce el caos necesariamente) se contesta con un argumento de brillante fuerza dialéctica: todos los bienes económicos son, en cierto sentido, limitados por naturaleza, pero circulan libremente en el mercado, en base al mecanismo del precio, sin la presencia permanente de un regulador externo.

Desde esta perspectiva, *el desorden inicial en el mercado de la radiodifusión sería precisamente debido a la calificación de las radiondas como bienes públicos, o mejor, una consecuencia de la falta de perfecta cualificación de las mismas como bien disponible y comerciable*, premisa indispensable para el funcionamiento de un mercado (33).

Se añade, además, que la elección del legislador por un sistema contra-mercado fue fruto no de un error, sino de un compromiso en-

(32) F. BAZOLLI, *Televisione e libertà d'espressione negli Stati Uniti d'America*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1994, págs. 4318 y ss. Nos limitamos, en lo que sigue, prácticamente a transcribir el citado trabajo, que contiene indicaciones bibliográficas de gran valor para esta temática.

(33) F. BAZOLLI, *Televisione...*, cit., pág. 4325, con cita de R. H. COASE, *The Federal Communications Commission, Law and Economics*, 1959, quien ejemplifica con la propiedad de la tierra: «... if no property rights were created in land, so that everyone could use a tract of land, its clear that there would be considerable confusion and that the price mechanism could not work because there would not be any property rights that could be acquired...».

tre los políticos y los radioemisores ya establecidos, por cuanto la posibilidad de reconocer a los particulares derechos de propiedad y exclusión de terceros sobre las radiondas ya había sido afirmada por los tribunales en 1926 (*Tribune Co. versus Oak Leaves Broadcasting*), resolviendo un problema de distribución de frecuencias en base al principio *prior tempore, potior iure*.

De la experiencia americana resulta, por tanto, la idea de que quizá también el mercado puede atribuir racional y eficientemente el espectro radioeléctrico, siempre que previamente se hayan delimitado con precisión auténticos derechos exclusivos y concretos sobre bandas de frecuencia y potencias de emisión (34).

Si la Administración considera las bandas de frecuencias como bienes públicos cuyo uso es objeto de una autorización, el mercado se revela capaz de transformar tal autorización en un bien disponible mediante contrato y comerciable mediante precio. Sólo el primer licenciatario del derecho de uso de una frecuencia obtiene la ventaja que de otra forma podría obtener el Estado.

III. LA TRADICIÓN PROPIA

En el caso de España, la primera referencia que puede rastrearse quizá sea la constitución, en 1905, de una Comisión de Estudio que habría de redactar un reglamento donde se precisará el régimen de lo que entonces se considera un nuevo modelo de telegrafía, denominada radioeléctrica o sin hilos.

El RD de 24 de enero de 1908 establece las bases de dicho servicio, cuya implantación había autorizado la Ley de 26 de octubre de 1907, auténtica norma «publicadora» de este medio de transmisión. Desde 1908, en efecto (y en parte debido a la ratificación por España del Convenio Radiotelegráfico Internacional de Berlín, de 3 de noviembre de 1906), comienza a disciplinarse no sólo el servicio, sino también el medio técnico, el recurso, estableciéndose que para el servicio de correspondencia pública general se establecerán tres

(34) También en el seno de la polémica sobre la última Ley de Telecomunicaciones de 1996 se han planteado distintas alternativas sobre el uso de espectro adicional. Vid. P. J. PEÑA, *Desregulación y competencia en la Ley de Telecomunicaciones norteamericana de 1996*, núm. 141 de esta REVISTA, sep.-dic. 1996, págs. 337 y ss., en concreto págs. 358 y ss., donde se cita la última bibliografía que ha insistido en la consideración teórica de los procedimientos de subasta, frente a la asignación gratuita de un canal adicional de 6 MHz a los poseedores de una licencia de televisión que operaban en el estándar convencional analógico NTCS de 525 líneas, realizada por la *Telecommunications Act* de 1996, con la finalidad de mejorar la provisión de estos servicios hacia fórmulas de «televisión avanzada» a la que debe destinarse la nueva porción del espectro asignada.

clases de estaciones en función de la longitud de onda asignada (35), además de otras normas que hoy en modo alguno calificaríamos de normas sobre uso de un recurso demanial sino de simple policía, si no fuera porque los artículos 1 y 2 del citado Real Decreto de 24 de enero de 1908 declaran incluidos entre los monopolios del Estado relativos al servicio de toda clase de comunicaciones eléctricas:

«el establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a la telegrafía herziana, etérica, radiotelegrafía y demás procedimientos similares ya inventados o *que pudieran inventarse en el futuro*».

Completando esta reserva (que admite, sin embargo, estaciones particulares autorizadas, en los puntos en que no se instalen oficialmente), el artículo 9 señala que, sea cual sea el objeto de la instalación, a salvo de autorización, la explotación de algún sistema radiotelegráfico es abusiva y clandestina, a cuyo efecto el artículo 13 del RD de 8 de febrero reitera que «*las estaciones clandestinas serán desmanteladas*».

Más allá de la radiotelegrafía, pronto surgieron otros empleos de la radioelectricidad, y muy singularmente la radiodifusión, siendo necesario, de nuevo, reiterar mediante RD de 27 de febrero de 1923 que «todas las instalaciones radioeléctricas son monopolio del Estado», aprobándose por RD de 14 de junio de 1924 el Reglamento para el establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas particulares.

No es lugar ahora de hacer la historia de la radiodifusión y telefonía móvil en España. Baste recordar que, ya con posterioridad a la Constitución, la normativa no necesitaba emplear el concepto de dominio público para mantener una adecuada gestión de la radioelectricidad sobre suelo español. Es significativo, por ejemplo, que el RD 2704/82, de 3 de septiembre, sobre condiciones para establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas, sólo se refiera (Exposición de Motivos) a que

«el espectro de frecuencias de las emisiones radioeléctricas es un bien natural de capacidad limitada, cuya necesidad de mejor utilización determina la conveniencia de establecer normas tendentes a evitar interferencias o perturbaciones de origen radioeléctrico a los diferentes servicios de radiocomunicaciones».

(35) Estaciones de primera clase, tres longitudes de onda: 300, 600 y 1.600 m. o superior; mientras las de segunda y tercera clase utilizarán dos longitudes de onda, 300 y 600 m.

Y esa simple justificación (la necesidad de ordenar el uso de un bien) permite al artículo 4.5 afirmar que la «*Administración puede exigir la modificación de las condiciones de funcionamiento de las estaciones, incluso los valores de las frecuencias radioeléctricas*», norma que, bien se ve, en conexión con la exigencia de previa asignación de frecuencia (36), hace imposible cualquier derecho exclusivo, cualquier apropiación privada de una radiofrecuencia, invocando el título de previo uso, «ocupación de espacio radioeléctrico», «posesión» del mismo o cualquier otro, incluida la alegación del *prior tempore*. Y, lo que es igualmente importante, implica también que el derecho a usar radiofrecuencias no es un derecho perfecto, pues exige la previa intervención administrativa: la elección, de entre todas las frecuencias abstractamente disponibles, en un lugar determinado y para un servicio concreto, *ya no pertenece a las facultades del particular, sino que exige un previo acto jurídico-público de asignación o determinación*.

Incluso vigente la LOT, y con cita expresa del artículo 7 de la misma, que, como se sabe, introduce el concepto dominio público radioeléctrico, la normativa de protección contra perturbaciones radioeléctricas e interferencias (RD 138/89, de 27 de enero, arts. 1 y 7) parece optar, quizá dado su objeto, por considerar que es el espectro radioeléctrico, sobre el que operan los servicios y redes de telecomunicación, el objeto a proteger, más que la integridad física del «dominio público radioeléctrico» (37).

El origen de esta noción, entre nosotros, hay que buscarlo en la jurisprudencia del TC, que, en fecha anterior a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, comenzó a manejar tal noción, apartándose con ello, por cierto, del Consejo Constitucional francés, que encontró el modo de eludir la cuestión («*sea cual sea la naturaleza jurídica del espectro radioeléctrico*») (38); incluso de la Corte Constitucional italiana, que se limita a invocar las características del «bien público».

En concreto, en una larga serie de SSTC de 1982 (12/82, de 31

(36) Debe recordarse que el Reglamento de Radiocomunicaciones anexo al convenio de la UIT ha incorporado el principio de «*nacionalidad de toda emisión*», estableciendo, por ejemplo, el Reglamento General de Radiocomunicaciones, anexo al Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Madrid (9 de diciembre de 1932), «*ninguna estación emisora podrá establecerse o explotarse por un particular o por una empresa cualquiera sin licencia especial expedida por el Gobierno del país de que dependa la estación*».

(37) Téngase presente que esta última norma se dirige a proteger el recurso, frente al riesgo de degradación del mismo, que sea resultado más de actividades o condiciones involuntarias, fruto de la simple producción de energía electromagnética de determinados equipos o instalaciones, que del empleo consciente y voluntario de una radiofrecuencia con fines de telecomunicación.

(38) Conseil Constitutionnel, Decisión 86-217, de 18 de septiembre.

de marzo; 74/82, de 7 de diciembre; 79/82, de 20 de diciembre) se habla de:

«el hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que debe ser calificado como de dominio público».

Este párrafo, reiterado en otras sentencias que utilizan ya la noción jurídico-positiva, y que fundamentará la declaración del artículo 7 de la LOT en su redacción de 1987 y de su anexo, según el cual dominio público radioeléctrico *es el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas*, ha sido sometido a crítica por distintos autores. Entre ellos, DE LA CUÉTARA y MOLINA DEL POZO llaman la atención sobre la no «apropiabilidad» del objeto y su consiguiente falta de adecuación al régimen demanial (39); GARCÍA DE ENTERRÍA (40) señala que este concepto es bastante discutible, añadiendo que «*dicho espacio será más bien una "res communis omnium" que una cosa pública... lo que quiere indicar la Sentencia (se refiere a la STC de 31 de marzo de 1982), claramente, es que se trata de un bien afecto a todos y necesitado de una regulación pública para hacer compatible ese uso común de modo que unos no excluyan a otros*». Por su parte, GONZÁLEZ NAVARRO (41) discute igual concepto, llamando la atención sobre el hecho de que el espacio aéreo es objeto de múltiples regulaciones con finalidades diferentes. Finalmente, para ARIÑO (42) la cuestión no está en calificar el espacio libre en sí mismo, sino que «*el objeto de la calificación tiene que ser la energía electromagnética—un bien mueble— y dentro de él la calificación se centra en dos de sus características: la potencia y la frecuencia*».

Por el contrario, CHINCHILLA (43) ha localizado el objeto demanializado en *la energía electromagnética* (que sin embargo es un simple medio en la transmisión radioeléctrica) y parece mostrarse a favor de la calificación legal, indicando que el Legislador de la LOT cumple perfectamente el requisito de la declaración demanial, y ade-

(39) Vid. *Derecho de las telecomunicaciones. La Comunidad de Madrid ante los ordenamientos europeo y español de las telecomunicaciones. Límites y posibilidades*, Madrid, 1991, citado por VILLAR ROJAS, *op. cit.*, pág. 275.

(40) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 125, por nota.

(41) J. GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982

(42) Vid. G. ARIÑO, *El proyecto de ley sobre televisión privada*, IEE, Madrid, 1987, págs. 108 y 109.

(43) C. CHINCHILLA, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, cit., págs. 113 y 119.

más, señala, el título de intervención sólo puede ser el demanial, ante la dificultad que comporta localizarlo únicamente en la técnica de policía, que implicaría un derecho preexistente al uso.

La declaración legal, con todos los problemas que comporta, no es extraña en el derecho comparado, como ya se ha advertido, y debe recordarse aquí cómo una expresión similar del derecho francés, más precisa, ha dado lugar a una controversia cuyos datos esenciales podían verse ya en la «RFDA» a la altura de 1989 (44).

Por lo demás, a tal conceptualización acudiría el TC para justificar colateralmente la ordenación de la Televisión por Ondas como servicio público, a ella recurrirá inicialmente el Legislador para mantener tal calificación en la ordenación de la televisión por satélite (45), y a ella finalmente acudiría la doctrina, con naturalidad, para justificar aquella jurisprudencia constitucional en alguna de sus vertientes más discutibles (46).

No obstante, parece posible explicar lo que parte de la doctrina trata de explicar con base en la demanialidad del bien (la ausencia de un derecho perfecto a emitir, a usar la radioelectricidad como medio de difusión, al amparo del art. 20 CE) y el papel funcionalmente «concesorio» del acto de otorgamiento de una frecuencia (que, evidentemente, es algo más que la mera autorización de policía) sin acudir a tal noción de demanial, de la que resultan problemas fundamentales que apuntan a una conclusión alternativa: bien el concepto tradicional de dominio público está comenzando una fase de desmaterialización, similar a la seguida por la propiedad, a fin de servir de matriz institucional para la gestión no ya de bienes, sino de derechos de uso de recursos, es decir, de mecanismo jurídico para la extracción de utilidades económicas de aspectos de cualquier realidad, física o puramente intelectual, o bien, como nos inclinamos a pensar,

(44) Véase en el núm. 2 de la «RFDA» de 1989, págs. 251 y ss., una controversia entre TRUCHET y DELCROS precisamente sobre el tema *¿A quién pertenecen las ondas?*, comentando el artículo 10 de la Ley de 17 de enero de 1989, que proclamó la demanialidad herziana.

(45) Vid. artículo 8 de la LOT en su redacción original. Ha llamado la atención sobre este hecho F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 275.

(46) Vid., por ejemplo, la explicación que ofrece C. GAY FUENTES, *La televisión por cable*, «REDA», 79, págs. 434 y ss., con cita de CHINCHILLA, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, cit., respecto a la calificación de la televisión local por ondas como servicio público, donde para justificar la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de creación de medios de difusión se habla de que «las decisiones constitucionales pueden ser explicadas en base a la existencia de dos actos administrativos que habilitan la gestión del servicio público, como consecuencia de lo cual se deriva que desapareciendo la concesión del servicio permanece aún la concesión de dominio».

Debe llamarse la atención aquí que los proyectos para liberalizar las Televisiones Locales por ondas herzianas, además de prescindir de la consideración de servicio público, se pretenden ordenar en base a simple autorización, sin más limitaciones que las que resulten de la disponibilidad en cada localidad del espectro radioeléctrico.

pese a ser una categoría asentada en nuestro derecho, el dominio público radioeléctrico no tiene por objeto el que literalmente le asigna la Ley (el aire, el espacio físico), sino que responde a la reserva, ex artículo 128 CE, de un recurso, *sin que ello comporte la demanialización* de ningún bien, que sigue existiendo sin titularidad perfecta, como *res communis omnium*.

Bajo la expresión de dominio público radioeléctrico se regulan sólo los *derechos de uso de una res communis omnium* cuya apropiación a título exclusivamente privado impide la reserva. Naturalmente, en nuestra tesis, ello implica la posibilidad de *reservas de recursos ex artículo 128 CE que no comporten la demanialización del bien*, o si se quiere, reservas sin titularidad, cuyo fundamento argumentaremos más tarde.

IV. EL OBJETO DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

1. *Ausencia de especificación formal*

Es habitual que, cumpliendo el mandato del artículo 132 CE, las leyes que se ocupan de sectores demaniales especifiquen con claridad el objeto demanializado, puesto que de ello depende la aplicación jurídica ordinaria de este régimen a bienes concretos. Sirvan como ejemplo el artículo 2 de la Ley de Aguas para el dominio público hidráulico, el artículo 3 de la Ley de Costas para el dominio público marítimo-terrestre, el artículo 53 de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante para el dominio público portuario del Estado.

Sin embargo, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, dando por supuesta una anterior categoría jurisprudencial, como VILLAR ROJAS ha destacado (47), sólo señala que *corresponde al Estado la gestión del dominio público radioeléctrico*. Parece, pues, aceptarse sin más una calificación jurisprudencial previa, sin declaración legal, como exige el artículo 132 CE. Contra esta interpretación se sitúa CHINCHILLA (48), para quien ningún problema presenta la LOT desde este punto de vista. No obstante, este texto legislativo sólo en el anexo define el dominio público radioeléctrico como el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas, admitiendo en su texto (DA 10.^ª) que también es una extensión de dicho dominio el espacio por el que se propagan las ondas electromagnéticas de frecuencia superiores a 3.000 GHz, que por convención no se conside-

(47) F. J. VILLAR ROJAS, *Privatización...*, op. cit., pág. 275.

(48) *La televisión como...*, cit.

ran ondas radioeléctricas. Con tal forma de especificar el objeto, dadas las propiedades físicas de alguna forma de energía electromagnética a la que se aplica también el régimen de las radiofrecuencias, *se termina por demanializar el vacío*, puesto que también por él, más allá del espacio aéreo-atmosférico, pueden propagarse fenómenos físicos de naturaleza similar a la descrita por la Ley (49).

2. *La cuestión de la soberanía*

El segundo problema que presenta el objeto demanializado es, precisamente, el que esta Disposición Adicional 10.^a pone de manifiesto. Mientras las leyes de otros sectores demaniales operan sobre un dato previo que, por evidente, puede omitirse (los bienes que, reuniendo las características legalmente indicadas, estén *sujetos a soberanía española* quedan sujetos a régimen demanial), tratándose del dominio público radioeléctrico, esa obviedad no es tal, y, al omitir tal referencia, el Legislador altera inadvertidamente el objeto demanializado. Cabe entonces literalmente preguntarse —y por ello en términos absurdos— si el espacio por el que se propagan tales ondas es dominio público porque lo diga el Legislador español, no importa dónde esté o hasta dónde alcance tal espacio. No importa desde dónde se emita, o la sujeción del emisor a una u otra soberanía.

No sirve ahora (y ésta es la idea que queremos especialmente resaltar) entender que implícitamente dicho espacio es el sujeto a soberanía española, es decir, el que se encuentra sobre el territorio sujeto a aquella soberanía, *por dos órdenes de razones*. En primer lugar, el espacio sujeto a soberanía española no se determina en altura. La Ley de la Navegación Aérea sólo dice, artículo 1.º, que el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a soberanía del Estado español, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944. Pero las ondas radioeléctricas pueden escapar de él y ¿hasta qué «altura» llega la soberanía? Y, además, ya se ha indicado que el Legislador literalmente demanializa el vacío estratosférico, siendo así que por tratados internacionales ratificados por España,

(49) Tomemos como ejemplo la Ley belga de 30 de julio de 1979 relativa a la radiocomunicación. El artículo 1 de la misma define la radiocomunicación como la transmisión por medio de radiondas, para señalar que constituyen éstas una serie de fenómenos que enumera, siempre que la frecuencia de la oscilación sea inferior a 3.000 GHz. Pero añade también «la transferencia de energía electromagnética por inducción en el espacio». Si tal espacio puede ser extraatmosférico, nuestro legislador ha demanializado el *vacío* porque también a través de él pueden «propagarse» fenómenos idénticos a lo que se consideran radioondas.

el vacío estratosférico y la explotación del espacio ultraatmosférico no está sujeto a soberanía. Téngase presente que el Tratado sobre los Principios que deben regir la actividad de los Estados en la Explotación y Utilización del Espacio Ultraterrestre (50) establece que «*el espacio ultraterrestre no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, ocupación, uso ni de ninguna otra manera...*».

Pero, en segundo lugar, y más importante quizá, es que incluso sobre el espacio aéreo sujeto indudablemente a soberanía, aquel en que ordinariamente el Estado ejerce sus potestades, tampoco cabe invocar la soberanía para oponerse, interferir o impedir el tránsito de las señales u ondas radioeléctricas ajenas. A ello se oponen los convenios firmados por el Estado, sustancialmente los de la UIT, de los cuales, según la posición mayoritaria, resultaría que el acto de interferencia sería ilegal. Así se ha declarado para Francia por los tribunales (ordinario: vía de hecho) de aquel país en el asunto Radio Andorra (Corte de Apellation de París, 24 de mayo 1949) (51). Y así resulta, además, de los artículos 47 de la Conferencia de Ginebra (1959), 44 de la Conferencia de Atlantic City (1947), que crea la UIT, y 45 de la Conferencia de Buenos Aires (1952), que prohíben a los Estados *causar interferencias perjudiciales a las comunicaciones o servicios radioeléctricos de otros Estados miembros, a las explotaciones privadas reconocidas y otras explotaciones autorizadas* (52).

En el conjunto normativo español que forman el artículo 7 de la LOT y su anexo falta una referencia clara, presente en textos comparados (singularmente la citada ley francesa, donde se especifica «la utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas *disponibles sobre el territorio de la República*»), referencia que permite reconducir, con cierta facilidad, el objeto demanializado a su justo sentido.

Ese algo más es también contemplado lateralmente por el legislador español. El artículo 8 LOT en su redacción inicial especificaba que la utilización del dominio público radioeléctrico a partir de satélites de comunicación en el ámbito de la soberanía española quedaba

(50) Hecho en Londres, Moscú y Washington el 27 de enero de 1967 y ratificado por España el 24 de noviembre de 1968 («BOE» de 4 de febrero de 1969). Citamos a continuación su artículo 2.

(51) Vid. Ch. DEBBASCH, *Traité du droit de la radiodiffusion. Radio et télévision*, 1.^a ed., LGDJ, París, 1967, pág. 554.

(52) Vid. R. GOY, «La repartition des frequences...», cit., pág. 570. Ch. LAVIALLE, *La condition juridique de l'espace aerien*, «RFDA», 1986, pág. 857: «El Estado francés no puede interferir las emisiones extranjeras y oponerse así a la utilización radioeléctrica de su espacio aéreo, pues ello chocaría con la ordenación internacional que prohíbe interferencias perjudiciales...»

reservada al Estado (después, la Ley del Satélite, 37/95, derogará esta reserva y la referencia a la soberanía). Tal referencia es el elemento que falta en la noción legal porque, en efecto, el objeto demanializado no es el espacio por el que se propagan las ondas radioeléctricas, elemento neutro que puede resultar ajeno a la soberanía española, sino, en todo caso, la *emisión o utilización de ese espacio desde territorio o desde el ámbito de soberanía española*.

3. *El objeto material demanializado*

Como antes se ha apuntado, para CHINCHILLA el objeto demanial sería la energía electromagnética; para ARIÑO, las ondas herzianas, con sus frecuencias y potencias (bienes muebles). Pero no falta quien rechaza la calificación demanial del *espacio aéreo* que parece inferirse de la LOT, señalando que tal entidad es objeto de múltiples usos, con distinto régimen, sin que las potestades públicas de intervención se expliquen con fundamento en la demanialidad (GONZÁLEZ NAVARRRO) o bien negando viabilidad a la expresión legal, entonces jurisprudencial, pues se trataría en todo caso de una *res communis* de uso reglamentado (GARCÍA DE ENTERRÍA).

De la fórmula legal es fácil concluir que el objeto no es una realidad física o una entidad de razón, sino una *actividad humana*. Primeramente hay que pensar que no es, no puede ser objeto demanial el espacio en cuanto contenido, sino en cuanto continente, equivalente a mera *distancia*. La noción de radiación electromagnética implica la idea de espacio ocupado por la radiación, y es de esta noción de espacio, de un concepto de la física, de la que se habla jurídicamente, a veces, como espacio radioeléctrico (53).

Por más que se intente encontrar ese bien (salvo que se considere, como CHINCHILLA, que es la energía electromagnética), lo cierto es que resulta difícil conceptuarlo jurídicamente aprehensible como tal, sin recurrir a socorridas analogías o ficciones. Y ello porque de lo que en el fondo se trata es de utilizar leyes de la naturaleza, *propiedades de la energía electromagnética*, y no parece haber más intervención humana que la de *emisión*.

Si no hay emisión, no hay bien alguno que demanializar. El, legalmente, llamado dominio público radioeléctrico *sólo existe si se crea*, si se usan aquellas propiedades de la radiación electromagnéti-

(53) La distinción entre espacio aéreo y espacio herziano se encuentra en R. DRAGO, «Nature juridique de l'espace herzien», en *Mélanges de Juglart*, LGLJ, Monchestien, 1986. En igual sentido, J. MÜNCH, *Aspects juridiques de la radiodiffusions par satellites*, Frankfurt, 1975, citado por DELCROS, *Les ondes...*, cit.

ca. El objeto demanializado debería ser, por tanto, la extracción de la utilidad de aquellas leyes naturales, que es lo que requiere habilidad humana encaminada a satisfacer una necesidad, y por tanto genera un «bien». Pero como falta, en la noción legal, la idea de «soberanía», que, con toda evidencia, vincularía esa regulación a un ordenamiento y un territorio concreto, la confusión es total. El resultado es que se ha cosificado una actividad, actividad que requiere, lógicamente, un ordenamiento concreto de referencia: la referencia al territorio del Estado sobre el que se realiza.

4. *Intento de reconstrucción conceptual del objeto demanializado en el artículo 7 de la LOT. Nuevos títulos para tiempos nuevos*

Sin perjuicio de la noción legal del dominio público radioeléctrico que resulta del Anexo de la LOT, es lo cierto que el espacio, en cuanto tal, sigue siendo objeto de múltiples usos, sujetos a regímenes diversos. Si la cuestión es cuál es el régimen de la utilización del mismo a efectos de empleo de la radioelectricidad, ello no empece que siga considerándose, inicialmente al menos, tal espacio como *res communis omnium*, según la opinión mejor fundada de GARCÍA DE ENTERRÍA (54). Lo que se ha demanializado, una vez que se toma en consideración el elemento de la soberanía, y la no imbricación de la misma en la noción legal de espacio radioeléctrico, es una actividad realizada desde territorio español o sobre el mismo. Son los derechos de uso, de empleo de medios radioeléctricos desde o sobre territorio de esa soberanía, los que pueden ser contemplados por la LOT.

Así parece desprenderse, además, de alguna jurisprudencia del TC (278/93) que parece trasladar la demanialidad al uso (o mejor a los derechos de uso) de las bandas de frecuencias de ondas radioeléctricas válidamente disponibles, en términos de derecho internacional, sobre territorio español. En términos equivalentes, el artículo 5.4 del Reglamento del Dominio Público Radioeléctrico (RD 844/89) habla, con total propiedad, del *régimen de utilización de las ondas radioeléctricas*.

Vistas así las cosas, la pregunta es si puede ser objeto hábil de dominio público algo que constituye una actividad más que un bien. Y la respuesta, ya desde este análisis del objeto, debe ser que existe

(54) *La ejecución autonómica...*, loc. cit.; ARIÑO, *Informe sobre el proyecto de ley...*, cit., pág. 106, cita en este mismo sentido a L. LIAÑO, *La televisión: conceptos esenciales*, Tesina de Licenciatura, Madrid, 1983.

otra construcción posible: la reserva al Estado, sin demanialización y sin atribución de titularidad alguna, de la potestad para conferir derechos exclusivos de uso sobre esa *res communis omnium*, reserva ex artículo 128 CE, que no implica titularidad ni demanialidad alguna, puesto que tal reserva afecta a la legitimación del sujeto privado: sin la previa intervención estatal no hay más que derecho a un uso (autorizado) no excluyente.

Quizá sea necesaria una explicación más completa de estas ideas, que debe comenzar por examinar la funcionalidad de la declaración demanial del artículo 7 LOT. La Exposición de Motivos de la Ley señala que «*como principio general, la Ley configura a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, definiendo el dominio público radioeléctrico y ordenando su uso*». Fácilmente se aprecia (y a esta lógica respondía el art. 2 de la Ley, con expresa invocación del art. 128.2 CE) que, para el Legislador, todas las telecomunicaciones, a la altura de 1987, se veían cubiertas, como principio, por aquella reserva, ex artículo 128.2 CE, con la consecuencia de calificar a los servicios, servicios esenciales reservados, y a los «recursos» (la radioelectricidad o el espectro radioeléctrico disponible) como... *dominio público*. El entendimiento del artículo 128.2 de la CE en el sentido de que la reserva de recursos obliga a su demanialización es lo que, en la economía de la Ley, explica tan llamativo «hallazgo» como es el dominio público radioeléctrico.

Sin embargo, este lazo invisible entre reserva y demanialización de un bien o recurso no parece que sea, en todo caso, inexcusable. Baste recordar, como recientemente lo ha hecho BARCELONA LLOP (55), que el TC ha admitido (STC 227/88) que *reserva de recursos y demanialización no son equivalentes, cabe reserva sin incorporación al demanio y, viceversa, dominio público sin reserva de uso del bien demanial*. El derecho positivo nos ofrece un ejemplo de ello: el artículo 3 de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas, ley que, tras demanializar parte del ciclo hidrológico, señala: *La fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo podrá ser modificada artificialmente (desde o sobre territorio español, habríamos de completar) por la Administración del Estado o aquellos a quienes autorice*. Es evidente que no hay aquí demanialización alguna, pues esta fase del ciclo hidrológico no se encuentra aludida en el artículo 2 de la Ley, que define lo que constituye el dominio público del Estado. Pero existe una reserva que excluye derechos de

(55) J. BARCELONA LLOP, *La utilización del dominio público por la Administración: Las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 154. En páginas anteriores se contiene un completo examen bibliográfico sobre las posiciones doctrinales en torno a las reservas de recursos y demanialidad.

uso de la fase atmosférica del ciclo hidrológico, salvo autorización expresa por la Administración del Estado. Tampoco hay titularidad alguna, pues no hay ni bien demanial ni bien apropiable. La fase atmosférica del ciclo hidrológico sigue siendo una perfecta *res communis omnium*, cuya «utilización», sin embargo, el Estado interviene no con técnicas de simple policía, sino con técnicas que atribuyen legitimación («capacidad jurídica», podríamos decir) a los particulares para conseguir un uso excluyente frente a otros.

Esta construcción, en términos dogmáticos, cuenta con argumentos doctrinales de peso. Recordemos, en primer lugar, cómo GRECO y GHERLARDUCCI han llamado la atención sobre el hecho de que la escasez de los recursos sujeta cada vez más a las *res communis* a un régimen de uso y gestión pública que anticipa un nuevo diseño del orden jurídico de los bienes, mientras el elemento tecnológico en el disfrute de tales cosas comunes *hace inoportuno insistir en una idea monolítica de la titularidad pública articulada en torno a los bienes demaniales y patrimoniales* (56). Por su parte, GIANNINI (57), justamente ejemplificando con la radiodifusión, señala que el proceso de rarefacción de las cosas comunes ha hecho precisa la intervención estatal para tutelar la disponibilidad útil colectiva, estableciendo «canales», esto es, *derechos exclusivos de uso*, a fin de evitar interferencias.

Por eso, continúa argumentando GIANNINI, si en la propiedad colectiva libre no hay disciplina alguna de situaciones subjetivas ni, por tanto, del poder de disposición, con relación a las *res communis* en las que ya se ha producido un fenómeno de escasez de su utilidad, ya no bastan normas de policía, sino que, en la medida en que aquella utilidad requiere limitar o excluir, de modo permanente, el uso por otro sujeto, *tales recursos serán objeto de una concesión de exclusiva, que no será tanto una concesión demanial cuanto una autorización de actividad*, que limita la actividad de los demás sujetos, en la medida en que a éstos se les prohíbe la actividad autorizada (58).

Dando por supuesto que en el empleo de la radioelectricidad se utilicen bienes (recursos) en sentido jurídico (59), si GIANNINI explica el fenómeno desde la consideración del título que permite utilizar la

(56) N. GRECO y F. GHERLARDUCCI, *I Beni pubblici in Italia. Profili funzionali e problemi di gestione*, Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 12 y ss.

(57) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, págs. 32 y ss.

(58) *Ibidem*, pág. 39. Del mismo autor, a propósito de estos temas, vid. la voz «Radio-comunicazione», en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X.

(59) Parece negarlo B. BIONDI, *Los Bienes*, traduc. de la 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1961. Como se sabe, la obra es el volumen IV, tomo I, del *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por Filippo VASSALI. Para BIONDI (págs. 73-74), la energía que da lugar a la radiodifusión no constituye bien, pues no se trata sino de la energía como medio, no de la energía en sí, si bien «esto no impide que la radiocomunicación y radiodifusión sean disciplinadas por un gran complejo legislativo».

radioelectricidad excluyendo a otros, sin negar el carácter de *res communis* de ese recurso (60), CASSESE (61) ha perfilado, en el marco constitucional italiano, tan próximo al nuestro en este punto, el régimen institucional que se perfila para la extracción de las utilidades de las *res communis* que puedan considerarse recursos, cuando el proceso de rarificación de su empleo hace necesario construir derechos exclusivos a fin de preservar aquella utilidad.

Se comienza por ello afirmando que el artículo 43 de la Constitución italiana no excluye «la hipótesis en que intervenga reserva en orden a ciertos bienes sin que los poderes públicos asuman la propiedad de tales bienes. Existe o puede existir una reserva a la cual no acompañe la asunción de titularidad: el caso más visible es aquel de las “*res communis*”» (62). Continúa CASSESE señalando, desde esta premisa, que en esta reserva sin demanialidad, sin propiedad pública o privada, existen sólo formas de uso no consecuentes a la pertenencia del bien, uso derivado, no de alguna facultad inserta en un título jurídico-real. El bien permanece sin propietario, y la exclusividad del uso no resulta del empleo de la titularidad para excluir a los demás (63).

¿Cómo puede, pues, operar esa reserva a fin de otorgar derechos de uso si no hay titularidad demanial? La respuesta que ofrece el mismo CASSESE es admisible también en el marco español: a falta de exclusividad resultante de la titularidad, opera y permanece en pie la exclusión resultante de la reserva misma, que hace *legalmente imposible que nadie pueda excluir a otros si no es en virtud de título específico estatal*, conectando así con las ideas de GIANNINI sobre el alcance del título (65). Por eso, la reserva de recursos (o utilidades derivadas

(60) GIANNINI, *I Beni...*, cit. Se trata de una «reserva de actividad», no de una concepción de uso de un bien público.

(61) S. CASSESE, *I Beni pubblici*, Giuffrè, Milano, 1969, págs. 156 y ss.

(62) S. CASSESE, *I Beni pubblici*, cit., pág. 201. Previamente (pág. 156) el autor afirma que «en algunos campos la disciplina de la actividad que se desarrolla por medio de los bienes, ha devenido prevalente frente a la disciplina de los bienes y la propiedad». Este es, creemos, uno de esos casos.

(63) Con cita de DE VALLES, *Demanialità e diritti reale*, «Riv. Dir. Pub.», 1913, fasc. I-II, págs. 6, 8, 16, para quien «el carácter distintivo de las cosas comunes a todos es el hecho de ser sólo física y naturalmente inapropiables, a diferencia de la susceptibilidad de las cosas públicas que lo son por derecho. Las cosas comunes son insusceptibles de cualquier impronta permanente del obrar humano que es la causa económica de la propiedad».

(64) CASSESE, cit., págs. 203 y 204.

(65) Vid. CASSESE, cit., pág. 206. Añade el autor que, normalmente, con relación a las cosas comunes «puras», superabundantes en cantidad y en condiciones de utilidad, los bienes existen en tal abundancia que no hay interés alguno en la apropiación a título individual. Pero cuando el proceso de rarificación se acentúa, a esta abundancia cuantitativa puede oponerse una limitación cualitativa, de utilidad. La intervención estatal, entonces, probablemente no confiera, pese a los títulos públicos, posesión alguna, ni sean procedentes las acciones posesorias para tutelar los derechos de exclusión que resulten de aquella intervención pública.

de una *res communis*) opera privando de *legitimidad* (de capacidad) para constituir, con la sola actividad del sujeto privado, un título jurídico que deba ser tutelado mediante la exclusión de particulares concurrentes.

La aplicación de estas ideas a nuestro objeto parece necesaria. En primer lugar, los derechos de uso sobre las radiofrecuencias y la radioelectricidad pertenecen a las *res communis*. En ocasiones se enfatiza este aspecto señalando que «las frecuencias pertenecen a la Humanidad, no a los Estados» (66), pero, al margen de lo poético de la expresión (pues los Tratados Internacionales, singularmente los de la UIT, parten siempre del reconocimiento de la plena soberanía estatal para regular sus telecomunicaciones) (67), aquel objeto (la energía electromagnética configurada por el actuar humano) parece reunir las características de una perfecta *res communis*. Por una parte, se da la abundancia cuantitativa del bien, de manera que la emisión por un sujeto en modo alguno impide o excluye la de otro, pues técnicamente es imposible «apropiarse» de una frecuencia, desplazar físicamente a otra emisión (68). Pero, al mismo tiempo, se da la limitación cualitativa de que habla GIANNINI (69), por cuanto la extracción de la utilidad de aquel recurso requiere impedir, en ocasiones, que al receptor puedan llegar señales de igual frecuencia. Lo que se presenta, sí, como escaso es la utilidad del medio, por cuanto ésta radica, en ocasiones, en la «exclusión», la exclusividad relativa, es decir, en que *el resto de sujetos no utilicen el recurso al mismo tiempo y del mismo modo* (potencia, frecuencia, directividad de las antenas...) a como lo realiza otro sujeto.

Lo que resulta, por tanto, escaso, dada la multiplicación de aplicaciones y servicios radioeléctricos, es esa *posibilidad de excluir otros usos*, y esa finalidad es la perseguida por el Estado, reservándose el otorgamiento de *autorizaciones de exclusiva de actividad* más que concesiones demaniales. Sin la intervención estatal, a consecuencia de tal reserva, aquella exclusividad no existe, privando la reserva en favor del Estado (insistimos, sin titularidad y sin demanialidad pues

(66) Vid. J. M. DESANTE GUANTER, «El ordenamiento jurídico informativo en España», en *Informe sobre la información: España, 1990*, «Situación», núm. 1, 1990, Servicio de Estudios del BBV, Bilbao, pág. 17.

(67) Vid., por ejemplo, el Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 6 de noviembre de 1982, hecho en Nairobi, ratificado por España por Instrumento de fecha 20 de noviembre de 1985, que reconoce en el núm. 1 de su Primera parte «el derecho soberano, en toda su plenitud, de cada país a reglamentar sus telecomunicaciones».

(68) Señala, además, DELCROS («RFDA», 2, 1989, págs. 251 y ss.) que una misma frecuencia puede ser usada por otro emisor, en la misma ciudad, sin interferir, si se utilizan adecuadamente, y en función de la disposición del terreno y emplazamientos de los emisores, las potencias de emisión, los tiempos de la misma o/y la directividad de las antenas.

(69) *I Beni...*, cit., pág. 37.

el bien continúa siendo *res communis omnium*) de legitimación al particular para *construir cualquier título jurídico sobre el uso, tanto frente al Estado mismo como frente a otros sujetos, fundado únicamente en el derecho privado.*

Bajo la expresión dominio público radioeléctrico se regulan, por tanto, sólo derechos de uso de una *res communis*, derechos que también pueden ser vistos como una reserva que opera por simple pérdida de legitimación del particular para acceder al uso excluyente de terceros del recurso en cuestión.

V. LA AFECTACIÓN Y LA EXTRACOMERCIABILIDAD: CRÍTICA

1. Una afectación de gestión cuya finalidad es construir derechos de exclusión

Es sabido que para el TC (STC 227/88, sobre la Ley de Aguas) «*la incorporación de un bien al demanio supone no tanto una forma de apropiación sino una técnica dirigida a excluir el bien afectado del tráfico jurídico ordinario. El bien de dominio público es así, ante todo, "res extracomercium", su afectación, que tiene esa eficacia, puede perseguir distintas finalidades típicas y, entre ellas, se incluye la prestación de un servicio público o... garantizar la gestión y utilización controlada de un recurso esencial.*»

De todas estas finalidades, el llamado dominio público radioeléctrico responde primariamente a alguna de estas dos que hemos destacado, singularmente a esta última. Se trata, por tanto, de un dominio público con finalidades de gestión ordenada del espectro de frecuencias radioeléctricas, mediante la asignación de usos, frecuencias y potencias a los distintos emisores. Esta finalidad es la que explica la demanialización del bien que realiza el artículo 7 LOT: *Corresponde al Estado la gestión con sus facultades de administración y control del dominio público radioeléctrico.* Iguales términos en el Reglamento de Desarrollo de la Ley en este punto (RD 844/89, art. 4: *gestión del dominio público radioeléctrico, su administración y control*). Pero debe resaltarse cómo ni siquiera el artículo 7 de la LOT se atreve a formular este dominio público en términos de *titularidad*, porque no la hay, quizá no pueda ni deba haberla (recuérdese lo afirmado antes: se trata de una *res communis omnium*, sobre la que opera una reserva, sin atribución de titularidad).

Ahora bien, el hecho de que no se crea necesario formular la titularidad parece revelar una intención de reservar la atribución de derechos de uso, *sin preocuparse de la titularidad*, porque se considera

que no hay apropiación posible por los particulares. La declaración de dominio público, sin embargo, sitúa el objeto *extracomercium*, y por tanto supone una exclusión del derecho de propiedad sobre las frecuencias, pero también una exclusión del derecho a usar de forma absolutamente libre, y en todo caso sólo sujeto a autoridad de policía, las radiofrecuencias, al menos cuando se pretenda impedir a otro, en un territorio determinado, el uso de la misma.

De ahí que el TC haya declarado (STC 106/86, FJ 3) *que no existe un derecho a la asignación y utilización de frecuencias libres*. Pero tal consecuencia de la afectación al dominio público puede igualmente explicarse, y ya se ha hecho antes, como resultado de una reserva sin demanialidad, que daría lugar a una pérdida de legitimación del particular para excluir, con los modos de derecho privado, un uso concurrente. Cuando se opta por esta segunda visión, la situación del sujeto particular es sustancialmente diferente, sin que pueda afirmarse, sin más, como hace el TC (a consecuencia de la demanialidad), que no existe un derecho a utilizar frecuencias libres. En efecto, la afectación legal se traduce en un régimen de potestades (art. 7.4 LOT) sobre los usos, potestades que comprenden, además de la planificación de las frecuencias, la asignación de las mismas, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, la identificación, localización y la eliminación de interferencias perjudiciales. La intervención estatal, internacionalmente exigida, para asignar frecuencias, cuando se parte de que no existe titularidad estatal demanial, toma un matiz bien diferente de la concesión demanial y se acerca a la autorización conformadora, según ha expuesto certeramente ARIÑO.

Todo el conjunto de potestades antes aludidas, puesto que se parte de la plantilla institucional del dominio público, se asienta en una clasificación de los usos en función de la interferencia que produce la emisión según una gradación de derechos de uso que el Reglamento y el CNAF (70) distinguen entre *uso común* (obligación de soportar interferencias de otros usuarios), *especial* (reconocimiento de la posibilidad de causar interferencias a otros usuarios no excluyentes, art. 19, párrafo segundo) o *privativo*, si comporta el derecho a oponerse a emisiones interferentes. Así, en el RD 2255/94, de 25 de noviembre (regulador de un servicio de telecomunicaciones que utiliza el espectro radioeléctrico, el servicio de telemando, telemedida, telealarma y teleseñalización), en la medida en que se utilizan fre-

(70) El vigente Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias se encuentra comprendido en el Anexo a la Orden Ministerial (Fomento) de 29 de julio de 1996 («BOE» núm. 192, de 9 de agosto de 1996).

cuencias de uso común, señala —apartado 4 de su Anexo 4—: *La utilización de frecuencias reservada en este anexo no está amparada ante posibles interferencias... los usuarios deben aceptar las interferencias resultantes*, considerando, a continuación, de uso común o uso privativo (por su posibilidad de interferir) el uso de las frecuencias que se reservan a estos servicios o, en ocasiones, considerando una emisión como de uso privativo si sobrepasa determinada potencia y de uso común si no alcanza la misma (71).

Tal hecho determina que la finalidad primordial de la declaración del dominio público radioeléctrico, además de la planificación de las frecuencias, sea disciplinar y otorgar derechos de uso, construyendo facultades de exclusión de terceros, dado que el derecho privado (la apropiación u ocupación) se muestra incapaz de hacerlo ante la difícil tutela judicial de algo que en nuestro derecho difícilmente se ha considerado «apropiable».

2. *Una extracomerciabilidad inútil en nuestro derecho*

En efecto, que nosotros sepamos, nunca se ha contemplado, en nuestro derecho, la posibilidad de que un sujeto privado, con su sola actividad de emisión continuada en una frecuencia o banda de frecuencias determinadas, adquiera, sin intervención pública previa, cualquier clase de derecho, frente al Estado o frente a otros particulares (72).

Ello es fruto, además de las consideraciones ya realizadas sobre el objeto, del total monopolio estatal de todo empleo de la radioelectricidad, que se remonta, cuanto menos, a la Ley de 26 de octubre de 1907 y su Reglamento de 24 de enero de 1908, que reservan al Estado, recuérdese, toda clase de comunicaciones eléctricas «*ya inventadas o que puedan inventarse*». Con esta formulación pro futuro se ha hecho imposible un caso similar a los examinados en el derecho comparado, hasta el punto de que la LOT se ve obligada a derogar expresamente aquella Ley. En nuestra historia, por tanto, las radio-

(71) La calificación del uso como común, especial o privativo determina igualmente la caracterización del acto de reconocimiento u otorgamiento del derecho a emitir. Si se califica de uso común, ningún requisito especial es exigible (salvo la conformidad radioeléctrica de los aparatos); si uso especial, se requiere «autorización»; si uso privativo, se exige concesión. Adelantemos ya que esta última conlleva exclusión de terceros, es decir, prohibición de emisiones interferentes.

(72) Dado el carácter suprasoberano del medio empleado (la propagación de la energía radioeléctrica) y la imposibilidad de limitar al límite de los territorios estatales la propagación, el Reglamento General de Radiocomunicaciones establece que «ninguna estación emisora podrá establecerse o explotarse por un particular o por una empresa cualquiera sin licencia especial expedida por el Gobierno del país de que dependa la estación».

frecuencias se han considerado *extracomercium* desde siempre, quizá por tratarse de una *res communis* cuyo empleo se reservaba el Estado. La imprescriptibilidad del *dominio público radioeléctrico carece de sentido, y significa hoy lo que siempre ha significado*, incluso antes de la declaración legal: que en ausencia de acto del poder público nadie tiene derecho a excluir a otro de la utilización de una emisión radioeléctrica. Ni frente al poder ni frente a terceros, el objeto del dominio público radioeléctrico se ha considerado susceptible de posesión y prescripción.

Algo semejante puede decirse respecto de la inalienabilidad e inembargabilidad. El Estado ha encontrado la fórmula de mantener intactas sus potestades de gestión, administración, asignación e inspección de frecuencias sin acudir a la fórmula demanial hasta 1987. Ello muestra que tales notas, propias del régimen demanial, no son necesarias para aquella finalidad de gestión de una *res communis*. Por ello, no debe discutirse la titularidad, sino el contenido de aquellas potestades públicas requeridas por Tratados Internacionales.

Especialmente no son necesarias las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad cuando, en el marco constitucional, el Legislador disponía de otro título de intervención más apropiado para ese objeto: la reserva de recursos *ex* artículo 128.2 CE, que, sin alterar para nada la titularidad, permitiría impedir toda pretensión de apropiación. Y, de hecho, *ésa parece haber sido la opción del Legislador*, pese a utilizar nominalmente un viejo título de potestades que, recayendo sobre un objeto poco apto, termina mostrándose como un título sin cuerpo (73).

Si, además, se toma en consideración que constitucionalmente (art. 132 CE) el régimen demanial debe inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, bien puede decirse que estamos ante un dominio público virtual, impropio, cuyo peligro radica en que pueda plantearse la ecuación *dominio público más interés general igual a servicio público virtual* (74).

(73) Incluso puede ser que sin operatividad y eficiencia económica. Recuérdese que la disponibilidad de espectro, mediante la adecuada regulación del mismo y su pronta puesta en circulación, es un factor esencial en el desarrollo de determinados sistemas de telecomunicación en algunos países, por ejemplo, de América. Vid. sobre ello T. KNAUER, V. PASTOR y N. TSILAS, «La privatización en Latinoamérica», en *Conferencia Internacional sobre Financiación y Gestión de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara de Comercio e Industria, Madrid, 1996, págs. 151 y ss. En págs. 162 y 67 se contienen referencias a cómo el crecimiento de las telecomunicaciones se ha visto frenado en Brasil debido a que el gobierno no ha otorgado espectro adicional.

(74) Vid. «RFDA», cit., pág. 286. La apreciación del autor tiene pleno sentido en Francia, donde existe un verdadero sector privado de la Comunicación Audiovisual. En España, hasta tanto no fructifiquen proyectos recientes, es conocida que la posición de las televisiones llamadas privadas es la de concesionarias de un servicio público. Declaraciones recientes (enero 1997) del Ministro del ramo apuntan a la liberalización de las Televisiones

VI. EL RÉGIMEN DE USOS: UN TRÁFICO JURÍDICO SIN PODER ALGUNO DE DISPOSICIÓN

1. *La ordenación internacional de la radioelectricidad*

El primer momento en la ordenación de este recurso opera, en la actualidad, a nivel internacional, dado el carácter suprasoberano del mismo, que ha hecho necesario uno de los más acabados ejemplos de cooperación internacional. Habrá que comenzar señalando que la misma se asienta en dos principios esenciales, la nacionalidad de toda emisión y la *libre propagación*, sin interferencias (75).

Desde estas bases, conviene destacar que, a nivel internacional, en general se atribuyen determinadas bandas de frecuencias a cada tipo de servicios de telecomunicación, en función de ser aquéllas las más adecuadas técnicamente al objeto del servicio. Sólo en un momento posterior, y mediante Conferencias Regionales o Conferencias Mundiales para cada Servicio, se perfilan otros aspectos tales como la asignación de frecuencias a cada Estado, cuando ello es necesario. Desde este punto de vista, como PACE ha destacado, no puede decirse que existan *frecuencias nacionales* o de otro Estado, salvo cuando mediante Conferencia Regional se hayan coordinado o «repartido» entre los emisores radicados en cada Estado de determinada Región las frecuencias, potencias y otros aspectos técnicos de las emisiones de una clase de servicio. Conviene, pues, retener que en la planificación internacional de las emisiones se distingue entre «*atribución*» de una banda de frecuencias a un servicio (ya sea a título exclusivo, primario o secundario si coinciden varios servicios en una misma banda de frecuencias) y «*asignación*» de frecuencias,

Locales por ondas, en las que dejaría de jugar el título servicio público, las emisoras se sujetarían únicamente a autorización y se concederían para cada localidad «*cuantas estaciones admita la disponibilidad de espectro radioeléctrico*». Sería entonces cuando el peligro anunciado por TRUCHET podría llegar a ser cierto también en España.

(75) Vid. notas 36 y 72. Por su parte, el Acuerdo europeo contra las emisiones de radiodifusión efectuadas por estaciones situadas fuera de los territorios nacionales (Estrasburgo, 22 de enero 1965), ratificado por España el 29 de febrero de 1988, aplicable a toda estación de radiodifusión instalada o en funcionamiento a bordo de buque, aeronave u objetos flotantes o aerotransportados que, fuera de los territorios nacionales, transmitan emisiones para su recepción total o parcial en el territorio de una de las partes contratantes o cause interferencia a un servicio de radiocomunicación autorizado por una parte contratante, obliga a las partes a que, en sus ordenamientos internos, establezcan las medidas oportunas para reprimir tales infracciones referidas a la instalación y explotación de las aludidas estaciones, así como los actos de colaboración (suministro, aprovisionamiento, encargo de realización de producciones, publicidad encargada o prestada a la emisora...). Son estos textos internacionales los que fundamentan aquellos preceptos de la LOT de contenido sancionador tales como el artículo 33.3.h) e i).

operación más compleja, que implica una suerte de «reparto», en una Región determinada, de las posibles emisiones, desde un territorio estatal concreto, dentro de aquella banda y servicio o servicios.

Igual diferenciación opera en el nivel del derecho interno. El Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias realiza sólo una atribución de bandas de frecuencias a cada tipo de servicio, mientras que la «asignación» a cada emisor, especialmente cuando requiere exclusividad, será una operación ulterior más compleja.

2. *La llamada concesión de dominio público radioeléctrico*

Dos órdenes de cuestiones conceptuales pueden plantearse aquí. Por una parte, la naturaleza del acto de «licencia» o autorización estatal exigida por la ordenación internacional (vid. *supra*) y que, en términos de derecho interno, se traduce en la naturaleza del acto de «asignación» de una frecuencia o una banda de frecuencias, cuando la emisión requiere uso exclusivo de las mismas. Por otra parte, la exposición de los procedimientos de concesión más relevantes y las perspectivas que resultan para una futura administración «no demanial» de este recurso de red que constituye la radioelectricidad.

Mientras las telecomunicaciones y la radioelectricidad estuvieron dominadas por la lógica del servicio público, el acto de asignación de frecuencia podía con naturalidad considerarse concesión demanial aneja a una concesión de servicio. Era el régimen de éste, en todo caso, el que determinaba el régimen de aquélla. Si la ordenación del servicio prefijaba o limitaba el número de concesiones, ninguna relevancia tenía (y de ello puede encontrarse un reflejo en la jurisprudencia de nuestro TC) el dato de que hubiera más espectro disponible y mayores posibilidades de uso (76).

(76) Véase, a modo de ejemplo, el Título IV de la Ley 41/95, de 22 de diciembre, sobre Régimen jurídico del servicio de televisión por ondas terrestres, donde se especifica la gama de frecuencias (VHF) y se remiten las bandas a emplear al Reglamento de Radiocomunicaciones (y la atribución nacional en el CNAF). Pero la lógica del servicio público de televisión lleva a limitar a un *solo emisor por concesión* —uno por cada Municipio, excepcionalmente dos—. Si el espectro disponible en un punto permite varias emisoras, es algo que el Legislador prefiere soslayar. Se habla ya, no obstante, de abandonar esta lógica, introducir la técnica de la autorización para las televisiones locales por ondas y de asignar frecuencias, y por tanto emisoras, *en la medida en que lo permita la disponibilidad de espectro*.

La jurisprudencia del TC, singularmente la STC 209/90, señala que no existe un derecho a obtener una atribución de frecuencia libre, pero cabe intuir que este pronunciamiento se mueve dentro de la filosofía del «servicio público» de televisión. La reconsideración de esta cuestión es obligada cuando se actúa sobre servicios radioeléctricos «liberalizados» (v. gr., telecomunicaciones por satélite).

La primera cuestión tiene ya una construcción doctrinal importante en favor no del título concesional, aunque conlleve exclusividad, sino de una forma muy peculiar de «autorización conformadora» (77). Conviene diferenciar, no obstante, entre el acto previo, siempre exigible, de licencia, que no da lugar a exclusiva (autorización para utilizaciones que no comportan derecho alguno a excluir emisiones interferentes —*uso común o uso especial*— en la terminología positiva), y el acto de licencia que conlleva la atribución de ese derecho. ¿Es este elemento de exclusiva el dato decisivo para pensar que la asignación o reserva de frecuencias (con la consiguiente atribución de la facultad de excluir emisiones interferentes) es una verdadera concesión demanial?

Como es bien conocido, en el carácter excluyente y privativo de la concesión se ha localizado tradicionalmente un punto de separación entre la autorización y la concesión (78). Tal construcción debe desecharse para las «concesiones de dominio público radioeléctrico», por faltar no sólo, quizá, la auténtica demanialidad del bien, sino también, en todo caso, ese dato de la «*inmediatividad*». No existe ese «poder inmediato sobre un objeto», ni el ordenamiento «garantiza directamente la inmediata disponibilidad de un sujeto sobre una cosa».

El vínculo jurídico inmediato entre el titular y el «bien» presenta la profunda peculiaridad de que este último (en realidad, un derecho de uso) *debe haber sido conformado, especificado técnicamente*, en los términos apuntados antes, por el poder público. Y estas determinaciones que «parcelan» el bien (construyendo, como apuntaba la doctrina americana aludida al inicio, auténticos objetos comerciables) pueden ser unilateralmente alteradas, por simples razones técnicas, por la Administración. Basta el primer dato, creemos, para excluir cualquier contenido real en las llamadas «concesiones de dominio público». La inmediatividad no es tal más que *condicionada por la conformación técnica realizada por la Administración y por tanto no resulta del ordenamiento de modo inmediato*. No existe un derecho perfecto a emitir sobre cualquier frecuencia libre ni a «apropiarse»

(77) G. ARIÑO, *Informe...*, cit., págs. 109 y ss. Contra, C. CHINCHILLA, *La televisión como servicio...*, con el importante argumento de la inexistencia previa de un derecho al uso del recurso, y la exclusividad, en su caso, del mismo.

(78) J. L. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, «NEJ», vol. IV, 1952, págs. 684 y ss., en concreto pág. 697. En el mismo trabajo (y después en otra doctrina igualmente conocida: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1982, 2.ª ed.) se señala (pág. 703) que la concesión demanial merece la calificación de derecho real porque a este carácter exclusivo o privativo se añade la idea de *inmediatividad*, concepto que destaca F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 1, II, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 348 y ss., con cita de MIELE.

de la misma, fenómenos que sólo pueden surgir previa determinación del objeto por el poder público.

Conseguida una concesión, opera plenamente, sí, la obligación de abstención del resto de sujetos, pero este dato puede también fundamentarse no en la demanialidad ni en el contenido real de la concesión demanial, sino en la reserva al Estado en los términos vistos. En otros términos, la obligación de abstención que pesa sobre el resto de sujetos no resulta de ningún contenido jurídico real, sino de la reserva misma, mientras el poder del titular de esta «concesión» carece de la nota de la *inmediatividad*, por exigir el ordenamiento, de forma precisa, la previa intervención estatal «conformadora» del objeto.

La concesión demanial, fuera del campo de los servicios públicos de telecomunicación, no es tal concesión más que nominalmente. De hecho, la que es quizá la más importante liberalización de servicios que afecten al espacio radioeléctrico en bloque hasta hoy realizada, la llevada a cabo por la Ley 37/95, de Telecomunicaciones por Satélite, tras establecer el régimen de autorización para el acto de habilitación y reconocer (art. 4.5) que tales *autorizaciones* «llevarán aparejada la concesión de dominio público necesaria para su prestación», indica que las autorizaciones se otorgarán *por orden de presentación de las respectivas solicitudes*. Si existe limitación de recursos, las autorizaciones se otorgarán por concurso público. No obstante, «reglamentariamente podrá preverse la posibilidad de que ante una solicitud se abra un período de información pública, pudiendo otorgarse la autorización por adjudicación directa, en ausencia de otros interesados o mediante concurso en caso de existir otros interesados».

Por su parte, el Reglamento Técnico de estos servicios (RD 136/97, de 31 de enero) establece que la autorización, siempre necesaria, podrá implicar concesión si se refiere al servicio portador y se utilice satélite propio. Cuando ésta sea requerida, si el número de frecuencias resulta limitado, con carácter previo al otorgamiento de la autorización se abrirá un período de información pública procediéndose a examinar (art. 10) si todas las solicitudes recibidas pueden atenderse o no con la capacidad de frecuencias disponibles. En el primer caso, *se otorgarán todas las autorizaciones* (y concesiones); en el segundo, se convocará un concurso público (79).

La concesión en sí consiste únicamente en que toda autorización concedida implicará *reserva provisional de frecuencias que se otorgará*

(79) Igual solución se propone en el documento *Auswertung der Stellungnahmen zu den Eckpunkten eines künftigen Regulierungsrahmens im Telekommunikationsbereich*, que firman B. BAUER, B. ICKENROTH y M. PLUM, editado por Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste en junio de 1995. No obstante, si la demanda no superara las disponibilidades, la técnica autorizatoria sería, en principio, igualmente posible.

conjuntamente con la autorización. En plazo de cuatro meses y máximo de ocho, la reserva provisional se deberá transformar en definitiva o dar lugar, por razones técnicas, a su anulación. Hay aquí, si se examinan con detenimiento los artículos 10 y 11 del Reglamento Técnico, una abdicación de la discrecionalidad de la Administración a la hora de otorgar concesiones demaniales. Salvo que existan razones técnicas que deben ser expresamente alegadas y probadas, existe un derecho a obtener una asignación provisional, y después definitiva, cuando se ha conseguido una «autorización» para la prestación de estos servicios, pese a que requieren concesión de dominio público radioeléctrico.

Queda, no obstante, la configuración fiscal de esta figura (el canon por reserva del dominio público radioeléctrico, contemplado en la LOT, y regulado inicialmente en la Orden de 10 de octubre de 1994 con carácter de precio público, que se vio afectado por la STC 185/95 y después incluido en el Decreto-Ley 2/96), explicable, en todo caso, tanto en los sistemas de «subasta de espectro radioeléctrico» como en el tradicional de reserva al poder público, como contraprestación de los servicios administrativos.

En todo caso, parece que comienza una nueva época para la administración de las frecuencias, lejos de la discrecionalidad y libre disposición tradicionales en un entorno de telecomunicaciones monopolizadas y reservadas, que se asienta en los principios de *publicidad de las posibilidades técnicas del espectro, transparencia en los procedimientos, objetividad en las asignaciones y neutralidad de la gestión.* Este último aspecto ha dado lugar, en Francia, a la creación de una Agencia Nacional de Frecuencias como Administración Independiente, encargada de esta misión, que supone el abandono de toda idea de *titularidad* sobre las radiofrecuencias.

VII. CONCLUSIONES

La pregunta sobre la naturaleza jurídica del dominio público ya no bascula sólo entre su consideración como «propiedad» o como función o título de intervención, sino que parece desplazarse hacia la

(80) Vid. J. CHEVALLIER, *La nouvelle reforme des télécommunications*, «RFDA», 5, 1996, págs. 909 y ss. La Agencia francesa se inspira, a su vez, en la Radio Communications Agency británica. En el mismo artículo citado se señala (y a igual conclusión se llega en el derecho español antes expuesto a propósito de las Telecomunicaciones por Satélite) que la autorización para establecer una red independiente que implique uso de la radioelectricidad *sólo puede ser expresa* y contener y precisar las frecuencias.

cuestión sobre los posibles objetos sobre los que puede recaer el régimen demanial, es decir, hacia la cuestión crucial de si cualquier aspecto de la realidad puede ser demanializado, sin tomar en cuenta la función institucional que tal régimen ha desempeñado tradicionalmente. En particular, la respuesta es necesaria ante el proceso de *rarificación* de las *res communis*, que reclaman la intervención estatal. ¿Tal intervención podrá sólo realizarse al amparo del régimen demanial?

En un plano más singular, el Legislador de la LOT, operando *ex* artículo 128.2 CE y tras considerar a las telecomunicaciones «servicios esenciales» reservados, quiso aplicar igual título constitucional a los recursos, pero entendiendo que la reserva de recursos implicaba *necesariamente* la declaración demanial. Nació así, con apoyo incidental en una inopinada jurisprudencia constitucional, un dominio público cuya primera dificultad radica en definir su objeto, contando con que el recurso tiene una dimensión suprasoberana innegable. Por ello, el Legislador de la LOT, a diferencia de otras leyes demaniales sectoriales, no formula la aplicación de este régimen en términos de titularidad (no existe una declaración del tipo «dominio público radioeléctrico del Estado»), sino en términos de pura administración y gestión. De aquí que pueda considerarse que el recurso sigue siendo esencialmente una *res communis* que el Estado administra, otorgando, en su caso, títulos de exclusiva.

La LOT, en realidad, quiso reservar al Estado el poder de atribuir la utilización excluyente de un recurso, con la ineficacia consiguiente, de todo mecanismo de derecho privado. Pero esta particular «extracomercialidad» (que opera no sobre el objeto, sino sobre los sujetos, privándoles de legitimidad para conseguir determinado resultado válidamente), lejanamente similar a la nota caracterizadora del dominio público, no implica la caracterización demanial del objeto, y se explica, en términos constitucionales, como una aplicación del artículo 128.2 CE, una reserva sin titularidad y sin declaración demanial, como, por cierto, existe también, por ejemplo, en materia de utilización de la fase atmosférica del ciclo hidrológico, que, como se sabe, no ha sido demanializada.

Desde esta reserva se explica que los títulos (a los que nuestro derecho llama con reiteración *concesiones de dominio público radioeléctrico*) que conllevan tal exclusiva no tengan, pese a implicar esa condición, contenido concesional real. Se trata, más bien, de autorizaciones de exclusiva de actividad. En ningún caso, creemos, puede decirse que otorguen derecho real alguno, susceptible de apropiación, disposición o tutela posesoria. La protección de la eficacia y contenido de tal título jurídico recae siempre sobre la Administra-

ción, no en cuanto «titular» de un bien, sino en cuanto «administrador» de una *res communis*.

Un dominio público en el que las notas constitucionales del mismo (inembargabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad) no tienen real aplicación, es sólo un *nomem iuris* falto de adecuación a su función institucional. Por ello, convendrá recordar finalmente a TRUCHET, una vez más, para indicar: «*¿Por qué estar contra la demanialidad del espacio herziano? Esta no resulta ni escandalosa ni ridícula. Pero es una tesis arcaica, inútil, y poco compatible con el derecho del dominio público.*»

