

TELEVISIÓN POR CABLE Y CONTROL DE OMISIONES DEL LEGISLADOR (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero) EPÍLOGO SOBRE LA TELEVISIÓN PRIVADA (STC 127/1994)

FERNANDO SANTAOLALLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿ES SANCIÓN LA IMPOSICIÓN DEL CESE DE ACTIVIDADES?—
III. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA.—IV. CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR.—
V. EPÍLOGO SOBRE LA SENTENCIA RELATIVA A LA TELEVISIÓN PRIVADA.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia a que se dedica el presente comentario tiene un marcadísimo doble interés, pues, por un lado, sienta nueva doctrina sobre un sector de tanta trascendencia social como es la televisión, nueva doctrina que además supone un apartamiento de la hasta ahora mantenida, y por otro, constituye una manifestación del llamado control negativo de legislación, esto es, del que recae sobre supuestas omisiones del legislador y no sobre normas positivas.

La sentencia resuelve sendos recursos de amparo contra resoluciones del Gobierno Civil de Huesca por las que se dispuso el cese de las emisiones de televisión por cable y el desmontaje de las correspondientes instalaciones, a pesar de haber obtenido licencia municipal para el tendido de cables necesario para esta actividad.

La razón alegada en la resolución prohibitiva fue la de no adecuarse estas emisiones a lo dispuesto en los artículos 2.1 y 25 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, en cuanto declaran a la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, cuya gestión por particulares habría requerido la previa obtención de una concesión administrativa. Los perjudicados recurrieron en vía judicial ordinaria, alegando vulneración de sus libertades de expresión e información [art. 20.1.a) y d), res-

pectivamente, de la Constitución], siendo desestimadas sus pretensiones pues tanto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón como luego el Tribunal Supremo valoraron como ajustadas a la ley las resoluciones de la autoridad gubernativa. En cambio, la sentencia 31/1994 considera que las mismas supusieron una efectiva lesión de las libertades de expresión y comunicación de los actores, y, en consecuencia, declara su nulidad y la de las sentencias antes producidas. Todo ello tras una extensa argumentación, que tratamos de resumir y analizar en los epígrafes siguientes.

II. ¿ES SANCIÓN LA IMPOSICIÓN DEL CESE DE ACTIVIDADES?

Ya en el FJ 2.º la sentencia comentada adelanta su respuesta favorable a los recursos interpuestos al decir que «es claro que los actos administrativos impugnados privan a los recurrentes del ejercicio de un derecho fundamental». Lo que le sirve al Tribunal para afirmar acto seguido «que [ello] reviste de un cierto efecto sancionador en sentido lato a las medidas administrativas acordadas».

Esta última consideración sorprende, pues pocas líneas antes se había dicho lo contrario: «No puede reconocerse que las medidas adoptadas... tuvieran, en rigor, carácter de sanción.» Pero más sorpresa produce la equívoca referencia a un «cierto efecto sancionador», con un adjetivo que mal se compadece con las categorías formales que debe utilizar el derecho. Esto es, o hay sanción (efecto sancionador), o no la hay, pero lo que no cabe es calificar jurídicamente una situación con intermedias anfibologías.

Desde luego, no parece que hubiera sanción en los casos de referencia, pues la orden de cesar en una actividad supuestamente ilegal es consecuencia de la obligación de Estado de exigir el cumplimiento de la ley, restituyendo la situación originaria. La sanción, de haberla, sería un *plus* a esta última, mediante la adopción de medidas específicas que graven el patrimonio y, en su caso, la libertad del infractor, todo ello tras el correspondiente procedimiento administrativo o penal. En definitiva, la sanción supone algo nuevo, inexistente en el momento de cometerse el ilícito, no la simple reinstauración de la realidad alterada por este último.

Otra cosa, naturalmente, es que la actividad corregida por los actos administrativos no fuese ilegal, en cuyo caso éstos serían casi con toda seguridad los ilegales, haciendo nacer las correspondientes responsabilidades, entre otras, la obligación de indemnizar al particular por los daños y perjuicios ocasionados.

III. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA

Yendo al hilo argumental que utiliza el Tribunal Constitucional para conceder el amparo, se aprecian notorias contradicciones y, hasta cierto punto, cambios de postura en relación a pronunciamientos anteriores.

Por un lado, se admite de modo espontáneo y sin veladuras que la televisión por cable es una manifestación más del fenómeno televisivo (FJ 4.º):

Ninguna relevancia ofrece desde la perspectiva de los derechos recogidos en el artículo 20.1 CE el que en la noción legal de televisión se englobe, en razón del contenido en que la actividad consiste, ... la televisión por cable, que, contra lo que se afirma en la demanda de amparo, ya aparecía calificada, con independencia de su alcance, como actividad televisiva en el artículo 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión...

Al mismo tiempo se reitera lo proclamado en la anterior sentencia 12/1982, en el sentido de ser legítima, aunque no constitucionalmente necesaria, la decisión legislativa de considerar a la televisión en sus distintas manifestaciones como servicio público de titularidad estatal (FJ 5.º):

La configuración de la televisión como servicio público esencial ... deriva del ordenamiento jurídico del sector globalmente considerado, en el que la televisión está declarada servicio público, *sin distinción del medio técnico que utilice* ni de los contenidos que transmita y esa declaración... aunque no sea un afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico político se encuentra dentro de los poderes del legislador (la cursiva es nuestra).

El cambio decisivo se produce a continuación, al exigir, no obstante esa definición de la televisión pública, su explotación por particulares y, más concretamente, a través de técnica concesional. Hasta entonces, el Tribunal Constitucional había proclamado que la televisión privada era algo posible, facultativo para el legislador, pero «no una exigencia jurídico-constitucional» (sentencia 12/1982, FJ 6.º), y, más en concreto, que cabía —situación discrecional, por tanto— su gestión indirecta mediante concesión administrativa (sentencia 79/1982, FJ 3.º).

La nueva sentencia rompe con estos precedentes al exigir como un imperativo constitucional que el legislador regule la televisión por cable en manos de particulares, incluso prefijando la fórmula aplicable (FJ 6.º):

Por lo que hace a la televisión local por cable... la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión, viene de hecho a

impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta... la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable.

Idea en la que se insiste en el FJ 7.º:

... pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, ... no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados *a*) y *d*) del artículo 20.1 CE.

En definitiva, se reprocha al legislador tanto la falta de regulación de la televisión por cable —lo que vendría a equivaler a la prohibición de un derecho fundamental de los ciudadanos— como que esa regulación no consista en la aplicación de la gestión indirecta por particulares.

Anteriormente el Tribunal Constitucional sostenía una interpretación, según la cual el legislador era soberano en torno a la regulación de la televisión (con la limitación de respetar en todo caso el pluralismo): podía optar por una televisión pública o por una privada, y de ahí la justificación de su definición legal como servicio público de titularidad estatal (1). Incluso había rechazado expresamente que del artículo 20 de la Constitución naciese un derecho a exigir otorgamientos de frecuencias aunque fuera a nivel local, como indicó en la sentencia 206/1990, en un caso muy semejante al presente.

De ahí la sorprendente, por contradictoria, postura actual: si todo fenómeno televisivo ha podido ser legítimamente declarado de titularidad pública y si no existe un derecho de los ciudadanos a reclamar su otorgamiento, no puede afirmarse simultáneamente la necesidad de que se prevea su gestión por particulares y, más en concreto, a través de la fórmula concesional. La premisa mayor admitiría por ejemplo, que el Estado se reservase la explotación de la televisión por cable mediante su gestión directa o mediante establecimiento u organismo diferenciado.

En realidad, el problema se produce por el intento de conciliar dos aspectos seguramente incompatibles: asociar una modalidad de televisión a los derechos de libre expresión e información cuando al mismo tiempo se predica su condición de servicio público. Si realmente fuese lo primero, el Estado no

(1) Véase F. SANTAOLALLA LÓPEZ: «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 128 (mayo-agosto 1992), págs. 217 y sigs.

podría intervenir más que para delimitar y ordenar su ejercicio, y su titular serían los propios súbditos, lo que impediría hablar de una supuesta titularidad pública. Y si se parte de lo segundo, como hace el Tribunal Constitucional, no cabe exigir su gestión en manos privadas invocando nada menos que un derecho fundamental, que, en cuanto tal, reclamaría un ejercicio pleno y prácticamente incondicionado.

Esta contradictoria doctrina revela que el Tribunal no se siente muy a gusto con la definición legal de la televisión como servicio público (art. 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión; arts. 2.1 y 25.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones; art. 1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, y Preámbulo de la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de la televisión por satélite) ni con sus propios pronunciamientos amparando esta definición (sentencias 12/1982, 79/1982, 206/1990 y 189/1991). El Tribunal ha tratado de favorecer un régimen más favorable en la iniciativa de los particulares, pero al precio de introducir una flagrante incoherencia.

IV. CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR

La contradicción indicada no es sólo criticable por el desconcierto e inseguridad que arrastra, sino también —y muy especialmente— por su consecuencia adicional de alterar la función del Tribunal Constitucional, que de legislador negativo pasa a ser uno positivo, esto es, en vez de limitado a anular las leyes que resultan inconstitucionales se amplía hasta controlar las supuestas omisiones del legislador.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, como la inmensa mayoría de las existentes, opera sobre leyes y actos previamente establecidos, no sobre las ausencias de regulación, entre otras cosas porque una sanción efectiva de una supuesta omisión del legislador mudaría en esta última condición al controlador (que tendría que decir o implantar lo que supuestamente faltaba), y, consecuentemente, menguaría la naturaleza legislativa del primero de los tres poderes del Estado. A su vez, como legislar supone optar entre decisiones alternativas por razones de oportunidad, esto es, políticas, la política acabaría impregnando la actuación de ese controlador que participase en la misma, provocándole la pérdida de su principal rasgo distintivo frente al sujeto controlado.

Que nuestro Tribunal Constitucional está limitado al enjuiciamiento de decisiones positivas es algo que apenas merece discusión. Basta remitirse a los artículos 161.1.a) y 163 de la Constitución y a su desarrollo en el artículo 27

de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional. Incluso el propio Tribunal lo ha reconocido expresamente, y así, en su sentencia 88/1993 señala en relación al recurso de inconstitucionalidad (FJ 5.º):

... este proceso constitucional, que no existe para controlar a priori la legitimidad constitucional de normas proyectadas, por más que a ellas se haga referencia en preceptos concretos, sino para enjuiciar la validez de las determinaciones jurídicas adoptadas por el legislador (la cursiva es nuestra).

En contraste con esto, la nueva sentencia 31/1994 proclama (FJ 7.º):

... El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable, con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental... la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio de derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos o intereses a tener en cuenta... Puesto que dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa... el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el artículo 20.1.a) y d) CE.

Se trata de una argumentación bastante simple, y de la que ya se habría anticipado algún reflejo en la sentencia 189/1991. (Es más, coincide en lo básico con lo manifestado en algunos votos particulares de esta última, que de este modo parecen haber hecho variar la posición del Tribunal). En definitiva, viene a decirse, aunque el legislador es competente para regular esta materia, la ausencia de regulación equivale a una imposibilidad de gestión privada de la televisión por cable y con ello se conculcan los derechos de expresión e información. La falta de legislación no podría justificarse en base a supuestas razones técnicas, ya que la concreta modalidad televisiva contemplada (por cable) no agota la utilización de un medio escaso que pueda repercutir en una mengua de los derechos de terceros.

Como puede verse, el Tribunal Constitucional sanciona no un precepto

legal, sino una supuesta omisión del legislador, a la que se califica de lesiva de unos derechos fundamentales, disponiéndose el restablecimiento de los recurrentes en la situación fáctica de que gozaban antes de dictarse las resoluciones del Gobierno Civil. Semejante cambio jurisprudencial está muy lejos de vencer. Y ello por las razones siguientes:

1.º porque, si bien es cierto que la ausencia de regulación de la televisión por cable equivale a imposibilitar su gestión por iniciativa particular, ello en modo alguno resulta contrario a nuestro sistema constitucional, al menos entendido en la forma que lo ha hecho el propio Tribunal. Ni la Constitución ni la Ley de ordenación de las telecomunicaciones imponen nada en este sentido. La primera, según otras sentencias antes mencionadas, admite una televisión pública, una privada o una mixta, según tenga a bien disponer el legislador con el solo límite de salvar el pluralismo, por lo que, pudiendo lo más, bien ha de poder lo menos, esto es, siéndole factible implantar una televisión por cable de titularidad y gestión pública no puede reprochársele simultáneamente que no regule su gestión indirecta por particulares. La segunda tampoco impone nada parecido (dejando ahora la impropiedad del Tribunal Constitucional para un control de pura legalidad ordinaria). Su artículo 25 se limita, en lo que aquí interesa, a disponer que la gestión indirecta de los servicios de difusión (entre ellos la televisión) se hará por concesión administrativa, esto es, se concreta el procedimiento que en su caso habrá de utilizarse, y se añade que «el régimen jurídico de la televisión se regulará por su legislación específica», simple remisión a la normativa sectorial que no obliga sino a lo que ésta disponga, *sin imposición de plazo alguno*. Por tanto, no hay limitación, siquiera temporal, que grave al legislador;

2.º porque ni puede hablarse en este caso de derechos fundamentales (u ordinarios) ni, por consiguiente, de prohibición de derechos. Si tal fuese el caso, existiría la correspondiente titularidad (de tales derechos) en manos de los ciudadanos, pero afirmar esta titularidad es una contradicción en los términos cuando simultáneamente se proclama que la televisión, en general, constituye un servicio público esencial cuyo titular es el Estado. Y sólo se puede prohibir lo que *a priori* resulta lícito;

3.º porque si la televisión privada por ondas hertzianas tuvo que aguardar el tiempo que el legislador creyó oportuno desde la entrada en vigor de la Constitución (diez años), sin reparo alguno por el Tribunal Constitucional, no se comprende una postura muy distinta para otra modalidad televisiva, equivalente desde una perspectiva jurídica y muy posiblemente en el futuro también desde una económica;

4.º porque viene a legitimar una situación *de facto* que condicionará la

futura legislación (efecto ya aludido de conversión del Tribunal en legislador positivo), al forzar la aprobación de una normativa que autorice la gestión de la televisión por cable por particulares, privando al legislador de otras alternativas, ya que en caso contrario se reproduciría la situación de los recurrentes actuales o una de discriminación con otros particulares que quedarían sin posible acceso a este medio. A mayor abundamiento, condiciona al futuro legislador incluso respecto al modo de esta gestión indirecta, pues, refiriéndose la sentencia analizada a la televisión *local* por cable, cabe preguntarse si necesariamente tendrá que ser de este ámbito territorial la que finalmente resulte regulada. En este caso, ¿será el Estado el llamado a otorgar todas las concesiones que se puedan producir en los ocho mil municipios españoles, como parece exigir su no desmentida titularidad del medio? ¿Está aquél realmente dotado para tareas semejantes? Por otro lado, ¿será posible combinar esa televisión local por cable con otros ámbitos que cabe imaginar (autonómico, nacional, internacional), como, por ejemplo, hace la Ley 35/1992, de la televisión por satélite?;

5.º porque la atípica declaración de inconstitucionalidad se hace por una Sala —y no por el Pleno— del Tribunal, al margen de los procedimientos al efecto (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), valiéndose de un recurso de amparo y sin siquiera plantear el incidente del artículo 55.2 de la LOTC. Todo lo cual no hace sino confirmar lo extravagante del pronunciamiento analizado.

Pero sobre todo lo más preocupante es la quiebra ya referida de la función reservada al Tribunal Constitucional por la Ley fundamental del Estado, en coincidencia con la inmensa mayoría de los tribunales del mismo tipo de otros países. Quiebra que es de lamentar en sí misma, por la inobservancia que implica, nada menos que por parte de su guardián, y también porque con ella se desplaza el Tribunal a una dimensión política, de la que traen causa los «peros» ya comentados. Dejándose atraer por los cantos de sirena que le inducen a convertirse en justiciero universal, el Tribunal ha sentado un precedente que deberá olvidar si no quiere que le devore ese remolino absorbente que es la actuación política.

V. EPÍLOGO SOBRE LA SENTENCIA RELATIVA A LA TELEVISIÓN PRIVADA

En prensa las líneas anteriores aparece la sentencia 127/1994, de 5 de mayo (BOE de 31 de mayo), por la que se resuelven los cuatro recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su día contra la Ley 10/1988, de 5 de mayo, de televisión privada. La íntima relación de la materia examinada en esta resolu-

ción con la que acaba de glosarse aconseja extender a aquélla el comentario, bien que con las condiciones de sumariedad que la ocasión impone.

Para empezar, no estará de más recordar que la citada Ley 10/1988 incorpora la posibilidad de que la televisión sea gestionada por la iniciativa privada, aunque partiendo de la declaración de la misma como servicio público de titularidad estatal (art. 1), lo que determina que la gestión tenga que ser asumida mediante la fórmula de concesión administrativa a cargo de sociedades anónimas (art. 2), y con limitación a tres del número de concesionarios, cuyos programas deben tener alcance nacional (art. 3).

La nueva sentencia 127/1994 confirma la constitucionalidad de la ley en todos los puntos impugnados, ciertamente los básicos. No obstante, es de apreciar una división interna merced a los votos particulares presentados o a los que se adhieren hasta seis magistrados, votos particulares que van desde los que se oponen a la concepción fundamental de la ley hasta los que se limitan a criticar su no aprobación como ley orgánica.

Las importantes derivaciones de la ley orgánica

El eje sobre el que se apoya el Tribunal Constitucional para llegar a dicha conclusión es el siguiente (FJ 4.º, B):

Son *conceptualmente distintos* los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión —sustancialmente unos derechos de libertad— y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan..., que reclaman —por su misma naturaleza— una detallada regulación estatal (la cursiva también nuestra).

Este pronunciamiento, decisivo en sus consecuencias, rompe de modo opinado con lo que tres meses antes proclamaba la sentencia 31/1994, en el sentido de que la ausencia de regulación de los medios técnicos de la televisión afectaba esencialmente a los derechos reconocidos en el art. 20.1.a) y d) de la Constitución, de donde se deducía fácilmente la estrecha relación de ambos aspectos. Ahora, en cambio, los medios o soportes técnicos se hacen *conceptualmente* distintos de las libertades de expresión e información. De este modo el Tribunal prosigue con el poco edificante juego del súbito desmentido de sus previos asertos. Es más, la mudanza de criterio se percibe en el propio texto de la nueva sentencia, donde, poco antes del *obiter dicta* acotado, se lee lo siguiente:

La libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social *conecta y se integra* con estos derechos fundamentales (la cursiva también nuestra).

A la postre, lo que queda es la oportunista separación de los derechos del art. 20.1 de la Constitución de la regulación de los soportes técnicos de la comunicación de masas, que sirve para negar la necesidad de que ésta necesite rango de ley orgánica, en observancia del art. 81.1 de la carta magna. A estos efectos, el Tribunal Constitucional también aduce (FJ 4.º A) que «la Ley no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de radiodifusión ni siquiera de todas las modalidades constitucional y técnicamente posibles de televisión privada...» ya que «se ha limitado a ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles».

Poco peso tiene el argumento. La verdad es que si sólo los desarrollos y regulaciones generales de un derecho fundamental, no los parciales merecieran rango orgánico, quedarían malparadas las numerosas leyes orgánicas que han acometido de modo sectorial o particular la regulación de algunas libertades públicas: reformas de las leyes de enjuiciamiento civil y criminal (2) en cuanto relacionadas con los arts. 17 y 24 de la Constitución, leyes sobre educación derivadas del art. 27 (3), por sólo citar unos ejemplos.

Es de destacar que en su sentencia 12/1982 (FJ 6.º) el Tribunal había defendido la necesidad de ley orgánica para una eventual regulación de la televisión privada. Tal precedente resulta ignorado en la sentencia que ahora glosamos.

La televisión como servicio público

Punto central de la ley impugnada es la declaración de la televisión como servicio público cuya titularidad corresponde al Estado. Del mismo son consecuencia otros aspectos asimismo básicos, como la aplicación de la forma concesional para su explotación por empresas privadas. La sentencia 127/1994 da su espaldarazo a este sistema, lo que ciertamente supone la continuidad de lo defendido en otras anteriores, como la 206/1990 y la propia 31/1994.

Vuelve así a aparecer la contradicción fundamental de esta concepción, pues en la medida que se afirma que la radiotelevisión es un servicio de titula-

(2) Así, leyes orgánicas 7/1983, 8/1983, 14/1983, 10/1984, 2/1987, 4/1988, 2/1991, 10/1992.

(3) Así, leyes orgánicas 11/1983, 8/1985, 1/1991.

ridad estatal no cabe concebir que se trate de una manifestación incluíble en la órbita de un derecho fundamental cuyo titular es la persona. Por mucho que se reconozca que el ámbito del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de información es mayor que la que posee para ordenar los derechos de libertad del artículo 20.1 de la Constitución, si se acaba por incluir tales soportes e instrumentos dentro de estos últimos no cabe predicar simultáneamente su pertenencia al Estado, pues sería tanto como admitir que tienen al mismo tiempo dos titulares tan heterogéneos como el Estado y los individuos. En definitiva, o son servicio público estatal o son parte de un derecho fundamental de los ciudadanos, pero no las dos cosas a la par. En sentido muy parecido figura el voto particular del magistrado Gabaldón López (4).

Hubiese sido más lógico, puestos a defender la ley, dictaminar la televisión como servicio público (postura aceptada en muchos países hasta hace pocos años), sin paralelas incrustaciones en el ámbito de los derechos fundamentales. Claro que con ello el Tribunal se habría situado al margen de la nueva tendencia que ha propiciado la revolución tecnológica en los medios audiovisuales en favor de la televisión privada concebida como derecho y, por lo mismo, fuera del espíritu del art. 20.1.a) y d) de la Constitución y 10.1 del Convenio Europeo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950. De ahí, seguramente, la doble y contradictoria fundamentación.

En la ambigua y escapista doctrina sentada destaca la omisión de toda referencia a la mención del art. 20.1.d) de la Constitución de la libertad de información «por cualquier medio de difusión», que a nuestro juicio conduce a la inclusión de la televisión dentro de este derecho fundamental, y a la consiguiente imposibilidad de definirla como un atributo del Estado, todo ello sin perjuicio de reconocer un margen de discrecionalidad del legislador para la ordenación de esta actividad. También olvida el Tribunal sus numerosos pronunciamientos sobre el valor superior y la eficacia preferente de las libertades de expresión e información (sentencias 107/1988, 51/1989 y 121/1989), lo que debería haber llevado a potenciar esos aspectos de la televisión que se reconocen como pertenecientes a su ámbito.

Relacionado con lo anterior está el *obiter dicta* que se hace respecto del

(4) Por lo mismo no comprendemos la postura de los otros votos particulares, que fundamentalmente defienden que la ley impugnada constituye desarrollo de los derechos del art. 20.1 de la Constitución, con la consiguiente necesidad de ley orgánica, pero avalan también la definición de la televisión como servicio público estatal explotable por concesionarios. Lo uno excluye necesariamente lo otro, según nuestro parecer. A la vista del art. 81.1 de la Constitución la exigencia de ley orgánica sólo puede entenderse si de la regulación de un derecho fundamental se trata.

art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (FJ 5.º B), en el sentido de que la gestión indirecta de la televisión mediante concesión administrativa es una variante del régimen de autorización previa que contempla aquel artículo, lo que respaldaría el modelo implantado en la ley impugnada. Esto no es así, habida cuenta de la reconocida diferencia de naturaleza entre concesión administrativa y autorización (5): la primera implica la *publicatio* de una actividad o materia en favor de un ente público, que excluye toda titularidad privada que no sea la que nace del acto de la concesión; mientras que la segunda en modo alguno encierra ese monopolio público, antes al contrario, puede suponer un previo derecho subjetivo del particular. Por eso, esta cita más bien serviría para apreciar vicio de inconstitucionalidad de la ley al amparo de lo que establece el art. 10.2 de la Constitución.

Otros aspectos

Sin ánimo de agotar los aspectos susceptibles de comentarlos, procedo referirme a dos de ellos. El primero es el reconocimiento (FJ 7.º) de que la Constitución no sólo no impide sino que ampara emisiones de televisión privada con cobertura territorial limitada o local, pero no por ello se pone tacha a la ley, que sólo admite tres programas de cobertura nacional. Conclusión que sólo podría aceptarse si se partiese de que la televisión es un fenómeno ajeno a los derechos fundamentales. Pero en la medida en que se parte de lo contrario, y vista la tradicional postura del Tribunal a favor de una interpretación favorecedora de los mismos, habría que convenir que la ley está restringiendo indebidamente una previsión constitucional.

Por otro lado, tampoco se comprende muy bien que tras reconocer de aplicación al caso el art. 149.1.27.ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia sobre las normas básicas de televisión y demás medios de comunicación social, y que el otorgamiento de una concesión es una facultad simplemente ejecutiva, se acabe admitiendo el necesario otorgamiento concesional en materia televisiva por el gobierno estatal, sin posible participación de las Comunidades Autónomas con competencias para el desarrollo y aplicación de aquellas bases.

En resumen, se trata de una sentencia que parece inspirada por el propósito de salvar a todo trance una ley aprobada seis años antes y en torno a la que

(5) Véase al respecto E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1977, tomo II, págs. 121 y 131 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, CEC, Madrid, 1982, vol. II, pág. 187.

habían cristalizado importantes inversiones e intereses. La política, que no la razón jurídica, parece haber predominado, por lo que la conclusión no es precisamente alentadora. Pero lo más reprochable es que a ese resultado se haya llegado tras sembrar tanta confusión. Si lo que se quería era no invalidar la configuración de la televisión como servicio público podía haberse hecho con un precio sensiblemente inferior, como sería desgajar esta materia del ámbito del derecho a la libre expresión e información.

