

Panorama competencial de la radiodifusión en España

Ángel Lobo Rodrigo
Dpto. de Disciplinas Jurídicas Básicas
Universidad de La Laguna

I. Introducción

Las telecomunicaciones son uno de los sectores que han experimentado un avance más notable en los últimos 150 años, avance que se ha acentuado más si cabe a partir de la segunda mitad del siglo XX, período en el que se produce la llamada tercera revolución industrial o revolución de las telecomunicaciones.

Este incesante avance tecnológico en el mundo de las telecomunicaciones ha tenido una profunda influencia en la sociedad, que casi no ha dispuesto de tiempo para adaptarse a una realidad tan dinámica y cambiante.

No es de extrañar que se hayan producido anécdotas como la del ingeniero jefe de la British Post Office, William Preece, quien ante el reciente invento del teléfono, lejos de impresionarse proclamó: «los norteamericanos necesitan el teléfono, pero nosotros no. Tenemos muchos chicos mensajeros...». En contraste con la escasa pasión mostrada por el ingeniero inglés, el alcalde de una ciudad norteamericana sí se mostró vivamente entusiasmado ante la perspectiva que ofrecía el invento del teléfono. De esta forma, se aventuró a realizar la siguiente predicción: «puedo ver el día en que cada ciudad tenga uno»¹.

¹ Las dos anécdotas relatadas aparecen en el libro de A.C. CLARKE,; *How the world was one*, de 1992.

Si la sociedad tiene problemas para adaptarse a un sector tan dinámico como el de las telecomunicaciones, tanto más problemas tiene nuestro ordenamiento jurídico, incapaz hasta la fecha de dibujar un marco estable para este sector.

El presente artículo pretende acercarnos al panorama competencial de la radio y de la televisión en España, medios de comunicación de indudable importancia no sólo desde el punto de vista de la comunicación *stricto sensu*, sino también desde un plano económico y como plataformas de creación de opinión.

Antes de adentrarnos en un estudio pormenorizado de estos dos medios de comunicación, sería conveniente que los desgajemos del concepto más general de las telecomunicaciones.

II. La radiodifusión como modalidad de telecomunicación. Deslinde conceptual entre la radio y la televisión y otros medios de telecomunicación

Las telecomunicaciones pueden ser definidas como «*toda transmisión, emisión o recepción de signos, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*»².

Como se puede inferir, estamos ante una definición que intenta englobar los distintos medios de telecomunicación, utilizando, para alcanzar este objetivo, la conjunción de tres factores:

En primer lugar, el de considerar como telecomunicación cualquier acción, ya sea de transmitir, emitir o recibir.

En segundo lugar, el concepto de material transmitido, emitido o recibido es muy amplio, al tratarse de signos, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza.

Por último, el concepto de soporte técnico también responde a esta vocación de generalidad a la que aspira la definición, al enumerar los medios técnicos conocidos en la actualidad (por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos).

El siguiente paso para acercarnos a la materia de estudio del presente artículo sería el concepto de radiocomunicación, que al igual que el de telecomunicación,

² La anterior definición aparece en el Anexo de la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 (en adelante LGT). En su día, esta definición fue adoptada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en el Convenio Málaga-Torremolinos de 1973, ratificado por España el 29 de abril de 1976 (BOE de 25 y 26 de agosto de 1976), y también aparece en el Anexo de la ya derogada Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 8 de diciembre de 1987 (en adelante LOT).

aparece en el Anexo de la LGT de 1998. Podría ser definida como «*toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas*»³.

Por tanto, aquí se está señalando que la radiocomunicación no es más que una clase de telecomunicación que se distingue de las demás por el soporte técnico utilizado, en este caso el de ondas radioeléctricas. Pertencerán a este tipo de telecomunicación la telegrafía, la telefonía sin hilo, la radionavegación, la radioastronomía, la radio y la televisión.

Sin embargo todavía no hemos podido marginar los conceptos de radio y televisión de otros tipos de telecomunicaciones. Para lograr este extremo utilizaremos el concepto de radiodifusión, que lo podríamos definir como «servicios de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género»⁴.

De esta última definición y de lo anteriormente expuesto se deduce que el concepto de radiodifusión engloba lo que conocemos vulgarmente como radio y televisión, y sin embargo el concepto no es plenamente satisfactorio, ya que parte de la idea de radiocomunicación («servicios de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general») y sin embargo debemos recordar que el concepto de radiocomunicación sólo se refiere a una clase de soporte técnico («toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas»), y por lo tanto quedarían fuera del concepto de radiodifusión una serie de tipos de radio y de televisión como las que utilizan el soporte técnico del cable.

Por lo tanto, y recapitulando, el concepto de radiodifusión se refiere a la radio y a la televisión que funcionan bajo el soporte técnico de las ondas radioeléctricas, y no engloba por tanto el uso de otros soportes como el cable.

Por último, el legislador califica a la radio de radiodifusión sonora mientras que al referirse a la televisión utiliza su nombre vulgar⁵.

Sin embargo, el uso de esta terminología que como hemos recalado procede del Convenio de Málaga-Torremolinos ratificado por España en 1976, no es

³ Esta definición también aparece en el citado Convenio de Málaga-Torremolinos de 1973 y en la LOT de 1987.

⁴ Esta definición aparece en el citado Convenio de Málaga-Torremolinos de 1973 y en el Anexo de la LOT de 1987. Sin embargo no aparece en el Anexo de la LGT, ya que el art. 1 párrafo 2º excluye expresamente del ámbito de dicha Ley el régimen básico de radio y televisión, y por lo tanto no hay razón para utilizar el término radiodifusión.

⁵ El art. 26 de la LOT de 1987 y el ya mencionado art. 1 párrafo 2º de la LGT de 1998 se pronuncia en estos términos.

adoptada por la Ley de Estatuto de la Radio y Televisión de 10 de enero de 1980⁶. De esta forma, en su artículo 1.2 establece que *«la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado»*, y en el párrafo 3º de ése mismo artículo el legislador se inventa su propia definición de radiodifusión al proclamar que *«se entiende por radiodifusión la producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas a través de ondas o mediante cables, destinadas mediata o inmediatamente al público en general o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios»*.

De esta última definición de radiodifusión se pueden extraer dos consecuencias:

En primer lugar, el legislador ha desgajado el concepto de televisión del de radiodifusión, al limitar esta última a la *«producción y difusión de sonidos»*.

Por otra parte, el concepto de radiodifusión del Convenio de Málaga-Torremolinos, que como hemos apuntado con anterioridad se refiere solamente a los servicios emitidos mediante soporte radioeléctrico destinados a ser recibidos por el público en general, también se ve conculcado por la definición del art. 1.3 del ERTV ya que éste incluye tanto el soporte radioeléctrico como el cable.

De lo anteriormente expuesto se pueden extraer, a grandes rasgos, una serie de conclusiones:

Por una parte, el concepto de radiodifusión se nos antoja demasiado limitado, ya que sólo contempla los fenómenos de la radio y la televisión bajo el soporte de ondas radioeléctricas, excluyendo, por tanto, otros soportes como el cable.

Por otra parte, hemos intentado recalcar el carácter anfibológico que tiene el término radiodifusión, según sea el empleado en el ERTV (sólo referido a la radio, e incluyendo tanto la realizada en bajo soporte radioeléctrico como mediante cables) o el empleado en la LOT de 1987 y en la LGT de 1998, que incluye tanto la radio como a la televisión pero sólo bajo el soporte técnico de las ondas radioeléctricas.

El presente trabajo se limitará al estudio del panorama competencial de la radiodifusión en España, es decir, a la radio y la televisión que utilizan el soporte técnico de las ondas radioeléctricas, desechando por tanto, entre otras, la televisión por cable.

A continuación realizaremos un estudio más pormenorizado de los citados medios de radiodifusión.

⁶ En adelante ERTV.

III. La radio

1. *Concepto*

Con el termino «radio» denominamos coloquialmente al medio de comunicación social que consiste en la transmisión de señales sonoras destinadas a ser recibidas por el público en general⁷.

Como intentamos aclarar en la introducción del presente artículo, nos limitaremos al estudio de los medios de difusión que utilizan el soporte técnico de las ondas radioeléctricas, es decir, de la llamada radiodifusión. En concreto, este apartado se concibe como una aproximación a la radiodifusión sonora, esto es, a la radio⁸.

La radio como medio de difusión aparece en España a mediados de los años 20 con la creación de las primeras emisoras de radiodifusión sonora: Radio ibérica en 1923 y Radio Castilla en 1926. El inicio de las emisiones de televisión en 1956 no supuso una debacle para la radio. Muy al contrario, la radio se adaptó a las nuevas circunstancias y combatió a su nuevo competidor utilizando sus ventajas comparativas, entre las que podemos destacar las siguientes:

En primer lugar, la radio es un medio de difusión más vivo. De esta forma, ante un acontecimiento relevante e inesperado, la radio reacciona con más rapidez que la televisión, no solamente porque se sirve de medios técnicos más dinámicos, sino también porque su programación es más flexible y está por tanto abierta a las contingencias de la actualidad informativa.

Por otra parte, la radio es un medio de difusión al alcance de cualquier usuario y que se puede compaginar con todo tipo de actividades, incluidas las laborales. Por tanto, en la actualidad, la vigencia de la radio está fuera de toda duda.

La LOT de 1987 distingue, en su art. 26^º, tres modalidades de radio:

En primer lugar los servicios de radiodifusión sonora de onda corta y de onda larga, que serán explotados directamente por el Estado o sus entes públicos.

En segundo lugar los servicios de radiodifusión sonora de onda media que podrán revestir las siguientes modalidades:

a) Explotación mediante gestión directa por parte del Estado o de sus Entes Públicos.

⁷ Definición que aparece en el artículo de C. CINCHILLA MARÍN, *El régimen jurídico de la radiodifusión sonora*, en la obra colectiva «Derecho de las telecomunicaciones», La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 597.

⁸ La expresión «radiodifusión sonora» aparece en el art. 26.1 de la LOT.

⁹ Recordar que el citado artículo 26 junto a los artículos 25, 36.2 y la disposición adicional sexta son los únicos que mantienen su vigencia tras la aprobación de la LGT de 1998.

b) Explotación por gestión indirecta mediante concesión administrativa estatal a través de personas físicas o jurídicas.

Por último, existirían los llamados servicios de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, que podrán revestir cualquiera de las siguientes formas:

a) Explotación mediante gestión directa por las Administraciones Públicas o sus Entes Públicos con competencia en la materia, es decir, Estado y Comunidades Autónomas.

b) Explotación por gestión indirecta mediante concesión administrativa por parte de las Corporaciones Locales.

c) Explotación por gestión indirecta mediante concesión administrativa a través de personas físicas o jurídicas.

En esta última modalidad de radio es donde se han producido más conflictos entre la Administración Central del Estado y las distintas Administraciones Autonómicas.

No hay que olvidar que en las dos primeras modalidades de radio se alude directamente al Estado, esto es, el Estado es competente en materia de onda corta, media y larga. Sin embargo, en la tercera modalidad de radio (ondas métricas con modulación de frecuencia), desaparece toda mención al Estado y en su lugar se apunta a las «*Administraciones Públicas con competencia en la materia*», Administraciones que no pueden ser otras que las Comunidades Autónomas.

2. La radio en la Constitución

El vocablo «radio» sólo aparece directamente en el art. 149.1.27 de la CE¹⁰, e indirectamente en el art. 149.1.21 que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Radiocomunicación. Estos dos artículos, encuadrados dentro del reparto competencial que dibuja la Constitución en su capítulo III del Título VIII, serán estudiados con mayor detenimiento en el apartado relativo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los citados preceptos.

¹⁰ En concreto, el citado precepto estipula que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las CCAA.

Por otra parte, son varios los artículos de la Constitución que inciden en el régimen jurídico de la radiodifusión sonora. Así, el derecho fundamental descrito en el art. 20 de la Constitución se ha interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un doble sentido¹¹: por un lado, como libertad de expresión (art. 20.1 a), y por otro lado, como derecho de información, tanto pasivo (derecho a recibir información), como activo (derecho a comunicar información).

En el campo de la radio y la televisión, jugarían un papel fundamental por un lado la libertad de expresión concebida como el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción»¹² y por otro lado el derecho activo a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El artículo 38 de la CE, interpretado a la luz de los artículos 128 y 131 de la CE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional proyectaría también una influencia crucial sobre el régimen jurídico de la televisión y en menor medida de la radio¹³. Es indudable que la libertad de expresión no puede ser ejercitada de una forma efectiva si no existe la posibilidad de crear los medios técnicos para que ésta se pueda cristalizar¹⁴. Y también no es menos cierto que la Constitución en ningún momento se decanta por un sistema donde prime la libre creación de medios de radiodifusión ni por un sistema donde sea el Estado el que ostente la titularidad del servicio público y gestione, bien directamente o indirectamente a través de concesionarios, la realización del servicio público.

Si bien como hemos señalado en el párrafo anterior la Constitución es flexible en cuanto al régimen de creación y gestión de los medios de radiodifusión, el legislador sí ha apostado firmemente por una radiodifusión concebida como servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado¹⁵. Según nuestro

¹¹ Vid. STC 105/1983 de 23 de noviembre.

¹² El ya citado art. 20.1 a) de la CE.

¹³ En concreto, la STC 37/1981 de 16 de noviembre viene a establecer que la libertad de empresa propugnada en el art. 38 es perfectamente compatible con las limitaciones al mercado que pueda fijar la Administración, como es el caso de las autorizaciones y concesiones administrativas, siempre que estén debidamente justificadas.

¹⁴ La STC 12/1982 de 31 de marzo establecía en su fundamento jurídico 3º que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.

¹⁵ En este sentido, y a título de ejemplo, podemos citar el art. 1.2 del ERTV que establece que «*la radiodifusión* (recordemos que en esta ley el termino radiodifusión se refiere exclusivamente a la radio) *y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado*».

Tribunal Constitucional esta decisión del legislador es legítima, ya que el legislador se ha limitado a apostar por un sistema que en ningún momento la Constitución preestablece¹⁶.

3. *Nociones generales sobre el régimen competencial en materia de radiodifusión*

El sistema de distribución de competencias en materia de radio y televisión entre el Estado y las Comunidades Autónomas está construido sobre la base de los artículos 149.1.21 (telecomunicaciones y radiocomunicación) y el 149.1.27 (medios de comunicación social) de la Constitución.

Antes de entrar a estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional e intentar dibujar cómo queda el reparto competencial entre estas dos Administraciones, debemos hacer especial hincapié en la diferente naturaleza de los preceptos constitucionales citados, pues de ello derivan importantes consecuencias.

De esta forma, el art. 149.1.21 de la CE establece la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones y radiodifusión. Por otra parte, el art. 149.1.27 de la CE estipula que el régimen de prensa, radio y televisión, y en general de todos los medios de comunicación social, es compartido entre el Estado (normativa básica) y las Comunidades Autónomas (desarrollo legislativo y ejecución).

El problema fundamental se suscita en el segundo de los citados preceptos, y más en concreto en cómo trazar el límite entre lo que se considera legislación básica del Estado y lo que no lo es.

En primer lugar debemos precisar que el concepto de «normas básicas» utilizado en el art. 149.1.27 de la CE no tiene nada que ver con el de «leyes de bases» reguladas en los artículos 82 y 83 de la CE ni con las leyes de delegación del art. 150.1 de la CE, pues éstas últimas son casos de delegación legislativa, mientras que en el concepto de «normas básicas» no existe tal delegación, sino más bien una atribución directa de competencia normativa de desarrollo a las Comunidades Autónomas realizada por la propia Constitución y recogida, como no podría

¹⁶ De esta forma, la STC 12/1982 de 31 de marzo, que resuelve un recurso de amparo sobre el ejercicio a gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de televisión, establece en su fundamento jurídico 6º que la llamada televisión privada no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la CE. Con mayor rigor, establece el Tribunal Constitucional que «*su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley Orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (artículo 81 de la CE) y siempre que, y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo...*»

ser de otra forma, por los Estatutos de Autonomía¹⁷. Esto explica que la Comunidad Autónoma pueda dictar su propia normativa de desarrollo sin esperar a que el Estado establezca la normativa básica.

Pero ¿cómo se traza ese límite entre lo que es normativa básica y lo que no lo es? Esta delimitación se puede intentar desde dos perspectivas diferentes:

Desde un punto de vista material, en el que lo básico sería el común denominador normativo, que a través de una regulación uniforme y directamente aplicable, protege el interés general. Aquí sólo se podría deducir el contenido básico de la regulación, por lo cabría la posibilidad de discutir el contenido básico definido expresamente por una norma.

Por otro lado, desde un punto de vista formal, sería el legislador quien señalaría expresamente lo básico. Desde esta perspectiva, no cabría el juicio anterior sobre si se trata de normativa básica o no, ya que lo básico vendría declarado expresamente por la norma.

El Tribunal Constitucional, desde el principio, se decantó por una concepción material de la normativa básica¹⁸, aunque a lo largo de estos años el Tribunal Constitucional ha ido matizando y redefiniendo la concepción material de lo básico.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1989 establece los siguientes requisitos para que un precepto se entienda como normativa básica:

En primer lugar, que su contenido suponga un común denominador normativo, pero que en ningún caso *vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas*.

Por último, la normativa básica debe revestir, en principio, la forma de ley. Esto no quiere decir que el reglamento no pueda operar en el ámbito de lo básico. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, en su FJ 2º establece que (...) *lo que, sin embargo, no podrá hacer el Gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia (...) Aunque el Gobierno pueda regular la materia básica para completarla, necesita para ello que la definición de lo básico conste previamente en normas legales postconstitucionales o al menos que de la ley preconstitucional pueda inferirse cuáles sean las bases de la materia en cuestión (...)*

¹⁷ Vid. para un estudio más en profundidad sobre la materia, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Cívitas, Madrid 1997, pp. 288 y ss. y la STC de 28 de julio de 1981.

¹⁸ De esta forma, la STC 32/1981, en su FJ 6º señala que (...) *principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, (...) que racionalmente, se deducen de la legislación vigente*.

Realicemos, finalmente, una breve alusión a cómo han asumido los distintos Estatutos de Autonomía la competencia sobre radiodifusión.

A grandes rasgos, podemos distinguir dos grandes etapas:

Una etapa anterior a 1992¹⁹, en la cual el alcance de la competencia sobre radiodifusión sonora variaba según la Comunidad Autónoma. Así, Comunidades Autónomas como el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia, Canarias y Baleares tenían ya antes de 1992 competencia para regular, crear y mantener su propia radio.

Por otra parte, La Rioja, Extremadura y Castilla-León asumían la competencia sobre radiodifusión de una forma más limitada pero con la posibilidad de llegar al nivel competencial de las Comunidades Autónomas citadas en el párrafo anterior transcurridos 5 años y mediante la aprobación de una Ley Orgánica de transferencias.

Por último, Asturias, Cantabria, Murcia, Castilla-La Mancha y Madrid no mencionan en sus respectivos Estatutos de Autonomía directamente la radiodifusión, sino que utilizan el término más genérico de medios audiovisuales.

También es de destacar la referencia que realizan los Estatutos de Autonomía (salvo el del País Vasco) al ERTV, utilizando normalmente la fórmula «*en los términos y casos establecidos en la ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión*», que viene a limitar sustancialmente las competencias asumibles por las Comunidades Autónomas sobre esta materia. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta remisión no es una mera frase hecha, sino que se trata de un mecanismo que como señalábamos anteriormente ha supuesto una disminución de las competencias autonómicas sobre radio y televisión, hasta el punto de convertir en competencias compartidas competencias que por su naturaleza bien podrían tener el calificativo de exclusivas de las Comunidades Autónomas²⁰.

La Ley Orgánica 9/1992, consecuencia de los pactos autonómicos entre el Gobierno y los partidos políticos mayoritarios, significó un aumento de las competencias de las Comunidades Autónomas creadas al amparo del art. 143 de la Constitución hasta igualarse con las Comunidades Autónomas nacidas a través del artículo 151.2 de la Constitución.

¹⁹ Para una descripción de la situación anterior a 1992, vid. E. GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1991.

²⁰ En este sentido, vid. el artículo de C. CHINCHILLA MARÍN, *Régimen jurídico de la radiodifusión sonora op. cit.*, pp. 605 y ss. Como opinión en contrario, vid. E. GARCÍA LLOVET, *Régimen jurídico de la radiodifusión op. cit.*, pp. 231 y ss.

4. Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de radio

Los casos promovidos ante el Tribunal Constitucional en materia de radiodifusión sonora son escasos, y se refieren a la tercera modalidad de radio del art. 26 de la LOT, es decir, a la de ondas métricas con modulación de frecuencia.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 26/1982 de 24 de mayo y 44/1982 de 8 de julio vienen a resolver conflictos de competencia prácticamente idénticos: recursos interpuestos por el Gobierno de la nación en relación a la normativa autonómica sobre concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con frecuencia modulada²¹.

En la STC 26/1982 el abogado del Estado entiende que el legislador de la Comunidad Autónoma catalana ha regulado materias reservadas a la legislación básica del Estado. En concreto, aduce el abogado del Estado los siguientes quebrantos al sistema competencial en materia de radiodifusión:

En primer lugar, y como razón principal, argumenta que no existe norma que habilite a la Comunidad Autónoma para que desarrolle la legislación básica estatal, ya que el Estatuto de Autonomía se remite al ERTV y éste nada preveía al respecto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional niega el carácter de norma habilitante de la competencia al ERTV al argumentar que la ausencia de habilitaciones expresas en dicho Estatuto no impide el desarrollo por parte de la Comunidad Autónoma de la legislación básica del Estado.

En segundo lugar se impugna también por el abogado del Estado el contenido de ordenación de las emisiones que tenían los Decretos promulgados por la Generalidad de Cataluña. En este punto el Tribunal Constitucional sí da la razón al Estado, basando su decisión en que existen compromisos internacionales que deben ser respetados y en que la planificación del espectro radioeléctrico sólo se puede realizar a nivel nacional.

Por último, el abogado del Estado también alega que la regulación de la concesión debe ser también reservada a la legislación básica del Estado, ya que de otra forma se podría conculcar la garantía de igualdad en el acceso de los particulares a la gestión indirecta del servicio con independencia del lugar de España de que se trate. Sin embargo la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional no

²¹ En concreto, la normativa autonómica impugnada eran los Decretos 82/1981 de 10 de abril y 83/1981 de 13 de abril de la Generalidad de Cataluña en el caso de la STC 26/1982 de 24 de mayo y el Decreto del Gobierno vasco 138/1981 de 14 de diciembre en el caso de la STC 44/1982. En Canarias, es el Decreto 37/1989 de 16 de marzo el que regula la concesión de emisoras de radiodifusión con modulación de frecuencia. Por otra parte también existe el Decreto 87/1991 de 29 de abril por el que se regula la concesión de emisoras municipales de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

apoyaba dicho argumento, ya que por ejemplo la STC 37/1981 de 16 de noviembre afirmaba que *cuando la norma general de las Comunidades Autónomas aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos estatutos le atribuyen competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados*.

La STC 44/1982 de 8 de julio es prácticamente calcada a la anterior, incidiendo el abogado del Estado sobre la carencia de título competencial suficiente para ordenar las emisiones²² y sobre la conveniencia de reservar la regulación de las concesiones al Estado para así garantizar la igualdad de los ciudadanos al acceso a este tipo de medios.

La única diferencia reseñable entre ambas sentencias es que aunque los Estatutos de Autonomía asumen la competencia de modo diferente²³, en la práctica las competencias de una y otra Comunidad Autónoma sobre la materia son idénticas.

De lo expuesto anteriormente se desprende que en las dos primeras modalidades de radio (onda corta y onda media y larga) existe una competencia exclusiva del Estado en el proceso de otorgamiento de concesiones, mientras que en la tercera modalidad (radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia), la competencia es compartida. El deslinde entre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas quedaría de la siguiente forma:

Serán competencias del Estado las normas relativas a la delimitación de la utilización del espectro radioeléctrico, las normas que regulen las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio, la elaboración de planes nacionales, la fijación de las condiciones técnicas y la inspección y control de las mismas.

Por otra parte, corresponderán a las Comunidades Autónomas la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en frecuencia modulada y el otorgamiento de concesión de instalación y funcionamiento de las

²² Al respecto, el abogado del Gobierno Vasco argumentaba que el art. 20 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece que corresponde al Gobierno Vasco la competencia para ejecutar «*los Tratados y convenios en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia en el Estatuto*». Este argumento se nos antoja poco sólido, ya que la ordenación del espectro radioeléctrico, no sólo por razones de cumplimiento de acuerdos internacionales, sino por razones puramente técnicas, no puede ser realizada desde un ámbito territorial tan reducido.

²³ De esta forma, en el Estatuto de Autonomía catalán (art. 16.3) se hace una alusión al ERTV mientras que el Estatuto de Autonomía vasco (art. 19.3) no se refiere a este texto legal.

mismas, así como la regulación de los procedimientos de adjudicación, siempre, claro está, respetando las condiciones básicas establecidas por el Estado.

IV. La televisión

1. Concepto

Al igual que la radio, la televisión es un medio de radiodifusión, aunque ya hemos señalado que dicho concepto no es del todo satisfactorio ya que no engloba las distintas clases de televisión existentes en la actualidad.

El art. 25 de la LOT de 1987, no derogado por la LGT de 1998 califica tanto a la radio como a la televisión de servicios de difusión, concepción ésta más amplia que la de radiodifusión, que se limita a el soporte radioeléctrico. El art. 25.2 párrafo 2º de la LOT de 1987 define a la televisión como *«la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio»*.

Esta definición sí es lo suficientemente amplia como para englobar a los distintos tipos de televisión, ya que no se limita a la televisión convencional de soporte radioeléctrico, sino que nombra expresamente a la televisión por cable y por satélite e incluso abre la puerta a otras formas que puedan surgir (*«... o por cualquier otro medio»*).

Sin embargo debemos insistir en el hecho de que el presente artículo se limita al estudio de la radio y televisión que utilizan el soporte técnico radioeléctrico.

2. La problemática particular de la televisión: la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal

La televisión, al igual que la radio, es un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado²⁴.

²⁴ En este sentido, el art. 1.2 del ERTV establece que *la radiodifusión (por radio) y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado*. Asimismo, el art. 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1983 reguladora del tercer canal de televisión (en adelante LTCanal) propugna que *«se autoriza al Gobierno para que tome las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión de titularidad estatal y para otorgarlo, en régimen de concesión...»*.

Por otro lado, la Ley de 3 de mayo de 1988 de Televisión Privada (en adelante LTPrivada) por la que entran las empresas privadas en régimen de gestión indirecta en el sector televisivo,

La calificación de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, calificación que por otra parte encuentra su cobertura en el art. 128.2 de la Constitución española²⁵, ha provocado una incesante polémica doctrinal que dura hasta nuestros días.

Dicha calificación, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁶, ha supuesto en la práctica un monopolio estatal sobre la televisión hasta la Ley de LTPrivada de 1988, limitando la oferta televisiva de cobertura nacional a dos canales y situando a nuestro país en el vagón de cola del tren audiovisual europeo.

El hecho de que la radiodifusión y la televisión sean servicios públicos esenciales de titularidad estatal, ha supuesto, en la práctica, que las Comunidades

establece en su art. 1 que *«es objeto de la presente Ley regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado»*.

Las más recientes Leyes 41/1995 de 22 de diciembre de televisión local por ondas terrestres (en adelante LTLocal) y 42/1995 de 22 de diciembre de las Telecomunicaciones por cable (en adelante LTCable), esta última derogada en su mayor parte por la LGT de 1998, utilizan la calificación más escueta de «servicio público».

Por último, y como única excepción, la Ley 37/1995 de 12 de diciembre de Telecomunicaciones por Satélite (en adelante LTSatélite), sin seguir la línea de su predecesora, la Ley 35/1992 de 22 de diciembre de Televisión por Satélite, declara de forma expresa en su art. 1.1 que *«los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público»*. Ello no quiere decir que la televisión por satélite no sea un servicio público, ya que el art. 4 de la LTSatélite de 1995 sobre servicios no incluidos establece que *«lo dispuesto en la presente ley no será de aplicación a la prestación de los siguientes servicios, aunque para ello se utilicen en parte redes de telecomunicación por satélite»*, y entre estos servicios se citan expresamente:

a) Los servicios de radiodifusión sonora terrenal.

b) Los servicios de difusión de televisión contemplados en el ERTV, LTCanal y LTPrivada. Sin embargo, este artículo ha sido derogado por la LGT de 1998.

²⁵ El citado precepto constitucional estipula que *«se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general»*.

²⁶ Vid. la ya citada STC 12/1982 de 31 de marzo en la que el Tribunal Constitucional fundamenta la imposibilidad de que Antena 3 pueda tener su propia cadena de televisión en el hecho de que aunque la Constitución no prohíbe expresamente la creación de canales de televisión por parte de los particulares, tampoco lo impone, por lo que la implantación de la televisión privada es una decisión que queda en manos del legislador, es decir, se trataría de una decisión política.

Autónomas no puedan ser titulares de canales de televisión y que sólo puedan acceder a su gestión indirecta mediante concesión administrativa.

Esta titularidad del Estado se ha intentado explicar por razones técnicas, argumentando que es el Estado quien tiene la competencia exclusiva sobre el otorgamiento de frecuencias (art. 149.1.21 CE) y por lo tanto debe ser éste el titular del servicio.

Sin embargo, esta razón que sí se puede entender en cuanto a la competencia exclusiva del Estado en materia de radiocomunicación, se nos antoja insuficiente a la hora de explicar la calificación de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal. De hecho, habría sido más natural acudir no al régimen concesional, sino a la autorización administrativa, instrumento suficiente para de una parte lograr una correcta ordenación de nuestro espectro radioeléctrico y de esta forma cumplir nuestros compromisos internacionales y por otra parte evitar el corsé que puede suponer la gestión indirecta de un servicio público.

Pero no es materia del presente artículo el estudio de los límites a la creación de medios de comunicación ni la constitucionalidad o no de la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal²⁷. Más bien, nos limitaremos al estudio del marco competencial de la radiodifusión, y en concreto, y por lo que respecta a este epígrafe, de la televisión.

Para intentar lograr este objetivo, y partiendo del hecho de que la televisión no es una materia homogénea, intentaremos dibujar el reparto competencial entre las distintas Administraciones estudiando los distintos tipos de televisión de soporte radioeléctrico existentes en la actualidad.

3. Aspectos generales del régimen competencial de la radiodifusión

Al igual que en la radiodifusión sonora, el reparto competencial en materia de televisión se basa en lo establecido en los artículos 149.1.21 y 149.1.27 de la Constitución española. El primero se ocuparía de los aspectos técnicos de la transmisión, que serían competencia exclusiva del Estado, mientras que el art. 149.1.27 incidiría sobre la televisión como medio de comunicación social. Este último artículo reconocería al Estado la capacidad de dictar la normativa básica sobre la materia y a las Comunidades Autónomas las facultades sobre su desarrollo y ejecución.

²⁷ Para un estudio en profundidad sobre la constitucionalidad de la declaración de la televisión como servicio público vid. J.C. LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid 1994, pp. 209 y ss.

El juego de ambos preceptos se debe interpretar siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁸, que establece que ambos preceptos se limitan y contraponen entre sí, *impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos*.

A continuación examinaremos cómo queda plasmada la distribución competencial en los distintos tipos de televisión que utilizan el soporte radioeléctrico.

4. La televisión pública estatal

Desde que en 1956 empezaron las emisiones televisivas de una forma regular hasta 1988, año en el que se promulga la LTPrivada, la televisión funcionó en un régimen de monopolio estatal gestionado exclusivamente por el Poder Central. Sí es verdad que este monopolio estatal se vio en cierta forma disminuido con la aprobación de la LTCanal, que contemplaba la posibilidad de que a las Comunidades Autónomas se les otorgara un canal de televisión de titularidad estatal mediante una concesión.

En la actualidad, la oferta de canales de la televisión pública estatal se limita a dos canales de cobertura nacional (TVE-1 y La 2) y a una serie de canales que utilizan el satélite HISPASAT.

La televisión pública estatal está gestionada directamente por el Ente Público de Radio Televisión Española (RTVE)²⁹, según establece el art. 5.1 del ERTV³⁰.

Se trata de un ente dotado de personalidad jurídica propia y constituido con capital estatal³¹, aunque no es reconducible ni a la figura de organismo autónomo

²⁸ Vid. STC 168/1993 de 28 de mayo, FJ 4°.

²⁹ Para profundizar en el estudio de la organización y régimen jurídico de la televisión estatal, vid. J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP, Madrid 1984, pp. 235 y ss.

³⁰ Este artículo, tras la nueva redacción establecida por la Disposición Adicional 5.2 de la LOT de 1987 establece que *«la gestión directa de los servicios públicos de radiodifusión y de televisión se ejercerá a través del Ente Público de Radio Televisión Española»*. En concreto, el art. 17 en sus apartados uno y dos encarga la gestión del servicio de radiodifusión (recordemos una vez más que el ERTV utiliza el vocablo «radiodifusión» referido únicamente a la radio) a dos sociedades estatales (Radio Nacional de España y Radio Cadena Española), y la gestión del servicio público de televisión a la sociedad estatal denominada Televisión Española.

³¹ En este sentido, el art. 18 ERTV establece que *el capital de las sociedades a que se refiere el artículo anterior será íntegramente estatal, pertenecerá en su totalidad al Ente Público RTVE y no podrá enajenarse, hipotecarse, gravarse, pignorar o cederse en cualquier forma onerosa o gratuita*.

ni a la de sociedad estatal³². En concreto, la Disposición Adicional 10ª.1 de la LOFAGE lo sitúa junto a aquellos organismos que tienen un régimen jurídico específico (un ejemplo en este sentido sería la Comisión Nacional del Mercado de Valores).

Pero lo que diferencia al Ente Público de RTVE de otras figuras afines es su estructura orgánica. Sus órganos serían los siguientes: Consejo de Administración, Consejeros Asesores de RNE, RCE³³ y TVE³⁴.

En concreto, el Consejo de Administración está compuesto por 12 miembros elegidos para cada legislatura por mitades por el Congreso y el Senado, mediante mayoría de dos tercios y entre personas de relevantes méritos profesionales³⁵. Esta elección parlamentaria choca frontalmente con el sistema empleado en otros órganos, cuyos miembros son elegidos directamente por la Administración. Entre sus funciones principales destacaremos la de emitir su parecer (no vinculante) sobre el nombramiento del Director General, fijar los principios básicos y las líneas generales de la programación de RTVE a propuesta del Director General y determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos políticos y sociales significativos³⁶.

El órgano consultivo estaría compuesto por los llamados consejos asesores, cuya misión sería la de redactar dictámenes en apoyo de las demandas del Consejo de Administración³⁷.

El órgano ejecutivo estaría constituido por el Director General del Ente Público³⁸. Su nombramiento sí corresponde al Gobierno, y este hecho, unido a las importantes competencias que desempeña en el plano de la contratación, planificación de los programas y nombramiento del personal directivo, empañan la neutralidad política que debería presidir a toda Televisión Pública.

³² Vid. para profundizar más sobre esta materia F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID «*Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*», INAP, Madrid 1987.

³³ En relación con RCE es necesario señalar que mediante el Real Decreto 895/1988 de 20 de julio esta cadena se fusionó con RNE.

³⁴ Vid. art. 6 ERTV.

³⁵ Vid. art. 7 ERTV.

³⁶ La relación completa de las competencias del Consejo de Administración se encuentra en el art. 8 del ERTV.

³⁷ En relación con los Consejos Asesores, J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, editor, en el libro «*La televisión pública en la Unión Europea*», McGraw-Hill, Madrid 1996, p. 215, señala la paradoja de que estos consejos no se hayan constituido hasta la fecha. En el mismo sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «*El paisaje televisivo en España*», Aranzadi, Pamplona 1997, p. 75.

³⁸ Su regulación aparece en los artículos 10 a 12 del ERTV.

Por último, y ya en el plano de la organización territorial de RTVE³⁹, señalar la existencia de un Delegado Territorial en cada Comunidad Autónoma, nombrado por el Director General del Ente Público, asistido por un director de cada una de las sociedades (TVE y RNE), nombrado también por el Director General, y asistidos por un Consejo Asesor nombrado por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Vista la distribución de competencias existente en la televisión pública de cobertura nacional, queda patente la escasa independencia del Ente Público frente al poder político de turno, con el consiguiente peligro de deformar la información por motivos electoralistas, creando corrientes de opinión afines al partido en el poder.

5. La televisión autonómica

El art. 2.2 del ERTV prevé que *el Gobierno podrá conceder a las Comunidades Autónomas, previa autorización por Ley de las Cortes Generales, la gestión directa de una canal de televisión de titularidad estatal que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma.*

Este régimen concesional previsto en el ERTV se vino a plasmar con la Ley 46/1983 de 26 de diciembre reguladora del tercer canal que establece en su art. 1º que *se autoriza al Gobierno para que tome las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de televisión de titularidad estatal y para otorgarlo, en régimen de concesión, en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, previa solicitud de los órganos de gobierno de éstas, y en los términos previstos en los respectivos Estatutos de Autonomía, en el ERTV, en sus disposiciones complementarias de orden técnico y en la presente Ley.*

En la actualidad sólo seis Comunidades Autónomas (Cataluña, País Vasco, Galicia, Valencia, Andalucía y Madrid) tienen televisión autonómica. Sin embargo, no nos encontramos ante una asunción de competencias homogéneas por parte de las Comunidades Autónomas, debido, fundamentalmente, a una serie de factores:

En primer lugar, sólo las Comunidades Autónomas constituidas de acuerdo con el art. 151.2 de la Constitución tenían, en principio, competencias para tener televisión autonómica. Tras la Ley Orgánica 9/1992 de Transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por el art. 143 de la Constitución, se igualan con las del art. 151.2⁴⁰.

Por otro lado, y dentro de las Comunidades Autónomas del 151.2 de la Constitución, podemos distinguir dos grupos:

³⁹ Vid. artículos 13 a 15 del ERTV.

⁴⁰ En concreto, el art. 3 e) de la LO 9/1992 transfiere a estas Comunidades Autónomas competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social.

El constituido por la Comunidad Autónoma de Cataluña, Galicia y Andalucía, que asumen en sus Estatutos de Autonomía la posibilidad de regular y crear su propia televisión, radio, prensa y en general todos los medios de comunicación social, *en los términos y casos establecidos en la Ley que regula el ERTV*.

Aquí se da una autolimitación de las competencias asumibles por los Estatutos de Autonomía, seguramente no deseada por el legislador autonómico, debida a esta remisión que realiza el Estatuto al ERTV. Como ya hemos señalado, el art. 1.2 del ERTV declara a la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, y en su art. 2.2 establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen una televisión autonómica previa concesión estatal.

A esta misma conclusión ha llegado el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 26/1982 establece que la remisión que hacen los Estatutos de Autonomía al ERTV *viene a limitar la asunción de la competencia por parte de la Generalidad (se refiere al Gobierno catalán), al mantener dicho estatuto, como se desprende del análisis de su contenido, la titularidad y la gestión estatales de determinados medios de comunicación social dentro de la Comunidad Autónoma aunque la actividad se concrete al ámbito regional, comarcal o incluso local, y reservar en cualquier caso al Estado competencias concretas en la fase de desarrollo legislativo y ejecutivo, con lo que unas competencias que constitucionalmente habrían podido ser asumidas de modo exclusivo por la Comunidad catalana, se han convertido en unas competencias compartidas con el Estado*.

Sin embargo, también es necesario señalar que la citada sentencia del Tribunal Constitucional matiza este razonamiento al decir que esta restricción estatutaria no puede interpretarse de modo que vacíe de contenido la asunción competencial de las Comunidades Autónomas.

El Estatuto de Autonomía del País Vasco no realiza ninguna referencia al ERTV, con lo que no ha sufrido esta autolimitación descrita en párrafos anteriores. En coherencia con el art. 19.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, dicha Comunidad se dotó de dos canales autonómicos (ETB-1 y ETB-2) que no requirieron la previa obtención de una concesión estatal. Esta situación choca frontalmente con lo establecido en el art. 1.2 del ERTV, pues la titularidad estatal sobre el servicio público de la televisión conllevaría la previa concesión estatal para el normal funcionamiento de dichos canales.

No fue ésta la única irregularidad en este sentido. Así, el Canal 33 en Cataluña (que junto a TV-3 conforman la oferta de televisión autonómica en dicha Comunidad), se puso en funcionamiento sin que mediase concesión estatal alguna, y por el Real Decreto 532/1988 de 20 de mayo se concedió a la Comunidad Autónoma de Madrid la gestión de un canal regional, sin que en teoría tuviese competencia suficiente para ello⁴¹.

⁴¹ No hay que olvidar que la Comunidad Autónoma de Madrid se constituyó por la vía del art. 143 de la Constitución.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Canarias, el tema de la televisión autonómica está de plena actualidad, ante las expectativas de su próxima creación. Este proyecto se está encontrando con numerosos escollos, sobre todo de índole político, económico y jurídico. En cuanto a los últimos, reseñar la obligación que impone la Ley 46/1983 del Tercer Canal de que sean las Comunidades Autónomas las que gestionen directamente su televisión autonómica, lo que supone un obstáculo importante ante la escasez de medios con que cuenta nuestra Autonomía.

Por último se plantea la cuestión sobre la conveniencia de acudir al régimen concesional para regular el tercer canal, consecuencia directa, no olvidemos, de la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal.

Esta elección ha sido ampliamente criticada en la literatura científica⁴², en base a una serie de razones:

En primer lugar, porque existen técnicas de gestión más acordes con los problemas que suscita la televisión autonómica, como es el caso de la autorización administrativa. Dicha autorización se limitaría a controlar todas las cuestiones técnicas, y en especial, las relativas a la utilización del espectro radioeléctrico.

Por otra parte, es extraño que se haya acudido a la técnica concesional cuando los principios generales de esta concesión en concreto, establecidos en los arts. 1 a 7 de la Ley 46/1983 reguladora del tercer canal, poco tienen que ver con el régimen jurídico general de una concesión, pues el Estado, como titular que es del servicio, apenas tiene potestades en cuanto a la dirección y control de la televisión autonómica.

Por último, esta titularidad estatal sobre el servicio público de la televisión y el consiguiente régimen concesional han impedido la privatización de la gestión de estos canales de televisión, como de forma precisa estipula el art. 6 párrafo 2º de la Ley 46/1983 reguladora del tercer canal⁴³.

6. La televisión privada

La Ley 10/1988 de Televisión privada de 10 de marzo reguló la gestión indirecta de un servicio público esencial de titularidad estatal⁴⁴: la televisión por on-

⁴² Vid., entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Vol. III: La televisión*, Cívitas, Madrid 1998, pp. 45 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El paisaje...* op. cit. pp. 62 y ss. y C. GAY FUENTES, *La gestión autonómica de la televisión en Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid 1997, Pags. 476 y ss.

⁴³ El mencionado precepto estipula que *la gestión que se concede no podrá ser transferida bajo ninguna forma, total o parcialmente a terceros, correspondiendo directa e íntegramente el desarrollo de la organización, ejecución y emisión del tercer canal a la Sociedad Anónima constituida al efecto en cada Comunidad Autónoma.*

⁴⁴ En este sentido, vid. el ya mencionado art. 1 de la LTPrivada.

das. De esta forma, irrumpían en la televisión hertziana de cobertura nacional tres nuevos operadores (Antena 3, Canal + y Telecinco), con lo que se acababa con un sistema monopolístico estatal desfasado.

La importancia de esta ley en cuanto al plano competencial es más bien escasa. Mayor interés tendría explicar la conveniencia de acudir al régimen concesional, pero creemos que este tema ha sido tratado suficientemente en el apartado anterior.

Sin embargo, no podemos obviar la dimensión regional que tiene la televisión privada. El art. 4.2 de la Ley 10/1988 de televisión privada dispone que *la concesión deberá, asimismo, prever la emisión de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de televisión Privada*⁴⁵.

Pues bien, esta obligación que impone la Ley ha sido incumplida por dos de las tres empresas concesionarias (Tele5 y Canal +). Por otra parte, los ámbitos territoriales relacionados en el Anexo I del Plan Técnico nacional de la Televisión Privada no coinciden con el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas. De esta forma, y a modo de ejemplo, la zona primera está constituida por Aragón, La Rioja y Navarra.

En el caso de Canarias (zona décima), Antena 3, única cadena privada que respeta el contenido regional que debe tener parte de su programación, no observa la delimitación zonal del Anexo I del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, al emitir programas de ámbito provincial.

7. La televisión local por ondas radioeléctricas

Antes de la promulgación de la Ley 41/1995 de Televisión Local por ondas de 22 de diciembre, la situación audiovisual en España en el ámbito local era caótica. La realidad hablaba de hasta 500 emisoras de televisión local⁴⁶, todas ellas, por supuesto, piratas, ya que la legislación de la época no contemplaba esta forma de televisión⁴⁷.

Esta situación produjo una interesante batalla jurídica entre la Administración y los gestores de las televisiones locales, a la cual el Tribunal Constitucional

⁴⁵ Estos ámbitos territoriales aparecen en el Real Decreto 1362/1988 de 11 de noviembre por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, concretamente en el Anexo I.

⁴⁶ Este dato aparece en el voto particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera respecto de la STC 88/1995 de 6 de junio, citando datos periodísticos.

⁴⁷ El ERTV, la LTcanal, y la LTprivada nada establecían respecto a la posibilidad de que pudiera existir una televisión de ámbito local.

intentó dar solución, no sin apartarse, de cierta forma, de la línea jurisprudencial iniciada por la ya citada sentencia 12/1982 de 31 de marzo.

El primer atisbo de cambio jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la doctrina que sostenía en relación con las implicaciones de la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, se encuentra en la sentencia 206/1990 de 13 de diciembre.

En esta sentencia, tras trazar la clásica diferencia con respecto al art. 20 de la Constitución entre derechos primarios y derechos instrumentales (como el derecho de creación de medios de comunicación), en los que el legislador tendrá mayor libertad a la hora de planificarlos, matiza la línea jurisprudencial anterior al decir que *la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar (en términos de igualdad y efectividad) determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos (los de comunicar libremente el pensamiento y la información) que la publicatio limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar.*

Esta afirmación del Tribunal Constitucional supone una pequeña revolución frente a la anterior afirmación de que la declaración de un servicio como servicio público era una simple decisión de política legislativa.

El giro jurisprudencial se siguió trazando con la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 que trataba sobre un recurso de amparo entablado por una emisora de televisión local por cable que veía conculcado su derecho a emitir según el art. 20 de la Constitución. Sobre esta sentencia tuvo una crucial influencia una sentencia ligeramente anterior en el tiempo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸, en la cuál el tribunal, apartándose de su jurisprudencia anterior, declaró contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos el monopolio estatal de la televisión en Austria.

En concreto, la sentencia 31/1994 del Tribunal Constitucional establecía que *lo que no puede el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) de la Constitución, pues la ausencia de regulación legal comporta de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del*

⁴⁸ Nos referimos al caso *Informationsverein Lentia* del 24 de noviembre de 1993.

derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana que es ejercicio de la libertad de comunicación (...).

Por tanto, lo que el Tribunal Constitucional viene a reconocer es el derecho a emitir televisión local por cable, aún no existiendo en aquél momento una regulación sobre tal tipo de televisión, pues ve en esa inactividad injustificada por parte del legislador un atentado contra los derechos fundamentales enunciados en el art. 20 de la Constitución.

Sin embargo, ¿es este caso extrapolable a la televisión local por ondas?

En este sentido, Ricardo de Cáceres y Cassillas, abogado y asesor jurídico de la Asociación Española de Televisión Locales entiende, quizás desde una perspectiva ligeramente partidista, que sí. Apoya su tesis⁴⁹, entre otras, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 19 de octubre de 1994, que establece que *la anterior doctrina del Tribunal Constitucional sobre la televisión local por cable es plenamente aplicable a la televisión local empleando como medio técnico las ondas hertzianas, ya que también ante esta materia nos encontramos ante un vacío legal, al no estar tampoco regulada la televisión local por ondas (...)*

Este argumento nos parece poco sólido, sobre todo tras la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995 de 6 de junio, donde, refiriéndose a la STC 31/1994 dice que *el Tribunal, por tanto, no hace un pronunciamiento genérico (...)* Lo que sí constata es que, concretamente por lo que hace al que se produce con alcance total y por medio del cable, su virtual prohibición supone una vulneración del artículo 20.1 a) y d) de la CE. Más adelante, y ya refiriéndose al caso concreto de la televisión local por ondas, el Tribunal Constitucional basa su decisión de no aplicar la filosofía de la sentencia 31/1994 a dicha televisión en aspectos meramente técnicos, al sostener que (...) *las limitaciones técnicas que impone la utilización del espacio radioeléctrico por parte de un número en principio ilimitado de usuarios hace indispensable la previa regulación del medio, la cuál sólo puede ser llevada a cabo por el legislador.*

Por tanto, hay que concluir diciendo que la línea jurisprudencial establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 no es aplicable a la televisión local por ondas.

Este vacío legal existente en materia de televisión local por ondas se intentó rellenar mediante la Ley 41/1995 de Televisión Local por ondas de 22 de diciembre. Es fruto de la elección que realizó el legislador de dictar una ley particular

⁴⁹ Esta tesis aparece en R. CÁCERES Y CASSILLAS, *La ley de televisión local por ondas de 22 de diciembre de 1995 en Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, Madrid 1997, p. 587.

para cada tipo de televisión desde el punto de vista tecnológico y de ámbito de cobertura⁵⁰.

En primer lugar hay que destacar de esta ley la calificación de la televisión local por ondas radioeléctricas como servicio público⁵¹, lo que explica en parte que se haya optado por el régimen concesional, y sin embargo nada dice respecto a la titularidad estatal que caracterizaba al ERTV, LTCanal y LTPrivada.

Esta ley se caracteriza por regular la televisión local por ondas terrestres⁵², por asentarse dentro de un territorio delimitado (núcleo urbano principal de población del Municipio correspondiente)⁵³ y por tratarse de emisiones dirigidas al público sin contraprestación alguna⁵⁴.

A grandes rasgos, el régimen jurídico de la LTlocal se podría resumir en una serie de puntos.

En primer lugar, y en cuanto a las concesiones, la LTLocal prevé un número máximo de dos (art. 4), siempre que esta segunda concesión no resulte incompatible con la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Este limitado número de concesiones por ámbito territorial carece de justificación técnica, por más que así lo exponga la LTLocal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya expresó en el caso *Informationsverein Lentia, y otros, contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, que gracias a los procesos técnicos de los últimos decenios, las restricciones a la libertad de información en televisión no pueden fundarse en consideraciones ligadas al número de frecuencias y de canales disponibles. Por otra parte, es todavía más gráfica la afirmación del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera formulada en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995 de 6 de junio, en la que dice textualmente «*a mi entender, y según las informaciones obtenidas de los especialistas en la materia, la televisión local por*

⁵⁰ Fruto de este modus operandi fueron la citada LTlocal, la Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por satélite de 12 de diciembre y la Ley 42/1995 de 22 de telecomunicaciones por cable de 22 de diciembre, éstas dos últimas derogadas por la LGT de 1998.

⁵¹ Esta calificación aparece en el art. 2 de la LTlocal.

⁵² Definida en el art. 1 de la LTlocal como *la emisión o transmisión de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas (o radioeléctricas, que es lo mismo) propagadas por una estación transmisora terrenal en el núcleo urbano principal de población del Municipio correspondiente.*

⁵³ Vid. art. 3 LTlocal.

⁵⁴ Para profundizar sobre el régimen jurídico de la Televisión por ondas radioeléctricas, vid. R. CÁCERES Y CASSILLAS, *La Ley de televisión local por ondas... op. cit.*, pp. 581 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El paisaje... op. cit.*, pp. 102 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, vol. III... op. cit.*, pp. 52 y ss. y J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, (Editor): *la televisión pública... op. cit.*, pp. 223 y ss.

hondas hertzianas (radioeléctricas) requiere un soporte técnico menos complicado (y menos costoso) que el de la televisión local por cable, siendo posible, en el presente momento de desarrollo tecnológico, la coexistencia armónica de medio centenar de televisiones por ondas.

El art. 9 de la LTlocal otorga prioridad de acceso a la concesión al Municipio, para lo cual la Comunidad Autónoma deberá establecer un plazo de acceso. Si el municipio decide gestionar una televisión local por ondas (arts. 5 y 12 sobre la gestión municipal), se podrá otorgar una segunda concesión a la persona natural o jurídica más idónea. La crítica que se puede realizar frente a este precepto es obvia. Si ya hemos hablado de una televisión pública de cobertura nacional politizada por el partido en el poder, lo mismo pasará en una televisión gestionada a nivel municipal y con prioridad sobre cualquier competidor privado.

En cuanto al ámbito de cobertura, y además de lo ya señalado con anterioridad, el art. 3.2 contempla la posibilidad de que éste se extienda a otros núcleos de población del mismo Municipio e incluso en Municipios limítrofes con identidades sociales y culturales⁵⁵.

El otorgamiento de las concesiones será competencia de las Comunidades Autónomas (art. 9.1), así como el desarrollo legislativo que pueda necesitar la LTlocal⁵⁶.

En cuanto al Estado, ostentará las competencias sobre el otorgamiento de frecuencias (art. 10.1) así como la potestad de aprobar los correspondientes proyectos o propuestas técnicas de las instalaciones y la inspección satisfactoria de las mismas (art. 11).

Se prohíbe la emisión en cadena (art. 7.1), entendiendo que realizan esta acción *aquellas televisiones locales que emitan la misma programación durante más del 25% del tiempo total de emisión semanal, aunque sea en horario diferente* (art. 7.3).

Por último se establece un régimen disciplinario compartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dejando en manos del Estado lo referente a las infracciones que afecten al dominio público radioeléctrico y a los criterios técnicos (arts. 18 a 23).

V. Conclusión: hacia la televisión del futuro

El futuro de la televisión pasa por la reconversión de la actual tecnología analógica en digital. La principal virtud que tiene la tecnología digital es la de

⁵⁵ Vid. art. 3.3 de la LTlocal en relación con el art. 7.4 de la misma ley.

⁵⁶ Vid. en este sentido el art. 149.1.27 de la CE en relación con el art. 2 de la LTlocal.

optimizar el espectro radioeléctrico, permitiendo de esta forma la existencia de un mayor número de canales. Esta posibilidad encaja mejor con la actual filosofía audiovisual, tendente a una oferta de televisión más personalizada, basada en la existencia de canales temáticos.

Sin embargo, esta revolución tecnológica en plena ebullición puede chocar frontalmente contra un régimen jurídico trasnochado que debe ser reformado con urgencia.

A este respecto hay que señalar que la televisión digital se basa en la clásica dualidad entre canales en abierto (financiados principalmente por ingresos publicitarios) y los canales de pago.

La Ley 10/1988 de televisión privada sólo contempló la posibilidad de conceder 3 canales, lo cuál podría suponer un freno ilegítimo a la creación de televisiones privadas de cobertura nacional, desaparecida ya la justificación técnica de la utilización del espacio radioeléctrico.

Lo mismo cabe argumentar en cuanto al ámbito autonómico, donde sólo se contempla la posibilidad de un canal autonómico de titularidad estatal y gestionado directamente por la Comunidad Autónoma, por lo que toda cesión de la concesión administrativa o gestión directa por parte de particulares, está prohibida.

En cuanto al ámbito local, la Ley de televisión local por ondas también realiza una limitación injustificada del espacio radioeléctrico (máximo de dos emisoras, siempre que una de ellas sea gestionada directamente por el Ayuntamiento del Municipio correspondiente), limitación que si como ya subrayamos en su momento no tenía ninguna razón de ser con respecto a la tecnología utilizada a mediados de los años 90, menos justificación tiene ante el panorama tecnológico actual.

Otro problema que se plantea es la viabilidad económica de los nuevos canales de televisión digital que se puedan crear ante una futura desregulación de la televisión, sobre todo respecto a los nuevos canales de televisión de cobertura nacional y que emitan en abierto.

El mercado de la publicidad es inelástico, y en la actualidad se encuentra situado en una cantidad próxima a los 220.000 millones de pesetas⁵⁷.

La irrupción de nuevos canales compitiendo por una misma porción de mercado publicitario podría conllevar una reestructuración traumática del panorama audiovisual privado de cobertura nacional.

Por otra parte no es menos cierto que la televisión pública se financia en gran medida de los ingresos que percibe en materia de publicidad. La transición

⁵⁷ Este dato aparece en S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado Vol. III... op. cit.*, p. 85.

de la actual televisión pública a una verdadera televisión de servicio público y financiada directamente por el Estado dejaría libres más porciones del pastel publicitario.

Sin embargo, esta solución se nos antoja, por ahora, utópica, dada la importancia de la televisión pública, no sólo desde el punto de vista económico-laboral, sino también desde un plano político.

La concepción de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal supone una limitación injustificada a un sector tan dinámico como es la televisión. Esta afirmación se sustenta, a nuestro juicio, sobre la base de una doble crítica:

En primer lugar, la titularidad estatal de la televisión tiene más inconvenientes que ventajas, ya que nos encamina por la senda del régimen concesional, figura jurídica poco afortunada para regular esta materia. Por otra parte, las Comunidades Autónomas, si no contamos situaciones de hecho carentes de toda cobertura legal, no pueden ejercer su derecho a la creación de medios de radiodifusión dentro de su propio ámbito territorial (dejando siempre como competencia del Estado la atribución de frecuencias).

En segundo lugar es necesario llegar a una concepción más dinámica y menos regalista de servicio público, quizás a lo que DE LA CUÉTARA ha llegado a denominar «prestaciones con garantía pública»⁵⁸, que no supondrían la asunción en exclusiva de la actividad por parte de los Poderes públicos, con la consecuente flexibilización del régimen jurídico. Sin embargo, hoy por hoy, estamos ante un concepto estricto de servicio público que sólo permite la gestión indirecta.

Un primer paso hacia la regulación de la televisión del futuro es el Real Decreto 2169/1998 de 16 de octubre por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la televisión digital terrenal, y la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998, por el que se aprueba el reglamento técnico de prestación del servicio de televisión digital terrenal, normativa ya prevista en la Ley 66/1997 de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Estos planes regularían el inevitable cambio de la tecnología analógica a la digital.

Entre las nuevas novedades que plantea la nueva regulación de la televisión por ondas terrestres debemos destacar el fin de la titularidad estatal sobre los medios de radiodifusión con un ámbito de cobertura no nacional. De esta forma, la Disposición Adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 66/1997 establece en su último párrafo que *su otorgamiento se llevará a cabo por el Estado si su ámbito es estatal y por las Comunidades Autónomas si es autonómico o local.*

⁵⁸ Vid. J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, GASPAR ARIÑO y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid 1997.

Ante el reto que supone el paso de la tecnología analógica a la digital, proponemos un nuevo paisaje competencial en la radiodifusión que podría ayudar a que esta transición se lleve a cabo satisfactoriamente.

En primer lugar existiría una televisión y radio públicas de cobertura nacional y de titularidad del Estado, que las gestionaría directamente a través de sociedades constituidas por capital público. Su programación tendría una vocación de servicio a la comunidad, mediante programas informativos, deportivos y culturales, aunque no se eliminarían por completo los programas con contenido de mero entretenimiento.

Por otra parte, una televisión y radio autonómica pública, cuya difusión se limitaría a dicho ámbito territorial, y de titularidad autonómica, cuyo cometido principal (aunque no único) sería el de preservar y promocionar las señas de identidad y de cultura de la comunidad en que se ubica.

En tercer lugar, una televisión y radio local, de carácter público y gestionados directamente por el Ayuntamiento del Municipio correspondiente, con un contenido programático similar al del párrafo anterior.

No hay que olvidar que en cuanto a la televisión y radio autonómica y local de carácter público, el Estado tendrá competencia exclusiva sobre los requisitos técnicos mínimos y la asignación de frecuencia.

Una televisión y radio privada de cobertura nacional que deberá ser autorizada por el Estado tras comprobar que cumple con los requisitos técnicos exigibles y atribuirle la consiguiente frecuencia.

Una televisión y radio autonómica privada, autorizada por la Comunidad Autónoma correspondiente a su ámbito de difusión, que deberá cumplir con los requisitos técnicos exigibles por la normativa estatal y respetar la asignación de frecuencia realizada por el Estado.

Por último, una televisión y radio privada local, autorizada por la Comunidad Autónoma correspondiente y que deberá respetar unos mínimos técnicos establecidos por la legislación estatal, así como la asignación de frecuencia por parte del Estado.

En todo caso se trataría de autorizaciones regladas y que tendrían como límite el derivado de la disponibilidad del espectro radioeléctrico.

En definitiva, la actual regulación del fenómeno de la radiodifusión no responde a los cambios tecnológicos que se vienen sucediendo, por lo que, en nuestra opinión, es urgente no solamente adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la revolución digital, sino también cambiar el enfoque a una concepción demasiado estricta de servicio público.