



SENTENCIA 12/1982, de 31 de marzo (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1982)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, presidente, y don Jerónimo Arozamena Sierra, don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Angel Escudero del Corral y don Antonio Truyol Serra, magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo registrado con el núm. 227 de 1981, promovido por la sociedad mercantil «Antena 3, S. A.», representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez, y defendida por el Abogado don Manuel Jiménez de Parga, sobre ejercicio del derecho a gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de televisión. En el mencionado recurso de amparo han sido partes el Ministerio Fiscal y el señor Abogado del Estado y ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La sociedad mercantil Antena 3, S. A., presentó el día 12 de diciembre de 1980, ante el Ministerio de Cultura, un escrito, en el que solicitaba autorización administrativa para poder gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonido a través de televisión en todo el ámbito nacional, por ser a su juicio un derecho que ampara la Constitución. Posteriormente, la citada sociedad dirigió sendos escritos al Ministerio de Cultura y al de la Presidencia solicitando que su inicial escrito, en el que había solicitado una cadena privada de televisión, fuera remitido al Ministerio de la Presidencia por haberse producido una modificación competencial a partir del 1 de enero de 1981 en virtud de la adscripción a este último departamento del ente público Radiotelevisión Española según el Real Decreto de 31 de julio de 1980.

2. El 16 de enero de 1981, la sociedad Antena 3, S. A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su petición amparándose en el procedimiento especial de protección de los derechos jurisdiccionales establecido por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por Auto de 8 de abril de 1981, acordó no haber lugar a la tramitación especial prevista en la Ley 62/1978 y ordenó que se diera al asunto el trámite oportuno según los principios generales de la Ley reguladora de la Jurisdicción concediendo a la parte actora un plazo de diez días para que pudiera llevar a cabo ante la Administración los trámites necesarios para subsanar la falta de denuncia de la mora y los demás defectos que a su juicio concurrieran y suspendiendo el procedimiento en tanto tuviera lugar el transcurso de los plazos legales o la tramitación administrativa.

Contra esta resolución, interpuso la sociedad Antena 3, S. A., recurso de apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que fue desestimado por Auto de 22 de julio de 1981. La resolución de la Audiencia Nacional, cuyos fundamentos fueron aceptados íntegramente por el Tribunal Supremo, se basó en que el acto desestimatorio impugnado afecta al derecho de exponer y difundir libremente mediante la gestión y explotación de una cadena privada de televisión los pensamientos, ideas y opiniones sólo de modo reflejo. Directamente recae sobre el derecho de libre empresa en relación con los medios de comunicación, que no entra en el ámbito de protección de la Ley especial 62/1978. La oportunidad de subsanación se otorgó para que el interesado pudiera cumplir los requisitos del contencioso ordinario, más gravosos que los exigidos por la Ley 62/1978, necesarios para que se pudiera entender producido el silencio administrativo o agotada la vía previa.

3. Por escrito de 5 de agosto de 1981, la sociedad Antena 3, S. A., acudió ante este Tribunal y formuló demanda de amparo contra la denegación por silencio administrativo de la solicitud formulada al Ministerio de Cultura. Pedía la sociedad Antena 3, S. A., que se reconozca su derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de imágenes y sonidos por medio de la televisión, para todo el ámbito nacional y que se le restablezca en la integridad del referido derecho. Con tal fin, pedía que el Tribunal ordene al Ministerio de la



Presidencia la inmediata autorización, que sea pertinente para la plena efectividad del derecho. Todas estas pretensiones las ampara la sociedad recurrente en la libertad de expresión reconocida en el art. 20 de la Constitución, que se estima infringido en el acto administrativo contra el que se recurre.

4. Tramitado en forma el procedimiento, se dio el correspondiente traslado para alegaciones al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado.

a) Según el Abogado del Estado, el recurso es inadmisibile por falta de agotamiento de la vía previa. Estima el Abogado del Estado que este requisito sólo puede estimarse cumplido cuando ha recaído resolución judicial, que incida sobre el fondo de la cuestión debatida y que sea apta por su propio carácter para evitar el remedio excepcional del recurso de amparo, que es la finalidad que precisamente persigue la exigencia legal citada. En el supuesto de que la resolución de la Audiencia Nacional fuera incorrecta -y no lo es, a juicio del Abogado del Estado-, no le habría quedado abierta al recurrente la vía de amparo, ya que no se trata de una resolución judicial sobre el fondo del asunto, sino de una resolución relativa al procedimiento a seguir, que sólo podría enjuiciarse bajo el prisma del art. 24 de la Constitución.

Estima además el Abogado del Estado que la pretensión del demandante no es atendible en cuanto al fondo. La pretensión del actor no es que la Administración no estorbe con sus actuaciones un derecho preexistente cuyo ejercicio puede el particular realizar por sus propios medios, sino que pide que se le confiera un derecho para cuyo ejercicio confiesa necesitar la autorización de la Administración, porque se trata de utilizar bienes demaniales, como las ondas, mediante concesión, a la que, según el demandante, está obligada la Administración. Acceder a esta pretensión, dice el Abogado del Estado, sería tanto como poner al demandante en una situación de privilegio, ya que el acto concesional interesado en su favor no podría reiterarse en favor de otro ciudadano que en el futuro dedujera una pretensión de idéntico contenido. Si el art. 20.3 de la Constitución tuviese que interpretarse como deber del Estado de gestionar sus servicios a través de fórmulas indirectas, sería precisa una regulación legal que no existe y que habría de atender, entre otros objetivos, al principio de igualdad.

b) El Fiscal General del Estado considera que se ha dado cumplimiento al requisito del agotamiento de la vía previa, a que se refiere el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). La decisión de la Audiencia Nacional no ha otorgado al demandante la tutela efectiva que se menciona en el art. 24 de la Constitución Española (C. E.). Tras reconocer la Audiencia Nacional que el acto administrativo presunto afecta «de modo reflejo» al derecho fundamental por el recurrente alegado, aplica el trámite de admisión del art. 62 de la Ley de la Jurisdicción y, en vez de entrar en el fondo, como exigiría el respeto al principio dispositivo y al derecho que asiste al recurrente para seguir la vía judicial por la que ha optado para obtener tutela, recurre al expediente de declarar la inadmisibilidad del recurso y reconducir al demandante a la vía ordinaria. Estima el Fiscal General que el Tribunal Constitucional puede si lo desea hacer uso de la facultad que le confiere el art. 84 de su Ley Orgánica, dado que existe una posible vulneración del derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución que no ha sido propuesta por la entidad recurrente. Según el Fiscal General del Estado, es de la máxima importancia determinar si el recurrente se ampara en el art. 20 de la Constitución (libertad de expresión) o en el art. 38 (libertad de empresa), dada la distinta protección constitucional de cada uno de ellos, a tenor de lo que dispone el art. 53 de la norma fundamental. Sin embargo, para el Fiscal el hecho de que esté en juego el derecho a la libertad de expresión, siquiera sea de modo reflejo, es suficiente para afirmar que nos hallamos ante un supuesto en el que es aplicable la vía del amparo constitucional. El problema que plantea la demanda es, según el Fiscal, el de determinar en qué medida la Ley 4/1980, de 10 de enero -Estatuto de la Radio y la Televisión- se opone a la televisión privada y estima que la declaración del art. 1.2 de dicha Ley, según la cual «la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales, cuya titularidad corresponde al Estado», no queda suficientemente cubierta por el art. 128 de la Constitución, en el que se establece que «mediante Ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales», porque la esencialidad sólo se da cuando se trata de servicios que afectan a los fines esenciales del Estado o a intereses esenciales, como los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, mientras que aquí lo esencial es el derecho fundamental mismo, que no puede sacrificarse haciendo uso de una facultad que, como la del art. 128, está pensada para actividades mercantiles o industriales. Por ello, estima el Fiscal que la posibilidad que prevé la disposición final primera de la Ley 4/1980, en punto a que la gestión del servicio público de radiodifusión se lleve a cabo por sociedades privadas, debe extenderse a la televisión, creando para ella la



normativa apropiada. De este modo, concluye el Fiscal General interesando del Tribunal que acceda al amparo que se solicita, si bien condicionando el ejercicio del derecho a lo que se establezca en la normativa correspondiente.

c) La parte recurrente se ratificó en las alegaciones de la demanda, que completa con doctrina y derecho comparado y añadió que, aun admitiendo la esencialidad del servicio público, su titularidad estatal no comporta necesariamente un monopolio. A su juicio, ha de aplicarse a la televisión el régimen que para la radiodifusión se prevé en la disposición adicional primera de la Ley 4/1980, dando lugar a un servicio público gestionado por una pluralidad de empresas privadas.

5. Por resolución de este Tribunal de 18 de febrero, conocido el contenido de un suplicatorio elevado por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, acordó oír al recurrente para que en el plazo de diez días manifestara qué recurso contencioso-administrativo en la actualidad se seguía a su instancia en relación con la petición que presentó al Ministerio de Cultura en 12 de diciembre de 1980, e interesar de la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso referida la revisión de testimonio de las actuaciones del recurso interpuesto por Antena 3, S. A., que sean posteriores al Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1981. Dentro del plazo fijado, por el recurrente se presentó escrito insistiendo en que no existe recurso contencioso tramitado a instancia de Antena 3, S. A., y tuvo entrada el testimonio que se interesó de la Sección segunda mencionada.

6. Por providencia de 9 de marzo pasado se señaló para deliberación y fallo de este asunto la sesión del Pleno del Tribunal del siguiente día 18.

7. Mediante escrito de 20 de marzo, la sociedad Antena 3, S. A., ha solicitado que con suspensión del término para dictar Sentencia el Tribunal acuerde la práctica de una diligencia para mejor proveer que esclarezca los datos técnicos sobre el número de canales disponibles, ya que, a su juicio, son inexactas las afirmaciones de la Abogacía del Estado y el documento por esta última acompañado. Lo cierto es, dice la sociedad Antena 3, S. A., que pueden coexistir cómodamente en cualquier ciudad o región españolas veinticinco canales de televisión.

El Tribunal, en su reunión de 25 de los corrientes, acordó no acceder a la petición susodicha.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Abogado del Estado propugna la inadmisibilidad de la demanda de amparo interpuesta por la sociedad Antena 3, S. A., por falta de cumplimiento en ella de lo preceptuado en el art. 43.1 de la LOTC. Entiende el Abogado del Estado que el requisito del art. 43 consiste en el agotamiento de la vía judicial procedente y no puede estimarse cumplido por el puro hecho de haber iniciado un procedimiento judicial cualquiera, en el que haya recaído una resolución que impida su continuación como tal procedimiento, sino que es preciso, según entiende el Abogado del Estado, que el procedimiento iniciado haya sido el adecuado legalmente y que la resolución judicial que en él se haya dictado, incida sobre el fondo de la cuestión debatida o, lo que es lo mismo, sobre el derecho de carácter constitucional esgrimido por el ciudadano. El procedimiento y la resolución en él recaída han de ser idóneos por su propio carácter para evitar el remedio excepcional que el recurso de amparo es. El planteamiento de esta cuestión en el presente caso se encuentra muy estrechamente relacionada con el modo utilizado por la sociedad Antena 3, S. A., para llevar el asunto ante las autoridades judiciales y con la forma en que éstas respondieron a su pretensión. Se ha destacado en los antecedentes que Antena 3, S. A., promovió ante la Audiencia Nacional el proceso prevenido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales o Ley 62/1978 y que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tras oír al Abogado del Estado y a la parte actora, decidió que el procedimiento a seguir no era el contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978, sino el contencioso-administrativo ordinario y otorgó al recurrente un plazo de diez días para que subsanara los posibles defectos existentes en los requisitos que este último procedimiento exige. Interpuso contra este Auto Antena 3, S. A., recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo de Justicia. En este momento la sociedad Antena 3, S. A., acudió al recurso de amparo constitucional. Utilizó el recurso de amparo, por consiguiente, sin que el procedimiento judicial hubiera concluido por Sentencia y sin que judicialmente se hubiera decidido sobre el derecho que se estima vulnerado.



Las resoluciones que han puesto fin al procedimiento seguido ante los Tribunales ordenaban únicamente la transformación del contencioso especial de la Ley 62/1978 en un contencioso ordinario.

Así enmarcada, la cuestión consiste en dilucidar si, en los subsodichos términos, puede o no entenderse cumplida la condición que impone el párrafo final del art. 43.1 de la LOTC, que exige, para que sea viable el recurso de amparo constitucional, que «se haya agotado la vía judicial procedente de acuerdo con el art. 53.2 de la Constitución». Interpretado el precepto de acuerdo con los criterios de una interpretación literal, puede pensarse que lo que hay que agotar es aquella vía judicial que sea conforme con la Ley procesal, de manera que cuando la vía judicial realmente emprendida no es la que legalmente era procedente, tiene el interesado, en líneas de principio, que volver atrás en el camino procesal, abrir la vía procedente y seguirla hasta el final, de modo que sólo cuando así lo haya hecho podrá utilizar el amparo. De esta suerte, una resolución judicial que estatuye sobre el procedimiento considerando como inadecuado el seguido hasta el momento, no pone fin a la vía judicial procedente, ya que lejos de extinguirla la deja abierta. La anterior doctrina, que es clara como regla general, admite sin embargo alguna excepción, cuando la vía judicial utilizada es la que marca la Ley Especial de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, ejercitándose una pretensión en la que el elemento cualificador es una eventual lesión de un derecho para el que esté abierto aquel proceso, y la resolución que estatuye sobre el procedimiento califica al mismo tiempo el derecho sustantivo esgrimido por el particular, de modo tal que esa calificación lo hace inviable en los términos pretendidos. Lo primero, porque el art. 43 de la LOTC habla de «vía legal procedente de acuerdo con el art. 53 de la Constitución» y esta característica la reúne precisamente el proceso contemplado por la Ley 62/1978, de modo que cualquier otro procedimiento judicial no idóneo debe conducir ineludiblemente a la solución antes propuesta, pero no necesariamente el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Todo ello lo decimos obviamente en el marco del art. 43 de la LOTC, que es distinto por hipótesis del que contempla el art. 44. Cuando el proceso iniciado e inacabado es el de protección de los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta si al dictar la resolución que configura el procedimiento a seguir, el Tribunal lo hace tras haber calificado el derecho sustantivo de fondo que se ejercita y lo hace de manera tal que impide en puridad la definitiva protección de ese derecho, porque, de ser así, hay que entender agotada la que el art. 43 de la LOTC llama «vía judicial procedente», aun cuando pueda todavía seguirse otra. Este es cabalmente el caso en el asunto que nos ocupa. El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 8 de abril de 1981, determinó que no procedía seguir la tramitación especial de la Ley 62/1978, en atención a que el acto administrativo contra el que se reclamaba, aunque de modo reflejo podía afectar al derecho de difundir libremente ideas y opiniones, primordialmente lo hacía sobre el derecho a la libre empresa. De este modo, al adoptar una decisión de carácter procesal, el Tribunal más o menos explícitamente adoptaba una decisión de carácter sustantivo, pues al decir que en el asunto no está involucrado de modo alguno el art. 20, sino el 38 de la Constitución, viene a decir que no hay real violación del art. 20, sino, en todo caso, una eventual violación del art. 38, o lo que es lo mismo, desestima el alegato de vulneración del derecho consagrado en el art. 20. En estos términos, la resolución judicial, que ordena el cambio de procedimiento y el paso de la vía especial de la Ley 62/1978 al proceso ordinario, puede ser considerada como equivalente a una inadmisión y por ende a la frustración de la vía judicial, ya que al reconducir al recurrente al proceso ordinario, se le priva de la protección específica que se otorga a los derechos fundamentales.

2. Para observar el cardinal requisito de la congruencia, nuestra Sentencia debe ajustarse a las pretensiones formuladas por las partes, porque no es misión nuestra, en el momento actual, enjuiciar la regulación jurídica positiva de la televisión en España, sino decidir el concreto recurso de amparo que la sociedad Antena 3, S. A., ha planteado. Así las cosas, hay que subrayar que la pretensión de la sociedad Antena 3, S. A., es que se le reconozca el derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de imágenes y sonidos por medio de televisión para todo el ámbito nacional y que se le reintegre en ese derecho, ordenando al Ministro de la Presidencia que otorgue la inmediata autorización para que el derecho tenga plena efectividad. Se funda la sociedad recurrente en el apartado 1 del artículo 20 de la Constitución, que estima infringido por la denegación contra la que recurre. Enmarcan, por consiguiente, la pretensión que en este recurso debemos examinar, dos circunstancias muy concretas. Es la primera el dato de que la sociedad recurrente aspira a una televisión de ámbito nacional. Y la segunda consiste en que, para la efectividad de su derecho, solicita que ordenemos a un departamento ministerial el otorgamiento de una autorización. La pretensión se funda, según dice el recurrente, en que el apartado 1 del art. 20 de la Constitución, al reconocer y proteger el derecho a expresar y difundir



libremente pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, consagra el derecho a establecer emisoras de televisión.

El recurso que resolvemos ofrece la significativa característica de pretender una televisión «para todo el ámbito nacional», como literalmente en el petitum de la demanda de amparo se dice, con una frase que es ambigua, pues puede significar el establecimiento de una red de emisoras, que formen al conectarse una cadena de carácter nacional y puede querer decir un conjunto de emisoras distribuidas por el territorio nacional, aunque sin necesaria conexión entre sí.

La pretensión así formulada es de muy difícil estimación, ya que no es posible saber qué canales, bandas o frecuencias pretende utilizar el recurrente. Como el recurso de amparo se puede y se debe interpretar a la luz de sus antecedentes, no hay que olvidar que entre ellos se encuentran los escritos que la sociedad Antena 3, S. A., presentó ante la Administración. En uno de ellos, que el Gerente de la Sociedad dirigió, en 1981, al Ministerio de la Presidencia, manifestó que había solicitado una autorización administrativa para la gestión y explotación de una «cadena privada de televisión» (sic). Y esto mismo hay que entender que es lo que ahora pide en el recurso constitucional de amparo, pues, aunque en el escrito de recurso de amparo se hace alusión a los sistemas de televisión por cable y por satélite, la referencia es puramente erudita y a mayor abundamiento, pues ninguna de estas formas de emitir sonidos e imágenes recibe concreción en el petitum de la demanda.

El escrito inicial de este asunto contiene un doble petitum: pretende el reconocimiento del derecho del recurrente y el restablecimiento en la integridad del mismo. Aunque teóricamente es posible un reconocimiento de la existencia del derecho -y dictar una Sentencia declarativa-, desde ahora hay que decir que prima facie no parece posible restablecer al recurrente en la integridad del derecho. El hipotético restablecimiento del recurrente en la integridad del derecho vulnerado; consistiría en la «concesión inmediata de la autorización pertinente para la plena efectividad del derecho reconocido», que el Tribunal tendría que ordenar que el Ministerio de la Presidencia otorgare. No aclara el recurrente qué autorización es la que se considera pertinente. De su petición hay que extraer la conclusión de que el recurrente considera necesaria una actividad autorizativa de la Administración para que el derecho a emitir imágenes y sonidos a través de la televisión pueda resultar efectivo. Sin necesidad de profundizar en el concepto de autorización, que el recurrente utiliza como vía instrumental para llegar al amparo que pretende, es indiscutible que la autorización presupone una medida de intervención y una dosis de control de la actividad de los particulares. Del anterior planteamiento, se extrae la conclusión de que con la autorización que en nuestro caso se pretende, que es una autorización operativa o de funcionamiento, se admite explícitamente la existencia de un interés público por el que la Administración debe velar a través de medidas de control. Si se tiene en cuenta que el derecho que se pretende ejercitar, según la tesis del recurrente, es un derecho de libertad, habrá que concluir que la autorización exige por lo menos un examen de la situación concreta que el administrado pretende crear, que permita ponerla en conexión con el interés público tutelado respecto de lo cual no se ofrecen los datos necesarios para que pueda ser enjuiciada.

Finalmente, hay que señalar que en su escrito inicial ante la Administración, la sociedad Antena 3, S. A., entendía que la vigencia de la Ley 4/1980 que aprobó el llamado Estatuto de la radiodifusión y de la televisión no constituye un obstáculo de su derecho, porque, según literalmente dice, dicha Ley «debe ser interpretada dentro del marco de la Constitución que está por encima del Estatuto». Partiendo de una reinterpretación de la Ley 4/1980, la sociedad Antena 3, S. A., entiende que no hay que atacar la consideración de la televisión como servicio público esencial -que acepta-, sino el monopolio o gestión directa de dicho servicio por el ente público denominado RTVE. Lo que el recurrente pretende así es que la gestión del servicio público sea indirecta y se encomiende o permita a entidades privadas, cualquiera que sea la técnica del Derecho administrativo que se utilice para ello y la postura mantenida en el - recurso de amparo es sustancialmente la misma, pues la exigencia de coherencia del comportamiento obliga a interpretarla de acuerdo con las pretensiones iniciales.

3. El art. 20.1 de la Constitución dice, como es sabido, que se reconocen y protegen los derechos de... «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor



fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre.

Como ha dicho la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 16 de marzo de 1981, el art. 20 de la Constitución tomado en su conjunto y en sus distintos apartados, constituye una garantía de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el art. 1. apartado 2, de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política.

La libertad de expresión que proclama el art. 20 en su apartado 1 es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley e incluso frente a la propia Ley si ésta intentara fijar otros límites distintos de los que la Constitución admite. De este modo, el derecho a comunicar y recibir comunicación veraz y el derecho a comunicar y recibir ideas y opiniones son derechos de libertad frente al poder que hay que considerar comunes a todos los ciudadanos. En cuanto derecho de los ciudadanos se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.

Mas si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación, este derecho, lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. Así, la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de reproducción que se crea, tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción, pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica, determina una tendencia oligopolística, que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el statu quo jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres.

No es sólo el carácter de los bienes de necesaria utilización lo que determina una limitación del derecho implícitamente reconocido en el art. 20 de la Constitución de crear los soportes de la comunicación libre que el citado precepto garantiza. Hay otras circunstancias que conducen a un resultado semejante, como son la articulación jurídica del goce de tales bienes y los problemas técnicos que plantea. Entre estos últimos, hay que colocar el hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio, entraña, la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha. Al mismo tiempo, la actividad de emisión de ondas para radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional, dado que los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses de otros países. Existe, por ello, una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de suerte que es necesario que los organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia.

4. El art. 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, consagra el principio de que la radiodifusión y la radiotelevisión son «servicios públicos esenciales» cuya titularidad corresponde al Estado. La consideración de la televisión como un servicio público esencial, la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Todo ello



permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador.

5. Si partimos de la consideración de que la calificación de la televisión como servicio público, que consagra el art. 1 de la Ley 4/1980, no está cuestionada, hay que preguntarse si se puede decir lo mismo de la atribución de la gestión directa del servicio público a un ente público, que es, sin duda, el punto neurálgico de este asunto, pero hay que advertir desde ahora que por esta vía no nos sería a nosotros posible satisfacer la pretensión de amparo de la sociedad Antena 3, S. A., ya que adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir.

6. Las consecuencias a las que hemos llegado en los apartados anteriores, a través de una interpretación objetiva de la Constitución, resultan corroboradas al utilizar los criterios de interpretación derivados del examen de los antecedentes y de los trabajos preparatorios del texto constitucional. El examen de esos antecedentes y textos demuestra que en nuestro ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado el control parlamentario de la televisión pública estatal y que la llamada «televisión privada», en cuyo favor postula la sociedad Antena 3, S. A., no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del art. 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. 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 art. 20 (art. 81 de la C. E.) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el art. 1 de la Constitución sea como resultante de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo.

Fallo

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo promovido por la sociedad Antena 3, S. A.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y dos.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia de esta fecha dictada en el recurso de amparo núm. 227 de 1981 Disiento de la decisión del Tribunal respecto de la pretensión central del recurso, esto es, la de que se reconozca a la sociedad demandante «el derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de sonidos para todo el ámbito nacional»

Mi disentimiento se funda en dos razones distintas: la de que esta pretensión no es deducible en vía de amparo y, en consecuencia, debería haber sido declarada inadmisibile, en primer término y, en segundo lugar, la de que, una vez que se resolvió responderla, era obligado hacerlo en sentido positivo, reconociendo la consagración



constitucional del Derecho y la necesidad, por tanto, de que el legislador dicte las normas indispensables para posibilitar su ejercicio.

El recurso de amparo ante este Tribunal es, en efecto, una institución procesal eficaz para remover los obstáculos que la acción de los poderes públicos oponga al ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, no una vía para obtener proclamaciones generales sobre la consagración constitucional de un derecho abstracto. Por ello, la interposición del recurso constitucional de amparo exige, salvo en el caso de la objeción de conciencia, el agotamiento de la vía judicial previa en la que, como es obvio, sólo derechos determinados pueden hacerse valer. Es cierto que el amparo concreto para el ejercicio concreto de un concreto derecho puede ser interpretado como reconocimiento implícito de la titularidad de ese derecho y puede ir acompañado de la declaración explícita de que tal derecho o libertad existen en el recurrente (art. 55.1 a) de la LOTC), pero ello sólo cuando efectivamente éste ha intentado hacerlo valer y se ha visto impedido de hacerlo, pues en otro caso, no está legitimado para solicitar de este Tribunal declaración alguna (cfr. Auto Sala Segunda de 17 de marzo de 1982, en Recurso de Amparo núm. 417/1981). No es ésta, sin embargo, la situación en el presente asunto. El recurrente no intentó directamente el ejercicio de un derecho para el que se vio impedido, sino que solicitó de la Administración una autorización genérica, que equivalía a una petición de que ésta reconociese en abstracto la existencia de un derecho (o quizás más precisamente, la capacidad para adquirirlo), autorización que la Administración denegó por silencio y que manifiestamente no podía dar, como tampoco podría dar una autorización para manifestarse, reunirse, comunicarse, fundar periódicos o crear centros docentes «para todo el ámbito nacional». Ni es función de la Administración emitir declaraciones de este género (cuya solicitud se ampara siempre en la equivocidad que resulta del heterogéneo conjunto de actuaciones administrativas que designa el término de «autorización»), ni es competencia de este Tribunal, en vía de amparo, hacer enunciados generales sobre el contenido que en abstracto tienen los derechos y libertades consagradas por la Constitución, sin referencia a situación concreta alguna o sólo sobre la base de una hipótesis construida de modo artificial al único efecto de suscitar un enunciado de esa naturaleza. Lo contrario equivaldría a admitir que el particular está legitimado directamente para la interposición del amparo contra leyes o contra la omisión del legislador sin acudir antes a la jurisdicción ordinaria y con independencia de que la Ley impugnada le afecte en sus derechos, con lo que el amparo constitucional se convertiría en un recurso directo para el control abstracto de normas, en violación de lo que disponen los arts. 161.1 a) y 162 de la Constitución y se configuraría un sistema de control de constitucionalidad sin paralelo alguno en el mundo, carente de justificación teórica e inviable en la práctica. La pretensión del recurrente debió ser, por tanto, rechazada por razones procesales.

Si no se le quiso rechazar, era indispensable, sin embargo, darle una respuesta positiva. La cuestión que se nos planteaba no tenía por objeto, en efecto, inquirir sobre la licitud constitucional de la televisión privada, de la que nadie ha dudado jamás, ni sobre la legitimidad de que la televisión, como la radiodifusión, hayan sido declaradas «servicio público» en la Ley 4/1980: la pregunta que se nos hacía era la de si es o no constitucionalmente lícito el monopolio que esa misma Ley implícitamente atribuye al Estado en materia de televisión y que no es una consecuencia necesaria de la naturaleza del servicio público, como, dentro de la misma Ley, se evidencia en el caso de la radiodifusión. Ese era el «punto neurálgico» del asunto, como la propia Sentencia reconoce en su Fundamento Quinto. Esta cuestión tiene en mi opinión una respuesta inequívoca, pues la Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1 a)) y a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1 d)), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades. En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación. El legislador no es, seguramente, como tantas veces se ha repetido, mero ejecutor de la Constitución. Puede regular de distinta manera -sin infringir el límite que marca el art. 53.1 de la Constitución- el contenido concreto de los derechos garantizados e, incluso, dentro de ciertos márgenes de difícil precisión a priori, resolver acerca de cuál sea el momento oportuno para establecer las normas organizativas necesarias para el ejercicio de algunos derechos fundamentales que, sin ser derechos de prestación, no son tampoco simplemente derechos reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos, porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos, dictando normas reguladoras de una actividad que



implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial.

No es en modo alguno contraria a la Constitución la declaración de que la televisión es, por su naturaleza propia, un servicio público, e incluso hay buenas razones para sostener que una declaración de este género viene exigida por la Constitución, pero la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal, que impida absolutamente el ejercicio del derecho. La Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación. La naturaleza específica de la televisión (como la de la radiodifusión) hace imposible el ejercicio del derecho constitucional a difundir a través de ella ideas o informaciones sin unas previas normas de organización que el legislador debe establecer. Pero el legislador está constitucionalmente obligado a establecerlas; no es competencia suya resolver sobre si debe hacerlo o no. Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas.

Al optar por esta solución, la mayoría del Tribunal se ha sentido obligada a precisar que la «decisión política» de implantar la televisión privada deberá revestir forma de Ley orgánica «en la medida en que afecte a alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20», de entre los que, según parece, se excluye precisamente el derecho a crear emisoras de televisión. Frente a este criterio, mi propio juicio fundamentado en cuanto precede, es el de que el monopolio estatal de la televisión no es constitucionalmente legítimo y que, en consecuencia, los particulares tienen derecho a crear y operar emisoras de televisión en los términos que establezca la correspondiente Ley, la cual, en cuanto desarrolla un derecho fundamental, ha de ser Ley orgánica.

Madrid, a treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y dos.