

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**



**LA LIBERTAD DE ANTENA EN EL PLURALISTA
ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.**

MARTHELENA DEL CARMEN GUERRERO COLMENARES

**DIRECCIÓN ACADÉMICA
PROF. DR. D. RAFAEL BUSTOS GISBERT
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.**

ÍNDICE

LA LIBERTAD DE ANTENA EN EL PLURALISTA ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	19
<i>Capítulo Primero</i>	
APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LIBERTAD DE ANTENA.....	27
1.- CONSIDERACIONES INICIALES.....	27
2.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD DE ANTENA.....	32
2.1.- Conceptualización histórico-evolutiva de la libertad de antena.....	32
2.2.- ¿Qué es la libertad de antena? La dualidad conceptual de este derecho.....	45
2.2.1.- <i>La libertad de antena como derecho de conexión con los medios de difusión previamente establecidos</i>	49
2.2.2.- <i>La liberta de antena como derecho de creación de medios de comunicación: el caso particular de la televisión privada</i>	50
3.- EL DIFÍCIL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE ANTENA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	55
3.1.- La libertad de antena en el artículo 20.1 de la Constitución Española	56
3.2.- La libertad de antena en el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos	69
3.3.- La libertad de antena en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión	85
4.- APORÍAS EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE ANTENA	97

Capítulo Segundo

EL DERECHO EUROPEO COMO FACTOR ESENCIAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE ANTENA EN EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	101
1.- LA CONSTRUCCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE ANTENA A PARTIR DEL DERECHO EUROPEO Y COMUNITARIO	101
2.- LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE AL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE ANTENA EN EL DERECHO EUROPEO Y COMUNITARIO.....	106
2.1.- La libertad de antena en las libertades de expresión e información	106
2.2.- La interdicción de los monopolios televisivos de carácter absoluto.....	115
3.- EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES COMO INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD DE ANTENA.....	126
3.1.- Las dificultades del TC para la recepción de las doctrinas sobre la libertad de antena en un marco europeo de diálogo entre tribunales.....	131
3.1.1.- <i>Los precedentes del diálogo: Influencia de la jurisprudencia constitucional alemana e italiana sobre la doctrina del TC español en materia de libertad de antena.....</i>	131
3.1.2.- <i>La doctrina jurisprudencial del TEDH sobre la libertad de antena y su recepción por el TC español. ¿Un verdadero diálogo?.....</i>	143
3.2.- El diálogo efectivo como fórmula para la construcción de una jurisprudencia integradora en materia de libertad de antena.....	151
4.- BASES EUROPEAS PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EXPRESA DE LA LIBERTAD DE ANTENA.....	153
4.1.- Principios europeos y comunitarios que inciden en el derecho de creación de medios televisivos	153
4.2.- La necesaria recepción en España de los principios emanados de la jurisprudencia europea y comunitaria que inciden en la libertad de antena.....	173
4.3.- El perfil de la libertad de antena como derecho fundamental.....	178

Capítulo Tercero

EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA LIBERTAD DE ANTENA: ANÁLISIS DE SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	189
1.- LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE ANTENA	189
1.1.- La construcción de un marco normativo comunitario de la televisión.....	190
1.2.- De la dispersión legislativa a un código audiovisual. Breves comentarios sobre el desarrollo normativo de la libertad de antena en España	203
2.- LA LIBERTAD DE ANTENA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA ACTUAL.....	213
2.1.- La libertad de antena y la normativa comunitaria sobre la libre competencia	213
2.1.1.- <i>El principio de libre competencia en el derecho comunitario</i>	214
2.1.2.- <i>La incidencia del derecho comunitario sobre la libre competencia en la libertad de antena</i>	219
2.1.3.- <i>Principales aspectos controvertidos en el marco de la libre competencia</i>	220
2.1.3.1.- Los acuerdos entre empresas y las prácticas colusorias	221
2.1.3.2.- La explotación abusiva de posición dominante	229
2.1.3.3.- Las operaciones de concentración.....	236
2.2.- La libre prestación de servicios en el TFUE y su repercusión en la libertad de antena.....	242
2.2.1.- <i>La libre prestación de servicios en el derecho comunitario</i>	242
2.2.2.- <i>La libre prestación de servicios y su incidencia en la libertad de antena</i>	249
2.3.- La libertad de establecimiento en el TFUE y su incidencia en la libertad de antena.....	250
2.3.1.- <i>El derecho de establecimiento en el derecho comunitario</i>	250
2.3.2.- <i>La libertad de establecimiento y su impacto en la libertad de antena</i>	253
2.4.- La Directiva de servicios de comunicación audiovisual y su repercusión en la libertad de antena	254
3.- LA LIBERTAD DE ANTENA A LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	256
3.1.- Consideración preliminar: la controvertida cuestión del desarrollo legislativo de la libertad de antena	258

3.2.- La Ley General de la Comunicación Audiovisual: ¿Un avance para el ejercicio efectivo de la libertad de antena?.....	263
3.3.- Objeto y ámbito de aplicación de la Ley General de Comunicación Audiovisual	267
3.4.- El régimen jurídico de la televisión privada tras la Ley General de Comunicación Audiovisual. Del servicio público a los servicios de interés general	271
3.5.- Mecanismos de acceso para la prestación del servicio por los operadores privados	278
3.5.1.- <i>La comunicación previa</i>	279
3.5.2.- <i>La licencia previa</i>	286
3.5.2.1.- Requisitos, limitaciones y procedimiento para la concesión de la licencia audiovisual	290
3.5.2.2.- Plazo de duración de las licencias y su renovación	295
3.5.2.3.- Los negocios jurídicos sobre las licencias audiovisuales	298
3.5.2.4.- La extinción de las licencias audiovisuales.....	300
3.6.- El modelo de control público sobre la televisión privada	301
3.7.- La difícil convergencia entre el derecho comunitario y el nacional respecto a la libertad de antena	304

Capítulo Cuarto

DESAFÍOS DE LA LIBERTAD DE ANTENA EN UN MUNDO GLOBALIZADO.....309

1.- EL PAPEL DE LA LIBERTAD DE ANTENA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA «SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO»309

1.1.- El fenómeno de la «sociedad de la información y el conocimiento»	310
1.2.- Las principales perspectivas que repercuten en el fenómeno de la «sociedad de la información y el conocimiento»	314
1.3.- Convergencia de las principales tesis sobre la «sociedad de la información y el conocimiento» en la libertad de antena: Aporías constitucionales.....	318

2.- EL DEBATE EN TORNO AL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO321

2.1.- Consideraciones sobre la pretendida escasez del espectro radioeléctrico	322
2.2.- Crisis del paradigma jurídico tradicional del espectro radioeléctrico.....	328
2.3.- El futuro regulatorio del espectro y su incidencia en la libertad de antena	331

3.- LA TENSIÓN ENTRE CONCENTRACIÓN Y PLURALISMO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA GLOBAL	340
3.1.- Libertades fundamentales vs propiedad de los medios: ¿Hacia dónde nos encaminamos?	342
3.2.- Análisis comparado de dos regulaciones televisivas contrapuestas: El modelo de Estados Unidos vs el modelo de México.....	345
3.2.1.- <i>Fundamentos constitucionales del modelo televisivo en los EEUU</i>	345
3.2.2.- <i>Fundamentos constitucionales del modelo televisivo en México</i>	351
3.3.- La contribución de la libertad de antena al debate entre pluralismo y propiedad.....	356
4.- EL DERECHO AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ANTENA SIN CONSIDERACIÓN DE FRONTERAS: TRES EJES DE ACCIÓN DE <i>LEGE FERENDA</i>.....	358
4.1.- La armonización de la dimensión constitucional de la libertad de antena	359
4.2.- La eliminación de barreras jurídicas que impidan el libre ejercicio de la libertad de antena	361
4.3.- La necesidad de fomentar la actividad emprendedora en el ámbito de creación de medios televisivos	364
5.- LA LIBERTAD DE ANTENA EN EL CONTEXTO ENTRECruzADO DE LIBERTADES QUE CONFORMAN EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN EL SIGLO XXI	365
CONCLUSIONES	373
BIBLIOGRAFÍA	389
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	411

ABREVIATURAS.

BOE.	Boletín Oficial del Estado.
CDFU.	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.
CC.	Código Civil.
CMT.	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
ComEDH.	Comisión Europea de Derechos Humanos.
CNC.	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMC.	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
CEPT.	Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones.
CEMA.	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.
CE.	Constitución Española.
CI.	Constitución Italiana.
CEDH.	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CETT.	Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza.
CCI.	Corte Constitucional Italiana.
CNAF.	Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.
DComEDH.	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos.
DTC.	Declaración del Tribunal Constitucional Español.
DOUE.	Diario Oficial de la Unión Europea.
DOCE.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DSCA.	Directiva de servicios de comunicación audiovisual.
DSMA.	Directiva de servicios de medios audiovisuales sin fronteras.
DTSF.	Directiva sobre televisión sin fronteras.
BverfGE.	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
FCC.	Federal Communication Commission.
GRETEL.	Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones.
IFETEL.	Instituto Federal de Telecomunicaciones.

INE.	Instituto Nacional de Estadística.
LDComp.	Ley de Defensa de la Competencia.
LPAP.	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LRJPAC.	Ley de Procedimiento Administrativo Común.
LTVP.	Ley de Televisión Privada.
LGCA.	Ley General de la Comunicación Audiovisual.
LF.	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
ONU.	Organización de las Naciones Unidas.
OCDE.	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.
PE.	Parlamento Europeo.
PIB.	Producto Interior Bruto.
RCC.	Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas.
RJA.	Repertorio Jurisprudencial Aranzadi.
RJ CENDOJ.	Repertorio Jurisprudencial Centro de Documentación Judicial.
SCCI.	Sentencia de la Corte Constitucional Italiana.
SIEG.	Servicio de Interés Económico General.
SIG.	Servicio de Interés General.
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional Español.
STJUE.	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STPI.	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia.
STEDH.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TIC.	Tecnologías de la información y la comunicación.
TFUE.	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TCEE.	Tratado de la Comunidad Económica Europea.
TCE.	Tratado de la Comunidad Europea.
TUE.	Tratado de la Unión Europea.
TC.	Tribunal Constitucional Español.
TCF.	Tribunal Constitucional Federal Alemán.
TJUE.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS.	Tribunal Supremo.
UIT.	Unión Internacional de Telecomunicaciones.
U.S.	United States.

INTRODUCCIÓN.

Cuando el Tribunal Constitucional dictó la célebre sentencia 12/1982, en la que reconoció el derecho a crear medios de comunicación en el marco del artículo 20.1 CE, sentencia que supuso el punto de partida de múltiples estudios doctrinales sobre el régimen constitucional del derecho a crear medios televisivos privados, España todavía no era un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Su incorporación, a raíz de la firma del Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas en el año 1985, ha generado profundas transformaciones de diversa naturaleza: políticas, económicas y fundamentalmente jurídicas, que han impactado, también, en la libertad de antena, siquiera sea en la manera de comprender y abordar los diversos problemas que se presentan en torno a este derecho, que gracias al proceso de integración no puede ser analizado únicamente desde la estrecha perspectiva del derecho interno.

Por otro lado, en las últimas décadas la Unión Europea ha subrayado la necesidad de avanzar en la construcción de una auténtica sociedad de la información y el conocimiento, como elemento necesario para impulsar y dinamizar la economía europea en un entorno globalizado. En esta sociedad de la información y el conocimiento, las nuevas TIC juegan un papel importante y su uso a través de internet es cada vez más extendido entre sujetos de los más diversos sectores sociales. No obstante, debemos decir también, que la enorme relevancia de las TIC (fundamentalmente internet) en los últimos años no ha conseguido eclipsar a la televisión como medio de comunicación de masas tradicional por excelencia. Si nos fijamos en España de acuerdo al Informe elaborado por Barlovento Comunicación sobre el Análisis Televisivo de 2013, el consumo de televisión diario por persona fue de media 4 horas (244 minutos)¹. Y en septiembre de 2014 cada persona ha consumido al día una media de televisión de algo más de 3 horas (226

¹ Véase el documento «Análisis Televisivo 2013» elaborado por BARLOVENTO COMUNICACIÓN, Madrid, 2014, p. 9. En: <http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/ANALISIS%20TELEVISIVO%202013.pdf>.

minutos)². Igualmente, como revela la Encuesta del INE sobre «Equipamiento y uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2014», de 2 de octubre, la televisión está presente en un 99,2 % de los hogares españoles; el 74,4% de los hogares tiene acceso a internet; el 96,4% de los hogares españoles tienen teléfono móvil y el 74,8% tienen un ordenador de cualquier tipo³. La trascendencia de la televisión como medio de comunicación es incuestionable desde hace varias décadas.

¿Cuáles son las claves del éxito de la televisión en el ámbito de las telecomunicaciones? Una de ellas es que el telespectador solo tiene que sentarse frente a la televisión y visualizar los contenidos audiovisuales que esta le ofrece. La televisión no exige un «diálogo» entre el televisor y el usuario, a diferencia, por ejemplo, de internet en la cual las redes sociales precisan una interacción del usuario con el ordenador. Esta actividad pasiva del espectador que sin grandes esfuerzos recibe gran cantidad de datos y contenidos a través de la televisión; la posibilidad de llegar a un mayor número de personas u hogares, algo que todavía internet no ha terminado de conseguir, y la capacidad de evolucionar y adaptarse a los requerimientos de los telespectadores, han sido algunas de las claves del protagonismo de la televisión.

Un análisis completo del fenómeno televisivo excede en mucho el objeto de nuestra investigación, y conduce a una pluralidad de estudios interdisciplinarios, fundamentalmente de carácter sociológico. Asimismo, desde el puro ámbito jurídico la comprensión del fenómeno televisivo en España implica el concurso de una pluralidad de perspectivas: administrativa, mercantil, internacional y comunitaria, entre otras, que por sí solas no dan una respuesta adecuada a los diversos problemas generados en torno a este fenómeno, requiriéndose, pues, una perspectiva de la ordenación televisiva mucho más amplia en la que confluyan todas las demás y que sólo puede ofrecer el derecho constitucional.

² Véase el Informe sobre el comportamiento de la audiencia televisiva: Septiembre de 2014, elaborado por BARLOVENTO COMUNICACIÓN, p. 1. En la web: http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/barlovento-audencias-septiembre_2014.pdf.

³ Encuesta del INE sobre «Equipamiento y uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2014», de 2 de octubre de 2014, Encuesta del INE sobre «Equipamiento y uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2014», de 2 de octubre de 2014. En: <http://www.ine.es/prensa/np864.pdf>.

Sin embargo, para poder ofrecer una perspectiva constitucional adecuada, y que no resulte insuficiente, es necesario considerar el actual escenario, caracterizado, fundamentalmente, por una pluralidad de ordenamientos jurídicos entrecruzados, y de órganos jurisdiccionales estatales y supraestatales de naturaleza constitucional y cuasiconstitucional, que van configurando, siguiendo a BUSTOS GISBERT, una auténtica «red constitucional». Y, también, por el fenómeno de la mundialización económica que progresivamente ha ido penetrando en todos los ámbitos sociales, jurídicos, políticos, tecnológico etc., cobrando un protagonismo cada vez mayor y generando la expansión de un enfoque caracterizado por el análisis económico.

Esta perspectiva constitucional se hace aun más necesaria si se atiende a la importancia que tiene la televisión en la formación libre de la opinión pública. La administrativización de este fenómeno y/o su patrimonialización supone una importante barrera a la existencia de una pluralidad de opiniones e ideologías, en detrimento no sólo del desarrollo de las libertades de expresión e información sino del propio sistema democrático. FERRAJOLI advierte muy bien este fenómeno, cuando reflexionando sobre la propiedad de los medios televisivos, advierte su sujeción a un doble control de los poderes público y privado que actúan coligados. En palabras del filósofo italiano, «la televisión es un lugar público, decisivo para la formación del sentido común y del consenso. Por eso, su doble control equivale a un control tanto de la información como del debate público. Gracias a la sinergia cada vez más estrecha entre poder económico, poder político y poder mediático, una parte esencial de la esfera pública se ha convertido, de este modo, en objeto de apropiación privada. Ya no son la información y la opinión pública quienes controlan al poder político, sino el poder político y al mismo tiempo económico el que controla la información y la formación de la opinión pública». Por ello, concluye señalando que nos encontramos «ante dos patologías –el control político y el propietario de la información–, ambas mortales para el futuro de la democracia, tanto más cuando van juntas»⁴.

En el ámbito televisivo, una de las cuestiones más controvertidas, y a la vez decisiva para la formación de la opinión pública, es el reconocimiento del derecho a crear medios televisivos. Se trata de una libertad de difícil encaje constitucional, apareciendo, a

⁴ FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Prólogo y traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, 2ª ed., Minima Trotta, Madrid, 2011, p. 62.

menudo, como libertad instrumental al servicio de las más amplias libertades de expresión e información. No obstante, su importancia es difícilmente discutible en la medida que constituye un presupuesto básico para la formación libre de la opinión pública. No hay que olvidar que dicha opinión precisa para su formación, tanto de la existencia de una diversidad de opiniones en el seno de los medios televisivos, como de la multiplicidad y concurrencia de fuentes televisivas contrapuestas. En este sentido, a pesar de las innegables aportaciones que en este nuevo escenario han realizado tanto los Tribunales supranacionales (TEDH y TJUE) como el TC español y la doctrina especializada en la materia, entre la que destaca el estudio de BASTIDA FREIJEDO: *La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, como la aportación doctrinal más importante en esta materia, aún sigue siendo controvertida la cuestión sobre el perfil constitucional de la libertad de antena. Dicha controversia continúa reflejándose en no pocas ocasiones en la legislación sobre el sector audiovisual, distorsionando en el plano normativo la correcta comprensión de este derecho y su ejercicio.

Todo ello obliga, pues, a examinar la compleja cuestión del régimen constitucional de la libertad de antena a la luz del panorama actual. Esta labor supone un doble desafío. Por un lado nos encontramos ante un derecho polémico de débil –o cuando menos cuestionada- recepción constitucional, pero que indudablemente juega un papel esencial en la sanidad y calidad del sistema democrático al ser un elemento esencial para la formación libre de la opinión pública. Por otro, la correcta comprensión de este derecho exige un estudio desde una triple perspectiva: la del derecho interno, la del derecho europeo y la del ordenamiento jurídico comunitario. Esto implica una compleja operación de integración jurídica de tres ordenamientos jurídicos distintos sobre los cuales se construye el contexto normativo de la libertad de antena.

Así, pues, la finalidad primordial de esta investigación es el análisis de la libertad de antena, desde la perspectiva constitucional, en el marco de la integración europea y atendiendo a los fenómenos de la globalización y de la sociedad de la información y el conocimiento. En este sentido, esta tesis pretende contribuir en la búsqueda de soluciones a las diversas aporías en torno a la constitucionalización de la libertad de antena, a la vez que aportar elementos de juicio a un debate doctrinal que continua abierto sobre el desarrollo legislativo más adecuado de este derecho.

El valor de este estudio radica en dos razones. En primer lugar, contribuye a reforzar la dimensión constitucional del derecho a crear medios televisivos. Frente al enfoque predominantemente administrativo que ha dominado la creación de medios televisivos en los últimos años, se hace necesaria una perspectiva constitucional de la libertad de antena como derecho fundamental; perspectiva, en nuestra opinión, básica para el avance en la materia, porque bajo su cobertura se abre un abanico de posibilidades que permiten la comprensión del perfil de este derecho y facilitan su ejercicio, de acuerdo con un elemental respeto de las libertades fundamentales. En segundo lugar, presenta un panorama completo y actual de los avances y las transformaciones, que en lo relacionado con la libertad de antena, se están produciendo en el derecho comunitario y europeo, y los cuales, previsiblemente, generarán cambios tanto en el tratamiento legislativo de este derecho como en la jurisprudencia constitucional relativa a esta materia, en la medida que exista un verdadero diálogo entre el TC español y los Tribunales supranacionales de ámbito europeo y comunitario.

Atendiendo a la complejidad del contexto en el cual se desarrolla nuestro objeto de estudio, acudimos a una serie de enfoques metodológicos. De esta manera, la metodología opera como brújula en el espeso bosque de ordenamientos jurídicos entrecruzados, y de análisis de un derecho como la libertad de antena cuyo fundamento constitucional es controvertido. Así, aplicamos una metodología caracterizada por un enfoque expositivo-argumentativo, en el cual el análisis inductivo tiene una gran relevancia para el adecuado reconocimiento de este derecho tanto en sede normativa como jurisprudencial. Sin embargo, este análisis inductivo no es suficiente para la comprensión de la libertad de antena, porque su tratamiento actual, como tendremos ocasión de analizar, en sede fundamentalmente normativa y jurisprudencial, encierra toda una serie de aporías que dificultan su comprensión como libertad fundamental firmemente anclada en las libertades de expresión e información. De ahí que, se hace necesario acudir al método tópico, entendido, en palabras de VIEHWEG, «como técnica del pensamiento problemático»⁵⁵, que auxilia en la determinación, planteamiento y resolución de esas aporías en torno a la libertad de antena. Otro de los enfoques metodológicos que tiene un especial protagonismo en nuestra investigación es el método del derecho comparado. La comparación nos permite, además de conocer el régimen jurídico de la libertad de antena

⁵⁵ VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, 2ª ed., (trad.) Luis Díez Picazo, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 56.

en el marco de otros ordenamientos, detectar las semejanzas y diferencias en el tratamiento de este derecho, coligiendo soluciones a las diversas aporías sobre la constitucionalización y la regulación del derecho a crear medios televisivos. En este sentido, la «teoría de la constitución red» desarrollada dentro de la doctrina nacional por BUSTOS GISBERT, constituye, también, una herramienta metodológica útil para nuestro estudio, porque permite una mejor comprensión de la relación entre los diversos ordenamientos jurídicos entrecruzados que conforman el contexto en el cual se desarrolla el objeto de nuestra investigación. Por último, de acuerdo con una metodología analítico-deductiva se propondrán posibles respuestas a los problemas planteados a lo largo de los diversos capítulos que desarrollan de forma crítica el índice de contenidos de este estudio.

Nuestra investigación se estructura en cuatro capítulos. En el primero de ellos, a través de un análisis aporético, examinaremos los problemas sin resolver a propósito de la conceptualización e insuficiencia en el desarrollo normativo de la libertad de antena, tanto en el texto constitucional español como en el régimen convencional suscrito por España (CEDH, TFUE y CDFU). Para ello nos centraremos, en primer lugar, en delimitar que se entiende por libertad de antena, haciendo un esfuerzo conceptual sobre este derecho en relación con otros como el derecho de acceso. En este sentido, analizaremos las dos vertientes en las que se proyecta la libertad de antena: derecho de conexión con los medios de difusión previamente establecidos y derecho de creación de medios de comunicación. Como veremos detenidamente, buena parte de la doctrina especializada en la materia se ha decantado por entender la libertad de antena como derecho de creación de medios radiotelevisivos. Sin embargo, nosotros entendemos que es una libertad dual en la que confluyen tanto el derecho de conexión como el derecho de creación de medios radiotelevisivos, aunque nuestro objeto de atención se centrara en esta última perspectiva y sólo en relación con la televisión. Posteriormente, analizaremos el difícil encaje constitucional de la libertad de antena en nuestro ordenamiento jurídico. Y, finalmente, apuntaremos los problemas en torno a la constitucionalización de la libertad de antena.

Como veremos en el capítulo segundo, todos estos problemas han generado una rica jurisprudencia. Tanto el TEDH como el TJUE y nuestro TC se han esforzado por encontrar soluciones a estas aporías, si bien con diversa intensidad y no siempre alcanzando respuestas compatibles a las cuestiones controvertidas que se les plantean. Esta importante labor jurisprudencial sobre la creación de medios televisivos, promovida

fundamentalmente por el TEDH y por el TJUE, permite establecer, a través del análisis inductivo, una serie de principios que forzosamente deben estar presentes en el desarrollo normativo y jurisprudencial de este derecho constitucional, y evidencia, además, la necesidad de un auténtico diálogo entre tribunales como herramienta epistemológica útil para encontrar respuesta a muchos de los interrogantes que se mantienen alrededor de este derecho.

Sin embargo, este estudio sobre la libertad de antena estaría incompleto si no analizamos, también, el desarrollo legislativo de este derecho y su tratamiento en los derechos comunitario y español. Además, sin un claro reflejo normativo y una auténtica voluntad de recepción de la doctrina jurisprudencial por parte del legislador, la jurisprudencia por sí sola no puede resolver todos los problemas en relación con este derecho. Así, pues, examinaremos primero cual ha sido la evolución histórica-normativa de la libertad de antena, y luego nos adentraremos en el análisis minucioso de este derecho a la luz del derecho comunitario y de la legislación española. Este examen nos permitirá, por un lado, detectar las insuficiencias de esta legislación en lo relacionado con el reconocimiento y desarrollo normativo de este derecho, y, por otro, inferir diversos elementos que nos permitan avanzar en la construcción de un auténtico régimen jurídico audiovisual europeo, armónico e integrador; que considere y asegure el cumplimiento tanto de las libertades económicas como de los principios generales y derechos fundamentales que forman parte del acervo constitucional de los Estados miembros, y que se encuentran recogidos en la CDFU.

En un escenario como el actual en el que, como veremos en el capítulo IV, la globalización marca las pautas de una nueva sociedad y una nueva economía basada en la información y el conocimiento, impulsando decididamente la liberalización de sectores estratégicos como el audiovisual y fomentando la construcción de un mercado mundial sin fronteras, no cabe duda que las libertades fundamentales de expresión e información requieren de la garantía de los soportes esenciales para su desarrollo y ejercicio efectivo. A la luz de esta nueva sociedad y esta nueva economía, la dimensión constitucional de la libertad de antena se perfila cada vez con mayor nitidez, evidenciando el carácter inescindible de esta libertad respecto a las libertades de expresión e información, al tratarse de un instrumento esencial para la realización de las mismas en el mundo contemporáneo. En este sentido, la superación de estas aporías en torno a la libertad de

antena es una condición necesaria, no sólo para el impulso de la economía europea en el contexto global, a través del avance en el establecimiento de un mercado europeo audiovisual y de la sociedad de la información y el conocimiento, sino, también, para el fortalecimiento de los sistemas democráticos en el seno de la Unión.

En definitiva, nuestra investigación pretende arrojar luz sobre una libertad controvertida, subrayando su naturaleza constitucional como derecho fundamental encuadrado en las libertades de expresión e información. En este sentido, nuestro objetivo no es otro que contribuir al debate jurídico en torno al reconocimiento y desarrollo efectivo de la libertad de antenna, a través de un análisis aporético dirigido fundamentalmente a esclarecer y resolver cuestiones, a propósito del régimen jurídico de la libertad de antenna como derecho fundamental. Y todo ello atendiendo a las circunstancias reales que condicionan el ejercicio de esta libertad en el complejo contexto normativo contemporáneo, y a la misión práctica del derecho en la resolución de problemas que se plantean en la sociedad. La realidad tecnológica, social, económica y política avanza en ocasiones mucho más deprisa que la jurídica. La libertad de antenna quizás sea uno de los más claros ejemplos de esta afirmación. Pero esto no es obstáculo para que desde el derecho constitucional se establezcan las bases necesarias para una futura recepción constitucional expresa de la libertad de antenna y una regulación efectiva del estatuto jurídico de este derecho.

Título: Resumen de tesis. La libertad de antena en el pluralista ordenamiento constitucional español.

Otros títulos: La libertad de antena en el pluralista ordenamiento constitucional español. Resumen de tesis

Autor (es): Guerrero Colmenares, Marthelena del Carmen.

Directores (es): Bustos Gisbert, Rafael.

Palabras clave: Tesis y disertaciones académicas

Universidad de Salamanca (España)

Resúmenes

Academic dissertations

Abstracts

Tesis Doctoral

Libertad de antena

Broadcasting freedom

Derechos fundamentales

Fundamental rights

Libertades de expresión e información

Freedom of expression and freedom of information

Derecho comparado

Comparative law

Derecho comunitario

Community law

Sociedad de la información y el conocimiento

Information Society/Knowledge Society

Fecha de publicación: 2014

Resumen: [ES] Nuestra investigación se centra en el análisis de la libertad de antena, desde la perspectiva constitucional, en el marco de una pluralidad de ordenamientos jurídicos entrecruzados. Y atendiendo, además, a los fenómenos de la globalización económica y de la sociedad de la información y el conocimiento, que influyen de lleno en el entendimiento de esta libertad. En este sentido, esta tesis pretende contribuir al fortalecimiento de la dimensión constitucional del derecho a la creación de medios televisivos, así como a la búsqueda de soluciones a las diversas aporías en torno a la constitucionalización y la regulación de este derecho. El panorama actual Español caracterizado por el proceso de integración europea, exige que los diversos problemas que se plantean a propósito de la constitucionalización y el desarrollo normativo de la libertad de antena, sean abordados desde una triple perspectiva: la del derecho europeo, la del ordenamiento jurídico comunitario y ya en sede interna la propia de la Constitución y de las demás normas en materia audiovisual, en especial la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. El triple enfoque de la libertad de antena que asumimos en esta tesis nos ayuda a clarificar los contornos constitucionales de este derecho, contribuyendo a la reducción o supresión de las barreras que tanto *de iure* como *de facto* entorpecen el ejercicio de un derecho fundamental, que es, además, pieza clave para la sanidad y calidad del sistema democrático.

[EN] Our research focuses on the analysis of the broadcasting freedom, from a constitutional perspective, in a plurality context of cross-linked legal systems. Besides, this investigation considers the phenomena of economic globalization and the information society that influence the understanding of this freedom. In this sense, this thesis aims to contribute to strengthening the constitutional dimension of broadcasting freedom, as well as providing solutions to the aporia around the constitutionalization and regulation of this right. The current situation in Spain characterized by the European integration requires that the arising problems in connection with the constitutionalization and policy development of broadcasting freedom are addressed from three perspectives: the European law, the Community law and already own domestic jurisdiction of the Constitution and other rules in the audiovisual field. Especially Law 7/2010, of March 31, General Audiovisual Communication. The triple focus of the broadcasting freedom assumed in this thesis helps clarify the constitutional contours of this right, contributing to the reduction or elimination of barriers both *de jure* and *de facto* hinder the exercise of a fundamental right, which key to a healthy democracy.