

**VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3418-2012, al que se adhieren los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Cándido Conde-Pumpido Tourón.**

Con el mayor respeto al criterio mayoritario reflejado en la Sentencia a que se refiere el encabezamiento, formulo el presente Voto particular, ejerciendo para ello la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, en el entendimiento de que el fallo, debió ser totalmente estimatorio de la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio,

Ya en el Voto particular a la STC 103/2017, de 6 de septiembre, puse de manifiesto la relevancia de la relación existente entre los medios de comunicación social y el ejercicio de los derechos fundamentales contemplados en el art. 20 CE, así como el innegable papel que tales medios desempeñan en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo, como valor superior del ordenamiento reconocido en el art. 1.1 CE. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha recordado en referencia a como la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática, en la medida en que le incumbe comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (asunto *Jiménez Losantos c. España*, Sentencia de 14 de junio de 2016; asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, Sentencia de 10 de noviembre de 2015; y asunto *Von Hannover c. Alemania*, Sentencia de 7 de febrero de 2012). Ideas e informaciones que, igualmente, nuestro Tribunal ha considerado fundamentales para conformar una opinión pública libre y plural, capaz de adoptar decisiones políticas a través del ejercicio de los derechos de participación contenidos, principalmente, en el art. 23 CE (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; y 30/1982, de 1 de junio). Y cuando se hace referencia a la prensa, resulta evidente que, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, se hace alusión, entre otros medios, a la radio y televisión públicas

Desde esta posición entiendo que debería haberse abordado la Sentencia a la que se opone este Voto, llegando entonces a una conclusión del todo contraria a la posibilidad de que el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, sea una norma de naturaleza adecuada a la regulación prevista en el art. 20.3. CE.

Así, el examen de los argumentos de inconstitucionalidad planteados por los recurrentes, exige con carácter prioritario la comprobación de que los límites materiales a la utilización del decreto-ley, no hayan sido rebasados. El enjuiciamiento de la constitucionalidad de un decreto-ley, en los supuestos en que se plantean cuestiones relativas al respeto de los límites materiales, así como el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE), debe comenzar descartando, o asumiendo, el respeto por parte de la norma impugnada de las condiciones materiales constitucionalmente previstas, porque solo en el caso en que se entienda que dichos límites han sido respetados tendría sentido examinar la concurrencia del presupuesto habilitante, aplicando la consolidada doctrina constitucional al respecto. En este sentido se pueden citar, entre otras muchas, las SSTC 73/2017, de 8 de junio, 107/2015, de 28 de mayo; 237/2012, de 13 de diciembre; y 189/2005 de 7 de julio.

De este modo se hace en la mayoría de las sentencias constitucionales, donde se interpreta el límite material del art. 86.1 CE, respecto de la afectación de los derechos, deberes o libertades del Título I. A este respecto se ha dicho que el Tribunal, llamado a valorar el respeto a los límites del art. 86.1 CE, debe examinar si el decreto-ley impugnado afecta al contenido del Título I de la Constitución, para lo cual debe “tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 182/1997, de 28 de octubre; 137/2003, de 3 de julio; 108/2004, de 30 de junio; 189/2005, de 7 de julio; 100/2012, de 8 de mayo; y 35/2017, de 1 de marzo).

Pero la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE aplicada al desarrollo del Título I, también se proyecta sobre las instituciones básicas del Estado, sin que la jurisprudencia preexistente permita determinar indubitadamente la aplicación de los límites materiales del Decreto-ley a esas instituciones, que se definen desde la indeterminación de un concepto jurídico con escaso desarrollo jurisprudencial. Algunos precedentes, sin embargo, permiten analizar cuál ha sido la posición del Tribunal respecto de algunas de estas instituciones. Así, la STC 60/1986, de 20 de mayo, al juzgar la constitucionalidad de un decreto-ley de reforma administrativa, afirmó que el Gobierno y la Administración del Estado son «instituciones básicas del Estado», en el sentido del art. 86.1 CE, si por tales se entienden “aquellas organizaciones públicas sancionadas en el propio Texto constitucional cuya regulación reclama una Ley”. De esa definición parcial, con escasa

proyección general vendría a deducir, años más tarde, la STC 237/2012, de 13 de diciembre, que las instituciones básicas del Estado a los efectos del art. 86.1 CE son “aquellas organizaciones públicas sancionadas en el propio texto constitucional cuya regulación reclama una ley” (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4)”. La descontextualización de la referencia, y la inexistencia de pronunciamientos intermedios, vino a conferir un carácter orgánico y formalista a un concepto, el de “institución básica del Estado”, que puede definirse de un modo más amplio porque nada se opone a ello, y que sin duda debe asumir un contenido material más extenso cuando de lo que hablamos es de controlar el recurso al decreto-ley, esto es de “la sustitución del Parlamento por el Gobierno en la aprobación de normas con valor de ley y vigencia provisional” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 237/2012, de 13 de diciembre; 51/2013, de 28 de febrero; y 64/2013 de 14 de marzo).

Decir que la “institución básica del Estado” es un concepto jurídico indeterminado, implica la necesidad de indagar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento se darían los elementos que el constituyente entendió como esenciales para excluir del sometimiento a la regulación por decreto-ley una determinada materia. A este respecto, no puede obviarse, la exigencia del art. 20.3 CE, que establece que “la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. La exigencia de ley prevista en el texto respecto del control parlamentario de la que hoy es la Corporación de la Radiotelevisión pública, y antes fue el Ente de la Radiotelevisión pública, permite entender que el constituyente vino a considerar la importancia de los medios de comunicación social del Estado, como una institución básica, no susceptible por lo tanto de regulación por una norma que no fuera una ley emanada del Parlamento.

Así lo entendió inicialmente el Tribunal, que en sus primeras sentencias, particularmente en la STC 6/1981, de 6 de marzo, estableció claramente que “el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas, y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación

jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (verbi gratia las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven”. Y continúa “Ciertamente cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internacionales ratificados por España, sino, sobre todo, porque así lo impone la propia Constitución que extremando aún más las garantías, exige para esas leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable (arts. 53 y 81).”.

Ahora bien, la reserva de ley aludida no supone, en este caso, que sea posible abordar la regulación a través de una ley o a través de un decreto-ley, indistintamente, a pesar de que el Tribunal haya dicho en repetidas ocasiones que “la mención a la ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10). No estamos ante una relación de exclusión absoluta, pero deberemos concluir que la exclusión se dará si la reserva constitucionalmente prevista supone la exigencia de intervención parlamentaria por la naturaleza de la materia a regular. Si no ponemos en duda la necesidad de intervención parlamentaria, y por tanto la exclusión del decreto-ley, en relación con buena parte de las materias relacionadas con la ley tributaria, por la naturaleza de la norma y su conexión con la esencia misma del sistema parlamentario, tampoco debiéramos poner en duda, teniendo en cuenta la STC 6/1981, la exclusión del decreto-ley de un ámbito como el de la regulación y el control parlamentario de los medios públicos de comunicación.

La Sentencia del Pleno sostiene que los medios de comunicación, no son instituciones básicas del Estado formuladas en el art. 86.1 CE, con cita de las SSTC 60/1986, FJ 4, 237/2012, FJ 7, y 103/2017, FJ 7. Y se basa para ello en el argumento puramente formal de que no vienen expresamente señaladas como instituciones básicas en la Constitución, ignorando que ésta no enumera cuáles son estas instituciones básicas, sino que se limita en su redacción a establecer un límite a la posibilidad de su regulación mediante decreto-ley. Al situarse en un plano puramente formal, el Pleno elude el análisis que le hubiera permitido concluir cómo, de la relación armonizada de los art. 1.1 y 20.3 CE, se desprende la necesidad de una regulación estrictamente

legal de los medios de comunicación, dada la exigencia de un control parlamentario, determinada por la propia naturaleza de los derechos y valores concernidos. Esta exigencia del art. 20.3, de que la regulación ha de efectuarse necesariamente por ley, tiene pleno sentido, en relación con la exigencia de control parlamentario, a la que no pueden serle impuestas, como veremos enseguida, condicionamientos desde una legislación del Gobierno.

Si bien la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional nunca ha definido los medios de comunicación como una institución básica del Estado, limitándose a resaltar y reforzar su dimensión de servicio público (SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de diciembre; 35/1983, de 11 de mayo; 206/1990, de 17 de diciembre; 127/1994, de 5 de mayo; y 73/2014, de 8 de mayo) tampoco había negado nunca, hasta este momento, tal naturaleza.

Sí había reconocido, en cambio, que la “televisión es un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de [sic] cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas” (STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6, con cita de la STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 4). Por esas razones, debiera quedar meridianamente clara la conexión de la radiotelevisión y de la regulación de la radiodifusión, con los derechos contenidos en el art. 20 CE. La STC 206/1990, de 17 de diciembre, retomando la jurisprudencia contenida en la STC 12/1982, de 31 de marzo, que justificaba la legitimidad constitucional de la calificación de la televisión como servicio público y la consiguiente intervención administrativa, afirmando que tal calificación responde a una serie de razones, entre las que se cuentan las de carácter técnico, y la preservación de una institución fundamental reconocida en el art. 20 CE, como es la opinión pública libre. Si entendemos que la garantía de una opinión pública libre es una institución fundamental con reconocimiento constitucional, no es coherente afirmar que uno de los instrumentos constitucionalmente articulados para sustentar dicha garantía no sea asimismo una institución fundamental o, si se quiere, una institución básica.

Dicho en otros términos, la Constitución presupone que existirán medios públicos de comunicación social, asociando una suerte de garantía institucional al ejercicio de las libertades informativas, exigiendo el control parlamentario de dichos medios (STC 12/1982, de 31 de marzo,

FJ 4) y atribuyendo a la ley la definición de la organización los mismos, así como de su control parlamentario (art. 20.3 CE). Negar que dichas previsiones conformen una institución básica y que su regulación no es posible mediante decreto-ley, es asumir una posición sumamente reduccionista de lo que deban ser las instituciones básicas, y, al mismo tiempo, excesivamente generosa con la capacidad de intervención del Gobierno, a través del decreto-ley, en la determinación del mecanismo de control parlamentario y de la organización de la radiotelevisión pública. La continuidad del modelo de radiotelevisión pública, con sus modificaciones normativas innegables pero que siempre han dejado a salvo la existencia del “ente”, demuestra la opción inequívoca de todos los legisladores de la democracia por sostener una radiotelevisión pública a nivel estatal, lo que hace de los medios de comunicación, de hecho, y si no fueran bastantes los argumentos previamente esgrimidos, una institución básica del Estado, sin la que no puede entenderse, ni explicarse, la evolución de nuestro sistema político contemporáneo.

Por todas estas razones, considero que la mayoría debería haber superado el análisis puramente formal del concepto de institución básica del Estado, para concluir, en un estudio más sustantivo, que los medios de comunicación en las sociedades actuales, son un elemento esencial y constitutivo de la configuración de una opinión pública libre, que merecen esta consideración.

Pero no termina aquí el análisis del Real Decreto-ley 15/2012, en relación con las instituciones básicas del Estado, pues, el art. 20.3 hace referencia además al control parlamentario de los medios de comunicación públicos. Y en este sentido, el Parlamento es igualmente una institución básica del Estado, esta vez sin que quepa duda alguna de su correspondencia con la imposibilidad de regulación por esta fuente normativa, y con clara exclusión del art. 86. 1 CE.

Esto exige continuar el examen de la constitucionalidad del Decreto-ley impugnado, abordando el análisis de la regulación que contiene, para valorar si su contenido material afecta sustancialmente a dicha institución en los términos que estableciera la STC 60/1986, de 20 de mayo. El Real Decreto-ley 15/2012, modifica el sistema de selección parlamentaria de los miembros del Consejo de Administración o del titular de la Presidencia de la Corporación y, evidentemente, con ello afecta de manera directa a la estructura fundamental de la Corporación, al mecanismo a través del que se hace efectivo el control parlamentario sobre el ente público, un control que responde a una exigencia constitucional expresa (art. 20.3 CE).

El FJ 10 de la Sentencia de la que discrepo, descarta el argumento de que la regulación contenida en el Decreto-ley 15/2012 afecte a la función de control de las dos Cámaras del Parlamento. Pero entiendo que dicha alegación debió ser estimada, opción que, por lo demás, no habría exigido al Tribunal desarrollar su doctrina en relación con las “instituciones básicas del Estado”. Entiendo que el decreto-ley ha de ser tachado de inconstitucional, de manera indiscutible, porque afecta a dos instituciones básicas del Estado de forma directa, esto es, al Congreso y Senado en sus potestades de control del Gobierno y la administración pública, no pudiendo dudarse de su naturaleza de instituciones básicas por ser parte intrínseca de la comprensión y definición de la división de poderes del Estado.

La potestad de control parlamentario sobre los medios de comunicación públicos a que se refiere el art. 20.3 CE, y que se definía en la Ley 17/2006, de 5 de junio, es abierta y radicalmente modificada por el Decreto-ley impugnado, y ello en una dimensión muy específica, la selección de miembros del Consejo de Administración de la Corporación y de su presidente, y en dos aspectos muy concretos de dicha dimensión: la fórmula a través de la cual se puede llegar a desactivar la existencia de una minoría de bloqueo, que impida los nombramientos en cuestión y la filiación u origen de dichos miembros. Y tales modificaciones, a pesar de ser puntuales, afectan a elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento del Congreso o del Senado, porque se refieren de forma directa e indubitada a la facultad de control de la Corporación que la Constitución atribuye a las dos Cámaras de las Cortes Generales. Ya dijo el Tribunal en la STC 12/1982, de 31 de marzo que el pluralismo político, erigido como uno de los valores fundamentales del Estado de derecho que la Constitución crea y organiza, exige de los medios de comunicación que ellos mismos preserven el pluralismo y esto exige una composición plural y consensuada de los órganos de dirección del ente público.

La modificación del mecanismo de nombramiento supone, de facto, la supresión de la composición plural en los supuestos en que exista una mayoría absoluta en las Cámaras, de cualquiera que sea su signo político. Y ello supone reducir la capacidad de control parlamentario sobre la institución, y limitar el mandato constitucional de preservación del pluralismo. No es aceptable el razonamiento de que existen otros mecanismos de control, aun cuando eso sea posible, porque no puede negarse que el mecanismo principal viene dado por el nombramiento

del Presidente y del Consejo de Administración de la Corporación, como demuestran todos y cada uno de los argumentos, contenidos en la sentencia, y que justificaron la urgencia de la adopción de las medidas que contiene el Decreto-ley, habida cuenta de la paralización funcional de la institución.

Las disposiciones impugnadas, que por lo demás convalidará exclusivamente el Congreso de los Diputados, esto es una sola de las Cámaras afectadas por la reducción de facultades de control, puesto que el Senado no interviene en el trámite de convalidación del Decreto-ley, suprimen, en la práctica, la exigencia de acuerdo parlamentario a la hora de nombrar a los miembros del Consejo y a su Presidente. Ello significa que las minorías parlamentarias, en supuestos de existencia de una mayoría absoluta, quedan excluidas del Consejo. Y no contradice este argumento, el hecho de que se prevea la modificación del procedimiento de nombramiento como un mecanismo de salvaguarda de la toma de decisiones, en caso de que falle la elección de los miembros del Consejo de Administración y su Presidente por mayoría reforzada. A estos efectos, el plazo de veinticuatro horas previsto entre la primera votación, en la que no se alcanza la mayoría de dos tercios, y la segunda votación en que basta mayoría absoluta en el Congreso para elegir al Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo, o en ambas Cámaras para elegir a los miembros correspondientes del Consejo, no supera, y no me detendré más en este argumento que merecería un análisis más específico y pormenorizado, filtro de proporcionalidad alguno. El plazo de veinticuatro horas permite con facilidad formar los consensos necesarios para superar la situación de bloqueo y la previsión supone tanto como admitir que la elección, en caso de ausencia de mayorías cualificadas reforzadas, se hará siempre por mayoría absoluta. Luce con claridad aquí, la resistencia al principio de proporcionalidad que debería cumplir una medida de este tipo, con exigencia de un plazo considerablemente mayor.

Desactivar la minoría de bloqueo, en este caso, y en el modo en que se hace, esto es, a través de un decreto-ley, supone que el Gobierno, que aprobó esta disposición contando por lo demás con una mayoría absoluta en ambas Cámaras, privó a las minorías parlamentarias de la capacidad de utilizar la negociación política para asegurar la elección plural de los miembros del órgano de dirección de la RTVE. O dicho más sencillamente, afectó a la base del principio de pluralismo político en el seno de la institución y, con ello, mermó notablemente la facultad de control parlamentario de la radiotelevisión pública.



Tanto si se entiende que la radiotelevisión pública es una institución básica del estado, por su conexión con el ejercicio de las libertades informativas esenciales en la conformación de una sociedad democrática avanzada, como si se estima que la designación de los miembros del órgano de gobierno de la RTVE es un elemento fundamental de la función de control político de las cámaras sobre la radiotelevisión pública, cuya naturaleza de institución básica del Estado es, en este caso, innegable, debe llegarse a la conclusión de que el decreto-ley no es el instrumento normativo constitucionalmente admisible para regular, en modo alguno, la televisión y la radio públicas.

Y en este sentido emito este Voto particular.

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete.