

EL SISTEMA DE LAS COMUNICACIONES EN ITALIA

Giuseppe FRANCO FERRARI

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Las telecomunicaciones en Italia: génesis y consolidación de la estructura monopolística*. III. *El sistema radiotelevisivo: aspectos definitorios y evolución histórico-normativa hasta la Constitución de 1948*.

I. PREMISA

La incontrolada expansión de los ámbitos materiales de la noción del servicio público, históricamente relacionada a la advertida necesidad de un Estado promotor del desarrollo económico y social, en el ordenamiento jurídico italiano del siglo XX se ha traducido en un complejo entrelace de normas, figuras organizativas y tipologías de relaciones entre el Estado y los individuos difícilmente sintetizables en modo exhaustivo para unas pocas páginas de un ensayo. Sin embargo, las profundas transformaciones, inducidas por la progresiva integración en la Unión, permiten hoy en día apuntar más sobre los elementos de simplificación y convergencia que sobre la profundización de específicas áreas sectoriales con relación tanto a las telecomunicaciones como a las otras manifestaciones que guardan relación con la intervención pública, siendo, en todo caso, todas dirigidas a la exigencia *común* de apertura de los mercados a la competencia en el respeto y en la actuación de las libertades fundamentales del Tratado CE.

Las transformaciones jurídicas y las innovaciones tecnológicas constituyen en la actualidad factores de rápida y progresiva evolución de una sociedad de la información cuyas técnicas de comunicación presentan caracteres tan abiertos y multiformes de ser equiparados a la “complejidad

del alma humana”,¹ pero presentando, al mismo tiempo, delicados problemas de balancear los derechos que encuentran su realización en el mercado de la competencia como aquellos más tradicionales protegidos por los ordenamientos,² como el derecho a la privacidad, conjugada en términos de secreto de la correspondencia y de la comunicación privada ya administradas por empresas comerciales, el derecho a la *privacy* para los datos denominados sensibles, para acabar con los derechos de reciente generación como es, por ejemplo, el que nos lleva a la exigencia de no ser molestados a través de mensajes *in incertam personam*.

Todos estos aspectos hacen surgir exigencias bien precisas de garantía al acceso de los medios de comunicación, de correcta gestión de las redes y de óptimo abastecimiento de los servicios con el fin de conjugar el principio de competencia con los derechos individuales y el pluralismo de la información.³

II. LAS TELECOMUNICACIONES EN ITALIA: GÉNESIS Y CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA MONOPOLÍSTICA

Desde su génesis, hecha resalir convencionalmente a la Ley 184/1892 y al Real Decreto núm. 288/1892,⁴ la legislación italiana en materia de comunicaciones a distancia ha sido marcada y profundamente condicionada por el difícil connubio entre el servicio público y la economía de la gestión, algunas veces con rasgos de apertura a la valorización del carác-

¹ “It is no exaggeration to conclude that the content of Internet is as diverse as human thought”, U. S. District Court of Pennsylvania, *American Library Association vs. U. S. Department of Justice*, 929 F. Supp. 824, pp. 830-849 (ED Pa. 1996). Sobre el tema ampliamente véase, Cerri, A., *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, *Dir. informaz.*, 1996, pp. 785 y ss.

² Para el caso italiano véase Zeno-Zencovich, V., “Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni”, *Dir. informaz.*, 1996, pp. 393 y ss.

³ Una profundización de la relación entre ciudadanía y derecho a la información en Zeno-Zencovich, V., “Il «diritto ad essere informati» como elemento de la relación de ciudadanía”, *Dir. informaz.*, 2006, pp. 1 y ss.

⁴ La Ley, del 7 de abril de 1892, retomaba el principio, presente en la legislación piemontesa (se remonta al 1853), de la reserva al Estado de las transmisiones telegráficas y admitía la orientación del Consejo del Estado para extenderlo al naciente servicio telefónico. Para una reconstrucción detallada de la evolución de la disciplina véase Chiappetta, F., *Legislazione delle telecomunicazioni e telematica*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 1-11 *passim*.

ter industrial del servicio, mucho más frecuentemente con intervenciones de concentración en las manos del Estado de responsabilidad del servicio. El perfil público del sistema mixto creado por las fuentes mencionadas, con la pertenencia al Estado del servicio telefónico y la prohibición contextual a los particulares de instalación y ejercicio sin concesión, una vez percibidas las potencialidades en términos comerciales, científicos, de mantenimiento del orden público y militar de las instalaciones radio-telegráficas y radiotelefónicas,⁵ sería luego reforzado antes en términos de control sobre el contenido de los programas transmitidos,⁶ luego en la dirección de una ampliación también al servicio (y no solamente a la instalación) de la reserva estatal.⁷

La Constitución republicana de 1947 ha introducido, en su artículo 43, una reserva reforzada de ley estatal⁸ para las intervenciones de colectivización o de institución de reservas de actividades, para empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general, subordinando su legitimidad a la subsistencia de “finés de utilidad general”. Se debe decir, sin embargo, que el carácter mixto del sistema económico italiano se ha producido más a través del diverso canal de las participaciones en empresas con personalidad jurídica privada que a través

5 Véase artículo 1o., de la Ley 159/1910, y la relación gubernamental que acompañaba el relativo d. d. l.

6 Véase R. D. L. núm. 655/1924 y R. D. núm. 1226/1924.

7 “Pertenechen exclusivamente al Estado en el Reino, en las Colonias y en las posesiones, en los límites previstos por la ley... servicios de telecomunicaciones (telegráficas, telefónicas, radioeléctricas, ópticas)”, artículo 1o., R. D. número 645/1936 (código postal y de las comunicaciones). La reserva del servicio, o del tipo de actividad realizable con los instrumentos de telecomunicaciones, evidentemente ha constituido también el fundamento de las concesiones a uso privado, es decir para la utilización de las instalaciones diferentes del servicio público, véase Chiappetta, F., *op. cit.*, nota 4, p. 10.

8 En este sentido L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1998, p. 687; se ha debatido ampliamente en la doctrina si se trata de una reserva absoluta o relativa (en este último caso la Ley podría atribuir “a entes públicos, por razones de utilidad general, la facultad de atribuir para el tramite de una concesión, en exclusiva, el ejercicio de determinadas empresas y, entre otras, las relativas a los servicios públicos esenciales que tengan carácter de preeminente interés general”, Salerno, G., “Articolo 43”, en Crisafulli, V. y Paladin, L., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 30; en este sentido, véase la sentencia de la Corte constitucional núm. 11/1960 que ha preservado la Ley sobre las Municipalizaciones del 16 de junio de 1938, núm. 851.

de la nacionalización de las empresas privadas preexistentes⁹ y los efectos de dicha conformación del sistema sobre la legislación de las telecomunicaciones no tardaron en manifestarse.

En el código de 1936 faltaban normas que disciplinasen procedimientos de evidencia pública para la obtención de las concesiones y se debió esperar hasta el r. d. 1198/1941 para colmar la laguna. Pero, rápidamente se dieron cuenta que con la transferencia al IRI de las participaciones en acciones en diferentes sociedades operativas en el sector de las telecomunicaciones,¹⁰ la finalización de los procedimientos de concurso público habría causado efectos indeseables. Por dicho motivo, en 1957¹¹ el legislador introdujo la primera derogatoria para las concesiones telefónicas esperando el momento oportuno para extender, con el nuevo código postal de 1973, la disciplina derogatoria a todas las posibles formas de concesión para los servicios de telecomunicación,¹² probablemente en la convicción que la evolución doctrinal y jurisprudencial de la noción de concesión-contrato, con el franqueamiento del momento privado de la relación respecto a la providencia,¹³ habría permitido la realización de

⁹ Únicas excepcionales, la nacionalización de la energía eléctrica (l. 1643/1962) y la introducción de la reserva para la investigación y la cultivación de los yacimientos de hidrocarburos en la llanura padana a favor del ENI, actuada con la ley 136/1953.

¹⁰ En 1952 el gobierno decidió la transferencia al IRI de la mayoría absoluta de las acciones RAI, Chiappetta, *op. cit.*, nota 4, p. 77; en 1956, con la Ley núm. 1589, fue creado el Ministerio de las participaciones estatales bajo cuyo control fueron colocadas las empresas en mano de la Confindustria.

¹¹ Ley del 26 de julio de 1957, núm. 615. Chiappetta, *op. cit.*, nota 4, pp. 24 y ss.

¹² “Elección del concesionario. La administración, en el caso estime dar en concesión servicios de telecomunicaciones, invita entes, sociedades y empresas especializadas, que posean los requisitos para poder obtener la concesión, a indicar las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a asumir el servicio, teniendo presente la disposición pre-dispuesta por la misma administración. La administración procederá al examen de las solicitudes presentadas, haciendo las correspondientes propuestas al ministro del correo y de las telecomunicaciones. El ministro, sobre la base de dichas propuestas, y escuchado el Consejo de Administración, juzga definitivamente. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones pueden ser acordadas a sociedades por acciones, cuyo capital sea directamente o indirectamente poseído en mayoría por el Estado, sin el cumplimiento del procedimiento apenas señalado. Análogamente se puede prescindir del mencionado procedimiento para las concesiones previstas en el precedente artículo 197”, artículo 198, d. P. R. 29-3-1973, núm. 156.

¹³ Véanse artículos 194 y ss. del Código de 1973. Para una reconstrucción de la evolución de la concesión-contrato en el ordenamiento italiano y de los límites de aplicabilidad de institutos típicos de derecho privado (como la excepción de incumplimiento y las

aquellos niveles mínimos de eficiencia y economía tanto más necesarios cuanto más asfixiantes se hacían los mecanismos de control de la administración y cuanto más “la tradicional contraposición entre autoridad concedente y empresa concesionaria tendía a disolverse”.¹⁴ La programación y el control del sector sustancialmente se estructuraban alrededor de la presencia de un complejo entrelazado de participaciones en concesionarias¹⁵ a integración vertical completa encabezada en última instancia por el ente de gestión IRI, gobernado según las directivas de los Comités Interministeriales para la Programación Económica (CIPE) y por la Política Industrial (CIPI),¹⁶ y por administraciones autónomas del Estado (la Administración de los Correos Postales y de las Telecomunicaciones¹⁷ y la Empresa del Estado para los Servicios Telefónicos),¹⁸ estas últimas emanación directa del Ministerio de los Correos y de las Telecomunicaciones y predisuestas al desenvolvimiento de los servicios no erogados en concesión. La intervención conclusiva de esta larga fase de “construcción” del control público y que es probable individualizar en el d. P. R. 523/1984 que asignó a la SIP (Sociedad italiana para el ejercicio de las telecomunicaciones) los servicios de telecomunicaciones nacionales a uso público.

acciones de resolución) a relaciones de concesión caracterizadas con el principio de la continuidad del servicio público, véase D’Alberti, M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Nápoles, Novene, 1981, pp. 255 y ss.

¹⁴ Quartulli, A., *I servizi pubblici telefonici*, Milán, Giuffrè, 1978.

¹⁵ Principalmente a través de STET, una *holding* del grupo IRI cuyas controladas cubrían esencialmente todas las actividades conexas a los servicios en concesión, de la investigación de base a la producción de componentes de los instrumentos para terminar en la gestión del servicio.

¹⁶ Entre los miembros de los comités se considera el ministro de las participaciones estatales, que participaba en la determinación de las directrices generales, y sucesivamente, emanaba, directivas a los entes para la consecución de las condiciones económicas.

¹⁷ Instituida con el D. L. del 23 de abril de 1925, núm. 520, el APTlc ha actuado a través de bienes del Estado dados “en fianza” administrando, por ejemplo, el servicio radio móvil marítimo, los servicios telex y telegráfico nacional, europeos y con algunos países de la Cuenca del Mediterráneo.

¹⁸ Instituida con R. D. L. del 14 de junio de 1925, núm. 884, la ASST se ha visto asignar competencias en materia de instalación y ejercicio de las instalaciones de red internacional, de gestión del servicio telefónico europeo o con algunos países de la Cuenca del Mediterráneo así como nacionales (conjuntamente, en este último caso a la SIP).

1. *La progresiva apertura de los mercados en el contexto europeo*

Las primeras decisivas manifestaciones de la orientación comunitaria a la apertura a la competencia de los mercados, con todas las dificultades que derivan de la ausencia en el Tratado de normas sectoriales sobre las telecomunicaciones y por el expreso, al menos a nivel formal, principio de neutralidad respecto a los regímenes de propiedad¹⁹ existentes en los Estados miembros, puede encontrarse su antecedente en el *Libro Verde de la Comisión de 1987*.²⁰ Constatada la perdurable presencia de estructuras monopolistas (incluso oligopolios, en todo caso “legitimadas” por la teoría económica del monopolio natural) extendidos a los aparatos de red y a los terminales, la Comisión determinó como objetivo prioritario de *policy* la realización de un mercado común europeo de las telecomunicaciones estructurado alrededor de la creación de nuevas redes transeuropeas y a la integración de las ya existentes.²¹

El primer bloque de medidas que siguió al *Libro Verde* se tradujo en una abundante producción normativa, también de *soft law*, dirigida a la liberalización del mercado de los terminales,²² de los servicios con valor agregado,²³ de los servicios de las redes privadas de sociedades y de gru-

¹⁹ Artículo 295 del TCE.

²⁰ Hacia una economía europea dinámica, libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones, COM (87) 290 def., del 18 de noviembre de 1987.

²¹ Véase Prosperetti, L. y Merini, M., “Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva económica”, en Clarich, M. y Cartei, G. F. (cur.), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 22.

²² Directiva 88/301/CEE de la Comisión del 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 131, del 27 de mayo de 1988, p. 73. Ya en 1986 el Consejo había obligado a los Estados miembros al recíproco reconocimiento de los certificados donde constaban las pruebas de conformidad de los terminales a las normas europeas (directivas 86/361/CEE del Consejo, del 24 de julio de 1986 concerniente la primera fase del recíproco reconocimiento de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 217, del 5 de agosto de 1986, p. 21).

²³ Directiva 90/387/CEE del Consejo del 28 de junio de 1990, sobre la institución del mercado interno para los servicios de las telecomunicaciones mediante la realización del abastecimiento de una red abierta de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 192 del 24 de julio de 1990, p. 1 (directiva *Open Network Provision*, ONP).

pos cerrados de usuarios,²⁴ de servicios de transmisión de datos²⁵ y de las redes especializadas coexistentes con la red telefónica tradicional, o mejor dicho líneas alquiladas,²⁶ redes vía satelital,²⁷ redes vía cable²⁸ y redes movibles.²⁹ Tal vez los aspectos mas relevantes de este primer grupo de intervenciones se deben detallar en el objeto atacado, es decir, los derechos especiales o exclusivos consolidados en los Estados miembros, y en la base jurídica sobre la cual se funda la producción normativa, es decir, los artículos (hoy) 86 y 95 del Tratado CE.³⁰

24 Directiva 90/388/CEE de la Comisión, del 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 192 del 24 de julio de 1990, p. 10.

25 92/382/CEE: Recomendación del Consejo, del 5 de junio de 1992, relativa al suministro armonizado de un conjunto mínimo de servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes de acuerdo con los principios de la oferta de red abierta (ONP) en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 200, del 18 de julio de 1992, p. 1, y 92/383/CEE: Recomendación del Consejo, del 5 de junio de 1992, relativa a la oferta de unos mecanismos armonizados de acceso a la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI) y de un conjunto mínimo de funciones RDSI con arreglo a los principios de la oferta de red abierta (ONP) en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 200, del 18 de julio de 1992, p. 10.

26 Directiva 92/44/CEE del Consejo, 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 165, del 19 de junio de 1992, p. 27.

27 Directiva 94/46/CE de la Comisión del 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE especialmente en relación con las comunicaciones por satélite, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 268 del 19 de octubre de 1994, p. 15.

28 Directiva 95/51/CE de la Comisión, 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 256 del 26 de octubre de 1995, p. 49.

29 Directiva 96/2/CE de la Comisión, 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 20 del 26 de enero de 1996.

30 Las reacciones de los Estados no tardaron en manifestarse. Contra la directiva de liberalización del mercado de las terminales Francia, sostenida por Italia, Alemania, Bélgica y Grecia, propusieron un recurso de nulidad denunciando la base jurídica utilizada por la Comisión (el hoy artículo 86 TCE) que en opinión de Francia se limitaba a otorgar un simple poder de vigilancia a la Comisión (y esto constituía una desviación de poder), siendo ex artículo (hoy) 95 de competencia del Consejo las decisiones en mérito a eventuales amplias reestructuraciones del sector de las telecomunicaciones que fuesen a afectar los derechos especiales y exclusivos mas bien que mirar a hacer cesar eventuales

Una segunda fase de la intervención comunitaria se ha abierto con la directiva *Full Competition* de 1996³¹ con la cual las medidas de liberalización fueron ampliadas a los servicios de telefonía vocal, con la previsión de una completa liberalización a partir del 1o. de enero 1998 en modo tal de perseguir dos objetivos fundamentales: *a)* permitir el ingreso y liberalizar el abastecimiento de los servicios existentes y de servicios innovadores; *b)* preservar la universalidad del servicio de telefonía vocal en una estructura no mas de monopolio, sino más bien competitivo.³² Con relación al primer objetivo, se impuso a los monopolistas históricos abrir las redes a los nuevos entrantes (*serviced-based competition*) en modo tal de crear concretamente las condiciones para la realización del marco ONP, tratando de contener los abusos de posición dominante y las prácticas que pudiesen “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores” (artículo 82, TCE); en relación al segundo, fue la preocupación de garantizar el servicio universal cuantificando los gastos soportados por los *incumbents* y determinando criterios de contribución a cargo de los nuevos entrantes.³³

A las medidas de la *Full Competition* se agregaron nuevas normas en materia de concesiones de licencias y autorizaciones, en modo tal que el ingreso en el mercado viniese restringido únicamente sobre la base de criterios objetivos de selección, no discriminatorios, proporcionales y transparentes, vinculados a la disponibilidad de escasos recursos, y sobre la base de proce-

comportamientos contrarios a las normas del Tratado. El Tribunal de Justicia, no obstante acoger algunas de las tesis presentadas por los Estados en materia de directa abolición de los derechos especiales y revisión de los contratos de largo plazo, ha conservado sustancialmente las normas claves de la directiva y, sobre todo, la base jurídica (Tribunal de Justicia, sentencia del 19 de marzo de 1991, causa C-202/88, *Francia c. Comisione*, en *Recopilación*, I-1223); para una detallada reconstrucción véase Venturini, G., *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 104 y ss.

³¹ Directiva 96/19/CE de la Comisión, 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 74 del 22 de marzo de 1996, p. 13.

³² Véase Prosperetti, L. y Merini, M., *op. cit.*, nota 21, p. 23.

³³ Directiva 97/33/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 199 del 26 de julio de 1997, p. 32.

dimientos de concesiones objetivas, no discriminatorias y transparentes aplicadas por las autoridades de reglamentación nacionales, reduciendo de este modo las barreras legales al ingreso:³⁴ la directiva privilegiaba un régimen de *class licences* armonizadas a nivel europeo respecto a las licencias individuales. El marco regulador se completaba con el control de los precios finales a efectuarse según las normas de la directiva 90/388/CEE que, precisamente para eliminar las barreras económicas al ingreso en el sector, sustituyeron al tradicional sistema de tarifas, dirigido a cubrir los costos totales del operador histórico, un sistema dirigido a cubrir los costes de cada servicio con fines de balanceamiento de tarifas.³⁵

2. *Las telecomunicaciones en la era de la convergencia: el nuevo código de las comunicaciones electrónicas y el concurso de las fuentes en el nuevo regionalismo italiano*

La tercera fase de la intervención comunitaria, actualmente en actuación, se ha abierto con un grupo de directivas adoptadas casi contextualmente con el fin de acelerar el proceso de convergencia tecnológica y comercial de los mercados de los media, de las tecnologías, de la información y de las telecomunicaciones. El objetivo declarado es aquel de constituir un *common regulatory framework*, o mejor dicho “un marco regulador armonizado que garantiza la prestación del servicio universal” (artículo 1o., c. 1, de la Directiva Marco),³⁶ para cada tipo de infraestructura —y por lo tanto no solamente para las redes y los servicios de telecomunicaciones— que pueda actuar como medio de transporte de señales de todo tipo, ampliando de este modo el número de los mercados “abiertos”.

³⁴ Directiva 97/13/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 117 del 7 de mayo de 1997, p. 15, en especial la consideración 3.

³⁵ En sustancia, se ha querido debilitar la posición de ventaja del *incumbent*, consecuente a la posibilidad de practicar tarifas extremadamente bajas en el sector “atacado” por los nuevos entrantes, las de las llamadas locales, recuperando luego con las tarifas altas en las llamadas *long distance*: de tal manera que, además de garantizar la entrada de nuevos operadores, se pretende producir efectos benéficos también para los consumidores.

³⁶ Directiva 2002/21/CE del Parlamento europeo y del Consejo, 7 de marzo de 2002, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 108, 24 de abril de 2002, p. 33.

Contemporáneamente, con la Directiva Autorizaciones³⁷ se ha querido continuar con el derribamiento de las barreras administrativas al ingreso superando las disposiciones de la directiva 97/13/CE por medio de la introducción de una innovadora disciplina de las autorizaciones generales las cuales, configurándose como “marco regulador” dirigida a permitir el inicio de la actividad en el sector como consecuencia de una simple notificación a la autoridad nacional de reglamentación, van a sustituir las autorizaciones individuales “naturalmente” tendientes a configurarse en términos de provi-dencia administrativa sustancial connotado por discrecionalidad.

La Directiva Acceso incorpora, racionaliza y actualiza las normas sobre el acceso (directiva 97/33/CE) y sobre la interconexión (directiva 98/10/CE), superando las incertidumbres sobre la distinción entre acceso y acceso especial y definiendo el ámbito material de aplicación en modo independiente de las tecnologías utilizadas e “instrumental respecto al objetivo de proporcionar servicios de comunicación electrónica empleando recursos y/o servicios de otros”.³⁸ En resumen, moviendo en el contexto diseñado por la Directiva Marco, la Directiva Acceso establece toda una serie de obligaciones *ex ante* a las empresas dominantes en términos de transparencia (artículo 9o.), no discriminación (artículo 10), separación contable (artículo 11), acceso y utilización de recursos de la red (artículo 12), control de los precios (artículo 13).

La Directiva Servicio Universal³⁹ consolida las medidas de garantía de calidad, confiabilidad del servicio y tutela a favor de los usuarios finales, aclarando que la noción de servicio universal comprende los servicios Internet (artículo 4o.), los referidos a la guía general de abonados y los respectivos servicios de consulta (artículo 5o.), los teléfonos públicos de pago (artículo 6o.), las medidas específicas para usuarios con discapacidad (artículo 7o.), y previendo la posibilidad de imponer obligaciones de

³⁷ Directiva 2002/20/CE del Parlamento europeo y del Consejo, 7 de marzo de 2002, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 108 del 24 abril de 2002, p. 21.

³⁸ Siragusa, M. y Ciullo, S., “Il nuovo quadro delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza”, *Mer. conc. reg.*, 2002, p. 524.

³⁹ Directiva 2002/22/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 108 del 24 de abril de 2002, p. 51.

reglamentación apropiadas a las empresas identificadas por tener un poder de mercado significativo (artículo 17).⁴⁰

El legislador italiano ha admitido el nuevo marco regulador europeo en el *Codice delle comunicazioni elettroniche* (decreto ley núm. 259/2003),⁴¹ moviendo en la óptica de la simplificación y de la ordenación de la disciplina en términos de relación, poderes y competencia, pero conservando diversas incertidumbres que derivan ya sea del elevado nivel de fragmentación de la disciplina precedente (manteniendo disciplinas especiales para algunos sectores como el radiotelevisivo),⁴² ya sea por la reproducción paritaria de disposiciones de las directivas sin las adaptaciones oportunas conceptuales y lingüísticas.⁴³

En su totalidad, el diseño del *common regulatory framework* surgido del bloque de las directivas de “segunda generación”, leído también bajo la luz de las normas internas de admisión, presenta diversos aspectos de reflexión. Teniendo que elegir algunos considerando el tiempo limitado a mi disposición, me inclinaría por los siguientes: *a)* la importación en el derecho de la reglamentación de nociones típicas del derecho de la competencia y la redefinición de las funciones de las autoridades nacionales de reglamentación contextualizadas en el nuevo marco europeo; *b)* la estratificación normativa en los ordenamientos interiores.

40 El marco es completado con la Directiva 2002/77/CE de la Comisión el 16 de septiembre de 2002, acerca de la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 249 del 17 de septiembre de 2002, p. 21. A las disposiciones contenidas en las directivas es necesario agregar, al menos, la Decisión núm. 676/2002/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión espectro radioeléctrico), en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 108 del 24 de abril de 2002, p. 1, Reglamento (CE) núm. 2887/2000 del Parlamento europeo y del Consejo, del 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 336 del 30 de diciembre de 2000, p. 4, y Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03), en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 165 del 11 de julio de 2002, p. 6.

41 Emanado con base a la delegatoria contenida en el artículo 41 de la Ley núm. 166/2002.

42 Véase el apartado III de este trabajo.

43 Véase Clarich, M. y Cartei, G. F., “Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica”, *Il codice delle comunicazioni elettroniche, cit.*, nota 21, p. 13.

A. *La importación en el derecho de la reglamentación de nociones típicas del derecho de la competencia y la redefinición de las funciones de las autoridades nacionales de reglamentación contextualizadas en el nuevo marco europeo*

Conscientes de las dificultades de determinar de una cresta condivida de separación entre derecho *ex ante* de la reglamentación y derecho *ex post* de la competencia,⁴⁴ podemos bosquejar un comentario a la disciplina de segunda generación partiendo de las “certezas” proporcionadas por el anterior marco normativo. Simplificando, la regulación está finalizada a la creación de las necesarias condiciones para el desarrollo de mercados concurrenciales con el auxilio de reglas *asimétricas* que imponen obligaciones *ex ante* a los *incumbents*, sobre los cuales pesa una sospecha de aprovechamiento abusivo por la propia, históricamente consolidada, fuerza de mercado; el derecho de la competencia (que actúa según el esquema: definición del mercado relevante, determinación del operador dominante, verificación del abuso de la posición de dominación y sanción) es considerado por lo tanto funcional a la promoción y al mantenimiento de las condiciones de competencia, pero dotado de un poder limitado de conformación de mercados cuyas barreras al ingreso de nuevos operadores continúen a ser elevadas.⁴⁵

En el marco regulador originario, la intención era aquella de hacer disolver la reglamentación *ex ante* y confiarse a las normas del derecho de la competencia una vez logrados niveles satisfactorios de competencia de los mercados.

Constatados los resultados no homogéneos producidos en cada ordenamiento nacional por la estratificación normativa y por la diversa traducción de las normas europeas y la necesidad de “tomar en cuenta la realidad del mercado que son más complejas y dinámicas”,⁴⁶ la estrategia adoptada por el legislador comunitario en el 2002 está dirigida a la introducción de ele-

44 Véase Siragusa, M. y Ciullo, S., “Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza”, *Merc. conc. reg.*, 2002, pp. 529 y ss.; Larouche, P., *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford-Portland, Hart, 2000, pp. 292 y ss.

45 Un análisis detallado en Radicati di Brozolo, L. G., “Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria”, *Merc. conc. reg.*, 2002, pp. 561 y ss.

46 Directiva Marco, consideración 25.

mentos de homogeneidad a través la importación en la reglamentación *ex ante* de nociones del derecho de la competencia (esencialmente, la definición de mercado relevante y la reinterpretación del significativo poder del mercado en términos de dominación individual o colectiva)⁴⁷ bien consolidada en la práctica de la Comisión y del Tribunal de Justicia. En el nuevo marco reglamentario. Determinados por la Comisión los mercados relevantes,⁴⁸ a las ANR corresponde la identificación concreta “de los mercados relevantes en su territorio, conforme a los principios del derecho de la competencia”,⁴⁹ el análisis sucesivo de los apenas mencionados mercados con el objeto de verificar si sean “efectivamente competitivos”⁵⁰ y, en caso contrario, la aplicación de las normas asimétricas. El equilibrio del diseño organizativo apenas esbozado, que ve a la Comisión como un centro motor de la integración comunitaria y las ANR como garantes de la misma, se apoya evidentemente en la clara individualización de los poderes y de las competencias de los sujetos⁵¹ del espacio reglamentario y sobre los procedimientos de “reglamentación cooperativa”⁵² entre los mismos. En cuanto a los sujetos, es necesario observar como la legislación comunitaria haya puesto precisos vínculos y objetivos en el desenvolvimiento de las funciones asignadas a las ANR, de manera que éstas no puedan ser consideradas como órganos pertenecientes a los aparatos nacionales, sino que deban ser insertadas en un

47 Véase artículo 14, c. 2, y el Alegato II de la Directiva Marco, así como las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03), en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 165 del 11 de julio de 2002, p. 6. En el viejo sistema las reglas asimétricas se aplicaban cuando, en mercados bien definidos de las directivas, un sujeto poseía cuotas superiores al 25%.

48 Con la recomendación del 11 de febrero de 2003, COM (2003) 311, adoptada de conformidad con el artículo 15 de la Directiva Marco, la Comisión ha indicado 11 mercados para los servicios al por mayor de comunicaciones electrónicas, y 7 para los servicios al por menor.

49 Artículo 15, c. 3, Directiva Marco.

50 *Ibidem*, artículo 16.

51 En el ordenamiento italiano, Comisión europea, autoridad garante de las comunicaciones, Ministerio de las Comunicaciones y autoridad garante de la competencia y del mercado. Los detalles sobre la división de las competencias, véase el apartado III de este trabajo.

52 Artículo 7o., Directiva Marco, y artículos 10-12, capítulo II, *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

“ámbito funcional reglamentado en sede comunitaria”⁵³ de hecho luego evidente, desde el punto de vista de las formas de cooperación, en la institución⁵⁴ por parte de la Comisión del Grupo de entidades reguladoras (que flanquea el Comité para la Comunicación constituido de conformidad con el artículo 22 de la Directiva Marco). En este contexto, la elección actuada por el legislador italiano de mantener los perfiles de complementariedad y de ambigüedad con referencia al reparto de las competencias entre Autoridad Nacional de Reglamentación y el Ministerio de las Comunicaciones, con la tendencia a la re-transferencia de funciones de la primera hacia la segunda, parece contravenir el diseño comunitario, especialmente en consideración del hecho que el Ministerio no parece estar comprendido en el número de las autoridades que componen el Grupo de Entidades Reguladoras.⁵⁵

B. *La estratificación normativa en los ordenamientos interiores*

La evolución de la disciplina comunitaria, de leer también bajo la luz de las operaciones de privatización⁵⁶ actuadas en el ordenamiento italiano a partir de la década de los noventa del siglo pasado, ha ido acompañada de un proceso de alejamiento de aquel núcleo duro del derecho público concentrado en el binomio público servicio/reserva para aproximarse a una disciplina de tendencia privada de las relaciones entre operadores del mercado y usuarios-consumidores así como unitaria (*convergente*) en el objeto (las diferentes tecnologías aplicadas a las telecomunicaciones). Además, de los perfiles trazados *supra*, surge como la *convergencia*, además que en el plano tecnológico, asuma precisos signi-

⁵³ Cassese, S., “Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni”, *Gior. dir. amm.*, 2002, pp. 689 y ss.

⁵⁴ Decisión de la Comisión del 29 de julio de 2002, por el que se establece el grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 200, 30 del julio de 2002, p. 38.

⁵⁵ De conformidad con el artículo 2o. de la decisión 2002/627/CE, por “autoridad nacional de reglamentación pertinente”, se entiende la autoridad pública establecida en cada Estado miembro para supervisar la interpretación y la aplicación cotidiana de las disposiciones de las directivas relativas a las redes y a los servicios de comunicaciones electrónicas, según se define en la Directiva Marco. Para mayor análisis Salerno, F. M., “Soggetti, funzioni e procedure della regolazione”, en Clarich, M. y Cartei G. F., *op. cit.*, nota 21, pp. 79 y ss.

⁵⁶ Véase para todos Cassese, S., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

ficados y en el plano normativo-reglamentario y, por lo menos en las intenciones, en el administrativo con el nuevo régimen de las autorizaciones generales. Sin embargo, la creación de un sistema de reglamentación policéntrico produce un concurso de fuentes sobre (en algunos casos) cuatro o más niveles (comunitario, nacional, regional, reglamentario, regulador) que presenta delicados problemas de coordinación y que corre el riesgo de generar efectos de “hiper-regulación”. En efecto, en Italia, la reciente reforma del título V de la Constitución ha definido la potestad legislativa concurrente de las regiones llamadas hoy en día a intervenir también en materia de “ordenamiento de la comunicación”⁵⁷ cuyo significado “no es de fácil individualización, sino que en todo caso no solamente inserta un nuevo sujeto en el sistema regulador, sino que alude a un objeto unitariamente considerado y esto es comprensivo tanto del sector de la radiotelevisión, cuanto de las telecomunicaciones”.⁵⁸ Se presenta entonces un dúplice orden de problemas conexos al reparto de competencias entre Estado y regiones y a las modalidades de participación de éstas a los procesos decisionales tanto a nivel nacional cuanto a nivel comunitario.

Con relación al primer aspecto, la Corte constitucional⁵⁹ ha puntualizado, que si por un lado, “la competencia legislativa repartida debe reflejarse en una gestión conjunta entre Estado y regiones en «todos los momentos en los cuales la administración de dichas obras se descompone, según las reglas de los principios de subsidiariedad y de leal cooperación»”, por otro lado,

...un elemento de flexibilidad está contenido indudablemente en el artículo 118, c. 1, constitucional, el cual se refiere explícitamente a las funciones administrativas, pero introduce para éstas un mecanismo dinámico que termina con hacer menos rígida... la misma distribución de las competencias legislativas, ahí donde prevé que las funciones administrativas, generalmente atribuidas a las municipalidades, puedan ser colocadas en un nivel

57 Artículo 117, c. 3, de la Constitución.

58 Caretti, P., “L’ordinamento delle comunicazioni tra Comunità Europea, Stato e Regione”, en Morbidelli, G., y Donati, F. (cur.), *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Turín, Giappichelli, 2005, p. 18. Contrariamente, como referido *supra*, el sector radiotelevisivo continua a seguir una disciplina especial diferente de la incorporada en el *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

59 Corte Constitucional, sentencia 303/2003.

de gobierno diverso para asegurar el ejercicio unitario, sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación”. Es igualmente problemática la relación entre fuente regional y principios comunitarios: una recentísima pronunciación del Consejo de Estado⁶⁰ ha ordenado la desaplicación de una ley regional⁶¹ por “agravio injustificado del procedimiento de emisión del título de autorización”, o mejor dicho por violación de los principios de “simplificación, transparencia y celeridad de los procedimientos de autorización” referidos en la Directiva Autorizaciones.

Con relación al segundo aspecto, el referido al momento “participativo”, el *Código* no se ocupa de las modalidades de involucrar a las regiones en el nivel de decisión comunitaria: la disciplina está contenida en la Ley 131/2003 que prevé las modalidades indirectas y directas de participación, a través de la Conferencia permanente Estado-región en el primer caso, por medio de la participación en las delegaciones gubernamentales y a las actividades de los grupos de trabajo y de los comités del Consejo y de la Comisión en el segundo. En cambio, el *Código* se ocupa de la participación en los procesos de decisión a nivel estatal definiendo antes de todo⁶² el objeto de la competencia regional, en segundo lugar previen-

60 Consiglio di Stato, ordenanza núm. 2235/06 del 9 de mayo de 2006.

61 Ley Regional Marche, núm. 7/2004.

62 “En coherencia con los principios de tutela de la unidad económica, de tutela de la competencia y de subsidiariedad, en el ámbito de los principios fundamentales previstos en el Código y en todo caso derivados del ordenamiento de la comunicación establecidos por el Estado, y de conformidad con cuanto previsto por el ordenamiento comunitario, con el fin de hacer más eficaz y eficiente la acción de los sujetos públicos locales, satisfacer las exigencias de los ciudadanos y de los operadores económicos, las regiones y los entes locales, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el respeto de los principios previstos en el primer coma del artículo 117 de la Constitución, dictan disposiciones en materia de: a) determinación de niveles avanzados de redes y servicios de comunicación electrónica a banda larga, para ofrecer en áreas locales predeterminadas en el ámbito de los instrumentos de planificación y de desarrollo, también con el objetivo de evitar fenómenos de urbanización forzada o mejor dicho de deslocalización de empresas; b) facilidades para la adquisición de equipos terminales de los usuarios y para la utilización de redes y servicios de comunicación electrónica a banda ancha; c) promoción de niveles mínimos de disponibilidad de redes y servicios de comunicación electrónica a banda ancha, en las estructuras públicas localizadas en el territorio, comprendidas en las mismas las sanitarias y de formación, en los asentamientos productivos, en las estructuras comerciales y en aquellas receptivas, turísticas y hoteleras; d) definición de iniciativas dirigidas a proporcionar un sostén a las personas ancianas, a los inválidos, a los consumidores de

do la institución “en el ámbito de la Conferencia Unificada⁶³ [de] un Comité paritario, con la tarea de verificar el nivel de actuación de las iniciativas iniciadas, de adquirir e intercambiar datos e informaciones detalladas sobre la dinámica del sector y elaborar las propuestas de someter a la Conferencia”.⁶⁴

En palabras de la Corte Constitucional, el ordenamiento italiano pasa a “una concepción procesal y consensual de la subsidiariedad y de la adecuación”⁶⁵, que se traduce en la superación de un reparto de competencias estáticamente definido a una rígida separación; se pasa, por lo tanto, de una *competencia* a un *concurso* de fuentes “que tienden a ordenarse en sus relaciones recíprocas, no tanto según criterios de jerarquía formal, sino más bien según criterios sustanciales, más flexibles”.⁶⁶

III. EL SISTEMA RADIOTELEVISIVO: ASPECTOS DEFINITORIOS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1948

Por actividad radiotelevisiva debe entenderse, como se ha relevado oportunamente,⁶⁷ una forma particular de radiocomunicación dirigida a difundir a indeterminados destinatarios mensajes de diferente contenido (recreativo, cultural informativo, etcétera) que está caracterizada por la destinación del mensaje a una pluralidad indeterminada de personas. Desde un punto de vista técnico dicha forma comunicativa se concretiza en una emisión circular de ondas electromagnéticas que toman el nombre de frecuencias y que pueden ser tanto sonoras así como visivas.

En el curso del análisis de las líneas evolutivas del sistema italiano en el sector, se hablará hasta 1954, año de la primera transmisión televisiva, obviamente solamente de servicio radiofónico.

los cuales se haya verificado una renta modesta o particulares exigencias sociales y a aquellos que viven en zonas rurales o geográficamente aisladas”, artículo 5o., c. 2.

⁶³ “La Conferencia Estado-ciudad y autonomías locales está unificada por las materias y por las tareas de interés común de las regiones, de las provincias, de las municipalidades y de las comunidades de montaña, con la Conferencia Estado-regiones”, artículo 8o., decreto ley núm 281/1997.

⁶⁴ Artículo 5o., c. 1.

⁶⁵ Sentencia 303/2003.

⁶⁶ Caretti, P., *L'ordinamento delle comunicazioni*, cit., nota 58, p. 22.

⁶⁷ Sandulli, M. A. “Radioaudizioni”, *Enciclopedia del diritto*, pp. 191 y ss., esp. 191.

El recorrido normativo en tema de radiocomunicación en Italia se ha puesto en marcha con la Ley núm. 395 de 1910⁶⁸ que reservaba al gobierno el “establecimiento y el ejercicio de instalaciones radiotelegráficas y radiotelefónicas y en general de todos aquellos para los cuales en el Estado y en las colonias dependientes, en tierra o en las naves, se empeña energía con el objeto de obtener efectos a distancia sin la utilización de conductores”. Lo que es importante subrayar en esta sede es que la reserva estatal no daba lugar a formas de concesión exclusiva del sector, sino respondía solamente a la exigencia de un control sobre los perfiles técnicos inherentes a la radiodifusión, tanto es cierto que la Ley admitía el otorgamiento de concesiones públicas a privados. La estructura de la radiodifusión disciplinada de este modo sufría un cambio en términos de un cada vez más acentuado sector público de la actividad radiofónica con la llegada del régimen fascista. El r. d. n. 2191 de 1924⁶⁹ innovaba el sistema preexistente previendo el otorgamiento de la concesión del servicio radiofónico en exclusiva a una sociedad privada de nombre URI (Unione Radiofonica Italiana) la cual, en 1927,⁷⁰ en concomitancia con un reforzamiento de los controles gubernamentales sobre las transmisiones radiofónicas, era convertida en pública y se transformaba en el *Ente italiano per le audizioni radiofoniche* (EIAR).

En 1936⁷¹ fue adoptado el Código Postal y de las Telecomunicaciones, que confirmaba en todo el modelo público y fuertemente centralizado preexistente y que habría sido la normativa fundamental de disciplina de la materia hasta la reforma de 1975.

La única novedad de la legislación en el inmediato posguerra y del periodo constitucional provisorio, en el ámbito de una tendencia global a la simple “cosmética” de la disciplina heredada por el fascismo, ha sido el intento de involucrar el órgano legislativo en la reglamentación del servicio radiofónico —que hasta dicho momento había visto al gobierno en el papel de protagonista absoluto— a través de la institución en 1947⁷² de una comisión parlamentaria de vigilancia sobre las radiodifusiones.

68 L. del 30 de junio de 1910, núm. 395.

69 R. d. del 14 de diciembre de 1924, núm. 2191.

70 R. d. del 17 de noviembre de 1927, núm. 2207, convertido en la Ley del 17 de mayo de 1928, núm. 1358.

71 R. d. del 27 de febrero de 1936, núm. 645.

72 D. Ig. C. p S. del 5 de abril de 1947, núm. 428.

La Constitución republicana de 1948, a pesar de hacer solamente una referencia muy indirecta al servicio radiotelevisivo, ahí donde el artículo 21 prevé que todos tengan el derecho de manifestar libremente el propio pensamiento, además que con la palabra y con la escritura, con *cualquier otro medio de difusión* —incluyendo, por lo tanto, también el radiotelevisivo— ofrecía, vista su visión garantista y pluralista de protección de las libertades fundamentales, un parámetro capaz de dar un fundamento constitucional a disciplinas bastante innovadoras de la disciplina preexistente. Pero, un potencial de innovación que, al menos en los primeros años, habría sido dejado de lado por el legislador y cuya valorización habría tenido un papel crucial, como lo veremos en el siguiente párrafo, la jurisprudencia de la Corte constitucional. No obstante la novedad del dictado constitucional, la estructura de sustancial continuidad de la legislación ordinaria respecto al sistema normativo pre-republicano caracterizado por el monopolio público y por la presencia bastante fuerte de la componente gubernamental en la reglamentación de la actividad de radiodifusión, recibía una ulterior confirmación con ocasión de la renovación de la concesión del servicio, en 1952, a la concesionaria en exclusiva que mientras tanto había cambiado su propia denominación en RAI⁷³ y que, en 1954, con la puesta en marcha de la primera transmisión televisiva se habría convertido en “RAI- Radiotelevisione italiana”. En efecto, no solamente el acto de concesión preveía la propiedad pública de la mayoría de las acciones RAI, sino también la obligación por parte de la concesionaria de previo sometimiento a la autorización ministerial de los programas.

1. *La jurisprudencia constitucional y la dialéctica*

Corte-Parlamento: la sentencia número 59 de 1960

El perfil de investigación más adecuado para reconstruir críticamente la evolución del sistema radiotelevisivo en Italia parece ser la identificación de la jurisprudencia constitucional sobre el tema como terreno de observación privilegiado para conducir nuestra investigación. Una tal opción de método está dada por la toma de conciencia que es bastante difícil encontrar en otros ámbitos el mismo rol de propuesta que han

⁷³ D. lvo del 26 de octubre de 1944, núm. 457.

caracterizado las intervenciones de la Corte constitucional sobre el tema. En efecto, ya desde 1960, la consulta se ha colocado como interlocutor al mismo tiempo paciente y riguroso frente al legislador, proporcionándole, a través de advertencias bastante explícitas, ahí donde el remedio de la anulación seca de normativas no del todo conformes al dictado constitucional, por el provocar una situación de anarquía legislativa en un campo delicado como el radiotelevisivo, habría sido peor del mal, las líneas directrices para las modificaciones legislativas necesarias para reportar la normativa tachada de inconstitucionalidad en el surco trazado por los parámetros constitucionales en tema de derecho a manifestar el propio pensamiento (artículo 21 constitucional) y de libertad de iniciativa económica y sus eventuales limitaciones (artículos 41 y 43 constitucionales).

Como se mencionaba, la primera de las intervenciones de la Corte que ha destacado las etapas de la evolución del sector radiotelevisivo en Italia resale al 1960, con la sentencia núm. 59.⁷⁴

La cuestión planteada por el juez *a quo* se refería a la correspondencia con los parámetros constitucionales anteriormente indicados (artículos 21, 41 y 43 constitucionales) con las disposiciones de los artículos 1o. y 168, c. 5, del Código Postal de 1936, al cual ya se ha hecho referencia, por la parte concerniente a la reserva al Estado de los servicios de televisión circular por medio de ondas electromagnéticas y la consecuente exclusión de la posibilidad, para quien no hubiese obtenido concesión del Estado, de implantar y ejercer servicios del genero.

La Corte rechazaba la cuestión haciendo leva en una argumentación, la relativa a la limitación de los medios técnicos que caracterizan la naturaleza de la actividad radiotelevisiva y la consecuente legitimación de la reserva estatal de conformidad con el artículo 43 constitucional, que será por años, al menos hasta 1976, el *file rouge* de la jurisprudencia constitucional sobre el tema. En particular la decisión se articulaba sobre cuatro proposiciones argumentativas portantes: 1) partiendo de la consideración que existía una limitación de los canales utilizables, la televisión se caracterizaba como una actividad predestinada, en régimen de libre iniciativa, cuanto menos al oligopolio de hecho; 2) por lo tanto los servicios televisivos debían ser comprendidos entre las categorías de empresas que se refieren a situaciones de monopolio de conformidad con el artículo 43

⁷⁴ Corte Constitucional, del 13 de julio de 1960, núm. 59, *Giur. cost.*, 1960, pp. 759 y ss.

constitucional; 3) con referencia a la actividad televisiva debían considerarse satisfactorias también las otras dos condiciones previstas para la avocación de los servicios al Estado, es decir la actividad de preeminente interés general y las razones de utilidad general. La primera porque, a cuanto sostenido por los jueces constitucionales, era evidente la altísima importancia que, en la fase actual de nuestra civilización, asumen los intereses (información, descanso, cultura) que la televisión tiende a satisfacer. Con relación a la segunda condición, la utilidad general venía hecha directamente descender por la limitación de los recursos utilizables, sobre la base de la consideración por la cual si los servicios radiotelevisivos no hubiesen sido reservados al Estado, que es el único, institucionalmente, capaz de ejercitarlas en la mejores condiciones de objetividad, imparcialidad, globalidad y continuidad sobre todo el territorio nacional, ellos habrían caído en la disponibilidad de uno o pocos sujetos que, por definición, no habrían sido capaces de garantizar *standard* adecuados de realización de los mismos principios; 4) la reserva no violaba el artículo 21 constitucional, ahí donde se garantiza el derecho de difundir el propio pensamiento con cualquier medio, en cuanto, dada la limitación del medio televisivo, el Estado monopolista se encontraba, como sostiene la Corte, en las condiciones de objetividad e imparcialidad más favorable para conseguir la superación de las dificultades interpuestas por la natural limitación del medio a la realización del precepto constitucional dirigido a asegurar a todos la posibilidad de difundir el pensamiento con cualquier medio.

2. Primeros resquebrajamientos del monopolio público: las sentencias números 225 y 226 de 1975 y la Ley número 103 de 1975

Con la segunda y la tercera intervención del juez constitucional, respectivamente con las sentencias números 225 y 226 del 1974,⁷⁵ iniciaba el lento pero inexorable desmoronamiento de la reserva estatal sobre el servicio radiotelevisivo. Con la sentencia número 225 los jueces constitucionales amputaban dicha reserva de las actividades inherentes a los denominados repetidores de estaciones transmisoras extranjeras, sobre la base de la consideración por la cual la *ratio* que justifica la legitimidad cons-

⁷⁵ Corte constitucional del 10 de julio de 1974, núm. 225, *Giur cost.*, 1974, 1775, y Corte constitucional del 10 de julio de 1974, núm. 226, *ivi*, 1776.

titucional del monopolio público identificada en la sentencia de 1960, es decir, la limitación de las bandas de transmisiones asignadas a Italia, no podían aplicarse a los repetidores de estaciones extranjeras por la simple razón que éstas no actuaban en las bandas apenas señaladas. La Corte agregaba como en este determinado sector la exclusiva estatal obstruía la vía a la libre circulación de las ideas, comprometiese un bien esencial de la vida democrática e incluso acabase por realizar “una especie de autarquía nacional de las fuentes de informaciones”. En cambio, en cuanto se refiere a la legitimidad de la reserva estatal sobre las transmisiones vía aérea, la decisión bajo examen no solamente confirmaba *in toto* la estructura argumentativa de la sentencia número 59 de 1960, sino a ulterior reforzamiento de la legitimidad constitucional que dicha reserva subrayaba como recurriese, a propósito del servicio televisivo, al lado de su identificación como una situación de monopolio expuesta en la sentencia de 1960, otra de las hipótesis contempladas alternativamente por el artículo 43 constitucional, o sea el ser un servicio público esencial por la idoneidad de la radio-teledifusión a satisfacer una necesidad esencial de la colectividad. La referencia actuada por primera vez a la noción de servicio público esencial es bastante relevante porque se verá en los años sucesivos que sería convertido en la jurisprudencia de la Corte el exclusivo parámetro de cobertura constitucional del monopolio público.

Pero, los jueces constitucionales agregaban, indirectamente dirigiéndose al legislador, que la persistencia del monopolio público sobre el medio radiotelevisivo debía considerarse constitucionalmente legítima solamente donde el mismo monopolio hubiese realizado el objetivo de garantizar, por un lado, la objetividad y la globalidad de las informaciones, la apertura a todas las corrientes culturales, la imparcial representación de las ideas que se expresan en la sociedad, por otro lado el derecho de acceso efectivo en la medida máxima permitida por los medios técnicos a disposición. Con la finalidad de realizar estos objetivos así identificados los jueces constitucionales, esta vez dirigiéndose directamente al legislador, a través de los que pasaran a la historia como los “siete comandamientos” de la Corte constitucional, prescribían que la ley que avoca a disciplinar en vía sistemática el sector de la radiotelevisión debiese al menos prever: 1) que los órganos directivos del ente gestor no fuesen constituidos en modo tal de representar directa o indirectamente expresión, exclusiva o preponderante, del Poder Ejecutivo y que su es-

estructura fuese tal de garantizar la objetividad; 2) que hubiesen directivas idóneas a garantizar que los programas de información fuesen inspirados en criterios de imparcialidad y que los programas culturales, en el respeto de los valores fundamentales de la Constitución, reflejasen la riqueza y la multiplicidad de las corrientes de pensamiento; 3) que para la concreción de dichas directivas y para el correspondiente control fuesen reconocidos adecuados poderes al Parlamento; 4) que los periodistas encargados en los servicios de información estén obligados a la mayor objetividad y darles las condiciones de cumplir con su deber en el respeto de los cánones de la deontología profesional; 5) que, por medio de una adecuada limitación de la publicidad, se evitase el peligro que la radiotelevisión, aridiciendo una tradicional fuente de financiamiento de la prensa libre, pudiese procurar un grave perjuicio a una libertad que la Constitución tutela con energía; 6) que, en actuación de una exigencia descendente directamente por el artículo 21 constitucional, el acceso a la radiotelevisión fuese abierto, en los máximos límites permitidos, imparcialmente a los grupos políticos, religiosos, culturales en los cuales se expresan las varias ideologías presentes en la sociedad; 7) que viniese reconocido y garantizado —como impuesto por el respeto de los derechos fundamentales del hombre— el derecho del individuo también a la rectificación.

Con la sentencia núm. 226 de 1974 los jueces constitucionales sustraían a la reserva estatal también la instalación y el ejercicio de redes televisivos vía cable a nivel local, mientras confirmaban la legitimidad constitucional del monopolio público no solamente relativamente a los servicios televisivos vía aérea, sino también a los de vía cable a nivel nacional. Antes de analizar el *reasoning* a la base de la decisión de la Corte debe precisarse que la diferencia práctica de mayor relieve entre televisión vía cable y televisión vía aérea está dada por la limitación de los canales realizables vía aérea y por lo ilimitado de los canales realizables vía cable, pudiéndose aumentar éstos indefinidamente multiplicando el número de cables. Una tal diferencia no ha sido suficiente para convencer a la Corte a dejar completamente el monopolio público sobre la televisión vía cable. En efecto, los jueces constitucionales, como se ha anticipado, salvando la exclusiva estatal sobre los servicios televisivos vía cable a escala nacional apoyándose en una argumentación agregada respecto a la tradicional de la limitación de los recursos técnicos —que en

este caso era desprovista de fundamento—, es decir, relevando el coste de instalación de televisiones vía cable que hubiese comprendido todo el territorio nacional, en el caso su realización no hubiese sido reservada al Estado, habría sido tan elevado para dar lugar a graves peligros de insurgencia de situaciones monopolísticas u oligopolio. Dichas consideraciones permitían a la Corte, aun en ausencia del fuerte argumento de la limitación del medio técnico, de hacer parte de los fines de utilidad general previstos por el artículo 43 constitucional, es decir, el monopolio estatal en los servicios vía cable a nivel nacional. En cambio, según los jueces constitucionales, un diverso discurso debía ser hecho con relación a la instalación y al ejercicio de las redes radiotelevisivas vía cable a escala local por la cual, a causa de sus costes considerados sostenibles por cada empresa, al caer la reserva del Estado, conduciendo a una proliferación de las instalaciones de televisión vía cable no habría en ningún caso podido llevar a situaciones de monopolio o de oligopolio sino, mucho mas verosímilmente, a una pluralidad de redes parciales. Sobre la base de estas consideraciones la Corte constataba, en cuanto se refiere a los servicios vía cable de carácter local, la carencia de aquellos finalidades de utilidad general que habrían podido legitimar la persistencia de su sometimiento a la reserva estatal de conformidad con el artículo 43 de la Constitución.

En síntesis, como ha surgido por cuanto ha sido expuesto, la Corte constitucional, con las sentencias 225 y 226 de 1974, combinando sabiamente la rigurosidad de intervenciones ablativos de disciplinas legislativas consideradas no conformes al dictado constitucional con la paciente intención de persuasión que se concretizaron al trazar direcciones mas bien univocas al legislador con el fin de hacer compatible la reserva estatal con los dos principios básicos de garantía de la objetividad y de la globalidad de la información y de la efectividad del derecho de acceso al medio televisivo, en sustancia había, rediseñado las coordinadas axiológicas dentro de las cuales debía moverse la futura actividad normativa en el sector televisivo, invitando no de este modo implícitamente, al legislador a una sistemática y no retardada intervención de reforma.

Intervención que no se hizo esperar: con la Ley núm. 103 de 1975 se procedía, a distancia de casi cuarenta años del Código Postal de 1936, a una redefinición sistemática de la materia, en la cual venían en sustancia codificadas las líneas de reforma trazadas por la Corte el año ante-

rior, con las mencionadas en reiteradas oportunidades las decisiones núms. 225 y 226.

En efecto, si por un lado en el artículo 1o. de la Ley núm. 103 de 1975, se confirmaba el sometimiento del servicio televisivo a la reserva estatal, y se definía radiodifusión circular “un servicio público esencial y con carácter de preeminente interés general de conformidad con el artículo 43 constitucional en cuanto dirigido a ampliar la participación de los ciudadanos a concurrir en el desarrollo social y cultural del país de conformidad a los principios sancionados por la Constitución”, por el otro lado la reserva, en total conformidad con la jurisprudencia constitucional, no se extendía, conforme el artículo 2o. de la misma Ley, ni a la actividad directa a la gestión de instalaciones repetidoras de programas extranjeros, ni a la instalación y al ejercicio de instalaciones de difusión vía cable a nivel local.

Tanto para la actividad radiotelevisiva vía cable a nivel local cuanto con referencia a la gestión de los repetidores de programas extranjeros y de los nacionales, la Ley en objeto modificaba el régimen preexistente de la concesión típico de la persistencia de la reserva estatal sobre un determinado servicio público en el de autorización, mas compatible con un sistema caracterizado por las reglas de libre competencia.⁷⁶

Son tres, los que hasta aquí han surgido a propósito de la reducción del área de incidencia del monopolio público, los ulteriores perfiles de mayor innovación de la disciplina introducida con la Ley núm. 103 de 1975 respecto al sistema normativo preexistente. Dichos perfiles que están directamente conectados a la intención de hacer propios, por parte del legislador de 1975 las advertencias pronunciadas por la Corte constitucional en la sentencia 225 de 1974, conciernen en particular al acrecentado papel del Parlamento, la participación de la región, la previsión expresa del derecho de rectificación y una redefinición del sistema de financiamiento del sistema televisivo.

En lo que se refiere al primer aspecto se ha intentado, a través de una potenciación de los poderes de la Comisión Parlamentaria para la dirección general y la vigilancia de los servicios radiotelevisivos de reequilibrar las relaciones entre Parlamento y gobierno, fuertemente desequilibrados, como se ha evidenciado anteriormente, a favor del segundo con relación a la titularidad de las competencias de dirección y control sobre los servicios radiotele-

⁷⁶ Véanse artículos 38 y ss., Ley 103/1975 para repetidores de programas extranjeros, artículos 24 y ss. Ley 103/1975 para actividades radiotelevisiva vía cable.

visivos. Entre las numerosas atribuciones previstas a favor de la susodicha Comisión debe, en esta sede, por un lado apelarse al poder a ella atribuido por el artículo 8o. de la Ley 103/1975 de elegir, con la mayoría de 3/5 de sus componentes, diez de los dieciséis miembros del Consejo de administración de la concesionaria y, por el otro lado, hacer referencia al abundante número de competencias de dirección y de control previstas a su favor por el artículo 4o. de la Ley 103/1975, “en orden tanto del contenido de las transmisiones como en orden a las líneas de fondo de la gestión empresarial”.⁷⁷

Con referencia al segundo de los elementos innovadores previstos por la nueva Ley, es decir el de la participación de la región en la reglamentación de la actividad radiotelevisiva, el aspecto de mayor interés parece estar representado por la institución para cada región, prevista por el artículo 5o. de la Ley 103 de 1975, de un comité regional para el servicio radiotelevisivo, elegido por cada consejo regional. Ha dicho órgano consultor de las regiones en materia radiotelevisiva venia encargado el poder no solo de formular indicaciones sobre los programas radiotelevisivos destinados a la difusión regional, sino también el certamen más relevante de regular el acceso a las transmisiones regionales, según las normas de la comisión bicameral para la dirección general y la vigilancia de los servicios radiotelevisivos.⁷⁸

En cuanto se refiere al tercer aspecto identificado, el relativo a la previsión expresada del derecho a la rectificación, la Ley de 1975, admitiendo el “séptimo mandamiento” de la sentencia núm. 225 de 1974 de la Corte constitucional, establecía, en su artículo 7o. que, quien se considere lesionado en sus intereses materiales o morales por transmisiones contrarias a la verdad, tenía el derecho de pedir fuese transmitida la correspondiente rectificación. La disposición mencionada disciplinaba además, en su segunda parte, el aspecto de procedimiento de las modalidades de ejercicio del derecho de rectificación, estableciendo, entre otras cosas, que la correspondiente solicitud debía ser presentada al director de la red radiofónica o televisiva o al director del noticiero televisivo o noticiero radio en cuyos programas la transmisión de rectificar se hubiese verificada y que el director competente estuviese obligado a efectuar la rectificación sin retardo,

⁷⁷ Caretti, P., *Diritto dell'informazione e della Comunicazione*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 96.

⁷⁸ Véase artículo 8o., l. 103/1975.

salvo que, obviamente, la misma rectificación no tuviese un contenido tal de poder dar lugar a responsabilidad penal.

3. *Ulteriores amputaciones de la reserva estatal y exigencia de una legislación antitrust: sentencias número 202 de 1976 y número 148 de 1981*

El sistema normativo adoptado por la Ley de reforma de 1975 se mantuvo en vigencia solamente un año, en cuanto, con la decisión núm. 202 de 1976,⁷⁹ la Corte sentenciaba inconstitucional el sostén reglamentario de la susodicha normativa, es decir, el sometimiento de la reserva estatal a todas las transmisiones vía aérea, fuesen ellas de relevancia nacional o solamente local. La tesis fundamental a la base de la cuestión planteada por el juez *a quo* y hecha propia por los jueces constitucionales consistía en la afirmación según la cual la limitación de los canales disponibles, presupuesto para el reconocimiento del monopolio público sobre el servicio radiotelevisivo, a causa de la evolución de los recursos tecnológicos del sector, no habría subsistido más en cuanto se refería a las transmisiones a escala local.

Por lo tanto la Corte declaraba inconstitucional la Ley núm. 103 de 1975 ahí donde somete también las transmisiones vía aérea a escala local a la reserva estatal por violación del principio de igualdad previsto por el artículo 3o. constitucional, en cuanto las transmisiones vía cable y vía aérea a nivel local, no obstante se encuentren en situaciones análogas —disponibilidad de medios técnicos y costes relativamente bajos de las instalaciones de transmisión— venía reglamentadas en modo profundamente diferente,⁸⁰ y del derecho de información previsto por el artículo 21 constitucional ya que, a la luz del hecho que precisamente por la disponibilidad de las frecuencias y por los costos no insostenible habría existido, para las transmisiones a escala local vía aérea, la efectiva posibilidad de ejercicio de una iniciativa privada sin el peligro de monopolios u oligopolios privados, habría desaparecido la única razón justificable, con relación a dichas transmisiones, de la grave limitación del

⁷⁹ Corte Constitucional, del 28 de julio de 1976, *Giur. const.*, 1976, t. I, pp. 1267 y ss.

⁸⁰ Las primeras, como se ha notado precedentemente, sometidas a un régimen de autorización ex artículo 24 de la Ley 103/1975, en cambio las segundas cubiertas en todo y por todo de la reserva estatal de conformidad con el artículo 1o. de la misma Ley.

principio fundamental de libertad de información. Pero, a diferencia de cuanto la Corte hubiese hecho cuando, con la sentencia 226 de 1974, habría “amputado” la reserva estatal de las transmisiones vía cable a nivel local, los jueces constitucional, esta vez, agregaban que el reconocimiento del derecho a la iniciativa privada en el sector de las transmisiones vía aérea a escala local, para su conexión (no existente, *a contrario*, a decir de la Corte, para las transmisiones vía cable) con el servicio público esencial y de preeminente interés general constituido por la difusión vía aérea a escala nacional de programas radiofónicos y televisivos y encargado al monopolio público, requería la necesaria e improrrogable intervención del legislador estatal con el fin de fijar las modalidades técnicas de asignación de las frecuencias y de fijar las condiciones que pudiesen permitir al mismo tiempo el derecho a la iniciativa privada con el preeminente interés general previsto en el artículo 43 constitucional y la garantía que el derecho pudiese ser ejercitado “siempre con el riguroso respeto de los deberes y obligaciones, también internacionales conforme a cuanto dispuesto por la Constitución”.

El argumento clave de la decisión, que habría constituido el punto de partida para las futuras modificaciones no solamente de las leyes ulteriores sino del mismo modo de entender el sistema radiotelevisivo en Italia es aquel en el cual, la Corte, debiendo justificar la opción del legislador relativa a la persistencia del monopolio público relativo a las transmisiones vía aérea a escala nacional, no hacía más referencia a la limitación del medio técnico, argumentación que reinaba en quince años de jurisprudencia constitucional en el tema, sino hacía leva exclusivamente sobre la consideración que, también en una situación que hubiese permitido una disponibilidad de frecuencias con tal de evitar riesgos de concentración monopolísticas u oligopolio, la reserva estatal continuaba a ser constitucionalmente legítima por el solo hecho que “la radiodifusión sonora y televisiva representaba un servicio público esencial y de preeminente interés general”.

Es esta la línea argumentativa, más que la efectiva sustracción a la reserva de las transmisiones vía aérea a escala local, a constituir el *vulnus* más profundo a la fortaleza del monopolio nacional. En efecto, como ha sido ya oportunamente hecho evidente,⁸¹ la objeción más inmediata que puede ser presentada a tal línea argumentativa es que en la jurisprudencia

81 Véase Sandulli, M. A., *Radioaudizioni*, cit., nota 67, p. 202.

constitucional precedente sobre el tema el elemento de la escasez del medio técnico y el correspondiente riesgo de formación de monopolios al interior del servicio televisivo habían sido invocados no solamente para identificar uno de los tres presupuestos que alternativamente integran una de las tres condiciones contempladas por el artículo 43 para legitimar la avocación del servicio al Estado, sino también y sobre todo para configurar la existencia de aquellos fines de utilidad general que constituyen un presupuesto en sí mismo y una *condicio sine qua non* para activar el mecanismo de avocación previsto por el artículo 43 constitucional. Una vez que ha decaído, con la decisión que se comenta, el presupuesto príncipe de la limitación del medio técnico, la justificación del monopolio público venía a ser privada de una de sus más sólidas bases.

Todo esto, como cuanto sucediese en los años sucesivos está ahí para testimoniar, no escapo “a los sostenedores de la libertad aérea”⁸² que regresaron, con prepotencia al ataque.

La ocasión no se hizo esperar. El 18 de noviembre de 1980 el *Pretore* juez de primera instancia de Roma investía a la Corte con una providencia de remisión en la cual sometía una cuestión de constitucionalidad de la Ley 103 de 1975, ahí donde ésta confirmaba la reserva al Estado de las transmisiones televisivas vía aérea argumentando, como también bajo la luz de la sentencia 202 de 1976 de la Corte constitucional anteriormente examinada, luego de las adquisiciones de carácter tecnológico que se verificaron en los últimos años, no habrían subsistido más los factores de limitación de las frecuencias y del elevado costo de instalación y de gestión de los servicios televisivos que habían constituido, en el curso de la jurisprudencia constitucional precedente, las razones esenciales puestas como justificación de la legitimidad constitucional de la reserva estatal sobre las transmisiones vía aérea a escala nacional.

La Corte puesta bajo presión decidía moverse bajo dos líneas argumentativas complementarias.⁸³

Con la primera incorporaba en los fines de utilidad general, cuya subsistencia era necesaria para justificar la permanencia del monopolio público, no más el elemento de la limitación de los medios y por lo tanto el peligro, a tal limitación íntimamente coligada, de formación de oligopolios o monopolios, no solamente la necesidad, desvinculada de cualquier

⁸² La expresión es de Sandulli, *ibidem*, p. 203.

⁸³ Corte Constitucional, del 21 de julio de 1981, *Giur. cost.*, 1981, t. I, pp. 1379 y ss.

conexión con el factor “natural” de la escasez del medio técnico, “de evitar la concentración de la emisora radiotelevisiva en monopolio u oligopolio privado”.

Consciente de la debilidad conceptual de dicha argumentación, en cuanto la referencia al riesgo de alterar la competencia desganchado del elemento de la limitación del medio técnico se revelaba objetivamente mucho menos persuasivo, la Corte agregaba una segunda que se concentraba en la identificación de una relación de proporcionalidad inversa entre la permanencia de la reserva estatal sobre el servicio radiotelevisivo y la inercia del legislador en dictar una normativa *antitrust* que pudiese evitar el riesgo de concentraciones monopolistas u oligopolio al interior del mismo servicio. En modo particular la Corte afirmaba como en diferentes conclusiones —respecto a las que habían considerado conforme al dictado constitucional la reserva estatal— se habría podido agregar.

...ahí donde el legislador, enfrentando en modo completo y profundo el problema de la reglamentación de las TV privadas, hubiese previsto un sistema de garantía eficaz con el fin de obstaculizar en modo eficaz la realización de concentraciones no solamente en el ámbito de las conexiones entre las varias emisoras, sino también en el de los coligamientos entre las empresas operantes en los diferentes sectores de la información, incluidas las publicitarias.

En otras palabras la previsión de una normativa *antitrust* venía identificada como presupuesto necesario y suficiente para hacer que una normativa que actuase el cambio en la reglamentación del servicio televisivo de sistema de prevalencia público (con la posibilidad para el polo privado de acceder solo al servicio local) a sistema mixto generalizado, sin áreas y funciones reservadas, pudiese ser considerada por la consulta conforme a la Constitución.

4. *La disciplina transitoria del decreto de ley número 807 del 1984 y su legitimidad “previsora” de conformidad con la sentencia número 826 de 1988*

Antes de concentrarnos en la Ley núm. 223 de 1990 que habría sido la hacedora de dicho cambio adoptando una —inadecuada como se verá—

disciplina *antitrust*, debe hacerse referencia a cuanto había sucedido mientras tanto con relación a la emisoras radio-televisivas privadas después que la Corte había declarado inconstitucional, en la sentencia número 2020 de 1976, la reserva estatal sobre las transmisiones vía aérea a escala local y en la perdurable inercia legislativa que había hecho caer en el vacío el apelo, como se recordara completado por la Corte en la misma decisión, a la adopción de una normativa que disciplinase la asignación de las frecuencias y armonizase el derecho a la iniciativa privada con el carácter de preeminente interés general del servicio público radiotelevisivo. Al mantenerse la contumacia del legislador se verificaba en efecto un crecimiento exponencial de las redes locales que muy rápidamente había superado el ámbito de difusión territorial que le había sido reconocido por la jurisprudencia constitucional hasta eludir, de hecho, la prohibición legislativa descendiente de la entonces vigente reserva estatal de las transmisiones a nivel nacional recurriendo al expediente de mandar en onda, en contemporánea, el mismo programa pre-grabado, difundido en todo el territorio nacional “por medio de más emisoras locales entre ellas coasociadas o pertenecientes al mismo empresario (denominado interconexión funcional o *network*)”.⁸⁴ Frente a un fenómeno de esta clase una intervención de reglamentación por parte del legislador se hacía todavía más improrrogable. Así como había sido una intervención jurisprudencial (el de la Corte constitucional con la sentencia 225 de 1974) a “despertar” al legislador durmiente, también en este caso la sacudida decisiva al Parlamento provenía de una providencia judicial. Con más precisión de una serie de providencias judiciales contextualmente adoptadas en tres regiones italianas (Lazio, Piemonte y Abruzzo) que, en octubre de 1984, disponían la inmediata suspensión de las transmisiones difundidas por los principales *networks* nacionales.⁸⁵

La intervención normativa, esta vez, no se hacía esperar. El gobierno decidía intervenir, en forma urgente, adoptando el Decreto Ley núm.

⁸⁴ Pace, A., “Il sistema televisivo italiano”, *Pol. Dir.*, 1997, pp. 97 y ss., esp. 99. Nacen así, entre otros, los hace notar el autor, los *network* nacionales “Canale 5” (Berlusconi), “Retequattro” (Mondadori), “Italia 1” (Rusconi), entonces redes autónomas y posteriormente confluidas, también la segunda y la tercera, en el grupo Fininvest de Silvio Berlusconi.

⁸⁵ Pret. Roma del 15 de octubre de 1984, *Foro it.*, 1984, II, 508; Pret. Turín, del 13 de octubre de 1984 y Pret. Pescara del 16 de octubre de 1984, t. *ivi*, p. 545.

807/1984⁸⁶ en el cual se reconocía, en espera de una reforma sistemática del servicio televisivo al cual se hacia expreso reenvío, la denominada “libertad de antena” también a nivel nacional, en sustancia sanando, aunque sea en vía transitoria, la situación de hecho preexistente de difusión de las emisoras privadas en todo el territorio nacional. La disciplina no solamente de autodefinía transitoria sino que además se daba un plazo máximo de vigencia de seis meses.⁸⁷ Esta habría quedado vigente por más de cinco años, hasta la aprobación de la Ley de Reforma de agosto de 1990.

No obstante la legitimación transitoria del *status quo*, debe revelarse como la disciplina prevista por el Decreto Ley núm. 807 no había hecho decaer en absoluto, como por otro lado habría confirmado la Corte constitucional posteriormente,⁸⁸ el principio de la reserva estatal de la difusión sonora y televisiva, que era expresamente confirmado por el artículo 1o., apartado 1,⁸⁹ mientras que en el segundo apartado del mismo artículo evocaba los principios inspiradores del sistema mixto.⁹⁰

La situación de incertidumbre causada por la sobre posición, no siempre coordinada, por fuentes legislativas alternado por las tantas decisiones de la Corte sobre el tema y que pesaban no solamente sobre la identificación de la normativa aplicable sino, todavía más a la fuente, en la individualización del sistema de reglamentación del servicio televisivo que, bajo la luz de la constante evolución tecnológica, se revelase más de acuerdo al modelo constitucional de referencia, se manifestaba en toda su evidencia cuando, a finales de la década de los ochenta, la Corte Consti-

⁸⁶ Convertido con modificación en la Ley núm. 10 del 4 de febrero de 1985.

⁸⁷ Prorrogado posteriormente con Decreto Ley 1o. de junio de 1985, convertido en la Ley núm. 397 del 2 de agosto de 1985 hasta el ultimo plazo del 31 de diciembre de 1985.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia núm. 826 de 1988.

⁸⁹ “La difusión circular de programas radiofónicos mediante vía aérea o, a escala nacional, mediante cable y de programas televisivos mediante, o, a escala nacional, mediante cable o con cualquier otro medio constituye, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, un servicio público esencial y con carácter de preeminente interés general, en cuanto dirigida a ampliar la participación de ciudadanos y competir al desarrollo social y cultural del país de conformidad con los principios establecidos por la Constitución. El servicio por lo tanto está reservado al Estado”.

⁹⁰ “La independencia, la objetividad y la apertura a la diferentes tendencias políticas, sociales y culturales, en el respeto de las libertades garantizadas por la Constitución, son principios fundamentales de la disciplina del servicio público radiotelevisivo”.

tucional venía investida de una serie de cuestiones que presentaban dudas de constitucionalidad del Decreto Ley núm. 807 de 1984 por razones sustancialmente opuestas.⁹¹ En efecto, por un lado se denunciaba la persistencia del principio del monopolio público sobre los servicios radiotelevisivos, por otro lado, al contrario, se denunciaba la legitimidad constitucional de la norma impugnada ahí donde permitía, aun cuando sea en vía transitoria, la prosecución de la actividad de transmisión vía aérea a escala nacional, o en todo caso ultra local, de los *networks* nacionales.

La Corte constitucional decidía de no seguir ninguna de las dos soluciones (entre ellas antitéticas) que le habían sido propuestas por los jueces *a quo*, sino tomaba una “tercera vía” consistente en el buscar precisamente en lo provisorio del Decreto de Ley núm. 807 de 1985 “su base justificativa” agregando como, también bajo la luz del hecho que la normativa impugnada fuese ya en vigor por un tiempo ampliamente mayor del previsto, en el caso en el cual el Parlamento hubiese todavía retardado en adoptar una nueva ley que, encargándose finalmente de disciplinar un sistema radiotelevisivo mixto, proveyese a una completa reestructuración del sistema de las frecuencia con referencia a las emisoras individuales, la mutación del carácter provisorio de la normativa en definitivo, tendría por fuerza que obligar a la Corte a pronunciarse por su inconstitucionalidad.

Los jueces constitucionales no se detuvieron aquí sino determinaron también el valor de fondo, imprescindible en la información radiotelevisiva y todavía antes “valor central en un ordenamiento democrático”, que habría debido plasmar la nueva normativa: el del pluralismo informativo, que la Corte declinaba en dos diferentes acepciones. En primer lugar una visión denominada externa del pluralismo de entenderse como presencia activa del mayor número posible de fuentes, con relación a la disponibilidad de los recursos técnicos necesarios; en segundo lugar una expresión interna del valor plural, que se traduce en el dar voz al mayor número posible de opiniones, tendencias políticas culturales presentes en el tejido social sin el peligro que los sujetos voceros de opiniones diferentes “pudiesen ser marginados por causa de los procesos de concentración de los recursos técnicos y económicos en las manos de uno o de pocos”.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia núm. 826 del 14 de julio de 1988.

La Corte, por último, observando la situación que se iba consolidando de hecho ante la ausencia de una normativa de sistema, daba una ulterior dirección para trazar el modelo constitucional al cual habría debido conformarse la disciplina en adopción —dirección que veremos el legislador futuro no siempre habría tomado seriamente—: se subraya que “el pluralismo en todo caso no habría podido considerarse realizado por el concurso entre un polo público y un polo privado que fuese representado por un único sujeto o que en todo caso detuviese una posición dominante en el sector privado”.

5. *La Ley núm. 223 de 1990 sobre la nueva disciplina del sistema radiotelevisivo mixto público-privado y sus contrataciones: la sentencia núm. 420 de 1994*

La normativa tanto esperada que habría debido sistematizar y racionalizar la estructura radiotelevisiva italiana, venía finalmente adoptada en 1990 con la Ley núm. 223, que se autodefinía “disciplina del sistema radiotelevisivo público y privado”. La configuración de la Ley giraba, a parte de la definición de un cuadro de principios en orden al ejercicio de la actividad radiotelevisiva,⁹² en tres ejes portantes: la reglamentación del régimen de concesiones, la predisposición de los mecanismos de garantía para una correcta aplicación de la Ley y la previsión, absolutamente innovadora, de la tanto deseada disciplina *antitrust*.

En cuanto se refiere al régimen de concesiones correspondiente a las transmisiones vía aérea, la Ley núm. 223 preveía un sistema mixto a todos los efectos. Así se establecía que la difusión de programas radiofónicos y televisivos fuese efectuada tanto por la sociedad concesionaria del servicio público radiotelevisivo,⁹³ cuya estructura societaria fuese el de una sociedad por acciones con total participación pública,⁹⁴ cuanto por

⁹² El apartado 1 del artículo 1o. preveía que la difusión de programas radiofónicos o televisivos, realizada con cualquier medio técnico, tuviese un carácter de preeminente interés general mientras el apartado 2 del mismo artículo determinaba en el pluralismo, en la objetividad, en la globalidad y en la imparcialidad de la información, en la apertura a las diferentes tendencias políticas, sociales, culturales y religiosas los principios fundamentales del sistema radiotelevisivo, a realizarse con el concurso de sujetos públicos y privados.

⁹³ Artículo 1o., l 223/1990.

⁹⁴ Artículo 2o., l 223/1990.

sujetos privados,⁹⁵ previo otorgamiento de la concesión sobre la base de criterios determinados por la misma Ley.⁹⁶

Con relación a las modalidades de planificación de las frecuencias, la Ley⁹⁷ preveía que ella fuese efectuada mediante dos actos fundamentales: el plano nacional de repartición de las frecuencias y el plano de asignación de las frecuencias para la radiodifusión. Con el primero se preveía repartir las bandas de frecuencia utilizables entre los diversos servicios de telecomunicación, con el segundo se preveía asignar las bandas de frecuencia atribuidas al servicio radiotelevisivo, entre las varias áreas de usuarios entre los cuales estaba dividido el territorio nacional. Para la primera aplicación de la normativa era esencial la aprobación del primer plano de asignación de las frecuencias⁹⁸ que se realizaba con el d. P. R. del 20 de enero de 1992. Plano que, además, fijaba en doce el número total de las redes televisivas nacionales, comprendidas las destinadas al servicio público. Sucesivamente se emitía el decreto ministerial 13 de junio de 1992 que aprobaba el elenco de las nuevas emisoras televisivas privadas con título emitido de concesión para la radiodifusión televisiva en ámbito nacional. El sucesivo Decreto Ley 323/93 sobreponía una disciplina provisoria (denominada disciplina puente) a aquella a régimen prevista por la Ley 223/90, sin abrogarla. En cuanto se refiere, en particular, a la concesión de las frecuencias a emisoras privadas para la difusión televisiva en ámbito nacional dicho decreto preveía⁹⁹ que, hasta la entrada en vigor de una nueva disciplina del sistema radiotelevisivo —del cual ya después de tres años de la entrada en vigor de la Ley 223/90 se sentía la necesidad por causa del insatisfactorio intento de reordenar el sistema actuado por esta última— los titulares de concesiones de conformidad con el artículo 16, Ley 223/90, pudiesen continuar en el ejercicio de la radiodifusión televisiva en el ámbito nacional.

⁹⁵ Artículo 16, l. 223/1990.

⁹⁶ *Idem*. Dichos criterios se apoyaban esencialmente en la potencialidad económica de las diferentes iniciativas sobre la naturaleza de los proyectos técnicos presentados, sobre la calidad de la programación prevista.

⁹⁷ Artículo 3o., l. 223/1990.

⁹⁸ De conformidad con el artículo 3o., 17 c., l. 223/90 la aprobación se efectuaba con DPR, bajo propuesta del ministro delle Poste e delle telecomunicazioni, previa deliberación del Consejo de Ministros.

⁹⁹ Artículo 1o., c. 3, d.l. 323/93.

Con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normativa y vigilar sobre su correcta actuación del sistema mixto previsto en la misma ley 223/90 instituía un garantizador para la editorial y la radiodifusión, órgano común ya sea al sector público así como al sector privado del servicio televisivo y sobre el cual confluirán las funciones atribuidas en precedencia al garantizador para la editorial por la Ley núm. 416 del 5 de agosto de 1981 y posteriores modificaciones.¹⁰⁰

Se debe subrayar como el garantizador haya sido excluido de cualquier intervención en el área mas delicada de sector radiotelevisivo, es decir el de la gestión de las frecuencias y de las concesiones, que por la Ley venía repuesta exclusivamente al gobierno. Como oportunamente se ha hecho evidente¹⁰¹ los numerosos poderes de control y sancionadores que eran atribuidos por la norma en examen al garantizador,¹⁰² interesaban, en efecto, únicamente la materia de los límites económicos, publicitarios o de licitud de los programas.

Es con relación a la norma anti-concentración invocada que la Corte constitucional había determinado como el presupuesto ineludible para el pasaje a un sistema mixto, que la ley 223/90 tenía su talón de Aquiles. Se distinguían, con este propósito, posiciones dominantes en el ámbito del amplio mercado constituido por todos los recursos del sector de la comunicación de masa,¹⁰³ y posiciones dominantes que incidían en cambio en el mercado más restringido representado por el sector radiotelevisivo. Con referencia a este último mercado, el artículo 15, parágrafo 4, permitía, no considerándola constitutivas de una posición dominante, que un mismo sujeto pudiese tener la contemporánea titularidad de concesiones para radiodifusión, sonora y televisiva, en ámbito nacional hasta el 25%

¹⁰⁰ Ley del 30 de abril de 1983, núm. 137; Ley del 4 de agosto de 1984, núm. 428; Ley del 10 de enero de 1985, núm. 1; Ley del 25 de febrero de 1987, núm. 67.

¹⁰¹ Chiola, C. y Vannucchi, S., "Radiotelevisione", *Enciclopedia giuridica*, p. 6.

¹⁰² Artículo 6o., l 223/90.

¹⁰³ De conformidad con el artículo, c. 3, l. 223/90 debían considerarse parte del sector de las comunicaciones de masa todos los ingresos que deriven de la venta de los diarios o periódicos, de ventas o utilizaciones de productos audio visivos, de suscripciones a diarios, periódicos o emisoras radiotelevisivas, de publicidad, de canon o otras contribuciones públicas con carácter continuativo. Al interior del sector así definido consideraba dominante, de conformidad con el coma 2 del mismo artículo, la posición de quien realizase, a través sujetos controlados o coligados, más del 20% de los recursos totales de dicho sector o más del 25% en el caso trajese del sector en cuestión mas de 2/3 de sus propios ingresos.

del número de redes nacionales prevista por el plano de asignación,¹⁰⁴ y en todo caso no más de tres.

La crítica inmediata presentada a dicha normativa ha sido la de no haber hecho otra cosa que “fotografiar” la situación existente que ya había consolidada en el sentido de un dúo polio que veía contrapuestos el polo público constituido por las tres redes RAI al polo privado configurado principalmente por la titularidad a la cabeza de un único empresario de las tres redes Mediaset.

Se legitimaban en otras palabras *ex lege* el *status quo* que dos años atrás la Corte, en la sentencia 826 de 1988, había considerado absolutamente inadecuado realizar aquel pluralismo identificado por la misma Corte constitucional como el necesario valor fundamental de cualquier perspectiva de reforma. Y la disciplina *antitrust* dictada por la ley 223/90, siendo precisamente bajo este aspecto inadecuada, no podía escapar del hacha de la anulación por parte de la consulta, que en efecto declaraba con la sentencia núm. 420 de 1994¹⁰⁵ la parcial inconstitucionalidad precisamente por “no haber respetado el imperativo constitucional sobrentendido a la exigencia de garantía del valor del pluralismo” y colocaba en términos bastante urgentes la necesidad de una nueva normativa de reforma del sistema radiotelevisivo que volviese a escribir las “reglas del juego”.

6. La Ley núm. 249 de 1997: institución de una única autoridad de garantía para las comunicaciones y nuevos límites “antitrust”

A mitad de la década de los noventa, paralelamente al proceso de convergencia tecnológica, a la difusión de Internet y de la multimedialidad, el legislador italiano adoptaba una nueva ley de sistema, la Ley núm. 249 del 1997, que se presentaba como un conjunto de disposiciones generales, destinadas a ser integradas por ulteriores intervenciones normativas, sea legislativos así como reglamentarios. Al contrario de las precedentes normas, que habían dado vida a disposiciones muchas veces detalladas y puntuales (se piense a la Ley 223/90), la Ley 249/97 definía un marco de referencia permitiendo a la apenas nacida autoridad garante para las co-

¹⁰⁴ Cuota que correspondía a tres redes que, visto que, como se ha dicho, las redes nacionales previstas por el plan de asignación eran 12.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia del 5 de diciembre de 1994.

municaciones poder orientar los futuros desarrollos del sistema y adaptarse, con su flexibilidad, a los continuos y rápidos cambios tecnológicos.

Se pueden entonces determinar dos aspectos principales disciplinados por la Ley: la institución de una autoridad de garantía, la redefinición del concepto de “posición dominante”.

Una de las novedades más significativas de la Ley núm. 249 de 1997 (denominada Ley Maccanico) está representada precisamente por la introducción de una nueva autoridad de garantía,¹⁰⁶ única para el sector de la radiotelevisión, de la editorial y de las telecomunicaciones: ella representa un modelo decididamente innovador en nuestro ordenamiento, una autoridad denominada “convergente”.¹⁰⁷ El legislador siguiendo la estela de una elección efectuada en campo comunitario con la directiva 2002/21/CE,¹⁰⁸ atribuía a un único organismo funciones de regulación y vigilancia en los sectores de las telecomunicaciones, de la audiovisión y de la editorial, luego de los profundos cambios determinado por la llegada de la tecnología digital, que atenuaba las diferencias entre los diferentes *media* (televisión, teléfono, computador), los cuales terminaban por converger en la misma plataforma digital, ampliando de este modo la gama de servicios disponibles.

La nueva autoridad,¹⁰⁹ cuyo encargo dura siete años, está compuesta por tres organismos diferentes: la Comisión para las Infraestructuras y las Redes, la Comisión para los Servicios y los Productos y el Consejo, que reúne los miembros de sus comisiones más el presidente. Este nuevo

¹⁰⁶ Sobre el punto, para una análisis preciso de las funciones y de la competencia, se remanda a: Caretti, P., *Diritto dell'informazione...*, cit., nota 77, pp. 193 y ss.; Zaccaria, R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, CEDAM, 2004, pp. 149 y ss., Cuocolo, L., “L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario”, *Il diritto dell'economia*, 2001, p. 19; Grandinetti, O., *Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nella comunicazioni e Ministero nella gestione delle radiofrequenze*, paper disponible en el sito Internet www.costituzionalismo.it; Corasaniti, G., *Diritto dell'informazione*, Bologna, CEDAM, 1999, pp. 96 y ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 150.

¹⁰⁸ Directiva 2002/21/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 108, 24 de abril de 2002.

¹⁰⁹ Como la mayor parte de las otras autoridades independientes esta ha sido prevista a partir de la mitad de los años noventa; así, por ejemplo, el garante para la protección de los datos personales (1996). Véase Cassese, S., “Chi ha paura delle autorità indipendenti?”, *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, p. 471.

sujeto, con naturaleza colegial, sustituye al garante para la radiodifusión y la editorial, órgano de tipo monocrático.

La designación de los miembros es política: el presidente es nombrado con Decreto del presidente de la República, bajo propuesta del presidente del Consejo de Ministros (de acuerdo con el ministro de sector), previo parecer de las comisiones parlamentarias competentes; los otros ocho miembros son elegidos, en cambio, mitad de la Cámara de diputados y mitad del Senado, con un sistema electoral que garantiza un cierto equilibrio entre mayoría y oposición.¹¹⁰ En efecto, cada diputado y senador expresa su voto indicando dos nominativos, uno para cada comisión.

En cuanto a la competencia, la nueva autoridad tiene poderes consultivos y de propuesta, de regulación y de control, así como poderes para-jurisdiccionales y de sanción.

Para los poderes consultivo, por ejemplo, recordamos la opinión sobre el esquema de plano nacional de repartición de las frecuencias, el poder de proponer al Ministerio del sector el esquema de convención anexa a la concesión del servicio público radiotelevisivo, el poder de proponer al ministro los expedientes para la emisión de las concesiones y de las autorizaciones en materia radiotelevisiva, el poder de presentar propuestas de acuerdo a futuras intervenciones, también legislativas, que se hiciesen necesarias con relación a las innovaciones tecnológicas y a la evolución interna y externa del sistema “comunicaciones”.

Además de los poderes consultivos, la autoridad se caracteriza también por sus poderes de regulación y control. Entre estos existen algunos de gran relieve: se piense al poder de aprobar los planes de asignación de las frecuencias, de definir las medidas de seguridad en las comunicaciones, de definir los criterios para la determinación de las tarifas máximas para la interconexión y el acceso a las infraestructuras de telecomunicación. La autoridad debe, además, determinar los criterios de definición de los planes de numeración nacional de las redes, emanar directivas de acuerdo a los niveles generales de calidad de los servicios; adoptar reglamentos con relación a su propia organización y a su propio funciona-

¹¹⁰ Así también Corasaniti, G., *op. cit.*, nota 106, p. 97 según el cual “la nueva normativa pretende de este modo asegurar por un lado una composición del organismo de garantía que aparezca directamente expresión del Parlamento, y por el otro pretende garantizar a la minorías parlamentarias, ya que la designación de los componentes aparece bajo algunas formas «concordadas» entre mayoría y oposición en el nuevo régimen parlamentario mayoritario”.

miento, a los criterios y a las modalidades de emisión de las concesiones y autorizaciones televisivas, y a la modalidad de solución no judicial de las controversias entre operadores y usuarios o entre los operadores de comunicaciones.

Además de los poderes reglamentarios, la actividad de la nueva autoridad de garantía posee también los poderes para-jurisdiccionales y los de sanción. Se quiere recordar aquí el poder de dirimir las controversias en tema de interconexión y acceso a las infraestructuras de telecomunicaciones, entre los organismos de telecomunicaciones y los usuarios, el poder de instruir las cuestiones referidas a presuntas violaciones de los límites *antitrust*¹¹¹ y también el poder de adoptar las relativas providencias dirigidas a eliminar situaciones ilegales. Estos poderes, conviene especificar, se agregan a los ya atribuidos al garante para la radiodifusión y la editorial, previstos por el artículo 31 de la Ley núm. 226 de 1990, así como los previstos por el artículo 1o., apartado 31, de la Ley 249/97.

A esta compleja tela de araña de poderes y funciones se agregan importantes poderes autorizadores como aquellos en tema de difusión radiotelevisiva vía satélite originada por el territorio nacional, comprendida la codificada, o sea en materia de instalación de las redes de telecomunicaciones vía cable, de ejercicio de las mismas y de abastecimiento de servicios.

Contra las providencias de la autoridad está permitido presentar el recurso ante el juez administrativo: en primera instancia, la competencia esta atribuida en vía exclusiva al Tribunal Administrativo del Lazio.

Como se puede evidenciar las tareas de la autoridad con notables y de gran importancia: por dicho motivo, la Ley Maccanico ha elegido involucrar, en la gestión de este delicado sector, también a las autonomías territoriales a través de una articulación regional realizada por medio de la institución de los Corecom (comités regionales para las comunicaciones), que sustituyen a los precedentes comités regionales televisivos.¹¹² Según el modelo legislativo vigente, los comités deben ser constituidos por ley regional y son concebidos ya sea como órganos regionales para las funciones ejercitadas por las regiones en el sistema de las comunicaciones (tratándose sobre todo de funciones consultivas en materia radiotelevisi-

¹¹¹ Sobre el punto parte de la doctrina ha hecho presente que la autoridad se haya demostrado muy tímida en el ejercicio de estos poderes; así Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 166.

¹¹² Véase Caretti, *Diritto dell'informazione, cit.*, nota 77, p. 196.

va o conexas a la actuación de leyes regionales en materia de ayuda a la editorial regional), ya sea como órganos funcionalmente dependientes de la autoridad para el ejercicio, sobre base regional, de las funciones de gobierno, control y garantía que corresponden al AGCOM a nivel nacional.

Finalmente, un último aspecto de relieve se refiere a aquella parte de la Ley Maccanico que introduce elementos de claridad en las relaciones entre la nueva autoridad y la autoridad de garantía de la competencia y del mercado (denominada AGCM);¹¹³ las relaciones entre esta última y el garante para la editorial y la radiodifusión eran, a decir de muchos, mal regulados.¹¹⁴ La Ley núm. 249 de 1997 aclara la situación, reconviniendo bajo la dirección de la AGCM las competencias en materia de certificación y represión de los comportamientos lesivos de la competencia, previstos por la Ley núm. 287 de 1990, cuando sean actuadas por empresas que operan en el sector de las telecomunicaciones de masa. Sin embargo, la nueva disciplina deja subsistir todavía alguna duda ahí donde prevé que los mismos comportamientos (es decir, concentraciones, acuerdos) vengán obligatoriamente comunicados a ambas autoridades las cuales son llamadas a evaluarlas bajo diversos aspectos, el del logro del umbral máximo para el AGCOM, el de la lesión del principio de competencia para la AGCM, dando de este modo origen a una especie de “competencia concurrente”.¹¹⁵

Se puede pasar así a analizar un elemento ulterior de novedad presente en la Ley Maccanico que, además de prever la constitución de una autoridad de garantía en el sector de las comunicaciones, establecía nuevas reglas *antitrust*, coligadas al proceso de convergencia tecnológica.

Respecto a la normativa precedente, que dictaba reglas solamente para contrastar los fenómenos relativos a la radiotelevisión y a la prensa pero no contrastaba eficazmente los fenómenos de concentración multimedia, la Ley 249/97 introducía una serie puntual de límites, susceptibles de encontrar aplicación por parte de una autoridad por su naturaleza flexible y adapta a enfrentar el cambio de las condiciones de hecho en las cuales las diferentes actividades del sistema de las comunicaciones vienen ejercidas.

En primer lugar, la Ley fijaba un número máximo de concesiones y autorizaciones emitidas a un mismo sujeto (no más del 20% de las re-

113 La AGCM ha sido constituida con la Ley 287/90. El sitio Internet en: www.agcm.it.

114 Véase Caretti, *op. cit.*, nota 77, p. 197.

115 *Idem.*

des televisivas o radiofónicas analógicas o de los programas televisivos o radiofónicos numéricos en ámbito nacional transmitidos bajo frecuencia terrestre, sobre la base del plano nacional de asignación de las frecuencias) y definía el concepto de posición dominante desplazándose en el plano de las cuotas de recursos que los operadores absorbían en los diversos segmentos en los cuales se articulaban el global mercado de la comunicación.

La Ley preveía de este modo que ningún sujeto pudiese superar la cuota del 30% de los recursos en el sector de las transmisiones televisivas vía aérea terrestre y codificadas¹¹⁶ o la cuota del 30% del sector radiofónico,¹¹⁷ del 30% del sector de la televisión vía cable¹¹⁸ o del 20% de los recursos que derivan de la publicidad comercial, esponsorización, venta y suscripción a diarios y periódicos, convenciones con sujetos públicos, financiamiento del servicio público, ingresos de la oferta televisiva pagadas.¹¹⁹

Análogos límites en la actividad de recolección de recursos eran impuestos a las concesiones de publicidad: se preveía, efectivamente, que estas últimas no pudiesen recoger en el sector radiofónico o televisivo recursos económicos superiores a las sumas anteriormente mencionadas, y se agregaba que, quedando firme la superación de aquellos umbrales, la concesionaria de publicidad controlada o coligada a un sujeto titular de concesiones o autorizaciones televisivas podía recoger recursos también para otros sujetos que fuesen titulares de concesiones controladas o autorizaciones televisivas a nivel local, con tal que la concesionaria fuere vinculada por una relación de exclusiva con el sujeto del cual estaba controlada o a la cual era coligada.

La Ley Maccanico se ocupaba también de la importante cuestión referida a los cruces entre actividades comunicativas diferentes y desenvueltas por un mismo sujeto: por un lado permitía a quien operaba en el sector radiotelevisivo entrar en el de las telecomunicaciones (pero imponía la constitución de sociedades separadas); por otro lado, prohibía a las empresas que operaban en el sector de las telecomunicaciones entrar en el mercado radiotelevisivo. Además, se preveía que quienes detuviesen

116 Artículo 2o., c. 8, letra a, l. 249/97.

117 *Ibidem*, letra b.

118 *Ibidem*, letra c.

119 *Ibidem*, letra d.

participaciones en empresas operantes en los sectores de la radiotelevisión y de la editorial de los diarios y periódicos no pudiesen recoger, sumando los ingresos de los dos sectores, más del 20% del total nacional de los recursos que derivan de publicidad, tele ventas, sponsorización, ingresos que derivan de convenciones con sujetos públicos, financiamientos del servicio público, ingresos de oferta televisiva bajo pago, venta de suscripciones de diarios y periódicos.

Por último, se quieren recordar las disposiciones a propósito de la denominada plataforma digital: se trataba de un nuevo sector en fase de puesta en marcha y, por este motivo, el legislador había previsto al respecto una derogatoria a las reglas ordinarias *antitrust*, permitiendo a la concesionaria del servicio público radiotelevisivo y a la concesionaria del servicio público de telecomunicaciones participar a una única plataforma digital, por medio de acuerdos de tipo asociativo también con otros operadores de comunicaciones, con tal que la plataforma fuese abierta a la utilización de quien la solicitase, que posea un título idóneo (según la Ley, una concesión o una autorización) y en el respeto de los principios de transparencia, competencia y no discriminación.

La derogatoria a las reglas ordinarias *antitrust* apuntaba a la constitución de una única sociedad para la administración de la plataforma digital, pero dicha perspectiva ha sido abandonada a consecuencia de la posición tomada por la AGCM y de la Comisión europea, en consideración a los riesgos de concentración que podían derivar.¹²⁰

Dichos límites *antitrust* son acompañados por otro lado por un elemento de flexibilidad: la AGCOM en efecto tiene notables poderes de discreción en la disposición de las derogatorias o reenvíos al cumplimiento de las obligaciones que gravan sobre los operadores. Así, por ejemplo, ella tiene la posibilidad de autorizar una recolección de recursos superior a la cuota máxima prevista en el campo de la radiofonía nacional con el fin del desarrollo del sector en la fase inicial, es decir, puede suspender en vía transitoria la aplicación de los límites dispuestos para el sector de la televisión vía cable. Por esta vía la autoridad puede gobernar, con amplios márgenes de maniobra, la transición hacia un nuevo sistema de las comunicaciones y sus futuros equilibrios.

Quedando estable la nulidad de los actos jurídicos que lleven a las operaciones de concentración y a los acuerdos creados en violación de las reglas

¹²⁰ Así Caretti, *op. cit.*, nota 77, p. 200.

antitrust, la Ley disponía que la autoridad, después de haber desempeñado la correspondiente instructoria en el respeto del principio del contradictorio, pudiese adoptar todas las providencias necesarias para eliminar o impedir la formación y el mantenimiento de posiciones dominantes.

Por lo tanto, la gestión de estos delicados poderes habría impuesto una separación neta de la política que en cambio, a distancia de casi diez años de su institución, parece no estar plenamente realizada.¹²¹ Dicha situación corre el riesgo de perjudicar el carácter de independencia de la autoridad que, en otros casos, está prevista también a nivel comunitario. Y precisamente bajo este aspecto es útil presentar algunas reflexiones.¹²²

En efecto, la directiva 2002/21 limita la autonomía de los Estados en la elección de la estructura organizativa y el funcionamiento de la autoridad de reglamentación;¹²³ los vínculos son tres: todas las tareas asignadas a las autoridades nacionales deben ser encargadas a un organismo competente; dicho organismo debe ser jurídicamente separado y funcionalmente independiente de los operadores, éste debe ejercer sus poderes imparcialmente y de manera transparente.

En cuanto al primer vínculo, contrariamente al dictado comunitario, las funciones han sido asignadas ya sea al AGCOM así como al Ministerio de las Comunicaciones.¹²⁴ De este modo al Ministerio han sido atribuidas las competencias “políticas” en el sector de las comunicaciones, la asignación de los derechos de utilización de las frecuencias, la elaboración del plano nacional de repartición de las frecuencias tanto que algunos autores van más allá definiendo al Ministerio como una segunda autoridad nacional de reglamentación, creando un enredo¹²⁵ y una sobreposición de atribuciones que se concilia mal con el dictado comunitario.

¹²¹ Véase Pace, A., *L'ordinamento della comunicazione*, paper disponible en el sitio www.associazionedeicostituzionalisti.it, nt. 58. El autor habla de lotización política paritaria. Así, en cambio, Gardini, G., “Il servizio radiotelevisivo fra Stato e mercato”, *Il Mulino*, 2004, pp. 1037, 1049: “En la democracia mayoritaria existen áreas que van sustraídas a la influencia de la política, si se quiere evitar que el gobierno de la mayoría se transforme en tiranía de la mayoría. El riesgo es aquel de la «democracia del pitón»”.

¹²² Se reenvía también a Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 150.

¹²³ Véase Cassese, S., “Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni”, en Morbidelli, G., y Donati F. (curado), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 33.

¹²⁴ Véase artículo 7o., d. Ley 259/2003.

¹²⁵ Sobre el cruce de funciones entre AGCOM y el Ministero delle Comunicazioni véase también Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 147.

rio.¹²⁶ En efecto, el Ministerio dispone de poderes reglamentarios y administrativos: ejerce antes de todo la iniciativa hacia el gobierno (por ejemplo en la fase de negociación de acuerdos internacionales, es decir, en la propuesta de reglamentos gubernamentales previstos en materia) y luego tiene el relevante poder de otorgamiento de las concesiones y de autorizaciones a los titulares de emisoras televisivas y radiofónicas. Este enredo de competencias entre AGCOM y Ministerio de las Comunicaciones ha sido considerado no fácilmente comprensible ni justificable.¹²⁷

También el segundo y tercer vínculos suscitan muchas perplejidades: en un caso porque la permanencia de intereses del Estado en uno o más organismos de telecomunicaciones hace dudar que la normativa europea sea respetada (piénsese, por ejemplo, la emisión ministerial de las providencias de habilitación en los sectores de las comunicaciones electrónicas),¹²⁸ en el otro porque los criterios de nombramiento de los componentes del AGCOM no satisfacen la independencia de la autoridad frente al poder político.¹²⁹

Estas breves consideraciones han permitido determinar algunos aspectos problemáticos del modelo de reglamentación italiana que parece, precisamente, alejarse de las previsiones comunitarias, sobre todo con relación a la independencia y a la autonomía de los sujetos reguladores de la influencia gubernamental y política, verificándose de este modo una anomalía italiana en el contexto europeo.

7. El mensaje del presidente de la República y la intervención de la Corte Constitucional de 2002: la garantía del pluralismo y de imparcialidad

A algunos años de distancia de la adopción de la Ley Maccanico se verificaron, con relación al sistema de las comunicaciones, las intervenciones de dos importantes sujetos institucionales. El primero de éstos era el presidente

¹²⁶ Sobre el punto, Grandinetti, O., *op. cit.*, nota 106, punto 2.

¹²⁷ Así Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 147.

¹²⁸ Pace, A., *L'ordinamento della comunicazione...*, *op. cit.*, nota 121, punto 7.

¹²⁹ Se reenvía a Principato, L., "La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrative indipendenti", *Giur. cost.*, 2004, p. 1141.

de la República, quien el 23 de julio de 2002 envió un mensaje a la Cámara sobre el pluralismo y la imparcialidad de la información.¹³⁰

Es bueno recordar que se trató del primer ejercicio del poder de mensaje previsto en el artículo 87, apartado 2, de la Constitución ejercido por el presidente Ciampi, elegido en 1999 y cuyo mandato ha vencido el 15 de mayo 2006.

El mensaje recorrió, antes de todo, las etapas fundamentales de la historia de una “temporalidad perpetua” del sistema de las comunicaciones que vio el enredarse de las jurisprudencia constitucional¹³¹ y de la evolución legislativa en el sector y subrayó la importancia ya sea del pluralismo externo entendido como el aquel que está dirigido a garantizar a las emisoras privadas así como el interior, entendido para garantizar la paridad de acceso de las fuerzas políticas.

El mensaje presidencial evocó de este modo los dos conceptos para hacer evidente que, por un lado habría sido necesario crear una situación en la cual se habría debido garantizar el máximo número posible de voces diferentes, cuyo libre concurso habría debido asegurar una formación de la opinión pública en sintonía con el principio democrático y, por el otro, habría sido oportuno asegurar prescripciones relativas al contenido de la manifestación del pensamiento de todos los operadores de la comunicación.

Un ulterior elemento de interés fue representado por la capacidad de perspectiva de la reflexión presidencial al poner en relieve el advenimiento de la tecnología digital. Dos señales, con este propósito, fueron enviados al Parlamento: en primer lugar, el salto tecnológico que había derivado de la interconexión entre los varios instrumentos de comunicación a distancia no habría significado automáticamente un pluralismo generalizado: se verificó, por lo tanto, una exigencia de regulación de dinámicas económicas “naturalmente” incapaces de llegar al pluralismo.

En segundo lugar, el presidente hizo presente que, en una dinámica de rápido cambio tecnológico, habría sido necesario reportar “a sistema” la

¹³⁰ El mensaje del presidente de la República al Parlamento del 23 de julio de 2002 sobre el pluralismo y la imparcialidad de la información, de conformidad con el artículo 87, c. 2 de la Constitución se halla en el sitio www.quirinale.it; para un comentario se reenvía a Olimpieri, P., *Il messaggio del presidente della Repubblica sul pluralismo e l'imparzialità dell'informazione. Brevi considerazioni "a caldo"*, comentario disponible en el sitio: www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³¹ Véase Corte Constitucional, sentencia 826/98 y 420/94.

completa materia, admitiendo también las soluciones ofrecidas a nivel comunitario con la finalidad de garantizar los aspectos de libertad contenidos en los artículos 15 y 21 de la Constitución.

Es entonces posible considerar que, con dicho mensaje, el presidente haya querido llamar al legislador a un análisis más cuidadoso del sistema de las telecomunicaciones, así esencial para la vida de la democracia: en las palabras del jefe de Estado, en efecto “no hay democracia sin pluralismo e imparcialidad de la información”.

Después de algunos meses de distancia de la intervención presidencial, la Corte constitucional volvió a ocuparse de la cuestión relativa a la estructura radiotelevisiva con la sentencia núm. 466 de 2002.¹³²

El objeto del juicio de constitucionalidad fue la Ley núm. 249 de 1997 que, a pesar de sancionar el límite del 20% de las redes y de los programas trasmisibles en frecuencias terrestres analógicas en ámbito nacional de un único sujeto concesionario, permitía (artículo 2o., apartado 6) a la autoridad del sector establecer un periodo transitorio en el cual dicho límite no viniese aplicado y preveía la continuación transitoria del ejercicio de las redes excedentes los mismos límites bajo condición que las transmisiones fuesen efectuadas contemporáneamente por frecuencias terrestres y vía satélite o vía cable hasta el momento en el cual la autoridad hubiese indicado el plazo dentro del cual los programas irradiados por las emisoras excedentes no fuesen transmitidos exclusivamente vía satélite o vía cable.¹³³

La Corte sentenció la ilegitimidad del artículo 3o., apartado 7 (pero no de los artículos 2o., apartado 6 y 3o., apartado 6) en la parte en la cual “no prevé el establecimiento de un plazo final cierto, y no prorrogable, que en todo caso no supere diciembre de 2003”; con la técnica de la adición indicó un plazo definitivo dentro del cual concluir el régimen transitorio, estableciendo que el mismo no habría podido ir más allá del 31 de diciembre de 2003.

Por lo tanto, con esta decisión los jueces supremos salvaron el régimen transitorio, buscando; sin embargo, estabilizar la transitoriedad

¹³² Corte Constitucional del 20 de noviembre de 2002, *Giur. Cost.*, 2002. Los textos de las sentencias se encuentran en el sitio www.giurcost.it; para un comentario se envía a Caretti, *Diritto dell'informazione*, cit., nota 77, p. 137; Magnani, C., *Radiotelevisione: per la Corte serve un termine certo al regime transitorio previsto dalla legge núm. 249 del 1997*, se encuentra en el sitio www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³³ Artículo 3o., c. 6 y 7, l. 249/97.

del régimen que no garantizaba ni el respeto del principio del pluralismo informativo externo ni el derecho de acceder al sistema radiotelevisivo. Esta situación —argumentaron los jueces de la Corte— no realizaba el principio del pluralismo informativo en la radiotelevisión e impedía la estructuración de un sistema televisivo basado en el concurso de un polo público y de uno privado, poniéndose también en contraste con las directivas comunitarias de 2002 en materia de comunicación y telecomunicación que, igualmente, garantizan el pluralismo de los medios de información.

Implícitamente evocándose también a las consideraciones del presidente de la República sobre el punto, la Corte hizo referencia al nivel tecnológico del sector y a su incidencia sobre el pluralismo externo; la Consulta expresó pesimismo sobre la difusión en breve tiempo de la tecnología digital que habría permitido incrementar la disponibilidad de los canales, considerando, por lo tanto, que el régimen transitorio no habría podido concluirse en tiempos razonablemente cortos.

Por lo tanto, el caducar del artículo 3o., apartado 7, ha encontrado en las palabras de la Corte, el punto esencial de las razones en el hecho que el final del régimen transitorio habría significado el incremento de la disponibilidad de las frecuencias analógicas terrestres, en ventaja del pluralismo en la libertad del pensamiento y de la información.

La posición adoptada por los jueces supremos ha parecido de este modo transformarse en un apelo al legislador con el fin que, en un ámbito tan delicado para el desarrollo de los ciudadanos y del país, la disciplina legislativa tuviese bien presente estas exigencias de pluralismo e imparcialidad que están en la base de cualquier régimen democrático.

8. *Ley Gasparri, reenvío del presidente de la República y perspectivas del sistema radiotelevisivo italiano*

En el 2003 el gobierno presentaba a las Cámaras el diseño de Ley núm. 3184 de 2002, que contenía normas para la estructura del sistema radiotelevisivo italiano.¹³⁴ La propuesta, en el curso del *iter* legislativo,

¹³⁴ Sobre el punto véase las consideraciones contenidas en Pace, A., *Legge Gasparri e Corte costituzionale, paper* se halla en el sitio Internet www.costituzionalismo.it, y, en particular, las críticas a la propuesta gubernamental presentadas en las audiciones parlamentarias por los presidentes de la AGCOM y de la AGCM. Véase también Oddi, A., *La*

habría debido tener en consideración las apelaciones del jefe de Estado (en particular el mensaje de 2002 sobre el pluralismo e imparcialidad) que la jurisprudencia de la Corte constitucional en materia (Corte constitucional, sentencia 826/1988 y 466/2002) y, sobre todo, las perplejidades presentadas por los presidentes del AGCOM y del AGCM en las audiencias parlamentarias, con las cuales lamentaban una fuerte discordancia entre la opción del legislador italiano y las orientaciones expresadas a nivel comunitario.¹³⁵

La Cámara y el Senado aprobaron el texto de Ley en el otoño de 2003, pero el 15 de diciembre de 2003 el presidente de la República reenvió la Ley al Parlamento,¹³⁶ argumentando dicha decisión basada en cuatro puntos.

El presidente subrayaba en primer lugar, el excesivo prolongamiento del periodo (12 meses) dentro de los cuales la AGCOM estaba llamada a efectuar la verificación de la efectiva ampliación de la oferta de programas en técnica digital diferente de los difundidos en técnica analógica. Dicho plazo parecía procrastinar el régimen transitorio criticado por la Corte constitucional en la sentencia 466/2002. En segundo lugar, coligado al primer motivo, se ponía en relieve el carente encargo a la autoridad de adecuados poderes de intervención, de activar en la hipótesis en la cual la verificación debiese dar un resultado negativo.

Por último, se subrayaba, por un lado, la excesiva amplitud del Sistema Integrado de las Comunicaciones (SIC),¹³⁷ tal de permitir la presunción de conformarse posiciones dominantes todavía superiores a las poseídas por los operadores económicos interesados y, por la otra la excesiva concentración del recurso publicitario en la comunicación ra-

legge Gasparri, il pluralismo e il miraggio digitale, en www.costituzionalismo.it, y, para una visión mas general, Mastroianni, R., *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Turin, Giappichelli, 2004, p. 45.

¹³⁵ Para Pace el diseño gubernamental apuntaba a mantener el *status quo* televisivo; Pace, A. *Legge Gasparri, cit.*, nota 121.

¹³⁶ El texto del reenvío presidencial esta disponible en el sitio www.quirinale.it; véase sobre el punto, Caretti, *Diritto dell'informazione, cit.*, nota 77, pp. 170 y ss., Pace, *Legge Gasparri, cit.*, nota 121, y Mastroianni, R., *op. cit.*, nota 134, p. 45.

¹³⁷ El SIC es una panera construida para determinar la eventual superación de los límites *antitrust*. Este contiene entre otros: canon radiotelevisivo, publicidad nacional y local, esponsorización, tele ventas, inversiones de entes y empresas, convenciones con sujetos públicos, providencias publicas, ofertas televisivas a pago. Ha sido definido un "coacervo de entradas heterogéneas", así Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 228.

diotelevisiva en detrimento de otros medios de comunicación de masa y, en particular, de la prensa periódica.

El rechazo a promulgar la Ley reabría de este modo la vicisitud parlamentaria que se concluía con la aprobación de un nuevo texto legislativo, la Ley núm. 112 de 2004 (denominada Ley Gasparri).¹³⁸

Con referencia al mensaje presidencial, el gobierno, en la segunda versión de la Ley Gasparri, anticipa al 30 abril de 2004 la fecha relevante con el objetivo de verificar el eventual enriquecimiento del pluralismo que deriva del advenimiento del digital terrestre y al 30 de mayo de 2004 el plazo dentro del cual la AGCOM habría debido efectuar la correspondiente verificación.

En segundo lugar, la nueva versión de la Ley Gasparri elimina del SIC la editorial y las empresas fonográficas y determina el umbral máximo *antitrust* en el 20% de los ingresos totales en vez de, como era antes, 20% de los recursos globales del SIC. Por último, la adquisición de los periódicos cotidianos, por parte de sujetos que ejercen la actividad televisiva en ámbito nacional a través de más de una red, viene prohibida hasta el 31 de diciembre de 2010 (en cambio del 31 diciembre de 2008).

No obstante estas modificaciones, es posible considerar que la estructura global de la ley ha quedado sustancialmente invariada.¹³⁹

Un breve examen de la Ley núm. 112 de 2004¹⁴⁰ requiere enfocar la atención sobre algunos puntos específicos¹⁴¹ como: los principios fundamentales, los límites radiotelevisivos, los cruces “televisión-editorial”, la recolección de los recursos económicos, el pasaje al digital terrestre.¹⁴²

¹³⁸ Mientras tanto, el gobierno, para evitar que el 1o. de enero de 2004 una red televisiva (Rete 4) se encontrase a operar en violación de disposiciones de Ley, adopta el decreto Ley 352/2003, luego convertido en la Ley 43/2004. Sobre el punto se reenvía a Pace, *Legge Gasparri, cit.*, nota 121.

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ Sobre la Ley pende un reenvío prejudicial a la Corte de justicia en contraste con *il derecho comunitario propuesto*, en la causa núm. 3846/05, del Consejo del Estado con decisión del 19 de abril de 2005. En especial, se lamenta la posible violación del pluralismo de las fuentes de información y de la competencia en el sector radiotelevisivo con la previsión de un límite *antitrust* del 20% de los recursos coligado a una panera, el SIC muy amplio y que incluye también actividades que no tienen impacto sobre el pluralismo de las fuentes de información (cuestión núm. 10 del reenvío prejudicial).

¹⁴¹ Para un tratado completo se reenvía, entre otros, Mastroianni, *op. cit.*, nota 134, pp. 45 y ss. y Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, pp. 224 y ss.

¹⁴² Para un examen puntual véase Zaccaria, *op. cit.*, nota 106, p. 224.

En cuanto al primer aspecto, la Ley contiene un elenco de principios donde aparece en primer lugar, la garantía de la libertad y del pluralismo de los medios de comunicación radiotelevisiva, con la ulterior precisión que dichos principios son garantizados por la Constitución, por el derecho comunitario, por las normas internacionales vigentes en el ordenamiento italiano (artículo 3o.). El artículo 5o. reitera, además, que el sistema radiotelevisivo, como garantía del pluralismo, se conforma a los principios de la tutela de la competencia, de la tutela del pluralismo de los medios de comunicación radiotelevisiva, prohibiendo, con esta finalidad, la constitución o el mantenimiento de posiciones perjudiciales del pluralismo.

Yendo a lo específico, la disciplina dicta una serie de límites con referencia ya sea al sistema radiotelevisivo ya sea a los cruces entre televisión y editorial. En lo que concierne a los primeros, la Ley determina el nuevo límite del 20% de los programas televisivos de irradiar en frecuencias terrestres en técnica digital (antes era el 20% de las redes). Con el objeto del desarrollo del pluralismo serán hechas activas además, desde el 21 de diciembre de 2003, redes televisivas digitales terrestres con una oferta de programas no criptados accesibles mediante *decoder* o receptores.

Sin embargo, en concreto, la aplicación de este vínculo viene reenviada al momento de la completa actuación del plano nacional de asignación de las frecuencias televisivas o radiofónicas en técnica digital.

En lo que se refiere a los cruces entre televisión y editorial, al vencimiento del 31 de diciembre de 2010 (en la primer versión se hacía referencia al 31 de diciembre de 2008) a los sujetos que ejercen la actividad televisiva en ámbito nacional con más de una red les será permitido el ingreso en el sector de la editorial sea cual fuere la cuota de mercado lograda y el número de canales controlados; del mismo modo será permitido a las empresas editoriales entrar en el mercado radiotelevisivo.

Además, viene determinado un nuevo límite de los recursos del 20% referido a la panera del SIC, que contiene actividades diversas y del carácter también vago.¹⁴³ Se trata de la modalidad para calcular el peso que un operador particular detiene en el mercado de las comunicaciones de masa del todo original en el marco de las reglas vigentes en el ordenamiento europeo. En efecto, se calcula que el valor del SIC amonte apro-

¹⁴³ Mastroianni, *op. cit.*, nota 134, p. 63.

ximadamente a 26 mil millones de euros.¹⁴⁴ Como ha sido explicado por el presidente del AGCM, el sistema del SIC comprende, sin convincentes justificaciones económicas, mercados entre ellos mismos heterogéneos.¹⁴⁵

Por último, la Ley Gasparri disciplina el sector de la televisión digital terrestre,¹⁴⁶ integrando y finalizando una precedente Ley, el número 66 de 2001, que disciplinaba la fase transitoria para la puesta en marcha del digital: se prevén normas para la habilitación, los títulos preferenciales, las transferencias de las instalaciones. La Ley indica también en el año 2006 el plazo para la exclusiva difusión en técnica digital de las transmisiones televisivas de los programas y de los servicios multimediales en frecuencia terrestre (denominado *switch off*).¹⁴⁷

Este sintético reconocimiento de los principales puntos de la Ley núm. 112 de 2004¹⁴⁸ permite subrayar algunas posibles críticas a la disciplina del sistema radiotelevisivo.

En primer lugar las exigencias del pluralismo y de la imparcialidad, contenidas en disposiciones precisas (en particular artículo 21 constitucional) y evocadas ya sea en la jurisprudencia de la Corte constitucional así como en los mensajes presidenciales no parecen encontrar un adecuado reconocimiento en las recientes intervenciones legislativas.

Consecuentemente, también las directivas comunitarias antes evocadas, dirigidas, por ejemplo, a garantizar la independencia efectiva a las autoridades de reglamentación, no parecen ser tomadas en consideración como la última disciplina de 2004. Sobre este punto, sin embargo, se tra-

¹⁴⁴ Según el *Sole 24 Ore*, primer cotidiano económico-financiero italiano, el SIC garantiza a la televisión pública, la RAI, redoblar su facturado y al principal grupo privado italiano, Mediaset, aumentarlo de aproximadamente 2 mil millones (26 de abril de 2004).

¹⁴⁵ Señalación AS núm. 247 del 20 de diciembre de 2002, *Assetto del sistema radiotelevisivo e della società Rai*, se encuentra en www.agcm.it.

¹⁴⁶ Televisión digital terrestre significa la aplicación de la técnica digitale a la emisora radiotelevisiva vía aérea; la utilización de la técnica digital no influye sobre las características físicas y cuantitativas del espectro electromagnético, pero aumenta su capacidad. Por dicha vía el espectro electromagnético puede vehicular un número mayor de canales con la consecuencia que viene debilitado el carácter de “escasez de frecuencias”.

¹⁴⁷ El término ha sido procrastinado el 31 de diciembre de 2008, con decisión del Consejo de las Telecomunicaciones de la Unión europea, en www.repubblica.it, 10. de diciembre de 2005.

¹⁴⁸ Posteriormente, ha sido adoptado el decreto ley 177/05 (Texto único de la radiotelevisión) según cuanto previsto por el artículo 16 de la Ley 112/2004.

ta de esperar el juicio de la Corte de Justicia, que deberá verificar la correspondencia de la Ley núm. 112 de 2004 con los puntuales principios comunitarios previstos en materia.

Todavía hoy en día, sin embargo, es posible afirmar que el sistema radiotelevisivo italiano se encuentra en una fase de transición destinada a conocer ulteriores desarrollos, determinados, por un lado por la incesante evolución de las tecnologías, por el otro por los continuos estímulos que llegan del derecho comunitario.

Quedan, todavía, adquiridos algunos elementos portantes de la evolución normativa: la transformación del Estado de sujeto administrador a regulador de la actividad ejercida en prevalencia por sujetos privados, el encargo de relevantes actividades de reglamentación, vigilancia y control a autoridades de garantía independientes y la introducción de normas *antitrust* dirigidas a contener los fenómenos de excesiva concentración, así como de normas que miran a introducir mecanismos de regulación de los flujos financieros y de su reparto entre los diferentes medios de comunicación. Permanece, por último, en el campo del sector radiotelevisivo, un papel todavía relevante de la emisora pública, destinado probablemente a cambiar bajo la luz de un contexto general en fuerte cambio, así como emerge también de la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros del 25 de enero de 1999¹⁴⁹ en el cual se alude a la tarea del servicio público radiotelevisivo no solamente ofrecer a todos los ciudadanos una producción independiente, de calidad, capaz de hablar a la completa sociedad, sino también ampliar el acceso de todos, sin discriminación y en el respeto del principio de la igualdad de tratamiento, a las nuevas formas de comunicación social; tal vez es precisamente este el ámbito en el cual el Estado deberá jugar un rol determinante en el tercer milenio.

149 El texto de la Resolución está disponible en www.europa.eu.int.