

CONSIDERACIONES EN TORNO
A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
DE 1994 SOBRE LA TELEVISION
POR CABLE EN RELACION
A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

JOSE JULIO FERNANDEZ RODRIGUEZ

A mi padre, abogado y humanista

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL.—III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IV. CRÍTICAS A LA POSTURA DEL TRIBUNAL.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

Una de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional más interesantes del año 1994 es, a nuestro entender, la que se refiere a la televisión por cable. Cinco son las sentencias que abordan esta problemática, a saber: 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio, y 307/1994, de 15 de noviembre. En ellas, al margen de alterarse parcialmente la doctrina del Alto Tribunal referida a una cuestión de la relevancia de la televisión, encontramos una serie de notas comunes por lo que respecta a los casos que resuelven. En efecto, en todas se anulan distintas decisiones administrativas, avaladas por la justicia ordinaria, que prohibían la actividad de diversas televisiones por cable, basándose además en idénticos razonamientos jurídicos, identidad que nos permite hablar de línea jurisprudencial.

Este grupo de sentencias presentan varias cuestiones susceptibles de ser analizadas por el interés y por la polémica que despiertan. Es el caso de la dicotomía que se produce por la consideración de la televisión como servicio público (1), lo que determina la necesidad de concesión administrativa para que

(1) Artículo 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión; artículos 2.1 y 25.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones; artículo 1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada. Asimismo, la STC

entren en escena los particulares (2), frente a la presencia en la materia de derechos fundamentales, lo que impediría su titularidad pública y llevaría, en todo caso, a una autorización, figura esta que no excluye un previo derecho subjetivo del particular (3). En efecto, la idea de vulneración de los derechos de libertad de expresión y comunicación por ausencia de regulación de la televisión por cable, conclusión a la que llega nuestro Tribunal Constitucional, evidencia la necesidad de tener en cuenta los derechos fundamentales, que podría haberse pensado que quedaban excluidos ante la *publicatio* de la radiodifusión. Ello se conecta con el análisis de las dimensiones del artículo 20.1 de la Constitución española y con la posible necesidad de ley orgánica en el caso de que la legislación televisiva se entienda como desarrollo del susodicho derecho fundamental (4).

12/1982, de 31 de marzo, indica en su fundamento jurídico 4.º que «la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador.» En idéntico sentido tenemos las SSTC 79/1982, de 20 de diciembre (fundamento jurídico 3.º); 206/1990, de 17 de diciembre (fundamento jurídico 6.º); 189/1991, de 3 de octubre (fundamento jurídico 3.º); 31/1994, de 31 de enero (fundamento jurídico 5.º); 126/1994, de 5 de mayo (fundamento jurídico 6.º).

(2) El artículo 25.1 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones prevé que «la prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios (los de telecomunicación) requerirá concesión administrativa»; el artículo 2 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada establece que «la gestión indirecta del servicio público de la televisión se realizará por sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa, conforme a lo previsto por la presente ley», aunque el artículo 4 del mismo cuerpo legal dispone que «el objeto de la concesión administrativa será la emisión de programas con cobertura nacional», con lo que no engloba los casos de televisión por cable contemplados en las sentencias ahora comentadas.

(3) «Por más que determinadas modalidades de esta última figura (la autorización) se aproximen mucho a la primera (la concesión), permanecerá inamovible el hecho de que, mientras no haya *publicatio* expresa de la actividad, la situación inicial del particular frente a ella es de libertad, con la consiguiente necesidad de continua justificación, sobre la base de principios y fines de relevancia constitucional, de cuantas restricciones se pretendan imponer. En la concesión de servicio público, en cambio, dado que el *dominus* de la actividad es un ente público, las intervenciones legislativas y administrativas están sometidas a menores frenos», LUIS MÍGUEZ MACHO: «Servicio público y libertades de expresión y comunicación: la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio por los particulares de la actividad televisiva», trabajo inédito.

(4) Véanse los distintos votos particulares de la STC 127/1994, de 5 de mayo. Sin ánimo de profundizar en el tema, somos más proclives a «ampliar» las dimensiones del artículo 20.1.a) y d) de la Constitución española, artículo conectado con el 10.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, por mor de las nuevas exigencias de la moderna tecnología. No hay que olvidar el carácter preferente de las libertades de expresión e información en la jurisprudencia constitucional. De esta forma, las libertades del artículo 20 de la Carta Magna no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que tam-

II. LA OMISION INCONSTITUCIONAL

Pero en este momento lo que nos atañe es la conexión de estas decisiones del intérprete supremo de la Carta Magna con la figura de la inconstitucionalidad por omisión, esto es, de la vulneración de la Ley Fundamental por inactividad. Semejante instituto, pese a su trascendencia y potencialidades, además de su carácter conflictivo, no ha despertado un excesivo interés en la doctrina, lo cual es especialmente claro en nuestro país (5), no tanto en Alemania (6), Italia (7), Portugal (8) y ciertos casos en Iberoamérica (9). Siguiendo a Mortati

bién significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales (SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; 165/1987, de 27 de octubre; 107/1988, de 8 de junio; 51/1989, de 22 de febrero; 121/1989, de 3 de julio).

(5) En España apenas encontramos tres artículos sobre la materia: LUIS AGUIAR DE LUQUE: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *Revista de Derecho Político*, núm. 24, págs. 11 y sigs.; M.^a ANGELES AHUMADA RUIZ: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril 1991, págs. 169 y sigs.; ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA: «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 81, junio-septiembre 1993, págs. 47 y sigs.

(6) Entre otros podemos citar a WESSEL: «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, págs. 161 y sigs.; LECHNER: «Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, págs. 1817 y sigs.; LEO SEUFERT: *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, Würzburg, 1969; FRIEDRICH JÜLICHER: *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschluss*, Duncker-Humboldt, Berlín, 1972.

(7) Destaca el trabajo de CONSTANTINO MORTATI: «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 923 y sigs. También en *Il Foro italiano*, V, 1970, págs. 153 y sigs.

(8) Sobresalen JORGE MIRANDA («Inconstitucionalidade por omissão», en *Estudos sobre a Constituição*, 2.^o vol., Petrony, Lisboa, 1977, págs. 333 y sigs.; *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, págs. 270, 338-339, 507 y sigs.), y JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, págs. 327 y sigs.; *Direito Constitucional*, Almedina, 6.^a ed., Coimbra, 1993, págs. 1088 y sigs.).

(9) GERMÁN BIDART CAMPOS: «La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión», *El Derecho*, tomo 78, Buenos Aires, págs. 785 y sigs.; JUAN CARLOS MORÓN URBINA: «La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad», *Revista jurídica del Perú*, núm. III-IV, julio-diciembre 1988; MARCIA RODRÍGUES MACHADO: «Inconstitucionalidade por omissão»,

podemos indicar que la naturaleza de la figura descansa sobre la misma estructura de las normas constitucionales y sobre la posibilidad y efectos de la actuación del Tribunal Constitucional (10).

Dicha institución, que reclama un tratamiento dentro de la estricta técnica jurídica, puede concebirse en un doble sentido: uno amplio, que abarcaría la inercia de los poderes públicos en general (es el caso del ordenamiento brasileño); y uno estricto, que se refiere a la inacción del Poder Legislativo. Nosotros nos adherimos a esta última postura, de forma tal que concebimos la inconstitucionalidad por omisión como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de manera que se impide su eficaz aplicación. Por lo tanto, la inacción del legislador, el paso del tiempo generador de fraude constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia son las claves de bóveda de nuestra propuesta.

Una de las grandes dificultades de la figura es dotarla de una efectiva articulación práctica, lo que ya despertó los recelos de un autor del prestigio de Kelsen: «La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería imposible enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito» (11). En cambio, este problema no ha desanimado a otros tratadistas a la hora de su estudio. Sea como fuere, semejante dificultad no puede ser un obstáculo insalvable que impida un análisis desde la metodología jurídica.

La relevancia del tema es tan patente que hace innecesarias, en este lugar,

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, núm. 30, diciembre 1988, págs. 41 y sigs.; PAULO MODESTO: «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», *Revista de Direito Público*, núm. 99, julio-septiembre 1991, págs. 115 y sigs.; LUIZ RODRIGUES WAMBIER: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas constituições dos Estados-membros», *Revista de Processo*, enero-marzo 1992, págs. 75 y sigs.; ROQUE ANTONIO CARAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», *Jurisprudência brasileira*, julio-septiembre 1992, págs. 53 y sigs.

(10) «I problemi da affrontare toccano, per una parte, sia la struttura delle norme costituzionali in sè considerate... per un'altra, i poteri del giudice della costituzionalità, riguardati in sè e negli effetti che possono farsi derivare dalle sue pronunce», CONSTANTINO MORTATI: «Appunti per uno studio...», *op. cit.*; pág. 927.

(11) HANS KELSEN: *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pág. 234. También con escepticismo se muestra KARL LOEWENSTEIN al hablar de la «desvalorización» de la Ley Básica en su *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, págs. 222 y sigs.

ulteriores precisiones en semejante sentido. Pero es de recibo subrayar ahora la importancia que puede llegar a adquirir el no desarrollo de los derechos fundamentales recogidos en nuestra actual Constitución, a pesar de su aplicabilidad inmediata (12). En efecto, la plena potencialidad de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, eje esencial del sistema político, sólo vendrá a través de las previsiones legales oportunas, que garanticen su aplicación eficaz, prevean medios y procedimientos para su defensa y adecúen su sentido y ámbito a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más compleja y tecnificada. El dinamismo y el carácter abierto de la Constitución reclama un proceder como el indicado. Atrás ha quedado la concepción liberal que se restringía al aspecto subjetivo. Ahora, al lado de ese elemento subjetivo, los derechos fundamentales ostentan una vertiente objetiva, que no persigue más que asegurar el poder jurídico que ostenta el individuo.

Basten las pinceladas que acabamos de dar para situar la cuestión y mostrar el peso específico de la misma, a sabiendas de la necesidad de un estudio profundo, que no efectuaremos, ni mucho menos, en este momento.

III. LA ARGUMENTACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Precisamente, las sentencias antes mencionadas abordan el inadecuado desarrollo de un derecho fundamental: el derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación [artículo 20.1.a) y d) CE]. La argumentación empleada por el intérprete supremo de la Constitución se encuentra en la primera de estas decisiones, la 31/1994, de 31 de enero (fundamentos jurídicos 6 y 7), siendo reproducida en sus líneas esenciales por las restantes. En este orden de cosas el Tribunal Constitucional reflexiona del siguiente modo:

«Por lo que hace a la televisión por cable, la omisión del legislador en su desarrollo, plasmada en la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión, viene de hecho a impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta, dentro del contexto de la normativa aplicable, la prohibición pura y simple de la gestión

(12) Los derechos fundamentales poseen una virtualidad superior a otro tipo de normas constitucionales por lo que la ausencia de su desarrollo posee una importancia mayor que en otros supuestos. Está claro que, aunque todos los preceptos de la Ley Fundamental son vinculantes por ser normas jurídicas, no ostentan igual trascendencia y rango, lo cual no deja de encontrar origen en la distinción schmittiana entre Constitución y ley constitucional (CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 45 y sigs.).

por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance total y transmitida mediante cable».

Tenemos, por lo tanto, una inactividad del legislador en lo que atañe a la materia de la televisión por cable. Y dado que esta omisión o inercia es la causa final de las resoluciones administrativas que ordenaron el cese de las actividades, que son las resoluciones impugnadas, se hace necesario entrar en la posible justificación de tal omisión, lo que explicaría un proceder de la Administración conforme a Derecho. Así también lo entiende el guardián de la Constitución:

«El examen de esa omisión del legislador respecto a la televisión local por cable resulta posible y necesario para la resolución de los presentes recursos de amparo».

Con esta intención el Tribunal reflexiona sobre las dimensiones del derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» [artículo 20.1.a) de la Constitución española] y del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1.d) del mismo texto jurídico]. Dentro de ellos, aunque con carácter instrumental, se encuentra el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para su ejercicio (13). Semejante carácter instrumental es el que otorga al legislador un margen de maniobra mayor y el que reclama, en la hipotética regulación, «contemplar otros derechos y valores concurrentes», afirmación esta que no nos deja de extrañar dado que todo derecho fundamental posee sus límites y fronteras, careciendo de dimensiones ilimitadas y absolutas (14).

(13) Esta concepción no es, ni mucho menos, nueva en la jurisprudencia constitucional. Así, en la STC 12/1982, de 31 de mayo, se dice que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (fundamento jurídico 3.º). Siguiendo esta línea la STC 206/1990, de 17 de diciembre, señala que «no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos» (fundamento jurídico 6.º). Lo que sucede es que ahora ello tiene unas consecuencias de mayor envergadura, por no decir que diferentes. En 1982 el recurso de Antena 3 fue rechazado por no existir una regulación de la televisión privada. En cambio, en 1994 la conclusión, partiendo de una base similar, será, como veremos, muy diferente.

(14) En el fondo no podemos dejar de ver cierta artificialidad en la distinción entre esta manifestación «instrumental» del derecho fundamental y lo que no es «instrumental». ¿A qué se reduciría entonces el derecho a la libertad de expresión y comunicación sin las actuales posibili-

Acto seguido nos hallamos con el núcleo esencial de todo este razonamiento:

«Pero lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución española, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar que los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa de derecho fundamental sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución española, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable.»

La ausencia de regulación en un supuesto como éste representa un atentado al artículo 20.1 de nuestra Ley Básica puesto que imposibilita llevar a cabo una actividad incluida en un derecho constitucional. Nuestra Norma Fundamental recoge una serie de encargos al legislador (15), que se presentan tanto de manera explícita como implícita. Con ello aludimos a un tipo de articulación técnica del precepto constitucional, exenta de contenido material. Es decir, que normas de distinto tipo desde el punto de vista material (*v. gr.*, derechos fundamentales o normas organizativas) pueden mostrarse como semejantes encargos, generadores de una concreta obligación de desarrollo postconstitucional que pesa sobre el legislador. Tales preceptos, que no son meras proposiciones declarativas sino verdaderas normas jurídicas, poseen una eficacia limitada y no adquirirán su plenitud aplicativa hasta que la *interpositio legislatoris* produzca la normativa de desarrollo. Su existencia parece ineluctable dadas las funciones cumplidas por la *Lex Superior*, que requieren que su articulado no

dades de los medios destinados a esos fines? ¿Es que a finales del siglo XX sólo es contenido esencial la expresión oral y escrita? ¿Dónde estaría entonces el necesario dinamismo del Derecho para adaptarse a las nuevas circunstancias?

(15) La doctrina alude a normas de este tipo o de un carácter similar con variada terminología: *mandatos al legislador* por RUBIO LLORENTE (*La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 95); *imposições constitucionais y ordens de legislar* por GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional, op. cit.*, págs. 1089-1090); *Verfassungsauftrag* (E. DENNINGER: «Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt», *Juristische Wochenschrift*, 1967, págs. 767 y sigs.); *Gesetzgebungsgebot* (LEO SEUFERT: *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote...*, *op. cit.*), y *Gesetzgebungsauftrag* (E. WIENHOLTZ: *Normative Verfassung und Gesetzgebung. Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes*, Friburgo, 1968) en Alemania.

agote las distintas instituciones y regulaciones. En este orden de cosas, Stern, refiriéndose al sentido, contenido y función de la Ley Fundamental, afirma que ésta inicia, dirige y limita la actividad del legislador, pero no la consume (16). El problema se agrava cuando nos encontramos con un derecho fundamental que requiere mediación legislativa para otorgarle efectividad a su vertiente objetiva. El legislador no sólo está llamado a limitar los derechos fundamentales sino también a profundizar en su contenido conforme a las exigencias del Estado Social (17).

Esta obligación de desarrollo y complemento posterior que recae sobre el legislador ordinario viene caracterizada por tres notas: el legislador no es libre en cuanto al «an» de la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente; el «cómo» de esta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines; el «quando» de tal normativa está, en principio, sometido a la libertad del legislador, si bien éste no se puede dilatar de tal manera que suponga un fraude al concreto precepto constitucional.

El principio de libertad de conformación del legislador, no sólo admisible y justificable en un sistema democrático sino que también necesario, no debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo. Antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y con su carácter supremo, que exigen llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional.

Así las cosas, en estos supuestos referidos a la televisión por cable, el Tribunal ha considerado que el legislador ordinario ha dilatado en exceso, «más allá de todo tiempo razonable» y sin justificación, la normativa de desarrollo relativa a una actividad que es manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Ello, como hemos indicado, atenta a semejante derecho, ya que lleva a una «supresión de la libertad de comunicación», y no a una limitación que pudiera estar justificada. La conclusión de todo este planteamiento es concebir de forma amplia el artículo 20.1.a) y d) no sometiéndolo a restricciones legalmente inexistentes, de manera que la actividad de la televisión por cable se vuelve, por el momento, libre:

«no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización

(16) KLAUS STERN: *Derecho de Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 224.

(17) Véase en este sentido a PETER HABERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983.

administrativa —de imposible consecución, por demás— el ejercicio de la actividad de emisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el artículo 20.1.a) y d) CE» (18).

Las resoluciones administrativas que imponían el cese de las actividades y las sentencias de la justicia ordinaria que las corroboraban son anuladas y se restablece en su integridad el derecho fundamental lesionado.

IV. CRITICAS A LA POSTURA DEL TRIBUNAL

Estos planteamientos, novedosos e interesantísimos al margen de la antítesis indicada, ya han sido objeto de duras críticas por Santaolalla (19), que llega a hablar de «atípica declaración de inconstitucionalidad» y pronunciamiento «extravagante» (20). Este autor, en lo que atañe al control de la omisión del legislador, esgrime varias razones en su crítica. Algunas de ellas parten de la consideración que existe en nuestro ordenamiento acerca de la televisión como servicio público y que, según este jurista, impediría en estos casos hablar de derechos fundamentales. Como venimos haciendo en estas páginas no queremos centrarnos en este asunto, también de indudable relevancia, aunque como igualmente ya señalamos somos más proclives a abordar el tema desde la óptica de los derechos fundamentales.

Asimismo, el citado autor aduce que la postura del Tribunal Constitucional no le convence «porque si la televisión privada por ondas hertzianas tuvo que aguardar el tiempo que el legislador creyó oportuno desde la entrada en vigor de la Constitución (diez años), sin reparo alguno del Tribunal Constitucional, no se comprende una postura muy distinta para otra modalidad televisiva» (21). No es suscribible esta postura porque, en primer lugar, el Tribunal se encuentra ante unos ciudadanos que se han visto vulnerados en uno de sus derechos fundamentales, con la consiguiente necesidad de devolverles la integridad de ese derecho y, en segundo lugar, quince años después de la aproba-

(18) De esta forma vuelve a surgir la paradoja que late en el fondo de todos estos casos, y en la que no hemos querido entrar: ¿puede ser libre una actividad declarada «servicio público esencial» de titularidad estatal? ¿Hay que modificar la tradicional noción de *publicatio* para hacer compaginables técnicamente todas estas cuestiones?

(19) FERNANDO SANTAOLALLA: «Televisión por cable y control omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 173 y sigs.

(20) *Ibidem*, pág. 180.

(21) *Ibidem*, pág. 179.

ción de nuestra Carta Magna es, por supuesto, un plazo mayor que diez, no sólo cuantitativamente hablando sino también desde el punto de vista cualitativo ya que la realidad social de 1994 es diferente a la de 1988, mostrando una presencia tecnológica más elevada que reclama, de una vez por todas, la regulación de una actividad tan extendida en otros países de Occidente como es la de la televisión por cable. A mayor abundamiento, no cabe olvidar que las opiniones del Tribunal Constitucional no son imperturbables y no están anquilosadas en un determinado momento histórico sino que pueden evolucionar y cambiar para, de esta forma, acomodarse a las exigencias de la situación y del contexto vivido. En este sentido, Larenz, aludiendo a la labor de los tribunales, apunta que «no existe una interpretación “absolutamente recta” en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva, porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones» (22).

También Santaolalla se muestra en desacuerdo con el proceder del Alto Tribunal «porque viene a legitimar una situación *de facto* que condicionará la futura legislación, al forzar la aprobación de una normativa que autorice la gestión de la televisión por cable por particulares, privando al legislador de otras alternativas» (23). Frente a ello opinamos que es precisamente eso lo que había que buscar si se considera, tal como lo hace el citado Tribunal, que, por un lado, ya es hora de que se dicte la normativa omitida y que, por otro, los particulares tienen que entrar en la ejecución práctica de la actividad televisiva a través de cable coaxial, puesto que, como queda dicho, ésta es una manifestación, instrumental pero al fin y al cabo manifestación, de un derecho fundamental recogido en nuestro Texto Básico. Si ello es así las opciones y el margen de discrecionalidad del legislador tienen que reducirse forzosamente en aras del respeto de los derechos fundamentales, lo cual tendría que ser, además de cotidiano, escrupuloso.

Por último, este autor aduce la ausencia de norma legal que otorgue competencia al Tribunal Constitucional para solucionar las omisiones del legislador. Ello es considerado como lo más preocupante de todo este asunto (24). Desde un punto de vista positivista parece difícil, si no imposible, rebatir tal afirmación (los artículos 161 y 163 de la Constitución española y artículo 27 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional no contemplan como fun-

(22) KARL LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 311.

(23) FERNANDO SANTAOLALLA: «Televisión por cable...», *op. cit.*, pág. 180.

(24) *Ibidem*, pág. 180.

ción de este órgano el control de la inconstitucionalidad por omisión). Pero también hay que tener en cuenta la relevancia de los casos y la situación en que se encontraba nuestro guardián de la Constitución, ante unos supuestos nada menos que de vulneración de un derecho fundamental. La protección de los derechos fundamentales, señala Favoreu, «es, evidentemente, la primera de las funciones» de un Tribunal Constitucional, pues sólo ese órgano, «en los sistemas de tipo europeo, es capaz de cumplir con esta tarea» (25). Dicho esto resulta adecuado traer a colación a Forsthoff cuando indicaba que «la superación del positivismo no implica en modo alguno el abandono de la positividad del Derecho» (26), lo cual puede servirnos en este momento, aunque quizá traicionando en cierto modo la intención del gran jurista germano, para fundamentar la tentativa de flexibilizar una actuación cuando están de por medio la garantía y la defensa de algo que es esencial y pábulo para el sistema político: los derechos fundamentales positivizados en la Carta Magna. No podemos olvidar que «los derechos fundamentales —en palabras de Schneider— son fin en sí mismos y expresión de la dignidad humana... Son simultáneamente la *conditio sine que non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente» (27).

En efecto, una Constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno tal y como reprochaba Lasalle (28), sino que posee un contenido axiológico determinado, enlazando así con las raíces revolucionarias del término y con el artículo 16 de la *Déclaration de Droits de l'homme et du citoyen* de 1879 («Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution»). La importancia de esa parte dogmática crece en aquellas situaciones en las que la implantación de un texto constitucional choca con una situación anterior regida por valores de diferente signo. Entonces, la aplicación directa de los derechos fundamentales por la práctica jurisprudencial se impone como medio de defensa de los ciudadanos y de efectividad de tales derechos. Pero esta efectividad, para ser plena, exige algo más, especialmente le-

(25) LOUIS FAVOREU: *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 38.

(26) «Die Ueberwindung des Positivismus ist nicht die Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt». Más extensamente véase su artículo «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, págs. 35 y sigs.

(27) HANS-PETER SCHNEIDER: «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, págs. 22-23.

(28) FERDINAND LASALLE: *¿Qué es una Constitución?*, 3.^a ed., Ariel, Barcelona, 1989, págs. 78 y sigs.

gislación de desarrollo. De ahí que, pese a que el articulado constitucional que recoge los derechos fundamentales sea inmediatamente exigible puede producirse omisión inconstitucional por no llevar a cabo estas necesarias medidas que podemos denominar complementarias. El fraude constitucional puede alcanzar en estos casos cotas verdaderamente inaceptables.

A diferencia de las opiniones vertidas hasta el momento en este apartado, otros autores ya han mostrado una valoración positiva de esta línea jurisprudencial. Es el caso de Gómez Puente (29), que acepta la posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales por omisión, aunque sólo en la medida en que tal inactividad atente contra su contenido esencial. De esta forma, tras reconocer el principio general de que la aplicación del contenido esencial de los derechos no requiere la previa interposición legislativa, indica que existen excepciones: «Deben excluirse aquellas situaciones en las que el ejercicio de un derecho fundamental, siempre en los límites de su contenido esencial, exige un desarrollo legal previo por la naturaleza de la actividad a realizar de modo que la omisión, de producirse, afectaría dicho contenido mínimo» (30). Como sabemos, nuestra particular posición va mucho más allá y no se restringe a la conservación del contenido esencial sino que trata de preservar la efectividad global del derecho. Pero no cabe duda de que cuando la salvaguarda de su contenido esencial está en tela de juicio por mor de la inercia legislativa los argumentos se fortalecen aún más. Las limitaciones de esta postura de Gómez Puente se manifiestan al considerar que no se produce omisión inconstitucional en relación a aquellos supuestos en los que «la Constitución remite a la ley para completar los derechos fundamentales sin que de la intervención legal dependa la garantía de su contenido esencial» (31), supuestos en los que nosotros vemos un claro y concreto encargo al legislador que genera la correspondiente obligación de desarrollo postconstitucional. Al margen de ello, es elogiable que por fin se estén dando las pertinentes consecuencias técnico-jurídicas a la actualmente más que asentada idea de que los derechos fundamentales han sobrepasado su tradicional dimensión subjetiva.

(29) MARCOS GÓMEZ PUENTE: «Derechos Fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, octubre-diciembre 1994, págs. 629 y sigs.

(30) Alude expresamente a derechos de naturaleza prestacional que demandan una acción positiva y directa de los poderes públicos, y a los derechos de libertad cuando, en función de las circunstancias económicas, culturales o sociales, dicha intervención se haga necesaria para posibilitar su ejercicio efectivo, *ibidem*, pág. 642.

(31) *Ibidem*, pág. 645.

V. CONCLUSION

Esta actuación del Tribunal Constitucional va encaminada a alcanzar las dos finalidades a las que responde, hoy en día ya logradas: una, la defensa de los derechos fundamentales vulnerados en los concretos casos que resolvían las cinco sentencias; otra, en vías de ser conseguida en el propio 1994 y en la actualidad definitivamente alcanzada. Aludimos a la emanación de una normativa sobre la televisión por cable que desarrolle esa manifestación del artículo 20 de la *Lex legum*. En efecto, el Gobierno, en un Consejo de Ministros celebrado el 23 de diciembre de 1994, ya había acordado remitir al Parlamento el correspondiente proyecto de ley. Aunque, claro está, esto aún no suponía la satisfacción de las exigencias de desarrollo que contiene el referido artículo 20 y que recaen sobre el legislador. Había que esperar a la aprobación definitiva de la ley, ya producida como queda dicho (32), para analizar su contenido. Las Comunidades Autónomas históricas plantearon críticas desde que salió a la luz el proyecto, que se presentó junto con el de la Ley de televisión local, por entender que ambos desvirtuaban las competencias en medios de comunicación ya transferidas, además de suponer un freno a la inversión de capital privado y público a través de las propias comunidades.

Hagamos ahora una alusión de carácter breve sobre los derechos a la libertad de expresión y comunicación. La línea jurisprudencial examinada afecta a la tradicional naturaleza y caracterización de semejantes derechos. Esta visión tradicional los situaba entre aquéllos cuya esencia viene constituida por una esfera de libertad dentro de la cual no se puede entrometer el poder público. Lo que se le exige a éste, según esta construcción, es abstenerse, no interferir (33). Ahora, con esta novedosa postura, el Tribunal Constitucional da a entender que una manifestación de ambas libertades requiere, para la plenitud de su ejercicio, la *interpositio legislatoris*, si bien mientras tal actuación no

(32) Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por cable. El mismo día se aprobó también la Ley de Televisión Local por ondas terrestres (Ley 41/1995). La primera concibe al servicio de telecomunicaciones por cable como un servicio público de titularidad estatal que se prestará por demarcaciones territoriales cuyo ámbito puede oscilar desde una parte de un término municipal hasta la agrupación de diversos términos municipales. La aprobación de esta actividad, a través de concurso público, corre a cargo de los propios Ayuntamientos, de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado, según el ámbito de la demarcación. En cada demarcación sólo habrá un operador de cable, además de «Telefónica de España, S. A.». Para fundamentar esta restricción al número de operadores por demarcación se arguyen razones económicas por mor del elevado importe de la inversión a efectuar, que haría inviable la operación si proliferaran los operadores.

(33) Véase STC 77/1982, de 20 de diciembre (fundamento jurídico 1.º).

tenga lugar la libertad de ejercicio es absoluta. ¿Es ello una necesidad de los nuevos tiempos o un ataque a la técnica jurídica? Bien es verdad, como indica Gómez Puente, que esta distinción entre derechos de libertad y de igualdad carece «en la actualidad de rigor jurídico» dada su complejidad (34), aunque no creemos que haya perdido todavía su sentido, pese a las necesidades de prestación que conlleva el aún inconcluso Estado Social.

La importancia de los supuestos planteados pone de manifiesto la imperiosa necesidad de enfrentarse a la figura de la vulneración de la Ley Fundamental por inacción del Poder Legislativo, a pesar de las dificultades y las connotaciones políticas que dicho proceder pueda generar. El tratamiento tiene que ser serio y riguroso, basado en la razón de la técnica jurídica, para, de esta forma, resolver adecuadamente los nuevos retos que plantea una sociedad que debe ser cada vez más sensible a la efectiva vigencia de la Constitución y más respetuosa con los derechos fundamentales. La profundización por el camino del Estado Social refuerza tales planteamientos, a pesar de que estos gocen de autonomía respecto a dicha forma de Estado.

Vemos, en definitiva, al instituto de la omisión inconstitucional como reflejo de una sólida argumentación propia de la lógica del Derecho, cuya base se encuentra en la posibilidad de vulneración de las normas tanto por acción como por omisión y en la existencia de auténticos encargos, que pesan sobre el legislador, en la Ley Fundamental, sin olvidar los ya aludidos principio de supremacía constitucional y carácter normativo de dicho texto. Si ello es así, resulta inevitable que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se haga eco de esta figura. La actuación del Tribunal en estos casos creemos que ha sido la correcta, por lo menos en lo que respecta a la ausencia de legislación de desarrollo, no tanto en la resolución del fondo de toda la problemática que se articula en torno a la relación derechos fundamentales vs. servicio público. La defensa de estos derechos, a través de una técnica que casi no ha visto la luz en nuestro país, ha jugado un papel decisivo y prevalente, lo cual tiene que despertar elogios y no críticas. Y para ello el órgano de control ha sopesado el contexto reinante y la oportunidad y posibilidad política existente. «Un juez constitucional —enseña Leibholz— que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático» (35).

(34) MARCOS GÓMEZ PUENTE: «Derechos fundamentales y omisión legislativa...», *op. cit.*, pág. 629.

(35) GERHARD LEIBHOLZ: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pág. 160.