



BOLETIN OFICIAL
DE LAS
CORTES DE ARAGON

Número 138 — Año XII — Legislatura III — 19 de septiembre de 1994

SUMARIO

7. JUSTICIA DE ARAGON

Informe sobre la creación de una televisión municipal pública y su posible incidencia en competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón 5412

7. JUSTICIA DE ARAGON

Informe sobre la creación de una televisión municipal pública y su posible incidencia en competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGON

De conformidad con lo establecido en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Informe emitido por el Justicia de Aragón sobre la creación de una televisión municipal pública y su posible incidencia en competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Zaragoza, 15 de septiembre de 1994.

El Presidente de las Cortes
ANGEL CRISTOBAL MONTES

Informe sobre la creación de una televisión municipal pública y su posible incidencia en competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— El día 18 de julio de 1994 se presentó ante esta Institución escrito del Portavoz del Grupo Parlamentario Popular de las Cortes de Aragón, Ilmo. Sr. D. Mesías Gimeno Fuster, en el que, ante el anuncio público de creación de una televisión pública de titularidad del Ayuntamiento de Zaragoza, se solicitaba la elaboración de un informe acerca de la legalidad de dicha televisión municipal pública y su posible incidencia en competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Aragón en su Estatuto de Autonomía.

SEGUNDO.— El día 21 de julio de 1994, se dictó Resolución de admisión a trámite de tal petición, disponiéndose la apertura de expediente al objeto de elaborar un Informe sobre la cuestión planteada en ejercicio de la función encomendada al Justicia de Defensa del Estatuto de Autonomía.

TERCERO.— El mismo día 21 de julio de 1994, se notificó la Resolución de admisión a trámite al Ilmo. Sr. D. Mesías Gimeno Fuster.

Por otra parte, y aunque el objeto del informe no afectaba a ninguna actuación concreta del Ayuntamiento de Zaragoza, sino a una posible actuación futura, se consideró conveniente dar traslado de la misma al Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, para su conocimiento, teniéndose, también ese mismo día 21 de julio, una amplia entrevista con el Alcalde en funciones D. Luis García-Nieto Alonso al objeto de que informase lo que estimara conveniente sobre esta cuestión.

CUARTO.— La cuestión planteada ha sido examinada sobre la base del análisis de las normas constitucionales, estatutarias y legales aplicables a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, sin olvidar el estudio de la doctrina científica más sólida e incuestionada sobre esta materia. En virtud de todo ello, se emite el presente informe en los siguientes términos:

DELIMITACION DE LA COMPETENCIA DEL JUSTICIA DE ARAGON

Analizada la naturaleza del escrito presentado por el Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en las Cortes de Aragón, hemos de concluir que no existe denuncia alguna de violación de derechos individuales o colectivos reconocidos en el Estatuto, por lo que no puede ser conceptuado como una queja, a la vista de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón. Existe, en definitiva, una petición de informe acerca de si **una posible y futura actuación** de una Administración Pública local **puede entrar en colisión con las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón** en materia de televisión.

En efecto, el Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye, en su artículo 36.1.8, **competencia a la Comunidad Autónoma en materia de prensa, radio y televisión y otros medios de comunicación social**, en el marco de las normas básicas que el Estado establezca de acuerdo con el número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. El propio Estatuto de Autonomía, en su artículo 33.1.c), encomienda al Justicia de Aragón la defensa del mismo, función cuyo contenido se desarrolla en los artículos 27 a 29 de la Ley 4/1985, reguladora de esta Institución.

En virtud de las normas citadas, **puede el Justicia de Aragón analizar las disposiciones, resoluciones o actos emanados de la autoridad de otros entes públicos distintos de los de la propia Comunidad Autónoma de Aragón, al objeto de determinar si respetan el orden de competencias establecido en la Constitución, el Estatuto o en la correspondiente Ley** (artículo 27 de la Ley del Justicia). **De un modo expreso, el artículo 29 de la Ley del Justicia prevé la posibilidad de analizar la actuación de las Corporaciones Locales aragonesas a la luz del Estatuto de Autonomía de Aragón.**

En consecuencia, es absolutamente procedente la elaboración del presente Informe que, en la medida en que gira en torno a una cuestión de competencias estatutarias, puede ser planteado desde un plano general y abstracto, de modo que pueda dar luz sobre el problema con relación a todos los Ayuntamientos existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

I. LA MATERIA DE TELEVISION EN LA CONSTITUCION Y EN EL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE ARAGON. LOS TITULOS COMPETENCIALES.

El artículo 149.1.27 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de «*normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas*».

La Constitución atribuye al Estado una competencia que está abierta a la colaboración de las Comunidades Autónomas. En virtud de esta previsión, el Estado se reserva la facultad de fijar los principios, criterios y directrices que deben presidir esta materia, facultándose a las Comunidades Autónomas para llevar a cabo el desarrollo legislativo y la

ejecución de la legislación sobre medios de comunicación social. Para ello, y de acuerdo con lo que disponen los artículos 147.2.d), 148.2, y 149.3 de nuestra Carta Magna será preciso que las Comunidades Autónomas asuman esa competencia en sus respectivos Estatutos.

El Estatuto de Autonomía de Aragón, tras la reforma aprobada por Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, establece en su artículo 36.1.8. lo siguiente:

1. En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, para el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 148 de la Constitución, el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...]

8.— Prensa, radio y televisión y otros medios de comunicación social, en el marco de las normas básicas que el Estado establezca de acuerdo con el número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

Con carácter previo a la reforma del Estatuto de Autonomía, esta materia había sido transferida a la Comunidad Autónoma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la Constitución Española, mediante la Ley Orgánica 2/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 C.E., Ley que entró en vigor el día 25 siguiente y que, en su artículo 3, letra e), en relación con el párrafo 1º del mismo artículo establece que se transfiere a la Comunidad Autónoma de Aragón, entre otras, «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución» en materia de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social.

Por **Real Decreto 2.163/1993, de 10 de diciembre**, se concretaron las funciones y servicios de la Administración del Estado que debían ser objeto de traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de **radiodifusión**. El ejercicio de estas competencias se asignó al Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes de la Diputación General de Aragón a través del Decreto 225/1993, de 29 de diciembre.

Podemos concluir que, en el ámbito territorial de Aragón, las competencias en materia de medios de comunicación social están residenciadas de modo exclusivo en el Estado y en la propia Comunidad Autónoma, quienes las ejercen de modo compartido: legislación básica el Estado y desarrollo legislativo y ejecución la Comunidad Autónoma.

II. LA LEGISLACION SECTORIAL DEL ESTADO Y DE LA COMUNIDAD AUTONOMA.

Legislación estatal

Como hemos afirmado más arriba, el Estado ostenta la competencia de fijar las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social (artículo 149.1.27 de la C.E.).

Por otra parte, la Constitución, en su artículo 128.2, tras reconocer «la iniciativa pública en la actividad económica», añade lo siguiente:

Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio...

— En virtud de esta previsión, **la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión**, configura la televisión como un **servicio público esencial** de titularidad del Estado, que se presta en régimen de gestión directa por el Ente Público Radio Televisión Española (RTVE) a través de una sociedad estatal denominada Televisión Española.

La consideración de la televisión como un servicio público esencial la fundamenta el legislador en el propio preámbulo de la Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas.

El artículo 2, párrafo segundo de esta Ley estableció que el Gobierno podría conceder a las Comunidades Autónomas, previa autorización por Ley de las Cortes Generales, «la *gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal que se cree específicamente para el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma*».

— **La Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión**, dio efectividad a la anterior previsión al autorizar al Gobierno de la Nación a tomar las medidas necesarias para la puesta en funcionamiento de un tercer canal de titularidad estatal que se otorgaría en régimen de concesión, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, previa solicitud de sus órganos de gobierno, siendo preciso que, con carácter previo a la concesión, la Comunidad Autónoma regulase mediante Ley la organización y el control parlamentario del tercer canal, de acuerdo con las previsiones de la Ley 4/1980.

— **La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada**, regula la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión por medio de sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa y ello porque, como señala en su Preámbulo «la titularidad estatal del servicio público no implica, sin embargo, un régimen de exclusividad, sino que por el contrario, la gestión del servicio puede ser realizada en forma directa, por el propio Estado, y de una manera indirecta, por los particulares que obtengan la oportuna concesión administrativa».

El modelo de **televisión privada** establecido en dicha Ley es, desde el punto de vista territorial, **de cobertura mixta**, de modo que, si bien el artículo 4 establece que el objeto de las concesiones es la emisión de programas con cobertura nacional, por otra parte el mismo artículo requiere que las concesiones prevean la emisión de programas para cada una de las zonas territoriales delimitadas en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada. **Es decir, las tres sociedades concesionarias han de poder emitir programas de televisión regionalizados, además de los programas nacionales.**

En concreto el artículo 9.1.d) exige para la adjudicación de la concesión «*capacidad de las sociedades solicitantes para atender a las necesidades de programación con una cobertura limitada a cada una de las zonas territoriales a que se refiere el apartado 2 del artículo 4 de la presente Ley*».

— **La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de la Televisión por Satélite**, regula el régimen de la prestación del servicio público de la televisión cuando para ello se utilicen satélites de comunicaciones acordes con los Tratados y Acuerdos internacionales suscritos por España y autorizados por

el Gobierno para estos fines, a los que se acceda mediante un enlace ascendente con origen en territorio español.

— **La Ley 25/1994, de 12 de julio, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y tiene como objeto específico «establecer el régimen jurídico que garantice la libre difusión y recepción de las emisiones televisivas entre los Estados de la Unión Europea; desarrollar determinadas producciones televisivas; proteger frente a ciertas normas de publicidad y objetos publicitarios; defender a los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y regular el patrocinio televisivo».**

— Por otra parte, y desde una perspectiva complementaria, la televisión es objeto de regulación, en sus aspectos técnicos, en la **Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.**

Legislación autonómica

— **La Ley de Cortes de Aragón 4/1984, de 26 de junio, regula el Consejo Asesor de RTVE en Aragón.** Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, en cuya virtud se preveía la creación de un Consejo Asesor nombrado por el órgano de gobierno de cada Comunidad Autónoma y cuya composición se debería determinar por Ley autonómica. Dicho Consejo tiene una naturaleza dual, por cuanto representa los intereses de la Comunidad Autónoma de Aragón en Radio Televisión Española y, por otra parte, asesora al Delegado Territorial de RTVE en Aragón.

— **La Ley de Cortes de Aragón 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión,** responde al propósito de crear el marco jurídico necesario para la puesta en marcha de un servicio autonómico de radio y televisión, dentro del régimen legal definido por la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión, a la que antes nos hemos referido.

La Ley 8/1987 crea una Entidad de Derecho Público, con la naturaleza prevista en el artículo 7.1.b) de la Ley 4/1986, de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, y adscrita administrativamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Diputación General de Aragón.

En la propia Ley se dio virtualidad práctica al ente creado por la misma al señalarse textualmente en el apartado 1 de la Disposición Transitoria:

Se dota a la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión con un fondo de ochenta millones de pesetas para atender a sus gastos de instalación, funcionamiento y cumplimiento de objetivos durante el presente ejercicio de 1987.

Para la provisión de dicho fondo se concede un crédito extraordinario a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma por dicho importe.

Son conocidas las enormes vicisitudes que ha sufrido la puesta en marcha del servicio autonómico de televisión. La Institución del Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse, hace ya casi un año, sobre la inaceptable falta de respuesta por parte del Gobierno de la Nación a las reiteradas solicitudes formuladas por la Diputación General de Aragón a fin de que se otorgara la concesión del tercer canal de televisión

para su gestión directa por la Comunidad Autónoma. Las Cortes de Aragón también se expresaron en el mismo sentido que nosotros habíamos manifestado.

Al día de hoy, sigue pendiente la respuesta del Gobierno de la Nación a la solicitud formal planteada por la Diputación General de Aragón.

Las normas que hemos enumerado y compendiado constituyen el marco legal aplicable a la cuestión suscitada en este informe. Su aplicación ha puesto de manifiesto la existencia de una laguna en un concreto y exclusivo aspecto, la televisión por cable.

III. LA DOCTRINA GENERAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU CONCRECIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

La pretendida habilitación competencial de los Ayuntamientos para realizar emisiones televisivas en la denominada «alegalidad» de la materia es inaceptable desde la concepción del Estado de Derecho y la división de poderes.

Es al legislativo a quien le corresponde atribuir sus competencias al poder ejecutivo en un Estado de Derecho.

Esta cuestión ha sido abordada hasta la saciedad por la doctrina constitucional y administrativa y figura en cualquier manual, sin que pueda ser desconocida. Por seguir un ejemplo que constituye un clásico, y sin perjuicio del máximo respeto que nos merecen el resto de los catedráticos, acudiremos al *Curso de Derecho Administrativo* de los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández.

Cuando la inteligencia, profundidad y rigor que se reflejan en dicha obra, no nos encontramos en condiciones de superarlos, hay que, modestamente, trasmitirla en sus propios términos:

No tendría objeto que intentásemos precisar aquí las relaciones entre el Estado (en el amplio sentido de toda forma política suprema) y el Derecho. Sí debe decirse, no obstante, que toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser legítimo (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden tener derecho al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho. La formulación kelseniana de una identificación entre Estado y Derecho es una simple expresión, más o menos afortunada, de ese postulado.

Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho. Es ahí, en ese terreno material y no estructural, donde las diferencias son considerables. Cuando se niega a un Estado su condición de Estado de Derecho se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho; es, en realidad, una afirmación que sólo puede hacerse desde una posición de Derecho natural, sea cual sea la versión de éste, esto es, desde la imagen de un modelo material determinado del contenido del Derecho con el que se cree poder pedir cuentas a un Derecho positivo concreto, con el que se puede por tanto negar la legitimidad al Derecho positivo que le contradiga. Así hoy mismo el marxismo desautoriza el sistema jurídico occidental como simple superestructura de dominación de clase.

El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que puede actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas. Los revolucionarios rechazaban ambas cosas: la fuente del Derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en esta misma, en su voluntad general; y, a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la Ley general (lex singularis o privilegio es una contradictio in terminis para la filosofía naturalista del iluminismo que alimenta a la Revolución), Ley general que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder. Desde esta concepción material del Derecho el sistema absolutista era visto como la expresión de la más pura arbitrariedad (como inversamente, el régimen de Asambleas populares sería valorado por las monarquías reaccionarias de la Restauración). Pero, por otra parte, no se trataba sólo de desplazar del Rey al pueblo el origen del Derecho y de reducir todos los actos singulares de mando a la mera particularización de leyes generales; todo ello está en servicio de una idea sustancial del Derecho, que no es la de pretender la gloire de l'État, o la realización de un orden moral y transpersonal, sino la de asegurar la liberté du citoyen, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente.

Una vez que esa nueva concepción del Derecho (en su fuente, en su manifestación, en su fin) se ha consolidado, el concepto de Estado de Derecho se identifica con su realización y se erige en un modelo de Derecho natural que va a presidir toda la evolución política de Occidente hasta nuestros días. Hoy se mantiene, y aún se acendra, la misma convicción común sobre el origen y el fin del Derecho; la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible, la impone, de modo que cualquier otro sistema básico del Derecho parte necesariamente de la negación de esa igualdad (en beneficio de un hombre, de un grupo, o de una clase, o de un partido, o de una Iglesia) y del sometimiento de los ciudadanos a fines y a mitos transpersonales, que exceden siempre necesariamente de su propio bien y lo instrumentaliza. El segundo elemento estructural, referente a la necesaria producción del Derecho por medio de leyes generales, ha sido, sin embargo erosionado, quizás paralelamente a la transformación de la Ley natural en la concepción del propio mundo físico y biológico, y, como ya hemos visto más atrás, no hay ningún inconveniente de principio en la admisión de leyes singulares, que hoy son, además, perfectamente normales en todos los ordenamientos (sin perjuicio de que no sean ya, o al menos no deban ser, los rescriptos singulares o lettres de cachet del absolutismo, excepciones arbitrarias al sistema general de los derechos).

Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la Ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado, es la Ley; ya no se admiten poderes

*personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como un atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley. Sólo en nombre de la Ley puede imponerse obediencia. Los textos revolucionarios son categóricos. Así en la Constitución de 1791 (art. 3º de la Sec. 1ª, Cap. II) se afirma, precisamente porque es una Constitución monárquica y para excluir cualquier similitud respecto del pasado inmediato, que: **No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia.** Antes, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 había dicho en su artículo 5.º: **Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena; de lo que concluye su art. 7.º: Los que soliciten, dicten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias [por arbitrarias ha de entenderse en el pensamiento ilustrado-revolucionario las órdenes no justificadas en una Ley o contradictorias con el tenor de ésta] serán castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante; se hace culpable de la resistencia.***

La segunda idea que refuerza esa exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley previa es el principio técnico de la división de los poderes: el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es ejecutar la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, eso es, por las Leyes. Lo mismo ocurre con el poder judicial, que deja de ser un poder libre, supuesta expresión directa de la soberanía y con la misma fuerza creadora que el poder normativo supremo, para quedar definitivamente legalizado, sometido a la Ley.

Es a esta técnica estructural precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la Administración: ésta está sometida a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

Esta idea, hoy casi obvia, supone, sin embargo, una novedad histórica de primer orden. El Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos (cosmo de privilegios; Max Weber). El Derecho público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del Monarca, pero dada la posición trascendental de éste ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales, estaban sometidos a leyes generales (legibus solutus). Cuando las leyes existían (lo cual era contingente y no necesario) se trataba de un instrumentum regni entre otros, producto de las circunstancias concretas, pero que no aspiraban a la permanencia o a la inexorabilidad, ni eran sustantivables como instancias reguladoras del poder y mucho menos como presupuesto de la concreta actuación de éste. En cualquier caso, de las leyes políticas no podía entenderse que derivasen nunca derechos subjetivos de naturaleza patrimonial que, a través de la doctrina de los rescriptos contra ius naturale ac gentium, que ya conocemos, podían eventualmente oponer límites a la acción del Príncipe.

Lo verdaderamente singular del régimen de Derecho público surgido de la Revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el Derecho Administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos.

Tal es el sentido general del principio de legalidad administrativa.

El ámbito del principio de legalidad y su construcción técnica.

La cuestión, desde ese planteamiento simple y claro, se complica con el surgimiento y desarrollo de un poder normativo propio de la Administración, el poder reglamentario, tema ya conocido para nosotros. Ya hemos visto que el origen del poder reglamentario está históricamente en la doctrina del principio monárquico, aunque haya concluido por independizarse completamente del mismo. Pero resta el hecho de que la Administración ya no se presenta, en los términos originarios de la división de los poderes, como una simple instancia de ejecución de normas heterónomas, sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas (en el sentido de que tienen origen en ella misma).

Esto no obstante, la Ley, en el sentido formal del concepto, como producto del poder legislativo, sigue enmarcando la actuación administrativa en general, por lo mismo que la Ley, o bien opera directamente sobre la Administración, o bien condiciona, o limita, o determina, o excluye, en los términos que hemos estudiado más arriba, esa actuación especial administrativa que es producir Reglamentos. Podría entonces estudiarse una expresión del principio de legalidad de la Administración en el sentido estricto de la legalidad referida a la Ley formal. No es infrecuente encontrar en la doctrina un tratamiento de ese punto de vista, especialmente allí donde se especifica el tema de las materias reservadas a la Ley.

Por nuestra parte, variaremos ahora ese planteamiento. Creemos que el tema de las materias reservadas a la Ley debe estudiarse donde lo hemos hecho, esto es, al tratar de las relaciones entre Ley y Reglamento y de los límites del poder reglamentario. En este momento nuestra perspectiva es más amplia y, en todo caso, diferente; desde ella intentamos explicar la peculiaridad de las relaciones entre la Administración y el ordenamiento jurídico, sin distinguir dentro de éste cada una de sus fuentes peculiares. Porque ocurre que esas relaciones obedecen a un esquema único, lo que no quiere decir, como es evidente, que todas las fuentes del ordenamiento tengan que tener por ello un valor intercambiable. El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar, sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre las diversas fuentes que lo nutren. Ahora nos interesa justamente estudiar ese

juego unitario del ordenamiento, como antes estudiamos analíticamente su composición. Por ello hablaremos de principio de legalidad, no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba el bloque de la legalidad (Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres). (Merkl llamó a esta perspectiva principio de juridicidad de la Administración, para reservar el nombre de principio de legalidad al juego procedente con la sola Ley formal; pero parece una complicación terminológica innecesaria una vez aclaradas las cosas).

Nuestro tema es precisar en qué sentido el ordenamiento opera para determinar la posición jurídica de la Administración y su actuación concreta. O inversamente: qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige.

Las construcciones tradicionales del principio de legalidad de la Administración: aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación negativa.

Según el planteamiento originario del principio de legalidad, la Administración, primero, no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley (lo que podemos extender a las demás fuentes del ordenamiento, en la medida en que se produzcan legítimamente); y segundo, a ese mecanismo se le calificaba de proceso de ejecución de la Ley (o de la legalidad, en el amplio sentido antes indicado). El problema consistiría en concretar el contenido de ese proceso ejecutivo.

La primera expresión, más o menos construida, para calificar la técnica de ejecución de la legalidad por la Administración consideró la ejecución como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas, según el ejemplo histórico ofrecido por la sentencia judicial aplicativa de la Ley. Otto Mayer observó agudamente que sobre este esquema judicial, ofrecido quizá irreflexivamente a los juristas que nutrieron mayoritariamente las Asambleas y los cuadros revolucionarios por su práctica procesal habitual, se forjó el concepto clave de acto administrativo, que se consideró una declaración concreta con la que la Administración particulariza o aplica una previsión general normativa.

Pero ese paralelo entre acto administrativo y sentencia, que inicialmente satisface la necesidad de una explicación técnica, va a ser resueltamente repudiado más tarde al notarse que, evidentemente, no puede intentarse explicarse por el mismo rasero la posición respecto de la Ley de la Administración y de los Tribunales. Stahl forjó una fórmula llamada a hacer fortuna para explicar el diferente tipo de vinculación a la Ley de uno y otro poder: mientras que los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la Ley. Cuando la Administración construye una carretera, por ejemplo, lo hace no para ejecutar la Ley de Carreteras, sino en virtud de las razones materiales que hacen a dicha carretera conveniente u oportuna en el caso concreto; el objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la Ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad.

Al hilo de esta nueva explicación técnica se inserta el tema capital de las potestades discrecionales. Como luego veremos más atentamente, la Administración cuenta con poderes reglados, o de mera aplicación legal automática (por ejemplo, una liquidación tributaria, jubilar a un funcionario de edad) y con poderes discrecionales, en cuyo ejercicio utiliza criterios de apreciación que no están en las Leyes y que ella sola es libre de valorar (por ejemplo, el nombramiento o la remoción de un cargo de libre designación o la decisión de construir o no una carretera, para seguir con el ejemplo anterior). La existencia de poderes discrecionales es inexcusable para el funcionamiento de la Administración y su presencia marca resueltamente lo más importante de la acción administrativa; y he aquí que tales poderes se caracterizarían justamente por su libertad, por su exención respecto de la Ley. En otros idiomas los términos utilizados son más expresivos que los castellanos reglado-discrecional para apuntar a esa supuesta nota. Así en francés el poder reglado se llama *lié*, o vinculado, lo que deja suponer que el término opuesto se caracteriza por esta exento de vinculación. En alemán la discrecionalidad se designa *freie Ermessen*, libre apreciación, literalmente, lo que igualmente alude a una libertad de principio, a una ausencia de vínculo legal. La discrecionalidad sería así la expresión de una libertad absoluta de determinación, radicada en el centro mismo de la personalidad administrativa, en su autonomía personal (A. Hauriou); caracterización donde desaparece la nota originaria de una actividad administrativa limitada a la mera ejecución legal. Lo cual, bien entendido, no sería una simple toma de posición en el plano teórico, sino que es una concepción que apareja las más graves consecuencias prácticas. La Administración podría hacer no meramente aquello que la Ley expresa-mente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe (Meyer-Anschütz). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. La discrecionalidad operaría así en el *gesetzesfrei Raum*, en el espacio libre de la Ley. Es fácil valorar la enorme distancia que separa esta concepción y sus radicales consecuencias de régimen de los fundamentos y fórmulas originarias que en la Revolución francesa, por la idea de la legalización necesaria de toda autoridad y toda competencia pública, habían lanzado el tema del principio de legalidad administrativa.

Tal concepto de la discrecionalidad, y correlativamente de la legalidad de la Administración, ha estado vigente en nuestro país hasta tiempos asombrosamente recientes, concretamente hasta la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La Ley Santamaría de Paredes de lo contencioso-administrativo de 1888 (que permanece virtualmente intacta a través de sus refundiciones de 1894 y 1952), por una parte, excluía rotundamente del control judicial todos los actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, justamente por considerar que el criterium de tales actos no puede encontrarse en la legalidad, sino en la libertad absoluta de la Administración, la cual no sería en este caso susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales, que sólo desde la legalidad y en nombre de ella pueden actuar; y en segundo lugar, la propia Ley nos ilustra sin equívocos de que para ella la discrecionalidad existe siempre que no se presente norma aplicable al caso (art. 2.º, a contrario: se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regla-

das en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una Ley, de un Reglamento o de otro precepto administrativo). Si además tenemos en cuenta que para esta Ley, y para la jurisprudencia que la interpretó, los actos discrecionales son tales por la presencia de algún elemento discrecional, lo que bastaba para excluirlos de todo control judicial, aún cuando contuviesen (como veremos que ocurre necesariamente siempre) algún elemento reglado, se comprende que la legalidad de la Administración, entendida como un principio vinculativo del ordenamiento sobre la Administración, operaba sólo en una franja estrechísima de su actividad, en tanto que lo sustancial de ésta quedaba completamente al margen de la legalidad y de la correspondiente fiscalización jurisdiccional.

Consecuencia impresionante, donde se comprueba una vez más hasta qué punto las teorías jurídicas equivocadas son rara vez inocuas: todas arrastran efectos injustos y graves.

¿Cómo pudo llegarse a esas posiciones, que eran casi generales en toda Europa —con la excepción pragmática de algunas jurisprudencias— hasta esta última posguerra? Hay que ver aquí, en primer término, un nuevo eco de la nefasta doctrina del **principio monárquico**, que pretende justificar en la condición histórica del monarca como jefe del Ejecutivo un principio de libertad autonómica en la organización y en el funcionamiento de la Administración, que la liberaría de su dependencia de la Ley, postulada por el principio democrático y por la doctrina genuina de la división de los poderes; el nombre de Frederich Julius Stahl, el jurista reaccionario, como punto de partida de la teoría, no es aquí casual. Pero al lado de ese sustrato histórico, está también operando visiblemente, y quizá de manera predominante, la **interpretación heterodoxa** de la división de los poderes que lanza el constitucionalismo francés desde sus mismos orígenes y que se expresa en la exención jurisdiccional del Ejecutivo, y en la tendencia al reforzamiento resuelto de éste, apenas vinculado por otra vía que la constitucional del régimen parlamentario.

Se ha llamado con acierto a esta gran concepción de la legalidad de la Administración, tan decepcionante en sus consecuencias finales, la doctrina de la **negative Bindung** (Winkler), de la vinculación negativa de la Administración por la Ley: ésta operaría, en efecto, como un límite externo a una básica libertad de determinación.

La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad.

Fue el kelsenismo en el plano de la teoría, y dentro de él de manera especial su administrativista Merkl, quienes pusieron en marcha la primera reacción sistemática contra esa explicación deficiente de la legalidad de la Administración. La construcción kelseniana no podía admitir ningún poder jurídico que no fuese desarrollo de una atribución normativa precedente; incluso la eficacia jurídica de la autonomía más amplia, sea privada o de los entes públicos, y por tanto de la discrecionalidad, sólo puede explicarse dentro del sistema en virtud de esa expresa atribución antecedente de un poder autonómico (o, en su caso, discrecional) por las normas, y no por razón de ningún atributo o cualidad personal de cualquier sujeto que pudiese darse al margen o exento de esas normas. El proceso de producción jurídica es un proceso de *legis executio paulatina* a partir de la norma fundamental; en la medida en que

la Administración se inserta necesariamente en una fase de ese proceso no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes (tanto cuando ella misma dicta Reglamentos como cuando desciende a los últimos grados de la aplicación singular, o aún de los actos ejecutivos de mero hecho). Observación capital y difícilmente discutible, de donde Merkl extraerá esta consecuencia de principio: **no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción. [...] Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado.**

Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la **positive Bindung**, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (Winkler), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado. Esta aceptación, que recupera un viejo principio fundamental del orden político, del que los protagonistas de la Revolución francesa fueron lúcidamente conscientes, es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger, insertándola para ello entre sus normas básicas. Así la Constitución austríaca de 1920, obra en la que Kelsen influye decisivamente, como es bien sabido, dispone en su artículo 18 que la Administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino *aug Grund der Gesetze*, sobre el fundamento de la Ley. Más recientemente, la Ley Fundamental de Bonn, más bien escasamente kelseniana (y aquí justamente lo demuestra), establece en su artículo 20, párrafo 3: **El poder Ejecutivo y los Tribunales sind an Gesetze und Recht gebunden**, están vinculados a la Ley y al Derecho; con esta vinculación al Derecho no plasmado en la Ley se intenta expresar precisamente el abandono del positivismo legalista, pero en cualquier caso lo que luce, a nuestros efectos, es el principio general de una vinculación general de la Administración a las normas.

La nueva Constitución española se inscribe también explícitamente en esta dirección utilizando al efecto fórmulas muy próximas a las que acaban de citarse. Así, y reiterando la idea ya expresada en el artículo 9.1 (los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico), el artículo 103.1 establece que **la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho**, expresión que obviamente alude a la necesidad de una conformidad total a las normas —y a los principios que las sostienen— y no a una mera libertad básica de acción con el solo límite externo de las mismas. En Leyes ordinarias se confirma esta concepción, especialmente en la LPA, artículos 40.2 (el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico), 48 y 115 (invalididad de los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación del poder) y LJ, artículo 83 (1. La sentencia desestimaré el recurso contencioso-administrativo cuando se ajuste a Derecho el acto o la disposición a que se refiera. 2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposi-

ción incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder). En este sentido hay que entender la consagración como principio básico en el artículo 9.3 de la Constitución del principio de legalidad, que por estar incluido en el Título Preliminar del Texto fundamental, tiene, como ya sabemos (*supra*, Cap.II, II-4), el carácter de decisión política fundamental con valor superconstitucional protegido por el artículo 168.

Así, pues, no hay en Derecho español ningún espacio franco o libre de Ley en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de someterse a Derecho, han de ser conformes a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen infracción del Ordenamiento jurídico y les priva, actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. En términos de Ballbé, que fue entre nosotros el primero que recapituló lúcidamente sobre este mecanismo:

La conexión necesaria entre Administración y Derecho y la máxima que lo cifra —*quae non sunt permissae y prohibita intelliguntur* [lo que no está permitido ha de entenderse prohibido, por diferencia, dice el mismo autor en otro lugar, del principio que rige la vida privada: *permissum videtur in omne quod non prohibitum*: ha de entenderse permitido todo lo que no está prohibido]— implica, [...] que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico se pueda derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida [...]. Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición.

El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (en estos términos, por los demás ya comunes, la Sentencia de 3 de enero de 1979: «el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse»). Cómo este mecanismo de cobertura previa se manifiesta en concreto y el modo en que se articula con los poderes administrativos de actuación, intentaremos precisarlo seguidamente.

Como hemos dicho, esta doctrina científica y jurisprudencial figura en cualquier manual desde los más profundos a los más sencillos o de carácter divulgativo.

En concreto en manuales sobre Derecho Local figura en el de Francisco Lliset Borrell (Publicaciones Abella: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, edición de 1985), en cuya página 352 se dice lo siguiente:

En efecto, es en virtud de la ley que los entes y los órganos pueden desplegar una actividad jurídicamente válida, que se imputa a una determinada persona jurídico-pública, o que debe jurídicamente reputarse inválida cuando se ha excedido aquella actividad de las funciones atribuidas a un ente u órgano, según que la competencia sea, como veremos más adelante, subjetiva (reparto interadministrativo) u orgánica (reparto interorgánico). La norma legal es la única fuente de la competencia administrativa, sin perjuicio de las transferencias (delegación, avocación o sustitución) legalmente admisibles tanto entre entes como entre órganos.

Pero es que además lo dice la propia ley de Bases de Régimen Local en su artículo 7:

1. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales sólo podrán ser determinadas por Ley.

El precepto es clarísimo y no admite más que una interpretación: no se limita a decir «por ley» sino «sólo por ley» para que no quede ninguna duda de si además de la ley pudiera existir otro mecanismo de habilitación competencial.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE BASES DEL RÉGIMEN LOCAL EN MATERIA DE COMPETENCIAS.

Entre las competencias municipales no se encuentra la de televisión y sin embargo el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 214/1989, declaró lo siguiente:

1.º Declarar inconstitucionales:

a) El inciso «y en el artículo segundo» del art. 4.2.

b) El art. 5 en su totalidad de acuerdo con lo dicho en el Fundamento Jurídico quinto, y por conexión todas las remisiones al mismo contenidas en la presente Ley.

c) El inciso final («sin otro límite que el respeto a la organización determinada por esta Ley») del art. 20.1 c), y el inciso («sin otro límite que el respeto a la organización determinada por esta Ley») del art. 32.2, en ambos casos en los términos y con el alcance que se precisan en el fundamento jurídico 6º.

d) El inciso final («en todo aquello que su Reglamento Orgánico no disponga lo contrario») del art. 20.2.

e) El inciso final («que regirán en cada provincia en todo aquello en lo que ésta no disponga lo contrario en ejercicio de su potestad de autoorganización») del art. 32.2.

f) El inciso final del art. 48 («y a través del Ministerio de Administración Territorial»).

2.º Declarar que el art. 2.2 no es inconstitucional interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico 3.º, extendiéndose este pronunciamiento, por conexión, al art. 25.3.

3.º Declarar que no tiene carácter básico el art. 45.2

b) apartados primero y segundo y que, por tanto, su contenido no es vinculante para las Comunidades Autónomas recurrentes.

4.º Desestimar los recursos en todo lo demás.

Sin embargo, el Tribunal no declaró inconstitucional el artículo 25 que regula las competencias, y pudo hacerlo, en caso de haberlo apreciado.

El art. 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 2/1979 de 3 de Octubre) establece lo siguiente:

El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido invocado o no en el proceso.

Esta positivación del principio «*iura novit curia*» indica que el Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, no considera inconstitucional que las corporaciones locales no tengan competencia en materia de televisión.

La Constitución y la garantía institucional de autonomía local no lo exigen, si bien el legislador, si lo estima conveniente, y dentro de su amplio poder configurador a través de la legislación especial puede atribuir a las Corporaciones Locales competencia en el futuro o no hacerlo. Es una opción de política legislativa enteramente libre.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 19 de octubre de 1989, afirmó lo siguiente:

Este Tribunal ha declarado que la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 C.E., goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar —STC 84/1982 (R.T. Const. 84)—. Esa garantía institucional supone el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible» —STC 32/1982, fundamento jurídico 2.º (R.T. Const. 32)—. Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto en relación con el juicio de constitucionalidad sólo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional.

La Exposición de Motivos de la propia LBRL entiende que esta norma «desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualquiera otras normas, presta su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria».

Ya hemos visto que el Tribunal Constitucional entiende que la Ley de Bases de Régimen Local respeta la garantía institucional en materia de competencias.

Por tanto la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional está plenamente resuelta.

V. EL ARTICULO 20.3 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA RESERVA DE LEY Y SU ALCANCE.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en diversas sentencias de los medios de comunicación dependientes del Estado y demás entes públicos.

Lo primero que hay que señalar es que de la misma manera que los principios generales del derecho afirman que

donde la ley no distingue no cabe distinguir, a *sensu contrario*, donde la ley distingue hay que distinguir.

En este caso la Constitución ha querido hacer una distinción respecto de los medios de comunicación dependientes de entes públicos que no puede ser desconocida.

El constituyente no ha querido dar a estos medios el mismo tratamiento que a los dependientes de los particulares y ha previsto un apartado, el 3 del artículo 20 de la Constitución en ese sentido.

Entre las Sentencias del Tribunal Constitucional más interesantes cabe destacar la 6/1981, en la que se afirma que existe una reserva de ley y en concreto entre otros extremos se afirma lo siguiente:

El precepto en cuestión reserva a la Ley sólo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo sin embargo al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos), que concede a esos grupos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso. La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraría seguramente la necesidad de que los poderes públicos además de no estorbarla, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado Social (artículo 1.1) y en conexión con ella el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 suponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público.

Existe, por tanto, una reserva de Ley, cuyo alcance se ha reproducido, y del citado artículo 20.3 no se deriva derecho a la creación de un medio público directamente.

Previamente a la creación de medios dependientes de entes públicos debe existir una ley de organización y control parlamentario.

El Tribunal Constitucional lo ha establecido, como se aprecia con meridiana claridad.

Esta Institución no puede sino compartir esa doctrina que es la que se deduce sin mayor dificultad de la propia interpretación literal del precepto.

VI. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE TELEVISION PRIVADA POR CABLE. SU ALCANCE Y FUNDAMENTO.

El Tribunal Constitucional en tres sentencias (n.º 31/94, 47/94 y 98/94) han reconocido a los particulares, **no a la Administración Local**, el derecho a la emisión televisiva por cable puesto que la ausencia de regulación legal no puede impedir a los ciudadanos el ejercicio del derecho a la libertad de expresión reconocido el artículo 20.1 de la Constitución.

Estas sentencias engarzan con la doctrina jurídica tradicional de que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, a diferencia de las Administraciones Públicas que precisan previa habilitación legal.

En efecto, y a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento jurídico sexto de la sentencia 31/994, de 31 de enero, delimita el alcance de la misma cuando afirma lo siguiente:

Por lo que hace a la televisión local 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 por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable.

El ámbito subjetivo de estas sentencias son los particulares, el objetivo la televisión por cable y la *ratio iuris* la falta de regulación legal y el derecho reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución.

Ninguna relación guardan estas sentencias con una televisión dependiente de un Ayuntamiento, por ondas hertzianas cuyas emisiones están reguladas legalmente sin que se prevea ninguna competencia de los Ayuntamientos y siendo de aplicación el artículo 20.3 de la Constitución, que es el que regula los medios de comunicación dependientes del Estado y el resto de entes públicos.

De esta cuestión se ocupó el Tribunal Supremo en una sentencia que en su momento examinaremos.

Hay que reiterar que en las citadas sentencias no coincide ni un solo elemento, por el ámbito objetivo, el subjetivo y el fundamento jurídico, con la cuestión objeto del presente informe. Por tanto, es incierto que dichas sentencias hayan reconocido a los Ayuntamientos ninguna competencia en materia de televisión.

De hecho, habría sido imposible que lo hicieran puesto que esas Sentencias responden a unos recursos de amparo de unos particulares, en concreto los siguientes:

En el recurso de amparo n.º 668/90, «Cartagena de Comunicaciones, S.A.», «Teledistribución Totana, S.A.», don Antonio Coll Botia, don Pedro Zapata Menárguez, Sociedad Civil de don José Antonio Coca Rocha y doña Isabel María Martínez Martínez, don Patricio Gamarra Molina y «Silvestre Martínez Campillo, Francisco Rabadán Navarro y Jesús Roberto Rabadán Navarro, Comunidad de Bienes» que realizaban emisiones de vídeo comunitario o televisión por cable.

En los recursos de amparo n.º 1.513/1990 y 2.074/1990, «Lady Cocinas, S.A.», y «Teledimo, S.A.», que realizaban emisiones de vídeo comunitario o televisión por cable.

En el recurso de amparo n.º 296/1991 «Tele-Satélite Mazarrón», que explotaba un vídeo comunitario o televisión por cable.

En todas las sentencias se otorga el amparo a los recurrentes de los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución Española.

En ningún caso se hace referencia al artículo 20.3 de la Constitución, que es el que regula los medios de comunicación dependientes de entes públicos, ni, insistimos, se reconoce ninguna competencia a los Ayuntamientos, que son obviamente entes públicos.

A quien se reconoce el derecho y se concede el amparo es a unos particulares y en este sentido hay que poner en relación estas Sentencias con otras anteriores del Tribunal Constitucional que configuran los derechos de expresión e información como derechos de libertad frente al poder.

En este sentido cabe destacar por su claridad la Sentencia n.º 6/1981, de 16 de marzo, en cuyo fundamento jurídico cuarto se afirma lo siguiente:

La libertad de expresión que proclama el art. 20.1.a es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1.d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.

Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información.

VII. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS TELEVISIONES DEPENDIENTES DE LOS AYUNTAMIENTOS. SU DECLARACION DE ILEGALIDAD.

Como ya hemos expuesto la Administración se rige por el principio de legalidad con vinculación positiva a la misma.

Hemos visto doctrina científica y jurisprudencial de carácter general, procede ahora analizar específicamente la cuestión de las televisiones dependientes de ayuntamientos a la luz de dicho principio.

En esta cuestión como en todas las que analiza la Institución del Justicia de Aragón hay que partir del principio de que en última instancia lo que prevalece es la doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo como máximo intérprete de la legislación, sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de las leyes, constituye el punto de referencia que todo jurista toma en consideración al analizar cualquier cuestión de derecho.

En este sentido hay que decir que el Tribunal Supremo ya resolvió la cuestión ahora planteada.

En efecto lo hizo en su sentencia de 22 de mayo de 1989 (Sala 3ª, Sección 1ª) y lo hizo con tal claridad que no deja lugar a duda sobre la ilegalidad de las televisiones dependientes de Ayuntamientos.

El caso concreto hacía referencia al Ayuntamiento de Córdoba, pero la doctrina es general.

Promovido recurso de apelación por el Ayuntamiento de Córdoba, el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando la sentencia apelada.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.— *El apelante, abandonando las bases en que apoyaba su posición en la primera instancia, hace ahora un planteamiento nuevo del tema litigioso centrandó su argumentación en la regulación de la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875). Pero ello no es obstáculo para el estudio del tema en el curso de la apelación, pues, aparte otras razones, dicho planteamiento no pasa de ser una argumentación complementaria para justificar la impugnación de la sentencia apelada.*

SEGUNDO.— *El derecho a la libertad de expresión tiene un carácter rigurosamente definitivo para la existencia de un Estado de Derecho. Pero, en lo que ahora importa y respecto de los medios de comunicación social, ha de recordarse que ya la Constitución advierte que será la ley la que regule la organización de aquellos medios que dependen del Estado o de cualquier ente público —art. 20,3—.*

Y así ha sido la Ley 4/1980, de 10 de Enero (RCL 1980\75 y ApNDL 1975-85, 11530), la que ha contemplado normativamente el medio de comunicación social que es la televisión configurándola como un servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado. En cuanto servicio público que es, admite conceptualmente una gestión que no se desarrolle por el Estado y así se admite una gestión llevada a cabo por las Comunidades Autónomas —art. 2.º.2, de la Ley 4/1989— y una gestión indirecta por Sociedades Anónimas en virtud de concesión —art. 2º de la Ley 10/1988, de 3 de Mayo (RCL 1988\956)—.

El apelante sin embargo entiende que la Ley 4/1980 infringe el art. 20.1 de la Constitución en la medida en que no prevé la posibilidad de una televisión gestionada por los Municipios.

Tal afirmación, de estar justificada a juicio de la Sala, haría necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en los arts. 163 de la Constitución, 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de Octubre de 1979 (RCL 1979\2383 y ApNDL 1975-85, 13575) y 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1º de Julio de 1985 (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 1975-85, 8375), pues siendo la Ley 4/1980 posterior a la Constitución, sólo al Tribunal Constitucional le está dado declarar su nulidad.

Pero no es éste el caso: del art. 20 de la Constitución no deriva en modo alguno la necesidad de que todo Municipio esté habilitado para organizar su propio sistema televisivo y aún así dejando a un lado cuestiones de índole técnica ha de entenderse como una decisión política a adoptar mediante ley la de la organización del sistema televisivo, dentro de los límites que señala la Constitución y que no aparecen vulnerados en el supuesto litigioso.

Así las cosas, sostenida la constitucionalidad de la Ley 4/1980, es clara, por una parte, la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y, por otra, la falta de habilitación legal del Ayuntamiento apelante para montar un equipo transmisor de televisión en circuito abierto.

TERCERO.— *Procedente será por consecuencia la desestimación del recurso de apelación, sin que en aplicación de los criterios establecidos en el art. 131.1 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956\1890 y NDL 18435) se aprecie base bastante para formular una expresa imposición de costas.*

De esta sentencia además de la ilegalidad de la televisión de los ayuntamientos se deduce a su vez que se invaden competencias, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, amén de afectar a los derechos de las Sociedades Anónimas concesionarias previstas en la Ley de TV privada.

Por su parte la doctrina científica corrobora las tesis del Tribunal Supremo y respecto a la vidiosa cuestión de la titularidad de derechos fundamentales por entes públicos ha señalado entre otros Iñaki Lasagabáster que *«la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas de Derecho público hay que afirmarla, dependiendo la misma no de la naturaleza jurídica de la persona sino de la naturaleza (de la esencia diría la doctrina alemana —ihr Wesen Nach—) del derecho, que posibilite su ejercicio por dichas personas jurídicas de derecho público. En ningún caso las personas jurídicas podrían hacer uso de esos derechos para ampliar o modificar sus competencias».*

Así lo entendió el Tribunal Supremo.

VIII. EL REGIMEN JURIDICO FINANCIERO DE LA TELEVISION MUNICIPAL.

Como señala la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda en su obra *La ejecución del gasto público, procedimientos y control* (edición de 1994), *«en atención a su contenido la Actividad Financiera se configura como una actividad instrumental: la captación, administración y aplicación de recursos financieros se realizan en cuanto que son el medio para alcanzar unos fines [...] que constituyen la razón de ser de la Administración.»*

Obviamente estos fines son distintos para cada Administración pues distintas son sus competencias, si bien pueden conducirse a un fin alterno de servicio al interés general a través de la suma de competencias y finalidades específicas de las mismas que en conjunto configuran dicho interés general.

Pero lo que parece evidente es que los gastos de cada Administración por su carácter instrumental deben responder a sus competencias.

Desconocemos si existe consignación presupuestaria para la futura televisión del Ayuntamiento de Zaragoza pero entendemos que si la misma existe debe reputarse ilegal puesto que atiende a una finalidad ilegal.

En caso de no existir nos encontraríamos ante un supuesto clásico de nulidad de pleno derecho.

Como ha señalado la Escuela de Hacienda Pública, ratificando lo que esta Institución ha venido sosteniendo de acuerdo a la legalidad vigente:

La posibilidad de aprobar gastos sin la correspondiente cobertura presupuestaria significaría abrir la puerta al desorden financiero más absoluto.

La sanción de nulidad de pleno derecho está así, en nuestra opinión, plenamente justificada.

En cuanto a la nulidad de pleno derecho, su significado y alcance se centra en que el acto en que incurre esta clase de nulidad no puede producir ningún tipo de efectos jurídicos, no pudiendo fundarse sobre él preten-

sión jurídica alguna. El acto nulo de pleno derecho es inválido de raíz sin que quepa convalidación del mismo.

Por tanto, desde el punto de vista del régimen jurídico financiero se vulnera la legalidad, tanto si existe consignación presupuestaria como si no.

IX. LA INVASION DE COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON Y LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL JUSTICIA EN DEFENSA DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE ARAGON.

De los apartados anteriores, en especial el I, II, IV y VII, se deduce que la implantación de una televisión dependiente de un Ayuntamiento y en concreto del de Zaragoza por su ámbito geográfico, supondría una invasión de competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma de Aragón, de un fuerte impacto.

La sentencia del Tribunal Supremo citada en el apartado VII, es decir, la de 22 de mayo de 1989, hace referencia expresa a las competencias de las Comunidades Autónomas y ya indicamos en ese apartado que se produciría una invasión de competencias, lo que daría lugar a un conflicto positivo de competencias.

El artículo 29 de la Ley del Justicia de Aragón establece lo siguiente:

Además de lo dispuesto en el artículo 27 y cuando la violación del Estatuto provenga de la actuación de una Corporación Local aragonesa, el Justicia podrá dirigirse a ésta sugiriéndole la medida a adoptar. Le dará cuenta igualmente de que ha puesto el caso en conocimiento de las Cortes de Aragón.

En estos momentos todavía no se ha creado la televisión dependiente del Ayuntamiento de Zaragoza; puesto que únicamente se ha realizado un estudio técnico a través de un contrato de asistencia, sin haberse adoptado los acuerdos plenarios precisos para dicha creación. Tampoco tenemos documentación fehaciente sobre la creación de otras televisiones dependientes de municipios aragoneses.

En todo caso y como conclusión podemos afirmar que se produciría una violación del Estatuto de Autonomía de Aragón, a la vista del marco legal existente **en la actualidad**, en el momento en que el Ayuntamiento de Zaragoza o cualquier otro municipio ubicado en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobaran la creación de televisiones de ellos dependientes y sería en ese instante, si llega a producirse, cuando habría que proceder en la forma indicada en el artículo 29 de la Ley reguladora del Justicia de Aragón, dado que existiría una evidente actuación ilegal de la correspondiente Corporación Local, con invasión de las competencias autonómicas en la materia y sin soporte alguno en el ordenamiento jurídico.

Este informe será remitido a las Cortes de Aragón para su conocimiento, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley reguladora del Justicia de Aragón, interesando su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, de modo que todos los Ayuntamientos existentes en nuestra Comunidad Autónoma tengan perfecta noticia de su contenido.

Zaragoza, 8 de agosto de 1994.

El Justicia de Aragón
JUAN BAUTISTA MONSERRAT MESANZA