RETOS QUE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN PLANTEA AL DERECHO*

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM¹

SUMARIO: A) CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL. I. La idea de libertad. 1. Libertad para todos. 2. Aseguramiento de la libertad a través del Derecho. II. Los derechos subjetivos y el mandato jurídico-objetivo de las normas de derechos fundamentales. 1. Sobre la relación entre las garantías jurídicas objetiva y subjetiva. 2. Desarrollo dogmático a través de la jurisprudencia en materia de libertad de pensamiento y de medios. 3. Riesgos en la realización de las tareas estatales. B) RETOS ACTUALES. I. Libertad de opinión y de medios. 1. Desarrollos en la sociedad de la información. 2. Justificación de la regulación legislativa de los medios. 3. Autonomía regulada como modelo para la ordenación jurídica de los medios. 4. Dirección respetuosa con la propia racionalidad de los destinatarios. 5. Nuevos retos en nuevos ámbitos. II. El derecho a recibir información. III. Riesgos de manipulación y censura en el acceso a la información. IV. Conclusión.

---

* Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Departamento de Derecho Político, UNED.

¹ N. del T.: Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Magistrado del *Bundesverfassungsgericht*, es asimismo autor del extenso capítulo «Libertad de comunicación y de medios» del *Manual de Derecho Constitucional* de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde (Madrid: Marcial Pons, 2001, 2ª ed., págs. 145-215).

El Estado de Derecho democrático y liberal de la actualidad no resulta concebible sin libertades de comunicación. La libertad de pensamiento, la libertad de medios y el derecho a recibir información son garantías jurídicas para una Sociedad que se edifica sobre la idea de la autonomía de acción de sus miembros. Igualmente, la acción estatal se legitima gracias a que el ejercicio de las competencias estatales es accesible públicamente, y así puede ser dirigido e influido por el acuerdo y la crítica. Pero también los ámbitos no estatales de la acción social de los ciudadanos están acuñados por la interacción y la comunicación, para las cuales el Derecho dispone un marco que debe ser estar igualmente orientado hacia la libertad comunicativa de los ciudadanos.

La libertad bajo la Ley Fundamental no es una libertad anárquica, sino asegurada y en su caso desarrollada por el Derecho. Deben ser controladas por él en especial las colisiones del ejercicio de la libertad de comunicación con otros bienes jurídicos amenazados por el mismo; igualmente cuida el Derecho de las condiciones marco que permiten la operatividad de un sistema de comunicación social, concebido como recurso de una Sociedad eficaz, que comprende tanto la realización individual como la legitimación estatal.

A) CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La libertad de comunicación como elemento esencial de una democracia y de un Estado de Derecho en libertad está, también en Alemania, modelada por una larga y cambiante historia. Primeramente fue preciso luchar por la libertad de comunicación como libertad jurídico-fundamental, y lograrla en confrontaciones políticas con los poderes establecidos, los príncipes, la Iglesia y los gremios. Esto es válido para todos los aspectos de la libertad de comunicación, como la libertad de expresión, la libertad de prensa y de medios, el derecho de acceso a la información. Los orígenes de estas libertades conforman un trasfondo que también resulta significativo para su comprensión actual, a la luz de unas condiciones drásticamente alteradas.

I. LA IDEA DE LIBERTAD

1. Libertad para todos

Las libertades de comunicación descansan sobre la misma idea que las demás libertades propias del Estado de Derecho consagradas por la Ley Fundamental. La libertad resulta así combinada con la igualdad. La libertad debe impregnar la vida de todos, no servir sólo, como ocurrió históricamente, a la nobleza privilegiada o a determinados estamentos, o, atendiendo al presente, a singulares grupos de población o a empresas influyentes. Por esta libertad se lucha en el curso de la Ilustración, en la modernidad, comenzando en el siglo XVIII; sólo en el siglo XX fue finalmente realizada.

La nueva idea de la libertad para todos hubo de ligarse, en los siglos XVIII y XIX, con la lucha por una completa transformación de las relaciones sociales. Por ello no resultó sorprendente que la restauración política en el siglo XIX se dirigiera, por cierto con éxito, contra ella, e impidiera la realización completa de las ideas de la Ilustración. Para la erección del nuevo orden debieron ser quebradas las posiciones establecidas de poder, en especial de los príncipes y de las iglesias, la estratificación estamental de la población hubo de ser suspendida, y todo ello en paralelo con grandes transformaciones sociales, tecnológicas y económicas.

Los derechos de libertad fueron entretanto también medios para la transformación de la Sociedad y de las relaciones entre Estado y Sociedad. Los esfuerzos revolucionarios se orientaron al logro de una nueva estructura en la Sociedad y hacia una reordenación de las relaciones entre el ámbito del Estado y la Sociedad en libertad².

2. Aseguramiento de la libertad a través del Derecho

La idea de libertad desarrollada en tiempos de la Ilustración parte de que la libertad ha de ser realizada con la ayuda del Derecho.

---

² Sobre el desarrollo histórico y su análisis, véase GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 2.^a ed., 1994, 71 ss.

Detrás de la moderna libertad late también la idea del Estado de Derecho; la libertad había de ser asegurada con el auxilio de la Ley. Así se modificaba simultáneamente el significado de la Ley. Si era anteriormente una ordenación jurídica establecido por el monarca, ahora su fuerza vinculante procede del Parlamento electo. El Parlamento, a cuya elección no eran llamados entonces todos los sectores de la población, se desarrolló primeramente en especial como instrumento de la emergente burguesía, cuya importancia crecía constantemente a consecuencia del desarrollo económico y político; y ahora intenta, con la ayuda de la Ley adoptada por el Parlamento, fijar límites al poder estatal (de los príncipes) y transformar en su favor la Sociedad. La Ley parlamentaria fue en especial instrumento de limitación frente al poder estatal, pero simultáneamente medio de ordenación de las relaciones sociales. Se establecieron reglas que también debían valer para el tráfico entre de los ciudadanos en el interior del ámbito de la libertad social.

Es cierto que los filósofos y teóricos que habían desarrollado este concepto partían de que existe una libertad preestatal, por ello no dependiente del Estado. La idea del Derecho natural contribuía a ello. Pero igualmente sabían que cualquiera que persigue sus propios intereses corre el riesgo de limitar los intereses ajenos. El uso de la libertad de unos conduce fácilmente a la minoración de la libertad de los demás. La libertad para todos ha de ser una libertad ordenada, en la cual los diversos intereses alcancen su justa satisfacción.

La Ley tenía entonces dos tareas. Junto a la tarea de limitar el poder del Monarca y su Gobierno aparecía la de hacer compatible la libertad de muchos en sus relaciones recíprocas. También en este sentido eran los derechos de libertad un programa para una nueva ordenación social, que aún debía ser realizado. Debía establecerse un equilibrio entre el poder del Estado como fuerza ordenadora, de un lado, y la libertad de la Sociedad de otro, pero también un equilibrio entre el ejercicio de la libertad por parte de los diversos miembros de la Sociedad. Todos debían poder ser tan libres como resultara posible.

En este sentido contenían los derechos de libertad en su desarrollo histórico, desde un comienzo, el mandato al legislador de crear una ordenación en libertad. En la terminología moderna esto podría formularse como que los derechos de libertad no sólo debían proporcionar derechos subjetivos a los portadores de la libertad, sino

que contenían igualmente un mandato jurídico-objetivo para la estructuración a través del Derecho de las condiciones de existencia³.

II. LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y EL MANDATO JURÍDICO-OBJETIVO DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Sobre la relación entre las garantías jurídicas objetiva y subjetiva

La garantía de la libertad consiste ante todo en considerar los derechos de libertad como derechos subjetivos del ciudadano particular, que puede en su caso hacerlos efectivos a través de la jurisdicción. En tal función, los derechos de libertad son derechos individuales que posibilitan la realización de intereses propios en el marco del orden establecido por la Ley. La dimensión jurídico-subjetiva resulta importante ante todo en los conflictos jurídicos; ante el juez se puede demandar el respeto a límites jurídicos apelando a derechos subjetivos.

La concentración de la mirada en los derechos subjetivos no puede hacer que se olvide la segunda dimensión de los derechos de libertad, esto es, la ordenación recíproca de Estado y Sociedad bajo el principio de la mayor libertad social e individualmente posible. En el origen histórico de la idea de libertad no estuvo el derecho subjetivo, sino el programa de realización de la libertad, la dimensión jurídico-objetiva. Que hoy la descuidemos y podamos concentrarnos en la dimensión subjetiva es una prueba de que el programa jurídico-objetivo en buena medida se ha cumplido, pues el legislador ha realizado el mandato de crear un orden en libertad. En el contexto de este orden existen derechos subjetivos, y en consecuencia los fundamentos jurídico-objetivos ya no parecen tan importantes. Erigido el orden de libertad y dotados los ciudadanos particulares de derechos subjetivos, es suficiente para la realización jurídica de la libertad con perseguir la efectividad de tales derechos subjetivos.

---

³ Fundamental al respecto DREIER, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, 1993.

Incluso si esto puede resultar hoy suficiente, sigue siendo importante mirar hacia la otra dimensión de los derechos fundamentales. El fracaso de la Constitución de la Paulskirche⁴ y la restauración subsiguiente mostraron suficientemente que sería difícil en Alemania el reconocimiento de la protección jurídica de la libertad como derecho subjetivo. Tras el fracaso de la revolución burguesa de 1848, los derechos de libertad en los diferentes Estados alemanes fueron generalmente garantizados simplemente por los príncipes en forma de normas establecidas por el Estado, no reconocidos como postulados constitucionales. La Ley era un medio de aseguramiento de la libertad, pero se limitaba a una parcela de un orden en libertad. En tal fase se limitó igualmente la discusión sobre los derechos de libertad en torno a la pura consideración jurídico-subjetiva. En la medida en que las leyes establecían el orden, no eran consecuencia de la libertad ya lograda, sino instrumentos que posibilitaban aspectos parciales de una concreta libertad. Mientras no fueran reconocidos con rango supremo, por ejemplo en una Constitución, podían ser suprimidos por el legislador. Ello pudo observarse reiteradamente en la libertad de prensa en Prusia y otros Estados a lo largo del siglo XIX.

En el siglo XX, en especial desde el final de la Primera Guerra Mundial y hasta la época nacionalsocialista, se retornó a la idea de libertad de la Ilustración y de la Constitución de la Paulskirche, y ello se ligó en la Constitución de Weimar a la idea de los derechos fundamentales sociales. El régimen nacionalsocialista, negador del Derecho, acabó con todo esto. La vieja idea, sin embargo, volvió a ser fundamento de la realización de los derechos fundamentales tras la Segunda Guerra Mundial. La Ley Fundamental introdujo una amplia tabla de derechos. Los derechos de libertad fueron estructurados en su conjunto como derechos subjetivos, que con la ayuda del ordenamiento jurídico podían ser asegurados y que eran protegidos en su núcleo frente a cualquier relativización; ello es aplicable igualmente para las libertades de comunicación. Al mismo tiempo, con-

---

⁴ N. del T.: En la Iglesia de San Pablo (Paulskirche) de Frankfurt del Meno se reunió en 1849 la primera Asamblea Nacional alemana, que asumió el poder constituyente y elaboró la Constitución del Reich, aprobada y promulgada el 28 de marzo. Entre sus postulados está el Gobierno liberal y popular, la libertad de prensa, la libertad para el desarrollo del foro público, la extensión del derecho de sufragio, los procedimientos judiciales públicos y la convocatoria de un Parlamento Nacional alemán.

tinuó siendo importante también el aspecto jurídico-objetivo, que reiteradamente ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional en especial para la libertad de medios.

2. Desarrollo dogmático a través de la jurisprudencia en materia de libertad de pensamiento y de medios

No es ciertamente casual que el Tribunal Constitucional alemán haya desarrollado el juego recíproco de los componentes subjetivo y objetivo de la protección de los derechos fundamentales ante todo en el marco de la libertad de pensamiento y de medios. Se puede comprobar ya en el caso Lüth⁵, la decisión básica sobre la relación entre la libertad de comunicación y las libertades de los demás garantizadas por el Derecho privado. El caso es conocido. La llamada de Lüth al boicot resultaba protegida por su libertad de comunicación, si bien otros derechos fundamentales de otras personas (también las libertades de comunicación, pero no solamente) podían resultar dañados. La libertad de comunicación irradiaba, a causa de su significado fundamental como posición jurídico-objetiva, también al ámbito de las relaciones de Derecho civil, y debía ser atendida en la integración de los conceptos jurídicos (y valorativos) indeterminados del Código Civil. La Ley, aquí el Código Civil, devino medio para la transformación de los presupuestos jurídico-objetivos en derechos subjetivos, aunque no en este caso en el marco de una nueva legislación, sino de la interpretación y aplicación del Derecho. Fue considerado decisivo para la solución del conflicto concreto que Lüth persiguiera objetivos públicos, no actuando en provecho propio, en particular no impulsado por un interés económico. Lüth no llamaba al boicot del film porque fuera un competidor del director perjudicado Veith Harlan o de su empresa distribuidora, y quisiera de ese modo favorecer la distribución de un film propio. Para él se trataba simplemente de apelar a la conciencia pública, advirtiendo de un peligro para la libertad (el retorno de ideas nacionalsocialistas). Tal motivación fue aceptada por el Tribunal, que decidió en la ponderación sobre la ordenación recíproca de los dos derechos en colisión que la controversia entre los ciudadanos había de ser decidida tenien-

---

⁵ BVerfGE 7, 198 ss.

do en cuenta el orden jurídico-objetivo de los derechos fundamentales.

Ello no significa que la libertad de pensamiento ahora se sobreponga a cualquier otro aspecto. Sin embargo, el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, en un conflicto con otros derechos fundamentales (como la libertad artística y cinematográfica, o la libertad de iniciativa económica) debe ser suficientemente tenido en cuenta. En el obligado proceso de ponderación debe buscarse la solución a través de un camino de adecuado equilibrio que proporcione a los diferentes derechos de libertad la mayor efectividad posible, pero que también haga justicia a su significado para la realización de principios constitucionales como la democracia. El Tribunal subraya una y otra vez, incluso hoy, que las leyes limitadoras de los derechos deben ser interpretadas a la luz del significado del derecho fundamental⁶, especialmente a partir del reconocimiento del significado valorativo de los derechos fundamentales en el Estado democrático; las propias leyes generales deberían así resultar a su vez circunscritas en su eficacia limitativa del derecho fundamental⁷.

Sobre la misma base argumental de la interpretación jurídico-objetiva de los derechos fundamentales ha apoyado el Tribunal Constitucional alemán también su jurisprudencia sobre la libertad de medios, especialmente sobre el aseguramiento de la operatividad del ordenamiento de la radiotelevisión. Diversas sentencias en la materia dan cuenta de ello, especialmente el caso FRAG relativo a la introducción de la televisión privada en el Sarre y el caso Baja Sajonia⁸. Materia de enjuiciamiento constitucional no eran colisiones entre bienes jurídicos, sino reglas jurídicas dirigidas a orientar el orden de la comunicación de masas, en especial de la radiotelevisión, al fin, importante para un Estado democrático de Derecho, del aseguramiento de la diversidad, así como a asegurar legalmente la capacidad funcional, en orden a tal fin, del ordenamiento de los medios.

---

⁶ Vgl. BVerfGE 60, 234, 240; 61, 1, 10 s.

⁷ Así ya en BVerfGE 7, 198, 208 s.: ello circunscribe el llamado «efecto recíproco».

⁸ Véase BVerfGE 57, 295 ss.; 73, 118 ss.

Desde la perspectiva dogmática esto se encuadra en las llamadas *leyes de desarrollo*, que el Tribunal diferencia de las *leyes limitadoras* que ordenan colisiones entre derechos. La singularidad de las leyes de desarrollo consiste en que, con su ayuda, se asegura la procura de la comunicación para la Sociedad en su conjunto y la posibilidad para todos los interesados en el proceso de comunicación de realizarse mediante la participación en el mismo. A la consecución de tal fin pueden contribuir derechos subjetivos de los emisores y los receptores; su institución, sin embargo, no garantiza por sí sola la libertad. Más bien, debe ser asegurada la diversidad de la comunicación a través de una *ordenación positiva*⁹. En especial, los medios son dispuestos, de un lado, para contribuir a participar al foro público los hechos y valores sociales, pero también para garantizar una función activa, especialmente autónoma, valorativa e influyente en el proceso de formación de la opinión.

En tales pronunciamientos y en las construcciones jurídico-dogmáticas que están en su base resulta decisivo que la libertad de comunicación sea dotada de un significado que excede la tutela individual. La comunicación es un instrumento vital de una democracia y de un Estado de Derecho.

El concepto liberal de la libertad de comunicación comprende la libre expresión de hechos y opiniones, la capacidad para formar opinión y propagar orientaciones y así también para participar en el conocimiento de *lo correcto*, y se ve esa función como condición necesaria y fundamental de una Sociedad que regula sus relaciones autónomamente. Prescindamos ahora de en qué medida tal concepción ha de ser mantenida y completada o incluso sustituida por una visión que se oriente menos a la búsqueda de la verdad mediante el discurso o incluso al *mercado de las opiniones*; que, en lugar de ello, procese la miríada de conexiones de uso de la comunicación, la interconexión de mundos de comunicación y las condiciones especiales de una Sociedad modelada por la fragmentación y el pluralismo¹⁰. Con independencia del mandato de definir la liber-

---

⁹ BVerfE 57, 295, 320.

¹⁰ Sobre esta problemática véase HOFFMANN-RIEM, «Sozialwissenschaften in der Rechtsanwendung -am Beispiel der Nutzung der Medienforschung in der Rechtsprechung zum Medienrecht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2001, 3 ss., así como, con críticas fundamentales, Vesting, «Zur Zukunft und Konstruktion

tad de comunicación de acuerdo con las condiciones marco de la Sociedad, cabe sostener que la comunicación sigue siendo considerada como constituyente de los procesos sociales y políticos. En el Estado constitucional liberal-burgués se estimó que bastaba con asegurar jurídicamente la comunicación, confiando en la fuerza autorreguladora del proceso comunicativo. En el siglo XX no ha sido posible mantener incólume tal confianza. La conciencia de la manipulabilidad de los procesos comunicativos, la formación de colosales posiciones de poder en una Sociedad dirigida por el mercado y el potencial de abuso de los poderes sociales ha dado lugar a que aumente considerablemente el papel del Derecho. Sin embargo, en el actual mundo de la comunicación global e interconectada por múltiples vías existen razones y evidencias que imponen asumir que mediante el Derecho sólo limitadamente podemos hacer frente a las amenazas.

La posibilidad, en la que se confiaba en el Estado liberal, de un desarrollo individual y social, no puede por ello ser asegurada de modo suficiente a través de derechos fundamentales que sean simples derechos de defensa frente al Estado, porque en la ordenación de la Ley Fundamental las libertades de la comunicación son ordenadas en un sistema de fines y prestaciones constitucionales que el Estado ha de garantizar. Atendiendo a los enunciados de fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*) *Estado de Derecho, democracia y Estado social*, que también concurren a la ordenación de la Sociedad, la protección de la comunicación es comprendida (también) mirando hacia el desarrollo del Estado y de la Sociedad. En la medida en que la operatividad de una democracia está referida a la efectividad de los procesos comunicativos y la de un Estado de Derecho a la ordenación jurídica de las condiciones de vida, el contenido programático de la Ley Fundamental impone también la garantía jurídica de la idea de libertad como una libertad real y efectiva.

Ello no significa, en cualquier caso, que la comunicación sólo esté asegurada en tal contexto, por ejemplo en el marco del proceso democrático o incluso de las decisiones políticas. Las libertades

---

des Medien- und Telekommunikationsrechts in den hybriden Beziehungsnetzwerken der *Informationsgesellschaft*», en Rossen-Stadtfeld/Wieland (Hrsg.), *Steuerung medienvermittelter Kommunikation*, 2001, 83 ss.

de comunicación aseguran la comunicación sin más, esto es, atendiendo al significado de la comunicación en todos los ámbitos existenciales que tienen la interacción humana como fundamento, sea en el mundo del trabajo, del tiempo libre y el entretenimiento o de la intimidad. La relación con el proceso de formación democrática de voluntad y con la necesidad, ligada a ello, del aseguramiento de la libertad de formación de opinión de todos, puede en cualquier caso dar lugar a ámbitos jurídicos especiales. La legislación de los medios es un ejemplo de ello. Si sirve para llevar a cabo el mandato jurídico-objetivo de desarrollo de los derechos fundamentales en relación con los principios constitucionales, no por ello deja de ser su fin asegurar la comunicación subjetiva. En tal contexto se entiende la formulación del Tribunal Constitucional de que el contenido jurídico-objetivo sirve a la protección subjetiva de los derechos fundamentales¹¹.

3. Riesgos en la realización de las tareas estatales

Tal jurisprudencia supone una gran confianza en las capacidades del Estado de Derecho y la democracia; no se propone en primer lugar la protección frente a los abusos de poder del Estado —a lo cual en todo caso están orientados los derechos fundamentales—, sino que comprende al Estado también como protector frente al abuso de los poderes privados. Tal confianza en el Estado y sus órganos presupone no sólo suficientes garantías formales de la contención del ejercicio estatal del poder (procesos jurídicos propios del Estado de Derecho, crítica pública, independencia de los jueces facultados para el control, entre otros elementos), sino también un principio jurídico-material de neutralidad estatal respecto de los contenidos de la comunicación.

El mandato de neutralidad sirve para el desarrollo del ordenamiento de los medios, así como en la solución de las concretas situaciones de colisión en el marco de las leyes limitadoras. Así, no está permitido al Estado definir determinados contenidos como deseables y otros como reprobables. En cualquier caso, la amplia

---

¹¹ BVerfGE 57, 295, 320. Aquí subraya expresamente el Tribunal la palabra *libertad ancilar*.

extensión del ámbito de protección del art. 5 de la Ley Fundamental¹² no implica que el modo y la forma de la protección queden al margen del contexto en el que una comunicación se produce cuandoquiera que ésta afecte a derechos de otros. Si una relación comunicativa está dentro del ámbito de protección del derecho fundamental, ello es independiente de su contenido. Si y en qué medida incurre en situaciones de colisión con la protección de otros bienes jurídicos depende por el contrario de otras diversas circunstancias. Punto de apoyo jurídico-dogmático es en especial la adecuación de la relación entre medios y fines (proporcionalidad en sentido estricto) que se realiza en el marco del control de proporcionalidad de una limitación.

En el control de idoneidad resulta significativo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, aunque es discutido en la doctrina¹³, si la comunicación sometida a juicio persigue «atender a las condiciones políticas, económicas, sociales o culturales de la colectividad» o sirve para «influir en la opinión pública»¹⁴. Entonces es más fuertemente protegida que cuando con ella sólo se persiguen intereses empresariales o de otro género, por ejemplo personales. También puede ser tenido en cuenta, por ejemplo en la ponderación con derechos de la personalidad en colisión, si fueron difundidas cuestiones que afectan especialmente al foro público de modo serio y objetivo, o simplemente circunstancias privadas que sólo satisfacen la curiosidad del público¹⁵. Aquí procura el Tribunal también una respuesta a novedosos fenómenos como

¹² N. del T.: Se reproduce parcialmente el texto del artículo 5 de la Ley Fundamental, dado que es citado con reiteración en el texto:

1. Todos tienen derecho a expresar y difundir libremente la propia opinión oralmente, por escrito y con recurso a imágenes, y a informarse sin mayor impedimento a partir de fuentes de general acceso. Se garantiza la libertad de prensa y la libertad de informar a través de radio, televisión y cine. No se ejercerá censura alguna.

2. Estos derechos tienen su límite en los preceptos de las leyes generales, en las disposiciones legales para proteger a la juventud y en el derecho al honor personal.

¹³ Véanse, por todos, LERCHE, en *Festschrift für G. Müller* 1970, 197 ss.; Schmitt Glaeser, NJW 1996, 873, 874 ss.

¹⁴ BVerfGE 62, 230, 244; 85, 1, 16.

¹⁵ BVerfGE 101, 361, 391.

la comercialización de muchos ámbitos de existencia y la correlativa tendencia de los medios a la personalización y el escándalo, incluso en el marco de una orientación preferente a los deseos de entretenimiento de los consumidores. Con el ejemplo de los derechos de la personalidad pueden observarse los efectos de esta comercialización, sea en lesiones de los derechos de la personalidad por interés privado de lucro (por ejemplo de la prensa del corazón), pero también en la comercialización de los propios derechos de la personalidad¹⁶.

Las ponderaciones correspondientes son inevitables a la vista de los conflictos frecuentes entre los diversos bienes jurídicos, pero también resultan peligrosas en un Estado democrático de Derecho. Su resultado es con frecuencia imprevisible. También pueden tales ponderaciones ofrecer márgenes para valoraciones subjetivas u ordenaciones abusivas. El riesgo asociado a toda ponderación resulta soportable porque el ejercicio del poder por el Estado, de modo diferente a lo que ocurre ordinariamente con su uso por parte de las empresas privadas, a su vez queda sujeto a diversos controles, y porque los jueces estatales que finalmente deciden, en virtud de su estatuto especial de independencia, ofrecen unos presupuestos comparativamente buenos (aunque no absolutamente seguros) para impedir el abuso del poder. La alternativa, la renuncia a la ordenación valorativa de los bienes jurídicos que coliden entre sí, ofrecería el peligro de negar la protección a quien no puede lograrla sin ayuda del Derecho compensador. La realización efectiva de los derechos para todos los afectados ante intromisiones de otros titulares de derechos no puede asegurarse bajo las complejas y entrelazadas relaciones de la actualidad sin la confianza en una instancia que ocasionalmente también pueda ser opuesta como contrapoder frente a los poderes privados.

Si esa instancia fue anteriormente el Estado nacional, dotado de poder público, en el futuro serán cada vez más las autoridades de la liga supranacional de la Comunidad Europea, igualmente portadora de poderes públicos. Tales entes soberanos son en adelante irrenunciables como garantes de la libertad. Ello no significa que los poderes públicos no puedan en adelante hacer peligrar la

---

¹⁶ Véase sobre ello BVerfGE 101, 361, 385.

libertad. La defensa frente al abuso del poder público continúa siendo una importante tarea del Derecho. Si en las reflexiones siguientes no aparece esto en primer plano, ello no supone una infravaloración. La función de defensa ha sido enormemente elaborada en el ordenamiento y en la aplicación del Derecho, así como en la doctrina. Existen menos inseguridades que en la realización de la función de garantía. Ello justifica que nos concentremos en tal dimensión.

B) RETOS ACTUALES

Subrayémoslo de nuevo: la libertad individual y colectiva de comunicación, en sí misma y como libertad de participación política, depende de condiciones-marco que, en la medida de lo posible, proporcionan a todos la posibilidad de un ejercicio real de dichos derechos de libertad. Ello impone una ordenación jurídica que ayude a conciliar los posibles conflictos con otros bienes jurídicos de modo que los diferentes derechos fundamentales sean realizados en la medida más amplia posible (logro de la *concordancia práctica*)¹⁷. Ello implica también procurar que las relaciones sociales de poder no actúen como obstáculo para una participación fructífera de los más débiles en la comunicación. Entretanto la operatividad del ordenamiento de la comunicación dependa de la tutela jurídica, el mandato jurídico-objetivo al Estado orientado al aseguramiento de tales condiciones funcionales, ahora también a los órganos de la Comunidad Europea¹⁸, puede imponer una ordenación normativa en tal dirección. En ese sentido, el mandato jurídico-objetivo comprende asimismo la mencionada función *ancilar* con respecto a los derechos subjetivos de participación en la comunicación.

---

¹⁷ Véase HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., 1999, números marginales 317 ss.

¹⁸ También los derechos fundamentales en el ámbito europeo contienen elementos jurídico-objetivos; véase al respecto KÜHLING, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999, así como «Grundrechtskontrolle durch EuGH», EuGRZ 1997, 296 ss.

El Derecho de los medios, en especial de la radiotelevisión, orientado a la preservación de la diversidad, es un célebre ejemplo de intento de aseguramiento de la operatividad (*infra*, II). Dado que el Derecho estatal es un Derecho de limitación del poder, no es sorprendente que la creación de un Derecho especial de los medios sea controvertida, y especialmente lo haya sido en los años ochenta, cuando las actuales transformaciones de los medios comenzaron a producirse¹⁹. Una particular atención debe prestarse por ello a la cuestión de la necesidad y posibilidad de regulación.

I. LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE MEDIOS

1. Desarrollos en la sociedad de la información

Los actuales desafíos de la libertad de opinión y de medios proceden especialmente de las innovaciones de la sociedad de la información²⁰. Tales innovaciones se ponen de manifiesto particularmente en las tecnologías de la información y en las técnicas informáticas, en concreto en la digitalización y en la posibilidad de compresión y descompresión de datos, en el desarrollo de nuevas infraestructuras de la red, en el desarrollo de nuevos aparatos terminales y, ligado a tales cambios, en el establecimiento de nuevos servicios de comunicación tanto técnicos como de contenido. Ello revoluciona el ordenamiento comunicativo en su conjunto, y no sólo en la comunicación individual, sino también en la de masas.

Las ampliadas posibilidades de acción informativa y económica están ligadas a nuevas sendas de difusión de la comunicación individual y de masas, por ejemplo a través de la red (Internet), y a nuevos contenidos (programas) y nuevas formas de comercialización. Ello repercute en las posibilidades y hábitos de recepción. Bajo el

---

¹⁹ Sobre el desarrollo véase EIFERT/HOFFMANN-RIEM, «Die Entstehung und Ausgestaltung des dualen Rundfunksystems», en: Schwarzkopf (Hrsg.), *Rundfunkpolitik in Deutschland*, Bd. 1, 1999, 50 ss.

²⁰ La exposición siguiente es una versión muy reducida del trabajo «Steuerung medienvermittelter Kommunikation» en: Rossen-Stadtfeld/Wieland (Hrsg.), *Steuerung medienvermittelter Kommunikation*, 2001, 11-23.

eslogan de la convergencia²¹ se tematiza el creciente reforzamiento recíproco de las tecnologías de la información, de los mercados de la telecomunicación y de los medios, los aparatos informáticos, las infraestructuras de red y los servicios técnicos y de contenido. Nuevas ofertas aparecen, y tanto los anteriores actores como los nuevos procuran lograr éxito en los diferentes segmentos de los mercados multimedia. Se habla de los paquetes multimedia generadores de valor añadido o (para expresar mejor el factor dinámico) de las redes multimedia generadoras de valor añadido²².

A tales procesos está vinculada la reestructuración de las actividades desarrolladas hasta ahora, lo que resulta claramente observable no sólo en los nuevos servicios de medios y telemáticos, en especial también en internet, sino incluso en la radiotelevisión clásica. La radiotelevisión, comprendida como la producción de programas, su composición en la redacción y su difusión a los receptores, constituía anteriormente un proceso relativamente unitario; pero desde hace tiempo ha comenzado una intensa división en elementos singulares. Actividades que hasta ahora eran contadas como parte de la radiotelevisión son deferidas a ámbitos constituidos en el entorno previo, posterior o simultáneo²³. Igualmente se intentan establecer conexiones a través de participaciones, alianzas o contratos singulares entre los diversos elementos. Paralelamente se desarrollan nuevos servicios que proporcionan nuevos contenidos o abren nuevos caminos para la difusión y comercialización. En consecuencia, la vieja radiotelevisión resulta ya sólo una parte de una ampliamente especializada ordenación de la comunicación y la información, que comprende una pluralidad de nuevos servicios orientados directamente a los receptores, pero también un abigarrado ramillete de servicios diferenciados para otras empresas. El grado de evolución de esta ordenación diversificada de la comunicación y la información orientada a los servicios²⁴ actúa sobre las posibilidades de organización

---

²¹ Véase al respecto el «Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien- und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen» de la Comisión Europea, KOM (97) 623; W. HOFFMANN-RIEM/W. SCHULZ/T. HELD, *Konvergenz und Regulierung*, 2000.

²² Sobre ello, ZERDICK u.a., *Die Internet-Ökonomie*, 1999.

²³ Cfr. H. D. SCHRÖDER (Hrsg.), *Entwicklung und Perspektiven der Programmindustrie*, 1999, con referencias adicionales.

²⁴ Tal es el título de una publicación editada por Kops y Schulz.

de las radiotelevisión, y en consecuencia de ordenación jurídica de la radiotelevisión, y plantea la cuestión de si es exigible o posible al menos incluir también los otros segmentos del mercado en tal legislación.

Anteriormente, la regulación de la radiotelevisión era casi exclusivamente regulación de las correspondientes emisoras, y podía serlo porque de esa manera quedaban comprendidas todas las actividades desarrolladas por los propios entes, ahora desplazadas hacia el entorno previo y posterior. Si ahora se ponen obstáculos a la operatividad en el ordenamiento de los medios en los ámbitos disueltos por las instituciones de radiotelevisión y desplazados a los entornos previo, posterior o simultáneo, ello podría tener consecuencias para la operatividad del ordenamiento mediático. Otros problemas se aprecian al observar que los nuevos servicios sustituyen parcialmente a la radiotelevisión tradicional o la pueden sustituir al menos, de modo que los peligros posibles para la procura de la comunicación y los riesgos de abuso de poder sobre la formación pública de opinión pueden proceder también de tales servicios.

Si los fines tradicionalmente ligados al art. 5 de la Ley Fundamental y el mandato de aseguramiento de un orden de la comunicación funcional a los fines constitucionales deben continuar siendo válidos —y la Ley fundamental no pone esto en cuestión—, entonces la actual ordenación del orden comunicativo en interés de la protección de la libertad queda puesta a prueba. Pero ello no sólo plantea nuevas cuestiones a la trasposición legal de las premisas constitucionales, sino que también conduce a cuestiones de principio, especialmente si la regulación, a la vista de la diversificación de los servicios y de las condiciones de la infraestructura, es necesaria y, si es así, puede ser exitosa en medida suficiente. Con ello se arroja de nuevo sobre el ámbito de la comunicación la cuestión acerca de la competencia de dirección de los poderes públicos. A la vista de la internacionalización y la globalización, así como de la incorporación al mercado de ámbitos de existencia y de las múltiples conexiones en red de las distintas actividades, existen múltiples posibilidades nuevas de escapar a la regulación soberana. Pero también se cuestiona fundamentalmente que la regulación tenga sentido. El mercado sería, frente al Estado, el mejor regulador.

2. Justificación de la regulación legislativa de los medios

Prevalecen los fines subrayados por el Tribunal Constitucional y en algunos casos, aunque en forma debilitada, reconocidos por la Comunidad Europea, para una legislación de los medios orientada al bien común, en especial al aseguramiento de la diversidad. La diversidad en una Sociedad plural y fragmentada, obligada por el principio democrático, es un valor constitucional importante. Las regulaciones soberanas sólo están justificadas, en cualquier caso, cuando existe un riesgo de lesión a este fin y la regulación puede contribuir a disminuir al menos tal riesgo.

La regulación jurídica de la radiotelevisión apareció históricamente como reglamentación técnica. Se trataba de evitar el riesgo de un caos en el éter a través de un uso ilimitado y no determinado de las frecuencias de transmisión, así como de evitar las interferencias. La posibilidad de la asignación estatal de recursos escasos fue utilizada para el desarrollo de un criterio de reparto orientado primero políticamente, y después de acuerdo con criterios informativos. Los escasos recursos de transmisión deberían reservarse preferentemente a las empresas de información que difundieran por la red de infraestructuras contenidos (programas) que no estuvieran orientados exclusivamente hacia la optimización del beneficio económico o a la persecución de las propias finalidades políticas, sino que sirvieran también a la colectividad.

Hoy la escasez de las posibilidades de transmisión ha sido suprimida o al menos, actualmente para la transmisión por cable, aminorada, de modo que el criterio de la escasez no resulta en absoluto suficiente para justificar la regulación. La escasez, por lo demás, nunca fue la justificación, sino mas bien sólo el punto de apoyo de la regulación estatal. Los riesgos de falsear las premisas constitucionales de la diversidad son sin embargo al menos igualmente plausibles más allá de la escasez, de modo que, en la medida de lo posible, existe una justificación para la regulación que no se apoye en ella. Las teorías de los bienes públicos²⁵, de los efectos

---

²⁵ Véase ZERDICK (n. 19); L. W. MCKNIGHT/J. P. BAILEY (eds.), *Internet Economics*, Cambridge, MA 1997; C. SHAPIRO/H. R. VARIAN, *Information Rules; A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, MA 1998.

externos²⁶, así como las perspectivas de la economía de la información²⁷, ofrecen las correspondientes ilustraciones. La necesidad especial de regulación se apoya en los múltiples filtros y claves de acceso, que pese a la superación de la situación de escasez por las tecnologías de la difusión siguen determinando el orden de la comunicación. Son observables controles de acceso orientados por la técnica, por el poder en el mercado, por la demanda y por los receptores. La protección de la libertad termina siendo necesariamente protección del libre acceso.

Actualmente la atención se concentra ejemplarmente hacia los problemas de acceso en el ámbito de la televisión digital. Tales problemas son ahí ligados a una serie de servicios de asistencia. Se refieren especialmente al llamado acceso condicional (el establecimiento de condiciones para el acceso a servicios de comunicación, por ejemplo en televisiones de pago), pero igualmente hacia el servicio múltiple (*multiplexing*), la comercialización de programas en paquetes (*packaging*) y especialmente los sistemas de navegación, que están dispuestos para orientar y dirigir la demanda de información²⁸. Los problemas de acceso pueden plantearse a los comunicadores (emisoras, oferentes), por ejemplo para el acceso a factores de producción, a derechos sobre programas, a posibilidades de difusión y comercialización. Para el usuario puede ser problemática la accesibilidad de las infraestructuras en red y la disponi-

---

²⁶ Puede encontrarse una valoración actualizada de las diversas principios de la economía de los medios en M. KOPS, «Von der dualen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung?», en KOPS/SCHULZ (n. 21); HOFFMANN-RIEM, *Regulierung der dualen Rundfunkordnung*, 2000, 120 ss.

²⁷ Sobre tal criterio véase BVerfGE 100, 313, 373. La fórmula desarrollada para la intervención en los derechos fundamentales sobre la idoneidad de las reglas jurídicas para la consecución de su fin es en su núcleo adecuada igualmente para las normas de desarrollo, cuya legitimidad puede ser valorada según sirvan para asegurar la capacidad funcional del ordenamiento de los medios y «por ello sean idóneas para realizar lo que desea garantizar el art. 5.1 de la Ley Fundamental» (BVerfGE 57, 295, 320).

²⁸ Sobre tales servicios auxiliares y la problemática jurídica asociada a ellos, véase GERSDORF, *Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen*, 1998; SCHULZ/HEID, *Regulierung von Tele- und Mediendiensten*, 1997; SCHULZ/SEUFERT/HOLZNAGEL, *Digitales Fernsehen*, 1999.

bilidad no sólo cuantitativa, sino incluso cualitativa en función de su necesidad de determinadas ofertas de contenidos; existen igualmente riesgos de interferencias manipuladoras sobre su disponibilidad a la recepción y sobre el uso de su competencia comunicativa. Con ello sólo se mencionan zonas problemáticas, sin ofrecer vías determinadas para el tratamiento de las mismas. Por supuesto están justificadas como respuesta sólo las regulaciones que sean idóneas, necesarias y proporcionadas para solucionar tales problemas.

3. Autonomía regulada como modelo para la ordenación jurídica de los medios

La regulación de los medios, en especial de la radiotelevisión, se diferencia ciertamente por su específico ámbito material, pero sigue siendo normativa pública, y por ello puede apelar a conceptos e instrumentos de regulación esencialmente idénticos a los que se emplean en otros ámbitos. En cualquier caso, la especial sensibilidad del Derecho de la comunicación frente la intervención estatal, especialmente el principio de libertad frente al Estado²⁹, impone una continencia particular. Actualmente cabe descubrir en muchos ámbitos una menor intensidad de la regulación estatal y especialmente una renuncia a emplear instrumentos imperativos. Tales instrumentos carecían en cualquier caso de particular relevancia para el ámbito de los medios en el Estado democrático de Derecho; se confía preferentemente, desde hace tiempo, en la autonomía reguladora, completada en cualquier caso mediante unas bases normativas. La autorregulación realiza el principio de autonomía, orientado a la libertad; el marco legislativo de tal autorregulación asegura la orientación al bien común y el respeto a los demás.

El Derecho de los medios es un modelo de regulación legislativa de la autonomía normativa social, que dispone bases tales como

---

²⁹ Cfr. S. OSSENBÜHL, *Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft*, München 1975; H. D. JARASS, *Die Freiheit der Massenmedien*, Baden-Baden 1978, 198 ss.; H. GERSDORF, *Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1991, 89 ss.

premisas estructurales (dirección mediante legislación-marco) y obligaciones de comportamiento (por ejemplo, limitaciones de los anuncios, obligaciones orientadas a la protección de la juventud, o prescripciones materiales de programación para asegurar la diversidad, no para contenidos concretos).

Existen diversos foros de autorregulación, por ejemplo la esfera íntima, la familia, el discurso científico. Un ámbito especialmente importante de autorregulación es el mercado. La competencia económica orientada al mismo en un ordenamiento de los medios de economía privada debe actuar también como motor de la diversidad comunicativa. El éxito de la competencia económica es medido en dinero, se muestra en ganancias, cuotas de mercado, volumen de ventas³⁰. Es controvertido si tal competencia económica es una garantía suficiente para la competencia informativa³¹. El Tribunal Constitucional parte de que en el ámbito de la frase segunda del art. 5.1 de la Ley Fundamental no son relevantes los resultados económicos, sino la competencia informativa³². Tal competencia se mide con categorías del foro público como la diversidad de opiniones, el desarrollo de la comunicación, el equilibrio plural. La competencia económica sólo sirve, de acuerdo con esta concepción, como fundamento de la operatividad del ordenamiento de los medios si conduce igualmente a una competencia informativa conforme a los fines constitucionales. La libertad de radio-televisión es el mandato y el Derecho supone un intento de proteger la importancia de la competencia informativa también frente a los imperativos de la competencia económica, naturalmente también

---

³⁰ Cfr. la definición en Heinrich, *Medienökonomie*, Bd. 1, 1994, 95.

³¹ Afirmando E. HOPPMANN, «Meinungswettbewerb als Entdeckungsverfahren», en E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Offene Rundfunkordnung*, Gütersloh 1998, 1163, 177 ss.; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *Gutachten über eine «offene Medienordnung»*, Bonn, November 1999, números marginales. 23 ss. Negándolo, M. STOCK, «Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht im dualen Rundfunksystem», en W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Rundfunk im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 1988, 35 ss.; H. ROSSEN, *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk*, Baden-Baden 1988, 35 ss.; HOFFMANN-RIEM, *Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 1991, 71 ss.

³² Cfr. BVerfGE 74, 297, 332; véase igualmente 73, 118, 174.

frente a la avidez y los intentos de influencia de poderes estatales y no estatales³³.

A causa no sólo del principio de la libertad frente al Estado, éste no puede, ni le está permitido, asumir responsabilidades sobre determinados resultados de la comunicación (responsabilidad por el resultado), sino sólo por la procura, óptima en lo posible, de la comunicación para todos en un ámbito que preferentemente queda colocado bajo la responsabilidad de los propios actores³⁴. Formulado de otro modo: los contenidos de la comunicación, los programas, con suficiente pluralidad y un nivel de calidad adecuado a las posibilidades de una Sociedad de conocimiento e información, no pueden ser ofrecidos por parte del Estado, sino en su caso posibilitados. El Derecho de los medios procura estructuras que abran tal posibilidad. Del aseguramiento de la libertad de comunicación para todos forma parte impedir el empleo unilateral de los poderes económico e informativo, conjurar los riesgos de manipulación para los receptores y evitar los obstáculos para el acceso en la medida en que impidan desproporcionadamente la comunicación. En tal concepto pueden utilizarse también instrumentos imperativos con función de ayuda, por ejemplo prohibiciones de manipulación o imperativos de apertura. En cualquier caso, comportan normalmente dificultades especiales de aplicación.

El ordenamiento jurídico puede aligerar la carga de la legislación de la radiotelevisión, por cuanto en su parte jurídico-privada se construye igualmente sobre la autorregulación (autonomía privada). Junto con el recurso al Derecho civil, mercantil y de la propiedad intelectual interviene también, sin embargo, el Derecho imperativo de las telecomunicaciones. El ordenamiento jurídico

---

³³ Que dicha tarea sobre el rastro de la comercialización del ordenamiento de los medios puede cambiar, así como la libertad de comunicación en su carácter, lo ha mostrado Tabbara de manera expresiva en el desarrollo de la libertad de comunicación en los Estados Unidos de América; véase TABBARA, *Kommunikations- und Medienfreiheit in den USA: Zwischen demokratischen Aspirationen und kommerzieller Mobilisierung*, diss. iur. Hamburg 2001.

³⁴ Sobre las diferenciadas dimensiones de la asunción estatal de responsabilidad véase G. S. SCHUPPERT, «Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen», *Die Verwaltung* 31 (1998), 415 ss.

general y el Derecho especial de los medios pueden ser comprendidos como cuerpos normativos que se ayudan recíprocamente³⁵. En cualquier caso, debe ser tenido en cuenta, al confiar en esta combinación de elementos, que los ordenamientos parciales atienden en cada caso a sus propios fines y están determinados por su propia racionalidad, de modo que el ordenamiento general no está orientado especialmente al aseguramiento de la operatividad del ordenamiento de la radiotelevisión. En la medida en que el ordenamiento contribuye a soportar la operatividad de la radiotelevisión, es un importante medio de ayuda. Así, en un ordenamiento de los medios de economía privada la competencia en el mercado deviene una importante garantía de la diversidad estructural, también de la diversidad informativa.

4. Dirección respetuosa con la propia racionalidad de los destinatarios

Esta exposición ilustra que existe una necesidad particular de una regulación jurídica que sirva a la realización de un derecho fundamental de comunicación para todos los que participan en el proceso, también los receptores. Sin embargo, está en duda si el Estado, a la vista de las condiciones actuales, puede aún satisfacer esa tarea eficazmente. Ello conduce a reflexiones fundamentales sobre la fuerza que conservan la creación y la aplicación de normas reguladoras por parte del Estado. Tales reflexiones críticas son igualmente válidas en principio para las regulaciones de las instituciones supranacionales, como la Comunidad Europea. Si los poderes públicos carecen de la capacidad de regular eficazmente, se ve condenado a la ineficacia el mandato jurídico-objetivo contenido en las normas de derechos fundamentales, orientado al aseguramiento de la libertad. La posibilidad real de una dirección estatal resulta por lo tanto presupuesto de una protección eficaz de los derechos fundamentales.

---

³⁵ Sobre este concepto véanse las contribuciones en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996.

Las regulaciones estatales para el desarrollo del ordenamiento de los medios deben influir en la conducta de los actores de tal modo que el fin deseado pueda ser alcanzado en la medida de lo posible gracias a su autonomía responsable. El Derecho de la radiotelevisión debe promover los efectos deseados y evitar los no queridos en la medida de lo posible. Es así un medio de dirección de los procesos³⁶. Tal dirección en el sentido del Derecho de los medios procede de las actividades del Estado orientadas a cubrir el mandato de garantía que se deduce de la frase segunda del art. 5.1 de la Ley Fundamental, y por tanto sirven a la concreción y desarrollo del derecho fundamental. Medio preferente son las disposiciones marco y estructurales, y sólo excepcionalmente las reglas singulares de conducta. Investigaciones sobre la fuerza directiva del Derecho, en especial en el ámbito de la teoría de la acción centrada en los actores, de la economía institucional y de la teoría de los sistemas³⁷, dejan claro que la capacidad del Derecho para conseguir los fines deseados es determinada en buena medida por la racionalidad orientada a la acción, por la lógica interna del ámbito afectado por la regulación. Las prescripciones jurídicas son seguidas más fácilmente cuanto más respeten la diversidad de intereses de los actores mediante la disposición de opciones diferenciadas, se concentren en opciones que respeten fines de bien común y simultáneamente permitan una conducta de los actores que sea compatible con sus propios intereses o que les proporcione ventajas a largo e incluso a corto plazo. Formulado en términos negativos: una dirección estatal contra los intereses de los afectados conduce a la oposición y a maniobras de fraude. Las posibilidades de aplicación son entonces escasas y sólo limitadamente pueden ser mejoradas mediante medidas sancionadoras. En cualquier caso, la represión resulta un cuerpo extraño en una ordenación inspirada por el principio de autorregulación.

---

³⁶ Sobre la discusión actual sobre la actividad de dirección véanse K. KONIG/N. DOSE, *Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen*, Speyer 1989; G. S. SCHUPPERT, «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft», en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann/G. S. Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1993, 65 ss.; A. BENZ, *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden 1994; J.-P. SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *Verwaltungsarchiv* 1996, 38 ss., así como, desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, J. WILLKE, *Supervisión des Staates*, Frankfurt a. M. 1997.

³⁷ Una exposición que resume el tema en HOFFMANN-RIEM, *Regulierung* (n. 23), 158 ss.

Por ello no es casual que las instancias de control establecidas para la aplicación del Derecho de los medios en el sector económico privado, para la radiotelevisión privada o los entes de los Länder, sean muy cautelosas con las medidas sancionadoras. Frente a ello, se ocupan de la cooperación, confían en la solución informal de problemas y utilizan en la medida de lo posible instrumentos de dirección con eficacia atenuada, como el asesoramiento, las orientaciones, ocasionalmente el apercibimiento de eventuales sanciones³⁸. Se trata de una tendencia observable en todo el mundo³⁹. El uso de tales medidas atenuadas de dirección resulta entretanto arriesgado, puesto que no produce garantía alguna de éxito, y por otro lado ocasiona considerables riesgos de desorientación respecto del fin. Así, la proximidad cooperativa a los regulados conduce al riesgo de adopción de una perspectiva unilateral o incluso a verse envuelto por sus imperativos de acción. Por otro lado, existen justo en la cooperación posibilidades de más exacta comprensión de los intereses de los regulados, y así de una elección de opciones que tanto satisfaga sus intereses como permita satisfacer los intereses del bien común.

Un reconocimiento de la propia racionalidad significa para los particulares que la propiedad privada y la libre competencia son elementos constitutivos y, así, que para ellos es legítimo orientar su iniciativa y actividad al éxito económico: el ánimo de lucro es el elemento nuclear de los mercados. En tal sentido, tener éxito, esto es, «obtener beneficios» es conforme al mercado. De ahí que no haya jurídicamente nada que objetar a que cada día cobre mayor importancia en el ámbito de los medios la actitud de «shareholder Value-Haltung» vigente en otros sectores empresariales; es decir, la orientación predominante de las empresas mediáticas al beneficio de los accionistas, y que tales empresas se planteen proveer información a los ciudadanos solamente en la medida en que ello sea compatible

---

³⁸ Véase sobre ello *Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland, Medienregulierung im Wandel - zum Rang und zur Rolle der Landesmedienanstalten. Ein Positionspapier der ALM vom 23. März 1999*; W. BAARS, *Kooperation und Kommunikation durch Landesmedienanstalten. Eine Analyse ihres Aufgaben- und Funktionsbereichs*, Baden-Baden/Hamburg 1999.

³⁹ Sobre el particular véase W. HOFFMANN-RIEM, *Regulating Media, The Licensing and Supervision of Broadcasting in Six Countries*, New York/London 1996.

con la obtención de rendimientos económicos. Bien puede ello no ser deseable desde el punto de vista de una política mediática; ello no contradice, sin embargo, la concepción de la libertad de medios como «libertad servidora a los fines constitucionales» elaborada por el Tribunal Constitucional.

La responsabilidad por el servicio de la libertad de medios al bien común reside en el régimen jurídico mediático en su conjunto. Especialmente estimulados por el Tribunal Constitucional, los legisladores (federal y de los Estados) alemanes han establecido el régimen mixto de radio y televisión como respuesta a la orientación al beneficio de las emisoras privadas y, con ello, encomiendan la tarea de garantizar continuamente el pluralismo a la radio y la televisión públicas. Ello responde a la idea de que mientras la radio y la televisión públicas satisfagan el mandato constitucional de garantía del pluralismo, cabe asumir que las emisoras privadas se propongan en primer lugar «ganar dinero», y que no cumplan el mandato constitucional. Esta perspectiva no excluye que el Derecho de los medios imponga ciertos requisitos mínimos a las emisoras privadas; el ordenamiento jurídico reconoce legitimidad al ánimo de lucro, pero en el bien entendido de que debe ir ligado a la simultánea realización de otros fines. El contraste con las expectativas que el Derecho plantea a la radio y a la televisión públicas se evidencia en la medida en que en el caso de las emisoras privadas se reconoce legitimidad al lucro, un objetivo vedado como fin prioritario a la radio y la televisión públicas.

5. Nuevos retos en nuevos ámbitos

Tales reflexiones están aún en buena medida referidas a la organización de la radiotelevisión en sentido estricto. La diferenciación antes descrita de las actividades de los medios muestra sin embargo que también una regulación como ésta frecuentemente se queda demasiado corta. Como ilustración puede ser suficiente un ejemplo. Desde hace tiempo es conocido el problema de la publicidad encubierta⁴⁰. Si un programa es preparado externamente y contiene reclamos publicitarios encubiertos, por ejemplo haciendo visibles ciertos

---

⁴⁰ Sobre ello y sobre otras formas nuevas de publicidad véase SCHAAR, *Programmintegrierte Fernsehwerbung in Europa*, 2001.

productos o mediante otros recursos, entonces sin tener en cuenta el proceso de producción sólo difícilmente puede la emisora de radiotelevisión e incluso las instancias de control reconocer si la referencia comercial está justificada por ponderaciones de carácter informativo o si ha sido introducida en el programa de modo gratuito por su valor de propaganda. La lucha contra la publicidad encubierta ha devenido muy difícil en un ordenamiento de los medios diferenciado según los servicios específicos.

Desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos fundamentales es hoy ante todo significativo, como hemos visto más arriba (1, 2), el aseguramiento del acceso, la accesibilidad del origen, como determinados acontecimientos (así, los espectáculos deportivos que tanto atraen a las masas)⁴¹ o importantes contenidos de programación (por ejemplo películas cinematográficas populares)⁴². Quien domina la accesibilidad puede influir en las condiciones de la competencia y también en las posibilidades de eficacia informativa. Si ello conduce a asimetrías de poder, entonces se activa la responsabilidad reguladora del legislador encargado de asegurar los derechos fundamentales.

Los ejemplos podrían ampliarse. Así, si ciertos programas de radiotelevisión son discriminados por quienes preparan los paquetes de programación o las condiciones para la difusión de programas se fijan de modo interesado y no imparcial, ello también tiene efectos sobre la forma de funcionamiento del ordenamiento de los medios y sobre la libertad de los procesos de comunicación.

En los tiempos actuales de la sociedad de la información, la tecnología de los medios y las diversas infraestructuras mediáticas hacen posibles modos de manipulación sutiles e incluso a veces burdos. Constituye una creencia errónea pensar que sólo la competencia de los medios protege de la manipulación a los receptores. Se ven las empresas de medios en una situación de competencia y ante unos recursos escasos: la atención de los receptores/consumidores⁴³.

---

⁴¹ Sobre ello véase BVerfGE 97, 228 ss.

⁴² Véase al respecto LADEUR, *Rundfunk und Fernsehen*, 1998, 5 ss.

⁴³ Cfr. FRANCK, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998; RÖTZER, «Aufmerksamkeit als Medium der Öffentlichkeit», en: Maresch/Werber (Hrsg.), *Kommunikation, Medien, Macht*, 1999, 35 ss.

Ejemplos de manipulación hay muchos, también en la red (internet), que ahora mismo se encuentra en una inmensa expansión. Quien navega por la red sabe que existen una serie de instrumentos, los denominados sistemas de navegación, que proporcionan ayuda en el esfuerzo de orientarse entre la inmensa diversidad de ofertas. Tales sistemas de navegación y de búsqueda son proporcionados por empresas como Google o Yahoo. Si sus servicios desvían al usuario hacia determinadas rutas de comunicación, disponen las ofertas de comunicación en un orden determinado o posibilitan enlaces, a ello quedan entonces ligadas posibilidades de dirigir al usuario hacia cualquier parte. Quien tiene poder para dirigir el acceso a la comunicación en la red o incluso para filtrar los contenidos tiene poder comunicativo. El poder comunicativo comporta en sí el riesgo del abuso de poder.

Un ejemplo similar puede hallarse en la televisión, por ejemplo en el uso de un decodificador para la transformación de señales digitales en analógicas, que ya pueden ser recogidas por el aparato de televisión. Tales decodificadores dirigen igualmente el acceso hacia las ofertas, y pueden otorgar preferencia a determinadas ofertas de comunicación frente a otras. Así, por ejemplo, es importante para tener éxito como emisora de televisión el modo en que el usuario puede acudir al programa. Es diferente para las posibilidades de éxito que al acceder al sistema de navegación sea conectado directamente este programa, o sólo otros programas de otras emisoras comerciales o sólo de las televisiones públicas. También existe una diferencia si los programas de televisión pueden ser elegidos directamente o ello sólo es posible tras múltiples pasos. Si los sistemas de navegación son utilizados para registrar los intereses de los usuarios individuales identificables a partir de su demanda y almacenarlos, y por ejemplo las ofertas en adelante se orientan especialmente hacia el usuario individual (se ofrecen programas sobre fútbol a quien le gustan, películas de intriga a quien le atraen, etc.), también entonces se aprecia que existen grandes posibilidades de orientación. Las modernas tecnologías no sólo ofrecen poder de dirección, sino también para recopilar datos. El usuario no sabe por lo general qué *software* utiliza un navegador o está incorporado al ordenador, y hasta qué extremo es utilizado para almacenar sus pasos en la utilización de la comunicación, para transmitir a terceros la información correspondiente y para utilizarla en ulteriores actos de dirección.

Con ello sólo se pretende ilustrar cómo las nuevas tecnologías también producen un nuevo poder, aquí poder de dirección y de filtro. Si los correspondientes sistemas de navegación están en manos de las empresas privadas que al mismo tiempo proporcionan el contenido de los medios, los programas, entonces la posibilidad de combinar estas actividades proporciona oportunidades sustanciales de mercado. La tentación consiste en estructurar los sistemas de navegación de modo que los programas creados por las propias empresas sean recibidos preferentemente. Los intereses comerciales de las empresas de anuncios pueden incurrir en la tentación de utilizar el poder de oferta y dirección, de modo que tengan posibilidades preferentes de recepción los programas igualmente atractivos para las agencias anunciantes, por ejemplo porque proporcionan un terreno adecuado para la venta del producto ofrecido. En el *debe* puede quedar contabilizada la pérdida de diversidad de los medios.

Un fenómeno adicional, observable especialmente en los programas de televisión de pago, es la agrupación de programas en paquetes que son ofrecidos a los clientes y que incluso no pueden ser adquiridos separadamente, desempaquetados. A través de la confección de paquetes de programas se crea una forma particular de comercialización. Junto a los programas de pago pueden ser ofrecidos en grupo también programas de la televisión, servicios de medios, teleservicios o servicios de atención telefónica. A través de este sistema, quienes dominan la oferta en el mercado de los teleservicios o el mercado de los servicios a través del teléfono pueden conseguir influencia sobre el sector de la radiotelevisión. Es al menos importante establecer normas para que una empresa que tiene una posición dominante en el mercado gracias a la confección de paquetes de programas y su comercialización no pueda directa ni indirectamente obstaculizar injustamente a otras empresas que buscan prestar tal servicio, o para impedir que trate directa o indirectamente de modo diferenciado a empresas del mismo tipo sin justificación material alguna.

Tales ejemplos ilustran que las estructuras y los modos de relación en los ámbitos previo, posterior y simultáneo a las emisoras pueden resultar significativas atendiendo a la frase segunda del art. 5.1 de la Ley Fundamental. Que el ámbito de vigencia de tal norma se extienda a dichos terrenos ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional de modo no general, pero sí en diversos campos (prensa al

por mayor, agencias de noticias para telediarios, etc.) que resultan ejemplares⁴⁴. El legislador comienza a reconocer el problema. Prescripciones singulares para el aseguramiento de acceso a ciertos servicios en igualdad de oportunidades, de modo adecuado y no discriminatorio, contiene por ejemplo el parágrafo 53 del Acuerdo Estatal sobre Radiotelevisión, aunque aún en medida insuficiente.

Si las actividades en los mercados anteriores, posteriores y simultáneos a las emisoras de radiotelevisión son aún campos en los que éstas desarrollan sus tareas, los principios estructurales y las premisas de conducta dirigidos a ellas afectan a su acción en esos ámbitos. El creciente desplazamiento de tareas y la dependencia de mercados que proporcionan servicios relevantes para los programas han reducido la fuerza vinculante de los impulsos de dirección dirigidos a las emisoras. Además, en las redes multimedia se han formado nuevas estructuras con los riesgos de abuso descritos. Al legislador garante que prevé la frase segunda del art. 5.1 de la Ley Fundamental no pueden serle indiferentes los desarrollos en tales sectores.

Entretanto se plantea la pregunta, por ejemplo, de si la idea de diversificación estructural ligada con el sistema mixto de radiotelevisión⁴⁵ puede ser utilizable en servicios diferentes de los tradicionales de radiotelevisión. Ello podría conducir a disponer tales servicios también en emisoras públicas, entre ellas los entes públicos de radiotelevisión⁴⁶. A la vista de la dinámica de los mercados, la imprevisibilidad de los desarrollos de las nuevas tecnologías y la variabilidad de los intereses y costumbres de los usuarios, el ordenamiento de los medios debe en todo caso estar orientada hacia el aprendizaje y la apertura al cambio. El principio estructural de la radiotelevisión mixta no es ciertamente el único posible de acuerdo con la Constitución, pero se corresponde en modo especial con una concepción que confiere y hace uso del más amplio margen posible a la economía privada, sin olvidar que es obligado compensar los

---

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 77, 346, 354; 83. 238, 312 ss.; 97, 228, 267.

⁴⁵ Véase HOFFMANN-RIEM, *Erosionen des Rundfunkrechts*, 1990, S. 38 s.; *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1991, 412 s.; *Regulierung* (n. 23), 67 ss., 292 ss.

⁴⁶ Resulta discutido que esto está actualmente permitido; véase W. HOFFMANN-RIEM, *Regulierung* (n. 23), 234 ss. con referencias adicionales.

déficits ligados a la economía privada como única forma económica. Si se transforman las condiciones reales y con ello también los peligros, existe una necesidad de acomodo de los instrumentos previstos para la realización de los fines, que siguen inalterados, del ordenamiento de la comunicación. El mandato jurídico-objetivo de aseguramiento de la operatividad del ordenamiento de los medios, la realización de las posibilidades de libertad para todos, se traslada si las causas de peligro, y también los problemas de regulación, se desplazan hacia nuevos ámbitos de la comunicación y de las redes correspondientes.

II. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN

También para la comprensión del derecho a recibir información en la actual situación de transformación estructural de la sociedad de la información merece la pena volver la vista a sus fundamentos jurídico-objetivos. Entonces se muestra que el fundamento jurídico-objetivo de un derecho de libertad puede ser colocado no sólo en la específica norma jurídica, sino también en el resto del orden constitucional, en especial en los *enunciados de fines del Estado*. El derecho a recibir información de la frase primera del art. 5.1 de la Ley fundamental está instituido (sólo) como derecho al acceso a las fuentes generales de información. Un derecho a una determinada fuente de información no existe. Por ello el derecho subjetivo sólo resulta significativo si y en la medida en que el beneficiario de la disposición tiene abierta la accesibilidad de una determinada fuente de información; la frase primera del art. 5.1 de la Ley Fundamental no contiene derecho alguno para forzar la apertura de una fuente determinada por parte de los titulares del derecho. Tal derecho deberá estar anclado en el resto del ordenamiento jurídico, se remite por tanto a la concreción legal.

Un ejemplo es el derecho de los medios, dirigido frente a los particulares, al acceso a determinadas emisiones, para lo cual ocasionalmente existe un derecho a la emisión de una noticia⁴⁷. Mientras el Estado mismo tenga derecho a decidir sobre la accesibilidad a una

---

⁴⁷ Con detalle BVerfGE 27, 228 ss.

fuentes de información, siempre podrá verse obligado a través de otras normas a ponerla a disposición, por ejemplo a través del principio democrático y del postulado del Estado de Derecho⁴⁸. Las leyes sobre el acceso a la información de los Länder y de la Federación, en parte ya en vigor o al menos planeadas⁴⁹, no se comprenden como concreción de un derecho subjetivo de acceso de los ciudadanos, sino de las exigencias funcionales de una democracia orientada por los principios propios del Estado de Derecho de la transparencia y el sometimiento al control. Tales leyes son desarrollo del ordenamiento de la información en el ámbito estatal; de ellas pueden extraerse derechos subjetivos al acceso a la información que entonces resultan también protegidos a través de la frase primera del art. 5.1 de la Ley Fundamental. El establecimiento de mandatos de transparencia, dado que regularmente no hay derechos subjetivos orientados al logro de tal transparencia⁵⁰, no constituye una intervención en los derechos subjetivos de libertad, y no cae por tanto bajo la dogmática de los límites de la libre iniciativa. Correspondientemente, las prescripciones jurídicas para la protección de datos personales contenidas en tales ordenaciones son parte del desarrollo del ordenamiento positivo del acceso a la información, pero no intervenciones limitadoras de los derechos de libertad.

Entretanto los medios reclamen o logren el acceso a la información (véase por ejemplo en parágrafo 4 de la Ley de Prensa de los Estados) tal decisión legal tampoco resulta una consecuencia de la libertad jurídico-subjetiva de los medios. Los medios no están privilegiados por la Constitución ya en el acceso a las fuentes generales de información, aunque sí en el procesamiento y la difusión de tales informaciones de acuerdo con la libertad de medios⁵¹. La fórmula común, según la cual la protección de la libertad de medios com-

---

⁴⁸ Así, BVerfGE 103,44 ss.

⁴⁹ Cfr. VOLKUHE, «Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft», en Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 349, 380 ss., con referencias adicionales; SCHERZBERG, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, 400 s.; Partsch, LKV 2001, 98 ss.; Friedersen, NordÖR 2001, 89 ss. Véase igualmente Bundesministerium des Innern, Proyecto de ley de la libertad de información de 20 de Diciembre del 2000.

⁵⁰ Sobre ello véase BVerwG 69, 278 ss.

⁵¹ Véase BVerfGE 103, 44.

prende «desde el acopio de la información hasta la difusión de la noticia y de la opinión»⁵², significa sólo que la protección también se produce frente a medidas que representan una limitación para recabar información. Tales formulaciones del Tribunal Constitucional nunca han sido interpretables como determinantes para un derecho de prestación orientado a la universalidad de acceso. La publicidad de procesos estatales, y también sociales, erigida en interés del Estado democrático de Derecho, sirve a la operatividad del orden del Estado y de la Sociedad, no en sí misma como una ventaja para los medios. En cualquier caso, los medios son importantes mediadores de la información accesible al foro público e igualmente factores de formación de opinión al procesarla; en tales funciones están protegidos especialmente por la frase segunda del art. 5.1 de la Ley Fundamental, también a causa de su función en el aseguramiento de la operatividad del Estado de Derecho y de la democracia. Si les corresponden también derechos subjetivos de libertad depende, en cuanto a la accesibilidad de las informaciones, del desarrollo del ordenamiento jurídico, que a su vez está determinado por premisas jurídico-objetivas.

Puesto que el derecho a la información amenaza con quedar vacío si el Estado y la Sociedad no cubren su tarea jurídico-objetiva de garantía de la universalidad de acceso, resulta importante expresarla también como premisa jurídica para el legislador, y subrayar no sólo retóricamente su contribución a la realización de los derechos subjetivos de libertad, sino también posibilitar su garantía judicial. Ello no resulta posible de modo pleno en un sistema de protección jurídica, especialmente judicial, orientado hacia los derechos subjetivos. Esto ocurre también porque el legislador que desarrolla la transparencia se encuentra ante diversas opciones, de modo que queda excluido imponer mediante derechos subjetivos la realización de una muy determinada variante. De todos modos, son posibles situaciones en las cuales el legislador esté obligado, a la vista de los mandatos jurídico-objetivos de la Constitución, a establecer la accesibilidad. Para tales situaciones ha señalado el Tribunal Constitucional que la frase primera del art. 5.1 de la Ley Fundamental, en forma de derecho a recibir información, comprende un derecho al acceso dirigido frente al Estado cuando una fuente de información que queda

---

⁵² Cfr. BVerfGE 10, 118, 121; 91, 125, 134.

dentro del ámbito estatal de responsabilidad esté jurídicamente obligada a la accesibilidad pública, pero el Estado rechaza el acceso⁵³. Si y cuando los contenidos jurídico-objetivos pueden ser convertidos en derechos subjetivos resulta discutido en la doctrina científica, y en ningún caso se puede considerar un tema dogmáticamente apaciguado⁵⁴. El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo acostumbrado, no ha desarrollado plenamente la construcción dogmática, sino que la ha deferido a la posterior discusión científica. Un posible ensayo de explicación ha sido formulado por Gostomzyk⁵⁵: si la apertura del acceso a una fuente de información se niega frente a prescripciones jurídicas, ello es comparable funcionalmente a impedir el acceso ya abierto; esto último sería una intervención en la libertad de información.

Aquí no se trata de desarrollar construcciones jurídicas. Es importante hacer referencia a que la transparencia de procesos estatales y sociales correspondiente al nivel de desarrollo actual de la sociedad de la información está referida a la realización de un mandato jurídico-objetivo, que a su vez contribuye a activar derechos subjetivos. La referencia al establecimiento de un orden que posibilite la transparencia respeta por otra parte que no sólo sean posibles desarrollos sustancialmente diversos, sino que la riqueza de las opciones dependa de condiciones marco especiales. A las exigencias actuales pertenece elaborar el grado de transparencia que corresponda al nivel de desarrollo social y a los presupuestos de la Constitución, y defenderlo también con la ayuda de los derechos subjetivos.

---

⁵³ Así la segunda frase del resumen inicial de la BVerfGE 102, 44.

⁵⁴ Cfr., en la doctrina, STERN, en Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 5, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 2. Aufl. 2000, número marginal 63 con las notas 236 a 238; DREIER, en Oters (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 1, 1996, número marginal 56 de la «Vorbemerkung»; SCHERZBERG, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, pág. 320, n. 346 y págs. 378 ss.; DOLDERER, *Objektive Grundrechtsgehalte*, 2000, por ejemplo en págs. 349 ss. y más referencias a la doctrina en págs. 352 s.

⁵⁵ GOSTOMZYK, «Informationelle Selbstbestimmung der öffentlichen Hand? Zum n-tv-Urteil des BVerfG», NJW 2001, 1633, próximamente en JuS.

III. RIESGOS DE MANIPULACIÓN Y CENSURA EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

La lucha por la libertad tuvo siempre alguna relación con la lucha contra el poder. Los derechos de libertad se refieren a la disposición de instrumentos frente a la utilización del poder, especialmente frente a los abusos de poder. Si el riesgo del abuso procede de las empresas privadas, entonces un ordenamiento en libertad presupone también protección frente a ese abuso. Por ello resulta importante comprender los derechos no sólo como derechos de defensa frente al Estado, sino también como mandatos jurídico-objetivos de protección. Ello sirve igualmente para la prohibición de la censura, por cierto un modélico derecho clásico de defensa.

Visto desde la perspectiva histórica, la prohibición de la censura apareció como instrumento frente a la censura estatal y de la Iglesia. La libertad frente a la censura fue durante el siglo XIX el núcleo esencial de la libertad de prensa. Como amenazas de la libertad aparecían el Estado y, aliado con él, la Iglesia.

La moderna red (internet) conoce otros riesgos. Resulta un invento extraordinario, que no sólo permite el acceso a múltiples informaciones de todo género, sino igualmente la emisión de los propios contenidos de comunicación. Una consecuencia es que existan contenidos que resultan socialmente indeseables, como la pornografía, la propaganda de extrema derecha o las instrucciones para la fabricación de bombas.

No puede extrañar por ello que se haya originado una intensa discusión sobre cómo mantener tales contenidos indeseables fuera de la red. Existe en Europa un amplio consenso social sobre, por ejemplo, la legitimidad de la protección a la juventud, sobre la necesidad de luchar contra el terrorismo y sobre el carácter indeseable, incluso peligroso, de los contenidos políticos extremistas.

La red no es administrada por el Estado, por más que fuera desarrollada con ayuda estatal, originariamente para fines militares, después para fines educativos. Entretanto ha sido comercializada, y se usa en todo el mundo para cualesquiera fines imaginables. Su administración no corresponde al Estado. En la administración autónoma de la red tienen gran influencia las grandes empresas, por ejemplo los llamados proveedores como American Online (AOL).

La red está organizada de modo que, por su específica estructura, sólo limitadamente puede ser sometida a control. En cualquier caso, el Estado nacional carece prácticamente de capacidad de control. Aunque pretendiera controlar los contenidos, sólo limitadamente sería eficaz como censor. Ante tal laguna, las empresas privadas, especialmente los proveedores, han comenzado parcialmente a rastrear internet en busca de contenidos indeseados y a excluir la pornografía que hayan encontrado o los contenidos extremistas. El legislador alemán obliga al bloqueo de contenidos por parte del proveedor que tenga conocimiento de su alcance ilegal o delictivo (parágrafos 5 de la Ley de Televisión de Turingia y del Acuerdo estatal sobre la radiotelevisión centroalemana).

Si se atiende al contenido tradicional de la prohibición de censura, los controles sistemáticos del contenido y los filtros a la difusión realizados por los proveedores privados nada tienen que ver con ella. No se trata ciertamente de medidas de censura del Estado. Sin embargo, si la prohibición de la censura procura impedir una parálisis de la vida espiritual y la interferencia manipuladora u orientadora en los contenidos de la comunicación, entonces las instancias privadas que filtran contenidos pueden comportar un peligro para la libertad de la comunicación semejante al que antes significaba el Estado. Hoy el Estado está organizado democráticamente y por ello controlado de acuerdo con el postulado del Estado de Derecho de múltiples modos. Las empresas privadas no están sujetas a similares prescripciones de control o estructuradas de modo que se asegure su responsabilidad, tampoco los proveedores de internet. Por ello no cabe excluir que el poder de dirección y filtro privado sea, a causa de las escasas posibilidades de control, más peligroso para la libertad de la comunicación que el correspondiente control por parte del Estado.

Si las medidas de control se producen sistemáticamente (para lo cual existen ya múltiples posibilidades), entonces hay riesgo de que ciertos contenidos desaparezcan completamente de la red, al menos entretanto no puedan ser desplazados a otro proveedor. Nadie se opondrá ahora a que sean prohibidos los contenidos delictivos. Pero, ¿quién garantiza que el filtro de los contenidos se limite a ello? (dejando al margen que frecuentemente es difícil precisar las fronteras de lo delictivo); ¿quién garantiza que no sean filtrados igualmente contenidos que los proveedores consideren políticamente indeseables, o la crítica al poder y a los procesos económicos de los

propios proveedores? En cualquier caso, no parece que exista una garantía contra el abuso de poder entretanto no sea efectiva también aquí la fuerza ordenadora del Derecho. No sólo en el futuro, sino ya hoy resulta un problema jurídico determinar si la prohibición de la censura, surgida frente al Estado, ha de ser entendida de otro modo en el nuevo marco de circunstancias, protegiendo igualmente ante actos similares a la censura realizados por las empresas privadas. La discusión al respecto acaba de comenzar.

IV. CONCLUSIÓN

El futuro de los derechos de libertad dependerá también de que, ante nuevos fenómenos, nos preguntemos si la configuración jurídica del ámbito de la libertad resulta suficiente para realizar, en las circunstancias actuales, los fines que ya ayer resultaban importantes. El fin de proteger la libertad ha permanecido a lo largo de la modernidad apenas sin cambios; los medios para lograrlo, sin embargo, deben ser determinados cada vez en función de las condiciones de realización de cada momento. De ahí que conserve importancia, ahora y en el futuro, el contenido jurídico-objetivo de los derechos orientados a la comunicación, y por cierto para garantizar la protección subjetiva de la libertad para todos.