

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE RADIOTELEVISION EN LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

HANS JOACHIM FALLER

Traducción: JAIME NICOLAS MUÑIZ

SUMARIO: I. El contenido de la libertad radiotelevisiva.—II. El aseguramiento de la libertad radiotelevisiva.—III. Nuevas técnicas en la esfera de los medios de masas.—IV. La libertad radiotelevisiva y la radiotelevisión privada.—V. Irradiaciones de la libertad radiotelevisiva.—VI. Resumen y perspectivas.

El artículo 5.1.2 de la Ley Fundamental (LF) de la República Federal de Alemania garantiza la libertad de la información a través de la radiotelevisión, así como la libertad de prensa.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) ha tenido que ocuparse hasta la fecha tres veces, y en profundidad, del problema de la garantía constitucional de la libertad de radiotelevisión, habiendo mediado diez años entre sentencia y sentencia. La primera sentencia en materia radiotelevisiva, de 18 de febrero de 1961 (1), sentó las líneas directrices de las cuestiones competenciales y organizativas de la radiotelevisión y de la libertad radiotelevisiva. Estos principios se vieron reforzados y profundizados en la segunda sentencia, de 27 de julio de 1971 (2), en la que se postuló que los establecimientos radiotelevisivos de derecho público no ejercen ninguna actividad industrial o profesional, por lo que no están sujetos al impuesto de tráfico de empresas o, en su caso, al impuesto del valor añadido. En la tercera sentencia, de 16 de junio de 1981 (3), la primera en ocupar-

(1) Repertorio de decisiones del TCF = BVerfGE, vol. 12, p. 205 (caso de la Televisión alemana).

(2) BVerfGE, 31, 314 (Asunto del impuesto de tráfico de empresas).

(3) BVerfGE, 57, 295 (asunto de la televisión privada). Vid. los comentarios de KULL: *ATP*, 1981, p. 378; R. RICKER: *NJW*, 1981, p. 1925; R. ROEBER: *Film und Recht*, 1981, p. 621; R. SCHOLZ: *JZ*, 1981, p. 561.

se específicamente de los problemas de la radiotelevisión privada, se afirma con gran claridad la responsabilidad del legislador en lo concerniente al aseguramiento de la libertad en materia de radio y televisión.

I. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD RADIOTELEVISIVA

Los derechos fundamentales son ciertamente, según la concepción tradicional, ante todo, derechos subjetivos de delimitación frente al Estado (4). Sin embargo, en el caso de la libertad radiotelevisiva, por lo que hace a la jurisprudencia del TCF, aparece intensamente destacado su carácter como «garantía institucional», circunstancia que guarda relación con la particular función que cumplen estos medios. Ya en la primera sentencia sobre la materia, el TCF califica a la radiotelevisión como importante «factor de la formación de la opinión pública» (5). La libertad radiotelevisiva «es, igual que la libertad de prensa, la libertad de expresión y la libertad de información, un elemento constitutivo por antonomasia del orden democrático liberal» (6). En su condición de uno de los medios de comunicación más poderosos, la radiotelevisión cumple funciones integradoras en pro del Estado en su conjunto (7). La organización de emisiones de radio-difusión, según el desarrollo jurídico alemán, es una «tarea pública» (8). Aunque el tenor literal del artículo 5.1.2 de la LF se limita a la «información», el TCF subraya que la libertad radiotelevisiva no se diferencia esencialmente, en términos de dogmática jurídica, de la libertad de prensa (9). La radio es un moderno medio de comunicación imprescindible que convive con la prensa y equiparable, cuando menos, a ésta, cuya significación como factor de formación de la opinión en una democracia liberal difícilmente se puede sobrestimar.

A pesar de esta intensa acentuación de la vertiente institucional, no se ha de estimar con parquedad el contenido jurídico individual de la libertad radiotelevisiva. El artículo 5.1.2 de la LF contiene también un derecho fundamental subjetivo frente al poder estatal, del que se benefician todas las personas que trabajan en la «información a

(4) Cfr. BÖCKENFÖRDE: *NJW*, 1974, p. 1529; del mismo autor, *NJW*, 1976, p. 2089; H. H. KLEIN: *Der Staat*, vol. 20, 1981, pp. 177 y ss.

(5) BVerfGE, 12, 205, 260.

(6) BVerfGE, 35, 202, 221, caso Lebach.

(7) BVerfGE, 31, 314, 329.

(8) BVerfGE, 12, 205.

(9) BVerfGE, 35, 202, 222.

través de la radio y la televisión». También los establecimientos radiotelevisivos pueden acogerse, en cuanto tales, al derecho fundamental que deriva del citado precepto constitucional (10). Hasta la fecha se encuentra poco aclarado el extremo de si también, y en caso afirmativo en qué medida, está protegido constitucionalmente el acceso de terceros a las organizaciones radiotelevisivas. En conexión con la cuestión de si los titulares de establecimientos radiotelevisivos están legitimados para examinar el contenido de las emisiones electorales de los partidos políticos, y en particular su constitucionalidad, y negarles su radiación a través de las ondas, el TCF ha manifestado que no existe un derecho ilimitado de acceso de los partidos políticos a los establecimientos radiotelevisivos; además, ha precisado que un derecho semejante tampoco está impuesto por la Constitución (11). Sin respuesta está también la cuestión debatida en la bibliografía de si del artículo 5.1.2 de la LF se puede derivar un derecho individual al acceso de personas privadas al medio radiotelevisión, lo que se llama un «derecho de todos» o «derecho de cualquiera». En su tercera sentencia, de modo sintético, el TCF ha descrito el contenido de la función de la libertad radiotelevisiva en los siguientes términos:

La libertad de la radio y la televisión sirve a la misma función que todas las garantías del artículo 5.1 de la LF: a garantizar la libre formación de la opinión individual y política en un sentido global, no limitado a la mera información o a la mera transmisión de opiniones políticas, sino comprensivo de toda procuración de informaciones y opiniones (12).

II. EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBERTAD RADIOTELEVISIVA

La organización de emisiones de radiotelevisión permaneció en Alemania bajo inspección estatal desde 1926. Desde 1945 se impuso aún más intensamente la concepción de la radiotelevisión como una tarea de carácter público. Como titulares de establecimientos de radiotelevisión se fundaron organismos autónomos de Derecho público,

(10) BVerfGE, 31, 314, 322; 45, pp. 63, 79.

(11) BVerfGE, 47, 198, 237 (asunto de los anuncios electorales).

(12) BVerfGE, 57, 295, 319.

a los que hasta hoy corresponde un monopolio en este campo (13). El TCF confirmó este sistema radiotelevisivo de carácter público en su primera sentencia sobre el tema, de 1961, fundamentándolo con la particular situación de la radiotelevisión, caracterizada, a su juicio, por la escasez de frecuencias disponibles y la elevada carga financiera (14). En ello se distinguiría la situación de la radio de la de la prensa. Dentro de la prensa alemana existe una cifra relativamente grande de periódicos y revistas independientes y en concurrencia recíproca, según su tendencia, sus colores políticos o su ideario. En el ámbito de la radiotelevisión, por el contrario, tanto por razones técnicas como por lo extremadamente elevado de la carga financiera que representa la organización de establecimientos radiotelevisivos, el número de los titulares de tales organizaciones no tiene más remedio que permanecer en un nivel relativamente bajo. Al objeto de salir al paso de los peligros que amenazan a la libertad radiotelevisiva a causa de la posición monopolista de los establecimientos de derecho público, el TCF obligó a precauciones especiales de índole material y organizativa (15). El artículo 5.º de la LF exige que este moderno instrumento de la formación de opinión no se entregue ni al Estado ni a un determinado grupo social. Así, pues, los promotores de actividades radiotelevisivas deberían estar organizados de modo tal que en sus órganos todas las fuerzas «sociales relevantes» puedan tener influencia y ser oídas en cuanto a la programación en su conjunto. En cuanto atañe al contenido de esta programación global, deberían existir unas líneas directrices de carácter vinculante, garantes de un nivel mínimo de equilibrio, objetividad y respeto mutuo. Tal como el TCF expone, esto sólo puede asegurarse si a estos principios organizativos y de contenido se los dota de carácter vinculante general por ley. El artículo 5.º exige, pues, la promulgación de tales leyes.

Estos principios establecidos por el TCF integran hasta el día de hoy la base de la organización y funcionamiento de las emisoras de

(13) En la actualidad existen nueve establecimientos regionales de radiotelevisión y dos federales (la Radio Alemania y la Onda Alemana, ambos de radio). Para la garantía de sus intereses estos establecimientos están reunidos en una comunidad de trabajo. Esta, la ARD, organiza el primer programa de televisión como programa comunitario. Mediante un concierto de los Länder de 6 de junio de 1961 se fundó, además, un establecimiento de derecho público, la llamada segunda televisión alemana. Junto a ello las emisoras radiotelevisivas de los Länder organizan sus propios programas de televisión, que constituyen en cada región el tercer programa.

(14) BVerfGE, 12, 205, 261.

(15) BVerfGE, 12, 205, 262 y s.

radiotelevisión de derecho público de la RFA. Los Consejos (Consejo de Radiotelevisión, Consejo de Administración, Consejo Asesor de Programas) han de garantizar la necesaria pluralidad de opiniones (organización pluralista interna).

En la medida en que en el ámbito de la radiotelevisión se da la especial situación descrita, según la jurisprudencia constitucional el monopolio organizacional de los establecimientos radiotelevisivos de derecho público organizados conforme a tales principios no choca contra la libertad de radiotelevisión garantizada en el artículo 5.1.2 de la LF (16).

III. NUEVAS TÉCNICAS EN LA ESFERA DE LOS MEDIOS DE MASAS

Desde el año 1961 se han ido ampliando continuamente, gracias al desarrollo técnico, las posibilidades de la radio y más aún de la televisión. La técnica de las comunicaciones, progresando rápidamente, conduce en parte ya en la actualidad, pero en todo caso en un futuro próximo, a que puedan funcionar un número cada vez mayor de emisoras de radio y televisión compitiendo entre sí. Existen también estudios según los cuales las necesidades financieras para los establecimientos radiotelevisivos ya no serían muy distintos de los requeridos por una empresa periodística (17). Por ello, no puede maravillar que entre los sectores interesados del público desde hace algún tiempo se plantee cada vez más frecuentemente la cuestión de si la situación especial con la que el TCF ha fundamentado en sus dos primeras sentencias la compatibilidad del monopolio de las emisoras de derecho público con la libertad radiotelevisiva tiene todavía vigencia. En especial se plantea con urgencia cada vez mayor la cuestión de la admisión de la radiotelevisión privada (18).

IV. LA LIBERTAD RADIOTELEVISIVA Y LA RADIOTELEVISIÓN PRIVADA

La tercera sentencia del TCF (19), de 16 de junio de 1981, se ha producido en esta situación. Los hechos desencadenantes fueron los siguientes:

(16) BVerfGE, 12, 205, 262; 31, pp. 314, 328 y s.

(17) Cfr., p. ej., BULLINGER: *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 1980, pp. 23 y ss.; H. H. KLEIN: *Die Rundfunkfreiheit*, 1978, página 1.

(18) Cfr. CHR. STARK: *NJW*, 1980, p. 1359; H. H. KLEIN u. W. LAUFF: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, suplemento, 3; K.-H. LADEUR: *NJW*, 1982, p. 359.

(19) BVerfGE, 57, 285.

El Sarre era en un principio el único territorio federal que había sentado los presupuestos legales para la instalación de emisoras privadas de radiotelevisión (20). Desde 1967 una sociedad privada (Freie Rundfunk AG in Gründung, siglas: FRAG) se había esforzado por el otorgamiento de una concesión para emitir. Tras una larga serie de aplazamientos, el Gobierno regional rechazó definitivamente la solicitud en 1976. La sociedad recurrió contra esa resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal suspendió el procedimiento y planteo al TCF la cuestión de si la Ley del Sarre, en la medida en que regulaba la organización por particulares de emisoras radiotelevisivas en lengua alemana, era compatible con la Ley Fundamental.

La primera sentencia ya había partido del extremo de que la Constitución permitía de principio la radiotelevisión privada desde el momento en que la radiotelevisión no debía quedar entregada ni al Estado ni a un grupo social (21). En la sentencia de 1981, el TCF ha circunscrito con mayor detalle las condiciones bajo las que se pueden autorizar emisoras privadas y exige una ley también para la regulación de la radiotelevisión privada. «Esta necesidad de normas configuradoras de rango legal se da también aun cuando, por obra del desarrollo moderno, desaparezca la situación especial de la radiotelevisión que generaban la escasez de frecuencias y lo elevado de las aportaciones financieras requeridas para el establecimiento de emisoras privadas» (22). El Tribunal no se suma a la idea optimista de que la competencia por el público que entre las diversas emisoras se establecería produciría por sí sola —conforme a la legalidad inmanente del mercado— una programación amplia y diversificada. La radiotelevisión, pues, no debe en el futuro entregarse en ningún caso a «libre juego de las fuerzas». Aunque desaparezcan las actuales limitaciones, sigue en pie la exigencia jurídico-constitucional de dispositivos legales tendentes a asegurar la libertad de la radio y la televisión. El TCF niega además que los actuales organismos radiotelevisivos de derecho público, con su organización pluralista interna, cuiden por sí solos de la diversidad en la programación, así como niega también que, por ello, junto a estos organismos se haya de autorizar cualesquiera otras emisoras. «Pues una contemplación adicional unilateral tan sólo de singulares corrientes de opinión en la radiotelevisión»

(20) Ley número 806, de 2 de diciembre de 1964 (B. O. núm. 1111), modificada y completada por Ley número 844, de 7 de junio de 1967 (B. O., p. 478).

(21) BVerfGE, 12, 205, 262.

(22) BVerfGE, 57, 295, 322.

sión privada significaría para el conjunto de los programas nacionales accesibles al espectador u oyente una alteración, cuando no una supresión, del equilibrio fundamental de la *toma de palabra*.

En cualquier caso, el TCF no sólo aprecia la constitucionalidad de una organización en la que la influencia de las fuerzas sociales queda mediatizada internamente por los órganos del establecimiento («estructura pluralista interna»), sino que también considera como admisible que la libertad radiotelevisiva se instaure y mantenga por vía de la diversidad externa, «pluralismo externo», de los titulares. En este caso, cada uno de los titulares de un establecimiento no tiene que sujetarse, individualmente considerado, al mandamiento del equilibrio en su respectiva programación, aunque sí continúa obligado a una información objetiva, no estrecha y veraz, así como a un mínimo de respeto mutuo.

El legislador —no el gobierno— debe además regular el acceso a la organización de emisoras privadas y, en la medida en que no es posible concedérselo a cada solicitante, fijar reglas de selección. El procedimiento de selección ha de observar el postulado de la igualdad (art. 3.º-1 de la LF) y configurarse en virtud de unos criterios objetivos y aceptables en términos individuales.

Comoquiera que las normas del Sarre sometidas al control del Tribunal Constitucional Federal no observaban estos requisitos constitucionales mínimos en todos sus puntos, el TCF las declaró inconstitucionales y nulas.

V. IRRADIACIONES DE LA LIBERTAD RADIOTELEVISIVA

Los preceptos en los que se contienen los derechos fundamentales dan cuerpo, según la doctrina del TCF, a un orden objetivo de valores que vale, a título de decisión constitucional fundamental, para todos los ámbitos del ordenamiento jurídico (23). El hecho de que la libertad radiotelevisiva repercute incluso en el seno del derecho laboral lo pone en claro una decisión del TCF, de 13 de enero de 1982, que se acaba de hacer pública recientemente.

Los establecimientos radiotelevisivos de la República Federal de Alemania emplean junto a trabajadores fijos de plantilla a muchos «co'aboradores libres» que no tienen condición de trabajadores y que

(23) BVerfGE, 7, 198.

por ello no disfrutaban de ninguna protección frente al despido (en total unas 90.000 personas). Desde hace varios años, numerosos colaboradores trataron de conseguir, con la ayuda de los tribunales, que el requerimiento reiterado de sus servicios para un establecimiento radiotelevisivo diera origen a una relación laboral sujeta a protección contra el despido. Estos esfuerzos tuvieron éxito en buena medida. En muchos casos el Tribunal Federal laboral ha estimado las acciones reclamando la constatación de una relación laboral permanente. Las emisoras, por el contrario, manifestaron la preocupación porque este desarrollo repercutiera negativamente en la programación. Una emisora recurrió en amparo —y con éxito— ante el TCF apelando a la libertad de la radio y la televisión. El Tribunal anuló las sentencias laborales impugnadas por violación del artículo 5.º-1 y 2 de la Ley Fundamental.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el TCF expone que la libertad de radio y televisión es, desde una perspectiva esencial, libertad de programación en el sentido de prohibición de toda influencia ajena sobre la selección, el contenido y la configuración de los programas. Al aseguramiento de esta misión ya servían ciertamente las líneas directrices para el contenido de la programación en su conjunto y las exigencias planteadas a la estructura organizacional de los establecimientos radiotelevisivos, tal y como ya se los ha descrito. Una oferta de programación que tome en consideración la necesaria diversidad de los programas, sin embargo, no es algo que pueda garantizarse exclusivamente por medio de exigencias normativas de contenido o regulaciones de carácter organizacional. También presupone, aunque no en primera línea, que las emisiones son confeccionadas por personas que se encuentran en condiciones de introducir en los programas la obligada diversidad. A juicio del TCF, es asunto de los centros emisores cumplir con tales exigencias de la programación recurriendo a la utilización de los colaboradores cualificados en cada caso. Ahora bien, las emisoras no parece que estén en situación de satisfacer estas exigencias si estuvieran forzadas a contar sólo con colaboradores fijos. Por ello, pues, deben poder recurrir a un círculo amplio de colaboradores idóneos que no estén empleados de modo permanente, sino sólo por el periodo de tiempo en que sus servicios sean requeridos. La garantía constitucional de la libertad radiotelevisiva se extiende al derecho de los establecimientos de radiotelevisión a decidir con libertad y sin mediatización por parte ajena acerca de la selección y el empleo de sus colaboradores. Esta

protección de la libertad radiotelevisiva se extiende también, dentro de ciertos límites, a la decisión de si los colaboradores han de ser empleados fijos o si su empleo se ha de limitar a un período determinado o a un proyecto en concreto, así como al número de veces que se ha de recurrir a uno de estos colaboradores. De todas maneras, esta protección constitucional del artículo 5.º-1.2 de la LF sólo se refiere al círculo de colaboradores que participan en las emisiones *configurando su contenido* (por ejemplo, directores, moderadores, comentaristas, científicos, artistas), pero, sin embargo, no tiene vigencia para los colaboradores que no confeccionan directamente el contenido de las emisiones, esto es, el personal de servicio y de la administración, así como aquellas personas cuya participación se limita a la realización técnica, sin tener influencia en el contenido de los programas.

Al no haber tenido en cuenta los tribunales laborales esta situación constitucional en las resoluciones judiciales impugnadas, el TCF procedió a su anulación. Tan sólo en el caso de una violinista de orquesta se rechazó el amparo solicitado por una emisora, ya que aquí no se trataba de una colaboradora que trabajara directamente en la configuración de los programas.

VI. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

Sobre la situación de la radiotelevisión en la República Federal de Alemania puede constatarse, a título de resumen, que las condiciones en que se puede organizar la radiotelevisión no parece, en principio, que vayan a alterarse sustancialmente en un período previsible de tiempo. Independientemente de que los titulares estén organizados según formas de Derecho público o de Derecho privado, la protección constitucional de la libertad de radiotelevisión impone que, ya sea por la organización pluralista interna, ya por una estructura pluralista externa, se asegure una diversidad en la que todos los grupos y fuerzas sociales puedan hacer oír su voz (24).

Si se van a dictar normas legales acerca de la organización de la radiotelevisión privada, y, en su caso, cuándo vayan a dictarse, es algo que está ahora en manos de los parlamentos de los *Länder*. La tercera sentencia del TCF en materia de radiotelevisión ha vuelto a consagrar la competencia exclusiva de los *Länder* para la regulación de la radio

(24) Cfr. también G. HERMANN: *Film und Recht*, 1981, p. 630.

y la televisión —con la excepción de los aspectos técnicos de la emisión—. Sin embargo, esta sentencia ha dejado sin responder algunas cuestiones importantes. Esto ha sucedido en primer término con el problema de si la financiación (publicitaria, por ejemplo) de los nuevos establecimientos emisores ha de ser también objeto de una regulación legal. La sentencia no dice nada expreso en torno a este punto. Como tampoco se ocupa de la cuestión de si existe un derecho subjetivo accionable a la autorización de emisoras. ¿Existe acaso una obligación por parte de los *Länder* de regular por ley la radiotelevisión privada? A tal efecto es necesario responder también algunas cuestiones políticas: ¿Acaso se constata en la República Federal Alemana una necesidad de más programas de radiotelevisión?, ¿tiene que convertirse la televisión por cable en una televisión comercial; ha de integrarse en la actual organización radiotelevisiva o han de instituirse nuevos titulares independientes, pero en todo caso bajo formas jurídico-públicas? En los grandes partidos políticos se defienden posiciones divergentes en torno a estos extremos. En el seno del SPD hay fuerzas que quieren que todo siga organizado bajo los actuales moldes de Derecho público. En la CDU/CSU existen esfuerzos en pro de la libre competencia radiotelevisiva y de una televisión más orientada en la vertiente comercial. Los *Länder* Baden-Württemberg y Baja Sajonia preparan normativas legales para la autorización también de emisoras privadas. No se puede excluir que en el futuro la radiotelevisión esté regulada de modo distinto en los diversos *Länder*. El artículo 5.º-1.2 de la Ley Fundamental exige que la libertad radiotelevisiva y la diversidad de opiniones queden aseguradas en todo caso. La actual organización jurídico-pública de la radiotelevisión no es, empero, la única forma posible de conseguirlo (25).

(25) Cfr. también W. HOFFMANN-RIEM: *ZRP*, 1981, p. 177; E. KULL: *Film und Recht*, 1981, p. 844.