

LA DIMENSIÓN JURÍDICO-OBJETIVA DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (*)

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM

1. LA IDEA DE LIBERTAD.—2. LA TAREA JURÍDICO-OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. NUEVAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD EN LAS NUEVAS CIRCUNSTANCIAS.—4. LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN: 4.1. *La sentencia del Caso Lüth*. 4.2. *La decisión sobre la televisión de Adenauer y otras sentencias en materia de radiotelevisión*. 4.3. *La televisión comercial privada*.—5. REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS NUEVOS MEDIOS DE DIFUSIÓN.—6. CENSURA EN INTERNET.

Anoche, en Madrid, acudí a la ópera. Se representaba *Don Carlos*, la obra teatral del célebre poeta alemán Friedrich Schiller, para la cual compuso la música el no menos célebre compositor italiano Giuseppe Verdi. Transcurre en España, y trata del Rey Felipe II y de su hijo Don Carlos; se desarrolla en el siglo XVI, un tiempo en el que España era una potencia mundial.

El rey Felipe II dominaba gran parte de Europa, incluido Flandes, un territorio que hoy se reparte entre Bélgica y Holanda; allí se produjo una rebelión contra el dominio español. Don Carlos, que vivía, como muchos hijos, en conflicto con su padre, se situó del lado de los estamentos flamencos, y reclamaba libertad. En un célebre pasaje del drama de Schiller se expresa así una

(*) Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (UNED). El texto recoge la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid por invitación de la Cátedra *Jean Monnet de Cultura Jurídica Europea*, de la que es titular Antonio López Pina. De HOFFMANN-RIEM, reconocido especialista en Derecho de los medios de comunicación, se han publicado en castellano, entre otros trabajos, el capítulo «Libertad de comunicación y de medios», del *Manual de Derecho Constitucional*, de BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (Madrid, Marcial Pons, 2001, 2.ª ed., págs. 145-215), y el artículo «Retos que la libertad de comunicación plantea al Derecho», *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 19, 2002, págs. 159 y sigs.

petición al Rey Felipe II: *Señor, conceded libertad de pensamiento*. Cuando esa obra se representaba en Alemania en la época nacionalsocialista, tal frase solía provocar aplausos; por ello prohibió el Gobierno la representación o, al menos, que se incluyera el pasaje mencionado: naturalmente, el Gobierno de Hitler sentía temor ante la libertad de pensamiento y de opinión.

En cualquier caso, la libertad por la que los flamencos se alzaron contra Felipe II no resulta idéntica a la libertad a la que hoy nos referimos cuando pensamos en los derechos fundamentales. Se trataba entonces de la libertad respecto del dominio extranjero, frente al sometimiento a la Monarquía española y a la Iglesia católica. Monarquía e Iglesia ejercían un estricto control, en particular no permitían la libre expresión del pensamiento. Por ello se mezcló en este movimiento la aspiración a la liberación nacional con el deseo de libertad ideológica y de pensamiento.

Esa libertad, sin embargo, no había de conquistarse para toda la población. Se trataba en primer lugar de un privilegio de los estamentos, en especial de la nobleza. Aquellos derechos de libertad, ciertamente presentes como idea ya en la Edad Media, no admiten comparación alguna con los modernos derechos de libertad, por ejemplo del Bill of Rights de Virginia de 1776 o de la Déclaration de Droits de l'Homme et le Citoyen de 1789, surgida de la Revolución francesa. Los movimientos modernos en favor de la libertad no procuran sólo privilegios para una parte de la población, sino una nueva ordenación de la sociedad en su conjunto, una ordenación sostenida asimismo por la idea de la igualdad de todos.

1. LA IDEA DE LIBERTAD

a) La libertad en buena medida lograda hoy en los Estados occidentales de Europa, tanto en Alemania como en España, se identifica como libertad para todos; esto es, la libertad se combina con la igualdad. La libertad debe determinar la vida de todos los ciudadanos, no sólo de una nobleza privilegiada, de estamentos especiales o de grupos singulares de la población.

Tal idea de libertad es muy antigua. Sin embargo, sólo se lucha por ella hasta lograrla en la modernidad, en especial a partir de comienzos del siglo XVIII; y sólo en el siglo XX fue finalmente realizada.

La lucha por un orden en libertad resultó relativamente fácil a las colonias americanas. Vivían en un continente en el que el poder estatal estaba aún en construcción y donde no existía una larga tradición de sometimiento a señores feudales, a dinastías monárquicas o a la Iglesia católica. En Norteamérica se desarrollaba una sociedad a partir de personas que habían partido hacia un continente extraño para librarse de las constricciones sociales, de la escasez económica, en parte también de la opresión política que dominaba sus países

de origen. Continuaba habiendo señores, en este caso los ingleses: su dominio colonial debía ser suprimido. Mas vivían muy lejos, en Inglaterra, de modo que finalmente no pudieron oponerse a las aspiraciones de libertad de sus colonias.

Por el contrario, los europeos lograron su libertad en duras confrontaciones con sus dominadores. La revolución francesa continúa siendo un célebre modelo: la libertad debía conquistarse en un país que conocía una tradición muy duradera de ordenación monárquica y estamental. Su transformación en un nuevo orden de libertad para todos necesitó ligarse a la lucha por una modificación completa las relaciones sociales. Igualmente largo y duro fue el camino. No resulta sorprendente, por ello, que la restauración política en el siglo XIX tuviera éxito durante mucho tiempo, impidiendo la realización de las ideas de la Ilustración. Para lograr un nuevo orden fue preciso quebrar las posiciones de poder de los príncipes y de las Iglesias, suspender la clasificación de la población en diversos estamentos, y todo ello transcurrió en paralelo con transformaciones sociales, tecnológicas y económicas inconmensurables. La combinación de libertad e igualdad presuponía ante todo que la sociedad fuera transformada completamente. Por ello los derechos de libertad fueron también medios para la transformación de la Sociedad, e igualmente para la transformación de las relaciones entre Estado y Sociedad. Los esfuerzos revolucionarios condujeron a una nueva estructura social y a una nueva ordenación de las relaciones entre los ámbitos respectivos del Estado y de la libertad social.

b) La idea de libertad desarrollada en la época de la Ilustración, el siglo XVIII, suponía que la libertad se realizaría con la ayuda del Derecho. Por ello, junto a la libertad moderna estaba también, desde los orígenes, la idea del Estado de Derecho. La libertad no debía tomar la forma de la anarquía, sino que había de ser incorporada en estructuras jurídicas; resultaría asegurada con la ayuda de la ley.

Mientras que la ley era anteriormente una ordenación jurídica establecida por el monarca, en adelante su fuerza de obligar debía proceder del Parlamento. El Parlamento, a cuya elección no estaban aún en absoluto llamados todos los grupos de población, se convertía especialmente en instrumento de la emergente burguesía, que a causa del desarrollo económico y político era cada vez más importante; ahora procuraba establecer límites al poder estatal con la ayuda de las leyes adoptadas por el Parlamento. La ley parlamentaria devino así instrumento de delimitación del poder del Estado y, al mismo tiempo, medio de ordenación de las relaciones sociales. Como la burguesía resultaba determinante en el Parlamento, pudo concurrir a la definición de los límites impuestos al Estado, e igualmente establecer reglas que debían regir el tráfico privado dentro del ámbito de la libertad social.

De acuerdo con su idea fundamental, existían pues dos ámbitos separados:

de un lado, la Sociedad como esfera de la libertad; de otro, el ejercicio del poder del Estado. El Estado era necesario para procurar una ordenación suficiente de las conductas humanas, además de asumir tradicionales tareas estatales como la defensa exterior. El orden de la libertad no debía ciertamente ser anarquía o caos. Por otra parte, se trataba de limitar el Estado antes absoluto, impidiendo así que los gobernantes cedieran a la tentación del poder.

A la idea de la libertad estaba ligado el convencimiento de que el ámbito de la libertad necesitaba configuración jurídica. Es cierto que los filósofos y teóricos que habían desarrollado el concepto partían de que existía una libertad preestatal, por tanto no dependiente del Estado; la idea del Derecho natural era determinante en este extremo. Pero igualmente sabían que cualquiera que puede perseguir sus propios intereses individuales amenaza con recortar los intereses de los demás. El uso de la libertad de unos conduce fácilmente a minorar la libertad de otros. Si la libertad debía valer para todos, había de tratarse de una libertad ordenada, en la cual alcanzaran su legítimo reconocimiento los distintos intereses.

La ley tenía por ello dos tareas. Junto a la tarea de limitar el poder del monarca, de su gobierno y su administración, aparecía la tarea de hacer compatible entre sí la libertad de los diferentes individuos. Por ello, los derechos de libertad eran también un programa para una nueva ordenación de la Sociedad, que aún debía ser desarrollado. Las leyes eran concebidas también como instrumentos para realizar tal programa, para concretar de qué modo cabía hacer posible la libertad de todos. Había que lograr un equilibrio entre el poder del Estado como fuerza ordenadora y la libertad de la Sociedad, pero también un equilibrio en el ejercicio de la libertad por parte de los diversos miembros de la Sociedad. Las libertades de los ciudadanos debían ser ensambladas de modo que todos alcanzaran tanta libertad como fuera posible.

Expresado de otro modo: los derechos de libertad constituyeron desde un principio, en su desarrollo histórico, una tarea para el legislador; la de establecer un orden en libertad. Si tal conclusión puede ser traducida a nuestra terminología actual, cabría decir que no sólo conferían derechos subjetivos a sus titulares, sino que incorporaban al mismo tiempo una tarea jurídico-objetiva para la configuración de las relaciones humanas mediante el Derecho.

2. LA TAREA JURÍDICO-OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) Si el legislador cumple esta tarea, y las condiciones de vida en libertad quedan estructuradas a través del Derecho, todos los afectados resultan beneficiarios de él: los ciudadanos, como sujetos de Derecho, pueden utilizar

para sí el Derecho establecido. Si existe tutela judicial, lo que en los inicios del desarrollo no resultaba en absoluto evidente, el individuo podrá reclamar sus derechos e imponerlos ante los jueces. Los derechos de libertad son así derechos subjetivos de los ciudadanos y de las ciudadanas (primeramente eran privilegiados sólo los hombres, hoy es evidente que los derechos corresponden también a las mujeres). En esa función, los derechos de libertad son derechos individuales, que permiten imponer lo que la ley, como ordenación, establece.

A ello se añade la segunda dimensión de los derechos de libertad, la ordenación de Estado y Sociedad de acuerdo con el principio de la mayor libertad social posible. En ello consiste la ya aludida dimensión jurídico-objetiva de los derechos de libertad.

Quien hoy habla de derechos de libertad no piensa en primer lugar en esta función, sino en la jurídico-subjetiva. Tal dimensión es importante ante todo para los profesionales del Derecho, por ejemplo cuando, como abogados, quieren hacer valer los derechos de su cliente. Ante los jueces se acostumbran a oponer límites jurídicos mediante el recurso a un derecho subjetivo. Para la admisibilidad de una demanda ante un tribunal nacional o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta ordinariamente exigido que el demandante pueda invocar un derecho subjetivo.

Concentrar la atención en los derechos subjetivos no debería hacernos olvidar, sin embargo, que en la formulación inicial de la idea de libertad no estaba el derecho subjetivo, sino el programa para la realización de la libertad; esto es, la dimensión jurídico-objetiva. Que hoy la dejemos en buena medida al margen de nuestra atención, y podamos concentrarnos en el derecho subjetivo, es una prueba de que el programa jurídico-objetivo se ha completado en buena medida, pues el legislador ha realizado la tarea de crear una ordenación en libertad. Como resultado de esa ordenación surgen derechos subjetivos, y, en consecuencia, el fundamento jurídico-objetivo parece no ser ya tan importante. Si el orden de libertad está establecido y los particulares tienen derechos subjetivos, entonces es suficiente con reclamarlos para la realización jurídica de la libertad.

b) Si vuelvo la mirada hacia Alemania, resulta claro en qué medida el camino hasta la situación actual ha resultado largo y costoso. Es cierto que en Alemania, ya a comienzos del siglo XVIII, la Revolución francesa fue acogida en parte con entusiasmo; pero resultó rápidamente sofocada por la reacción de los príncipes. En el siglo XIX, la idea de los clásicos derechos de libertad en modo alguno tuvo éxito político. Sí hubo un corto período, en torno a 1848, en el que se produjo una pequeña revolución burguesa. En un Parlamento establecido en la Iglesia de San Pablo en Frankfurt, una asamblea esencialmente compuesta por profesores ilustrados, se intentó trasponer jurídicamente la idea de libertad. Esto condujo a discusiones ricas en contenido, a cuyo término

surgió un texto constitucional cuya formulación aún hoy resulta moderna en muchos aspectos. Núcleo de esa Constitución eran los derechos fundamentales, que durante un breve período entraron en vigor como ley en algunas partes de Alemania. En su conjunto, sin embargo, fracasó el intento, y la Constitución nunca llegó a ser fundamento de la vida estatal y social. Se dice hoy jocosamente que tarea tan delicada como la transformación de una Sociedad no puede encomendarse a profesores; cabe dudar, sin embargo, de que otros hubieran logrado mejores resultados. El proyecto fracasó de hecho no por la escasa calidad de las ideas, sino por el marco de condiciones sociales y políticas, que entonces no estaban aún maduras para ello.

Pese al fracaso político de la Constitución de la Iglesia de San Pablo, no murió con ella la idea de libertad. Los derechos de libertad, que no fueron arrancados por los ciudadanos en los distintos Estados alemanes como derechos constitucionales, pudieron ser garantizados por los príncipes, pero sólo en forma de normas establecidas desde el Estado. Continúa influyendo la ley como medio para el aseguramiento de la libertad, pero a su vez estaba, por su parte, limitada a sólo ciertos fragmentos de una ordenación en libertad. En esta fase se ceñía la discusión sobre los derechos de libertad a la pura consideración jurídico-subjetiva. En cuanto establecían un orden en libertad, las leyes no eran a su vez reflejo de una libertad política ya lograda, sino simple medio de realización de aspectos parciales de la libertad.

En el siglo xx, desde el final de la I Guerra Mundial hasta el nacionalsocialismo, se volvió a enlazar con la idea de libertad de la Ilustración y de la Constitución de la Iglesia de San Pablo, y todo ello se ligó a la idea de los derechos sociales; ambos aspectos constituyeron el fundamento de la realización de los derechos también tras la II Guerra Mundial. La Ley Fundamental contiene un catálogo de derechos en la tradición de la Constitución de la Iglesia de San Pablo y de la Constitución de Weimar aprobada tras la I Guerra Mundial. Queda igualmente asegurado que todos los derechos de libertad están garantizados por tribunales independientes. Los derechos de libertad son configurados como derechos subjetivos, capaces de imponerse con la ayuda del ordenamiento jurídico.

Pero es preciso insistir de nuevo en que las normas de derechos fundamentales pueden igualmente ser comprendidas como tarea para la creación de un orden en libertad; por más que este contenido esté suspendido también en la actual comprensión de los derechos fundamentales en Alemania. Porque sigue siendo válido lo referido sobre el pasado desarrollo histórico: la tarea jurídico-objetiva pasa a un segundo plano cuando ha sido conformada mediante una ordenación normativa en libertad —entonces aparece en primer plano su conservación mediante los derechos subjetivos.

Nada cabe oponer a quien se dé por satisfecho con esto entretanto las relaciones políticas, sociales, tecnológicas, económicas y culturales permanezcan inalteradas. Pero, si se modifican estas relaciones, puede cobrar importancia una nueva pregunta: ¿No será acaso necesario acordar el desarrollo jurídico a la modificación de las circunstancias, a fin de lograr el objetivo originario de una ordenación en libertad? Si se modifica la realidad y permanecen las normas jurídicas, surge el riesgo de que éstas se vayan haciendo ineficaces con relación a la nueva realidad. Si el orden jurídico no debe quedarse en simple fachada, sino llevar al aseguramiento de la libertad real, puede ser imprescindible acomodar las normas a las relaciones que se han transformado. Entonces cobra de nuevo importancia el programa contenido en los derechos fundamentales para la realización de un orden en libertad, en particular como tarea y medida para la transformación del Derecho. Y hoy vivimos un tiempo así, de relaciones en transformación.

3. NUEVAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD EN LAS NUEVAS CIRCUNSTANCIAS

Una mirada al último siglo y medio muestra que en Europa han tenido lugar revoluciones considerables. Desde finales del siglo XIX, la industrialización dio lugar a un gran crecimiento del proletariado, en el que se fue extendiendo la idea de igualdad. La I Guerra Mundial trajo el desmoronamiento de las estructuras políticas, sociales y también estatales conocidas hasta entonces. En los años veinte, la crisis económica condujo a la menesterosidad social y al desarraigo de muchos. El fascismo —en Italia, en Alemania y también en España— produjo nuevos órdenes políticos al margen de la clásica idea de libertad. La II Guerra Mundial condujo no sólo a la caída de los fascismos, sino a una transformación fundamental de la ordenación social y estatal en Europa. Su reconstrucción fue determinada por la guerra fría, pero el siglo XX terminó con el desmoronamiento de la antigua Unión Soviética y con el declive político de la pretensión de realizar un orden comunista. Hoy se observa principalmente una creciente internacionalización y globalización de muchas condiciones de vida, dirigida por abigarradas transformaciones en la tecnología, actualmente por ejemplo en la transición hacia una sociedad de la información.

Los cambios radicales de las circunstancias plantean la pregunta de si la idea ilustrada de libertad puede hoy seguir siendo realizada con los mismos medios que fueron ideados por los filósofos del siglo XVIII o puestos en vigor por los Parlamentos de los siglos XIX y XX. Las gigantescas transformaciones económicas, tecnológicas, sociales, políticas y culturales, ¿no habrán de ser

ocasión para hallar nueva respuesta a la pregunta sobre cómo debe ser hoy protegida la libertad, si es que se quieren seguir realizando los objetivos, de tan larga trayectoria histórica, de la libertad y la igualdad? La vinculación de las ideas de libertad e igualdad continúa siendo importante, pero también lo es la cuestión de si resulta adecuado seguir mirando preferentemente hacia el Estado como *la* amenaza para la libertad, quizá perdiendo así de vista los peligros que proceden de quienes disponen de poder social.

Por mi parte, creo que la configuración jurídica de la libertad no sólo se ha transformado continuamente en el pasado, sino que también debe continuar transformándose para asegurar que la libertad y la igualdad determinen en la medida de lo posible, también en adelante, la vida de todos los ciudadanos y ciudadanas. No resulta suficiente con insertar derechos de libertad en los textos legales. Es importante que esos derechos sean configurados de modo que puedan influir en nuestra vida cotidiana, posibilitando así la libertad real.

Es sabido que existen muchas leyes que no son cumplidas en realidad; para los derechos constitucionales como fundamento de la libertad humana resulta especialmente importante que las leyes establecidas para su protección sean cumplidas. Pero también que sean útiles para realizar la libertad. Por ello es tarea ordinaria del legislador, y también de la ciencia jurídica y de los tribunales, poner a prueba los nuevos desarrollos y clarificar bajo qué presupuestos las prescripciones jurídicas pueden ser establecidas eficazmente en la realidad. ¿Cómo ha de ser la estructura jurídica de la libertad para realizar el objetivo histórico de la libertad y la igualdad en las actuales circunstancias?

Si se reconoce que el aseguramiento de la idea de libertad en la medida de lo posible impone la configuración de las relaciones jurídicas, entonces importa tomar en consideración de nuevo el aspecto jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. Si, por el contrario, nos fijamos sólo en el aspecto jurídico-subjetivo, existe el riesgo de que los derechos fundamentales sirvan para el fortalecimiento de la posición de algunos, en particular de quienes han logrado mayor fuerza e influencia a consecuencia de la transformación de las relaciones sociales. Los derechos fundamentales podrían devenir, en consecuencia, privilegios para unos pocos. Pero ello contradiría la idea básica que combina libertad e igualdad: en un orden jurídico fundado sobre ambas, los privilegios quizá no resulten completamente excluidos, pero precisan justificación. Entretanto, cabe preguntar si el desequilibrio de poder que existe en toda sociedad pone en peligro la libertad de los demás. La mirada al contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales puede hacer imperiosa la tarea de impedirlo.

4. LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

A partir de estas cuestiones básicas para un orden jurídico en libertad, enmarcadas en la teoría y la historia de los derechos fundamentales, cabe concentrarse ahora en el derecho fundamental de la libertad de comunicación. Tal derecho ofrece, por lo demás, materiales para verificar las tesis anteriores. Me limitaré al ejemplo alemán, en particular planteando el desarrollo del Derecho constitucional, fuertemente influido por el Tribunal Constitucional. Éste entrelaza contenidos jurídico-objetivos y jurídico-subjetivos; la dogmática alemana de los derechos fundamentales permite tomar en serio este juego combinado entre ambos. Primeramente mostraré algunos pasos singulares del desarrollo de la teoría moderna de los derechos fundamentales, para pasar después a cuestiones actuales aún no resueltas.

4.1. *La sentencia del caso Lüth*

Una de las más importantes y célebres resoluciones del Tribunal Constitucional alemán es la del caso Lüth, en los años cincuenta. Erich Lüth era el portavoz de prensa del Senado de Hamburgo, el Gobierno del Land; un ciudadano políticamente comprometido, que como judío había padecido bajo el régimen nacionalsocialista. En aquellos años observaba cómo antiguos nazis, que justo tras la guerra parecían haberse esfumado, volvían a cobrar relieve público cada vez en mayor medida. Entre ellos estaba un director de cine, Veith Harlan, que había rodado una película antisemita (*Jud Süß*), y que ahora producía de nuevo un film, con un título políticamente inofensivo: *La amada inmortal*. Lüth consideró un escándalo que un antiguo director de cine nazi volviera a la profesión, quizá trasladando la misma ideología que antes, incluso en películas sin aparente significado político, e impulsó públicamente el boicot de la película. Tal llamada al boicot se consideraba, de acuerdo con el Derecho civil alemán, contraria a las buenas costumbres, y por tanto antijurídica. El director, la productora y la empresa distribuidora acudieron a los tribunales, y el juez civil se orientó por el Código Civil, que regula las relaciones entre los particulares, para declarar el boicot contrario a Derecho, como era habitual entonces.

Los derechos fundamentales no fueron utilizados en tal resolución; resultaban, de acuerdo con la concepción tradicional, derechos del ciudadano frente al Estado, no influían en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, me cabe apelar a los derechos fundamentales si el Estado me prohíbe expresar una opinión o reunirme con otros, o si me obliga a prestar el servicio militar contra

mi conciencia. Por el contrario, las relaciones entre los particulares no quedan vinculadas, por ejemplo, por el principio de igualdad: el vendedor de verduras no está obligado por los derechos fundamentales a tratar a todos igual. Por ello los particulares tienen permitidas muchas conductas que al Estado le resultan prohibidas.

La llamada al boicot de Lüth conduce a la pregunta de si los derechos fundamentales pueden adquirir significado cuando el Estado, a través de sus jueces, ha de intervenir en un conflicto entre los ciudadanos. ¿Sólo es decisivo entonces que se trate de un conflicto entre particulares, o también es significativo que el Estado intervenga en su resolución? El Tribunal Constitucional se planteó la cuestión e impuso que los jueces, ante conflictos entre particulares, también hayan de prestar atención al orden de valores de la Ley Fundamental.

Lüth apelaba a la libertad de pensamiento. También el director de cine se remitía a sus derechos fundamentales, a su derecho rodar películas y a producir obras de arte, a ganar dinero con ello. Se trataba, pues, de un conflicto entre particulares igualmente titulares de derechos fundamentales. El Código Civil alemán no prevé que el derecho fundamental a la libertad de pensamiento pueda ser utilizado para perjudicar a alguien en sus negocios; al contrario: la antijuridicidad de una llamada al boicot presupone que éste no está protegido a causa de su contenido ideológico. No resultaba por ello realmente objetable que los jueces civiles obligaran a Lüth a abandonar el boicot. De acuerdo con la concepción tradicional, de nada servía a Lüth apelar a sus buenas intenciones, diciendo por ejemplo que actuaba en interés del desarrollo político alemán y que deseaba asegurar que nunca más hubiera nacionalsocialismo en Alemania, que actuaba en favor de la democracia y de un régimen de libertad para todos.

El Tribunal Constitucional llegó a la pregunta decisiva de si estos motivos y circunstancias podían resultar importantes para resolver si un boicot es contrario a las buenas costumbres y por tanto antijurídico. Si bien se trataba de un conflicto entre particulares, el Tribunal Constitucional recurrió a los derechos fundamentales, y en concreto a su contenido jurídico-objetivo. Esa tarea jurídico-objetiva, como programa para que el legislador estructure las relaciones sociales en libertad, se proyecta sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluso sobre el Derecho civil. Influye así el contenido jurídico-objetivo sobre las relaciones entre particulares.

Ahora bien, los derechos fundamentales no rigen en las relaciones entre los particulares de modo directo. Representan un orden de valores fundamental, que ha de ser atendido en cualquier supuesto en el que hayan de ser valoradas conductas, también por tanto en el ordenamiento jurídico-privado. La pregunta de si un boicot es contrario a las buenas costumbres presupone valo-

rar una conducta como contraria a las buenas costumbres. Mas lo que sean las buenas costumbres en un ordenamiento jurídico no puede ser decidido al margen de los presupuestos de valor de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional impuso que el orden de valores de los derechos fundamentales haya de ser tenido en cuenta siempre que el ordenamiento jurídico utilice conceptos valorativos. La decisión de valor en favor de la libertad contenida en la Constitución, aquí en favor de la libertad de pensamiento, debe por ello ser tomada en consideración.

El Tribunal Constitucional consideró que Lüth se ocupaba de asuntos de interés público; no actuaba en beneficio propio, en especial no estaba movido por un propósito lucrativo: Lüth no llamaba al boicot porque fuera un competidor del director Veith Harlam o de la firma distribuidora, o porque quisiera promover la distribución de un film propio. Para él se trataba solamente de hacer un llamamiento a la conciencia pública, de que la atención pública se fijara en una amenaza para la libertad. Esos motivos fueron aceptados por el Tribunal, que decidió que el conflicto jurídico entre los particulares había de ser resuelto con el recurso a la ordenación jurídico-objetiva de los derechos fundamentales.

Ello no significa que la libertad de pensamiento ahora se sobreponga a cualquier otra perspectiva; mas el derecho fundamental a la libertad de pensamiento ha de ser tenido en cuenta ante un conflicto con otros derechos fundamentales, como la libertad artística y cinematográfica o la libertad de iniciativa económica. Las libertades fundamentales han de ser ponderadas entre sí, y ha de buscarse una vía de equilibrio adecuado que ofrezca a los diferentes derechos de libertad la máxima efectividad posible.

La jurisprudencia fundada sobre esta resolución, progresivamente desarrollada en nuevas sentencias, se conoce bajo el concepto de *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (Drittwirkung der Grundrechte)*. Con ello se pretende expresar que no se trata de la orientación de los derechos fundamentales frente al Estado, sino de una eficacia frente a los particulares, considerados sólo como terceros. Los ciudadanos en sus relaciones recíprocas no están ligados directamente a los derechos dirigidos frente al Estado, mas deben actuar en ellas, dado el caso, con atención al contenido de valor de los derechos fundamentales.

4.2. *La decisión sobre la televisión de Adenauer y otras sentencias en materia de radiotelevisión*

Un segundo caso ejemplar, ahora para la jurisprudencia sobre el desarrollo de la ordenación jurídica de los medios, arranca de un conflicto en materia

de radio y televisión. En los años cincuenta existía en Alemania sólo radiotelevisión pública. Las instituciones jurídico-públicas de radiotelevisión eran independientes del Estado; había sido importante para diseñarlas el modelo de la BBC británica. En todas partes del mundo puede observarse que una televisión independiente molesta al Gobierno; y el canciller alemán era entonces Konrad Adenauer, un renano autoritario que frecuentemente había de sentirse irritado con la televisión y con la radio. Los editores de prensa alemanes tenían a su vez el deseo de fundar radios y televisiones propias. En tal situación creó el canciller junto con otros, en especial el ministro de finanzas alemán, una sociedad televisiva de responsabilidad limitada. Estaba estructurada de acuerdo con el Derecho privado, pero resultaba próxima al Estado por razón de sus promotores. A demanda de los Länder, que criticaron en especial una intromisión en la estructura federal, el Tribunal Constitucional hubo de ocuparse de la nueva institución. Con ello inició una serie de sentencias sobre radiotelevisión que han logrado una influencia enorme en el desarrollo del ordenamiento de los medios en Alemania.

Por más que en la resolución inicial los derechos fundamentales sólo fueran decisivos en medida limitada, adquirieron un papel progresivamente central en las múltiples sentencias sobre radiotelevisión. De acuerdo con el art. 5 de la Ley Fundamental existe, junto con el derecho a la libertad de pensamiento, un específico derecho a la libertad de medios. Corresponde a la protección de los medios la garantía de su independencia frente al Estado; además, el derecho a la libertad de medios es entendido de modo que se considera vinculado al principio democrático, por lo que es exigible un desarrollo de la ordenación de los medios que sea adecuado a una democracia pluralista.

Si el derecho fundamental del art. 5 de la Ley Fundamental sólo contuviera un derecho subjetivo de defensa frente al Estado, podría ser utilizado por ejemplo cuando el Estado pretendiera influir en el trabajo de un periodista. En el conflicto sobre la televisión de Adenauer se trataba de algo mucho más general, del desarrollo de la ordenación de los medios. El Tribunal Constitucional comprendió y comprende el derecho de la libertad de medios en términos que obligan al Estado a cuidar del desarrollo de su ordenación jurídica; y ello debe suceder de modo que exista libertad para todos. La ordenación de los medios debe asegurar que todos los ciudadanos dispongan de información independiente, que las fuerza políticas, sociales y culturales existentes en la sociedad sean oídas, y que sea impedido el abuso de la posición de poder de las empresas mediáticas, por ejemplo en forma de manipulación de los ciudadanos. La finalidad es una ordenación de los medios estructurada al servicio de la libertad y de la pluralidad, y que pueda resultar así fundamento de una democracia efectiva.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional vio en el art. 5 de la Ley Fundamental un mandato al legislador para desarrollar una ordenación de los medios en libertad. Lamentablemente no puedo detenerme aquí en los detalles; pero resulta decisivo que el Tribunal Constitucional recurriera al contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental, y de él dedujera que la libertad de acceso a la información por parte de todos es punto de referencia de una ordenación en libertad de los medios. En favor de la procura de la información para los ciudadanos y ciudadanas debe existir una ordenación de la radiodifusión que asegure que las múltiples opiniones e informaciones que se producen en una sociedad plural puedan ser difundidas y defendidas.

4.3. *La televisión comercial privada*

La idea de una conformación jurídico-objetiva de la ordenación de los medios ha sido más tarde recobrada por el Tribunal Constitucional, en particular cuando se intentó introducir, junto con la radiotelevisión jurídico-pública, una televisión comercial privada. El Tribunal Constitucional consideró tal apertura del ordenamiento de los medios compatible con la tarea jurídico-objetiva derivada del derecho fundamental, mas estableció condiciones para que ello no condujera a una unilateral imposición de intereses singulares, y en especial a un desplazamiento de la misión pública por motivos puramente comerciales. En particular advirtió el Tribunal, en vista de los desarrollos tecnológicos y económicos, el riesgo de expansión de poderes mediáticos, y con ello de usos y abusos de poder de los particulares. La ordenación de los medios debería ayudar, mediante prescripciones jurídicas, a impedir tales abusos de poder.

En consecuencia, el desenvolvimiento de la ordenación de los medios, también en los tiempos actuales de transición hacia la sociedad de la información, está determinado por un conjunto de reglas jurídicas orientadas a realizar la tarea jurídico-objetiva del art. 5 de la Ley Fundamental, asegurando la libertad de información y de medios de modo que la igualdad de oportunidades para todos esté garantizada y que los ciudadanos y ciudadanas puedan formar su propio criterio con la ayuda de los medios de comunicación. El Tribunal Constitucional ha aceptado igualmente que los medios no sólo cumplen una tarea política, sino que sirven en gran medida al entretenimiento; pero también éste puede ser rico en consecuencias políticas, de modo que el Tribunal Constitucional ha extendido a los propios medios, en cuanto proveedores de entretenimiento, las exigencias formuladas por él en materia de ordenación de los medios.

5. REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS NUEVOS MEDIOS DE DIFUSIÓN

a) La interpretación jurídico-objetiva del desarrollo de la ordenación de los medios de comunicación adquiere aún mayor significado en una fase en la que existen cada vez más posibilidades en ese ámbito, y por ello mayor facilidad para utilizar el poder y manipular. Bajo las condiciones actuales de la sociedad de la información, la libertad de información para todos no surge por sí misma, sino que precisa apoyo estatal; también éste es el criterio del Tribunal Constitucional.

No cabe ya concebir la libertad de comunicación con las reglas del siglo XIX, cuando era suficiente con la protección frente a la censura estatal para asegurar la libertad en el ámbito de los medios. La prohibición de la censura debía impedir las intervenciones del Estado en los medios de información; se consideraba al Estado como la primera amenaza para la libertad. Hoy existen sin embargo grandes empresas mediáticas, que frecuentemente operan en todo el mundo; los correspondientes magnates de la comunicación (Berlusconi, Murdoch, Kirch en Alemania) resultan más poderosos que el propio Estado por lo que se refiere a la procura de información para los particulares. Debe comprobarse por tanto si de tales empresas surgen peligros para la libertad que ha de garantizar la ordenación de los medios; y, si tales peligros son previsibles, en la misma medida lo será la necesidad de protección ante ellos. La búsqueda de un garante de la libertad de los medios conduce al Estado. En las actuales circunstancias, el Estado es también necesario para proporcionar protección ante la utilización del poder por parte de los particulares.

En los siglos XVIII y XIX los derechos fundamentales eran importantes especialmente para proporcionar un espacio libre frente al Estado; pero igualmente se percibían ya entonces los poderes no estatales como enemigos de la libertad, por ejemplo la Iglesia o los estamentos. Los derechos fundamentales como instrumentos para la transformación de la ordenación social servían para desmontar estas posiciones de poder no estatal. En cuanto tareas encomendadas al legislador para la configuración en libertad de las relaciones sociales, eran por ello más que meros mandatos de protección frente al Estado. Ahora bien, la Iglesia y los estamentos feudales estaban originariamente muy ligados al Estado, de modo que la lucha por la libertad contra el Estado podía aparecer simultáneamente como lucha contra los demás portadores de poder social. Pero también hoy existen riesgos de una vinculación entre titulares del poder estatal y del económico-social. Esto no debe permitirse en un régimen democrático: la ley y los tribunales están para asegurar realmente la libertad para todos.

Los derechos fundamentales imponen la tarea de asegurar la libertad frente a los modernos señores feudales, por ejemplo frente a las poderosísimas empresas mediáticas. La lucha por la libertad siempre ha guardado relación con la lucha contra el poder; los derechos de libertad tienden a la disposición de medios frente el poder, ante todo frente el abuso del poder. Cuando surge un riesgo de abuso por parte de las empresas privadas, entonces un orden en libertad presupone igualmente protección frente a ellas. Tal protección puede ser prestada ante todo por el Estado, que en un orden democrático está sujeto a controles múltiples que evitan un eventual ejercicio irregular de esta tarea de protección.

Los derechos fundamentales son por tanto no sólo derechos de defensa frente al Estado, sino también mandatos de protección que se dirigen a él, en particular para asegurar la protección frente a otros titulares de poder. El descubrimiento de tal tarea de protección encuentra su fundamento en el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales.

b) En la actual sociedad de la información, las tecnologías y las infraestructuras mediáticas permiten sutiles, también a veces no tan sutiles modos de manipular. Es erróneo pensar que la competencia entre medios se basta para proteger a los receptores de la manipulación. En estos tiempos corresponde al contenido de aseguramiento de la libertad ínsito en los derechos fundamentales deducir para el Estado la tarea de velar por un orden jurídico que, en la medida de lo posible, no tolere ninguna manipulación.

Riesgos de manipulación existen muchos; tomemos un ejemplo del ámbito de internet. Quien navega por internet sabe que existe una serie de ayudas, los llamados sistemas de navegación, que proporcionan apoyo en el esfuerzo de orientarse entre la inmensa multiplicidad de ofertas de información; tales servicios de navegación son prestados, por ejemplo, por la empresa Yahoo. El programa dirige al usuario hacia concretas vías de comunicación, ordena de un modo concreto las ofertas de información y permite ciertos enlaces: puede guiar al usuario hacia cualquier lugar seleccionado. Quien tiene poder para dirigir el acceso a la comunicación en internet, incluso para filtrar los contenidos, es portador de un poder comunicativo. Y el poder comunicativo conduce al abuso de poder.

Un ejemplo similar puede hallarse en la televisión, por ejemplo con los decodificadores para el acceso a la televisión digital. Estos aparatos transforman la señal digital en analógica, pero simultáneamente orientan el acceso a las diferentes ofertas, y pueden así proporcionar ventajas a determinados canales de comunicación frente a otros. Resulta importante para tener éxito como emisor la rapidez con la que el usuario puede recurrir al programa: no es indiferente que, al conectar el sistema de navegación, éste se oriente sólo hacia

instituciones comerciales o hacia las públicas, o que el emisor de televisión pueda ser elegido directamente o sólo a través de múltiples pasos. Las modernas tecnologías no sólo ofrecen poder de dirección, sino que también permiten recopilar datos. Los sistemas de navegación pueden ser utilizados para registrar los intereses de los usuarios individuales y almacenarlos, de modo que las ofertas en adelante se orientan especialmente hacia el usuario individual (se ofrecen programas sobre fútbol a quien le gustan, películas de misterio a quien le atraen, etc.). Es fácil apreciar que ello proporciona enormes posibilidades de orientación y de manipulación. No sabemos, por lo general, qué software utiliza un navegador o está incorporado a nuestro ordenador, ni hasta qué extremo es utilizado para almacenar nuestros pasos en el acceso a la comunicación, para transmitir a terceros la información correspondiente y para utilizarla en un momento ulterior.

Con estos solos apuntes queda ilustrado cómo las nuevas tecnologías también producen un nuevo poder, de dirección y de filtro. Si los correspondientes sistemas de navegación están a disposición de las empresas económicas que al mismo tiempo producen el contenido de los medios de comunicación, los programas, entonces cabe acumular un poder adicional: la tentación consiste en estructurar los sistemas de navegación de modo que los propios programas sean recibidos preferentemente. Si a ello se añaden los intereses comerciales de las empresas de publicidad, entonces existirá la tentación de utilizar los navegadores para que tengan posibilidades preferentes de recepción los programas igualmente atractivos para la publicidad, por ejemplo porque proporcionan un terreno adecuado para la venta del producto publicitado.

Quizá no se concreten todos estos riesgos, pero podrían hacerlo. Y, a causa de los múltiples procesos de concentración observables en el mercado, existen desde luego tendencias al reforzamiento del poder. Un contrapeso puede proporcionarlo el Estado; pero no sólo ha de pensarse al efecto en el Estado nacional, sino también, quizá ante todo, en las entidades supranacionales que ejercen competencias soberanas, como la Unión Europea.

6. CENSURA EN INTERNET

Finalmente deseo referirme a otro ejemplo que nos retrotrae a la tradicional prohibición de la censura. Históricamente, apareció frente a la censura estatal y eclesiástica; la libertad frente a la censura era en el siglo XIX el núcleo esencial de la libertad de prensa. Como enemigo de la libertad aparecía el Estado y, ligada a él, la Iglesia. Sobre ello trata también *Don Carlos*: todos

cuentan con el dominio espiritual de la Iglesia católica; incluso el Rey Felipe II tenía miedo ante ella, y advierte al Marqués de Poza contra la Inquisición, esto es, frente al poder de la Iglesia. La Inquisición impedía la libertad de conciencia: al final de la ópera muere el Marqués a consecuencia de un orden que procede de la Inquisición.

El moderno internet conoce otros riesgos. Resulta un invento espléndido que permite el acceso rápido a múltiples informaciones de todo género, así como la emisión de los propios contenidos de comunicación. Una consecuencia de ello es que existen en internet contenidos 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 produzca una intensa discusión sobre cómo mantener tales contenidos fuera de internet: porque existe en Europa un amplio consenso sobre la legitimidad de la protección a la juventud, sobre la necesidad de luchar contra el terrorismo y sobre el carácter indeseable, incluso peligroso, de la propaganda política extremista.

Pero internet no es administrado por el Estado, por más que fuera desarrollado con ayuda estatal, originalmente para fines militares, después con fines educativos. Entretanto ha sido comercializado, y se usa en todo el mundo para todos los fines imaginables. Su administración no corresponde al Estado; existen organizaciones propias, en particular una administración autónoma como es el ICANN (que proporciona la denominación de los dominios). En esta organización autónoma de internet tienen mucho que decir las grandes empresas, por ejemplo los llamados proveedores, como American Online (AOL).

Internet está organizado de modo que, por su específica estructura en red, sólo limitadamente puede ser sometido a control. El Estado nacional carece casi por completo de tal capacidad; 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, a excluir contenidos extremistas o pornográficos. El legislador alemán, por ejemplo, obliga al bloqueo de contenidos por parte del proveedor que tenga conocimiento de su alcance ilegal o delictivo.

Si se atiende al sentido tradicional de la prohibición de censura, los controles sistemáticos del contenido de internet y los filtros a su difusión realizados por los proveedores privados nada tienen que ver con ella: no se trata de medidas adoptadas por el Estado. Sin embargo, si la prohibición de la censura procura impedir una paralización de la vida espiritual y la interferencia manipuladora u orientadora en los contenidos de la comunicación, entonces cabe entender que de las instancias privadas que filtran contenidos puede surgir un

peligro para la libertad de la comunicación similar al que antes constituía el Estado.

Hoy el Estado está organizado democráticamente y controlado de múltiples modos; las empresas privadas, por ejemplo los proveedores de internet, no están sujetas a estructuras o prescripciones similares de control. 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 aparece el riesgo de que ciertos contenidos desaparezcan completamente de internet. Nadie se opondrá a que sean prohibidos los contenidos delictivos. Pero, ¿quién garantiza que el filtro de los contenidos se limite a ello? (al margen de que frecuentemente sea 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 de los propios proveedores o a sus intereses económicos?

No parece que exista una garantía contra el abuso de poder entretanto no sea efectiva, también aquí, la fuerza ordenadora del Derecho. Constituirá en adelante un problema jurídico determinar si la prohibición de la censura, surgida frente al Estado, ha de ser entendida de otro modo en el marco de las nuevas circunstancias, protegiendo igualmente frente a actos de censura de las empresas privadas. La discusión al respecto apenas ha comenzado, yo mismo aún no tengo respuesta clara.

En cualquier caso, estoy convencido de que el futuro de los derechos de libertad depende también de que, ante nuevos fenómenos como éstos, volvamos a preguntarnos si la configuración jurídica del ámbito de la libertad resulta suficiente para realizar, en las circunstancias actuales, los fines que desde el comienzo han resultado decisivos. A tal pregunta accedemos, sin embargo, sólo si vemos en los derechos fundamentales algo más que derechos subjetivos del particular frente al Estado. El futuro del desarrollo de los derechos fundamentales y el nivel de protección de la libertad dependerán de que el aspecto jurídico-objetivo de la protección de los derechos sea considerado, y de que la tarea jurídico-objetiva de configurar las relaciones sociales en libertad conserve su importancia.