Sentencia BverfGE 57, 295 [3ª Sentencia sobre Radiodifusión]

1. *El Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental exige para la presentación de programas de la radio privada una reglamentación legal en la que se establezcan las medidas tendientes a garantizar la libertad de radio. Esa necesidad subsiste también cuando la especial situación de la radio, caracterizada por la falta de frecuencias y el alto costo financiero de la presentación de programas de radio, haya sido superada gracias al desarrollo moderno.*

2. *Dentro de las preguntas de qué es lo que tiene que reglamentar el legislador, se encuentra el decidir acerca de las directrices para la reglamentación de la radio. En el marco de los modelos de ordenamiento existentes, el legislador tiene que asegurar que la totalidad de la oferta de los programas nacionales corresponda esencialmente a la diversidad de opiniones existente. Además debe darles carácter vinculante a las directrices, para garantizar un mínimo de equilibrio en el contenido, la objetividad y el respeto mutuo. Debe prever una vigilancia estatal limitada, reglamentar el acceso de los presentadores privados de programas radiales, y en tanto que no lo pueda abrir a todos los interesados, determinar las reglas de selección. Si el financiamiento de la radio privada requiere también de una reglamentación legal, no es un asunto que se deba decidir aquí.*

3. *Las disposiciones que la ley sobre la presentación de programas radiales en Saarland establece para las emisiones privadas de radio, en idioma alemán, no satisfacen partes esenciales de estos requisitos constitucionales; por tanto son nulas.*

Sentencia de la Primera Sala, del 16 de junio, 1981

Objeto del proceso es la pregunta acerca de si las disposiciones de la ley sobre la presentación de programas de radio en Saarland, que regula la emisión privada de programas de radio en idioma alemán, es compatible con la Ley Fundamental.

El Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental exige para la emisión privada de programas de radio una reglamentación legal. En ésta se deben establecer las disposiciones necesarias para garantizar la libertad de radio.

1. Para que pueda ser efectiva, la libertad de radio garantizada en el Art. 5, párrafo

1, frase 2 de la Ley Fundamental, requiere de una reglamentación legal.

a) La libertad de radio cumple las mismas funciones que las demás garantías del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental: la protección de la formación de la opinión pública, libre e individualmente, de manera amplia, no restringida a la simple información o a la transmisión de opiniones políticas, sino a toda transmisión de información y opinión en sentido amplio (véase

BVerfGE 12, 205 [260] –televisión alemana–; 31, 314 [326] –impuesto sobre las ventas–; 35, 202 [222 y ss.] Lebach). La libre formación de la opinión se lleva a cabo en un proceso de comunicación. En la medida que el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental garantiza como derecho humano la libertad de expresar opiniones, difundirlas e informarlas, busca al mismo tiempo proteger constitucionalmente ese proceso, hasta el punto que fundamenta derechos subjetivos; en este contexto regula, por consiguiente, la libertad de opinión como principio objetivo de la totalidad del ordenamiento, de donde los elementos legales objetivos y subjetivos, se condicionan y apoyan entre sí (véase BVerfGE 7,198 [204 y ss.] Lüth).

La radio es "medio" y "factor" de ese proceso de la formación de la libre opinión, protegido constitucionalmente (BVerfGE 12, 205 [260]). Según esto, la libertad de radio es, en principio, una libertad que *sirve* a la libre formación de opinión en sus elementos legales subjetivos y objetivos; constituye (bajo las condiciones de la moderna comunicación de masas), un complemento necesario y un fortalecimiento de esa libertad; sirve a la labor de garantizar la libre y amplia formación de la opinión a través de la radio.

Esa labor determina las peculiaridades y significado de la libertad de radio.

La libre formación de la opinión pública e individual a través de la radio exige, en principio, la libertad de radio frente al imperio estatal y su influencia. Según esto, la libertad de radio tiene, como ocurre con las libertades clásicas, un significado defensivo.

Sin embargo, ello no es suficiente para garantizar este derecho. Por tanto, la libertad estatal no significa que la libre y amplia formación de la opinión a través de la radio sea posible; esa función no se puede justificar mediante una estructuración negatoria. Se requiere para esto más de un orden positivo que asegure que la diversidad de opiniones existente en la radio se exprese lo más amplia e integralmente posible, y que de esa forma se ofrezca la información comprendida. Para lograr esto, se requiere de reglas materiales, organizacionales y constitucionales, que orienten las funciones de la libertad de radio, y por consiguiente, sean idóneas para obtener lo que el Art. 5, párrafo 1 quiere garantizar.

b) La estructuración jurídica que se requiere está sujeta a la reserva de ley (BVerfGE

47, 46 [78 y ss.] –clases de educación sexual–; 49, 89 [126 y ss.] –con otras anotaciones– Kalkar):

Las decisiones necesarias son, además, esenciales, porque ellas, prescindiendo del significado material de la radio para la vida individual y pública actual, se dan en un campo relevante para los derechos fundamentales, y esencial para el desarrollo de los derechos fundamentales (BVerfGE 47, 46 [79]). Aquí se encuentran reunidas, nominalmente, diversas posiciones de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión entre sí; de una parte, el derecho a una información amplia y veraz, que se deriva de la libertad de información, y de la otra, la libertad de expresión de los productores de los programas y de las personas que participan en las transmisiones. Es asunto del legislador equilibrar tales colisiones.

Esa reserva de ley es una reserva parlamentaria –de los Estados– (véase BVerfGE 47, 46 [79]): lo esencial para la garantía de la libertad de radio lo debe determinar el mismo Parlamento; esta decisión no la puede tomar el Ejecutivo, por ejemplo, en el ejercicio de una autorización amplia para el cumplimiento de esas funciones, ni siquiera en forma no expresa, como cuando se da a través de una reglamentación no suficientemente determinada. Tampoco se permite reglamentar la libertad de radio mediante la expedición de estatutos por parte de los organizadores de los programas, o mediante reglas contractuales.

La labor que se deriva del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, de estructurar legalmente la libertad de radio, no autoriza, sin embargo, a limitar el derecho fundamental.

Esto sólo es posible con base en el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, de acuerdo con el cual los derechos del, párrafo 1 encuentran su límite en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de la juventud, y en el derecho a la honra personal.

La manera en que el legislador cumple sus deberes, es asunto que él mismo tiene que decidir. La Ley Fundamental no prescribe una forma determinada para la organización de la radio, sólo se establece que se tiene que garantizar la formación de una opinión veraz, comprensiva y libre, de modo tal que se eviten perjuicios y desarrollos fallidos. El legislador tiene que establecer, en especial, disposiciones que aseguren que la radio no se quede en un sólo grupo social, que las fuerzas sociales que se tienen que considerar puedan expresarse en toda la programación, y que la libertad de informar permanezca incólume (véase BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 y ss.]).

c) Esa necesidad de expedir normas legales que regulen la configuración de la radio subsiste a pesar de la especial situación de la radio, condicionada por la falta de frecuencias radiales y de los altos costos financieros para la presentación de programas, ha sido superada gracias al desarrollo moderno. De esa especial situación ha partido hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]). En cambio, no se ha decidido aún lo que deba hacerse frente a esta nueva situación (véase BVerfGE 31, 314 [326]). En esos casos se conservan también los requisitos constitucionales de las disposiciones legales para la protección de la libertad de radio. Ciertamente, éstas pueden ser muy importantes en una situación en la que se restrinja inevitablemente a pocos presentadores de radio, y se requiera de otros medios, como por ejemplo, de una situación en la que no se den más restricciones. Pero queda aún la necesidad de ocuparse de la garantía de la libertad de radio, en el sentido expresado, mediante disposiciones legales.

Aun en el caso de que las restricciones existentes hasta ahora fueran removidas, no se puede esperar con suficiente seguridad que la oferta de programas en su totalidad, en razón de las particularidades de la competencia, cumpla los requisitos de la libertad de radio. Esto ha llevado ciertamente a que algunos hablen a favor de una diversidad limitada, como ocurre

actualmente con los periódicos nacionales. Sin embargo, en este caso se trata sólo de una posibilidad. Mientras que para la prensa, el desarrollo histórico ha llevado a que exista un cierto equilibrio –que hoy día puede ser suficiente para asegurar la información y la formación de la opinión pública a través de la prensa y garantizar lo existente–, en el terreno de la radiodifusión privada no puede partirse, de entrada, de que vaya a suceder lo mismo. Tomando esto en consideración, resulta incierto determinar si el hecho de subsanar las deficiencias actualmente existentes en la "totalidad de la programación" –entendida ésta como la suma de todos los programas emitidos a nivel nacional–, será suficiente para que todos los grupos sociales y corrientes ideológicas (o por lo menos una parte considerable de éstos), realmente se expresen, permitiendo así establecer un "mercado de opinión" en el cual la diversidad de las corrientes de pensamiento puedan expresarse sin recorte alguno. Además de ello, debe considerarse que en un medio tan relevante como la radio, existe la posibilidad de una concentración de poder de opinión, así como el peligro de que se abuse de este poder a fin de influenciar unilateralmente la opinión pública (véase BVerwGE 39, 159 [167]); BayVerfGH, VerfGH 30, 78 [97]). En este estado de cosas, el mandato constitucional de garantizar la libertad de radio quedaría incumplido, si sólo se excluyeran las intervenciones estatales y se dejara la libertad de radio al libre juego de las fuerzas [del mercado] (véase BVerfGE 31, 314 [325]); esto es más grave aún si se considera que algo que ha estado mal desde el prinicipio, una vez que se desarrolla, difícilmente –si acaso– puede ser corregido (y ello bajo considerables dificultades).

Más bien queda bajo la responsabilidad del legislador crear las condiciones para que se dé una oferta amplia, en la que se refleje la diversidad de opinión, constitutiva de la democracia liberal. Se deben tomar medidas para evitar el peligro de que las opiniones expresadas se excluyan de la difusión de la opinión pública, y que aquellos que tienen una opinión, y que son dueños de una radiodifusora y cuentan con los medios económicos, ejerzan una influencia predominante en la formación de la opinión pública (véase OVG Münster, DVBl, 1977, p. 210). Ciertamente, no es posible garantizar esto con absoluta certeza; pero debe existir por lo menos, una probabilidad suficiente de que en el sistema de radiodifusión, regulado legalmente, se incluya una distribución equilibrada de este tipo.

Esa necesidad tampoco cambia nada, si los requisitos de la libertad de radio como mínimo, se consideran cumplidos a través de los establecimientos de derecho público existentes, de modo tal que todos los grupos sociales –que en todo caso tengan derecho– y las distintas orientaciones se encuentren presentes en el marco de la programación pública, y que los participantes puedan ser informados plenamente. Por tanto, el que la radio privada le preste atención sólo a un tipo de opinión violaría, si no lo anula, el equilibrio esencial que da el "tener la oportunidad de hablar", aplicable a todos los programas nacionales, y del cual gozan los diferentes grupos sociales.

2. Qué requisitos establece la Ley Fundamental de acuerdo con las directrices fijadas, de manera particular para la reglamentación de la radiodifusión privada, no se puede determinar en este proceso de manera concluyente. Esto es válido principalmente también para la pregunta de si la reglamentación de la financiación de las emisiones de radio privadas –por ejemplo, debido a sus efectos sobre la estructuración de la programación o a la situación de otros medios de información, especialmente la prensa– requiere, como algo esencial, que se haga mediante ley.

a) La decisión sobre las directrices para la reglamentación de la radio responde en todo caso, a la pregunta de qué es lo que tiene que reglamentar el legislador como esencial; la introducción de la radiodifusión privada requiere por tanto, de un fundamento legal y de la decisión del Parlamento. Esto es válido también para los intentos limitados temporal y localmente, porque éstos tienen la misma relación con el derecho fundamental, como con la reglamentación definitiva. Al legislador, finalmente, se le atribuye en esta medida una amplia libertad para la reglamentación; por tanto, tales intentos sirven a la labor de ganar experiencia (véase BVerfGE 54,173 [202] con otras anotaciones).

b) El legislador no puede darse por satisfecho con esta decisión fundamental.

Se requieren, además, disposiciones legales que, en el marco de los modelos de reglamentación en los cuales se basan, aseguren que la radiodifusión no será dejada en manos de un solo grupo social en particular y que las fuerzas que deban considerarse en la oferta total de la programación tengan la posibilidad de expresarse. En tanto que el legislador se decida a favor de una estructura "interna pluralista" de la organización –de acuerdo con la sentencia sobre la televisión (BVerfGE 12, 205 [262]), no objetable constitucionalmente–, para la cual la influencia de las fuerzas que se deben tener en consideración, se pueda facilitar a través de los órganos de las respectivas organizaciones, requiere principalmente de una disposición adecuada, que tenga en cuenta, en principio, las diferencias existentes y le dé la importancia que se requiere a las fuerzas sociales, y les asegure una influencia efectiva en los respectivos órganos en los que se encuentran representadas.

El legislador puede, sin embargo, elegir también otras formas de estructuración, siempre y cuando garantice mediante las disposiciones adecuadas, que la oferta total de los programas nacionales corresponda esencialmente a la diversidad de opiniones existentes. El hecho de que pueda producir y mantener la libertad de radiodifusión mediante diferencias externas ("extra-pluralistas"), no le exime de expedir una reglamentación; garantizar la libertad sigue siendo su responsabilidad (véase 1 c). En la medida que no se disponga de un número suficiente de frecuencias, la posibilidad de ejercer esa responsabilidad se limita a determinar qué sectores de opinión pueden usar las mismas frecuencias, en forma limitada temporalmente.

c) El legislador tiene, por añadidura, que hacer que las directrices vinculantes que establezca, para todo el contenido de la programación, garanticen el equilibrio en el contenido, la objetividad y el respeto mutuo (BVerfGE 12, 205 [263]). En el caso de una estructura interna

“pluralista” de las organizaciones es válido este requisito para la totalidad de la programación de todo establecimiento en particular. En el caso de un modelo “pluralista externo”, el establecimiento en particular no tiene el deber de mantener el equilibrio; sin embargo, sigue obligado a informar objetivamente, en forma comprehensiva y veraz, y a garantizar un mínimo de respeto. De acuerdo con esto, todos los establecimientos se encuentran sujetos a las restricciones del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental. En la ley de radio se debe cuidar principalmente de tener en cuenta lo relativo a la protección de la juventud.

d) A la reglamentación legal que se requiere para la radio privada, pertenece en todo caso, la reglamentación de una vigilancia estatal restringida, que –sólo– tiene la función de garantizar el cumplimiento de las disposiciones que tienen por objeto proteger la libertad de radio (véase BVerfGE 12, 205 [262]).

e) Finalmente, para la conformación del ordenamiento legal sobre radiodifusión es irrenunciable una revisión previa, para determinar si se satisfacen los requisitos expuestos para la admisión de emisoras de radio privadas o para la asociación de otras emisoras. En la medida que el legislador se decida por una forma de organización para la radio, que comprenda las emisoras privadas, debe establecer las reglas de acceso que aseguren esa revisión, y que si se diera el caso puedan negar el acceso, y que prevean para el examen y decisión un proceso legal. Un proceso de autorización de este tipo –que ciertamente puede revisar requisitos generales, tales como la capacidad jurídica o la confiabilidad del solicitante– debe estar encaminado únicamente a garantizar la libertad de radio, tal como está ordenado constitucionalmente.

En esto le corresponde al legislador determinar los presupuestos para dar o negar la autorización. Le está prohibido por el Parlamento, trasladar al Ejecutivo el derecho a decidir sobre las emisoras privadas de radio (véase 1 b).

Esa reserva y el principio de la separación de poderes le ordenan al legislador a limitar la esfera legal de las medidas estatales que aún restan. La ley debe normar el contenido de la actividad de la administración y no se puede limitar a establecer principios generales (BVerfGE 52,1 [41] –huertas pequeñas–). Lo mismo se aplica para la negación de la autorización.

f) En la medida que las posibilidades de difusión de que se disponen no permitan abrir a todos los interesados el acceso a una emisora de radio privada, se debe prever en las reglas de acceso, la reglamentación para la selección de los solicitantes. Esto lo ordena el principio de igualdad (Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

La pregunta sobre quién debe ser el favorecido con una de las escasas posibilidades para establecer una emisora, no puede ser dejada al destino o al libre juego de las fuerzas. Tampoco es suficiente trasladar la decisión al juicio arbitrario del Ejecutivo.

Esto sería incompatible con la reserva de ley (véase BVerfGE 33, 303 [345 y ss.] *numerus clausus*). Más aún, el legislador mismo debe determinar los presupuestos bajo los

cuales se permite o se niega el acceso, y debe poner a disposición un proceso legal, en el que se pueda decidir al respecto. La función de la igualdad en el trato se puede justificar sin grandes dificultades en el marco de un sistema que posibilita una distribución de los tiempos de emisión y, en caso de urgencia, el recorte de la participación. Si esto no es suficiente o si el legislador tiene que decidirse por un sistema en el que sólo se puedan otorgar licencias a una emisora para programas completos, debe determinar los principios de selección, los cuales deben garantizarle a los solicitantes la igualdad de oportunidades (BVerfGE 33, 303 [345]); el grado de realización de las oportunidades debe determinarse mediante criterios objetivos e individuales (véase BVerfGE 43, 291 [316 y ss.]).