

LAS LIBERTADES DE OPINION, INFORMACION Y PRENSA, SEGUN EL ARTICULO 5º DE LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Gilbert Gornig *
Docente Dr. iur. utr.

I. INTRODUCCIÓN

El inciso primero del artículo 5º de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (L.F.) garantiza en forma expresa seis libertades diversas, aunque mutuamente condicionantes, siendo tales, las libertades de opinión, de expresión, de información a partir de fuentes de acceso general, de prensa, de información radiofónica y de información cinematográfica. La disposición constitucional indicada expresa:

“Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión oral, escrita o a través de imágenes, y de informarse sin cortapisas a partir de fuentes de acceso generalizado. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de informar mediante la radiofonía y el cine. No se ejercerá la censura”.

Las libertades antes referidas son, por una parte, derechos subjetivos, en el sentido de derechos de defensa, como también en su calidad de derechos de participación política y, por otra parte, constituyen, al definir negativamente la competencia de los poderes del Estado, un derecho objetivo ¹.

II. EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 5º, INCISO 1º L. F. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

El derecho fundamental de la libre expresión de la opinión constituye, en opinión del Tribunal Constitucional Federal ², “en sí uno de los derechos humanos más calificados, en cuanto es la expresión directa de la personalidad humana en la sociedad”. Paralelamente se lo califica como un elemento “decididamente constitutivo” en un orden estatal democrático-liberal, dado que sólo la constante confrontación espiritual posibilita la lucha de las opiniones ³.

* Adaptación jurídica, Dr. iur. utr. Teodoro Ribera Neumann.

¹ Cfr. HESSE, Konrad, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15 edición, 1985, p. 279 y ss.; MAUNZ, Theodor / ZIPPÉLIUS, Reinhold, Deutsches Staatsrecht, 24 edición, 1982, pp. 145 y ss.

² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (decisiones del Tribunal Constitucional Federal), editadas por sus propios miembros, Tomo 7, pp. 198 y ss. (a citarse a futuro como BVerfGE 7, 198 y ss.); también cfr. art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “un des droits les plus précieux de l’homme”.

³ BVerfGE 5, 85 y ss. (205); 7, 198 y ss. (208).

Sería, en cierto sentido, "el fundamento *per se* de toda libertad" ⁴. De modo similar, el Tribunal Constitucional Federal considera las libertades de prensa ⁵, de radiofonía ⁶ y de información ⁷ como "decididamente constitutivas" para la democracia liberal.

III. LA LIBERTAD DE OPINIÓN

1. *El concepto de "opinión" en el sentido del art. 5º inciso 1º, L.F.*

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existe una expresión de la opinión cuando se llega a expresar un "juicio de valor, una opinión o una idea de determinada raigambre" ⁸. Por juicio axiológico habrá de entenderse una consideración evaluadora de hechos, modos de conducta o situaciones ⁹ de carácter estrictamente subjetivo, siendo indiferente que sea "verdadero" o "falso" "o esté emocional o racionalmente fundado" ¹⁰. Carece también de importancia que se trate o no de opiniones "valiosas" ¹¹, no siendo tampoco procedente una distinción entre opiniones idealistas y aquellas con fines comerciales ¹².

2. *La protección de las afirmaciones de hechos*

En la doctrina jurídica de la República Federal de Alemania se discute si el contenido de la libertad de la expresión de la opinión del inciso primero del art. 5º L.F. protege o no además la expresión de las noticias y de las afirmaciones de hechos.

Existe una posición de dilatada vigencia ¹³ que contrapone el concepto "opinión" al de "hecho" y considera que el art. 5º inciso 1º L.F. únicamente cubre la expresión de opiniones. Para esta doctrina sólo conlleva validez lo meramente textual de la disposición constitucional, cuya frase primera se refiere a la "opinión", mientras la segunda oración contiene la discordante formulación de "libertad de informar".

Hay quienes, sin embargo, justificadamente rebaten la interpretación textual del art. 5º inciso 1º L.F. ¹⁴, argumentando que es objetivamente imposible

⁴ BVerfGE 7, 198 y ss. (208).

⁵ BVerfGE 10, 118 y ss. (121); 20, 162 y ss. (174).

⁶ BVerfGE 13, 54 y ss. (80); 35, 202 y ss. (221 y ss.).

⁷ BVerfGE 27, 71 y ss. (81).

⁸ BVerfGE 30, 336 y ss. (352).

⁹ BVerfGE 33, 1 y ss. (14).

¹⁰ Loc. cit.

¹¹ BVerfGE 30, 336 y ss. (347); 33, 1 y ss. (14).

¹² BVerfGE 30, 336 y ss. (352 y s.).

¹³ Cfr. KLEIN, Friedrich, en: VON MANGOLD, Heilmann / KLEIN, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Tomo I, 1966, p. 228; SCHEUNER, Ulrich, Pressefreiheit, en VVDStRL, Cuaderno 22 (1965), p. 1 y ss. (64); SCHNEIDER, Franz, Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, 1961, p. 30.

¹⁴ Cfr. al respecto HERZOG, Roman, en: MAUNZ, Theodor / DUERIC, Gunther / HERZOG, Roman / SCHOLZ, Rupert, entre otros: Grundgesetzkommentar, Tomo I, 1985, art. 5, nota al margen n. 51 y ss.; WINDSHEIMER, Hans, Die "Information" als Interpretationsgrundlage fuer die subjektiven oeffentlichen Rechte des Art. 5, Bbs. 1 GG, 1968, p. 91 y ss.; KOELLER, Karsten von, Meinungsfreiheit und unternehmens-schaedigende Aeusserungen, 1971, p. 145 y ss.

establecer una distinción entre "opinión" y "hecho". También hay puntos de vista constitucionales que inciden en contra de esta separación, pues una marcada delimitación entre expresión de la opinión e información tendría por consecuencia que la información por parte de los medios de comunicación social estaría protegida en forma directa por el derecho fundamental que confiere el inciso primero del art. 5º L.F., mientras que la información por parte de una persona privada estaría excluida de ello, pudiendo, consecuentemente, ser garantizada únicamente recurriendo al art. 2º inciso 1º L.F., tal es, la cláusula general de la Constitución. Además, la libertad de recibir información no se circunscribe a ser notificada de opiniones existentes, sino que también incluye hechos de toda índole. Dado que la libertad de opinión constituye parcialmente la complementación recíproca de la libertad de recibir información, se colige que la libertad de opinión debe también incluir el derecho de comunicar hechos. Sería también incomprensible proteger una expresión sólo mientras se trate de la publicación de una opinión obtenida por cualquier medio, pero negar tal protección a la expresión de hechos, siendo que justamente el conocimiento, en cuanto verdad posible de probar, merecería mayor protección.

La circunstancia que el derecho de la libre expresión de la opinión incluye también las afirmaciones de hechos, emana finalmente del sentido y finalidad de este derecho fundamental, pues en la libertad de expresar la opinión subyace la intención de fomentar la comunicación del individuo, así como la imprescindible confrontación de opiniones para la vida estatal. Por ello, la posibilidad de comunicación del individuo no se vería fomentada si éste se viera restringido, en el ejercicio de la libertad de opinión que se le garantiza, al mero concepto de la propia opinión, lo cual es sumamente difícil de delimitar. Una confrontación de opiniones sólo tiene sentido cuando las opiniones avalan hechos y éstos se utilizan para fundamentarlas. En base a lo anteriormente reseñado podemos deducir que la libertad de opinión incluye la libertad de expresar tanto opiniones como hechos ¹⁵.

3. *La exigencia de veracidad en la expresión de la opinión*

Grandes pensadores como Platón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino consideraron necesario prohibir las opiniones falsas, a fin de que el camino hacia la verdad última, que reclamaban para sí, no se viera obstaculizado por nociones erradas. Una concepción similar intentó durante siglos imponer también la Iglesia Católica, siendo en la actualidad los sistemas comunistas los que se han apropiado de la idea de la única opinión verdadera, siendo tal, aquella representada por el Partido Comunista. La libertad genuina, sin embargo, es incomprensible sin el derecho de representar opiniones erradas e incluso "funestas". Por tanto, para responder a los ideales del Estado democrático liberal, también las opiniones falsas y erróneas gozan, en lo esencial, de protección por parte de la Constitución.

Una opinión no necesita ser objetivamente verdadera ¹⁶ para quedar

¹⁵ Cfr. HESSE, op. cit., nota al margen n. 391; STEIN, Ekkehart, Staatsrecht, 8ª edición, 1982, p. 104.

¹⁶ En los Estados marxistas leninistas, la libertad de opinión protege únicamente la expresión de la opinión objetivamente verdadera. Lo que debe considerarse como tal, es determinado por el Partido Comunista.

inserta en la esfera de la protección de la libertad de expresión. Exigir la verdad objetiva equivaldría ya no a proteger la opinión, sino que únicamente el conocimiento, cuyo fundamento son los hechos. Tal restricción, eso sí, no sería compatible ni con el concepto ni con el contenido de la libertad de opinión y tendería, por consecuencia, a un decisivo menoscabo del libre proceso comunicativo¹⁷. Si se limitara la libertad de la opinión a la expresión de la verdad objetiva, emanaría de ello la atribución del Estado para reprimir el error. Se requeriría, en este caso, de una instancia estatal¹⁸ para decidir en forma vinculante cuándo se está en presencia de un "error" y cuándo de una "verdad". Son, eso sí, únicamente los Estados enemigos de la libertad, como los totalitarios, quienes reclaman para sí el derecho de decidir qué es verdad y qué no lo es. El Estado democrático liberal, en cambio, carece de legitimidad para emitir un juicio en el constante devenir entre el error y la verdad.

Además, debe carecer de importancia el hecho de que la persona que comunica tenga, o por correcta la opinión expresada¹⁹ o que sólo señale que se trata de su propia opinión²⁰. En ocasiones se trae a colación²¹ que el derecho a la libre expresión de la opinión encontraría su límite ideal en la libertad del hombre, por lo que no se protegería el engaño o la mentira premeditada, en consideración a que la no-verdad rebajaría la honra del ser humano y disminuiría su dignidad. No puede ser correcto, en todo caso, hacer depender la protección de la libertad de opinión a la coincidencia entre el pensamiento y la acción. Este sería justamente el caso, si se quisiera tratar de modo distinto a aquel individuo que considera subjetivamente correcta su opinión de aquel que en su fuero interno no porta este convencimiento. Si el derecho de la libertad de opinión desea garantizar amplias franquicias al proceso comunicativo, entonces también debe proteger opiniones ajenas repetidas en calidad de propias, sin vincular dicha garantía a un proceso que sucede al interior del individuo, de por sí no verificable.

En lo fundamental, entonces, está protegida toda opinión, incluyendo aquella que se halla en contradicción con el propio convencimiento del individuo.

4. *El deber de veracidad de las afirmaciones relativas a hechos*

Desde hace ya mucho tiempo constituye un dogma incuestionable de la jurisprudencia y doctrina alemanas la circunstancia de que las afirmaciones de hechos, que conscientemente no se consideran verdaderas o que se ha demostrado no serlo, no gozan de la protección constitucional²². Esta concepción

¹⁷ La libertad de opinión protege, por tanto, la expresión de la opinión errada como la de la verdadera.

¹⁸ En los Estados enemigos de la libertad ello es tarea de las autoridades encargadas de la censura.

¹⁹ Así será subjetivamente veraz, verdadera.

²⁰ Entonces se trata de una expresión de la opinión subjetivamente falsa.

²¹ Cfr. BORD, Otto, *Demokratie und Meinungslenkung*, Tesis doctoral, 1970, p. 222.

²² Cfr. BVerfGE 12, 113 y ss. (130); 54, 208 y ss. (219); HERMANN, Guenter, *Fernsehen und Hoerfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, 1975, p. 57; GROSS, Rolf, *Presserecht*, 1982, p. 38 y ss.

se fundamenta en que las afirmaciones erróneas no pueden contribuir a "la formación de la opinión pública constitucionalmente prevista"²³.

A primera vista podría parecer acertado considerar como protegidas por el derecho de expresión únicamente aquellas informaciones de hechos objetivamente verdaderas, pero tras una consideración más detallada, esta aseveración no parece sostenible. Si se quisiera exigir una coincidencia de los hechos afirmados con la verdad objetiva, ello implicaría una limitación sustancial del proceso de comunicación, pues al poder excluir la posibilidad de un error en la verdad expuesta, llevaría esto a una restricción de la mayor parte de las expresiones en su mismo inicio²⁴. El riesgo de la inexactitud de una expresión lo asumiría siempre, en tal caso, el que ejerce la comunicación, de lo que resultaría una restricción de su libertad para informar, especialmente para la prensa, que debido al corto tiempo muchas veces no estaría posibilitada para comprobar la veracidad de una noticia.

Si para la protección de las afirmaciones sobre hechos no se plantea la exigencia de la verdad objetiva, ello traerá por consecuencia que se verán protegidas en todo caso las afirmaciones de hechos tenidas subjetivamente como verdaderas²⁵. La renuncia a la exigencia de la verdad objetiva no significa imperativamente que las afirmaciones de hechos sean abarcadas por la esfera de protección de la norma, cuando el que comunica tiene conocimiento de su error. A una afirmación de hechos conscientemente falsa cabe restársele la protección constitucional, pues la afirmación de un hecho falso, distorsionado o incorrecto, no representa en realidad ni la afirmación subjetiva ni objetivamente de un hecho²⁶.

IV. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

1. *La libertad de información como derecho fundamental autónomo*

Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, la libertad de información no es una mera parte integrante del derecho de la libertad de opinión, sino que en el orden constitucional detenta un valor similar²⁷ a las libertades de opinión y de prensa. El mencionado Tribunal reconoce, eso sí, que el derecho de la libertad de opinión también incluye como contenido la protección de la recepción de la opinión por parte de terceros. Ello no hace superfluo el derecho a la libertad de información, dado que la protección de la recepción de la opinión sólo es concedida al tercero en cuanto a su libertad de opinión, por lo cual el receptor jugaría, en este sentido, tan sólo un "papel pasivo". Frente a esto, la libertad de información sería justamente el derecho a informarse por propia cuenta²⁸.

El Tribunal Constitucional Federal reconoce dos componentes como esencialmente determinantes para la libertad de información garantizada en

²³ BVerfG, Revista Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1983, p. 1416.

²⁴ Cfr. VON KOELLER, op. cit., p. 153.

²⁵ Verdad y veracidad no son lo mismo. Verdad es la coincidencia objetiva de la idea con la situación de hecho; veracidad, en cambio, es la coincidencia de la palabra con la idea.

²⁶ Cfr. VON KOELLER, op. cit., p. 154.

²⁷ BVerfGE 27, 71 y ss. (81).

²⁸ Loc. cit.

el art. 5º inciso 1º frase 1 L.F.: por una parte, la relación con el principio democrático del art. 20 inciso 1º L.F., sobre el cual señala: "Un Estado democrático no puede existir sin una opinión pública libre, en lo posible bien informada". Junto a ello, la libertad de información exhibe un componente de derecho individual derivado de la dignidad del hombre (art. 1º L.F.) y del derecho general a la personalidad (art. 2º inciso 1º L.F.), por lo que la Corte Constitucional manifiesta: "Es parte de las necesidades más elementales del hombre informarse a partir de la mayor cantidad de fuentes posibles, ampliar el conocimiento y desplegar su personalidad"²⁹. El Tribunal acentúa la relación funcional entre la libertad de información y democracia, y además aquella entre la libertad de información y el desarrollo de la personalidad. Ambos componentes están yuxtapuestos en igualdad de condiciones y sirven indistintamente para explicar la existencia de la libertad de información como derecho fundamental autónomo.

2. *El contenido de la libertad de información*

La libertad de información garantizada en el art. 5º inciso 1º frase 1 L.F. implica también el derecho de informarse por cuenta propia. No se protege meramente la recepción de la información, sino que incluso la acción deliberada para su obtención³⁰. Al titular del derecho fundamental corresponde la decisión acerca de las fuentes de las cuales desea obtener su información³¹. Claro que el efecto protector de la libertad de información pasiva recién se activa cuando las fuentes de información se tornan efectivamente accesibles o visibles. Esto es tal después de la publicación, cuando se trata de obras impresas, películas o grabaciones audiófónicas, y después de su irradiación por la antena transmisora, en el caso de las emisiones radiofónicas y televisivas. La libertad de información pasiva garantiza, entonces, sólo el acceso a lo accesible y la visión en lo visible³². El individuo no tiene así derecho a reclamar una "accesibilidad" o una "visibilidad", pero si algo ha sido hecho accesible y visible, la libertad de información concede al individuo al derecho de ver y de acceder. De esto se desprende que el Estado no viola la libertad de información del individuo cuando no publica o publica en ediciones restringidas obras impresas o grabaciones audiófónicas o cuando no irradia o interrumpe emisiones radiofónicas o televisivas de carácter estatal. Pero si prohíbe a una persona individual la adquisición de un libro, mirar transmisiones televisivas o escuchar transmisiones radiales simplemente lesiona la libertad de información. Esto es, asimismo, valedero en aquellos casos en que el Estado prohíbe la propiedad privada de radioreceptores o cuando autoriza sólo la posesión de aparatos con una capacidad de recepción previamente limitada en forma técnica, como sucede en los Estados totalitarios.

3. *El acceso general a una fuente de información*

La libertad de información sólo se encuentra constitucionalmente resguardada cuando la fuente de información es de acceso general. El Tribunal Cons-

²⁹ Loc. cit.

³⁰ BVerfGE 27, 71 y ss. (82 y ss.).

³¹ BVerfGE 15, 288 y ss. (295).

³² Cfr. WINDSHEIMER, op. cit., p. 135.

tucional Federal alemán considera una fuente de información, por regla, como de acceso general, cuando "técnicamente está destinada y es apropiada para hacer accesible la información al público en general, es decir, a un círculo de personas no determinable en forma individual"³³. En consecuencia, son por naturaleza accesibles al público en general³⁴ atendiéndose a puntos de vista formales³⁵. Junto a la exigencia de palabra impresa, resulta decisivo el efecto multiplicador³⁶. De escasa importancia son el método de producción, el formato, el tiraje y otras modalidades propias de una publicación. Por tanto, gozan de la protección de la libertad de prensa no solamente los diarios y las revistas, sino que también los libros, los afiches, los volantes y todo material semejante.

4. *El contenido de la libertad de prensa*

La libertad de prensa garantiza a las personas y empresas que se desempeñan en la rama de la prensa la libertad frente al poder del Estado, y asegura a sus titulares, en determinadas circunstancias, una "posición jurídica privilegiada"³⁷. Dicha libertad protege la expresión de la opinión y de información a través de la prensa y abarca también las secciones destinadas a la entretención e incluso los avisos, pues también un aviso representa una información³⁸.

Todas las conductas que se inciben típicamente en la esfera de la actividad de la prensa, como el reportaje de noticias, la entrevista³⁹, las actividades de redacción, la determinación del contenido, la presentación de un producto impreso y las decisiones relacionadas con su modo y fecha de aparición, son garantizadas por el art. 5º inciso 1º L.F.⁴⁰. También aspectos relacionados con la actividad periodística, como la decisión de fundar una empresa o de seguir una carrera periodística, quedan al alero de la protección otorgada por dicho precepto⁴¹.

Además de este aspecto jurídico-subjetivo y del jurídico-objetivo que corresponden a toda norma de derecho fundamental, la libertad de prensa tiene, de acuerdo a la Carta Magna alemana, todavía otro significado especial: garantiza la institución de la "prensa libre"⁴². En materia de efectos prácticos, esto significa que el Estado está obligado —cada vez que la esfera de validez de una norma lesiona a la prensa— a respetar el postulado de su libertad. Consecuencias de tal obligación son la libertad de fundar, mantener y de dirigir empresas periodísticas, así como el libre acceso a las profesiones propias de la esfera en

³³ BVerfGE 27, p. 71 y ss. (83).

³⁴ Cfr. BVerfGE 27, p. 71 y ss. (84).

³⁵ Cfr. SCHEUNER, art. cit., p. 63; HERZOG, op. cit., art. 5, nota al margen 129 y ss.; LOEFFLER, Martin, Presserecht, T. I, 2ª edición, 1969, p. 9 y ss.

³⁶ HERZOG, op. cit., art. 5, nota al margen 134 y ss.

³⁷ BVerfGE 20, 162 y ss. (175).

³⁸ BVerfGE 21, 271 y ss. (278 y ss.).

³⁹ De acuerdo a la opinión vigente, no existe una obligación de información de parte de las autoridades.

⁴⁰ Cfr. BVerfGE 10, 118 y ss. (121); 20, 162 y ss. (176).

⁴¹ BVerfGE 20, 162 y ss. (175 y ss.). La libertad de la actividad económica es protegida, además, por los arts. 2 inciso 1; 12 inciso 1 y 14 inciso 1 L.F.

⁴² BVerfGE 20, 162 y ss. (175); cfr. además, SCHEUNER, op. cit., p. 70.

cuestión. El avisaje, con espina dorsal financiera de la prensa, también participa de su libertad, debido a la garantía constitucional respectiva. En opinión del Tribunal Constitucional Federal alemán, también cabría pensar en una obligación del Estado de rechazar amenazas para la prensa libre a través de la formación de monopolios de opinión ⁴³.

5. *El deber de veracidad de la prensa*

Ateniéndonos a la jurisprudencia y doctrina jurídica alemanas, vemos que las afirmaciones de hecho consciente o demostradamente falsas no gozan de la protección del art. 5º inciso 1º L.F. De esto se desprende que la prensa está obligada a informar de modo veraz cuando hace uso de su derecho de poner al corriente a la opinión pública ⁴⁴. El Tribunal Constitucional Federal exige expresamente un deber de veracidad, "fundado en el significado de la formación de la opinión pública" para la organización general de una democracia liberal ⁴⁵. Debido a la tarea que la prensa cumple en la formación de esa opinión pública, debe examinar la veracidad de las noticias y afirmaciones que transmite. Claro que, según el referido Tribunal, la obligación de examinar y el deber de atenerse a la verdad no deben exigirse exageradamente ⁴⁶, siendo eso sí inadmisibles reproducir en forma irreflexiva noticias falsas o distorsionar conscientemente la verdad ⁴⁷. De esto se desprende que la falta inconsciente a la verdad, suscitada tras una cuidadosa investigación de los acontecimientos, no representa una infracción contra el deber de veracidad. De ahí entonces que no se exija un deber de veracidad objetivo.

Esta jurisprudencia se ve relativizada por decisiones emanadas de la Corte Suprema Federal de la República Federal de Alemania (Bundesgerichtshof) ⁴⁸, en la medida de que se trate de hechos falsos y lesivos a los derechos de las personas. En opinión de dicha Corte ⁴⁹, una publicación periodística que desprestigia a una persona todavía puede hallarse en el marco de lo permisible, cuando después se demuestra que la información era errónea e incluso cuando ya al momento de su publicación existían dudas respecto de su confiabilidad. Pues si la prensa pudiera, en caso de hallarse en juego la honra de una persona, sólo difundir informaciones cuya confiabilidad no pueda ser puesta en duda al momento de su publicación, no podría entonces cumplir cabalmente su tarea de información de la opinión pública que le garantiza el art. 5º inciso 1º L.F. Esto sería tal, porque sus medios para obtener la verdad, de por sí limitados, se verían aún más reducidos ⁵⁰. En cuestiones de relevancia política, que deben ser de interés público en general, pueden estar permitidas las acusaciones injuriosas, aun cuando no puedan ser demostradas a satisfacción del juez con los medios de prueba disponibles ⁵¹.

⁴³ BVerfGE 20, 162 y ss. (176).

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 12, 113 y ss. (130); además, Gross, op. cit., p. 38 y ss.

⁴⁵ BVerfGE 12, 113 y ss. (130).

⁴⁶ Cfr. BVerfGE 12, 113 y ss. (130). Además, BVerfGE 54, 208 y ss. (219 y ss.).

⁴⁷ BVerfGE 12, 113 y ss. (130).

⁴⁸ Corte Suprema Federal, NJW 1977, p. 1288 y ss.; Corte Suprema Federal, NJW 1979, p. 266 y ss.

⁴⁹ Corte Suprema General, NJW 1977, p. 1289.

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ Así Corte Suprema Federal, NJW 1979, p. 267.

V. LA LIBERTAD RADIOFÓNICA

La segunda alternativa del art. 5º inciso 1º frase 2 L.F. protege la libertad de la información a través de la radiofonía.

1. *El contenido de la libertad radiofónica* ⁵²⁻⁵³

Una parte de la doctrina jurídica alemana interpreta el término "información", en el sentido del art. 5º inciso 1º frase 2 L.F., como un concepto contrapuesto con aquel de la "expresión de la opinión" ⁵⁴, deduciendo que la información se refiere exclusivamente a la transmisión de noticias. En caso de interpretarse así el texto del art. 5º inciso 1º frase 2 L.F. y de otorgar a la radiofonía únicamente el derecho a la libre difusión de noticias, habrá entonces que concederles a sus titulares la libertad de expresar su opinión no de acuerdo al art. 5º inciso 1º, frase 2 L.F., sino que en base a la frase segunda del mismo precepto constitucional. Aparte de esto, la libertad de información a través de la radiofonía y la televisión —de acuerdo al art. 5º inciso 1º frase 2 L.F.— goza de plena especialidad frente a los derechos consagrados en el art. 5º inciso 1º L.F. De esta perspectiva puede derivarse que la libertad de estructuración de programas se colige de una acción conjunta de lo establecido en las frases 1 y 2 del art. 5º inciso 1º L.F.

Si bien el art. 5º inciso 1º L.F. habla de la "información a través de la radiofonía", en contraste con la "libertad de prensa", no se puede desprender de pasaje alguno del art. 5º L.F. ⁵⁵ un indicio de voluntad del constituyente de proteger a la radiofonía solamente en consideración a sus transmisiones informativas. A tal interpretación de la Ley Fundamental se opondría la lección de la experiencia, que nos enseña que resulta dificultosa una clara separación entre la comunicación de los acontecimientos y de opiniones. Dado que, por último, la libertad de prensa abarca tanto la comunicación de opiniones como la de noticias, no se vislumbra motivo alguno para garantizar a la radiofonía únicamente la libertad de comunicar hechos. Esto lo confirma también el Tribunal Constitucional Federal, cuando constata que "la libertad radiofónica sirve a la misma tarea que las demás garantías del art. 5º inciso 1º L.F."

La palabra "información" no significa, entonces, una restricción del contenido del derecho fundamental de informar y ser informado ⁵⁶. El art. 5º inciso 1º frase 2 L.F. más bien garantiza la libertad de transmitir todas las formas habidas de programación ^{57, 58, 59}.

⁵² En este sentido también el convenio estatal entre las unidades estatales de la República Federal de Alemania sobre la regulación de los derechos radiofónicos del 5.12.1974; Texto: RING, Wolf-Dieter, Deutsches Presse und Rundfunkrecht, Textsammlung, 1981, Parte C I.1.1.

⁵³ BVerfGE 12, 205 y ss. (226).

⁵⁴ Cfr. KLEIN, op. cit., p. 245 y s.

⁵⁵ Cfr. DOEMMING, Klaus-Berto von / HUESSELEIN, Rudolf Werner / MATZ, Werner, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, en: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge (JoR) N.F., Tomo I (1951), p. 1 y ss. (79 y ss.).

⁵⁶ Cfr. también BVerfGE 31, p. 314 y ss. (326); 35, 202 y ss. (222).

⁵⁷ Cfr. BVerfGE 12, p. 205 y ss. (228 y ss.); cfr. al respecto, HERMANN, op. cit., p. 356 y ss. RUDOLF, Walter, Ueber die Zulaessigkeit privaten Rundfunks, 1971, p. 22 y ss.

⁵⁸ Cfr. HERZOG, op. cit., art. 5 nota al margen 198.

⁵⁹ Bundesverwaltungsgerichtsentscheidungen (BVerwGE) 1, 303 y ss. (305).

De modo similar a lo que acontece con la libertad de prensa, la libertad radiofónica garantiza también la institución de la radiofonía libre⁶⁰.

VI. LA PROHIBICIÓN DE CENSURA

1. *La prohibición de censura previa*

Con la prohibición de censura contenida en el art. 5º inciso 1º frase 3 L.F., queda vedado hacer depender la publicación de contenidos de ideas y de noticias de la autorización previa del Estado. La prohibición de censura abarca, en consecuencia, la censura previa⁶¹ y representa una barrera absoluta para la intervención del Estado, no existiendo excepción alguna, especialmente a través de la dictación de leyes generales⁶². El art. 5º inciso 1º frase 3 L.F. no prohíbe, eso sí, la censura posterior, es decir, una medida de control y de represión que entre en vigencia con posterioridad a la publicación del material. Ello no significa, empero, que la censura posterior se acepte ilimitadamente; más bien es constitucionalmente aceptada tan sólo en el marco de las reglas generales para las libertades de opinión, de información y de prensa.

2. *El concepto de censura formal*

De acuerdo al concepto de censura formal vigente en la R.F. de Alemania, siempre existirá ésta cuando las actividades vinculadas a las libertades de expresión y de prensa sean dependientes de un control por la autoridad. Censura formal significa que el Estado debe ser puesto en conocimiento de toda expresión formulada ante el público en general, sin consideración a su contenido, a fin de que pueda decidir bajo la forma de una prohibición o de una autorización sobre la difusión de esa expresión. Con el concepto de censura formal se combaten meramente amenazas abstractas. La prohibición de censura significa, aplicando el concepto de censura formal, la prohibición de toda medida adoptada por la autoridad para controlar y evaluar una publicación en forma previa a su difusión.

VII. LAS POSIBILIDADES Y LOS LÍMITES DE RESTRICCIÓN DE LAS LIBERTADES DE OPINIÓN, INFORMACIÓN, DE PRENSA, DE RADIOFONÍA Y CINEMATOGRAFÍA

1. *Las tres limitaciones consagradas en el art. 5º inciso 2º L.F.*

Los derechos consagrados en el inciso primero art. 5º L.F. son limitados en el inciso segundo del mencionado artículo, al señalarse:

“Estos derechos hallan su limitación en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho a la honra personal”.

⁶⁰ Cfr. BVerwGE 39, 159 y ss. (163).

⁶¹ Cfr. BVerfGE 33, 52 y ss. (71 y s.); 47, 198 y ss. (236). Cfr. además, HESSE, op. cit., nota al margen 397; SCHEUNER, op. cit., p. 11.

⁶² BVerfGE 33, 52 y ss. (71); 47, 198 y ss.

Estas restricciones no tienen valor, eso sí, para la prohibición de censura establecida en el art. 5º inciso 1º frase 3 L.F., ya que esto no constituye un derecho fundamental autónomo.

a) Las leyes generales

En opinión del Tribunal Constitucional Federal⁶⁴, “leyes generales son todas aquellas leyes que no están dirigidas especialmente en contra de la expresión de una opinión y que más bien sirven a la protección de un bien jurídico que cabe proteger sin consideración de una opinión determinada, es decir, “a la protección de un bien común que tiene primacía frente al ejercicio de la libertad de opinión”⁶⁵. Del significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal deriva, en opinión del Tribunal Constitucional Federal, que no sería consecuente conceder a las leyes generales la relativización del alcance fáctico de este derecho fundamental. Más bien debería ser que las leyes generales, “en su efecto limitante de los derechos fundamentales sean a su vez vistas a la luz del significado de ese derecho, para ser interpretadas de modo tal que el especial contenido valórico del derecho —que en la democracia liberal debe conducir a una presunción fundamental en favor de la libertad de expresión de todos los ámbitos, especialmente en la vida pública— sea debidamente protegido. La relación recíproca entre derecho fundamental y ley general no debe así entenderse como una limitación unilateral de la vigencia del derecho fundamental por las “leyes generales”; se suscita más bien un efecto recíproco, en el sentido que si bien las leyes generales establecen limitaciones textuales para el derecho fundamental, deben, por su parte, ser interpretadas reconociendo el significado valórico de ese derecho en el Estado democrático liberal, lo cual conduce, a su vez, a una restricción de la limitación al derecho fundamental⁶⁶. Esta concepción lleva hacia una ponderación de bienes entre la libertad de opinión y el bien jurídico protegido por la ley general, con la consecuencia de que la libertad de opinión sólo debe ser pospuesta cuando, en caso contrario, se vean vulnerados intereses de otro bien jurídico de mayor rango digno de protegerse⁶⁷.

El Tribunal Constitucional Federal ha realizado a través de una serie de decisiones tal ponderación de bienes, estableciendo que la libertad de prensa debe ser pospuesta en aquellos casos en que la difusión de secretos de Estado protegidos por disposiciones penales amenazaría seriamente la seguridad de la República Federal de Alemania⁶⁸.

b) La toma de posición

Si con la opinión actualmente vigente en Alemania se procede a definir las leyes generales como aquellas que en cuanto a su contenido y sus objetivos no apuntan contra el derecho fundamental de la libertad de opinión en cuanto

⁶⁴ BVerfGE 7, 198 (209 y s.).

⁶⁵ BVerfGE 7, 198 y ss. (209 y s.).

⁶⁶ BVerfGE 7, 198 y ss. (208 y s.); cfr. también BVerfGE 15, 77 y ss.; 15, 223 y ss.; 20, 162 y ss. (176 y s.).

⁶⁷ Cfr. BVerfGE 7, 198 y ss. (210).

⁶⁸ Cfr. BVerfGE 20, 162 y ss. (177); 21, 239 y ss. (243 y s.).

tal, entonces surgen dificultades para conciliar algunas disposiciones reconocidas como leyes generales por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemanas con el art. 5º inciso 2º L.F.

Las disposiciones penales para la protección de la honra de los terceros apuntan unívocamente contra una opinión determinada, de modo que, *sensu stricto*, no constituyen exactamente leyes "generales" sino que "especiales"⁶⁹. También las restantes prohibiciones de expresión tipificadas en el derecho penal apuntan contra expresiones muy determinadas, por lo cual aquí cabe perfectamente hablar de leyes especiales.

Al determinar, entonces, el concepto de "leyes generales", debe distinguirse entre expresiones de opinión y otras expresiones. En el caso de las expresiones que no contienen una opinión es posible cualquier limitación que sirva a la protección de un bien jurídico de igual o superior valor⁷⁰, en la medida que pueda derivarse del sistema axiológico objetivo de la Carta Magna y no inter venga en el contenido esencial del derecho fundamental⁷¹. Siguiendo la jurisprudencia aquí expuesta del Tribunal Constitucional Federal⁷², debe verificarse una ponderación de bienes, en cuyo marco podrá establecerse si el bien jurídico protegido por la ley general debe valorarse *in concreto* por encima del derecho fundamental. En cuanto a la protección de la juventud y dado que esto no se infiere claramente en el ordenamiento axiológico de la Ley Fundamental, se adoptó expresamente esta limitación en el inciso segundo del art. 5º L.F.

Las opiniones, por el contrario, fundamentalmente no pueden ser limitadas. No se puede prohibir, por ejemplo, pronunciarse en favor o en contra de determinada corriente política, social o filosófica en general, o el recibir tales opiniones.

Como es sabido, en todo ordenamiento jurídico existe la prohibición de lesionar la honra de las personas, de modo que en este sentido existe una excepción a la prohibición de dictar leyes especiales contra la libertad de opinión. Los padres de la Ley Fundamental alemana reconocieron este caso excepcional, recogiendo, por tal motivo, *expressis verbis* el derecho a la honra personal como cláusula limitante en el inciso segundo del art. 5º L.F. Por igual motivo, se incorporó a dicha norma la protección de la juventud como otra situación especial. También para su protección pueden dictarse leyes especiales que prohíban la expresión ante ella de determinados pareceres, como, por ejemplo, expresiones que glorifiquen los actos de violencia, los crímenes o la guerra⁷³.

Leyes generales serán, en consecuencia, todas las leyes que estén dirigidas en contra de una determinada opinión. Como en tal caso serían permisibles las expresiones perjudiciales para la juventud o lesivas para la honra de los terceros, debió consagrarse constitucionalmente en forma expresa esta posibilidad de restricción.

⁶⁹ Cfr. también BVerfGE 33, 1 y ss. (17); otra opinión se expresa en BVerfGE 42, 163 y ss. (169); 54, 129 y ss. (135 y s.).

⁷⁰ Mayor valor que los derechos fundamentales enunciados en el art. 5 inciso 1 L.F., corresponde únicamente a los principios de los arts. 1 y 20 L.F. y a los contenidos esenciales de otros derechos fundamentales.

⁷¹ Véase luego bajo IX, 2.

⁷² BVerfGE 7, 198 y ss. (208 y ss.).

⁷³ BVerfGE 30, 336 y ss. (347).

- c) Las limitaciones a los derechos fundamentales a través de las disposiciones generales para la protección de la juventud

Aparte de las "leyes generales", el art. 5º inciso 2º L.F. enuncia las "disposiciones legales para la protección de la juventud" como una limitación de "los derechos garantizados por el art. 5º inciso 1º frases 1 y 2 L.F. Tanto la jurisprudencia⁷⁴, como la doctrina jurídica⁷⁵ alemana, expresan hoy mayoritariamente la opinión de que en el caso de esta limitación no se trataría de un evento contemplado dentro de las "leyes generales", sino que constituiría una limitación autónoma.

La Ley Fundamental no contiene una definición expresa de aquello que en particular es objeto de la protección de la juventud, pero dicha protección alcanzó una figuración no sólo en el art. 5º inciso 2º L.F., sino que también en los preceptos constitucionales 6 incisos 3º y 5º; 11 inciso 2º y artículo 13 inciso 3º L.F., de modo que la primera de las disposiciones nombradas debe ser interpretada en conjunto con estas normas. La juventud se ve especialmente amenazada en el ámbito moral por productos de carácter impreso, sonoro y cinematográfico, que "glorifican los actos violentos y los crímenes, que provocan el odio racial, exaltan la guerra o presentan asuntos sexuales de un modo brutalmente impúdico, pudiendo conducir con ello a desarrollos fallidos de muy difícil corrección o no corregibles en absoluto. El legislador puede, por tal razón, adoptar medidas que prevengan el acceso de la juventud a ese tipo de productos"⁷⁶. El Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgerichtshof) alemán⁷⁷ indica que los parámetros para determinar qué es lesivo para la juventud están en cierto modo temporalmente establecidos, y que los puntos de vista relativos adonde trazar el límite de la tolerancia están sujetos a cambios. La exigencia planteada por el Tribunal Constitucional Federal⁷⁸ respecto a que las leyes generales, por su parte, deben ser interpretadas de un modo restrictivo en consideración a la importancia de los derechos fundamentales, también tiene validez para las disposiciones legales relativas a la protección de la juventud⁷⁹.

- d) Las limitaciones fundamentales de los derechos derivadas del derecho a la honra personal

La tercera limitación del art. 5º inciso 2º L.F. es el "derecho a la honra personal". La limitación para la protección de la honra no está relacionada, según el texto del art. 5º inciso 2º L.F., con la obligación que sólo puede hacerse por ley. Pero en tanto se trate de restricciones penales, se colige una

⁷⁴ Cfr. BVerfGE 30, 336 y ss. (353).

⁷⁵ Cfr. HERZOG, op. cit., art. 5, nota al margen 268.

⁷⁶ BVerfGE 30, 336 y ss. (347).

⁷⁷ BVerfGE, Juristenzeitung (JZ), 1972, p. 207.

⁷⁸ BVerfGE 7, 198 y ss. (208 y s.).

⁷⁹ Dado que los derechos fundamentales de los adultos también deben ser resguardados, se requiere, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, de una ponderación de bienes entre una amplia protección de los derechos fundamentales y una efectiva protección para la juventud. (Cfr. BVerfGE 30, 336 y ss. (348)).

reserva legal derivada del principio "nulla poena sine lege" establecido en el art. 103 inciso 2º L.F. Además, la reserva legal en esta materia deriva, en casos de restricción de los derechos fundamentales, de los principios propios del Estado de Derecho.

El Tribunal Constitucional Federal alemán no confiere al "derecho a la honra personal" del art. 5º inciso 2 L.F. una especial importancia como límite para la libertad de opinión. Especialmente, no entrega una postura inequívoca respecto de cuál es la relación de esta limitante con las "leyes generales", también aludidas por dicho precepto. Como ya se señaló anteriormente, en el caso de opiniones lesivas para la honra personal no se trata justamente de "leyes generales"⁸⁰, sino que de un derecho especial contra la libertad de opinión, lo que hizo necesaria la expresa mención de la limitación concreta destinada a la protección de la honra personal.

Por el hecho de que —en contraste con las otras dos limitaciones contenidas en el art. 5º inciso 2º L.F.— no se aluda a las "disposiciones para la protección de la honra" en el caso del bien jurídico "honra", sino que simplemente del derecho a la honra personal, queda establecido, pues, que los redactores de la Constitución de la R.F. de Alemania desearon conferir al derecho a la honra un rango constitucional especial. El derecho a la honra personal no se convierte por ello todavía en un derecho fundamental, pero obtiene, gracias a su mención en su inciso segundo del art. 5º L.F., una posición ciertamente destacada. El legislador es facultado por esta disposición para limitar las libertades garantizadas en el inciso primero de dicho precepto para la protección de la honra personal. Con la mención expresa del "derecho a la honra personal" limitó el constituyente, sin embargo, al legislador la posibilidad de disponer de modo enteramente libre sobre el bien jurídico de la honra. Con ello se pretende restringir la posibilidad de ampliar la esfera de protección de las libertades del art. 5º, inciso 1º L.F. a costa de la protección de la honra personal. En caso de colisión habrá de procederse, entonces, a conferir primacía al derecho a la honra personal por sobre un bien jurídico protegido únicamente por una ley general. El derecho a la honra personal no puede, en ningún caso, afectar a la esencia misma de la libertad de opinión.

2. *La garantía del contenido esencial del art. 19 inciso 2º L.F.*

Mediante el límite material derivado de la garantía del contenido esencial del art. 19 inciso 2º L.F., la Carta Magna alemana busca evitar que se afecten los derechos fundamentales por la vía de las limitaciones excesivas. Dicho precepto indica:

"En caso alguno puede verse afectado un derecho fundamental en su esencia".

La Ley Fundamental presupone, con esta disposición, que a los derechos fundamentales les es inherente un contenido esencial, aun cuando no lo defina. Por tal razón en Alemania existe una serie de teorías para la interpretación

⁸⁰ En la literatura especializada se procede en parte a citar el derecho a la honra personal como un ejemplo de un bien jurídico protegido por una ley general. Cf. COING, Helmut, *Ehrenschtutz und Presserechef*, 1960, p. 10; LERCHE, Peter, *Werbung und Verfassung*, 1967, p. 110.

del concepto "contenido esencial" (Wesensgehalt) ⁸¹. La "teoría absoluta" ⁸² entiende el contenido imprescindible de los derechos fundamentales como un núcleo esencial protegido en forma irrestricta y sustraído de la facultad de disposición del legislador. La "teoría relativa" ⁸³ evoca en la determinación del contenido esencial el principio de proporcionalidad y entiende, en consecuencia, por éste, aquella esfera que no puede ser delimitada debido a su desproporcionalidad. Según los planteamientos de la "teoría institucional" ⁸⁴, el contenido esencial es el contenido institucional de la disposición que consagra el derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal no ha seguido expresamente ninguna de estas teorías, pero en su interpretación del art. 19 inciso 2º L.F. se muestra partidario de un "límite absoluto" ⁸⁵ que no debe ser franqueado por el legislador. Según la mencionada Corte Constitucional, ni siquiera los intereses comunes más importantes podrían justificar una "intervención en el contenido esencial absolutamente protegido", no teniendo tampoco lugar "una ponderación de acuerdo a lo que indica el principio de la proporcionalidad" ⁸⁶. El Tribunal Constitucional Federal también rechaza la teoría institucional ⁸⁷, al declararse partidario de una intervención en el contenido esencial, a pesar de que el derecho fundamental siga existiendo desde un punto de vista jurídico-material. En opinión del Tribunal, habrá de obtenerse el significado del contenido esencial intangible de un derecho fundamental a partir del especial valor de cada uno de ellos "en el sistema total de los derechos fundamentales" ⁸⁸. Determinantes serán la situación de hecho a regularse, la regulación efectivamente dispuesta y la respectiva opinión de la sociedad sobre el particular, así como el juicio jurídicamente decantado en torno al significado que el derecho fundamental en cuestión posee todavía "para la vida social en general" ⁸⁹.

3. *Pérdida del derecho de la libertad de opinión y de la libertad de prensa*

Dado que en sí toda persona puede invocar los derechos fundamentales, existe el peligro que los enemigos de la libertad abusen de ellos en su lucha por la eliminación de la esencia de la Constitución y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales. La Carta Magna busca hacer frente a esta amenaza con su art. 18, al indicar ⁹⁰:

⁸¹ Cfr. al respecto, BLECKMANN, Albert, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1979, p. 265 y ss.; GRABITZ, Eberhard, *Freiheit und Verfassung*, 1969, p. 103 y ss.; HAE-
BERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª edición, 1983, p. 1 y s.

⁸² Cfr. BVerfGE 1, 269 y ss. (377); KLEIN, op. cit., p. 557, 559.

⁸³ Cfr. BGHSt. 4, 375 y ss. (377).

⁸⁴ Cfr. JAECKEL, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, 1967, p. 111 y ss.

⁸⁵ BVerfGE 16, p. 194 y ss. (201).

⁸⁶ BVerfGE 24, p. 238 y ss. (245).

⁸⁷ BVerfGE 61, p. 82 y ss. (113).

⁸⁸ BVerfGE 22, 180 y ss. (219).

⁸⁹ Cfr. SCHMITT GLAESER, Walter, *Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf*, 1968, p. 32 y ss.

⁹⁰ BVerfGE 28, 36 y ss. (48).

“Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa . . . quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y el alcance de la misma serán determinados por el Tribunal Constitucional Federal”.

El art. 18 L.F. instituye de esta manera el principio de la democracia militante o combativa (*Streitbare Demokratie*).

Los derechos fundamentales que se pueden perder de acuerdo al art. 18 de la Constitución son enumerados en forma taxativa. En el caso de la libertad de expresión de la opinión se ven incluidas las libertades de opinión, de propagación, de prensa, de informar a través del medio radial, televisivo y el cine, así como la libertad de enseñanza. La libertad de informarse, que en la Ley Fundamental sólo se entiende de modo pasivo y que por el hecho de no surtir efectos externos no puede ser materia de abuso, es imposible de perder.

Según el art. 18 L.F., se “pierde” el derecho de ejercer el respectivo derecho fundamental, pero en realidad el reconocimiento de éste es sólo reducido hasta donde sea necesario para la defensa del orden fundamental democrático liberal⁹¹.

VIII. CONCLUSIÓN

Es indiscutible que en las democracias occidentales la libertad de expresión de la opinión es una de las condiciones y formas más importantes de la vida social política y constituye uno de los derechos humanos en sí más sobresalientes. A ella le compete, en un Estado liberal, la tarea de posibilitar un proceso comunicativo sin cortapisas para poder contribuir de tal modo a la formación de la opinión pública. Paralelamente constituye un medio necesario para el desarrollo de la personalidad. A estos objetivos sirven de modo ejemplar el art. 5º L.F. y la respectiva jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Federal.

⁹¹ KLEIN, op. cit., p. 522 y ss.