

# ¿A DÓNDE VA EUROPA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES? LAS ENSEÑANZAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

**Director: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**

Catedrático emérito de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación



# **LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ÁMBITO Y LÍMITES**

**(CONFERENCIA III)**

**44.** La libertad de expresión –de tantas formas denominada, cada una con sus matices, pero con efectos similares: libertad de imprenta, de palabra, de prensa, etc.-, es una de las grandes aspiraciones íntimamente vinculadas al advenimiento del Estado contemporáneo, que se pretende participativo y representativo, pluralista e inspirado por los ideales liberales, y así se manifiesta de manera inequívoca en los documentos más representativos, a alguno de los cuales se aludirá inmediatamente, pero hoy mismo es, sin falta, uno de los sueños más auspiciados en los Estados de corte totalitario y no representativos. Sorprenden hoy, es estos países, los esfuerzos de las autoridades por cegar las fuentes de la información, en el intento por mantener un monopolio que impida cualquier noticia o cualquier manifestación de opinión que difiera de sus intereses y consignas. La lucha por la libertad de expresión se representa así como una ingente aventura tratando de alcanzar una de las aspiraciones más legítimas en cualquier sociedad.

Es entrañable, dentro de su ingenuidad, el texto de la primera declaración de derechos de la era contemporánea, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, cuyo artículo XII estaba así redactado: “Que la libertad de prensa es uno de los baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por los gobiernos despóticos”. No se puede decir de manera más directa, marcando el contraste con las deformaciones. Bien poco después, la idea se acoge en la famosa “Primera Enmienda” a la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, en vigor desde 1791, y operativa desde entonces, con diversa fortuna a lo largo de su evolución –recuerdo los agobios de J. Joyce temeroso de que los funcionarios de correos estadounidenses censuraran la única copia de su gran novela *Ulises*-, pero a la que la Corte Suprema, desde hace ya unos años, ha dotado de una vitalidad inigualable. Recuérdese la expresión, en la que se tratan conjuntamente la libertad religiosa y la de expresión: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech or of the press...” Es decir, en lo que ahora interesa, el Parlamento –el Congreso-, “no hará ley alguna recortando la libertad de palabra o de prensa”. Se consagra el criterio de genérica ausencia de restricción, que sólo encuentra sus límites en los procesos “por libelo”, cuando el ataque al honor de una persona esté contemplado en la legislación penal.

45. Cuando España da los primeros pasos para entrar en la era liberal –lo que es interesante recordar ahora que celebramos el segundo centenario de la Constitución de Cádiz-, los textos no dejan de ofrecer matices significativos. Ante todo, la fórmula “demorada” que ofrece la Constitución de Bayona de 1808, al disponer su artículo 145, “Dos años después de haberse ejecutado enteramente esta Constitución se establecerá la libertad de la imprenta. Para organizarla se publicará una ley hecha en Cortes”. Esos “dos años” eran una inequívoca remisión “ad calendas grecas”: obviamente, la previsión nunca llegó a hacerse realidad. Sorprende, en cambio, gratamente, el entusiasmo de los diputados que, reunidos en la Isla de León –actual San Fernando-, antes de trasladarse a Cádiz, dedicaron a nuestro tema uno de sus primeros decretos, el número IX, de 10 de noviembre de 1810, marcando ya incisivamente en el preámbulo: “Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un modo de ilustrar a la Nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido en decretar lo siguiente...” En esta línea, es muy gráfico lo que comienza disponiendo el artículo 1, “Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación, baxo las restricciones y prohibiciones que se exponen en el siguiente decreto”. Fórmula amplia, tan positiva e ilusionante, marcando el acento en la prohibición de cualquier censura previa, que se fija en esa expresión tan interesante –porque apunta de manera directa a lo que venía especialmente prohibido- de transmitir las “ideas políticas”. Aunque, a pesar de las apariencias, la fórmula utilizada podía servir para alcanzar un sentido restrictivo. Y es que a pesar de la amplia proclamación, la libertad consagrada iría acompañada de significativos límites. Con lo que desde el comienzo se marca una característica que habría de ir transmitiéndose hasta nuestros días. En efecto, en el propio precepto se consignarán dos modalidades de límites. La primera se refiere a la “vía penal”, contemplada con amplitud. El apartado IV del mismo artículo 1, recalca que “Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres serán castigados con la pena de la ley y las que aquí se señalarán”. Dicha previsión, que hoy se nos antoja excesivamente amplia, podría entenderse dadas las características del momento. Más chocante resulta, en cambio, el otro límite que se establece, una cautela testimonio de las

complejas relaciones “Trono-Altar” propias de la época: en efecto, las restricciones afectarían a “todos los escritos sobre materia de religión”, para los que se prescribe la censura eclesiástica, “según lo establecido en el Concilio de Trento”. Es decir, que en el que se consideraba “su” ámbito, el “Altar” lograba una posición de control total, con el consiguiente cercenamiento de la libertad.

Pronto llega la Constitución de 1812, que trasluce a las claras el entusiasmo de los diputados. Bien se refleja el talante optimista en las palabras que dedica al tema el famoso “Discurso Preliminar”: “Como nada contribuye más directamente a la ilustración y adelantamiento general de las Naciones, y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosos a los súbditos de un Estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la monarquía, si los españoles desean ser libres y dichosos”. En esa línea, siguiendo muy de cerca el precedente del decreto aprobado en San Fernando, el artículo 371 –integrado en el título dedicado a “La instrucción pública”- dispondrá: “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. Se sigue con la referencia a las “ideas políticas”, desde el doble sentido, aperturista de un lado en lo que había sido materia tabú, pero restrictiva en lo referente al universo de “lo religioso”, pero hay que destacar que dicho precepto –al margen de la limitada vigencia de la Constitución del doce- tuvo un efecto fulminante potenciando generosamente la libertad de imprenta, dado que aparecieron múltiples hojas y periódicos, como han señalado los estudiosos del periodo.

**46.** Dando un gran salto, prescindiendo de los vaivenes de la atormentada historia de España, y por venir ya al derecho hoy vigente, hay que decir de entrada que resulta muy certera, de una parte, la fórmula del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 –siguiendo muy de cerca la Declaración Universal de Derechos Humanos-, acoge la libertad de expresión con gran amplitud, y de otra, en similar sentido, la del artículo 20 de la Constitución de 1978. En ambos casos, con todo, junto a la expresión de las más amplias opciones, conviven determinados límites que se describen minuciosamente. En efecto, si el apartado 1 del artículo 10 del Convenio contiene la previsión de muy destacadas posibilidades y opciones, luego el apartado 2 codifica un conjunto de previsiones de límites e injerencias. Lo que, por otro lado, no es nada extraño

en el sistema del CEDH: ya se vio al estudiar el derecho a la intimidad como el artículo 8 ofrecía estructura similar. Dice, en efecto, el artículo 10 bajo la rúbrica “Libertad de expresión”:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Amplio conjunto de opciones restrictivas o intervencionistas, como se ve, real y evidente, pero que el Tribunal interpretará de manera restrictiva partiendo de su carácter excepcional. Entre ellas, con una decidida vocación de transitoriedad, a la vista de los avances de la técnica, la referencia a la posible intervención –régimen de autorización previa—, prevista para la radio y la televisión: jugaba en el momento de la redacción del precepto el límite real de emisoras posibles, lo que de una manera progresiva iba siendo superado por las nuevas tecnologías: cable, satélites, etc.

El precepto referido fue tenido muy en cuenta la redactarse la Constitución española de 1978. El artículo 20, que es el referente, se abre con un apartado primero en el que, en lugar de la fórmula más esquemática y genérica del CEDH, se apuesta intencionadamente por codificar un conjunto de gran amplitud:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

El precepto prohibirá expresamente cualquier “tipo de censura previa” (apartado 2), asegurando que el “secuestro” sólo podrá acordarse “en virtud de resolución judicial” (apartado 5). Pero no falta en la regulación un amplio espacio para posibles límites e injerencias:

“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (apartado 4).

Esquema similar al del Convenio, como se ve, en el que las restricciones se abordan con fórmula de cierta amplitud, en la que queda espacio para “las leyes que los desarrollen”.

**47.** Dicho lo cual, insistiré en algo que debe quedar claro desde el inicio y es la profunda diferencia en cuanto a los límites entre el sistema estadounidense, de una parte, y el europeo –y el español, en concreto-, de otra. Quienes ejercitan la libertad de expresión en el ámbito europeo deben saber que hay unos límites inequívocos a respetar, aunque no se entre en el terreno abarcado por el código penal. Del mismo modo que la “libertad de cátedra” no es la del que quiera hacer payasadas o improvisaciones, sino que exige –y es bien claro el modelo alemán, del que proviene-, el esfuerzo del investigador, la ponderación y contraste de opiniones, la búsqueda de la objetividad, en suma una profesionalidad que requiere esfuerzos y preparación, la libertad de expresión va a exigir en no pocos casos, el contraste y la verificación de las fuentes, la contención de la agresividad, el rechazo de las informaciones torticeras y, con frecuencia, un inequívoco deber de diligencia (uno de mis trabajos comentando la jurisprudencia del Tribunal Europeo lo titulaba, precisamente, “La necesaria diligencia de los periodistas”). Es muy indicativa la frase que abre al apartado 2 del artículo 10 citado, cuando puntualiza que “El ejercicio de estas libertades (...) entrañan deberes y responsabilidades”. Es una llamada inequívoca al comportamiento profesional, a la responsabilidad y a la medida desde la idea



de que en el campo de la información no cabe todo, a pesar de lo que puedan dar a entender las apariencias. Conviene decirlo con firmeza pues no faltan los olvidadizos que a la hora de atribuirse ventajas y facilidades desconocen olímpicamente cual es el alcance del sistema jurídico que es la fuente de las libertades que unos y otros disfrutamos. La regulación del Convenio, o de la Constitución, constituye cada una de ellas una unidad, de manera que todas las opciones quedan entrelazadas, lo mismo las que abren oportunidades que las que imponen límites y restricciones. A algunos periodistas les gusta repetir eso de que “la mejor ley de prensa es la que no existe”. La regla puede tener una base de acierto en cuanto se aspira a superar regímenes intervencionistas que asfixiaban la libertad de expresión con trámites y regulaciones. Pero no tiene justificación alguna si se pretenden desconocer los límites o limitaciones que en algunos supuestos impone la ley –o la Constitución, o el Convenio Europeo-. Es decisivo potenciar las oportunidades, que es lo que hace tanto el Convenio como la Constitución (aunque a partir de ahora me referiré sólo a aquél), pero importa muy mucho saber que en los excesos no ampara el Convenio Europeo: lo prohibido, prohibido está, con la advertencia de que pueden derivarse consecuencias negativas para el infractor, desde condenas penales (multas, privación de libertad o suspensión o cierre del medio desde el que se ha actuado). hasta condena al pago de indemnizaciones. De todo ello hay ejemplos patentes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, a la que paso a referirme seguidamente. Pero antes, una pequeña observación desde el punto de vista de comparación de los dos sistemas. Cuando hay un enfrentamiento o tensión entre dos derechos contrapuestos, en Estados Unidos se predica con normalidad –con apoyo evidente en la jurisprudencia y en la doctrina- la idea del carácter **preferente** de la libertad de prensa, lo que se denomina como “preferred position”. En cambio, en el ámbito europeo el Tribunal avala con normalidad el criterio firmemente establecido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en varios documentos de relieve, de que no hay prioridad entre unos derechos y otros, lo que significa, en concreto, que habrá que atender a otros criterios a la hora de decidir, pero que no puede afirmarse la primacía de la libertad de prensa.

**48.** Debo destacar ante todo el extremo cuidado del Tribunal a la hora de proyectar y defender la libertad de expresión, en general, y de manera señalada la que corresponde a la prensa (advirtiendo que cuando uso esta palabra me estoy refiriendo a todas las modalidades de comunicación y no sólo a la prensa escrita, para cuya confección, por cierto, ya es normal que se haya abandonado la utilización de “la prensa”). Es muy



consciente el Tribunal de la importancia de que se discutan y debatan todos los problemas que interesan a la sociedad, incluida, por supuesto, la crítica política y a los políticos. El Tribunal es bien consciente del efecto disuasorio –y por tanto nocivo- que puede tener cualquier sanción a la prensa. Últimamente el Tribunal es beligerante con informaciones intrascendentes que para nada importan al interés general, que son meros cotilleos, bien dañosos en cambio para la utilidad de las personas afectadas. En este sentido, se insta a los Estados a que protejan la intimidad, aunque sea en detrimento de la libertad de expresión. Pero muy cauteloso siempre por si, al actuarse contra esas informaciones intrascendentes, no vaya a cercenarse el importante papel que la prensa está llamada a desempeñar en relación con lo que efectivamente afecte al interés general. Bien expresiva resulta la reciente sentencia “Mosley c. Reino Unido”, 10.V.2011, sobre publicación y emisión de fotos y video con escenas sexuales “picantes” de un conocido hombre del mundo de “Fórmula 1”: se reconoce que no es justificable en absoluto la información pero no se le da la razón al recurrente entendiéndose que ya ha recibido suficiente compensación en el ámbito interno, con fuerza incluso para disuadir ulteriores intentos similares. En concreto, se afirma: “El Tribunal recuerda que la naturaleza y severidad de una sanción impuesta a la prensa en relación con cualquier publicación resultan decisivas para contrastar la proporcionalidad de la injerencia sobre el derecho a la libertad de expresión. De ahí que el Tribunal deba actuar con el mayor cuidado cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas por las autoridades nacionales puedan ser de tal entidad que alcancen a llegar a disuadir de tomar parte en la discusión de materias de legítimo interés” (p. 116)

En resumen, adelantando ideas, también en este campo de la libertad de expresión hay que destacar el importantísimo papel desempeñado por el Tribunal Europeo, poniendo así muy alto el listón para orientar a los agentes y Tribunales de los Estados. Creo que es importante subrayar la vertiente positiva y facilitadora del Tribunal. Lo que no impide tener en cuenta también el cuidado para que no se sobrepasen los límites establecidos. Como se habrá observado, la estructura del apartado 2, autorizando injerencias y límites, se apoya en los tres criterios habituales al sistema del Convenio, y que ya fueron comentados al tratar del derecho a la intimidad: que estén previstos por la ley, que respondan a fines de interés público predeterminados, y que la intervención resulte proporcional y necesaria en una sociedad democrática. Por supuesto que estas injerencias son admitidas con carácter restrictivo, partiendo de su manifiesta excepcionalidad.

El estudio de la jurisprudencia, nos sitúa ante un panorama ingente a la par que incesante. Han sido numerosísimos los problemas que se han planteado al Tribunal en relación con la libertad de expresión pero en un proceso ininterrumpido y que no deja de ofrecer continuamente nuevos ejemplos. Contando con ello, mi exposición va a ser esquemática, escogiendo lo que me parecen aspectos más relevantes, y seleccionando por eso las sentencias para, sin afán de exhaustividad, dejar una muestra de las líneas más características.

**49.** Me ha gustado siempre destacar el que creo puede denominarse **párrafo paradigmático** de la jurisprudencia en relación con los diversos derechos y libertades garantizados. Se trata de una breve síntesis, fruto de una cuidada elaboración, resumen señero de las opciones propias de cada derecho, que permite así identificarlo con facilidad y tener clara su funcionalidad. Una vez diseñado, se repetirá hasta la saciedad en los casos sucesivos. En nuestro caso, creo que se incluyó por primera vez en la sentencia “Handyside c. Reino Unido”, 7.XII.1976, y tal sería su contenido: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [la <sociedad democrática>], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones a ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan o perturban al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe <sociedad democrática>” (p. 65). Significado por consiguiente del pluralismo y la diversidad, para cuya vitalidad son llamadas a la convocatoria las más diversas voces. Las halagüeñas o indiferentes, pero también las que preocupan o, incluso, perturban. Pero junto al párrafo paradigmático, el Tribunal usa también otras expresiones carismáticas, que se repiten de caso en caso. En sentido parecido, se subrayará, “El Tribunal recalca el papel preminente de la prensa para informar al público e impartir informaciones e ideas en materias de interés público en cualquier Estado gobernado por el imperio de la ley [“the rule of law”]”. O, en línea similar, “No es sólo que la prensa tenga la tarea de impartir tales informaciones e ideas, sino que es que el público tiene el derecho a recibirlas. De otra manera, la prensa no sería capaz de desempeñar su decisivo papel de <perro guardián> público [“public watchdog” en el original; en ocasiones, yo he traducido por “centinela”, a la vista del tono peyorativo que puede tener en español la traducción

literal]”. Estos dos últimos párrafos están tomados del caso, que antes se citaba, “Mosley c. Reino Unido” (p. 112).

Paso a continuación a exponer las líneas principales que depara la jurisprudencia, que agruparé en los siguientes epígrafes: I. Modalidades a través de las cuales se puede ejercer la libertad de expresión; II. El otorgamiento de licencias para emisoras de radio y televisión; III. Ámbito del derecho; IV. Los políticos: una doble dirección; V. La crítica de las religiones; VI. Entrando en los límites: a) La protección de la infancia y juventud; b) La comisión o imputación de delitos; c) La exaltación del terrorismo; d) El respeto a los sentimientos religiosos; e) El “lenguaje del odio”.

## **I. MODALIDADES A TRAVÉS DE LAS CUALES SE PUEDE EJERCER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**50.** Conviene recordar que, en general, como indica el precepto y recuerda reiteradamente el Tribunal –como ya habrá podido comprobarse-, la libertad de expresión puede contener ya sea informaciones, ya sea opiniones. Ambas opciones han de ofrecer distintas exigencias, como recalca reiteradamente el Tribunal, en cuanto en la primera, por ejemplo, importará sobremanera la realidad y objetividad de los “hechos” referidos, cosa que no sucede en la segunda donde impera la subjetividad del autor. Pero no voy a desarrollar ahora esa línea. En este momento quiero hacer un somero repaso a las distintas modalidades o “soportes” a través de los cuales fluye y se manifiesta la libertad de expresión. Como era de esperar, son numerosísimas las opciones. He aquí, en lista abierta, las variantes más usuales, cada una de las cuales se ilustrará con la correspondiente referencia jurisprudencial. En el bien entendido de que todas las opciones quedarán incluidas dentro del paraguas de garantías que el Convenio Europeo otorga a la libertad de expresión.

a) Actuaciones orales, tipo mítines, discursos, etc. En la sentencia “Abdullah Aydin c. Turquía”, 9.III.2004, el recurrente había participado en un mitin político de la “Plataforma por la democracia de Ankara”, en el que hubo virulentas críticas al Gobierno, pero también repetidos llamamientos a favor de la paz, de la igualdad y de la libertad. Se le impuso una severa condena, de un año de prisión y multa. El Tribunal Europeo considera desacertada la sanción y condena a Turquía por haber violado la libertad de expresión, con la obligación de pagar al afectado una significativa cantidad en concepto de daños morales.

b) En concreto, intervención de eclesiásticos. En “Gündüz c. Turquía”, 4.XII.2003, un líder religioso musulmán critica violentamente el régimen laico. Su sanción se considera contraria a la libertad de expresión.

c) Diarios y prensa escrita en general. En general los periódicos –no en balde se ha hablado reiteradamente de la **libertad de prensa**- serían el lugar típico para que se desarrollara la libertad de expresión. Aunque, como se deduce de la lista que estoy ofreciendo, hoy resulta obvio que son muchas las maneras de manifestarse que tiene aquélla. Hoy el protagonismo habría pasado sobre todo a la televisión, dado el impacto que alcanza, y pronto, seguramente, a internet, dada la difusión que permite. Con todo, sigue siendo muy importante el significado social de la prensa escrita. Pues bien, por citar una muestra, valga como ejemplo el supuesto decisivo que se cita como punto de partida, el “Sunday Times c. Reino Unido”, 26.IV.1979, sobre el que más adelante insistiré.

d) No faltan las revistas de “información social”, lo que en España se suele denominar “prensa del corazón”. Un ejemplo notable sería el caso de “Carolina de Mónaco”, que en realidad es la sentencia “Von Hannover c. Alemania”, I.

e) Revistas políticas, sindicales y reivindicativas. En el caso “Vereinigung Soldaten Österreich y Gubi c. Austria”, 19.XII.1994, la prohibición de distribuir una revista crítica militar, “Der Igel” (“El erizo”), se considera contraria a la libertad de expresión. Pero no todo cabe en el pabellón de la política: una burda parodia, muy ofensiva, con una caricatura exaltando la destrucción de las “Torres Gemelas”, es el objeto central de la sentencia “Leroy c. Francia”, 2-IX.2008. El Tribunal Europeo considerará justificada la sanción impuesta dado que hay límites que debe respetar la libertad de expresión.

f) Panfletos: en el asunto “Vejdeland c. Suecia”, 9.II.2012, se había distribuido en una escuela un panfleto con graves agravios genéricos a los homosexuales. El Tribunal no amparó la libertad de expresión frente a la leve sanción que les había sido impuesta.

g) Folletos. En el caso “Steel y Morris c. Reino Unido”, 15.II.2005, los dos recurrentes habían publicado un breve folleto denunciando la forma de actuar de los establecimientos de comidas “Mc Donald’s”, tanto a la hora de conseguir los alimentos como a la de prepararlos. Se les condenó al pago de una significativa indemnización. Pero Inglaterra sería condenada, aparte de por no respetar las reglas del proceso justo, por atentar a la libertad de expresión.

h) Publicidad electoral. La sentencia “Bowman c. Reino Unido”, 19.II.1998 contempla el caso de una señora, de una asociación antiabortista, que en periodo electoral distribuye un panfleto indicando cual es la posición de cada uno de los candidatos ante el aborto. Fue sancionada por infracción de las reglas de control de los gastos electorales, pero el Tribunal terminó estimando que había sido violada su libertad de expresión.

i) Poner un poster en una ventana: en la decisión de inadmisión “Norwood c. Reino Unido”, XI.2004, se había puesto en una ventana un poster representando las “Torres Gemelas”, con la siguiente leyenda: “Fuera el Islam del Reino Unido. Proteged al pueblo británico”. El responsable fue condenado penalmente, por atribuir genéricamente a un grupo tan grave suceso, vinculándoles de manera indiscriminada con el terrorismo. El Tribunal dio por bueno que en casos como esos se restringiera la libertad de expresión.

j) Libros. Entre los muchos ejemplos referidos a libros, podría recordarse la sentencia “Plon c. Francia”, 18.V.2004. Nada más morir el Presidente Mitterrand su médico publicó un libro describiendo el curso de la larga y grave enfermedad que le llevó a la muerte, que el político había ocultado celosamente, dando cuenta en cambio en los sucesivos comunicados periódicos del buen estado de su salud. El Tribunal considera oportuno que esas informaciones –de indudable interés general-, hubieran llegado a la opinión pública, y concluye condenando a Francia por haber cercenado la libertad de expresión. Sin salir del país, aunque desde otra perspectiva bien diferente, es interesante también el asunto “Paturel c. Francia”, 22.XII.2005: quien da nombre al caso había publicado un libro muy crítico contra quienes atacan a las “sectas”, por el que sería condenado penalmente. El Tribunal estimó, en cambio, que debía prevalecer la libertad de expresión, por lo que Francia fue condenada.

k) Libros dedicados a escolares: sería un ejemplo claro el ya citado asunto “Handyside c. Reino Unido”, donde el editor que da nombre al caso puso en circulación el que aquí en España se llamó “El libro rojo del cole”, que las autoridades británicas retiraron por entender que confundía a los escolares a los que estaba destinado, con un incorrecto tratamiento de los aspectos sexuales. El recurso se rechazó, avalando la forma de obrar gubernamental.

l) Radio. Pronto destacó el Tribunal que las reglas de la libertad de expresión formuladas para la prensa escrita valían también para la radio. La radio fue en efecto el soporte de una serie de boletines de noticias que llevaron al mencionado a querellarse por entender que

se le estaba imputando un delito. Tal es el fondo de la sentencia “Radio France c. Francia”, 30.III.2004, en la que el Tribunal entendió que fue correcta la imposición de la sanción

m) Televisión. Un asunto que ha suscitado mucha polémica es el caso “Jersild c. Dinamarca”, 23.IX.1994: en una emisión abierta de televisión un grupo de jóvenes ultras emite opiniones marcadamente racistas, por lo que el periodista que llevaba el programa fue sancionado, aceptando el Tribunal el recurso por estimar que la sanción no era necesaria en una sociedad democrática.

n) Cine. En la sentencia “Otto Preminger-Institut c. Austria”, a instancias del Obispo católico de Innsbruck se había suspendido la proyección y retirado la película “Das Liebekonzil” (“El concilio del amor”), por estimarla ofensiva a los sentimientos religiosos. El recurso se rechazó confirmando la decisión gubernamental.

ñ) Vídeos. Valga el caso “Wingrove c. Reino Unido”, 25.XI.1996, sobre el vídeo “Visions of ecstasy” (“Visiones del éxtasis”), un corto muy lascivo y escasamente artístico, tomando como motivo los éxtasis de Santa Teresa, que las autoridades inglesas no autorizaron, decisión que fue confirmada por el Tribunal al rechazar el recurso.

o) Internet. En el asunto “K. U. c. Finlandia”, 2.XII.2008, del que se trató con detenimiento en el capítulo segundo, se cuestionaba, en efecto, el ejercicio de la libertad de expresión a través de internet.

p) El terreno de la publicidad. También la publicidad, a través de cualquiera de los distintos medios o modalidades se considera amparada por el artículo 10, si bien se reconoce a los Gobiernos un mayor margen de intromisión. La sentencia “Barthold c. Alemania”, considera contraria a la libertad que se prohíba hacerse publicidad a los miembros de un Colegio Profesional: se trataba en concreto de un veterinario.

q) También se considera que encajan en la garantía del precepto las creaciones artísticas como cuadros o pinturas. En “Müller y otros c. Suiza”, 24.V.1988, la libertad de expresión se plasma en tres grandes cuadros de alto contenido erótico. Luego se hablará del supuesto en el que, desde la perspectiva de la protección de la juventud, el Tribunal daría por buenas las restricciones gubernativas. También se trata de un gran cuadro en la sentencia “Vereinigung Bildender Künstler c. Austria”, 25.I.2007, un asunto muy polémico y discutible: la asociación de artistas recurrente había organizado para celebrar su centenario, y bajo el lema “El siglo de la libertad artística”, una gran exposición con obras



de sus socios, entre las que estaba el cuadro en cuestión, “Apocalypse”, una enorme pintura en la que aparecían mezclados todo tipo de personajes, políticos, religiosos, etc., en las posturas sexuales más provocativas. Uno de los afectados puso en marcha el correspondiente proceso penal, que terminaría en condena. El Tribunal Europeo –en una ajustada votación de cuatro contra tres, lo que provocaría interesantes votos particulares disidentes- concluiría en cambio que la sanción no era necesaria, condenando a Austria por violación de la libertad de expresión.

## **II. EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS PARA EMISORAS DE RADIO Y TELEVISIÓN**

51. Ya se vio que el artículo 10 contempla el posible sometimiento de las empresas de radiodifusión y de televisión “a un régimen de autorización previa”. Se partía, en efecto, de la frecuencia en el momento en que se hizo el Convenio de fórmulas de monopolio estatal, o de rigurosa intervención, sobre todo desde la necesidad de controlar y distribuir las opciones técnicas. Circunstancias que fueron cambiando conforme nuevas invenciones iban abriendo nuevas oportunidades. En esta tesitura se produjeron diversas reclamaciones, que el Tribunal zanjaba como principio condenando las restricciones, considerando que el Convenio avalaba la libre instalación de nuevas emisoras. Valga un ejemplo claro: en el temprano caso “Informationsverein Lentia y otros c. Austria, 24.XI.1983, el rechazo a autorizar la instalación de emisoras de radio y televisión, porque el Gobierno se parapetaba en el monopolio estatal, se considera por el Tribunal que viola la libertad de expresión. Aunque no han dejado de producirse nuevos supuestos en el tiempo, así, la sentencia “Glas Nadejda c. Bulgaria”, 11.X.2007, contempla también un nuevo caso de denegación de autorización para instalación de una emisora de radio, en el que se mantiene la doctrina que se considera que la negativa implica una violación de la libertad de expresión.

## **III. ÁMBITO DEL DERECHO**

52. Resultó muy indicativo del decidido talante aperturista del Tribunal Europeo el temprano caso referente al conocido periódico inglés “The Sunday Times”, en el contexto de las informaciones referentes a las actuaciones judiciales. Se estaba celebrando el juicio para fijar la responsabilidad e indemnizaciones correspondientes al tristemente célebre fármaco “la talidomida”, que aplicado sin las debidas verificaciones a las mujeres embarazadas, pronto se manifestó en las terribles deformaciones de los niños. Se venía dando aplicación a la regla tradicional que prohibía los comentarios periodísticos mientras



tenía lugar la celebración de un juicio, pesando la amenaza de la condena por “desacato” (el “contemp to Court” británico). Ciertamente que el Convenio admite la posibilidad de restricciones “para garantizar la imparcialidad del poder judicial”. Pero a la vista de las circunstancias concretas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que tal restricción no era necesaria en una sociedad democrática, desde la idea de lo positivo de aportar ideas y datos sobre los grandes problemas que interesan a la sociedad, de ahí que deslegitimara la práctica, concluyendo en definitiva que el Reino Unido había violado el Convenio al mantener viva tal restricción. En suma, ensanchamiento muy importante de las opciones periodísticas, lo que no quiere decir que todo esté permitido en relación con las informaciones judiciales. Ya se vio así, por ejemplo, en el capítulo segundo el papel que puede desempeñar la protección de la propia imagen.

De especial interés también para mostrar que el Tribunal Europeo no actúa dogmáticamente sino adaptándose a las circunstancias, resulta el asunto “Observer y Guardian c. Reino Unido”, 26.XI.1991. Los Tribunales habían prohibido a dichos periódicos que publicaran capítulos del libro de memorias de un antiguo agente secreto, “Spy catcher”, que daba la casualidad que ya se había publicado como libro tanto en Estados Unidos como en Australia. El Tribunal Europeo entenderá que antes de la publicación hubiera sido lógica y proporcional la prohibición referida, pero no una vez editados los libros que en el mundo actual se difunden con enorme facilidad. Por eso condena a Inglaterra entendiendo que ha violado la libertad de expresión. Este caso, relativamente temprano, me sirve para recordar un vivo problema actual que parece irresoluble: Hoy, cualquier noticia o información puede alcanzar una difusión inconmensurable dado no sólo la fuerza de la prensa escrita, de la radio y la televisión, sino especialmente a través de internet y todo el sistema de redes sociales. Ello hará que, con frecuencia, los Tribunales y el propio Tribunal Europeo se vean impotentes a la hora de “paralizar” determinada publicación. Para cuando llegue la orden, la información habrá llegado a todos los confines. Otra cosa es una sanción, que puede resultar disuasoria pro futuro. En este sentido, es bien expresivo el reciente caso que antes se citaba, “Mosley c. Reino Unido”: fotos y video con escenas sexuales picantes de conocido personaje, como se recordará, que fueron inmediatamente reproducidos y aireados por los más diversos medios. Es muy inteligente la postura del correspondiente juez inglés cuando se le pide que suspenda la publicación o edición de dicho material: “The Court –se dirá- should guard against slipping into playing the role of King Canute”. El Tribunal no puede hacer el payaso, se viene a decir. Por muy

deseable que sea la protección de la intimidad –se dice también expresamente-, no tiene sentido que el Tribunal haga “gestos vanos”, “fútiles”, que para nada sirven. Criterio que dará por bueno el Tribunal Europeo.

#### **IV. LOS POLÍTICOS: UNA DOBLE DIRECCIÓN**

53. La intensa relación que en nuestro mundo tiene la política con la opinión pública hará que cualquier tipo de mensaje esté marcado con determinadas connotaciones cuando de la política se trate. En concreto quiero destacar una doble línea obvia que se observa con nitidez y que el Tribunal Europeo ha consagrado con énfasis en su jurisprudencia. De una parte, los políticos deben saber que están sometidos a la crítica, que en ocasiones podrá ser severa o mordaz. Dicho en otros términos, los políticos tendrán que “aguantar” más que el resto de los ciudadanos. Pero, en la otra dirección, hay que proteger también la voz de los políticos, sobre todo si se trata de políticos de la minoría. A los políticos se les va a permitir, por eso, “alzar las voz” de manera que no se toleraría a otros ciudadanos.

La jurisprudencia ofrece, en efecto, ejemplos nítidos en ambas direcciones, en una medida que a veces puede sorprender o extrañar. Veamos, ante todo, algunos ejemplos de la línea de “mayor aguante”.

Desde el punto de vista personal, fue muy ilustrativo el asunto “Lingens c. Austria”, 8.VII.1986, en el sentido de que los políticos están sometidos a que se hurgue en su pasado aunque pueda no resultarles halagüeño. Cambiando de panorámica, fueron duras las críticas del “Club para la protección del medio ambiente” contra la alcaldesa de Riga, preocupados por la conservación del sistema de dunas de la capital, acusando a aquella de ilegalidades en su actuación. Pero el Tribunal Europeo asume que es positivo que cualquiera denuncie actuaciones irregulares cuando están en juego indudables intereses públicos, por lo que estima que fue incorrecto que se les sancionara. Defiende el Tribunal la legitimidad del uso de la libertad de expresión en supuestos tales. Por eso, en el asunto “Club para la protección del medio ambiente c. Letonia”, 27.V.2004, que estudió tempranamente Omar Bouazza, se condena inequívocamente a Letonia por haber violado el artículo 10, a la par que se le fuerza a pagar una indemnización por daños morales. Al año siguiente, la sentencia “Ukrainian Media Group c. Ucrania, 29.III.2005, depara el supuesto de periodista que, en periodo electoral, publica en diversas ocasiones artículos muy duros criticando acremente a dos políticos del régimen que se postulan como candidatos. En la vía interna, la sociedad periodística –que es la que recurre ante el

Tribunal Europeo-, resultaría condenada a pago de una cantidad por daños morales y a publicar una rectificación. El Tribunal, que hace acopio de argumentos, incluso de orden internacional, reiterará su doctrina de que los políticos tienen que estar dispuestos a aguantar críticas, por lo que condena a Ucrania como violadora de la libertad de expresión. La condena implica también el pago, como daños materiales, de la multa que había tenido que abonar. Pero la empresa alegaba que había sufrido también perjuicios, como pérdida de lectores o redactores que abandonan, por lo que, en concepto de daños morales se le otorga la cantidad que solicitaba, que eran 33.000 euros. Es muy expresivo el párrafo central en que se concentra la argumentación principal: “El Tribunal observa que las publicaciones contenían críticas duras, polémicas y en lenguaje sarcástico a los dos políticos. No cabe duda de que los recurrentes resultaron ofendidos de ese modo y puede que incluso horrorizados [“shocked”, en la versión original]. Sin embargo, al elegir su profesión, asumían que quedaban expuestos a la más rigurosa supervisión y crítica; tal es la carga que deben aceptar los políticos en una sociedad democrática” (p. 67). Pocos días después, por concluir ya esta muestra, la sentencia “Falakaoglu c. Turquía”, 26.IV.2005, ofrece un caso parecido: artículo muy crítico del redactor jefe de un diario de Estambul, sobre la celebración de la fiesta del “Newroz” –fiesta de primavera y año nuevo en la tradición kurda e iraní-; condena por partida doble, ya que al cierre del periódico por un mes se suma la privación de libertad por dos años que sería sustituida por una multa de 1.050 euros. El Tribunal Europeo no ve motivos para la sanción, recalando que ya ha tratado varios casos similares, lo que le lleva a mantener su criterio de que Turquía habría violado la libertad de expresión. Del mismo modo, se condena a la devolución de la cuantía de la multa y a 3.000 euros en concepto de daños morales.

**54.** Desde la otra perspectiva anotada, el Tribunal va a auspiciar que las opiniones de los políticos puedan resultar especialmente críticas, sobre todo cuando sean políticos que estén en una cierta situación de inferioridad, como en el caso de que representen a grupos minoritarios. Ilustraré esta línea con dos ejemplos referidos a España. En primer lugar, el asunto “Castells”, 23.IV.1992. El senador por Herri Batasuna, Miguel Castells publicó en una revista –que luego se averiguó que la había comprado ETA-, un duro artículo - “Insultante impunidad”, por cierto, el artículo se transcribe en la sentencia-, en el que criticaba duramente al Gobierno, alegando que una serie de asesinatos no habían sido ni perseguidos ni condenados. Levantada la inmunidad parlamentaria, sería condenado por injurias al Gobierno. Ante el Tribunal Supremo se ofreció a demostrar la verdad de sus

afirmaciones, pretensión que se rechazó desde la idea de que en la injuria no juega la “exceptio veritatis”. Por cierto, que al reformarse en 1995 el código penal se aprovecharía para admitir la exención de la condena por calumnia o injuria probando la verdad de las afirmaciones. Pues bien, el Tribunal Europeo hace una defensa cerrada de las oportunidades que deben tener los políticos al expresar sus críticas, y condena a España por entender que violó la libertad de expresión.

También hace el Tribunal una defensa cerrada de la libertad de expresión de los políticos en la reciente sentencia, tan desafortunada como criticable, “Arnaldo Otegi c. España”, 15.III.2011. El conocido político, tan vinculado a ETA, en 2003, en el contexto de una visita del Rey al País Vasco invitado por el “Lehendakari”, muy cercano el cierre de la publicación “Euskaldunon Egunkaria” por su vinculación a ETA, en unas declaraciones, afirmarí que el Rey “era el jefe de los torturadores”. A raíz de esas declaraciones, que muestra el claro conocimiento que dicho político tiene de la realidad constitucional del país en que desarrolla su actividad política, sería condenado por el delito de injurias al Rey. El Tribunal Europeo entiende desproporcionada la sanción, y en una defensa cerrada de la clase política, condena a España entendiendo que ha violado la libertad de expresión. A la par que otorga al político insultador, la indemnización de 30.000 euros en concepto de daños morales. Yo entiendo que se sostenga que los políticos defiendan sus ideas y traten de afirmar sus puntos de vista, por supuesto que critiquen las políticas contrarias, pero no me cabe en la cabeza que se premie el insulto gratuito. Pues también los políticos deberían dar ejemplo de una cierta manera de proceder. No me parece nada satisfactorio que el Tribunal “invite” a los políticos a que practiquen el insulto gratuito, que es lo único que ofrece el caso referido

## **V. LA CRÍTICA DE LAS RELIGIONES**

**55.** Tomar postura en relación con todos las materias, problemas y cuestiones que interesan a la sociedad, sería, como venimos viendo, el meollo de la libertad de expresión. Donde no hay barreras, como se acaba de indicar –a salvo lo que enseguida se dirá acerca de los “límites”-, en la relación con la política, los mandatarios y los servidores públicos de toda especie, en otros tiempos protegidos por una intensa barrera que los hacía “intocables”. Pues lo mismo hay que decir ahora en relación con las religiones. El pluralismo que caracteriza a nuestra sociedad con su variedad de opciones y de fuentes de inspiración, el espíritu crítico tan ausplicable, pero también la libertad de conciencia, tan

firmemente arraigada en nuestras sociedades, aceptando una gran variedad de fórmulas religiosas, entre ellas la de no asumir religión alguna, son todas ellas circunstancias que van a presidir el amplio panorama permisivo hoy existente. Lejos estamos de los tiempos en que, como se indicaba al inicio del capítulo, se proclamaba la libertad de expresión pero no para las cosas de religión. Europa ha aprendido a saber conjugar la libertad con la responsabilidad. En un pequeño libro mío, al estudiar *la afirmación de la libertad religiosa en Europa*, recalca en el subtítulo: “De guerras de religión a meras cuestiones administrativas”. Frente a los sangrientos periodos históricos de las guerras de religión hoy, en Europa –también en otras partes del mundo, por supuesto-, se asume con normalidad la diversidad, lo mismo que la diferencia. No faltan tensiones y enfrentamientos, pero han desaparecido las guerras de religión, siempre tan crueles como inútiles, y las controversias se resuelven pacíficamente tomando como árbitro supremo a un Tribunal que dirime los enfrentamientos a través de la aplicación de reglas jurídicas marcadas por el Derecho. En este sentido, es muy rica y aleccionadora la jurisprudencia del TEDH, que yo mismo he estudiado en diversas ocasiones. En resumen, cabe la crítica, incluso la crítica acérrima. El propio Tribunal lo ha dejado sentado con claridad, cuando afirma: “Pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan a <una sociedad democrática>. Quienes optan por ejercer la libertad de manifestar su religión, pertenezcan a una mayoría o a una minoría religiosa, no pueden razonablemente confiar en hacerlo al abrigo de cualquier crítica. Deben aceptar el rechazo por otros de sus creencias e incluso la propagación por otros de doctrinas hostiles a su fe” (p. 27, asunto “Tatlav c. Turquía”, 2.V.2006). Pero también hay límites, el crítico o comentarista deberá manifestar respeto ante ciertas opciones que el ordenamiento jurídico quiere proteger especialmente. Es así como ha surgido una línea que prescribe los casos en los que la libertad de expresión deberá respetar los sentimientos religiosos. Tal es el título de un trabajo mío, al que me remito, aparte de lo que luego se dirá al hablar de los límites a la libertad de expresión.

A la vista de este panorama europeo de convivencia, tan convincente –y que ha costado muchos siglos y esfuerzos conseguir-, hoy asistimos atónitos, perplejo e indignados, a la intransigencia y crueldad de algunos líderes del Islam, que ante algunas manifestaciones artísticas o periodísticas, siempre minoritarias, muy concretas y personales, en absoluto oficiales –ya fueran las caricaturas de Mahoma en el periódico danés, o ahora, septiembre de 2012, una película minoritaria realizada en Estados Unidos, “La inocencia de los musulmanes”, o, nuevas caricaturas sobre Mahoma en el semanario francés “Charlie

Hebdo"--, exacerbaban las reacciones, empujando a "los creyentes" a que cometan todo tipo de actos de violencia y destrucción –sabedores de que habrán de morir muchas personas-, como forma habitual de protesta. Impresiona, incluso, que, en ocasiones, el acto de recogimiento en las mezquitas de los viernes se traduzca en el impulso para una ola indiscriminada de destrucción. Recalco que se trata de "algunos" líderes, dado que no pocos, si disconformes o disgustados, protestan y reclaman sin llegar a la violencia, sin incitar a cometer en nombre de la religión crímenes y delitos del todo injustificables.

**56.** La jurisprudencia del Tribunal Europeo es terminante al respecto. Hay límites que deben ser respetados y donde la libertad de expresión deberá ceder. Pero, como regla general, el debate, los discursos, la crítica, la caricatura, incluso la burla, se asume que deben quedar permitidos como una de las manifestaciones normales de la libertad de expresión, de que tan orgullosos nos sentimos.

Valgan dos muestras al respecto. Antes aludí al caso "Paturel c. Francia", sobre un libro publicado en Francia, en el que se ataca acerbamente a quienes combaten a "las sectas". En él se contienen críticas muy duras a la religión católica, con sus prácticas, sus experiencias, así como a alguna de sus páginas históricas. La condena penal que el libro provocó en Francia es censurada por el Tribunal Europeo, que asume por el contrario que es deseable que haya el más vivo debate sobre los temas de interés general, en el que puedan tener voz las más diversas opiniones. De modo que Francia sería condenada por restringir la libertad de opinión.

En otra dirección va el caso que ofrece la sentencia "Tatlav c. Turquía", 2.V.2006, que antes se citaba. El recurrente es autor de un voluminoso libro de carácter dogmático en el que se vertían muy duras críticas contra el islam, contra Mahoma, incluso. Razonará el Tribunal planteando claramente la cuestión: "El problema que se le plantea al Tribunal implica que hay que contrabalancear dos intereses contrapuestos referidos al ejercicio de sendas libertades fundamentales: de un lado, el derecho del recurrente de hacer llegar al público sus ideas sobre la doctrina religiosa y, de otro, el derecho de otras personas al respeto de su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" (p. 26). Pues bien, entrando en el debate, se razonará: "En lo que concierne al contenido de la obra en cuestión, el Tribunal observa que los pasajes citados en la sentencia de condena contienen una dosis de dura crítica. El recurrente constata globalmente que el efecto de la religión es el de legitimar las injusticia sociales haciéndolas pasar por <la voluntad de Dios>. Se trata



de un punto de vista crítico de un no creyente en relación a la religión en el terreno socio-político. Aún con todo, el Tribunal no observa en la intención crítica un tono insultante que se dirigiera directamente a los creyentes, ni un ataque injurioso a los símbolos sagrados, en concreto a los de los musulmanes, aun cuando sin dudas éstos puedan sentirse ofuscados por la lectura del libro debido a los comentarios un tanto cáusticos a su religión” (p. 28). En suma, que aunque dura, se considerará legítima y positiva la crítica a lo religioso, sean ideas o prácticas. Lo que lleva a la conclusión en el caso, de que Turquía, que había sancionado penalmente al autor, sea condenada entendiendo que debe prevalecer la libertad de expresión.

Tal es el panorama europeo en lo que respecta a la crítica religiosa, conseguido no sin esfuerzos y dificultades, y del que nos sentimos muy satisfechos. Diré incluso que entiendo que en las relaciones con los pueblos de otras culturas, nuestros representantes tendrían que esforzarse porque se afirmara el principio de reciprocidad: el que quiera algo de nosotros, tendrá que asumir nuestras reglas, pues consideramos nuestras libertades como patrimonio irrenunciable.

## **VI. ENTRANDO EN LOS LÍMITES**

**57.** Para concluir habrá que decir algo acerca de los límites a la libertad de expresión, criterio normalizado en el sistema europeo y español. Quien ejercite la libertad ha de tener cuidado y tomar precauciones para no perturbar determinados valores que el sistema jurídico considera protegidos preferentemente. De forma muy sucinta ya, me referiré a las variantes más significativas, aportando algún ejemplo en cada caso. De la larga serie de previsiones que enumera el artículo 10.2, recalcaré, de forma señalada, “la protección de la reputación y de los derechos ajenos”. Frecuente la tensión entre derechos, conviene recalcar, como ya se dijo, que la libertad de expresión no ocupa una posición preferente que, como tal, deba imponerse automáticamente. Habrá que ver en cada caso, en una operación de balance o ponderación, que con frecuencia decide el propio legislador, y si no, el Tribunal, sopesando las circunstancias de cada supuesto. No me detendré ahora en concreto sobre “el derecho a la propia imagen” –sobre lo que algo se dijo en el capítulo segundo-, pero conviene tener muy presente que, salvo el caso de las personas de relevancia pública en determinadas circunstancias –no siempre, dado que también tienen su derecho a la intimidad-, la prensa no puede disponer de la imagen de los ciudadanos. Lo que, en relación con el derecho español, nos lleva a la L. O. 1/1982, de 5 de mayo,



sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Ley que, como su enunciado indica, abarca gran cantidad de alternativas, en las que es el legislador, en aplicación de la Constitución y del CEDH, quien marca la preferencia sobre la libertad de expresión.

### **a) La protección de la infancia**

**58.** Se cuenta con una viva e inequívoca corriente jurisprudencial que entiende que actividades legítimas en otro contexto, dejan de estar justificadas si van a incidir negativamente sobre los niños. Mencionaré dos casos señalados dentro de esta corriente. El temprano asunto, que ya se ha citado, “Handyside c. Reino Unido”, 7.XII.1976, aborda el libro de introducción sexual dirigido a los jóvenes escolares, “The Schoolbook” (que en España se tituló “El libro rojo del cole”). En diversos países, como España, no encontró obstáculos, pero dicha obra, de dos autores daneses, fue prohibida por las autoridades del Reino Unido, por estimar que, dirigido a niños y presentado incluso como algo institucional –“El libro de la escuela, o del cole”, sería su título en Español-, no resultaba ni objetivo ni respetuoso, sino que mezclaba, confundía y adoctrinaba. Pues bien, una edición que hubiera sido legítima en otras circunstancias, a la vista de los destinatarios directos, el Tribunal Europeo entendió que había sido correcta la decisión inglesa de requisar el volumen, por más que se hubiera cercenado la libertad de expresión.

También resulta patente otro caso ya mencionado, el contemplado en la sentencia “Müller y otros” c. Suiza. Hoy estamos acostumbrados a que algunas obras de arte sean, a veces, pura exhibición de las más precoces escenas sexuales. Pero cada cosa en su sitio. Lo que no es de recibo –entendieron las autoridades suizas y confirmó luego el Tribunal Europeo-, es que dos cuadros enormes de esas características se mostraran, sin ningún tipo de aviso o prevención, en una exposición a la que los niños podían acudir con normalidad.

### **b) Comisión o imputación de delitos**

**59.** Larga es la serie, que conecta por los procesos de libelo –opción admitida también en el sistema de Estados Unidos-, en una línea jurisprudencial muy consistente. Valdrá el ejemplo del citado caso “Radio France c. Francia”, 30.IV.2004: el funcionario que puso en marcha las actuaciones judiciales entendía que el comunicado que fue insistentemente repetidos en los sucesivos boletines de noticias de la radio nacional francesa, le estaba imputando un delito, nada menos que en relación con la deportación de los judíos

franceses en el periodo de Petain para ser trasladados a los campos de concentración. Reaccionó ante los Tribunales, que le dieron la razón. Luego, cuando recurrió el ente de radiodifusión, el Tribunal de Derechos Humanos entendería que en ese supuesto a la emisora no le ampararía la libertad de expresión que garantiza el Convenio, por lo que se entiende que los Tribunales franceses actuaron correctamente al sancionarles. Al comentar este caso en otra ocasión, cuide de recalcar el aspecto de la “necesaria diligencia de los periodistas”: antes de dar según que noticias, es preciso contrastarlas y verificarlas.

### **c) La exaltación del terrorismo**

**60.** El Convenio Europeo no otorga libertad para exaltar el terrorismo. Esta firme y reiterada línea editorial, se confirma bien con el caso “Leroy c. Francia”, 2.IX.2008. Nada más producido el atentado a las “Torres Gemelas”, sorprendida y horrorizada la opinión pública ante el número de víctimas, un semanario político vasco, de izquierda abertzale, publicó una caricatura que esquematizaba el suceso: altos inmuebles que se derrumbaban en medio de una nube de polvo tras ser impactados por dos aviones, con la leyenda –que parodiaba un anuncio de Sony muy popular en Francia-, “Lo que todos habíamos soñado, lo ha conseguido Hamas”. El atrevimiento sería sancionado por los Tribunales franceses. El Tribunal Europeo daría por buena la restricción de la libertad reconociendo que aunque a las caricaturas se les puede permitir cierta agresividad, en tal supuesto no había una mera crítica al imperialismo americano, como sostenía el autor, “sino que apoya y glorifica su destrucción a través de la violencia”. Sin que dejara de recalcar el Tribunal Europeo el impacto de un mensaje de este tipo en una región políticamente sensible, como es el País Vasco Francés.

### **d) El respeto a los sentimientos religiosos**

**61.** Se considera normal la crítica a las religiones, como se dijo, pero hay actuaciones que por su especial incidencia y agresividad, de forma especial sobre determinados símbolos religiosos, se considera que no deben ser permitidas: sería un nuevo caso evidente de esa tónica de “respeto a los derechos de los demás”. Citaré como caso especialmente gráfico el del vídeo sobre el éxtasis de Santa Teresa: sin calidad artística alguna, un claro juego lascivo de una joven monja desnuda cometiendo escenas de lesbianismo con su ego, “jugueteando” luego con un Cristo desnudo y en la cruz. La Administración británica entendió que no superaba el test, y que sería condenado en aplicación de la Ley contra la blasfemia, por lo que no fue autorizado. El Tribunal Europeo dio por buena la solución

británica, proporcionando así un nuevo supuesto en el que la libertad de expresión debería de ceder. Se trata de la sentencia "Wingrove c. Reino Unido", 25.XI.1996. El Tribunal tiene en cuenta también la facilidad de distribución de este tipo de productos. En otro lugar he destacado que la mayor tolerancia en relación con la palabra escrita se amortigua ante "la fuerza de las imágenes" que ofrecen determinadas modalidades.

### **e) El lenguaje del odio**

**62.** Pero también, a veces, la palabra. Concluyo con una referencia expresa a esta nueva variante, cuya denominación proviene de los Estados Unidos, que ha hallado cabida de forma manifiesta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo cuando se trata de desacreditar, despreciar o insultar a determinados colectivos. Aparece así en relación con el racismo y la xenofobia, en relación con los inmigrantes o con grupos religiosos, con los homosexuales, con los judíos, o con determinadas minorías. Frente al criterio tradicionalmente afirmado de que la palabra no delinque, hay palabras que, por su dureza, por su agresividad, por su directa incitación a la violencia, no pueden en absoluto ser amparadas por el Convenio. Es así como ha sido confirmada esta modalidad del "lenguaje del odio", que el Tribunal aplica con contundencia en supuestos tasados pero inequívocos.

En "Soulas c. Francia", 10.VII.2008, el combativo libro "La colonización de Europa", muy belicoso con los inmigrantes africanos, ya los islamistas magrebíes, ya subsaharianos, fue objeto de sanción penal por los Tribunales franceses. El Tribunal Europeo da por buena la condena, asumiendo que hay excesos de la libertad de expresión que no pueden ser amparados por el Convenio en absoluto.

En el asunto "Roger Garaudy c. Francia", 24.VI.2003, el Tribunal Europeo ni siquiera dicta sentencia pero elabora una muy minuciosa y completa decisión de inadmisión: quien da nombre al caso, conocido hombre público francés, recientemente fallecido, había publicado el libro "Les mythes fondateurs de la politique israélienne" ("Los mitos fundacionales de la política israelí"), en el que se denigra y trivializa la realidad del Holocausto. Ante la denuncia de numerosas organizaciones de quienes habían sufrido persecución, los tribunales franceses impondrían una severa condena a Garaudy. Que recurriría al Tribunal de Estrasburgo alegando su libertad de expresión. Dirá en concreto el Tribunal: "Resulta así que lejos de ceñirse a una crítica de naturaleza política o ideológica del sionismo y de los comportamientos del Estado de Israel –crítica perfectamente lícita a la vista de los

textos que regulan la libertad de expresión-, o, incluso, de proceder a una exposición objetiva de las tesis negacionistas, limitándose a reclamar, como dice pretender, un <debate público y científico> sobre el acontecimiento histórico de las cámaras de gas, Roger Garaudy ha hecho suyas dichas tesis [negacionistas], para pasar a un rechazo virulento y sistemático de la existencia de los crímenes contra la comunidad judía, tal como fueron juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg”. Valga, también, como testimonio de la justificación del Tribunal Europeo el siguiente párrafo bien expresivo: “En lo que concierne a la libertad de expresión, el Tribunal recuerda que si la jurisprudencia ha consagrado el carácter eminente y esencial de la misma en una sociedad democrática, también ha definido sus límites. Se ha afirmado así de manera expresa que <no hay duda alguna de que la justificación de una política pro nazi, lo mismo que cualquier otro intento dirigido contra los valores que están ínsitos en el Convenio, no podría beneficiarse de la protección del artículo 10>, así como que existe <una categoría de hechos históricos claramente establecidos –como por ejemplo el Holocausto-, cuya negación o revisión el artículo 17 impediría que se sujetaran a la protección del artículo 10>”.

Para concluir, dos muestras esquemáticas que marcan otras direcciones abordadas. Se aludió a la decisión de inadmisión “Norwood c. Reino Unido”: en este supuesto, la descalificación genérica se dirigía al islam. Y también se citó la reciente sentencia “Vejdeland y otros c. Suecia”, 9.II.2012: El Tribunal Europeo justifica la sanción penal a quienes habían distribuido en una escuela panfletos con frases ofensivas genéricas dirigidas contra los homosexuales. Una sentencia muy ponderada en la que se hacen numerosas consideraciones bien interesantes –sobre todo en los votos particulares-, acerca del “lenguaje del odio” y su incompatibilidad con el Convenio.

63. No querría concluir sin recalcar que las **limitaciones**, si obvias e imprescindibles, son siempre interpretadas de manera restrictiva, tratando, siempre que se pueda, de dar impulso a la libertad. En el contrapeso entre los dos párrafos del Convenio –el primero, con las opciones de la libertad, el segundo, con los límites-, resulta indudable que pesa mucho más la fuerza y presencia de las primeras. Y es que el Tribunal ha llevado a cabo una destacadísima labor en pro del potenciamiento de la libertad de expresión.

## **BIBLIOGRAFÍA**

64. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Libertad de expresión y derecho al honor*, en el volumen colectivo *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo*

García de Enterría, II, Civitas, Madrid 1991, 893 ss.; Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *La libertad de expresión en el CEDH y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros Estudios*, II, 1085 ss.; Pablo MENÉNDEZ, *Libertad de expresión e información, derecho al honor y garantía institucional*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros Estudios*, II, 1095 ss.; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La necesaria diligencia de los periodistas (STEDH, de 30 de marzo de 2004, en el caso "Radio France c. Francia")*, "Revista de Administración Pública", 165 (2004), 137 ss.; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión*, separata de "Anales", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 36 (2006), 594 ss.; Omar BOUAZZA ARIÑO, *Mecanismos participativos contra actos de las corporaciones locales que atentan contra el entorno (STEDH "Club para la protección del medio ambiente c. Letonia", de 27 de mayo de 2004)*, "Revista Española de Derecho Administrativo", 130 (2006), 362 ss.; Susana de la SIERRA MORÓN, *Derechos fundamentales y cine en el Consejo de Europa*, en el volumen colectivo citado, *Derechos Fundamentales y otros Estudios*, II, 1959 ss.