

Daniel Ignacio García San José

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Sevilla

# La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico

*SUMARIO: I. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. II. LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE QUIEN EJERCE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III. LA LÓGICA INTERNA DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA ARMONIZACIÓN Y LA UNIFORMIZACIÓN. IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE 29 DE FEBRERO DE 2000 EN EL CASO FUENTES BOBO C. ESPAÑA. V. CONCLUSIONES.*

## **I. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

La libertad de expresión es la piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (el Convenio)<sup>1</sup>. Como lo ha

<sup>1</sup> El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950—España lo firmó el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Objeto de sucesivas modificaciones, la última de las cuales ha sido la introducida por el Protocolo Adicional n.º 11, de 11

señalado el Tribunal europeo de derechos humanos (el Tribunal), en su sentencia de 7 de diciembre de 1976 en el caso *Handyside c. Reino Unido*:

«La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de (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 o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue»<sup>2</sup>.

La libertad de expresión como está reconocida en el artículo 10 del Convenio<sup>3</sup>, presenta unos rasgos configuradores propios que vienen determinados por el lugar preeminente que esta libertad ocupa en una sociedad democrática. Así:

1.º En el artículo 10 del Convenio, bajo el concepto genérico de libertad de expresión, se garantizan varios derechos: el derecho a difundir informaciones, el derecho a expresar ideas y opiniones, y el derecho a recibir información.

de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998 —ratificado por España el 28 de noviembre de 1996 (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998; corrección de errores: BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1998).

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside*, Serie A, vol. 24, par. 49.

<sup>3</sup> Artículo 10: 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 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.

2.º Todos los derechos contenidos en el artículo 10 requieren una protección estricta<sup>4</sup>. Consecuentemente, la restricción de estos derechos, para alguno de los fines enunciados en el párrafo segundo del artículo 10, debe ser convincentemente justificada<sup>5</sup>.

3.º Sin embargo, la protección con la que se benefician los distintos derechos en el artículo 10.1, aun siendo estricta, no es idéntica para todos ellos. De este modo, es posible apreciar una escala en el grado de protección que reciben de parte de los órganos del Convenio, en consonancia con la «función social» de los mismos en una sociedad democrática.

Así, es posible realizar una primera distinción entre libertad de expresión en la que entra en consideración un interés público en las informaciones, ideas u opiniones en cuestión y, por exclusión, la libertad de expresión en la que no se da dicho interés público. Esta última, recibe el más bajo grado de protección de la escala indicada. De este modo, el discurso comercial (y dentro de él la publicidad) no está fuera del ámbito del artículo 10.1<sup>6</sup>, aunque recibe de la Comisión y del Tribunal un grado de protección menor que el conferido a la libertad de expresión referida a cuestiones de interés público<sup>7</sup>. No obstante, en aquellos supuestos en los que dándose un elemento de publicidad, se refiere a informaciones de interés público, el carácter comercial o publicitario de las informaciones en cuestión debe ser considerado irrelevante en orden al grado de protección del que es merecedor<sup>8</sup>.

El mismo criterio se aplica a la libertad de expresión artística. Si bien «aquéllos que crean, representan, distribuyen o exhiben

<sup>4</sup> STEDH de 22 de mayo de 1990, caso *Auronic AG c. Suiza*, Serie A, vol. 178, par. 61.

<sup>5</sup> STEDH de 25 de marzo de 1985, caso *Barthold*, Serie A, Vol. 90, par. 58. STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, Serie A, Vol. 295-A, par. 51.

<sup>6</sup> STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Markt Intern Verlag*, Serie A, vol. 165, par. 26. STEDH de 24 de febrero de 1994, caso *Casado Coca c. España*, Serie A, vol. 285-A, par. 35. STEDH de 23 de junio de 1994, caso *Jacobowski c. Alemania*, Serie A, vol. 291-A, par. 25.

<sup>7</sup> STEDH de 23 de junio de 1994, caso *Jacobowski c. Alemania*, Serie A, vol. 291-A, par. 26.

<sup>8</sup> Párrafo 47 de la sentencia de 25 de agosto de 1998 en el caso *Hertel c. Suiza*. Véase, igualmente, la sentencia del Tribunal de 25 de marzo de 1985 en el caso *Barthold c. Alemania*, Serie A, vol. 90.

obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones lo cual es esencial para una sociedad democrática»<sup>9</sup>, cuando afecta a la moral y/o la religión de un modo que, en opinión del Tribunal, «no contribuye a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano»<sup>10</sup>, dicha libertad no ocupa un lugar preponderante en una sociedad democrática y por ello, no es merecedor de una protección reforzada por parte del Tribunal.

Así pues, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el propio desarrollo del individuo, cuando el ejercicio de esa libertad contribuye al intercambio de ideas y de opiniones. Es por ello de la máxima importancia no desmotivar a los miembros del público, por miedo a sanciones penales o de otro tipo, de expresar sus opiniones sobre cuestiones de interés público. Por este motivo, cuando el ejercicio de esta libertad coincide con un interés del público en acceder a las informaciones, ideas y opiniones en cuestión, se beneficia de un plus de protección de conformidad con la más importante función que el ejercicio de esa libertad cumple en una sociedad democrática<sup>11</sup>.

De este modo, tratándose de manifestaciones realizadas por particulares a la prensa, el interés general en permitir un debate público, incluso cuando implica el uso de palabras que ofenden o chocan, pesa en tales circunstancias más que el fin legítimo de proteger la reputación de otros<sup>12</sup>. Así en el caso *Thorgeirson contra Islandia*, relativo a las sanciones impuestas al demandante a consecuencia de unos artículos en los que criticaba la brutalidad policial en Reikiavik el Tribunal dictó una sentencia en la que estimó, por ocho votos contra uno, que la

<sup>9</sup> STEDH de 24 de mayo de 1988, caso *Müller*. Serie A, vol. 133, par. 33.

<sup>10</sup> Parágrafo 49 de la sentencia de 20 de septiembre de 1994 en el caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*. Serie A, vol. 295. En el mismo sentido véase: caso *Müller c. Suiza*, sentencia de 24 de mayo de 1988. Serie A, vol. 133. Caso *Wingrove c. Reino Unido*, sentencia de 25 de noviembre de 1996, Reports 1996-V.

<sup>11</sup> Véase el par. 64 de la sentencia de 20 de mayo de 1999 en el caso *Bladet Tromsø y Stensaas*: «El Tribunal debe dar prueba de la mayor cautela cuando, como sucede en el caso, las medidas tomadas o las sanciones impuestas por la autoridad nacional son de naturaleza susceptible de disuadir a la prensa de participar en la discusión de problemas que responden a un interés general legítimo.»

<sup>12</sup> Parágrafo 59 de la referida sentencia de 20 de mayo de 1999 en el caso *Bladet Tromsø y Stensaas*.

condena por difamación impuesta al demandante había infringido su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio al señalar:

«La finalidad principal de sus artículos no era menoscabar la reputación de la policía, sino reclamar una investigación independiente e imparcial de las alegaciones de brutalidad policial... Se referían, pues, a una cuestión seria de interés público... Teniendo en cuenta su finalidad... no puede considerarse que el lenguaje utilizado fuera excesivo... El Tribunal considera que la sentencia y condena eran susceptibles de desalentar la libre discusión sobre los temas de interés general»<sup>13</sup>.

Sin embargo, no estando en juego un debate público, la libertad de expresión no llegaría hasta la permisión de palabras que son claramente ofensivas para terceros. Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 1999 en el caso *Janowski c. Polonia* relativo a un periodista polaco que fue testigo de la expulsión de unos vendedores ambulantes —instalados sin licencia en una plaza pública— por parte de una pareja de agentes de la policía local a los que reprochó su acción llegando hasta insultarles. A consecuencia de ello fue acusado de injurias a la autoridad pública. Alegando una violación del artículo 10 del Convenio, el Tribunal, por doce votos contra 5 entendió que no se había infringido la disposición invocada por el demandante<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> STEDH de 25 de junio de 1992, caso *Thorgeirson c. Islandia*. Serie A, vol. 239, par. 66 a 68.

<sup>14</sup> Esta aproximación del Tribunal a la libertad de expresión no es compartida por los autores. El profesor CARRILLO SALCEDO entiende el que algunos jueces provenientes de países de Centro y Este de Europa, que han estado privados hasta no hace mucho de la libertad de expresión, confieran un gran peso a ésta en el sistema del Convenio. Sin embargo, a la luz de la sentencia del Tribunal de 23 de septiembre de 1994 en el caso *Jersild c. Dinamarca*, en la que este órgano declaró la violación del artículo 10 del Convenio imputable a las autoridades danesas por una pequeña multa que impusieron a un periodista responsable de la emisión en un horario de máxima audiencia de un resumen de una entrevista realizada a unos jóvenes nazis en la que lanzaron mensajes xenófobos y racistas. En opinión de CARRILLO SALCEDO, la protección de las minorías raciales no debería recibir un menor peso que el derecho a comunicar informaciones. La amenaza de discriminación y de persecución racial reviste en nuestras sociedades una considerable gravedad, de ahí la importancia de luchar contra la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Manuel sur les organisations internationales de l'Académie de Droit International de La Haye*, Martinus Nijhoff, 1998, 2<sup>e</sup> éd., págs. 288 y 289.

El libre debate que el artículo 10 del Convenio está llamado a garantizar no es, a pesar de lo fundamental que pueda ser en una sociedad democrática, de naturaleza ilimitada<sup>15</sup> y, en todo caso, el propio artículo 10 se encarga de recordar expresamente que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva «deberes» y «responsabilidades».

## II. LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE QUIEN EJERCE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Tribunal ha señalado que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades frente a otros<sup>16</sup>, cuyo alcance está en función de varios factores. Así, en primer lugar, en función de su situación personal: algunas personas, en razón de su cargo o posición, tienen específicos deberes y responsabilidades. El Tribunal así lo señaló en su sentencia de 16 de diciembre de 1992, en el *caso Hadjianastassiou*<sup>17</sup>, respecto de los militares, y en reiteradas ocasiones, respecto de los funcionarios<sup>18</sup>.

Sin embargo, como señalan LAWSON y SCHERMERS, la práctica del Tribunal (por ejemplo, el *caso Vogt c. Alemania*; el *caso Jersild c. Dinamarca*), parece confirmar que este órgano ha

<sup>15</sup> STEDH de 27 de abril de 1995, *caso Piermont c. Francia*, Serie A, vol. 314, par. 76.

<sup>16</sup> STEDH de 20 de septiembre de 1994, *caso Otto-Preminger-Institut c. Austria*, Serie A, vol. 295, par. 47 y 49. STEDH de 25 de noviembre de 1996, *caso Wingrove c. Reino Unido*, par. 52.

<sup>17</sup> «Es también necesario tener en cuenta las especiales condiciones vinculadas a la vida militar y los «deberes» y «responsabilidades» específicos que incumben a los miembros de las Fuerzas Armadas... El demandante, como oficial en el K.E.T.A. a cargo de un programa sobre un misil experimental, estaba obligado a la discreción en relación con todo aquello relativo al desarrollo de sus actividades». STEDH de 16 de diciembre de 1992, *caso Hadjianastassiou*, Serie A, vol. 252, par. 46. Ver también: STEDH de 19 de diciembre de 1994, *caso Vereinigung Demokratischer Österreicher and Gubi c. Austria*, Serie A, vol. 302, par. 74.

<sup>18</sup> STEDH de 26 de septiembre de 1995, *caso Vogt c. Alemania*, Serie A, vol. 323, par. 53. Ver también: Opinión de la Comisión de 11 de mayo de 1984, *caso Glasenapp*, Serie A, vol. 104, par. 92; Opinión de la Comisión de 11 de mayo de 1984, *caso Kotiek*, Serie A, vol. 105, par. 85 y 88. Véase *mutatis mutandis*, la sentencia de 2 de septiembre de 1998, *caso Ahmed y otros c. Reino Unido*, Reports 1998-VI, en la que el Tribunal, sobre la base de los «deberes y responsabilidades» de los funcionarios declaró, por seis votos contra tres, conformes con el Convenio las restricciones que el Derecho inglés impone a la participación de altos funcionarios de la Administración local en ciertas formas de actividades políticas (funciones administrativas o representativas en el seno de un partido político).

adoptado una aproximación a los «deberes y responsabilidades» que sirve más a la libertad que al poder del Estado de injerirse en sus derechos<sup>19</sup>. Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de noviembre de 1997 en el *caso Grigoriades c. Grecia*<sup>20</sup> y la sentencia de 20 de mayo de 1999 en el *caso Rekvényi c. Hungría*<sup>21</sup>.

En segundo lugar, a la hora de determinar el alcance de estos deberes y responsabilidades de quien ejerce su derecho a la libertad de expresión también entra en consideración el hecho de si se daba un interés público en las informaciones, opiniones o ideas en cuestión. Se aprecia, en este sentido, que el Tribunal considera un factor relevante en su examen de la justificación de la injerencia impugnada el hecho de si las opiniones atribuidas al demandante respondían a un interés general en cuyo caso, los deberes y responsabilidades han de ser contrapuestos al preponderante interés público en el que enmarca esa opinión. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de 21 de enero de 1999 en el *caso Fressoz y Roire c. Francia* en la que este órgano jurisdiccional señaló:

«Aunque reconoce el papel vital que juega la prensa en una sociedad democrática, el Tribunal resalta que los periodistas no pueden, en principio, estar exentos del deber de cumplir con las normas comunes de Derecho penal sobre la base de la

<sup>19</sup> LAWSON, R. A., SCHERMERS, H. G.: *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Ed. Ars Aequi Libri, 1997, Leiden, págs. 388-389. Véase, en el ámbito del artículo 9 del Convenio, el párrafo 50 la sentencia de 24 de febrero de 1998, *caso Larissis c. Grecia*, relativo a la condena impuesta a unos oficiales del ejército del aire acusados de proselitismo contra soldados y civiles. Por siete votos contra dos, el Tribunal decidió que había habido una violación del artículo 9 del Convenio imputable a las autoridades griegas al considerar injustificadas las sanciones impuestas a los demandante al no haber sido probado que los civiles hubieran sido objeto de presiones abusivas.

<sup>20</sup> «El artículo 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. Vale para los militares tanto como para el conjunto de personas bajo la jurisdicción de los Estados Partes. Sin embargo... el Estado debe poder imponer restricciones a la libertad de expresión allí donde exista una amenaza real para la disciplina militar pues el funcionamiento eficaz de un ejército apenas se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir alterar esta disciplina (*caso VSDÖ y Gubi c. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1994, A, n.º 302, pág. 17, par. 36). Las autoridades nacionales no pueden, sin embargo, apoyarse sobre tales reglas para obstaculizar la expresión de opiniones aunque éstas estén dirigidas contra el Ejército como institución.» Parágrafo 45 de la sentencia. La cursiva es añadida.

<sup>21</sup> Parágrafo 26 de la sentencia: «las garantías contenidas en el artículo 10 del Convenio se aplican al personal militar y a los funcionarios. El Tribunal no ve ninguna razón para excluir de esta conclusión a los policías».

protección que les brinda el artículo 10 del Convenio. En realidad, el párrafo segundo del artículo 10 define los límites del ejercicio de la libertad de expresión. Queda por decidir si, en las particulares circunstancias del caso, el interés del público en ser informado pesaba más que los deberes y responsabilidades que los demandantes tenían debido al origen ilegal de los documentos por ellos manejados»<sup>22</sup>.

En tercer lugar, el Tribunal ha expresado en reiteradas ocasiones que el alcance de los deberes y responsabilidades de quien ejerce su libertad de expresión depende de su situación y de los medios técnicos que emplee»<sup>23</sup>. Así, en el *caso Jersild*, el Tribunal señaló que la libertad de expresión de la prensa constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, pero la prensa no debe sobrepasar los límites fijados con el fin de proteger la reputación y los derechos ajenos. Tratándose de los deberes y responsabilidades de un periodista, éste debe ser consciente que unos medios de información —los audiovisuales—, tienen efectos más inmediatos y poderosos que otros —la prensa escrita—<sup>24</sup>.

Finalmente, en relación con el alcance de los deberes y responsabilidades de quien ejerce su derecho a la libertad de expresión, el Tribunal ha señalado que es una exigencia obvia de este derecho el no usarlo para difamar. No siempre es fácil distinguir, sobre todo en el marco de un debate público de interés general,

<sup>22</sup> Párrafo 52 de la sentencia de 21 de enero de 1999. Los hechos del caso, muy resumidos son los siguientes. Tras publicar un artículo en el revista *Le Canard enchaîné*, en el que evidenciaban cómo el director general de la compañía Peugeot -Sr. Calvet se negaba a las peticiones de mejoras salariales de sus empleados al tiempo que se incrementaba su sueldo en más de un 45 por ciento. Los periodistas fueron demandados ante las jurisdicciones penales por el Sr. Calvet puesto que la información utilizada por aquéllos tenía su origen en su declaración de la renta la cual les había sido facilitada por un funcionario no identificado del Ministerio de Hacienda en violación de su deber de secreto profesional. Fueron condenados a una multa pecuniaria y tras agotar los recursos internos acudieron a la Comisión invocando una violación del artículo 10 del Convenio que admitió su demanda. En su Opinión de 13 de enero de 1998, consideró por 21 votos contra 11 que había habido violación de este artículo. El Tribunal, por unanimidad, coincidió en apreciar la existencia de dicha violación.

<sup>23</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976, *caso Handyside c. Reino Unido*. Serie A, Vol. 24, párs. 47-50. STEDH de 24 de mayo de 1988, *caso Müller c. Alemania*. Serie A, Vol. 133, párs. 31-37. STEDH de 21 de enero de 1999, *caso Fresnoz y Roire c. Francia*, par. 52.

<sup>24</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994. *Caso Jersild c. Dinamarca*. Serie A, vol. 298, par. 31.

o en un contexto de crítica política, un lenguaje fuerte, admisible como medio de crítica, de lo que es difamación. Sobre todo si esas manifestaciones son realizadas en un medio de información como un periódico o un programa de radio, considerando que a pesar de la importancia del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática, éste no es ilimitado. Es obvio que no cubre la manifestación pública de hechos que «no están respaldados por ninguna evidencia *prima facie* o las alegaciones difamatorias contra personas o instituciones»<sup>25</sup>. Sin embargo, cuando la información en cuestión contribuye a un debate público sobre una cuestión de interés general, debe tolerarse, en función al fin perseguido (propiciar ese debate), un mayor grado de crítica por parte del que ejerce tal libertad, que alcanza tanto a la forma empleada como al vocabulario utilizado<sup>26</sup>.

Así lo confirmó el Tribunal en su sentencia de 23 de mayo de 1991, en el *caso Oberschlick c. Austria*, en la que por dieciséis votos contra tres, decidió que hubo violación del artículo 10 del Convenio<sup>27</sup>. En relación a la forma de la manifestación de la

<sup>25</sup> Opinión de la Comisión de 8 de enero de 1991, *caso Castells c. España*. Serie A, vol. 236, par. 62. Tampoco las afirmaciones justificadoras de una política pro-nazi. STEDH de 23 de septiembre de 1998, *caso Lehideux e Isorni c. Francia*, par. 53, Reports 1998-VII.

<sup>26</sup> Recuérdese lo afirmado en los *casos Barfod contra Dinamarca* (Opinión de la Comisión de 16 de julio de 1987. Serie A, vol. 149, par. 64) y *Thorgeirson contra Islandia* (STEDH de 25 de junio de 1992. Serie A, vol. 239, par. 66), en orden a justificar el uso por el demandante de un vocabulario fuerte con el fin de llamar la atención pública sobre una cuestión de interés general, y reiterado en la sentencia del Tribunal de 1 de julio de 1997, Reports 1997-IV, en el *caso Oberschlick c. Austria* (n.º 2), par. 34: «Es cierto que llamar a un político 'idiota' en público puede ofenderle. En el presente caso, la palabra no aparece desproporcionada... En relación con el polémico tono del artículo... debe recordarse que el artículo 10 protege no sólo el contenido de las ideas e informaciones expresadas sino la forma en que lo son.» En el mismo sentido, lo señalado en la sentencia del Tribunal de 24 de febrero de 1997, Reports 1997-I, en el *caso De Haes y Gijssels c. Bélgica*, par. 46: «La libertad de expresión de la prensa comprende la posibilidad del recurso a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación.» Términos que vuelve a repetir en su sentencia de 20 de mayo de 1999 en el *caso Bladet Tromsø y Stensaas*, par. 59.

<sup>27</sup> El caso tiene su origen en una demanda introducida ante la Comisión por un particular que había sido condenado por difamación, tras publicar en el periódico en el que trabajaba como periodista un texto bajo la forma de una querrela planteada contra un político al que se acusaba de incitación al odio y de actividades propias de la filosofía y objetivos del nacionalsocialismo. Dicho político había realizado unas declaraciones en público en las que solicitaba de las autoridades austriacas distinguir dentro de los subsidios familiares, dos partidas destinadas a madres austriacas, por un lado, y a madres extranjeras, por otro, proponiendo además incrementar la primera a costa de reducir la segunda.

crítica por el demandante —su artículo lo presentó bajo la forma de una querrela criminal— el Tribunal señaló que:

«en la forma de una querrela criminal, un significativo número de lectores estaban inducidos a creer que una acción pública había sido iniciada contra el Sr. Gabher-Meyer o incluso que ya había sido condenado. (...) sin embargo, en vista a la importancia de la cuestión en liza, no puede decirse que el Sr. Oberschlick haya excedido los límites de la libertad de expresión al escoger esta particular forma»<sup>28</sup>.

La cuestión clave parece ser, pues, encontrar un equilibrio entre la finalidad perseguida —informar sobre una cuestión de interés general, que en determinados supuestos exige el uso de un vocabulario fuerte—, y los derechos a la imagen, la reputación o la vida privada de instituciones o personas que sufren esos términos. En estos casos estaríamos en presencia de dos derechos enfrentados, igualmente susceptibles de protección en una sociedad democrática y sin que pueda afirmarse que uno de ellos prevalece de modo absoluto sobre el otro. La respuesta que los órganos del Convenio han dado a esta delicada cuestión es la siguiente: el uso de un lenguaje fuerte, aunque permitido en una sociedad democrática cuyos valores son el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, no está siempre justificado pero sólo debería ser restringido «cuando los términos usados son desmesurados respecto del legítimo objeto de la crítica perseguida»<sup>29</sup>, o tratándose de acusaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe<sup>30</sup>. A tal fin, el contexto en el que se enmarcan los términos empleados es determinante<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> STEDH de 23 de mayo de 1991, *caso Oberschlick*, Serie A, Vol. 204, par. 63.

<sup>29</sup> Opinión de la Comisión de 11 de octubre de 1984, *caso Lingens c. Austria*. Serie A, Vol. 103, par. 81. Ver también: Opinión de la Comisión de 18 de diciembre de 1987, *caso Markt Intern Verlag*, Serie A, vol. 165, par. 244.

<sup>30</sup> STEDH de 23 de abril de 1992, *caso Castells*, Serie A, vol. 236, par. 46.

<sup>31</sup> Así lo ha señalado el Tribunal en su sentencia de 1 de julio de 1997 en el *caso Oberschlick c. Austria (n.º 2)*, en relación con el contexto de un debate político (par. 33) y en la sentencia de 20 de mayo de 1999 en el *caso Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, en relación con el contexto de un debate público sobre una cuestión de interés general (par. 62: «no se puede valorar el tenor de los artículos en cuestión con independencia de la controversia que la caza de focas suscitaba en la época de los hechos en Noruega y en Tromsø, centro de esta actividad en Noruega»).

### III. LA LÓGICA INTERNA DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA ARMONIZACIÓN Y LA UNIFORMIZACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal parece poner de manifiesto como característica de la expresión «sociedad democrática», su empleo como hilo conductor que dota al proceso de interpretación de las disposiciones del Convenio de un dinamismo adecuado para asegurar la plena garantía de los derechos reconocidos. Como señaló el Tribunal en su sentencia de 7 de julio de 1989, en el *caso Soering*:

«En todo caso, la interpretación de los derechos y libertades reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática»<sup>32</sup>.

En este sentido, el Tribunal parece haber desarrollado una jurisprudencia audaz e integradora a través de la afirmación del carácter fundamental de algunas disposiciones del Convenio —como es el caso del art. 10— para la construcción de una sociedad verdaderamente democrática<sup>33</sup>.

Ahora bien, la complejidad que caracteriza al sistema europeo de protección de derechos humanos explica la preocupación de los órganos de control por mantener un equilibrio entre la afirmación de un control europeo y la voluntad de respetar la soberanía de los Estados Partes al interpretar las disposiciones de éste<sup>34</sup>. Como ha señalado RUSEN ERGEC, el Tribunal europeo debe guardarse bien de enfrentarse demasiado a los Estados Partes por medio de una interpretación demasiado osada que fuerce el sentido del texto convencional. Tal interpretación corre el riesgo de ser considerada como una intromisión intolerable en la soberanía de los Estados Partes. Para ser creíble, la interpretación

<sup>32</sup> Sentencia de 7 de julio de 1989, *caso Soering*, Serie A, vol. 161, par. 87.

<sup>33</sup> IMBERT, P.-H.: Prefacio a *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1996, pág. 3.

<sup>34</sup> WACHSMANN, P.: «La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression: renforcement ou affaiblissement du contrôle?», *Perspectives du Droit International et Européen. Recueil d'Études à la mémoire de Gilbert Apollis*, Ed. Pedone, Paris, 1992, pág. 154.

que este órgano realiza debe contar con el máximo consenso entre los Estados Partes. Por lo tanto, sin ser restrictiva, debe ser prudente<sup>35</sup>.

Ha sido Paul MAHONEY quien ha puesto de manifiesto esta doble tendencia de activismo-autolimitación judicial presente en la jurisprudencia del Tribunal<sup>36</sup>. El activismo judicial responde al objeto y fin del Convenio. La evidente intención de sus redactores de instituir un mecanismo de protección de los derechos no sólo de su generación sino también de los de las futuras generaciones, sería traicionado si el Tribunal no interpretara las disposiciones del Convenio a la luz de las condiciones de vida del momento presente<sup>37</sup>.

Sin embargo, el conjunto del sistema del Convenio depende de la confianza que los Estados Partes tengan en el Tribunal. Por ello, éste debe hacer en ocasiones gala de una autolimitación judicial, moderando su interpretación evolutiva de las disposiciones del Convenio a través de una técnica consistente en «avanzando pasos muy pequeños»<sup>38</sup>. De este modo, Paul MAHONEY llega a la conclusión que el activismo judicial —empujando el Convenio hacia adelante a través de una interpretación evolutiva— y la autolimitación judicial —ejercida, en particular, a través de la doctrina del margen de apreciación y de la técnica señalada de progreso a través de pasos mínimos—, lejos de ser conceptos opuestos o irreconciliables, serían las dos caras de una misma moneda<sup>39</sup>.

Es desde la lógica de esta doble función armonizadora-uniformizadora desde la que debe verse la jurisprudencia de los órganos del Convenio relativa al artículo 10 del mismo. El examen de esta jurisprudencia arroja como resultado la constatación de una autolimitación judicial en el control europeo de las injerencias en el ejercicio de la libertad de expresión que no esté conectada al proceso democrático (función armonizadora), junto con un activismo judicial cuando esa misma libertad de expresión sí esté conectada al proceso democrático (función

<sup>35</sup> ERGEC, R.: *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1987, pág. 105.

<sup>36</sup> MAHONEY, Paul: «Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin», *Human Rights Law Journal*, 1990, vol. 11, págs. 57-88.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 64.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 77.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 88.

uniformizadora). El Tribunal examina las injerencias en la libertad de expresión partiendo de la distinción entre las informaciones o expresiones en las que se da un interés general del público en recibirlas, de aquellas otras en las que se halla ausente este elemento.

El punto de partida es el siguiente: todos los derechos contenidos en el artículo 10 requieren una protección estricta<sup>40</sup>. Sin embargo, debe añadirse que esta protección no es idéntica para todos ellos, encontrándose en la cima de la jerarquía la libertad de expresión referida a cuestiones de interés general<sup>41</sup>. Es, en consecuencia, la importancia de la información objeto de injerencia para una efectiva sociedad democrática, entendida ésta como «proceso democrático»<sup>42</sup>, lo que va a determinar un mayor grado de protección de los órganos de Estrasburgo a través de un control más estricto de las injerencias de las autoridades nacionales en su ejercicio por los particulares. Desde esta perspectiva puede entenderse —aunque no se comparta— el fallo alcanzado por el Tribunal en su reciente sentencia de 20 de febrero de 2000, en el caso *Fuentes Bobo c. España*.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE 29 DE FEBRERO DE 2000 EN EL CASO FUENTES BOBO C. ESPAÑA

En términos muy generales y sucintamente expuesto, los hechos que motivaron el caso son los siguientes: el señor Fuentes Bobo trabajaba desde 1971 en *TVE* siendo responsable de la emisión de un programa matinal que fue suprimido a finales de 1992. En octubre del año siguiente, coincidiendo con diversas manifestaciones de trabajadores de *TVE* contra los planes de la dirección de reducir el número de empleados de la empresa, firmó junto con otro compañero un artículo publicado en un diario nacional en el que criticaba la gestión de varios directivos

<sup>40</sup> Sentencia de 22 de mayo de 1990. *Caso Autronic AG*. Serie A, vol. 178, par. 61.

<sup>41</sup> RIGAUX, F.: «Introducción general», *La liberté d'expression numéro spécial, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1993, pág. 8.

<sup>42</sup> MARK, S.: «The European Convention on Human Rights and its democratic society», *British YearBook of International Law*, 1995, vol. LXVI, pág. 218 y ss. En idéntico sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, págs. 60-61.

de este ente público que habían sido designados en 1982 por el partido político entonces en el poder (PSOE).

Poco días después recibiría la orden de traslado a un edificio de TVE en Somosaguas en el que no se le habilitó un despacho para cumplir sus tareas laborales, circunstancia ésta de la que se quejó, en términos similares a los empleados en el artículo de prensa, a través de un escrito divulgado a sus compañeros del centro de Somosaguas. A raíz de este último hecho se incoó en su contra un procedimiento disciplinario que concluyó con una sanción de suspensión temporal de empleo y sueldo al ser considerado culpable de faltas muy graves. Tras unas declaraciones realizadas en una emisora privada de radio en noviembre de 1993 y febrero de 1994, en las que se refirió a sus empleadores en términos muy duros, fue sometido de nuevo a un procedimiento disciplinario que culminó el 15 de abril de 1994 con su despido de TVE.

Contra la decisión de su despido presentó recurso ante el Tribunal Social n.º 4 de Madrid que declaró nulo este despido al estimarlo improcedente. Sin embargo, al ser este fallo recurrido por TVE ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue revocado siendo calificado el despido conforme a los artículos 54.2.c) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. El sr. Fuentes Bobo introdujo entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la violación, entre otras disposiciones, del artículo 20 de la Constitución (derecho a la libertad de expresión y de opinión). Su recurso fue desestimado por sentencia de 25 de noviembre de 1997 al considerar el Tribunal Constitucional que su despido no se había producido por la información que había divulgado sino por el modo en que lo había hecho, utilizando unos términos gravemente ofensivos, vejatorios e insultantes para sus superiores, siendo así que el insulto no está protegido por el artículo 20 de la Constitución.

Planteado su despido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una injerencia injustificada en su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del Convenio, este órgano comenzó su razonamiento coincidiendo con las conclusiones alcanzadas por los tribunales españoles en el sentido de que sus declaraciones, siendo susceptibles de atentar contra la reputación y los derechos de terceros, eran susceptibles de merecer algún tipo de sanción y recordó que «el artículo 10

del Convenio no garantiza una libertad de expresión sin ninguna restricción, incluso tratándose de la prensa informando sobre cuestiones serias de interés general»<sup>43</sup>.

Sin embargo, añadió que debía valorar si la sanción infringida al demandante en este caso —su despido— era proporcionada al fin legítimo perseguido —la protección de los derechos de terceros— y, por lo tanto, «necesaria en una sociedad democrática»<sup>44</sup>. Para pronunciarse sobre esta cuestión, el Tribunal señaló que había de tener en cuenta varios elementos del caso: los términos empleados por el demandante en sus declaraciones, el contexto en el que éstas se enmarcaban, así como la naturaleza del medio empleado —una emisión de radio en directo—<sup>45</sup>. Aunque no lo indica expresamente, el Tribunal también tomó en consideración otros elementos del caso tales como la situación personal del demandante<sup>46</sup> y el que sus afirmaciones se conectaban a un debate público sobre una cuestión de interés general<sup>47</sup>. Así, aun cuando reconoció que los términos controvertidos eran ofensivos y, por lo tanto, justificaban una sanción bajo el ángulo del artículo 10 del Convenio, el Tribunal consideró que la sanción aplicada, el despido del demandante, no era proporcionada.

Como ha señalado el profesor CARRILLO SALCEDO, los conceptos gemelos de proporcionalidad y justo equilibrio han sido utilizados en decenas de sentencias del Tribunal como un factor de control del margen nacional de apreciación y para

<sup>43</sup> Parágrafo 45 de la sentencia de 29 de febrero de 2000.

<sup>44</sup> Parágrafo 45 de la sentencia.

<sup>45</sup> Parágrafo 46 de la sentencia: «Para pronunciarse sobre esta cuestión, el Tribunal tendrá en cuenta, en particular, los términos utilizados en las declaraciones, el contexto en el que éstas se realizaron y las circunstancias del caso, incluyendo el hecho de que se trataba de afirmaciones orales pronunciadas durante emisiones de radio en directo, lo que habría impedido al demandante reformularlas, completarlas retirarlas antes de que se hicieran públicas.»

<sup>46</sup> Parágrafo 49 de la sentencia: «En cuanto a la gravedad de la sanción impuesta al demandante... a saber, la rescisión del contrato de trabajo sin derecho a indemnización... (ésta) ha revestido una severidad extrema, considerando, en particular, la antigüedad del demandante en la empresa y su edad.»

<sup>47</sup> Parágrafo 48 de la sentencia: «El Tribunal observa, sin embargo, que las declaraciones litigiosas se enmarcaban en el contexto particular de un conflicto de trabajo que enfrentaba al demandante con sus empleadores a raíz de la suspensión de la emisión de la que era responsable, acompañado de un amplio debate público concerniente a cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública. Las manifestaciones litigiosas han tenido lugar en el marco de debates públicos y apasionados sobre presuntas anomalías en la gestión de TVE, servicio público de la radiotelevisión española.» (La cursiva es añadida)

determinar si hubo o no violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio<sup>48</sup>. La proporcionalidad desempeña, así pues, una doble función en el sistema del Convenio: de un lado, en aquellos derechos cuyo ejercicio puede ser objeto de restricciones y limitaciones por parte de las autoridades públicas —los reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio, así como el art. 2.3 del Protocolo adicional normativo n.º 4— es el segundo de los elementos del control europeo respecto del cumplimiento del requisito de que se trate de una injerencia «necesaria en una sociedad democrática» —el otro elemento del control se refiere al hecho de que la injerencia responda a una necesidad social imperiosa—. De otro lado, en aquellos artículos cuya redacción no contempla la posibilidad de injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio de los derechos en ellos reconocidos, el principio de la proporcionalidad actúa como elemento de calificación de la compatibilidad con el Convenio de la medida impugnada ante el Tribunal<sup>49</sup>.

En ambos supuestos, el test de la proporcionalidad supone la comprobación de si se cumplen dos requisitos: de un lado, el deber de mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego<sup>50</sup>; de otro lado, la exigencia de no imponer restricciones más allá de lo estrictamente necesario<sup>51</sup>. En la práctica este segundo requisito supone que si existían otras medidas menos gravosas para el particular a través de las cuales podía alcanzarse el fin legítimo perseguido con la injerencia y no se emplearon, la injerencia no será proporcional y por lo tanto el Tribunal la calificará incompatible con el Convenio al no ser una medida «necesaria en una sociedad democrática».

En el caso *Fuentes Bobo c. España*, la mayoría del Tribunal (cinco jueces frente a dos de la minoría) estimó que, a pesar del

<sup>48</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos (II)*, apuntes de clase, curso 1999-2000, pág. 66.

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, la STEDH de 27 de septiembre de 1995, en el caso *McCann c. Reino Unido*, Serie A, vol. 324, respecto de la interpretación de los términos «recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario» en el marco del artículo 2.2 del Convenio. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos (II)*, op. cit., pág. 66.

<sup>50</sup> STEDH de 24 de febrero de 1994, caso *Casado Coca c. España*, serie A, vol. 285-A, par. 42. STEDH de 7 de agosto de 1996, caso *C. contra Bélgica*, Reports 1996-III.

<sup>51</sup> Véase, entre otras muchas, la STEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lingens c. Austria*, serie A, vol. 103, par. 76. STEDH de 24 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, serie A, vol. 236, par. 46.

margen de apreciación de las autoridades nacionales, a la luz de los hechos del caso no existió una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta al demandante —su despido— y el fin legítimo perseguido —proteger el honor y la reputación de sus empleadores— puesto que otras sanciones disciplinarias menos graves y más apropiadas podían haberse aplicado en el caso<sup>52</sup>.

Discreparon de la tesis mayoritaria los jueces CAFLISCH y MAKARCZYK quienes entendieron que para apreciar la proporcionalidad del despido del demandante bajo el ángulo del artículo 10 del Convenio, el Tribunal debía considerar el conjunto de los hechos del caso y no sólo el último incidente, esto es, las declaraciones realizadas contra sus empleadores durante la emisión en directo de un programa de radio. En opinión de ambos jueces —que compartimos— señalar, como hace el Tribunal, que el despido fue una medida desproporcionada habida cuenta de que existían otras sanciones disciplinarias menos graves y más idóneas, supone negar la evidencia de que los empleadores del demandante habían ya agotado toda la gama de medidas a su disposición, que habían ido aplicando de modo gradual y progresivamente, recurriendo finalmente a la medida del despido una vez que la relación de confianza y de lealtad —sobre la que debe estar basada toda relación de trabajo— había quedado irremediabilmente rota por el comportamiento constantemente provocador del demandante<sup>53</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Varias son las conclusiones a las que llegamos al término de estas páginas:

1.ª La libertad de expresión de informaciones de interés general reconocida en el artículo 10 del Convenio no es un derecho absoluto aunque en la práctica se aprecia una marcada tendencia del Tribunal a no declarar compatible con el Convenio una injerencia en el ejercicio de esta libertad cuando el con-

<sup>52</sup> Parágrafo 49 de la sentencia.

<sup>53</sup> Opinión disidente de los jueces CAFLISCH y MAKARCZYK a la sentencia de 29 de febrero de 2000.

tenido de las informaciones, opiniones o ideas se conectan a un debate público sobre cuestiones de interés general.

2.<sup>a</sup> A pesar de los deberes y responsabilidades de las personas que ejercen el derecho a la libertad de expresión, así como de la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego, tales como la protección del derecho a la reputación y al honor de terceros o el derecho a las minorías étnicas y raciales a no ser objeto de proclamas racista y xenófobas, el Tribunal considera una piedra angular en el sistema europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, aquellos derechos que están directamente conectados con la idea de una efectiva sociedad democrática, entendida ésta como un «proceso democrático». En dicho proceso el público participa constantemente en el debate de las cuestiones de interés general. La prensa tiene el deber de informar a la opinión pública sobre estas cuestiones y en justa correspondencia, el público tiene derecho a estar informado respecto de las mismas.

3.<sup>a</sup> Se trata de una opción de política judicial seguida por el Tribunal, quizás influido por el hecho de que ahora son 41 los Estados Partes en el Convenio, incluida la Federación Rusa, con tradiciones y sistemas jurídicos muy diferentes, con el consiguiente riesgo de heterogeneidad y de fragmentación de los valores representados por el Consejo de Europa —la democracia pluralista y parlamentaria, el Estado de Derecho y la salvaguardia de los derechos humanos— que podrá ser o no compartida. Nadie puede desconocer los peligros que encierra una excesiva interpretación de esta libertad, especialmente en el mundo globalizado de las nuevas tecnologías de la información, no siempre reflejo de un verdadero pluralismo ideológico. Sólo el tiempo que está por venir dirá al Tribunal si valió la pena interpretar y aplicar el Derecho a riesgo de traicionar a la Justicia.