



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

El derecho a la información en el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: limitaciones a su ejercicio y afirmación del mismo

Jordi Bonet Pérez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

EL DERECHO A LA INFORMACION EN EL ARTICULO 10 DEL
CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS: LIMITACIONES
A SU EJERCICIO Y AFIRMACION DEL MISMO.

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctor
por:

JORDI BONET i PEREZ

Realizada bajo la dirección de la Profesora Dña. VICTORIA
ABELLAN HONRUBIA, Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Barcelona.

Mayo, 1991

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700499958

CAPITULO SEXTO:

**LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR
INFORMACION E IDEAS Y EL DERECHO A LA INFORMACION.**

1. PLANTEAMIENTO: LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS COMO MANIFESTACION DE LOS LIMITES DEL DERECHO A LA INFORMACION. CRITERIOS DE CLASIFICACION.

Teniendo en cuenta la práctica jurisdiccional relativa a la aplicación de las cláusulas restrictivas previstas en el Convenio Europeo (1), y, en particular, de la establecida en el párrafo 2 del art. 10 del mismo (2), es posible efectuar un examen de los **límites** a que puede ser sometido el **ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas** reconocida en el párrafo 1 del citado artículo.

El análisis de los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas ha de servir, no sólo para determinar el alcance jurídico de los mismos, sino igualmente para comprobar si dichos límites proyectan aquellas necesidades que son esenciales en una sociedad democrática, de considerarse al **derecho a la información** como base jurídico-política del art. 10 del Convenio Europeo en materia informativa (3).

Las implicaciones de este reconocimiento serían muy relevantes, puesto que se estaría potenciando la apreciación de la **función social de la información y de los medios de comunicación social** en la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas (4); y, en consecuencia, ofreciendo la posibilidad de interpretar de un modo distinto la posición jurídica del individuo respecto a la información.

(1) Vid supra, pág. 292 y ss.

(2) Vid supra, pág. 336 y ss.

(3) Vid supra, pág. 165 y ss. En la medida en que el derecho a la información pueda ser tenido como tal; lo que, como se ha visto, no parece responder a los criterios jurisdiccionales imperantes.

Lo que no obsta para que, en ciertos aspectos, los principios inspiradores de la doctrina del derecho a la información puedan verse reflejados en la concepción de dichos límites.

(4) Vid supra, pág. 4 y ss.

Para efectuar un análisis de esta naturaleza, hay que tener en cuenta las diferencias existentes en cuanto al planteamiento de las limitaciones oponibles a la libertad de recibir y comunicar información e ideas según cuál sea la base jurídico-política en que se sustente (5); para, a partir de ellas, examinar cuál es la interpretación adoptada por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

Es imprescindible, desde esta perspectiva, tomar en consideración aquellos criterios interpretativos que, como se ha ido viendo, influyen en la determinación del alcance jurídico del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

En este sentido, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, aquellos criterios que se encuentran inscritos en el **propio texto del Convenio Europeo**; tanto los que son aplicables al conjunto de derechos y libertades reconocidos -los **principios de interpretación del Convenio Europeo** (6)-, como los que son específicos del art. 10 del citada Convenio -las **condiciones de aplicabilidad** previstas en su párrafo 1 (7).

Y, en segundo lugar, aquellos criterios que se derivan de la **práctica jurisdiccional** relativa, en general, a las cláusulas restrictivas, como es la **doctrina del "margen de apreciación"** (8), y, en particular, al art. 10 del Convenio Europeo, como es el **criterio del "interés del público"** (9).

Igualmente necesario resultará efectuar una **clasificación** de las diversos tipos de restricciones a que puede ser sometido el ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

(5) Es decir, según se venga a interpretar que la base jurídico-política del art. 10 del Convenio Europeo es la **libertad de información** o el **derecho a la información**.

(6) Vid supra, pág. 398 y ss.

(7) Vid supra, pág. 389 y ss.

(8) Vid supra, pág. 337 y ss.

(9) Vid supra, pág. 163 y ss.

La utilidad de esta clasificación viene dada por el interés de comprobar si, sea cual sea la naturaleza de las restricciones, éstas responden a unos mismos caracteres jurídico-políticos; o bien, si existen algunas diferencias respecto a determinadas modalidades de restricción que permitan, en uno u otro supuesto, revelar una distinta sensibilidad hacia las necesidades informativas que defiende la doctrina del derecho a la información.

El problema es encontrar un **criterio de clasificación** adecuado en relación al objeto que se pretende.

No parece a este respecto muy adecuado seguir un criterio de clasificación adaptado a la literalidad de los **finés legítimos** establecidos en el art. 10 (2) del Convenio Europeo (10); ni tampoco de un criterio de clasificación meramente **casuístico** (11).

En el supuesto de efectuar una clasificación a partir de la simple enumeración de los fines previstos en el art. 10 (2) del Convenio Europeo, el excesivo formalismo redundaría en una menor profundidad en las cuestiones que pueden revelar las claves de la práctica jurisdiccional en el sentido del objetivo expuesto.

Por otro lado, y de emplearse el criterio de clasificación casuístico, tampoco se encontraría en él la solución más adecuada, debido a que este criterio se fundamenta más en la importancia numérica de la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo que en su trascendencia jurídica real.

(10) Es decir: 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**, la **divulgación de las informaciones confidenciales** y la **garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial**.

(11) Como el que ofrece PINTO, agrupando la práctica jurisdiccional en cuatro grandes áreas: **administración de justicia**, **defensa de la seguridad del Estado**, **libertad de expresión y difamación y moral y salud** (R.PINTO, "La liberté d'information et d'opinion en droit international", Economica, Paris, 1984, pág. 125 y ss).

Desde el punto de vista del análisis de las necesidades que justifican la restricción de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, parece mucho más plausible utilizar un criterio de clasificación que tenga principalmente en cuenta la **finalidad de las medidas restrictivas**, puesto que la influencia de los simples aspectos formales o aritméticos se diluye en favor de una percepción teleológica de las propias restricciones.

La cuestión que entonces se plantea es la de articular una clasificación que, fundamentada en este criterio finalista, diferencie claramente las distintas modalidades de restricción.

En este sentido, por ejemplo, la división efectuada por DRISCOLL, entre restricciones orientadas al **bienestar de la colectividad** y las orientadas en defensa de los **derechos de los individuos** (12), resulta excesivamente restringido en cuanto a la representatividad de los diversos fines en concurso.

Más adecuada parece la clasificación empleada por FURRER, que las diferencia en función de tres necesidades esenciales (13): la **protección del interés general**, la **protección de los derechos de los individuos** y la **garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial**. Un único defecto puede achacársele a esta clasificación: la excesiva amplitud del concepto de "**interés general**", el cual tendería a absorber la mayor parte de los supuestos restrictivos en que se involucra el interés público -con finalidades en ocasiones muy distintas.

(12) D.DRISCOLL, "**Freedom of expression under article 10 of the European Convention on Human Rights**". En: CONSEIL DE L'EUROPE, "Actes du Sixième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Séville, 13-16 novembre 1985. Martinus Nijhoff, Doordrecht, 1988, pág. 289.

(13) H.P.FURRER, "**La pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe**". En: SOCIETE FRANÇAIS POUR LE DROIT INTERNATIONAL, "La circulation des informations et le droit international", XI Colloque de la Société Français pour le Droit International, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg (2,3,4 et 6 juillet 1977), Pedone, Paris, 1978, pág. 69.

Si se profundiza en el análisis teleológico de los fines previstos en el art. 10 (2) del Convenio Europeo, el criterio empleado por FURRER puede completarse, dando lugar a una **clasificación** fundada en cuatro tipos de restricciones bien diferenciados: la **defensa del Estado y de la organización social**; la **protección de la salud y de la moral**; la **protección de los derechos ajenos**; y la **garantía del funcionamiento del poder judicial**.

La sustantividad de la **garantía del funcionamiento del poder judicial** como tipología restrictiva podría ponerse en entredicho, en tanto en cuanto dicha finalidad es subsumible dentro de la más genérica de la "**defensa del Estado y de la organización social**", al ser la Administración de Justicia parte integrante del conjunto institucional del Estado.

La autonomía interpretativa de las restricciones referidas al poder judicial viene dada, por una parte, por la **especificidad** de los problemas jurídicos planteados por la garantía de su funcionamiento, respecto al de los demás poderes del Estado; y, por otro lado, por la **importancia** de una correcta administración de la justicia para asegurar la defensa de los derechos y libertades fundamentales, perceptible en la propia práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

Una mayor reflexión merece la exclusión de esta clasificación, como criterio específico de distinción, de la necesidad de **impedir la divulgación de informaciones confidenciales**, prevista en el art. 10 (2) del Convenio Europeo como uno de los fines legítimos que permiten limitar el ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas (14).

La necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales se puede considerar como un aspecto muy concreto de la actuación del Estado en relación a los derechos reconocidos en el art. 10 (1) del Convenio Europeo, aunque no precisamente en cuanto a su finalidad.

(14) Vid supra, pág. 127 y ss.

La restricción de la divulgación de informaciones confidenciales aparece más como un instrumento dirigido a la protección de unas áreas informativas sensibles que afectan a diversos intereses, colectivos o individuales, que como una finalidad en sí misma. Se pretende con ello garantizar dos intereses fundamentales: la **defensa del Estado y de la organización social** y la **protección de los derechos ajenos**.

1.1. LA INFORMACION CONFIDENCIAL Y LA DEFENSA DEL ESTADO Y DE LA ORGANIZACION SOCIAL.

Se suele especialmente vincular la protección de la información confidencial con la defensa de la **seguridad nacional** (15). Bajo este enfoque, se hace referencia a los poderes estatales para garantizar la discreción sobre los denominados "**secretos oficiales**" -o de los "secretos de Estado", según la terminología que se prefiera adoptar (16).

La noción de "**seguridad nacional**" que se desprende de esta visión ha de ser más amplia que la simple defensa nacional y de los secretos relacionados con la misma.

A este respecto, precisa WALLACH que esta noción debería incluir a todas aquellas materias que pudieran:

"affect the nation, including not only defence but also foreign policy and economic issues (17)".

(15) Por ejemplo: J.E.S.FAWCETT, "**The application of the European Convention on Human Rights**", Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1987, pág. 269; o bien, P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice of the European Convention on Human Rights**", Kluwer Law and Taxations Publishers, Deventer, 1984, pág. 316. Vid infra, pág. 423 y ss.

(16) Vid supra, pág. 35.

(17) E.J.WALLACH, "**Executive powers of prior restraint over publication of national security information: the UK and the USA compared**", *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, 2, pág. 426.

Desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo, la interrelación entre la seguridad nacional y la confidencialidad informativa se manifiesta en un doble sentido: en la **subsunción** de los supuestos relativos a la confidencialidad sobre ciertas materias dentro del ámbito de aplicación de la **seguridad nacional**; o también en la apreciación conjunta de ambos fines, siempre con preferencia de la seguridad nacional.

La práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo responde a esta visión extensiva de la seguridad nacional como necesidad democrática y a su interconexión con la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

En su decisión sobre la admisibilidad de la **demanda 10078/82**, la Comisión Europea se pronunció en torno a la condena a una pena de prisión de dos años a un ingeniero residente en Francia por haber suministrado información a una potencia extranjera sobre **investigación** en materia de **aplicaciones informáticas**.

Ante la alegación del demandante de que las informaciones suministradas no eran de carácter confidencial -y por tanto innecesaria su condena-, la Comisión Europea no entró a dilucidar esta cuestión, sino que planteó el examen de la condena a partir de las necesidades de la **seguridad nacional** (18).

En este sentido, la Comisión Europea manifestó que la restricción de la posibilidad de comunicar este tipo de informaciones venía dada por la propia personalidad del demandante, el cual no debería:

"communiquer à la légère des informations scientifiques susceptibles de nuire aux intérêts du pays d'accueil dans un secteur de recherche de pointe (19)".

(18) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 10078/82, M c/ France, du 13 décembre 1984, Décisions et Rapports, 33, pág. 109.

(19) Ibid, pág. 108.

Esta decisión ofrece un concepto de confidencialidad extensivo, pues se refiere a todo tipo de información que pueda afectar a los **intereses nacionales**, además de apreciarse en función de su importancia para una seguridad nacional que recibe también una interpretación amplia.

La implicación directa de la protección de la confidencialidad con la seguridad nacional se percibe igualmente en el **caso Leander**, en relación a **ficheros de datos administrativos secretos** utilizados para apreciar la aptitud de una persona que ha accedido a un puesto de trabajo en una zona militar restringida (20).

Si bien la cuestión se entiende como un problema que atañe esencialmente a la vida privada del individuo (21), es interesante el razonamiento del Tribunal Europeo (22):

"Pour préserver la **sécurité nationale**, les Etats contractants ont indéniablement besoin de lois qui habilitent (...) à recueillir et à mémoriser dans les **fichiers secrets des renseignements sur des personnes**, puis à les utiliser quand il s'agit d'évaluer l'aptitude de candidats à des postes importants du point de vue de ladite sécurité".

Esta fórmula ha sido seguida en la práctica jurisdiccional, también, examinando de una manera conjunta la necesidad de ambos fines legítimos (23).

-
- (20) El Sr. Leander había empezado a trabajar en el museo naval de la base de Karlskrona, la más importante instalación naval sueca.
 - (21) Y por tanto al art. 8 del Convenio Europeo.
 - (22) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Leander, Arrêt du 26 mars 1987, Série A, 116, pár. 59. El resaltado es propio.
 - (23) Vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Report of 12 July 1990, Application 13166/87, Times Newspapers Ltd. & Andrew Neil c/ United Kingdom, Council of Europe, pág. 20 y ss., pár. 66 y ss.; Report of 12 July 1990, Application 13585/88, The Observer Ltd. & others et Guardian Newspapers Ltd. & others c/ United Kingdom, Council of Europe, pág. 20 y ss., pár. 79 y ss. La prohibición de publicar extractos del libro "Spycatcher", en el cual un ex-miembro de los servicios secretos relata sus experiencias fue en este caso considerada una violación del art. 10 del Convenio Europeo.

Se percibe también en la práctica jurisdiccional una tendencia a relacionar la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales con las exigencias derivadas, en una sociedad democrática, de la **seguridad pública** o del **orden público** (24).

Así, las medidas disciplinarias adoptadas contra un funcionario público por expresar su deseo de publicar un artículo sobre los fallos de organización interna fueron justificadas por la Comisión Europea, debido a que los datos que pretendía revelar eran **secreto de servicio** -observándose por tanto el fin legítimo de impedir la divulgación de informaciones confidenciales (25).

Es difícil, si se compara este supuesto de hecho con los anteriores -incluso empleando una concepción tan amplia de seguridad nacional como la de WALLACH (26)-, que unas medidas restrictivas como las adoptadas estén dirigidas de una forma clara y rotunda a la protección de la seguridad nacional (27).

En otro ámbito, el Tribunal Europeo apreció que la restricción de la libertad de recibir emisiones destinadas al público y captadas de un satélite de telecomunicaciones a través de una antena parabólica podía justificarse tanto por su importancia para **l'ordre des télécommunications** y la **"nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles"** (28).

(24) Vid infra, pág. 437 y ss.

(25) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4274/69, X c/ R.F. d'Allemagne, du 24 juillet 1970, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIII, 1970, pág. 893.

(26) Vid supra, pág. 422.

(27) Como apunta JACOBS, comentando la decisión sobre la demanda 4274/69, no fueron previstas en función de la seguridad nacional, sino para prevenir la difusión de información recibida confidencialmente; con lo cual, aunque esta posibilidad esté recogida en las normas relativas a los secretos oficiales, su finalidad va más allá de la significación propia de los mismos (F.JACOBS, **"The European Convention on Human Rights"**, Clarendon Press, Oxford, 1975, pág. 153).

(28) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A (en préparation), 178, pár. 59.

A partir de esta práctica jurisdiccional puede deducirse, primero, que la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales no parece ser la finalidad última de las medidas restrictivas que en tal sentido se adoptan, sino que el objetivo de las mismas es proteger un interés superior, vinculado a la protección del Estado y de la sociedad.

Y, segundo, que aun cuando en un principio pueda parecer que el interés fundamental que sustenta la restricción de la divulgación de informaciones confidenciales es la seguridad nacional, la práctica jurisdiccional demuestra que cualquier otra necesidad derivada de la **defensa del Estado y de la organización social** puede en una sociedad democrática exigir la protección del secreto de ciertas informaciones.

1.2. LA INFORMACION CONFIDENCIAL Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS AJENOS.

Si se hace referencia a la relación de la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales con la **protección de los derechos ajenos** (29), las conclusiones a que se llega son significativamente semejantes.

La protección de los derechos ajenos implica que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para impedir que, a través de la divulgación de informaciones relativas a los individuos o grupos sociales, puedan vulnerarse sus derechos o intereses legítimos.

Una de las perspectivas que admite esta afirmación es precisamente la de las **informaciones de carácter confidencial** que puedan producir un grave daño a la intimidad, honor o buen nombre, bienes u otros intereses de las personas o grupos sociales a las que se refieran.

(29) Vid supra, pág. 463 y ss.

En el **caso Gaskin**, por ejemplo, el Tribunal Europeo apreció, respecto a la divulgación de determinados **informes personales** relacionados con la vida de los menores que estuviesen a cargo de la Administración, que:

"le caractère confidentiel des pièces du dossier contribuait à la bonne marche du système d'assistance à l'enfance et, dans cette mesure, tendait à une **fin légitime**: il **protégeait les droits non seulement des personnes à l'origine de ces pièces ("informateurs"), mais aussi des enfants ayant besoin d'aide** (30)".

Este criterio no es privativo de las informaciones personales -es decir, de aquellas informaciones que se refieren directa y específicamente al individuo- sino que es extensivo, en general, a todo tipo de informaciones que puedan resultar lesivas para los intereses del mismo.

Dentro de este criterio, podrían ser consideradas como confidenciales también ciertas modalidades de **informaciones de carácter comercial** (31).

En el **caso Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann** (32), el Tribunal Europeo ha afirmado que puede resultar necesario para proteger los derechos ajenos prohibir la publicación de artículos cuyo contenido sea indudablemente verídico, por:

"l'obligation de respecter la vie privée d'autrui, ou le **devoir d'observer la confidentialité de certaines informations commerciales...** (33)".

(30) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Gaskin, Arrêt du 7 juillet 1989, Série A, 160, pár. 43. El resaltado es propio.

Al igual que en el **caso Leander** (vid supra, pág. 249), los derechos garantizados en el art. 8 son el objeto principal del litigio.

(31) Vid infra, pág. 471.

(32) Vid supra, pág. 236.

(33) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire caso Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A, 165 (en préparation), pár. 35. El resaltado es propio.

La verificación, pues, de la necesidad de mantener la confidencialidad de ciertas informaciones que afecten a los derechos ajenos parte de una fin legítima que refleja el objetivo último de su restricción, como es la **protección de los derechos y la reputación de otros**.

En conclusión, se percibe a través de la práctica jurisdiccional que la necesidad de impedir la divulgación de las informaciones confidenciales no puede dar origen, desde el punto de vista teleológico, a una tipología diferenciada de restricciones de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

A partir de estas observaciones, es más fácil percibir cómo las cuatro tipologías restrictivas que se han diferenciado -la defensa del Estado y de la organización social; la protección de la salud y de la moral; la protección de los derechos ajenos; y la garantía del funcionamiento del poder judicial- sí ofrecen la perspectiva de unos objetivos precisos susceptibles de fundamentar cualquier tipo de restricciones.

La cuestión que se plantea es si en relación a todas las tipologías restrictivas descritas se detecta en igual medida esta presencia de las necesidades que la doctrina del derecho a la información tiene por indispensables en una sociedad democrática.

La respuesta es negativa, puesto que el resultado no es igual en todos los ámbitos en que dicha cuestión puede ser examinada. Así, ciertos aspectos vinculados al derecho a la información se advierten con mayor asiduidad en la práctica jurisdiccional relativa a la **protección de los derechos ajenos** y la **garantía del funcionamiento del poder judicial**, mientras que apenas son perceptibles respecto a la protección de la salud y de la moral.

Con atención a estos criterios generales, es preciso observar en concreto cuál ha sido la evolución de la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en cada uno de las tipologías restrictivas que se han tomado como referencia.

2. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS EN DEFENSA DEL ESTADO Y DE LA ORGANIZACION SOCIAL.

En este apartado de los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, puede advertirse que no es posible a priori establecer diferencias sustanciales entre las restricciones que autoriza el art. 10 del Convenio Europeo, de interpretarse su base jurídico-política en uno u otro sentido (34).

Esta afirmación se apoya en el objetivo de este tipo de restricciones, dirigido a la protección de un **interés muy concreto**: la propia **existencia de la sociedad democrática**.

Así, se encuentra en el núcleo más íntimo de la pervivencia de la sociedad democrática la defensa, por un lado, del **Estado** y de las **instituciones** -y con ello del Estado de derecho-, y, por otro lado, de la misma **organización social**, caracterizada por el pluralismo y el respeto de los derechos de los demás.

En esta dirección, puede resultar apropiada la postura del Gobierno belga en el **caso De Becker**, al relacionar la adecuación de este tipo de restricciones -en las que justificaba su propia actuación (35)- a las disposiciones del Convenio Europeo porque eran indispensables:

"pour des nécessités **d'ordre national** (36)".

Puede decirse, pues, que prima la trascendencia de los intereses en juego sobre las posibles diferencias jurídico-políticas en materia informativa existentes entre la libertad de información y el derecho a la información.

(34) Vid supra, pág. 153 y ss.

(35) Vid infra, pág. 510.

(36) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire De Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 2, 1962, pág. 106, pár 235.

Lo que sí se perciben, entre la perspectiva que se deriva de la libertad de información y el derecho a la información como bases jurídico-políticas alternativas, son diferencias de matiz en cuanto a la realización del balance y al resultado del mismo, y en la utilización del interés social que tienen determinadas informaciones como contrapunto de las necesidades nacionales.

Si se adopta como base jurídico-política de la libertad de recibir información e ideas la **libertad de información**, la sensibilidad hacia ese interés social y la tolerancia de ciertas actitudes es menor que la que se ofrecería si fuese relevada por el **derecho a la información**.

La diferencia de intensidad se evidencia, también, en cuanto a los diversos **finés legítimos** que se encuadran dentro de este tipo de restricciones: la **seguridad nacional**; la **integridad territorial**; la **seguridad pública**; y la **defensa del orden y la prevención del delito** (37).

Es necesario, a partir de estas consideraciones, intentar clarificar el criterio que se desprende del art. 10 (2) del Convenio. Para ello, se tendrán en cuenta dos aspectos: la **diferenciación de los fines que se encuadran dentro de la defensa del Estado y de la organización social** y la **práctica jurisdiccional relativa a la defensa del Estado y la organización social**.

2.1. LA DIFERENCIACION DE LOS FINES QUE SE ENCUADRAN DENTRO DE LA DEFENSA DEL ESTADO Y DE LA ORGANIZACION SOCIAL.

A simple vista, son perceptibles las diferencias existentes en cuanto a los intereses protegidos entre los distintos fines que pretenden asegurar la vida del Estado y de la propia organización social.

(37) Y, en la medida en que se ha visto anteriormente, la necesidad de **impedir la divulgación de informaciones confidenciales** (vid supra, pág. 422 y ss.).

En cuanto a la **seguridad nacional**, ésta representa la existencia de una **amenaza de cierta dimensión para los intereses generales del Estado**, aunque no circunscrita a la defensa nacional en sentido estricto (38); siguiendo esta concepción, la defensa de la **integridad territorial** constituiría una manifestación cualificada y concreta de la protección de la seguridad nacional.

La posible dimensión de esta amenaza puede ser comprendida si se realiza su lectura, como propusiera en el caso Engel y otros uno de los miembros de la Comisión Europea -en concreto, ERMACORA-, en el **contexto del art. 15 del Convenio Europeo** (39).

Esto supone que, si bien la seguridad nacional se refiere a un supuesto en el que existe una situación de "peligro público" (40), la gravedad de ésta no es de una magnitud suficiente como para que constituya el presupuesto habilitante de la utilización de los poderes especiales del art. 15 del Convenio Europeo.

Un sentido distinto hay que adjudicarle a la necesidad de proteger la **seguridad pública**. Su significación es muy concreta y se dirige especialmente a la **protección de los individuos contra todos aquellos peligros susceptibles de amenazar su vida o integridad física**.

(38) Vid supra, pág. 422.

En este sentido, también: A.KISS, "**Les clauses de limitation et dérogation dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme**". En: "Perspectives canadiennes et européennes des droits de l'homme", Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut Canadien d'Etudes Juridiques Supérieures, 1984, Ivon Blais, Cowansville, 1986, pág. 125.

El propio KISS apunta, sin embargo, dos puntos sensibles del interés del Estado que son los que de forma más inmediata se identifican con la noción de "seguridad nacional": las **amenazas exteriores** y la **subversión interna** (ibid).

(39) Audiencia Pública mantenida ante el Tribunal Europeo, 28 de octubre de 1975 (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 211).

(40) Vid supra, pág. 429.

Los intereses que se pretende amparar son esenciales para la sociedad democrática, desde el momento en que el individuo es el punto de partida de su desarrollo, e implican que su defensa puede comportar la adopción de medidas jurídicas más estrictas de las que se derivan del mantenimiento del orden público.

Esta afirmación permite entrar en el análisis del último de los fines legítimos previstos por el art. 10 del Convenio Europeo: la **defensa del orden y la prevención del delito**.

La cuestión inicial que se plantea es si, en cada supuesto, deben verificarse de forma conjunta ambos requisitos si se pretende comprobar que las medidas restrictivas son adecuadas al fin legítimo expresado.

Esta posibilidad fue apoyada por los demandantes en el **caso Engel y otros**, a partir de la observación de que el texto francés del Convenio Europeo se refería expresamente a la "défense de l'ordre et à la prévention du crime", es decir, uniendo ambos requisitos por medio de una conjunción copulativa.

Al respecto, se tuvieron en cuenta las diferencias terminológicas existentes entre el texto francés y el texto inglés del art. 10 del Convenio Europeo (41), puesto que mientras el primero se refiere a la "**défense de l'ordre et à la prévention du crime**", el segundo se refiere a la "**prevention of disorder or crime**".

La Comisión Europea fue rotunda y terminante ante el razonamiento expuesto por los demandantes, al afirmar que, pese a la redacción recibida por el mismo, el texto francés **no implicaba que debieran cumplirse ambos**

(41) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 81, pár. 167 y ss.

requisitos para que se justificase la necesidad de las restricciones (42).

En consecuencia, bastará, en orden a apreciar su adecuación al art. 10 (2) del Convenio Europeo, con que una medida restrictiva sea necesaria para la "defensa del orden público" o para la "prevención del delito".

Es difícil, hecha esta precisión inicial, poder delimitar la verdadera significación de la expresión "defensa del orden"; aunque reulte evidente que respone directamente a la noción de "**orden público**".

La dificultad fundamental reside en la delimitación de la noción de "orden público" y, en especial, de fijar los límites que permitan diferenciar su ámbito jurídico de aplicación y los intereses que protege de los defendidos con el fin de mantener la **seguridad pública**.

El punto de partida de esta distinción debe ser la **intensidad** de los intereses a proteger en uno y otro supuesto. De este modo, la protección del orden público supone, en su sentido más ordinario y genérico, la defensa de la **normalidad democrática**, lo que se traduce en la necesidad de asegurar el **buen y correcto funcionamiento de las instituciones democráticas**.

(42) Dice la Comisión Europea que "n'est besoin de rechercher si la prévention du crime rendait elle aussi nécessaire la mesure en question [tras haberse apreciado su necesidad respecto a la "défense de l'ordre"], car <défense de l'ordre> et <prévention du crime> constituent chacune de son côté une justification suffisante", asegurando que la redacción dada "ne veut pas dire que pour se justifier la restriction en cause doive remplir les deux conditions" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 81, pár. 167).

Las diferencias entre el texto francés e inglés no son consideradas significativas al respecto, pues la ligera diferencia existente entre el texto francés e inglés no puede soslayar que en ambos se "formule la même idée dans les deux langues" (Ibid, pár. 168).

Esta formulación del orden público implica que las medidas jurídicas que se adopten deben dirigirse, primero, al **mantenimiento del orden de la paz y el orden sociales**, y, segundo, el intento de **asegurar el bienestar general de la sociedad** (43).

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, y del Convenio Europeo, el adecuado mantenimiento del orden público puede comportar la **restricción de los derechos y libertades fundamentales**, siempre dentro de ciertos límites infranqueables (44).

Esta interpretación tiene un punto de apoyo importante en la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

Es preciso subrayar, en este sentido, la intervención de los órganos del Convenio Europeo en el **caso Engel y otros**, en el que se introdujo una precisión muy interesante al criterio general.

En primer lugar, la **Comisión Europea** se refirió a la apreciación del orden público en relación a períodos de normalidad democrática plena -en concreto, se menciona su toma en consideración respecto al que es el "temps normal" (45).

Y, en segundo lugar, la Comisión Europea efectuó una distinción entre el **orden público general**, aplicable al conjunto de la sociedad, y el **orden público específico relativo a ciertos grupos sociales**, en este caso las Fuerzas Armadas, igualmente cubierto por la necesidad de la defensa del orden público democrático.

(43) Vid, en este sentido: A.KISS, "**Les clauses de limitation...**", pág. 127.

(44) Y que se reflejan, también, en las disposiciones del Convenio Europeo (vid supra, pág. 259 y ss.).

(45) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 81, pár. 166.

En este sentido, se afirmó que no sería razonable, al interpretar el término "orden" que está previsto en el art. 10 (2) del Convenio Europeo:

"prétendre que seule la défense de l'ordre dans l'ensemble de la société pourrait justifier une mesure empiétant sur la liberté d'expression (46)".

Por lo cual el alcance de dicho término:

"doit être examinée à la lumière des circonstances précises dans lesquelles les forces armées néerlandais se trouvaient...(47)".

La postura de la Comisión Europea, que amplía la noción de orden público al orden reinante en determinados grupos sociales -incluso por motivos de la función específica que cumplen dentro de la sociedad; por ejemplo, las Fuerzas Armadas-, fue igualmente mantenida por el **Tribunal Europeo** (48).

Esta actitud de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo puede ser objeto de una cierta crítica, en la medida en que su planteamiento se produce respecto a los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo que, como se ha venido reiterando a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo (49), están en el núcleo fundamental del concepto mismo de sociedad democrática.

Es importante, en este sentido, la opinión disidente de OPSAHL, que, frente a la opción de la Comisión Europea, ofrece una visión más restrictiva de la noción de orden público.

(46) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 80, pár. 165.

(47) Ibid, pág. 81, pár. 165.

(48) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, pár. 97.

(49) Vid supra, pág. 135.

Este miembro de la Comisión Europea indica, por un lado, que los deberes particulares de los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden privarles del ejercicio de los derechos que les son reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo; diferenciando, desde este punto de partida, entre las **actividades ordenadas por los superiores** -derivadas del servicio militar- y las **demás actividades de los soldados** (50).

Para OPSAHL, en relación al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas -como sucede en el caso Engel y otros, por ejemplo, a través de una revista-, se aprecia que a los militares:

"on ne peut manifestement pas leur donner des instructions sur les opinions qu'ils doivent avoir ou exprimer, ni sur ce qu'ils doivent écrire dans leurs propres publications (51)".

Por otro lado, opina OPSAHL que la defensa del orden público engloba todas aquellas medidas dirigidas a evitar, en períodos de normalidad, los **motines**, la **insubordinación** o la **incitación a comportamientos de ese tipo**, a través de medidas disciplinarias o penales.

Finalmente, observando que los artículos en cuestión únicamente emitían críticas sobre la actuación de sus superiores, no admite que la actividad de los demandantes responda a esos supuestos; para él, las medidas adoptadas, y la justificación de que los artículos minaban la disciplina, no tienen un **vínculo directo con la situación de orden público** que debería servir de base a la apreciación de su necesidad (52).

La posibilidad de que una situación ajena a la propia noción de orden público pueda justificar una restricción que se sustente en dicho fin -en este caso, que sea

(50) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 97.

(51) Ibid, pág. 98.

(52) Ibid, pág. 99.

minada la disciplina militar (53)- resulta muy peligrosa en tanto puede contribuir a **mermar gravemente el ejercicio de la propia libertad de expresión** (54).

En esta posición, se vislumbra la idea de que el sentido de la noción de orden público no ha de ser tan extensamente interpretada, como propone la Comisión Europea; es decir, se trata de limitar su ámbito de aplicación a su justa medida: la protección del buen funcionamiento de las instituciones democráticas (54).

Por su parte, la **prevención del delito** tiene una significación mucho más concreta, referida a la necesidad de evitar que se produzcan actuaciones ilícitas, derivadas de las leyes penales, fundamentalmente, o de otras normas represivas de carácter administrativo, en un sentido más amplio.

2.2. LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA A LA DEFENSA DEL ESTADO Y LA ORGANIZACION SOCIAL.

En la práctica, las diferencias que se han establecido entre los diversos fines que pretenden proteger al Estado y a la sociedad son difícilmente distinguibles, por cuanto resulta extremadamente complejo calificar un supuesto de hecho en uno u otro sentido.

(53) OPSAHL denomina a esta posibilidad **efecto indirecto** de la noción de orden público (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 99).

(54) Que no se verá afectada por la simple publicación de un artículo en el que se critique a ciertos miembros de las Fuerzas Armadas, de una forma que OPSAHL define como de "type courant, quelque peu juvéniles et hostiles à l'autorité, mais n'ont pas l'aspect ou la nature d'une insubordination ni d'une incitation à celle-ci" (ibid, pág. 99).

Si bien la intensidad de los intereses que en cada supuesto de hecho pueden ser protegidos es un buen punto de partida, el mismo no resulta suficiente para lograr una clarificación precisa del alcance jurídico de una situación concreta ni, por supuesto, de la necesidad de las repercusiones jurídicas que de ella se derivan.

Un ejemplo ilustrativo de esta dificultad puede referirse al problema del **terrorismo**, el cual gravita en el seno de la sociedad internacional, y, en consecuencia, también en el seno de los Estados Parte del Convenio Europeo.

La cuestión es, en la práctica, tener unos criterios de calificación claros para poder determinar si la amenaza terrorista a la que debe responder el Estado afecta al **orden público**, la **seguridad nacional** o si comporta una **grave amenaza para la vida de la nación** en el sentido del **art. 15** del Convenio Europeo.

Esta dificultad ha supuesto que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han perfilado, respecto al tratamiento del terrorismo, una clara tendencia a proporcionar a los estados un **amplio "margen de apreciación"**, tanto en la calificación de si una situación comporta un problema de orden público o de seguridad nacional, como en relación a la propia necesidad de las medidas restrictivas.

Este amplio "margen de apreciación" concedido a los Estados en materia antiterrorista, según WARBRICK:

"explains why so few States have needed to resort to Article 15 [del Convenio Europeo] declarations to provide authority for the measures they wish to implement against terrorists (55)".

(55) C.WARBRICK, "The European Convention on Human Rights and the prevention of terrorism", International and Comparative Law Quarterly, 32, 1983, 1, pág. 117. Vid también: J.A.CARRILLO SALCEDO: "Aspects juridiques du terrorisme international", Académie de Droit International, Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et des Relations Internationales, 1988, Policopia, pág. 30 y ss.

De este modo, lo que aparenta ser un simple problema de calificación jurídica se convierte en una importante cuestión que afecta a la propia **efectividad** de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

Este problema no se circunscribe a la calificación de las situaciones de hecho y su apreciación como presupuesto habilitante para la utilización de la cláusula derogatoria en vez de la cláusula restrictiva, sino que se reproduce también respecto a la calificación de una situación de hecho como peligrosa para la **seguridad nacional** o bien para el **orden público**.

Y, claro está, tampoco es un problema limitado a la cuestión del terrorismo -que ha servido, por su trascendencia, como ejemplo-, sino que se extiende a todas las situaciones de hecho que por sus características pueden afectar a la defensa del Estado y la organización social, y, en esa misma medida, al ejercicio de los **derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo**.

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, ante estas dificultades, han optado con bastante asiduidad por **no efectuar una calificación precisa de las situaciones de hecho**, como contrarias al orden público o la seguridad nacional. Y han preferido, por tanto, tomar en consideración **de una manera conjunta la defensa de la seguridad nacional y el orden público** en la verificación de la necesidad de las medidas restrictivas.

A pesar de esta tendencia, es posible ofrecer una perspectiva general de cuál es en la práctica jurisdiccional el alcance jurídico dado a las nociones de **seguridad nacional y orden público**, respectivamente (56).

(56) Incluyendo, respectivamente, en cada una de ellas aquellos fines legítimos previstos en el Convenio Europeo que les pueden resultar afines (vid supra, pág. 422 y ss.).

A.- LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA A LA SEGURIDAD NACIONAL.

La necesidad de proteger la **seguridad nacional** ha sido apreciada respecto a situaciones de hecho de muy variada naturaleza fáctica, habiendo sido contemplado este fin legítimo solo o en conjunción con otros de los que se refieren a la defensa del Estado y la organización social; por ejemplo, en relación a **actividades políticas contrarias al sistema democrático**, el **terrorismo** o el **espionaje**.

Hay que llamar la atención sobre la inclusión en este capítulo restrictivo de la represión de las **actividades políticas contrarias al sistema democrático**. Es sorprendente el rigor demostrado en algunos casos por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo hacia los que efectúan este tipo de actividades; habiéndose incluso considerado necesario el recurso al art. 17 del Convenio Europeo (57).

En el **caso De Becker**, sin embargo, la Comisión Europea ofreció una visión más prudente en la apreciación de la seguridad nacional.

La prohibición a perpetuidad de ejercer el periodismo por colaboracionismo con los nazis sufrida por el demandante fue considerada como innecesaria; evaluándose, por encima de todo, la **evolución de la sociedad europea**, en la que la mayor parte de Estados no mantenían unas medidas tan drásticas como las previstas en el Código Penal belga (58).

Se abría así una vía a la interpretación evolutiva de la excepción de la **seguridad nacional**, en función de la propia dinámica socio-política de la sociedad europea.

(57) Vid supra, pág. 403 y ss.

(58) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire De Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 2, 1962, pág. 128, pár 263.

En este mismo sentido, en 1963, se consideró como necesaria en aras de proteger la seguridad nacional la condena a prisión para una persona acusada de efectuar **actividades neonazis** en Austria (59).

Lo grave es que esta evolución no se aprecia en 1978 al examinar la Comisión Europea las actividades de una activista pacifista, en el **caso Arrowsmith** (60), donde se aplicó un criterio igualmente riguroso en relación a las actividades de la demandante.

En este supuesto, se apreció que la distribución de panfletos criticando la política británica en Irlanda del Norte e incitando a la desertión a los soldados era susceptible de ser reprimida para la defensa de la seguridad nacional y el orden público.

Dos de los propios miembros de la Comisión Europea (61) minimizaron la importancia de la acción de la demandante, criticando la amplitud de la aplicación del criterio de necesidad en este supuesto y manteniendo que se han de aceptar las expresiones provocativas o incluso subversivas, siempre que no se pruebe la existencia de una amenaza real.

Con lo cual, la defensa de la seguridad nacional seguiría permitiendo -lo que resulta preocupante- una amplia restricción de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Las últimas decisiones de la Comisión Europea son esperanzadoras, en la medida en que apuntan hacia una mayor tolerancia y, por tanto, a propiciar una mayor

(59) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1747/62, X c/ Autriche, du 13 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, pág. 424 y ss.

(60) Vid supra, pág. 334.

(61) OPSAHL y KLECKER.

Vid también, en este sentido: G.COHEN-JONATHAN, "**Activité de la Commission Européenne des Droits de l'Homme**", Annuaire Français de Droit International, XXV, 1979, pág. 401.

restrictividad en la aplicación de la cláusula de seguridad nacional (62).

B.- LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA AL ORDEN PUBLICO.

El objetivo de proteger el orden público ha suscitado una amplia práctica en relación a la libertad de expresión y a la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

La vinculación que se ha efectuado en ciertos supuestos entre el mantenimiento del orden y la prevención del delito con otros fines legítimos previstos en el art. 10 del Convenio Europeo -y no necesariamente siempre con la seguridad nacional (63)- muestra que, en cierto modo, su alegación es un recurso fácil para calificar cualquier restricción habitual en una sociedad democrática.

De la práctica jurisdiccional que también respecto a este fin legítimo se efectuado una **interpretación extensiva de la noción de "orden público"**.

Es significativo, en este sentido, el **caso Engel y otros** (64), en el que se amplía a la defensa del orden en determinados colectivos la necesidad de protección del orden público.

(62) Vid supra, pág. 135.

En especial, en relación a las demandas relacionadas con el libro "Spycatcher" (vid supra, pág. 424), donde ha primado el "interés del público" en la información sobre las necesidades de la seguridad nacional.

En el **caso Castells**, la Comisión Europea ha apreciado la violación del art. 10 del Convenio Europeo, porque, en virtud de la defensa de la seguridad nacional, no se ha permitido al demandante probar la veracidad de las afirmaciones por las que fue penalmente condenado (COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 janvier 1991, Requête 11798/85, M.Castells c/ Espagne, Conseil de l'Europe, pág. 11 y ss., párs. 38 y ss.).

(63) Por ejemplo, la **protección de la moral y la protección de la reputación o los derechos ajenos.**

(64) Vid supra, pág. 228.

Es igualmente expresiva la práctica jurisdiccional relativa a los **derechos de las personas detenidas o en prisión** (65). Y lo es, de una forma especial, no sólo porque muchas de las restricciones se hayan considerado como necesarias para el mantenimiento del orden y la prevención del delito, sino también porque en ocasiones no se las ha apreciado ni siquiera como injerencias, en el sentido del art. 10 del Convenio Europeo (66).

Esta incidencia de la **doctrina de las limitaciones implícitas** no se ha detenido en relación a supuestos de esta naturaleza.

En su decisión sobre la **demanda 8575/79**, la Comisión Europea excluyó determinadas informaciones solicitadas por el demandante (67) del concepto de "**información**" tal y como se desprende del art. 10 del Convenio Europeo, no apreciando por consiguiente la existencia de una injerencia en la libertad de recibir información e ideas del demandante (68).

Se observa, pues, cómo en relación a la defensa del orden público el planteamiento es muy favorable a los intereses del Estado, en la medida en que se le concede un margen de discrecionalidad lo suficientemente amplio como para justificar que situaciones de hecho, cuya necesidad no es del todo convincente, no exceden del ámbito de aplicación del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(65) Vid supra, pág. 294 y ss.

(66) Ibid. En aplicación de la denominada **doctrina de las limitaciones implícitas**.

(67) En concreto, la composición de una Comisión administrativa especial cuyo fin era la calificación de los reclusos.

Al respecto, la Comisión afirmó que el concepto de información del art. 10 del Convenio Europeo "ne saurait être interprété de façon aussi extensive qu'il oblige à divulguer le nom des membres d'une commission administrative de ce genre" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8575/79, X c/ Royaume-Uni, du 14 décembre 1979, Décisions et Rapports, 20, pág. 205).

(68) Ibid.

La práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo relativa a la defensa del Estado y de la organización social revela, en conclusión, que se trata de una tipología restrictiva que es aplicada e interpretada de una **forma extensiva**, concediendo en todo momento un amplio poder discrecional al Estado, de modo que éste puede lograr una cobertura suficiente para justificar una muy diversa gama de medidas jurídicas.

Esto, que hasta cierto punto es lógico, teniendo en cuenta que por su propia finalidad este tipo de medidas se sitúa en el centro de la actividad estatal, resulta más discutible si se analizan determinadas restricciones y sus consecuencias jurídicas sobre los individuos y grupos sociales (69).

La existencia de una gradación de los fines legítimos implicados en la defensa del Estado y de la organización social, en función de los intereses en juego, no es suficiente para matizar dicha impresión, porque la calificación en uno y otro supuesto de hecho ha sido siempre muy dificultosa (70).

Por otra parte, el interés del público no ha sido apreciado como un factor determinante de la necesidad de las medidas adoptadas. En parte, quizá, porque se identifica en este tipo de supuestos dicho interés con el del Estado; y, en parte, también porque las bases interpretativas de este tipo de restricciones es anterior a la aparición del criterio del "interés del público" en la práctica jurisdiccional (71).

(69) Por ejemplo, la restricción de las actividades políticas contrarias al sistema democrático en aras de la seguridad nacional (vid supra, pág. 440 y ss.); o la posibilidad de que existan limitaciones implícitas en defensa del orden público.

(70) Vid supra, pág. 440 y ss.

(71) Vid supra, pág. 229 y ss.

3. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS EN RELACION A LA PROTECCION DE LA SALUD Y LA MORAL.

Dentro de este apartado, los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas se establecen respecto a aquellas situaciones en las que subyace un **peligro para la salud física, psíquica o incluso espiritual** de los ciudadanos, considerados individual o colectivamente.

Esta idea se expresa en las dos finalidades previstas en el art. 10 del Convenio Europeo: la protección de la **salud** y la protección de la **moral** (72).

Es de subrayar que ambos factores atienden a aspectos muy **dinámicos** de la vida social. Tanto la noción de "salud" como la de "moral" son objeto de una paulatina evolución, marcada por los avances científicos y técnicos, y por los cambios ideológicos y culturales de la sociedad.

De esta afirmación podría deducirse fácilmente una interpretación de la protección de la salud y de la moral que estuviera atenta a los intereses sociales que modifican las pautas de conducta del cuerpo social. Ello, en relación a la información, supondría entrever en qué medida responden al interés de los ciudadanos en su conjunto ciertas modalidades de información e ideas que pueden chocar con sus concepciones morales.

Si esta aportación es perceptible en cierto modo en la práctica jurisdiccional relativa a la protección de la salud, se aprecia en torno a la **protección de la moral** una excesiva prudencia en los planteamientos interpretativos y un excesivo recurso al Estado como intérprete de la situación de la moral en la sociedad.

(72) Así, la protección de la moral podría referirse a la necesidad de una serie de normas que garanticen al individuo un desarrollo espiritual armónico dentro de su propio contexto cultural e ideológico.

Esto significa que, en torno a la protección de la moral, y teniendo en cuenta las posibilidades derivadas de su continua evolución, los órganos jurisdiccionales no han utilizado prácticamente el criterio del "interés del público", y, en general, los elementos interpretativos específicos del derecho a la información como posible base jurídico-política de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Para comprobar el alcance real de estas afirmaciones, se tendrán en cuenta dos aspectos relevantes: uno, general, relativo a los **aspectos interpretativos fundamentales de la protección de la salud y de la moral**; y, otro, más concreto, relativo a los **criterios interpretativos específicos de la protección de la moral y su desarrollo a partir de la sentencia Handyside**.

3.1. LOS ASPECTOS INTERPRETATIVOS FUNDAMENTALES DE LA PROTECCION DE LA SALUD Y LA MORAL.

El art. 10 del Convenio Europeo separa, tanto en su versión francesa como inglesa (73), los términos "salud" y "moral" mediante una conjunción disyuntiva. Por tanto, y a pesar de que ambos están enmarcados en el contexto de unos objetivos paralelos, se establece una clara distinción entre uno y otro fin legítimo, que obliga a establecer por separado los criterios interpretativos fundamentales existentes en relación a la **protección de la salud** y a la **protección de la moral**.

A.- LA PROTECCION DE LA SALUD.

La protección de la salud responde a una finalidad perfectamente comprensible en cualquier sociedad: la preservación de la vida humana en las mejores condiciones físicas y psíquicas.

(73) Vid supra, pág. 127.

En función del interés social que ello comporta, el mantenimiento de un nivel óptimo de salud dentro de la comunidad considerada en su conjunto implica que esta finalidad adquiriera una dimensión social, por lo que dicha referencia debe entenderse hecha a la preservación de la **salud pública**.

Desde esta perspectiva, el Estado debe de adoptar todas aquellas medidas jurídicas -incluso si éstas resultan restrictivas de los derechos fundamentales de los individuos- necesarias para evitar cualquier amenaza contra la salud.

KISS, por ejemplo, ofrece una orientación precisamente de las expectativas a partir de las que debe desarrollarse la acción estatal:

"la santé des enfants, de l'amélioration des conditions d'hygiène en général, la prévention, le traitement et la surveillance des maladies épidémiques ou endémiques et des maladies de travail et la création d'un service médical nécessaire pour faire face aux problèmes de la santé publique (74)".

La práctica jurisdiccional relativa a las cláusulas restrictivas (75) ha supuesto una **extensión** de la noción de "salud pública" todavía más allá de estos aspectos esenciales relativos a la salud de los ciudadanos.

Así, en relación a la restricción de la libertad de conciencia prevista el art. 9, la Comisión Europea apreció que la obligatoriedad para un ganadero de afiliarse al servicio nacional de sanidad holandés era necesaria para la protección de la salud, ya que era de interés de la comunidad asegurar la "prévention des maladies parmi le bétail" (76).

(74) A.KISS, "**Les clauses de limitation...**", pág. 128.

(75) No particularmente en relación al art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(76) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1068/61, X c/ Pays-Bas, du 14 décembre 1962, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, V, 1962, pág. 284.

En relación a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, y para poder efectuar un análisis correcto de la necesidad de las restricciones a que es sometida, es preciso realizar un **balance** entre el interés sanitarios de la comunidad y otros posibles intereses concurrentes.

Los Estados, a este respecto, gozan de un **amplio "margen de apreciación"** para determinar en cada caso cuáles son los intereses vitales de la comunidad en este ámbito (77).

En apariencia, y teniendo en cuenta también la práctica jurisdiccional, se percibe que la **publicidad** es el campo en el que la sociedad es más sensible a las exigencias de una adecuada protección de la salud.

En la **demanda 7805/77**, relativa a la publicidad del electómetro Hubbard (78), la Comisión Europea tomó en cuenta como posible finalidad de la restricción la protección de la salud; aunque, finalmente, en su decisión prevaleció otro interés: la protección de los derechos ajenos (79).

No obstante, la Comisión Europea tuvo en cuenta respecto a este último fin legítimo otro factor relevante que también podría en ciertos supuestos ayudar a evaluar el interés de la comunidad en la protección de la salud: la **protección del consumidor** (80).

(77) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1068/61, X c/ Pays-Bas, du 14 décembre 1962, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, V, 1962, pág. 284.

(78) Vid supra, pág. 251.

(79) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 254.

(80) Considerado como un interés público importante por parte de la Comisión Europea (ibid).

En este mismo sentido, apreciando la importancia de la protección del consumidor, se pronunció la Comisión Europea en el **caso Liljenberg y otros**.

La restricción de la publicidad de un producto farmacéutico sin el oportuno registro fue considerada como necesaria en una sociedad democrática, a la luz de la naturaleza y contenido de los anuncios, así como de los derechos de los consumidores (81).

Este criterio, que implica cada vez una mayor referencia a los intereses del público -entendido en este caso como el conjunto de los consumidores-, no ha sido objeto de una más profunda evolución.

En el **caso Barthold** (82), sin embargo, a pesar de que se encontró una evidente relación entre la profesión del demandante -veterinario- y la salud pública, se optó por primar el aspecto de la protección de los derechos ajenos sobre los aspectos sanitarios relativos a la publicidad (83).

De este modo, el criterio del "interés del público" que fue aplicado a la protección de los derechos ajenos -y que supondría un nuevo paso en la dirección indicado- no pudo serlo en relación a la protección de la salud.

La opinión dada por la Comisión Europea no impide que este criterio pueda ser aplicado en el futuro, teniendo en cuenta la apertura que en este campo se evidencia a diversos intereses sociales; si bien la amplitud del "margen de apreciación" de que goza el Estado en relación a la protección de la salud puede limitar esta posibilidad.

(81) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 9664/82, Liljenberg et autres c/ Suède, Conseil de l'Europe, pág. 16.

(82) Vid supra, pág. 234.

(83) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 juillet 1983, Requête 8734/79, S.Barthold c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, pág. 20, pár. 70.

B.- LA PROTECCION DE LA MORAL.

La noción de "moral" a que se refiere el art. 10 (2) del Convenio Europeo no es identificable propiamente con la defensa del código de conducta moral de cada individuo, sino a la **moral pública**, es decir, al **conjunto de reglas morales que imperan en una sociedad**.

Se trata de un concepto cambiante, que experimenta serias transformaciones en determinados momentos de la vida de la comunidad en la medida en que los usos sociales y la ideas que los sostienen pueden sufrir una variación significativa.

La existencia de una moral pública mayoritaria no debe derivar, en una sociedad democrática, hacia la intolerancia. Es preciso, dentro de unas exigencias mínimas de convivencia y respeto mutuo, asegurar el **respeto** hacia aquellas actitudes minoritarias que no se ajusten al criterio general del cuerpo social (84).

La sociedad europea, como apunta PINTO (85), se caracteriza por su **liberalidad** en materia de moral y de costumbres; se ha mantenido, sin embargo, una cierta severidad respecto a publicaciones y expresiones **obscenas** y **pornográficas** de especial crudeza temática o visual.

Es obligado comprobar si efectivamente la práctica jurisdiccional relativa a la libertad de recibir y comunicar información e ideas reconocida en el art. 10 del Convenio Europeo responde a estos parámetros de amplia libertad y tolerancia.

(84) Es precisamente en el **caso Handyside**, relativo a la protección de la moral, en el que se expresa de forma rotunda esta necesidad de respeto hacia las actitudes minoritarias (vid supra, pág. 135).

Un ejemplo de este tipo de actitudes puede ser, por ejemplo, el caso del **colectivo homosexual** (vid infra, pág. 462).

(85) R.PINTO, **La liberté d'information...**, pág. 184.

La cuestión esencial a este respecto es examinar que criterios son tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en el momento de efectuar un balance entre los intereses morales de la comunidad y la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Es muy significativa a este respecto la posición de la Comisión Europea en el **caso Capriccio** (86), relativo a una revista para adultos -denominada "Das Journal Capriccio"-, distribuida entre otros medios a través de los quioscos.

El contenido de uno de los números de la revista, y en concreto siete fotos, fueron consideradas por el Ministerio público de Baviera susceptibles de **corromper a la juventud**, dado que las mismas eran susceptibles de "surexciter et de dévoyer considérablement l'imagination sexuelle des adolescents (87)", en aplicación de la Ley bávara sobre publicaciones dirigidas a corromper a la juventud, de 9 de julio de 1953.

La Comisión Europea tuvo en cuenta, para tomar su decisión de no admitir la demanda, la existencia de un **"margen de apreciación"** en favor del Estado para fijar los límites de la libertad de expresión (88).

No tuvo en cuenta, por el contrario, la circunstancia alegada por los demandantes de que su publicación no era ilícita en el derecho general aplicable al resto de los Landër (89).

(86) Vid supra, pág. 297.

(87) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1167/61, X et l'Association Z c/ R.F. d'Allemagne, du 16 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, pág. 209.

Era fotografías de dos artistas norteamericanas de cine ligeras de ropa y con comentarios alusivos a su vida licenciosa por parte de los redactores de la revista.

(88) Ibid, pág. 219.

(89) Ibid, pág. 217.

Es todavía más significativo que la Comisión Europea **no comprobase el contenido de la publicación** -remitiéndose a los medios de prueba utilizados por las autoridades nacionales-, ni que tampoco **evaluara su posible incidencia en los adolescentes.**

Con lo cual su decisión fue tomada, por un lado, **sin examinar realmente si existía una necesidad derivada de la protección de la moral;** y, por otro lado, **sin la suficiente reflexión sobre el contenido efectivo de la publicación** (90).

El único criterio que parece haberse tenido en cuenta es el hecho de que se tratase de una publicación que, a pesar de ir dirigida al público adulto, era **accesible para los adolescentes** (91), considerándose por tanto ello relevante a los efectos de la protección de la moral.

Un criterio semejante, aunque justificado en este caso no por tratarse de adolescentes sino de **presos** sometidos a una **disciplina penitenciaria** específica, fue aplicado a un demandante que fue sancionado por tener en su celda dos poemas calificados de pornográficos (92).

Años más tarde, y quizá en función de la evolución sufrida por la sociedad europea durante la última década (93), la Comisión Europea llega a conclusiones

-
- (90) En este sentido, por ejemplo: C.MORRISSON JR, "**The developing of development in the European Rights Convention system**", Nijhoff Publishers, The Hague, 1981, pág. 89; R.PINTO, "**La liberté d'information...**", pág. 187.
- (91) Como lo eran cualquier otra publicación o las emisiones de radio y televisión; no de una manera especial.
- (92) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la requête 1760/63, X c/ Autriche, du 23 mai 1966, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, IX, 1966, pág. 166 y ss.
- (93) En este sentido, y en comparación con el concepto de moral que se desprende del caso Capriccio, vid: C.MORRISSON JR, "**The developing of...**", pág. 89.

semejantes a las obtenidas en el caso Capriccio, pero con un examen más preciso de las alegaciones de las partes y, sobre todo, examinando cuando menos en líneas generales y de una manera suficiente el contenido de la publicación (94).

Esta práctica jurisdiccional parece fundamentarse, a la vista de lo expuesto, en tres criterios esenciales.

En primer lugar, la existencia de un cierto "**margen de apreciación**", que permite al Estado obtener una cierta discrecionalidad en la apreciación de la noción de "moral pública" existente en la sociedad nacional respecto a las exigencias del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

En segundo lugar, el examen del **contenido de la publicación o emisión** (95); el cual, si bien no ha de ser exhaustivo, sí que ha de permitir a los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo determinar su naturaleza y su previsible influencia negativa en la sociedad.

Y, tercero, la toma en consideración de las **condiciones de recepción** de la publicación o emisión. En particular, para apreciar si la **difusión del medio empleado** -es decir, su **accesibilidad**- o los posibles **destinatarios** de la información influyen en que su difusión resulte especialmente perniciosa desde el punto de vista moral.

Criterios que, con las matizaciones pertinentes, han sido básicamente mantenidos por el Tribunal Europeo en su importante sentencia sobre el **caso Handyside**.

(94) EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: Decision on the admissibility of the Application 5772/72, X c/ Austria, 5th April 1974, Collection of Decisions, 45, pág. 87 y ss.

(95) Aunque, en la práctica jurisdiccional, han primado en este ámbito los medios impresos.

3.2. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS ESPECIFICOS DE LA PROTECCION DE LA MORAL Y SU DESARROLLO A PARTIR DE LA SENTENCIA HANDYSIDE.

La sentencia sobre el **caso Handyside**, además de su importancia respecto a la interpretación de los poderes discrecionales del Estado (96), es paradigmática en el de la línea interpretativa emprendida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en materia de protección de la moral.

Y lo es, precisamente, porque ordena y matiza el perfil de los criterios específicos que hay que tener en cuenta para apreciar en una restricción su adecuación a la necesidad de proteger la moral pública.

El supuesto de hecho que se planteó fue el de la aplicación de la legislación nacional en materia de publicaciones obscenas a la edición inglesa del "Libro Rojo del Cole" -"The Little Red School Book", en inglés-, editada por el demandante (97).

En su informe, la **Comisión Europea** opinó que las autoridades británicas habían actuado al adoptar las medidas restrictivas contra dicha edición de manera razonable y de buena fe, y, por tanto dentro del margen de apreciación reconocido al Estado, para asegurar la **protección de la moral**.

(96) Vid supra, pág. 297 y ss.

(97) En concreto, las leyes sobre publicaciones obscenas (Obscene Publications Acts), de 1959 y 1964.

El art. I (1) de la Ley de 1959 afirma que "an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effects of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it" (Vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 22, 1980, pág. 78).

El razonamiento de la Comisión Europea partió de la convicción de que era preciso tener en cuenta la **situación particular** del demandante al apreciar el alcance de sus deberes y reponsabilidades (98). A este respecto, se observó que el Sr. Handyside era un **editor de un libro destinado a escolares**.

A partir de esta observación, la Comisión Europea se planteó la necesidad de efectuar un **balance** entre los intereses del individuo y de la sociedad, el cual, según la misma, puede comportar "restrictions à la liberté d'expression de l'individu, de manière à **respecter la sensibilité d'autrui**" (99).

Esta sensibilidad implica la necesidad de **restricciones a las publicaciones obscenas** para proteger la moral de la sociedad, y, en particular, **la moral de los jóvenes y de los niños** (100). En este punto, se aprecia un **consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa** (101).

Una vez comprobada la existencia de esta necesidad genérica, la Comisión Europea pasó a efectuar un análisis concreto del supuesto de hecho.

Para ello, tomó en consideración que el art. 10 del Convenio Europeo confería a los Estados un cierto **"margen de apreciación"** para **establecer las restricciones necesarias a su ejercicio en una sociedad democrática** (102).

(98) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 22, 1980, pág. 44, pár. 141.

Vid supra, pág. 228 y ss.

(99) Ibid, pág. 45, pár. 148. El resaltado es propio.

(100) Ibid, pár. 149.

(101) Se afirma que "les codes de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe prévoient des mesures restreignant, (...), lorsque sont en cause des publications et des objets indécents, obscènes ou pornographiques (ibid, pág. 46, pár. 151).

(102) Ibid, pár. 153.

En el caso de la protección de la moral, afirmó la Comisión Europea que era **imposible imponer a los Estados valores morales uniformes**, por lo que era preciso:

"prendre en considération les valeurs morales en vigueur dans le pays en question pour dire si la mesure prise était ou non nécessaire... (103)".

Este amplio margen de discrecionalidad ofrecido al Estado implica que los valores morales en vigor en el Reino Unido son examinados no objetivamente, sino a través de la propia interpretación estatal.

De esta forma, se encaró el examen de las **condiciones de recepción**. Se tuvo en cuenta, en primer término, que el libro estaba directa y precisamente destinado a **escolares**, a partir de los **12 años**. Y, en segundo término, que el libro tenía pasajes con **implicaciones morales**, "particulièrement ceux qui traitent de la **sexualité** et de la **drogue** (104)".

A partir de estas premisas, fue examinado el **contenido** del libro, en función de las apreciaciones de las autoridades judiciales del Reino Unido y los pasajes que indujeron a éstas a opinar que, en su conjunto, el libro tendía "à dépraver et à corrompre une importante fraction des jeunes ayant des chances de le lire (105)".

El criterio de la Comisión Europea resultante implica que el contenido y las condiciones de recepción son examinadas a la luz de dos factores: primero, la **necesidad genérica de la modalidad de restricción adoptada** (106); y, segundo, concediendo un **amplio "margen de apreciación"**, en la medida en que no existe un consenso en materia de valores morales.

(103) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 22, 1980, pág. 46, pár. 154.

(104) Ibid, pár. 155. El resaltado es propio.

(105) Ibid, págs. 47 y 48, pár. 156.

(106) En relación al **objeto** de dichas restricciones.

La apreciación de la necesidad de las medidas restrictivas por parte de la Comisión Europea es ciertamente criticable.

No está claro que el libro sea peligroso desde el punto de vista de moral. Como afirman FAWCETT y TRIANTAFYLLIDES, en su opinión disidente, el fin del libro es informativo -y no el de ofrecer pornografía-, por lo que no puede considerarse como necesaria una restricción contra él, mientras en el Reino Unido **imperaba una cierta tolerancia hacia la publicidad sexual y la pornografía** (107).

Además, tampoco se tuvo en cuenta el hecho de que otros **Estados** hubiesen **autorizado la difusión del citado libro** (108).

La Comisión Europea parece dar la impresión de que deseaba aceptar la opinión de las autoridades nacionales; y que, además, se quiso hacer prevalecer su consideración como un texto subversivo sobre las apreciaciones en torno a su valor moral (109).

La orientación seguida en la práctica por la Comisión Europea fue en términos generales adoptada posteriormente por el **Tribunal Europeo**. Si bien éste puso énfasis en algunos aspectos a los que la Comisión Europea no había dispensado su atención o bien habían quedado en un plano secundario.

-
- (107) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 22, 1980, pág. 60, pár. 11. En idéntico sentido la opinión de KELLBERG, NÖRGAARD y TRECHSEL (ibid, pág. 62).
- (108) Por ejemplo, en Dinamarca, R.F. de Alemania, Países Bajos, Noruega, Suiza o Suecia (ibid, pág. 77).
- (109) En este, por ejemplo: C.MORRISSON JR, "**The developing of...**", pág. 22. Confirmaría esta idea la propia opinión complementaria de WELTER, BUSUTTIL y DAVER, que catalogan este libro de esencialmente subversivo (ibid, pág. 53).

Tras confirmar la presencia de un **amplio "margen de apreciación en favor del Estado"** (110) en materia de moral pública, dado el carácter subsidiario del mecanismo de protección europeo y la inexistencia de una noción europea de moral, el Tribunal Europeo pasó a examinar de un modo especialmente detallado las condiciones de recepción y el contenido del libro.

Respecto a las **condiciones de recepción de la información**, se tuvo en cuenta el **destino del libro**: los **niños** y los **jóvenes**; y también la **accesibilidad** del libro para sus destinatarios, tanto desde un punto de vista **lingüístico** -su lenguaje era llano y directo- como desde el punto de vista **material** -por la publicidad recibida, su precio módico y su tirada (111).

El **contenido** del libro, según el Tribunal Europeo, estaba repleto de frases que podrían impulsarles a efectuar experiencias precoces o dañinas para ellos -o incluso delictuales (112).

Por todo ello, en palabras del Tribunal Europeo:

"los jueces ingleses competentes tuvieron derecho a pensar, (...), que el <schoolbook> podía tener efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leyeran (113)".

El Tribunal Europeo no tuvo en cuenta ninguna de las alegaciones en torno a la existencia de una **cierta permisividad** en Inglaterra respecto a publicaciones pornográficas, que eran mostradas impunemente en las vías públicas, aduciendo que no se trataba de situaciones análogas, pues dichas publicaciones y espectáculos no estaban dirigidos a los niños y adolescentes, como el libro (114).

(110) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 48.

Vid supra, pág. 297 y ss.

(111) Ibid, pár. 52.

(112) Ibid.

(113) Ibid.

(114) Ibid, pár. 56.

Tampoco se tuvo en cuenta el hecho de que en otras partes del Reino Unido se permitiera la circulación del libro; ni que la segunda edición del mismo, muy similar a la primera, circulase por Inglaterra y Gales (115).

Finalmente, se obvió dar importancia para calibrar la existencia de una necesidad de orden moral que en la mayoría de Estados miembros del Consejo de Europa circularan traducciones del libro; y ello, en virtud del amplio "margen de apreciación" de que goza el Estado en cuestiones de moral pública (116).

La actuación del Tribunal Europeo es igualmente criticable (117), en la medida en que responde a los mismos esquemas interpretativos mostrados por la Comisión Europea.

Puede decirse que, en general, los criterios interpretativos adoptados no son del todo adecuados, ya que **impiden efectuar un balance bien fundamentado** entre los intereses en juego, que tenga presentes todos o la mayor parte de los aspectos relevantes de la situación moral de la población, y, por tanto, de la efectiva presencia de una necesidad social imperiosa en el ámbito moral.

(115) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, párs. 54 y 55.

COHEN ya había advertido, en su crítica al informe de la Comisión Europea la importancia del hecho de que la segunda edición del libro circulara por Inglaterra; circunstancia que la Comisión Europea tampoco tuvo en cuenta (G.COHEN-JONATHAN y J.P.JACQUE, "Activité de la Commission Européenne des Droits de l'Homme (1975-1976)", Annuaire Français de Droit International, XXII, 1976, pág. 138).

(116) Ibid, pág. 57.

(117) Vid, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Economica, Paris, 1989, pág. 475; R.PINTO, "La liberté d'information...", pág. 196 y ss.; P.ROLLAND, "Chronique de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", Journal de Droit International, 105, 1978, 3, pág. 714; o bien, P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "Theory and practice...", pág. 318.

Los criterios interpretativos de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo mediatizan la posibilidad de un **examen del contenido y las condiciones de recepción** presentes en el supuesto de hecho, debido a la aplicación de la **doctrina del "margen de apreciación" en un sentido amplio**.

Se advierte en ellos, además, una renuncia a intentar establecer una **noción autónoma de moral** que sirva para realizar la verificación de las medidas restrictivas permitidas por el art. 10 del Convenio Europeo, conforme a la finalidad legítima de proteger la moral (118).

Igualmente, por su propia disposición, impiden tomar en su justa medida en cuenta ciertos **elementos fácticos relevantes** (119) como el **clima moral existente en una sociedad nacional** -considerando también lo ocurrido en situaciones de hecho semejantes- o la **situación moral en el contexto europeo**.

Estos criterios interpretativos, finalmente, adolecen de cualquier **elemento de juicio** que permita conocer de modo cuando menos aproximado, con datos objetivos, el interés social de la información o, por el contrario, el peligro que supone para la moral pública (120).

(118) Es interesante la aportación del demandante para intentar establecer una noción autónoma de moral. Así, citando un informe del Arts Council sobre la obscenidad, de 1969, se invocaba el criterio de la jurisprudencia estadounidense -y en concreto de la sentencia **Memoirs v. Massachussets-**, como modelo; diciéndose que, para que existiera obscenidad era necesario: a) que el tema predominante del material en su conjunto fuera un interés lúbrico por el sexo; b) que la documentación sea manifiestamente chocante frente a las normas de la colectividad en lo que concierne a la descripción o representación de las cosas sexuales; c) que el material esté desprovisto totalmente de valor social (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série B: Mémoires, Plaidcries et Documents, 22, 1980, pág. 27).

(119) Vid supra, pág. 457 y ss.

(120) Como, por ejemplo, el **criterio del "interés del público"**.

No obstante, los criterios interpretativos de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para la apreciación de la necesidad de defender la moral pública han seguido siendo utilizados en la forma expresada y conforme a la pautas amrcada en el caso Handyside.

En el **caso Müller y otros** (121), el supuesto de hecho se plantea igualmente respecto a la represión de las **expresiones obscenas**, en este caso, de una exposición de cuadros de contenido sexual.

Tanto la Comisión Europea como el Tribunal Europeo coincidieron en continuar la línea interpretativa del caso Handyside (122), teniendo sobre todo en cuenta para considerar la razonabilidad de la actuación de las autoridades judiciales nacionales el **contenido expresivo** de los cuadros y el hecho de que la exposición fuera pública, sin que los organizadores impusiesen condición de admisión alguna o límite de edad mínimo.

De igual modo, han recibido por el momento un tratamiento no menos riguroso las cuestiones relativas a la **educación sexual** y la **planificación familiar**.

En relación a una revista dedicada a estas materias, la Comisión Europea consideró su contenido contrario a la moral pública, teniendo en cuenta el "margen de apreciación" del Estado, por el hecho de que una publicación que pretendía **promover la educación sexual de los jóvenes** debía velar especialmente por su **calidad**; por lo cual, no podía "répandre des documents versant dans la publicité pornographique (123)".

(121) Vid supra, pág. 146.

(122) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 octobre 1986, Requête 10737/84, J.F.Müller c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 24 y ss., pár. 78 y ss.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Müller et autres, Arrêt du 24 mai 1988, Série A, 133, pár. 34 y ss.

(123) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur al recevabilité des Requêtes 6782/74, 6783/74 et 6784/74, X, Y et Z c/ Belgique, du 1 mars 1977, Décisions et Rapports, 9, pág. 15.

En este sentido, puede resultar interesante la opinión de la Comisión Europea sobre un caso, declarado admisible (124), relativo a la **información sobre el aborto** en Irlanda, en que los demandantes han alegado no solamente un perjuicio contra la libertad de comunicar información e ideas, sino también a la **libertad de recibir información e ideas** (125).

Finalmente, estas directrices interpretativas se han mantenido en relación a supuestos de hecho en que el problema de fondo eran las **prácticas homosexuales**.

De esperanzadora pudo en su momento considerarse la admisión por parte de la Comisión Europea de un demanda en la que un condenado a prisión por haber mantenido relaciones homosexuales con dos hombres mayores de 18 años (126) se quejaba de una interferencia en su "droit d'exprimer ses sentiments d'amour à l'égard d'autres hommes et d'exprimer ses idées (127).

Sin embargo, en su informe, la Comisión Europea mantuvo, de acuerdo con el Gobierno, que todo el conjunto de presiones sociales sobre esos hombres podía influir en su desarrollo psicológico (128).

En consecuencia, la restricción de las prácticas homosexuales desde la perspectiva moral no se ha apartado del punto de vista inicial (129).

(124) EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS: Decision on the admissibility of the Applications 14234/88 and 14235/88, Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre & Others c/ Irlande, of 15 may 1990, Conseil de l'Europe, pp. 13.

(125) Ibid, pág. 12.

(126) La edad mínima era los 21 años.

(127) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7215/75, X c/ Royaume-Uni, du 7 juillet 1977, Annuaire Européenne des Droits de l'Homme, XII, 77, pág. 375.

(128) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 12 octobre 1978, Requête 7215/75, X c/ Royaume-Uni, Conseil de l'Europe, pág. 100.

Criterio asumido también por el Comité de Ministros (COMITE DES MINISTRES: Résolution DH (79) 5, Affaire X c/ Royaume-Uni).

(129) Vid, al respecto: R.PINTO, "La **liberté d'information...**", pág. 198 y ss.

4. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS EN RELACION A LA PROTECCION DE LOS DERECHOS AJENOS.

Cualquier normativa jurídica destinada a la protección de los derechos y libertades fundamentales se preocupa, al mismo tiempo que de asegurar unas garantías eficaces, de encontrar mecanismos jurídicos susceptibles de evitar que el **ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidos** por parte de un individuo o grupo de individuos pueda **comportar la lesión de los derechos del resto de los miembros de la comunidad.**

El art. 10 (2) del Convenio Europeo, prevé la posibilidad de que las autoridades nacionales puedan interferir en el ejercicio de los derechos en el mismo reconocidos cuando ello afecta a la **protección de la reputación o de los derechos ajenos** (130).

En tanto esta previsión del art. 10 (2) del Convenio Europeo es necesaria para impedir que el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de recibir y comunicar información e ideas pueda lesionar derechos ajenos, la protección de la reputación o los derechos ajenos podría vincularse a muchos problemas jurídicos distintos que, en algunos casos, afectarían también a **otros fines legítimos** previstos en el citado artículo.

El Tribunal Europeo, en el **caso Müller y otros** (131), donde se alegaban como fines legítimos la **protección de la moral** y la **protección de los derechos ajenos**, parece realizar una clara distinción entre dos posibles supuestos de afección de los derechos ajenos.

Así, el Tribunal Europeo indicó que, en el caso concreto analizado, la legislación nacional (132):

(130) Vid supra, pág. 127.

(131) Vid supra, pág. 146.

(132) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Müller et autres, Arrêt du 24 mai 1988, Série A, 133, pár. 30.

"tende à protéger la morale publique; rien ne donne à penser qu'en l'appliquant en l'espèce les juridictions suisses aient recherché d'autres objectifs, étrangers à la Convention [Europea]. En outre, (...), il y a un lien naturel entre la défense de la morale et celle des droits d'autrui".

Por tanto, a partir de esta afirmación, se podría diferenciar entre aquellas **actividades que afectan a los derechos ajenos por ser contrarias a otros fines legítimos** -y, por tanto, **inherentes a éstos**- y las **actividades que afectan directamente a los derechos ajenos**.

Esta distinción no obsta para que, en función de las circunstancias de hecho, pueda apreciarse la necesidad de unas medidas necesarias que tengan como fines legítimos la protección de la reputación y los derechos ajenos y, al mismo tiempo, otro de los fines previstos en el art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Otra observación en torno a este fin legítimo puede formularse a partir de la utilización de una conjunción disyuntiva, tanto en el texto francés como en el texto inglés, para unir los términos que lo definen. Esto descarta que puedan reproducirse los problemas interpretativos presentes en el **caso Engel y otros** (133); queda suficientemente claro por su redacción que no es preciso que, ante un supuesto de hecho concreto, la restricción deba ser necesaria para la protección de ambos intereses.

Por su redacción, tal y como está planteada, la protección de la reputación o los derechos de otros tiende igualmente a cubrir **todas las posibles situaciones que puedan ser susceptibles de lesionar de un modo directo los derechos ajenos**.

Ello se advierte si se toman en cuenta por separado los dos objetivos que se integran en este fin legítimo: la protección de la **reputación ajena** y la protección de los **derechos ajenos**.

(133) Vid supra, pág. 228.

La **protección de la reputación ajena** alude a un aspecto específico muy importante en el ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, como es la **defensa del honor y del buen nombre** de las personas e instituciones.

Mientras, la **protección de los derechos ajenos** se constituye en un objetivo de carácter **genérico** que alude a cualquier manifestación contraria a los derechos de esas mismas personas e instituciones -y que, por tanto, englobaría a la anterior.

En la práctica, ello supone que la protección de la reputación ajena circunscribe su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en que aquélla es puesta en peligro (134); y que la **protección de los derechos ajenos** tiende a ser utilizada respecto a todos aquellos supuestos en que, existiendo una posible lesión de los derechos ajenos, la misma no está vinculada al honor y el buen nombre ajenos (135).

En ambos casos existe una coincidencia, cuando menos general, en el planteamiento interpretativo de la práctica jurisdiccional; éste es mucho menos restrictivo que el empleado respecto a la defensa del Estado y de la organización social, así como particularmente en relación a la protección de la moral.

Quizá el criterio que se ha aplicado ha sido el de entender que los intereses públicos en juego en este apartado no son tan esenciales como en los casos precedentes y que, por tanto, es posible abrir nuevas perspectivas interpretativas y tener en cuenta nuevos intereses.

(134) Es factible también que pueda ser utilizada la protección de la reputación ajena en conjunción también con la protección de los derechos ajenos; aunque, en ocasiones, la utilización de ambos objetivos es meramente retórica, en el sentido de que lo que se formula es el fin legítimo expresado en su integridad.

(135) Vid infra, pág. 473 y ss.

En este contexto, la aplicabilidad del criterio del "interés del público" sí que se revela como posible como contrapunto al interés individual; pudiendo incluso ponerse en consideración si de la práctica jurisdiccional se predica una apertura a elementos más propios del derecho a la información (136).

Tomando como punto de partida estas consideraciones de índole general, se examinarán los criterios interpretativos con que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han abordado, en primer término, la **protección de los derechos ajenos** en general, y, en segundo término, la **protección de la reputación ajena**.

4.1. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS AJENOS.

La primera cuestión que se desprende de la necesidad de proteger los derechos ajenos es determinar el alcance jurídico de este fin legítimo.

Se trata, en concreto, de perfilar si esta exigencia se circunscribe a los **derechos reconocidos en el propio Convenio Europeo**; o bien, si por el contrario puede **extenderse a la protección de otros derechos**.

Una interpretación lógica del art. 10 del Convenio Europeo parece constreñir el alcance jurídico de este fin legítimo a los derechos reconocidos en el propio Convenio Europeo, ya que son los propios del sistema jurídico que con el mismo se desea implantar.

No obstante, hay indicios suficientes para pensar que la práctica jurisdiccional ha derivado hacia una postura menos rígida (137).

(136) Lo que se intentará precisar con mayor atención más adelante, al analizar las garantías jurídicas del derecho a la información.

(137) En este sentido, por ejemplo: A.KISS, "**Les clauses de limitation...**", pág. 130). Aunque en un tono más bien prudente.

Desde una perspectiva teleológica, se hace precisa una interpretación evolutiva que tenga en cuenta en el momento de fijar las obligaciones jurídicas de los Estados respecto al Convenio Europeo ciertos derechos que, si bien no están previstos en el mismo, sí que pueden verse afectados por su aplicación.

Este sucede, respecto al art. 10 del Convenio Europeo, en la medida en que la libertad de recibir y comunicar información e ideas es, en algunos supuestos de hecho planteados, examinada en relación directa con algunos derechos que, como por ejemplo, los **derechos del consumidor**, no son reconocidos en las disposiciones del Convenio Europeo (138).

Bajo esta premisa, la práctica jurisdiccional en líneas generales ha intentado en este ámbito ponderar verdaderamente los intereses en juego, y efectuar un balance entre ellos.

Esto se demuestra, desde un primer momento, en la forma en que se ha aplicado la **doctrina del "margen de apreciación"** en aquellos supuestos en que se ha debido apreciar la necesidad de proteger los derechos ajenos.

En el año 1962, la Comisión Europea manifestó, en relación al derecho de correspondencia de una persona condenada a prisión (139), que el Estado contaba con un cierto "margen de apreciación" (140); sin embargo, su decisión de declarar inadmisibile la demanda se produjo realmente tras un análisis del contenido de las cartas interceptadas por las autoridades penitenciarias (141).

(138) Vid infra, pág. 536 y ss.

(139) Vid supra, pág. 294.

(140) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Décision sur la recevabilité de la Requête 1628/62, X c/ R.F. d'Allemagne, du 12 décembre 1963, Recueil des Décisions, 12, pág. 68.

(141) Ibid. Dichas cartas contenían acusaciones dirigidas contra terceras personas.

Esto no implica que no se siga considerando impropia la utilización de dicha doctrina en el examen de admisibilidad de las demandas (vid supra, pág. 317 y ss.).

Al mismo tiempo, hay que reconocer que existen actuaciones muy restrictivas, en tanto muestran un excesivo rigor ante la actividad informativa, que se separan del tono general; como, por ejemplo, la decisión de la Comisión Europea en relación a la admisibilidad de la **demanda 1747/62** (142).

Ahora bien, respecto a este supuesto de hecho, hay que tener en cuenta que la necesidad de protección de los derechos ajenos es apreciada al mismo tiempo que la necesidad de defender la **seguridad nacional** (143); lo que implica que, en cierta manera, pueda hablarse que la injerencia de la actuación del demandante a los derechos ajenos es una consecuencia de que sus actividades políticas sean contrarias a la seguridad nacional (144).

La tendencia apuntada en la práctica jurisdiccional se proyecta también en una mayor toma en consideración de las **condiciones particulares de las personas cuya libertad es restringida**.

Ello se evidencia, por ejemplo, en dos decisiones de la Comisión Europea en las que se pusieron en cuestión las medidas disciplinarias contra **abogados** que, en el ejercicio de su actividad profesional, habían utilizado un lenguaje insultante o irrespetuoso, demostrando una conducta deontológicamente reprochable.

La necesidad de reprimir semejantes conductas se apreció en tanto en cuanto se sostuvo que las **obligaciones profesionales** de los abogados comportaban el deber de no valerse de este tipo de lenguaje, en aras

(142) Vid supra, pág. 441.

(143) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1747/62, X c/ Autriche, du 13 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, pág. 445.

(144) Con lo que podría haberse considerado perfectamente que la injerencia en los derechos ajenos era un efecto natural de que las actividades del demandado fueran contrarias a la seguridad nacional -en función de que las ideas nazis propugnan como valores la violencia y el racismo.

de evitar un atentado a los derechos de las personas implicadas en los litigios en los que actuasen (145).

Posteriormente, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo tendieron a desplazar el eje central de su análisis hacia el examen directo de los **derechos ajenos implicados** en el supuesto de hecho. En especial, para ponderar los **objetivos de interés público** que pudiesen justificar su garantía frente a la libertad de recibir y comunicar información e ideas (146).

En el caso **Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas** (147), la Comisión Europea consideró necesaria la prohibición de la publicación de la programación completa de radio y televisión por parte de medios escritos no autorizados en función de la defensa del **derecho de propiedad intelectual** sobre la información (148).

La Comisión Europea para obtener esa conclusión dió primacía a ese derecho sobre la libertad de recibir y comunicar información e ideas por el hecho de que la **existencia de el monopolio sobre la citada información**

(145) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4561/70, X c/ R.F. d'Allemagne, du 23 septembre 1971, Recueil des Décisions, 39, pág. 58 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 5109/71, X c/ R.F. d'Allemagne, du 10 juillet 1972, Recueil des Décisions, 42, pág. 82 y ss.

De igual modo se ha pronunciado la Comisión Europea respecto a un maestro de una escuela no confesional, al que le fue limitada su posibilidad de expresar sus ideas políticas y morales, porque estos profesionales "doivent tenir en compte des droits des parents de façon a respecter leurs convictions religieuses et philosophiques dans l'éducation de leurs enfants" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8010/77, X c/ Royaume-Uni, du 1 mars 1979, Décision et Rapports, 16, pág. 104).

(146) Que han de ser muy relevantes, dada la preeminencia de los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo en la sociedad democrática.

(147) Vid supra, pág. 225.

(148) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 25, pár. 84.

no impedía que el público estuviese bien informado de la futura programación (149).

Esto significa que la Comisión Europea sopesa no sólo el derecho cuya protección las autoridades nacionales han procurado, sino igualmente el **interés público predominante**; el cual, en relación a la información, parece centrarse en que el **público esté informado**.

Así, pues, la necesidad de proteger a los derechos ajenos, en tanto responda a unos objetivos de interés público definidos, prevalecerá más fácilmente sobre la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

En este sentido, es importante la postura de la Comisión Europea en la **demanda 7805/77** (150). En este caso, tras indicar que la verificación de la necesidad de las medidas restrictivas exigía el análisis de diversos factores (151), se estableció una estrecha vinculación entre el interés público predominante -la **protección de los consumidores contra la publicidad y las prácticas comerciales desleales**- y los derechos amenazados por la actuación de los demandantes -en este caso, los **derechos de los consumidores** (152).

El **interés público predominante**, no obstante, puede también servir para **determinar la preeminencia de la libertad de recibir y comunicar información e ideas** sobre los **derechos ajenos implicados**.

-
- (149) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 25, pár. 86.
- (150) Vid supra, pág. 251. En relación a la publicidad relativa al electómetro Hubbard, efectuada por la Iglesia de la Cienciología.
- (151) Como la naturaleza del derecho, la proporcionalidad de la injerencia, la **naturaleza del interés público** y el grado de protección requerido en el caso por el mismo (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 253).
- (152) Ibid, pág. 253 y ss. Derecho no reconocido en el Convenio Europeo ni en sus Protocolos adicionales.

En el **caso Barthold** (153), el Tribunal Europeo se planteó la necesidad de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales contra un veterinario, en virtud de las normas deontológicas colegiales que impiden a sus miembros la realización de publicidad.

La libertad de comunicar información ejercida por el demandante amenazaba, según el Tribunal Europeo, en el derecho del conjunto de la profesión de:

"d'empêcher le requérant de s'assurer un avantage commercial sur des confrères observant, eux, la règle déontologique qui oblige les vétérinaires à s'abstenir de publicité (154)".

El Tribunal Europeo tuvo en cuenta, para rechazar la necesidad de la medida restrictiva, que el efecto publicitario de las declaraciones del demandante era secundario respecto a su objetivo principal: **informar al público de una cuestión que pueda resultar de interés general** (155).

En este caso, por tanto, el interés del público en la información ofrecida por el demandante desvirtúa la trascendencia de los derechos ajenos a los que pueda afectar (156).

(153) Vid supra, pág. 234.

(154) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, pâr. 51.

(155) Señalando, además, que un "critère aussi rigide dans la manière d'aborder le problème de la publicité des professions libérales ne cadre pas avec la liberté d'expression", por cuanto puede propiciar que éstos no se decidan a participar en el debate sobre cuestiones de interés público en virtud de las consecuencias que ello pudiera comportarles (ibid, pâr. 58).

(156) En otro caso en materia de concurrencia comercial y publicidad, el Tribunal Europeo, en cambio, dió preeminencia a la protección de los derechos ajenos, sin que las informaciones ofrecidas tuviesen una relevancia que sirviera para catalogarlas como de interés del público (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A [en préparation], 165, pâr. 38 y ss).

Este criterio interpretativo ha sido mantenido por el Tribunal Europeo en el **caso Groppera Radio AG y otros** (157), respecto a la recepción y retransmisión de emisiones transfronterizas.

A este respecto el Tribunal Europeo acepta la argumentación del Gobierno helvético, en el sentido de que las medidas restrictivas tendía a proteger los derechos ajenos en tanto:

"il s'agissait d'assurer le pluralisme, notamment de l'information, et de permettre une répartition équitable des fréquences aux niveaux internationaux et nationaux (158)".

El Tribunal Europeo para confirmar la existencia de la necesidad de proteger esos derechos tuvo en cuenta, entre otros argumentos (159), que las medidas restrictivas no afectaban a la posibilidad de los **receptores** de contar con una **oferta plural de emisiones** -y. en consecuencia, que su adopción no vulneraba ningún interés del público preferente (160).

La consolidación de esta posición interpretativa ha servido, en suma, para que el **criterio del "interés del público"** se haya perfeccionado como un elemento esencial para la apreciación de si, en un supuesto de hecho concreto, la protección de los derechos ajenos debe prevalecer sobre la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

(157) Vid supra, pág. 339.

(158) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A (en préparation), 173, pár. 69.

En cuanto al alcance de esta afirmación, señalar que podríamos referirnos directamente a dos posibles derechos: el derecho a la libre competencia, dentro de los límites técnicos exigidos -afectado por el fraude de ley perpetrado por los demandantes (ibid, pár. 73)-; y la libertad de recibir información plural por parte de los individuos (vid supra, pág. 227 y ss.).

(159) Vid supra, pág. 374 y ss.

(160) Ibid, pár. 73.

4.2. LA PROTECCION DE LA REPUTACION AJENA.

La protección de la reputación ajena como fin legítimo de una medida restrictiva, en el sentido del art. 10 (2) del Convenio Europeo, se relaciona con la represión de las **actividades difamatorias**. De este modo, la acción de difamar implica la realización de una actividad **dirigida a desacreditar a alguien haciendo públicas cosas contra su buena opinión y fama** (161).

La actividad difamatoria debe consistir forzosamente en la **divulgación** de hechos o expresiones que puedan ser catalogados como difamatorios; por tanto, exige la **comunicación de esa información a terceros**, sea cual sea el **medio** empleado (162).

La represión de las actividades difamatorias que afectan a la reputación ajena supone, en la práctica, la necesidad de efectuar un **balance** entre los intereses en juego y, particularmente, entre la libertad de recibir y comunicar información e ideas y el derecho a la reputación, al honor y a la propia imagen.

La cuestión esencial en este aspecto es el énfasis que se concede a todos y cada uno de los elementos de juicio existentes sobre los diversos intereses afectados; poniéndose de relieve, como punto crucial de dicho balance, cuál es el derecho a cuya protección hay que otorgar a priori mayor trascendencia.

(161) Según la definición empleada por: P.SALVADOR Y OTROS, "**¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo**", Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 25. La diferencia estriba en que los autores utilizan el término "publicación", mucho menos amplio que la referencia aquí empleada de "haciendo públicas" -que puede aludir a cualquier tipo de medio, escrito o no escrito.

(162) En España, la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen establece en su art. 7, apartados 3 y 7, en el que se refieren los supuestos de actividades difamatorias se habla de "divulgación" de hecho y expresiones.

Desde esta perspectiva, es paradigmática la **jurisprudencia estadounidense**, y, en particular, el **caso New York Times Co. v. Sullivan** (163). En el mismo, se parte de una demanda de un funcionario público contra un anuncio en el que se denunciaba el acoso policial y judicial contra Martin Luther King y sus seguidores, ya que los hechos publicados no eran exactos.

El Tribunal Supremo norteamericano consideró que debía darse **preeminencia a la libertad de información** sobre otros derechos, de modo que, aunque pudieran haber enunciados erróneos, se debía dejar un "**breathing space**" en favor de la misma (164); y ello, en particular, respecto a los servidores públicos, que deben probar de forma terminante que la publicación de los hechos se hizo con malicia real o efectiva (165).

En Europa, y dentro del ámbito jurídico continental, también existen interpretaciones que, con los perfiles específicos de cada Ordenamiento Jurídico, siguen una línea semejante; como es el caso de **Alemania**, donde la preeminencia de la libertad de información determina que la exigencia de **veracidad de los hechos** se materialice en el **deber de comprobación de los mismos** (166).

(163) New York Times Co. v Sullivan [376 U.S. 254 (1964)] (Vid: I.BERDUGO DE LA TORRE, "**Honor y libertad de expresión** [Las causas de justificación en los delitos contra el honor]", Ed. Tecnos, Madrid, 1987. pág. 109 y ss.; S.MUÑOZ MACHADO, "**Libertad de prensa y procesos por difamación**", Ed. Ariel, Barcelona, 1988, pág. 99 y ss.; P.SALVADOR Y OTROS, "**¿Qué es difamar...**", pág. 60 y ss.).

(164) Se parte de la idea de que los errores de hecho son inevitables en un debate libre.

(165) Con base en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal en el **caso Lüth** y el **caso Der Spiegel** (vid: I.BERDUGO, "**El honor y...**", pág. 112 y ss.).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, como comentan estos mismos autores, tiende a establecer la preeminencia de la libertad de información, aunque no extrae unas consecuencias tan amplias, limitándose a propiciar la ponderación en cada caso de las circunstancias concurrentes y en particular el "**animus iniuriandi**" (I.BERDUGO DE LA TORRE, "**Honor y...**", pág. 66 y ss.; o bien, S.MUÑOZ MACHADO, "**Libertad de prensa...**", pág. 64 y ss.).

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo parecen seguir en la práctica una orientación semejante a las anteriormente descritas, aunque con los matices determinados por su propia dinámica jurisdiccional (166).

Esto es más bien lógico, especialmente a partir de 1976, si se tiene en cuenta algo que se ha ido reiterando continuamente: que los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo son **esenciales** para la sociedad democrática.

No se trata de una posición mantenida de principio, como se advierte en la decisión de la Comisión Europea sobre la **demanda 753/60**, en la que en un supuesto de difamación contra las Fuerzas Armadas, se apreció la necesidad de las medidas restrictivas sin que se tuviera en cuenta ningún criterio específico, a excepción de la doctrina del "margen de apreciación" (167).

En el **caso Engel y otros**, en un supuesto de hecho semejante (168), la Comisión Europea se limitó a indicar que debía permitirse la crítica objetiva, pero que en este caso los escritos de los demandantes eran claramente difamatorios contra la oficialidad, sin efectuar balance alguno (169).

Es con ocasión del **caso Lingens** cuando se intentó desarrollar un criterio específico en esta materia.

(166) Vid supra, pág. 119.

(167) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 753/60, X c/ Autriche, du 5 août 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 310 y ss.

(168) Vid supra, pág. 228.

(169) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 82, pár. 172 y ss.

El Tribunal Europeo optó por circunscribirse al examen del orden público como fin legítimo.

El supuesto de hecho plantea la condena contra un periodista por la publicación de dos artículos criticando las declaraciones y el comportamiento respecto al nazismo de un político austriaco -en concreto, del Canciller Kreisky.

Sus críticas fueron efectuadas en un tono agrio, tildando a la conducta de Kreisky como propia del "opportunisme le plus vil" (170), afirmando que debía calificarse de "immoral" y "dépourvu de dignité" (171).

En su balance entre la libertad de comunicar información e ideas y la reputación del presunto ofendido, la Comisión Europea ha apreciado, en especial, la **importancia de la prensa como instrumento de control político en una sociedad democrática** (172).

Con este punto de partida, la Comisión Europea toma en consideración el **interés del público** (173), dentro del contexto del debate público y de los sucesos en los que se enmarcan los artículos, y su referencia a un **personaje político**; efectuando al respecto tres afirmaciones muy precisas en cuanto a la apreciación del mismo.

Primera, que tratándose de una persona dedicada a la política no importaba si la crítica se refería a la "moralidad política" o a la "moral privada" del mismo, ya que en dicho contexto cuestiones relativas a esta última "pouvait intéresser le public (174)".

Segunda, que no se puede exigir la condición de **veracidad** a los juicios de valor (175).

(170) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME:
Rapport du 11 octobre 1984, Requête 9815/82, P.M.
Lingens c/ Autriche, Conseil de l'Europe, pág. 21,
pár. 84.

(171) Ibid, pár. 22.

(172) Ibid, pág. 19, pár. 73 y ss.

(173) Ibid, pág. 20, pár. 78.

(174) Ibid, pág. 21, pár. 80. Que era una de las alegaciones del Estado.

(175) Ibid, pár. 81. Vid supra, pág. 140.

Y, tercero, aludiendo directamente a las expresiones utilizadas por el periodista (176), que era necesario observar cualquier información o juicio de valor, con un espíritu de tolerancia y pluralismo; aunque, con particular observancia, "en ce qui concerne la liberté d'expression en **matière politique** (177)".

La Comisión Europea, en suma, ponderó la importancia del "interés del público" como criterio para establecer un justo equilibrio entre los intereses en juego.

Por su parte, el **Tribunal Europeo** confirmó esta concepción interpretativa, aunque profundizó algo más en la percepción de la significación del "interés del público".

Así, el Tribunal Europeo efectuó directamente un balance entre la reputación del político aludido por los comentarios de los artículos y los intereses de la "**libre discussion des questions politiques** (178)", teniendo también en cuenta la especial tolerancia que debe imperar en esta ámbito informativo.

En este contexto, y apreciando el interés del público al respecto, el Tribunal Europeo señaló que una condena como la impuesta al demandante:

"risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui interessent la vie de la collectivité (179)".

(176) Las autoridades nacionales alegaron que el lenguaje utilizado era en sí mismo, y de forma objetiva, difamatorio.

(177) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 11 octobre 1984, Requête 9815/82, P.M. Lingens c/ Autriche, Conseil de l'Europe, pág. 21, pár. 84.

(178) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 8 juillet 1986, Série A, 130, pár. 42. El resaltado es propio.

(179) Ibid, pár. 44.

Respecto a la exigencia de **veracidad** de los **juicios de valor**, el Tribunal Europeo la calificó de "irrealizable" y de contraria a la libertad de opinión reconocida en el art. 10 del Convenio Europeo.

Aunque algunos autores critiquen esta sentencia (180), lo cierto es que de la misma se desprende una visión muy positiva, en la medida en que el balance de intereses en liza parte de la **preeminencia de la libertad de recibir y comunicar información e ideas** (181).

El criterio del "interés del público" adquiere mucha importancia en este balance, ya que perfila cuáles son las demandas de la opinión pública, decantando definitivamente el equilibrio en favor de uno u otro.

Se observa, pues, cómo los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo cuentan con una **interpretación autónoma** de los criterios aplicables a dicho balance (182); que ha sido seguida posteriormente en su práctica jurisdiccional (183).

Es de sumo interés el **caso Barfod**, por cuanto en él el balance entre el interés del público en el debate sobre la imparcialidad de dos jueces groenlandeses y el interés de proteger la reputación de ambos se inclinó en favor de este último (184).

-
- (180) SAINT JOHN, por ejemplo, critica que el Tribunal Europeo "did not explicitly pass judgement on the permissibility of the words used in the context of Austrian society" y del significado que los lectores podrían darle a esas palabras (R. SAINT JOHN, "**Politicians an the press**". En: "Protection des Droits de l'Homme: la dimension européenne", Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda, Ed. Matscher y H.Petzold, Carl Heymans Verlag, Köln, 1988, pág. 369 y 371.
- (181) Para una comparación con la práctica estadounidense, vid: D.ELDER, "**Freedom of expression and the law of defamation: the American approach to problems raised by the Lingens case**", International and Comparative Law Quarterly, 35, 1986, 4, pág. 891 y ss.).
- (182) Por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 14 décembre 1989, Requête 11662/85, G.Oberschlick c/ Autriche, Conseil de l'Europe, pp. 38.
- (183) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barfod, Arrêt du 22 février 1989, Série A, 149, pár. 34 y ss.
Vid infra, pág. 492 y ss.

5. LA GARANTIA DEL FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL.

El art. 10 (2) del Convenio Europeo hace referencia, como uno de los posibles fines legítimos que habilitan al Estado para restringir los derechos reconocidos en el párrafo 1 del mismo artículo, a la necesidad de **"garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"** (184).

Para conocer la significación jurídica de este fin legítimo y examinar los criterios utilizados por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo al respecto, se tendrán en cuenta tres aspectos: la noción de **"garantía del funcionamiento del Poder Judicial"** y su desarrollo; la práctica jurisdiccional relativa a la **garantía del funcionamiento del Poder Judicial** y la **sentencia sobre el caso Sunday Times**; y, finalmente, una referencia a las consecuencias de la **sentencia sobre el caso Sunday Times** en la práctica jurisdiccional posterior.

5.1. LA NOCION DE "GARANTIA DEL FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL".

En el **caso Sunday Times**, el Tribunal Europeo ha ofrecido una interpretación propia de la significación de la noción de "autoridad judicial" (185), fundamentada en dos ideas: que los **Tribunales son los organismos encargados de apreciar y decidir sobre los derechos y obligaciones jurídicas**; y que, en virtud de esta misión, les es debido un **respeto** y una **confianza** por parte de la sociedad.

(184) Vid supra, pág. 421, en torno a su sustantividad como tipología restrictiva dentro del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(185) Vid supra, pág. 119 e infra, pág. 480 y ss.
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 55.

Del **caso Barfod** (186), por otro lado, puede deducirse una identificación de la significación jurídica de la noción de "**imparcialidad judicial**", entendida como la necesidad de mantener la **independencia y la imparcialidad de los jueces** (187).

De ambas nociones, puede desprenderse que la garantía del funcionamiento del Poder Judicial pasa por el mantenimiento de la **autoridad, la independencia e imparcialidad** de los jueces, en tanto representan y ejercen el poder jurisdiccional del Estado.

Hay que tomar en consideración, dentro de este contexto, la importancia de los Tribunales nacionales en la tarea de asegurar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Desde la perspectiva determinada por estas ideas sobre el alcance de los intereses que deben asegurarse para mantener la garantía del funcionamiento del Poder Judicial, las posibles injerencias en el funcionamiento del Poder Judicial, pueden concretarse en todo aquel tipo de **actividades contrarias a la buena administración de la justicia** (188).

El balance a efectuar por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se sitúa en el enfrentamiento entre el interés de que de la actividad jurisdiccional depare en cada caso un **juicio justo**, y la libertad de recibir y comunicar información e ideas en torno a esa misma actividad jurisdiccional.

(186) Vid supra, pág. 492 y ss.

(187) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barfod, Arrêt du 22 février 1989, Série A, 149, pág. 30.

(188) KINDER hace mención a dos grandes tipos de acciones: la **desobediencia de las decisiones judiciales** y los **comportamientos que atenten a la buena administración de la justicia**, propiamente dichos (P.KINDER, "Sur la liberté de la presse en la Grande-Bretagne de l'affaire Sunday Times a l'affaire Harriet Harman ou les tribulations du contempt", Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, 1983, 2, pág. 291).

Esta sensibilización demostrada en la redacción del art. 10 del Convenio Europeo frente a la necesidad en una sociedad democrática de garantizar el funcionamiento del Poder Judicial no puede decirse que se manifestase desde un principio en el ánimo de sus redactores (189).

Se suele afirmar que la inclusión de este fin en el que habría de ser art. 10 (2) del Convenio Europeo se debe a una iniciativa del Reino Unido (190). Ello se justificaría en la intención de ese Estado de asegurar que la institución del "**contempt of court**" (191) pudiese ser considerada como una restricción necesaria en el sentido de dicho artículo.

Si en parte ello puede ser cierto -pues como indica BROWN el Gobierno del Reino Unido ejerció suficientes presiones al respecto (192)-, no lo es menos que las restricciones a la libertad de recibir o comunicar información e ideas no son ajenas al Ordenamiento Jurídico de los demás Estados Parte.

Hay que tener en cuenta que, a instancias de la delegación sueca, se había planteado la adición a la **cláusula limitativa general** -prevista en el art. 6 del proyecto de redacción que optaba por una mera enumeración de los derechos que debían garantizarse (193)- de una alusión al **funcionamiento de la**

(189) Vid supra, pág. 129.

(190) Ibid.

Lo que es indicado por la opinión disidente firmada por WIARDA, CREMONA, VILHJAMSSON, RYSSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, FITMAURICE, BINDSCHEDLER-ROBERT, LIESCH y MATSCHER en el caso Sunday Times (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pág. 30).

(191) Vid infra, pág. 484.

(192) En este sentido, vid: L.N.BROWN, "**Thalidomide, the Sunday Times and the reform of the English Law of Contempt of Court**". En: "Perspectives canadiennes et européennes des Droits de l'Homme", Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut Canadien d'Etudes Juridiques Supérieures, Ivon Blais, Cowansville, 1986, pág. 532.

(193) Vid supra, pág. 130.

administración de justicia para que en virtud de sus intereses ciertas informaciones quedasen en secreto (194).

Esto demuestra que en otros Estados, y no sólo en el caso del Reino Unido, existía una preocupación por conceder una sustantividad suficiente a las necesidades derivadas de asegurar el funcionamiento del Poder Judicial; y, por tanto, que todos los Estados habían adoptado, de una manera u otra, medidas restrictivas dirigidas a garantizar dicho fin.

Un primer grupo de restricciones a adoptar podría ser aquél en que las medidas jurídicas tienden a limitar la libertad de expresión de aquellas personas que, por su **actividad profesional**, han contraído especiales responsabilidades respecto al ejercicio de la potestad jurisdiccional de los tribunales nacionales.

Dentro de este grupo, se situarían en un primer término las restricciones a la libertad de expresión de los **jueces**, es decir, de las personas a las que la sociedad y el Estado encargan la misión de administrar la justicia (195).

En este ámbito los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no han efectuado pronunciamiento alguno.

Donde sí han efectuado algún pronunciamiento expreso es en relación a otro colectivo cuya actividad profesional se relaciona con la actividad jurisdiccional: los **abogados** (196).

(194) Mencionada en el Proyecto preliminar de informe del Comité de Expertos al Comité de Ministros (Vid: CONSEIL DE L'EUROPE: **"Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme"**, M.Nijhoff Publishers, La Haye, Vol. III, 1976, pág. 264.

(195) Vid, por ejemplo, sobre este tipo de restricciones: P.GLENN, **"Limitations on judicial freedom of speech in West Germany and Switzerland"**, International and Comparative Law Quarterly, 34, 1985, 1, pág. 159 y ss.

(196) Vid supra, pág. 468 y ss.

El supuesto de hecho planteado era el de un abogado alemán el cual había recibido una sanción disciplinaria por causa de una carta que había dirigido al Presidente de un Tribunal de Apelación -el de Bamberg, en concreto-, y en la que se contenían alusiones irrespetuosas hacia el mismo.

La Comisión Europea decidió declarar inadmisibile la demanda (197).

Para ello, tuvo presente que el demandante, por su actividad profesional, había adquirido una **especial responsabilidad** en relación al objetivo de proteger los derechos y la reputación de otras personas y mantener la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (198).

Teniendo en cuenta ésto, la Comisión Europea indicó que las medidas disciplinarias adoptadas contra el demandante estaban plenamente justificadas (199), en ambos sentidos.

Incluso considerando, tras un examen atento de los hechos -aun cuando la Comisión Europea efectúe un análisis "prima facie" del supuesto de hecho-, que las medidas disciplinarias eran necesarias en una sociedad democrática, es criticable la actitud de la Comisión Europea de no ofrecer argumentación alguna en la que sustentar su decisión; sin que ni tan sólo se apunten los motivos en que se funda.

Un segundo grupo de restricciones se referiría a aquellos supuestos en que, a través de los **medios de comunicación social**, se publican o emiten informaciones o juicios de valor que puedan afectar, de una forma directa o indirecta, a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial.

(197) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 5109/71, X c/ R.F. d'Allemagne, du 10 juillet 1972, Recueil des Décisions, 42, pág. 84.

(198) Ibid.

(199) Ibid.

Sobre este tipo de cuestiones en las que resultaban implicados ya directamente los medios de comunicación social, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no se pronunciaron expresamente hasta que se planteó ante ellos el **caso Sunday Times**.

5.2. LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA A LA GARANTIA DEL FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL Y LA SENTENCIA SOBRE EL CASO SUNDAY TIMES.

El "contempt of court" es una institución jurídica, propia del "common law" inglés (200), que implica la intervención de la autoridad judicial competente para **impedir o reprimir cualquier comportamiento que constituya una obstrucción a la administración de la justicia** (201).

En este sentido, fue aplicado por los Tribunales del Reino Unido el "contempt of court" frente a un artículo que el periódico Sunday Times pensaba publicar, en relación al problema de la talidomida (202), encontrándose "sub iudice" ante los mismos Tribunales la decisión sobre las demandas de los perjudicados contra la empresa fabricante del producto farmacéutico.

(200) Aunque como consecuencia de la sentencia del Tribunal Europeo se efectuó la reforma de "contempt of court" a través de una Ley, en 1981.

Vid infra, pág. 492.

(201) Dice BROWN que el objeto del "contempt of court" es "to protect the due administration of justice" (L.N.BROWN, "**Thalidomide, the Sunday Times...**", pág. 531).

En el art. 1 de la Ley de 1981, se dice que "the rule of law whereby conduct may be treated as a contempt of court as tending to interfere with the course of justice in particular legal proceedings regardless of intent to do so" (Ibid, pág. 537).

Se trata, como se puede observar, de un criterio de **responsabilidad objetiva**, pues el elemento intencional resulta irrelevante (vid en este sentido: P.KINDER, "**Sur la liberté de la presse...**", pág. 293).

(202) Vid supra, pág. 230.

La tesis de los demandantes partía de la consideración de la responsabilidad de la prensa en una sociedad democrática: **asegurar el flujo de noticias y opiniones en materias de relevancia e interés públicos**, y, correlativamente, de ofrecer **información veraz** en torno a dichas materias (203).

Desde este punto de vista, se apreció, en general, que el "contempt of court" no era necesario para garantizar la autoridad e imparcialidad judiciales (204); y, en relación al caso concreto, que su aplicación no había tenido en cuenta el contenido del artículo y el estado del procedimiento (205).

Por su parte, el Gobierno argumentó fundamentalmente la existencia de un "margen de apreciación" en su favor, instando a que el criterio de necesidad se aplicase sólo por el hecho de que un Estado "raisonnablement peut considérer comme nécessaire tel ou tel moyen de limiter l'exercice d'un droit" en orden a asegurar el cumplimiento del fin legítimo alegado (206).

La **Comisión Europea**, cuyo punto de partida fue la **interpretación restrictiva** del art. 10 (2) del Convenio Europeo (207), mantuvo una posición coincidente en líneas generales con la de los demandante, aunque ciertamente más moderada.

-
- (203) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 28, 1982, págs. 36 y 37, pár. 81 y ss.
- (204) Afirmando en definitiva que un "juge professionnel n'a donc pas vraiment besoin du droit du <contempt> pour le protéger" (ibid, pár. 43, pár. 103).
- (205) Ibid, pár. 43 y 44, pár. 105 y ss.
Todas el razonamiento de los demandantes se reprodujo en su Memoria (Mémoire des Requérants, du 10 février 1978. En: ibid, pár. 254 y ss.).
- (206) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: ibid, pár. 55, pár. 159.
- (207) Ibid, pár. 64, pár. 194.
Vid supra, pár. 354 y ss.

Para llegar a la conclusión de que la restricción no era necesaria, la Comisión Europea analizó dos aspectos concretos relacionados con el caso: **el contenido y el fin del proyecto de artículo** y **el estado del procedimiento relativo a la talidomida**.

En relación al contenido y el fin del proyecto de artículo (208), la Comisión Europea evaluó en particular **el tono moderado del artículo**; y que, a pesar de tratar aspectos estrechamente vinculados al asunto de la talidomida, **no realizaba comentario alguno sobre las cuestiones jurídicas de fondo** del mismo.

De este modo, la Comisión Europea concluyó que:

"Il découle de ce qui précède que les éléments présentés par le projet d'article ne semblent pas propres à influencer directement sur l'opinion du juge compétent (209)".

En relación al estado del procedimiento relativo a la talidomida, y teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión Europea no apreció que de su estado se revelara una imperiosa necesidad de evitar la publicación del artículo (210).

No obstante, la Comisión Europea, para alcanzar su decisión final, tuvo en cuenta muy especialmente el **marco social** en que se desarrollaba dicho procedimiento.

Desde esta perspectiva, el **interés de la opinión pública** en el asunto fue subrayado como una necesidad que, de no cumplirse por la vía de la información de los poderes públicos (211), debía de ser **satisfecho por otras vías** -como, por ejemplo, el artículo proyectado.

(208) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 28, 1982, págs. 69 y ss., pár. 224 y ss.

(209) Ibid, pág. 70, pár. 229.

(210) Ibid, pág. 71 y ss., pár. 231 y ss.

(211) Ibid, pág. 74, pár. 247. Ninguna encuesta oficial sobre la cuestión había sido completada por las autoridades gubernamentales del Reino Unido.

De este modo, y como apunta la propia Comisión Europea (212), solamente **razones imperativas** pueden, en una sociedad democrática, **impedir la publicación de información que es de interés público** (213).

Con lo cual, la Comisión Europea introduce el criterio de realizar el balance en torno a los hechos y a las medidas restrictivas adoptadas en relación al **interés del público**.

La opinión disidente mantuvo una visión distinta de este balance (214), partiendo de la idea de que la **Comisión Europea no podía sustituir la apreciación** de los hechos realizada por las **autoridades nacionales** por la suya propia y de que las necesidades en esta materia no son iguales en cada Estado (215), considerando justificable la restricción encausada.

El **Tribunal Europeo**, por su parte, descartó esta argumentación, confirmando la línea interpretativa de la Comisión Europea.

El Tribunal Europeo indicó que, en relación al mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, no sucedía igual que con la protección de la moral (216), puesto que la gran concordancia en esta cuestión entre los Estados permitía establecer **nociones más objetivas** que en el supuesto de la moral (217).

(212) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 28, 1982, pág. 74, pár. 247.

(213) Razones que en este supuesto, y tras su anterior análisis de su trascendencia, no existían (ibid).

(214) Opinión disidente sostenida por SPERDUTI, DAVER, MANGAN, POLAK y FROWEIN (ibid, pág. 78 y ss.).

(215) Dado que no podía hablarse de la existencia de una concepción unitaria al respecto.

(216) Vid supra, pág. 454 y ss.

(217) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 59.

En particular, respecto a la noción de "autoridad del Poder Judicial".

Ya el propio Tribunal Europeo había manifestado la posibilidad de, a partir de la lectura del Convenio Europeo, derivar determinadas **nociones autónomas** como la de "**Poder Judicial**" (218) o la de "**autoridad judicial**" (219).

Por tanto, la verificación de la necesidad de las medidas adoptadas para mantener la autoridad del Poder Judicial -como es el caso- debe ser efectuada en un **contexto autónomo** (220). Ello, a su vez, implica que el "margen de apreciación" concedido al Estado es menor, toda vez que son los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo los encargados de interpretar el mismo.

Según esto, se impone un examen minucioso de las circunstancias de hecho. En este sentido, se dió un relieve particular a la moderación del texto propuesto por el periódico y a su contenido, el cual resumía los argumentos favorables a ambas partes del litigio, y, por tanto, no ofrecía una solución única a la controversia jurídica (221).

Habiendo fijado su punto de partida en cuanto al alcance de su competencia jurisdiccional y las circunstancias de hecho del caso, el Tribunal Europeo se planteó la necesidad de efectuar un balance entre los intereses en juego.

(218) Que es entendido como "l'appareil de la justice ou le secteur judiciaire du pouvoir autant que les juges en leur qualité officielle" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 55).

(219) Vid supra, pág. 119.

(220) Es decir, la necesidad de las restricciones debe ser ponderada "sous l'angle de la Convention [Europea]" por parte del Tribunal Europeo (ibid, pár. 60).

Para PINTO, esto supone que el Tribunal Europeo "a substitué sa propre appréciation de la nécessité de la mesure d'interdiction à celle de la Chambre des Lords [última instancia nacional en este caso]" (R.PINTO, "**La liberté d'information...**", pág. 134).

(221) Por lo que resultaba difícil que pudiera afectar a la autoridad del Poder Judicial (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 63).

El **balance** que se plantea el Tribunal Europeo es un poco diferente del propuesto por el Gobierno del Reino Unido; el cual se sustentaba en la contraposición de dos intereses opuestos: la **buena administración de la justicia** y la **libertad de expresión** (222).

Para el Tribunal Europeo, este balance no es equilibrado, puesto que no pueden considerarse ambos intereses en un mismo plano. Por su importancia, se señala que debe partirse de la **preeminencia de la libertad de expresión** -y, en consecuencia, de la **libertad de comunicar información e ideas-**, debiendo interpretarse restrictivamente toda excepción a su aplicabilidad (223).

Según el Tribunal Europeo, la afirmación de esta preeminencia de la libertad de comunicar información e ideas se sustenta en la obligación de los medios de comunicación social de transmitir información e ideas de **interés público**, satisfaciendo el **derecho del público a recibir información e ideas adecuadas** (224).

Así, pues, en la medida en que las informaciones e ideas respondan a este criterio del "interés del público", la libertad de comunicar información tendrá preeminencia sobre cualquier otro interés en liza.

Procede entonces el Tribunal Europeo a analizar el supuesto de hecho desde este ángulo, apreciando la existencia de este "interés del público".

Para ello tuvo en cuenta, primero, la perspectiva **particular** de los familiares de las víctimas, quienes:

"avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles (225).

(222) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 65.

(223) Ibid.

(224) Ibid. En este sentido, pues, hay que interpretar que existe un **criterio del "interés del público"**.

(225) Ibid, pár. 66.

Y, segundo, desde una perspectiva **general**, el Tribunal Europeo manifestó la existencia de un "interés del público", puesto que, después de años sin solución alguna -ni encuesta oficial que explicase los hechos-, el artículo del periódico:

"aurait pu servir de frein à des controverses spéculatives entre esprits mal informés (226)".

5.3. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL CASO SUNDAY TIMES EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL POSTERIOR.

La sentencia sobre el **caso Sunday Times** fue importante por varios motivos: porque limitó el **alcance del "margen de apreciación" estatal** (227); porque dió **preeminencia a la protección de la libertad de recibir y comunicar información e ideas** sobre cualquier otro interés; y, finalmente, porque formuló la necesidad de apreciar el **criterio del "interés del público"** como elemento interpretativo.

De ahí que resulte lógico pensar que ha ejercido una influencia decisiva sobre la práctica jurisdiccional posterior relativa a la defensa del funcionamiento del Poder Judicial (228).

Las primeras consecuencias de la sentencia sobre el caso Sunday Times -y las más inmediatas desde el punto de vista temporal- se produjeron en el **Derecho interno** del Reino Unido, y, en concreto, en el planteamiento de la necesidad de reglamentar el "contempt of court".

(226) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 67.

(227) Vid supra, pág. 354 y ss.

(228) Dando por descontado su influjo en el conjunto de la práctica jurisdiccional relativa a la libertad de recibir y comunicar información, al estar en el origen del criterio del "interés del público" (vid supra, pág. 491 y ss.).

Así, en 1981, el Parlamento del Reino Unido aprobó la **Contempt of Court Act**, a los efectos de dar respuesta a las críticas que tanto en el ámbito interno como en el internacional había suscitado la aplicación del "contempt of court" (229).

No obstante, la nueva reglamentación no terminó con las incertidumbres del tradicional sistema creado por los órganos judiciales.

Como señala KINDER (230), la Ley de 1981 seguía manteniendo ciertos de los defectos que le eran achacados al antiguo sistema del "contempt of court".

En primer lugar, se continuaba concediendo a los tribunales una amplia discrecionalidad para prohibir, en orden a mantener el buen funcionamiento de la administración de la justicia, la publicación o emisión de determinadas informaciones.

Y, en segundo lugar, que la Ley de 1981 presentaba importantes lagunas en cuanto a los dos objetivos que se habían marcado sus redactores (231): adaptar el "contempt of court" al Convenio Europeo y recoger las recomendaciones de la Comisión Philpmore.

En especial, es de subrayar que la citada Ley no incluye referencia alguna a la imprescindible presencia de una **necesidad social imperiosa** para justificar la aplicación del "contempt of court", como se desprendería de la sentencia del Tribunal Europeo (232).

Desde la perspectiva del **Convenio Europeo**, la sentencia del caso Sunday Times ha tenido también importantes repercusiones en la práctica jurisdiccional.

(229) En el ámbito interno, el Informe de la Comisión Phillimore, presentado al Parlamento en 1974, había manifestado la necesidad de reformar el "contempt of court".

(230) P.KINDER, "Sur la liberté de la presse...", pág. 307 y ss.

(231) Ibid, pág. 307.

(232) L.N.BROWN, "Thalidomide, the Sunday Times...", pág. 538.

El problema de la aplicación del "contempt of court" ha seguido siendo muy importante, a pesar de que la Ley de 1981 pretendía evitar que se reprodujeran ante los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo demandas similares a las del caso Sunday Times.

En la decisión de admisibilidad de la **demanda 10243/83**, relativa a una información referida a un juicio pendiente sobre una posible negligencia médica, la Comisión Europea consideró que dicha información carecía de interés para el público (233).

En cambio, sendas demandas relativas a la prohibición de la publicación de extractos sobre un libro -el "Spycatcher" (234)-, cuando se encontraba "sub iudice" un proceso contra el autor del mismo, han llevado a que se apreciase la violación del art. 10 del Convenio Europeo (235).

La práctica referida a la defensa del funcionamiento del Poder Judicial no se agota en cuestiones derivadas de la aplicación del "contempt of court".

En el **caso Barfod** (236), un ciudadano groenlandés fue sancionado pecuniariamente por haber puesto en duda la imparcialidad y profesionalidad de dos jueces del Tribunal Supremo de la isla, por su decisión en torno a un asunto tributario.

(233) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 10243/83, Times Newspaper Ltd, Frank Thomas, Phillip Knightley et Elaine Potter c/ Royaume-Uni, du 6 mars 1985, Décisions et Rapports, 41, pág. 132 y ss.

(234) Vid supra, pág. 424.

(235) Se tuvo muy en cuenta, tanto respecto a la seguridad nacional como a su influencia en el juicio pendiente que el libro se hubiese publicado en Estados Unidos y Australia (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Report of 12 July 1990, Application 13166/87, Times Newspapers Ltd. & Andrew Neil c/ United Kingdom, Council of Europe, pág. 22, pár. 75; Report of 12 July 1990, Application 13585/88, The Observer Ltd. & others et Guardian Newspapers Ltd. & others c/ United Kingdom, Council of Europe, pág. 24, pár. 87).

(236) Vid supra, pág. 241.

El Tribunal Europeo consideró que las medidas restrictivas adoptadas contra el demandante eran necesarias para la defensa del funcionamiento del Poder Judicial.

El examen del Tribunal Europeo se centra en la proporcionalidad de las medidas.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Europeo rechaza que la restricción afecte a una información u opinión que pueda ser considerada de "interés del público" -como pretendía el demandante (237).

Fundamentalmente, se considera que las medidas restrictivas adoptadas no impiden al demandante participar en el debate público sobre la imparcialidad del Tribunal Supremo groenlandés (238); y que tampoco puede entenderse la discusión originada por el demandante como parte de un debate político (239), girando el problema jurídico más en torno a la reputación de los jueces que al funcionamiento mismo del Poder Judicial (240).

El criterio del "interés del público" es aquí apreciado de forma negativa.

Una visión distinta se produjo con ocasión del **caso Weber** (241).

-
- (237) La Comisión Europea apreció igualmente que en este supuesto debía prevalecer "l'intérêt général de provoquer un débat public sur le fonctionnement de l'appareil judiciaire" sobre "l'intérêt des deux juges à être protégés", no considerando en consecuencia como necesarias las medidas adoptadas (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 16 juillet 1987, Requête 11508/87, B c/ Danemark, Conseil de l'Europe, pág. 15, pár. 71).
- (238) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barfod, Arrêt du 22 février 1989, Série A, 149, pár. 34.
- (239) Ibid, pár. 35.
- (240) En su opinión disidente, el juez GÖLCÜCKLÜ adoptó una postura crítica, apoximándose a la concepción mostrada por la Comisión Europea.
- (241) Vid supra, pág. 368.

En este supuesto de hecho, un célebre periodista suizo, conocido en el país por su militancia ecologista, efectuó unas declaraciones en relación a un proceso judicial en curso en el que estaba involucrado, por lo que sufrió una condena pecuniaria.

El Tribunal Europeo tuvo en cuenta el criterio del "interés del público" en esta ocasión, no en virtud de la naturaleza de las cuestiones debatidas, sino en función de la **notoriedad pública del personaje** que había realizado las declaraciones, lo que podía despertar ese interés en la opinión pública (242).

Del examen de sus declaraciones, en el contexto del proceso judicial, el Tribunal Europeo apreció que sus declaraciones no revelaron ningún aspecto del procedimiento que fuera secreto -ya que él mismo los había revelado con anterioridad (243); y, por otra parte, consideró que, concebidas como un medio de presión sobre el Tribunal, sus declaraciones eran totalmente ineficaces (244).

Por todo ello, el Tribunal Europeo falló que las medidas adoptadas no habían sido necesarias.

En estas decisiones, posteriores a la sentencia sobre el caso Sunday Times, se observa cómo los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo aplican el criterio del "interés del público" como elemento valorativo de la necesidad de las medidas adoptadas para salvaguardar el funcionamiento del Poder Judicial.

La línea interpretativa iniciada con el caso Sunday Times puede, pues, considerarse, en este ámbito, como consolidada en la práctica jurisdiccional.

(242) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Weber, Arrêt du 22 mai 1990, Série A (en préparation), 177, pár. 48. Ver también la relevancia dada a la notoriedad de los políticos en el **caso Lingens** para la apreciación del "interés del público" (vid supra, pág. 235 y ss.).

(243) Ibid, pár. 49.

(244) Ibid, pár. 51.

CAPITULO SEPTIMO:

LA AFIRMACION DEL DERECHO A LA INFORMACION EN EL ART.
10 DEL CONVENIO EUROPEO.

1. PLANTEAMIENTO: CRITERIOS PARA LA AFIRMACION DEL DERECHO A LA INFORMACION EN EL ART. 10 DEL CONVENIO EUROPEO.

De todo lo anteriormente descrito (1), bien parece desprenderse que la libertad de recibir y comunicar información e ideas, prevista en el art. 10 del Convenio Europeo, tiene como base jurídico-política en materia informativa a la **libertad de información**.

Al mismo tiempo, se advierte en la línea interpretativa adoptada en los últimos años por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en materia informativa (2) su preocupación por conseguir adaptar la libertad de recibir y comunicar información e ideas a las demandas de las sociedades democráticas europeas.

Llegados a este punto, es preciso examinar en qué medida la interpretación dada a la libertad de recibir y comunicar información e ideas asume los principios jurídico-políticos del **derecho a la información**; y, en este sentido, si del art. 10 del Convenio Europeo se deriva la **tutela jurídica** de aquellos **elementos normativos** que pueden considerarse como propios del derecho a la información (3).

Como condición previa a este análisis, es preciso perfilar unas **ideas generales sobre la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas y la afirmación del derecho a la información**, así como delimitar la **importancia del criterio del "interés del público"** en la afirmación del derecho a la información.

(1) Vid supra, pág. 127 y ss.

(2) En concreto, a partir de la sentencia sobre el **caso Sunday Times** (vid supra, pág. 230 y ss.).

(3) Incluyendo bajo este término a los aspectos normativos retenidos con anterioridad (vid supra, pág. 58 y ss.): el **reforzamiento de la posición del periodista**; el **acceso del ciudadano a las fuentes informativas**; las **limitaciones al contenido de la información**; el **derecho de acceso a los medios de comunicación social**; y la **consideración de los medios de comunicación social como un servicio público**.

1.1. IDEAS GENERALES SOBRE LA INTERPRETACION DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS Y LA AFIRMACION DEL DERECHO A LA INFORMACION.

Se debe tener en cuenta que la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se orienta, esencialmente, a examinar si la actuación de los Estados respecto a los derechos garantizados es conforme con las exigencias del propio Convenio Europeo.

Así, el Tribunal Europeo ha indicado que su competencia está dirigida a controlar a los Estados:

"quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention [Europea] (4)".

Esto supone, a su vez, que la actividad jurisdiccional desplegada por la Comisión Europea y el Tribunal Europeo está vinculada a la verificación de la necesidad de las **restricciones** a que son sometidos los derechos garantizados en el Convenio Europeo; y, entre ellos, de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Así, la posibilidad de interpretar el art. 10 del Convenio Europeo de modo que permita la tutela jurídica de determinados elementos normativos propios del derecho a la información **está relacionada con la fijación de los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas** -de acuerdo con el párrafo 2 del citado artículo.

La aceptación, definición y alcance jurídico de cualquiera de estos elementos normativos, como propios de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, se producirá en función de la interpretación que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo efectúen de la noción de "necesidad" en cada momento; y,

(4) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 47; Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 59.

en consecuencia, no a partir de un mero examen e interpretación del concepto de libertad de recibir y comunicar información e ideas -y su contenido jurídico- sino a través del examen de las restricciones a las que es sometido.

Examinado desde la perspectiva de su idoneidad como instrumento de precisión conceptual, este método interpretativo no parece ser el más adecuado para apreciar la evolución de la tutela jurídica ofrecida por la libertad de recibir y comunicar información e ideas, por cuanto la cuestión esencial a dilucidar es la existencia o no de una violación del Convenio Europeo.

En este aspecto, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo -y, en particular, del Tribunal Europeo- no difiere de las que ostentan los **Tribunales internos** en materias de igual naturaleza (5). Siendo, a través de este método y de la jurisprudencia de dichos Tribunales, precisamente, una de las formas en que en mayor medida se va produciendo la continua evolución de los conceptos jurídicos inherentes a sus propios Ordenamientos Jurídicos.

Se comprueba, en suma, que la finalidad del procedimiento de verificación previsto en el Convenio Europeo no es óbice, en la práctica, para que pueda producirse una interpretación evolutiva del concepto de libertad de recibir y comunicar información e ideas.

(5) Piénsese, por ejemplo, en los **Tribunales de apelación** o de **casación** nacionales.

El **Protocolo número 2** del Convenio Europeo, prevé la posibilidad de que el Tribunal Europeo emita **opiniones consultivas**, lo que podría ser una vía de articular una fórmula interpretativa diferente. Sin embargo, se trata de una vía restringida, por cuanto su utilización compete únicamente al **Comité de Ministros** -art 1.1. del mismo- y por cuanto dichas opiniones no pueden referirse a cuestiones relativas al contenido o extensión de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo y sus Protocolos -art. 1.2 del mismo; no habiéndose utilizado todavía (G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Economica, Paris, 1989, pág. 165).

Sentado este principio, lo importante es analizar el punto de partida en el que se sustenta la verificación de las restricciones a que es sometida la libertad de recibir y comunicar información e ideas; y, en este contexto, comprobar si se perfila una interpretación abierta a la posibilidad de tutelar elementos normativos propios del derecho a la información.

En torno a esta cuestión, hay que apreciar la concurrencia de una serie de factores que, de un modo u otro, inciden en la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Se debe tener en cuenta inicialmente la **dificultad para definir el contenido jurídico de la libertad de recibir información e ideas** (6).

En ello repercute, como apunta STROZZI -refiriéndose en general al problema de la precisión del contenido jurídico de la libertad de información en el Derecho internacional-, el hecho de que su garantía implica "la satisfaction des intérêts généraux qui vont au-delà de la seule protection de la personne humaine (7)".

El Tribunal Europeo, como se ha visto (8), no es ajeno a esta cuestión, desde el momento en que, en su opinión, los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo constituyen uno de los fundamentos de la sociedad democrática y no un mero derecho individual (9).

Esta idea implica, en un sentido negativo, que la definición de la libertad de recibir y comunicar información e ideas plantea cierta **incertidumbre** en cuanto a los perfiles interpretativos que puedan dársele; y, en un sentido positivo, que es un concepto

(6) Vid supra, pág. 127 y ss.

(7) G.STROZZI, "**Liberté de l'information et Droit international**", Revue Générale de Droit International Public, 94, 1990, 4, pág. 960.

(8) Vid supra, pág. 230 y ss.

(9) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 49.

muy **dinámico**, que permite la variabilidad de los elementos normativos que constituyen su contenido jurídico, así como su evolución en función de las variaciones experimentadas por la sociedad.

Desde una perspectiva más concreta, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han tendido a propiciar una **interpretación restrictiva** de las restricciones permitidas respecto a la libertad de recibir y comunicar información e ideas (10).

Se deriva de esta posición jurisdiccional una **limitación del "margen de apreciación"** concedido al Estado. Lo que supone, también, que se potencia una **interpretación más autónoma** (11) y a la vez **más extensiva** de los derechos garantizados en el Convenio Europeo, restringiéndose el criterio de necesidad que justifica la actuación estatal.

Las implicaciones de este criterio son aleccionadoras, en tanto no impiden una interpretación amplia de su contenido jurídico; pudiendo, en la medida en que se crea oportuno, reconocer como propios los elementos normativos inherentes al derecho a la información.

Por otro lado, se ha tendido a ir reconociendo la **importancia de la actividad estatal para la protección de los derechos y libertades fundamentales**, y, en particular, para garantizar la **libertad del individuo de recibir y comunicar información e ideas** (12).

En el **caso Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas**, se indicó que el Estado debía mostrar una postura activa para impedir la excesiva concentración de los medios de comunicación social (13).

(10) En especial, a partir de su actuación en el **caso Sunday Times** (vid supra, pág. 355 y ss.).

(11) Vid supra, pág. 119.

(12) Vid supra, pág. 125.

(13) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 26, pár. 88.

Esta visión de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo asume la necesidad de que el Estado, a través de su actividad legislativa y ejecutiva, ofrezca a la sociedad un **marco jurídico-político** que asegure un **equilibrio** entre las diversas posiciones jurídicas existentes respecto a la información.

De esta forma, las restricciones que adopte el Estado, en el contexto del art. 10 (2) del Convenio Europeo, pueden tener igualmente un cierto **sentido positivo**; es decir, que pueden no dirigirse única y exclusivamente a la limitación del ejercicio de ese derecho individual, sino que por el contrario pueden ser **adecuadas para proteger de un modo más profundo la libertad de recibir y comunicar información e ideas**, sea desde una perspectiva social o individual.

1.2. LA IMPORTANCIA DEL CRITERIO DEL "INTERÉS DEL PÚBLICO" EN LA AFIRMACION DEL DERECHO A LA INFORMACION.

Siguiendo este sentido positivo hacia el que se orienta la práctica jurisdiccional, y con la finalidad de ser un instrumento para apreciar la existencia o no de esta vertiente positiva de las restricciones en la sociedad democrática, aparece en la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo un criterio específico que ha venido siendo desarrollado a partir de la sentencia en el caso Sunday Times: el del **"interés del público"** en la información (14).

El criterio del "interés del público" materializa en la práctica jurisdiccional relativa a la libertad de recibir y comunicar información e ideas la **importancia social de la información**. Y lo hace, desde su consideración como un **criterio de valoración de la necesidad de las restricciones** adoptadas en virtud del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(14) Vid supra, pág. 230 y ss.

Es evidente que, a partir de esta formulación, el criterio del "interés del público" influye en cuál ha de ser el objetivo, la intensidad y el contenido jurídico de las restricciones efectuadas por los Estados.

Si el criterio del "interés del público" influye en el sentido expresado, lo hace igualmente, a través de la apreciación de estas restricciones, sobre la posibilidad de que se manifiesten como propios de la libertad de recibir y comunicar información e ideas los elementos normativos inherentes al derecho a la información.

Para apreciar esta posible influencia, hay que tener en cuenta, primero, que el criterio del "interés del público" representa y pone esencialmente de manifiesto en el balance jurisdiccional los **intereses de los receptores de información y de ideas**; es decir, es un criterio valorativo derivado del **derecho del público a una información adecuada** (15). Por lo cual, tiende a ahondar en la garantía de un flujo de información más veraz y pluralista.

Y, segundo, debe apreciarse que el criterio del "interés del público" refuerza el sentido positivo que adquieren las restricciones de la libertad de recibir y comunicar información e ideas; dicho criterio, de ser apreciado o no, puede primar la protección de los intereses de los receptores de información sobre los intereses del emisor o de otros individuos involucrados en el proceso informativo (16), o viceversa.

Se ha de relativizar, sin embargo, a pesar del dinamismo que introduce en la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, la importancia de criterio del "interés del público" en la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo al respecto.

(15) Vid supra, pág. 233.

(16) Por ejemplo, la reputación de una persona aludida en una determinada información o comentario, que resulta involucrada en el balance jurisdiccional, junto a la libertad del informador y al derecho del público a recibir una información adecuada.

El criterio del "interés del público", desde esta perspectiva, no tiene un carácter absoluto en cuanto a su apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, sino que presenta en la práctica una **eficacia limitada**.

Es evidente que el criterio del "interés del público" **no es el único** que se tiene en cuenta al apreciar la necesidad de las restricciones a que es sometida la libertad de recibir y comunicar información e ideas. Por el contrario, hay otros factores cuya influencia es perceptible en el balance jurisdiccional; como, por ejemplo, la doctrina del "margen de apreciación" (17).

Igualmente, el criterio del "interés del público" **no es siempre definitivo** en la decisión de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo. Ante un supuesto de hecho concreto, es posible que el equilibrio se decante en favor de otros factores concurrentes en el balance efectuado.

Es el caso, por ejemplo, de aquellas restricciones dirigidas a garantizar la **protección de la moral** (18). En este ámbito, el criterio del "interés del público" cede ante la trascendencia social de los intereses morales de la sociedad, sin que tan siquiera se produzca una verdadera ponderación de ambos -en virtud de las especiales connotaciones que, en la práctica, se derivan de la protección de la moral (19).

(17) Como el más significativo de los que pueden ser puestos en juego; sin olvidar, no obstante, otros factores que pueden influir en este balance: los **principios de interpretación del Convenio Europeo; las condiciones de aplicación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas; y la posibilidad de que se deriven limitaciones implícitas de la propia libertad de recibir y comunicar información e ideas.**

Vid supra, pág. 389 y ss.

(18) Vid supra, pág. 450 y ss.

(19) Y que son perceptibles en los criterios utilizados en la práctica jurisdiccional en relación a la protección de la moral; y, en especial, por el amplio "margen de apreciación" que es concedido en este sentido a los Estados.

Desde el punto de vista de su contenido, el criterio del "interés del público" tiene unos **efectos jurídicos restringidos**, que, en consecuencia, inciden también en su efectividad.

Así, el criterio del "interés del público" pondera los intereses informativos de la **opinión pública**, como manifestación del derecho del público a una información adecuada (20); en cambio, como tal criterio, no parece dirigirse a valorar los intereses informativos individuales -si éstos entran en conflicto en el balance jurisdiccional.

Esta afirmación, que en líneas generales puede considerarse como ciertamente correcta, puede ser matizada a partir de determinadas precisiones en torno a su aplicabilidad.

Es verdad que en la práctica jurisdiccional se suele atender al interés social -y, por tanto, colectivo- de las informaciones y juicios de valor que han sido restringidos por el Estado, en virtud del art. 10 (2) del Convenio Europeo. Lo que tiene su lógica si se tiene en cuenta que el Tribunal Europeo ha hecho referencia a un derecho del público en torno a la idoneidad de la información y no a un derecho individual.

No obstante, esta aproximación colectiva tiene en ocasiones connotaciones individuales, en el sentido de que se intenta apreciar de un modo conjunto unos intereses que jurídicamente son reconocidos de una manera individual en el Ordenamiento Jurídico de los Estados democráticos.

Este es el caso, por ejemplo, de la **defensa del consumidor**.

(20) Comentar la afirmación de STROZZI, el cual afirma que el derecho del público a una información adecuada -que él define como "le droit du public à être correctement informé"- está garantizado por el art. 10 del Convenio Europeo, a partir de la sentencia del Tribunal Europeo en el caso Sunday Times (G.STROZZI, "**Liberté de l'information...**", pág. 973).

La defensa de los intereses del consumidor ha ido adquiriendo en los últimas décadas una dimensión subjetiva, que impulsa su reconocimiento como un derecho individual (21).

La Comisión Europea se ha referido, en la práctica, a la necesidad de "protéger les consommateurs" contra las prácticas comerciales desleales (22); y, en consecuencia, a una dimensión colectiva de ese interés.

De ello no puede deducirse que se esté ante una dimensión colectiva de ese derecho, sino que la Comisión Europea, al efectuar el balance de los intereses en juego, ha encontrado que las medidas restrictivas eran necesarias en orden a proteger el derecho individual de todo el conjunto de consumidores existentes en una sociedad democrática en un momento determinado.

Si la utilización de este derecho como punto de referencia se ha producido de esta manera por parte de la Comisión Europea, ha sido, precisamente, porque la demanda no implicaba directamente el interés de un consumidor o un grupo de consumidores en concreto; teniéndose, por tanto, en cuenta el interés genérico del conjunto de consumidores en la materia.

En el **caso Sunday Times**, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta los intereses de la opinión pública en general, pero, igualmente, ha tenido presentes los intereses de un **grupo particular de personas** (23): los **familiares de las víctimas** -por lo que puede hablarse de una aproximación individualizada del interés informativo.

(21) En España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), que desarrolla el art. 51 de la Constitución española, otorga al **consumidor** el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en determinados supuestos de afcción a sus intereses.

(22) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, du 5 mai 1979, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 253.

(23) Vid supra, pág. 489.

De esta posición de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, puede deducirse que, si bien el criterio del "interés del público" tiene una evidente componente colectiva -que se concreta en la consideración de los intereses informativos de la oposición pública-, está por lo menos **abierto en determinados casos a la particularización de los intereses informativos**; sobre todo, cuando se trata de grupos significativos en relación a la información objeto de restricción.

Esta apertura no supone que el criterio del "interés del público" pueda convertirse en el futuro en un criterio de valoración en sí mismo del interés individual en una determinada información. Ello no es posible, por cuanto su utilización se produce cuando no es puesto directamente en cuestión por el Estado la recepción de una información o, si es este interés el involucrado, para dar una perspectiva colectiva de apoyo a la libertad de recepción del individuo (24).

Lo que sí muestra esta apertura es que la práctica jurisdiccional no está cerrada a una evolución que permita hablar de un verdadero derecho individual a la información -de un "derecho del individuo a una información adecuada" (25); del cual, el criterio del "interés del público" sería una aproximación colectiva, susceptible de propiciar la necesidad de una información respecto a un conjunto de individuos.

De todas estas consideraciones efectuadas en torno a la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, es posible dar una visión global de cuál es la orientación seguida en la práctica por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

(24) Vid supra, pág. 236 y ss.

(25) Adaptando en un sentido individual la definición dada por el Tribunal Europeo (vid supra, pág. 233); esta alusión a una "información adecuada" podría ser interpretada como semejante en su contenido a la "información veraz" que exige el derecho a la información.

Aun partiendo de una base jurídico-política bastante definida -la libertad de información-, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo mantienen latente la posibilidad de una **evolución** en su interpretación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

El criterio interpretativo adoptado no está, por tanto, al menos potencialmente, cerrado a aquellas innovaciones que puedan responder a la realidad socio-política de la información. Si bien, hay que reconocer que esta evolución se encuentra en un estado muy incipiente, dado que la base jurídico-política de la libertad de recibir y comunicar información e ideas sigue siendo la misma.

Para forzar esta evolución es preciso, primero, un reforzamiento del criterio del "interés del público" (26); y, segundo, la paulatina **incorporación de los elementos normativos del derecho a la información como inherentes al concepto de libertad de recibir y comunicar información e ideas reconocida en el art. 10 del Convenio Europeo.**

Es necesario, en este punto, y teniendo en cuenta las directrices marcadas por la práctica jurisdiccional, ver en qué medida se ha llevado a cabo esta incorporación. De modo, que pueda evidenciarse cuál es la **tutela jurídica** que el art. 10 del Convenio Europeo ofrece a los elementos normativos característicos del derecho a la información (27).

(26) Que, como se ha podido examinar, en relación a algunos fines legítimos es aplicado con timidez e, incluso, no es tomado en cuenta en el momento del balance jurisdiccional (vid supra, pág. 450 y ss.).

(27) Por lo que se estudiará, a partir de este momento, la **tutela jurídica** que recibe **cada uno de los elementos normativos del derecho a la información por separado**; teniendo en cuenta las cinco áreas normativas que caracterizan el desarrollo del derecho a la información: el **reforzamiento de la posición del periodista**; el **acceso directo del individuo a las fuentes informativas**; las **limitaciones del contenido de la información**; el **derecho de acceso a los medios de comunicación social**; y la **consideración de los medios de comunicación social como un servicio público.**

2. EL REFORZAMIENTO DE LA POSICION DEL PERIODISTA.

Como se ha podido observar (28), la práctica jurisdiccional relativa a la libertad de recibir y comunicar información e ideas prevista en el art. 10 del Convenio Europeo ha tendido, en general, a privilegiar la **libertad de comunicar** información e ideas y, por tanto, a reforzar la tutela jurídica de quienes la ejercitan.

Igualmente, y dentro de este ámbito, se ha entendido como muy importante, desde el punto de vista social y político, la labor informativa de los medios de comunicación social.

En el fundamento de este principio interpretativo, parece encontrarse una concepción de la libertad de recibir y comunicar información e ideas que tiene como base jurídico-política a la **libertad de información** (29).

El examen de la posible evolución de esta concepción se sustenta en el análisis de si la postura de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo ha supuesto, a su vez, un **reforzamiento del papel del periodista**, y, en consecuencia, de su **posición jurídica**, desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo.

El reforzamiento de la posición del periodista tendría efectos muy relevantes en cuanto a la afirmación del derecho a la información, al potenciarse los **aspectos profesionales de la actividad informativa** (30); lo que redundaría en un mayor pluralismo de los medios de comunicación social, en beneficio de toda la sociedad (31).

En la práctica, empero, no parece muy claro que se produzca este reforzamiento de la posición jurídica del periodista.

(28) Vid supra, pág. 240 y ss.

(29) Vid supra, pág. 154 y ss.

(30) Vid supra, pág. 59.

(31) Vid supra, pág. 38.

La práctica jurisdiccional tiende, por un lado, a privilegiar a toda persona que ejerce su libertad de comunicar información e ideas -sin una especial identificación dentro del amplio abanico de personas que la ejercen a los periodistas; y, por otro lado, no parece ofrecerse un trato de favor al periodista respecto al medio de comunicación social o empresa periodística a la que está vinculado (32).

Desde otra perspectiva, tampoco los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han debido plantearse como una cuestión jurídica relevante la inserción como elementos normativos propios de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, tal y como la prescribe el art. 10 del citado Convenio, del **secreto profesional** o de la **cláusula de conciencia**; que, como se ha visto, son dos factores importantes para garantizar la posición jurídica del periodista dentro de la sociedad actual (33).

Las directrices generales que se adivinan en este planteamiento de las pautas interpretativas de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo respecto al tratamiento jurídico del periodista a partir del art. 10 del Convenio Europeo merecen un estudio más detallado y

(32) Es decir, la relación, sea laboral o sea de mera prestación de servicios, que se establece entre el periodista y la empresa periodística para la que efectúa un artículo, reportaje o comentario.

Un trato favorable serviría, sin duda, para reforzar la libertad de comunicar información e ideas en general, ya que permitiría a los periodistas actuar con mayor independencia de criterio.

A este respecto, SAAVEDRA LOPEZ subraya la importancia de unas normas reguladoras de la profesión periodística, ya que, en su opinión, la "finalidad de las normas reguladoras de la profesión [periodística] es dotar a ésta de autonomía e independencia en la **defensa de los derechos de sus miembros** y en la **exigencia de sus responsabilidades** (M.SAAVEDRA LOPEZ, "La libertad de expresión en el Estado de Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 112). El resaltado es propio.

Debe observarse cómo este reforzamiento pretende incidir no sólo en los derechos de los periodistas sino también en sus responsabilidades como agentes de un actividad con relevancia social.

(33) Vid supra, pág. 60.

preciso, distinguiéndose dos aspectos: la **tendencia a privilegiar la libertad de comunicar información e ideas** y la **ausencia de un tratamiento jurídico especial de la profesión periodística**.

2.1. LA TENDENCIA A PRIVILEGIAR LA LIBERTAD DE COMUNICAR INFORMACION E IDEAS.

El primer supuesto de hecho en el que un periodista es actor de una demanda presentada en virtud del mecanismo de protección de los Derechos Humanos instaurado por el Convenio Europeo es el **caso De Becker** (34).

La cuestión crucial en este supuesto era dilucidar la compatibilidad de la legislación belga que instituía una prohibición a perpetuidad de ejercer la libertad de expresión -y aplicada al demandante (35)-, por colaboracionismo con los ocupantes nazis durante la II Guerra Mundial.

La Comisión Europea subrayó que las medidas adoptadas contra el Sr. De Becker, de acuerdo con la legislación belga, le habían sido aplicadas no tanto por su condición de periodista, sino por estar dentro de la categoría de "personnes reconnues coupables de certains crimes commis en temps de guerre et **n'impliquant pas nécessairement un abus du droit à la liberté d'expression** (36)".

(34) Vid supra, pág. 440 y ss.

(35) El art. 123 sexies del Código Penal belga instituía una serie de prohibiciones a perpetuidad, entre las que destacaba la del apartado e), relativa al derecho de "participer à quelque titre que ce soit à l'exploitation, à l'administration, à la rédaction, à l'impression ou à la diffusion d'un journal ou de toute publication (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire de Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 4, 1962, pág. 139).

(36) Ibid, págs. 126 y 127.

Lo esencial para la Comisión Europea, desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo, es que las medidas adoptadas contra el demandante, afectaban a la libertad de expresión de este tipo de personas -y no precisamente al demandante por su cualidad profesional de periodista- y eran incompatibles con las disposiciones del citado artículo (37).

Por lo tanto, la apreciación de las medidas jurídicas adoptadas por las autoridades nacionales son enjuiciadas sin reparar en modo alguno en la condición específica de periodista ostentada por el demandante.

Hay que tomar también en consideración, por las consecuencias interpretativas que se derivan de la actitud de la Comisión Europea, su informe en el **caso De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas** (38).

Se advierte la particularidad del problema planteado en este supuesto, pues, como la propia Comisión Europea indica, las listas completas de los programas a emitir no son, en sentido estricto, "simples faits ou de simples nouvelles"; ya que (39):

"Il s'agit plutôt d'une compilation de faits qui constituent des nouvelles en ce sens qu'elles fournissent aux auditeurs ou téléspectateurs un guide qui les aidera (...) à choisir les programmes qu'ils écouteront ou regarderont".

Sobre esta base, la Comisión Europea estimó que la libertad de comunicar información e ideas está **limitada**, en razón de la protección otorgada a su ejercicio, a quienes en su **calidad de autor, promotor o propietario de la información** la producen, buscan u organizan (40).

(37) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire de Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 4, 1962, pág. 139).

(38) Vid supra, pág. 152 y ss.

(39) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 25, pár. 83.

(40) Ibid, pár. 84.

De la opinión de la Comisión Europea no puede deducirse que esta visión restrictiva del ejercicio de la protección de la libertad de comunicar información e ideas se refiera exclusivamente al tipo de información que se enjuiciaba en el supuesto de hecho.

Por el contrario, este criterio puede extenderse a cualquier tipo de información, y, en especial, a las que se incluyen en la noción de "noticias de actualidad" (41); ya que toda información tiene tras de sí una persona, física o jurídica, que la recopila, estudia, elabora y organiza.

En este mismo sentido parece haberse expresado la propia Comisión Europea, al resolver la inadmisibilidad de la **demanda 5528/72**.

Aunque referida al ejercicio de la libertad de recibir información e ideas -por la prohibición de acceder concretamente al "Libro Rojo del Cole" (42)-, al apreciar los hechos de esta demanda la Comisión Europea indicó que era irrelevante, para decir que no había existido injerencia en los derechos de los demandantes, que existiera o no entre los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo "un droit général d'être au courant de **toute information ou idée qu'un auteur destine à la publication** (43)".

De este criterio de la Comisión Europea se deriva una nueva cuestión, que incide de una manera más directa en la determinación de la posición jurídica del periodista y su posible reforzamiento dentro del art. 10 del Convenio Europeo.

(41) Vid supra, pág. 5.

(42) Recordar, en este sentido, el **caso Handsyde**.
Vid supra, pág. 450 y ss.

(43) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 5528/72, X, Y et Z c/ Royaume-Uni, du 4 mars 1976, Décisions et Rapports, 5, pág. 7. El resaltado es propio.

Como se puede observar, la Comisión Europea se refiere a toda clase de información o juicio de valor destinado a la publicación.

En concreto, se trata de la concepción que pueda tener la Comisión Europea de quién es el **responsable** de la información; es decir, de la persona física o jurídica a la que se considera, a efectos de la protección del ejercicio de su libertad de comunicar información e ideas, el sujeto activo de la actividad informativa.

En el antes reseñado **caso de Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas** (44), identifica a los sujetos cuya libertad de comunicar información e ideas a aquellas personas que ostenten la calidad de **autor, promotor o propietario intelectual** de la información (45).

Se está refiriendo la Comisión Europea, por tanto, a un **criterio inmaterial** de la titularidad del ejercicio de la libertad de comunicar información; ya que no sólo se alude al autor material de la información, sino que se abre la posibilidad de que éste sea sustituido por el "promotor" o el "propietario intelectual" de la misma -en la medida en que la condición de autor, por un lado, y la de promotor o propietario intelectual, por otro lado, pueden muy bien no coincidir.

El problema derivado a este respecto de la **relación entre el periodista y el medio de comunicación social o la empresa periodística** en su caso, en relación a la titularidad sobre la información, no queda, al menos en apariencia, totalmente despejado.

No obstante, de la actitud de la Comisión Europea es posible extraer una interpretación más o menos clara de este problema. Y ello, debido a que la distinción efectuada por la Comisión Europea entre el "autor", el "promotor" o el "propietario intelectual" de una información puede entenderse como la determinación de una serie de diferentes posibilidades de titularidad sobre la información.

(44) Vid supra, pág. 152.

(45) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 25, pár. 84.

La noción de "**autor**" permite una identificación directa del periodista con la información que él mismo ha buscado y elaborado; mientras, la figura del "**promotor**" parece más bien hacer referencia a la posibilidad de responsabilizar de la información al medio de comunicación social en cuyo colectivo humano se integra el periodista, y que efectúa la labor de organización de la información.

En un plano totalmente distinto, se ubica la calidad de "**propietario intelectual**", en la que se advierte una **relación jurídica patrimonial** entre una persona, física o jurídica, y la información (46).

La cuestión radica en delimitar, respecto de una información, quién está ejerciendo su libertad de comunicar información e ideas cuando una información es transmitida por los medios de comunicación social.

En ningún momento, sin embargo, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han entrado a discernir en particular qué persona física o jurídica era realmente titular de la información.

(46) La Ley de Propiedad Intelectual española (Ley 22/1987, de 11 de noviembre), identifica al propietario como el **autor** -"la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica" [art. 5 de la Ley]-, aunque prevé que podrá ser el propietario el **editor** de una obra cuando éste coordine una obra colectiva [art. 8 de la Ley].

Igualmente, la Ley prevé, en su art. 51, la posibilidad de la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral.

En Francia, por ejemplo, el art. 9 de la Ley 11 de marzo de 1957, otorga los derechos de autor a la "personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue" cuando la "contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fonde dans l'ensemble" (Fuente: J.M.AUBY y R.DUCOS-AUDER, "**Droit de l'information**", Dalloz, Paris. Deuxième édition, 1982, pág. 595).

Esto implica que si el periodista no firma su artículo la propiedad intelectual corresponderá a la empresa periodística; en cambio, si la suscribe, según la normativa francesa en vigor, tendrá el derecho de autor, aunque cederá los derechos de explotación a la empresa (ibid, pág. 596).

La ausencia de un intento de profundizar en ese ámbito, demuestra que lo relevante para los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo es la comprobación de si se ha violado la libertad de comunicar información de quien la alega.

2.2. LA AUSENCIA DE UN TRATAMIENTO JURIDICO ESPECIAL DE LA PROFESION PERIODISTICA.

A través de la práctica jurisdiccional, se afirma la idea de que la posición jurídica del periodista **no se ha visto reforzada** de modo que se deriven unos privilegios en relación al ejercicio de la libertad de comunicar información e ideas, puesto que en ningún momento se diferencia, a tales efectos, entre el periodista, el medio de comunicación social o la empresa periodística.

Se advierte, por ejemplo, una clara tendencia a que en los supuestos en que se pone en peligro la **reputación ajena** (47) sea el **autor material de la información difamatoria** el encausado y, por tanto, el que recurre ante la instancia internacional (48); sin que ello, reafirmando lo antedicho, comporte una diferenciación del tratamiento jurídico dispensado por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

Esta postura de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo es congruente con su tendencia a no primar, de una manera especial, a determinados colectivos particularmente sensibles respecto al ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo (49).

(47) Vid supra, pág. 473 y ss.

(48) Ibid.

(49) Por ejemplo, respecto a los **maestros** dentro de la escuela en la que trabajan ejerciendo su labor docente (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8010/77, X c/ Royaume-Uni, du 1 mars 1979, Décision et Rapports, 16, pág. 103 y ss.).

Desde otra perspectiva, en el **caso Lingens** (50), el Tribunal Europeo tuvo en cuenta la importancia social de un determinado tipo de periodismo: el que tiene como objeto la **información política**. Respecto a este tipo de información, el Tribunal Europeo consideró que los **límites de la libertad de comunicar información e ideas eran más amplios** (51).

De esta afirmación no puede deducirse "per se" que se esté concediendo un tratamiento jurídico privilegiado al periodista dedicado a informar y comentar la vida política de su país.

Hay que observar, en este sentido, que lo que se privilegia es el **objeto** de la actividad periodística: la **información política**.

En consecuencia, **cualquier persona**, sea periodista o no, que intervenga públicamente, mediante informaciones o juicios de valor, en el **debate político** nacional contará, en opinión de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, con una mayor tolerancia en la apreciación de los límites de su libertad de comunicar información e ideas.

De lo que se puede concluir, que, si existe una extensión de los límites del ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, no se produce en función de la persona que la ejercita, sino en función del **contenido informativo** y de su **interés social** -es decir, que responda a un "interés del público" superior (52).

(50) Vid supra, pág. 140.

(51) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 8 juillet 1986, Série A, 103, pár. 42.

(52) Como lo demuestra el que la **información comercial** no reciba un tratamiento tan favorable como la información política; como indica el Tribunal Europeo "dans le domaine de la concurrence [comercial] les Etats jouiraient d'un ample latitude" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A (en préparation), 165, pár. 32).

Esta concepción derivada de la práctica jurisdiccional se ve reforzada, si se analiza el punto de vista de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo respecto a la **exigencia de veracidad de las informaciones** (53).

Al respecto de esta exigencia, señala un autor como NEDJATI que:

"In is the duty of the press and other organs of mass communications media not to publish false news (54)".

Y ello, porque el propio concepto de información, en el sentido que el derecho a la información lo entiende, implica que la información ha de ser **veraz** (55); lo que significa, a su vez, que su contenido debe respetar valores tan esenciales en una sociedad democrática como la **objetividad** y la **pluralidad** de puntos de vista (56).

De esta visión, puede derivarse la necesidad de un régimen jurídico privilegiado en favor del periodista, para asegurar que éste responda ante la sociedad de la veracidad de sus informaciones, sustrayéndole a las influencias del Estado o de su propia empresa (57).

Esta perspectiva no es la adoptada por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

Lo que se deduce de la práctica jurisdiccional en este aspecto se sigue de la orientación interpretativa que se ha podido ir observando: se privilegian las **informaciones verídicas**, en la medida en que responden a un interés social.

(53) No extensible a las **opiniones**.

(54) Z.NEDJATI, "**Human Rights in European Convention**", North Holland Publishers Company, Amsterdam, 1978, pág. 184.

(55) Vid supra, pág. 140 y ss.

(56) Indica STROZZI que "**l'objectivité et la veridicité**" son dos elementos **implícitos** "dans le **concept même d'information** et constituant une garantie indispensable pour ses destinataires (G.STROZZI, "**Liberté de l'information...**", pág. 952). El resaltado es propio.

(57) Que es, esencialmente, la finalidad que se persigue al reforzar la posición jurídica del periodista.

No se trata, nuevamente, de reforzar la posición jurídica de quienes ejercen de forma responsable su libertad de comunicar información e ideas, sino de **primar la adecuación del contenido de la información a las demandas sociales.**

Incluso, desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, esta última debe **relativizarse**, en tanto que no toda información veraz recibe este tratamiento jurídico privilegiado. Como el propio Tribunal Europeo ha reconocido al afirmar que, en presencia de ciertos intereses, la **restricción de una información veraz puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática** (58).

En conclusión, se puede decir que la posición de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se caracteriza porque tiende a conceder un tratamiento jurídico privilegiado a **toda persona** que ejerce su **libertad de comunicar información e ideas.**

Igualmente, tiende a ofrecer una **tutela jurídica más amplia** todavía respecto a aquellas informaciones o comentarios que muestren un **especial interés social** -apreciable por la existencia de un "interés del público" relevante-; y, en la medida en que ello sea exigible, a las **informaciones que respondan al criterio de veracidad.**

Esta ampliación de la tutela jurídica es independiente de las condiciones personales o profesionales de quien ha ejercido su libertad de comunicar información e ideas; dependiendo, por el contrario, del **contenido** de la información o juicio de valor transmitidos.

No puede afirmarse tampoco de una forma rotunda y terminante que en la práctica jurisdiccional se olvide totalmente la especial vinculación de los periodistas al ejercicio de la libertad de comunicar información e ideas.

(58) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A (en préparation), 165, pár. 35.

Dada la amplia tutela jurídica que, en general, es concedida a toda persona que ejerce la libertad de comunicar información e ideas, al apreciar una restricción adoptada en contra de un **periodista** se deben tener en cuenta, de acuerdo con el art. 10 (2) del Convenio Europeo, la **especial responsabilidad** que en una sociedad democrática adquiere el ejercicio de dicha profesión (59).

De este modo, queda a expensas de cada sociedad decidir en qué forma -a través de una norma jurídica o un código deontológico adoptado por los propios profesionales (60)- se regulan los límites de la libertad de comunicar información e ideas para los profesionales de la información; así como la relación entre éstos y el medio de comunicación social o empresa periodística para los que trabajan.

Sólo en esta medida puede hablarse de un régimen jurídico particular de los periodistas, desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo; en cuanto a que su mayor responsabilidad social puede dar lugar, a su vez, a una mayor tutela jurídica si su actividad entra dentro de los límites que esa responsabilidad determina.

En todo caso, han de ser los propios órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo los que, ante cada supuesto de hecho, establezcan si hay que ofrecer esa especial protección al periodista (61).

(59) Vid supra, pág. 127.

(60) Es decir, efectuando una **autorregulación** de su profesión (vid supra, pág. 40).

(61) Tiene particular importancia el caso en que una empresa periodística pueda impedir a un profesional ejercer su libertad de comunicar información e ideas; porque en este caso, no juega sólo la importancia del **contenido de la información** -por lo que no se diferenciará en demasía el problema jurídico respecto a otra persona a la que se interfiera en el ejercicio de esa libertad-, sino también la existencia de una relación laboral o de servicios -recordando que el derecho al trabajo no es un derecho reconocido en el Convenio Europeo- y el hecho de que la limitación provenga de la relación del sujeto con un tercero y no con el Estado, por lo que se plantea una cuestión relativa al **efecto horizontal** del Convenio Europeo (vid supra, pág. 109).

Por lo cual, hay que decir que esta formulación es **insuficiente para poder hablar de un verdadero régimen jurídico privilegiado dentro del art. 10 del Convenio Europeo**, ya que su existencia se determinará en función de los límites que se establezcan a su libertad, sus condiciones individuales, y, fundamentalmente, por el **interés social de la información o juicio de valor efectuados**.

3. EL ACCESO DIRECTO DEL INDIVIDUO A LAS FUENTES INFORMATIVAS.

El **acceso directo del individuo a las fuentes informativas** supone la posibilidad de que cualquier individuo, además de la información que obtiene a través de los medios de comunicación social, cuente también con la posibilidad de acceder **sin intermediarios** a determinado tipo de informaciones (62).

Esto implica que para la consecución de estas informaciones el individuo no debe apoyarse en los **medios de comunicación social** como **agentes informativos**; bien porque la naturaleza de la información impide esta intermediación (63), bien porque ésta resulta innecesaria.

De esta posibilidad se deriva la necesidad de que el individuo muestre una **postura activa** en relación a la información. Así, el individuo debe realizar todos aquellos actos tendentes a conseguir la información y a lograr su comprensión e interpretación; el individuo se ocupa, pues, de **buscar** dicha información (64).

Esta modalidad de obtención de información tiene una doble **finalidad** en una sociedad democrática: **mejorar el**

(62) Vid supra, pág. 61.

(63) Por ejemplo, la **información administrativa**; en especial, cuando ésta se refiere a expedientes en los que está implicado el interés del individuo.

(64) Vid supra, pág. 53.

nivel de conocimiento del individuo sobre cualquier tipo de cuestiones de actualidad y, en conexión con ello, propiciar su participación en los asuntos públicos.

Esto se demuestra, sobre todo, por el hecho de que el ámbito más relevante en el que se plantea este acceso directo por parte del individuo es en el de la **información administrativa** (65).

En este sentido, hay que apreciar la importancia de la **transparencia informativa de los poderes públicos** para que todo individuo pueda ejercer su derecho a la crítica dentro del marco socio-político delimitado por el Estado de Derecho (66) y, por consiguiente, a participar en las decisiones tomadas por aquéllos.

Se observa, en suma, cómo el acceso directo de los ciudadanos a determinados tipos de información -y, en especial, la información administrativa- se constituye en un elemento crucial del derecho a la información, en cuanto apoya la idea de que la información constituye un bien para el hombre y ayuda, por otro lado, a convertirle en un verdadero ciudadano de la sociedad democrática.

Advertida su relevancia, es preciso calibrar cuál es la **tutela jurídica** ofrecida por el art. 10 del Convenio Europeo a este elemento normativo del derecho a la información, considerando, por un lado, los **principios generales en torno al acceso directo del individuo a las fuentes informativas** y, por otro lado, efectuando una **especial referencia al acceso del individuo a la información administrativa**.

(65) Vid supra, pág. 65. Que puede entenderse como aquella información que, suministrada directamente por la Administración tiende a atender la necesidad de información de los ciudadanos sobre la actuación de los poderes públicos.

(66) Vid, por ejemplo: B.LASSERRE y OTROS, "**La transparence informative**", PUF, Paris, 1987, pág. 55; o bien, J.MICHAEL, "**Freedom of information in the United States of America**". En: "Public access to Government-held information: a comparative symposium", [Editor N.MARSH], Steven & Sons Ltd., London, 1987, pág. 56.

3.1. PRINCIPIOS GENERALES EN TORNO AL ACCESO DIRECTO DEL INDIVIDUO A LAS FUENTES INFORMATIVAS.

El análisis de la práctica jurisdiccional debe partir de la postura mantenida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, los cuales, en general, otorgan una posición privilegiada al ejercicio de la libertad de comunicar información e ideas en el contexto del art. 10 del Convenio Europeo (67).

Ello no es óbice para que, de un modo paulatino, se haya ido produciendo también un **afianzamiento de la tutela jurídica en favor del individuo que recibe información e ideas** (68).

En 1965, la Comisión Europea tuvo en cuenta el **interés de la información a la que el demandante no pudo tener acceso** para determinar la necesidad de una restricción a su libertad de recibir información e ideas.

Al demandante, recluso a perpetuidad en un penal por dos asesinatos, le fue negada por las autoridades penitenciarias la posibilidad de adquirir un ejemplar del Reglamento de servicio y ejecución penitenciarias.

La Comisión Europea aceptó el criterio de las autoridades judiciales alemanas, que juzgaron que el demandante deseaba adquirir la citada reglamentación:

"non pas pour mieux connaître ses droits et devoirs, mais <pour discuter avec la presse des questions relatives au régime pénitentiaire> (69)".

(67) Vid supra, pág. 225.

(68) Vid supra, pág. 247 y ss. Es decir, de su tutela jurídica directa, dejando a un lado la aplicabilidad del criterio del "interés del público" como criterio valorativo de la necesidad de las restricciones.

(69) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1860/63, X c/ R.F. d'Allemagne, du 15 décembre 1965, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VIII, 1965, pág. 217.

De este modo, parece afirmarse que, de haber existido un **interés del individuo en la información**, -por ejemplo, si hubiese sido el de conocer mejor sus derechos y deberes- éste podría haber condicionado la apreciación de la necesidad de restringir sus derechos; con lo cual implícitamente se estaría abriendo una vía hacia una interpretación amplia de la libertad de recibir información e ideas.

Ello, a su vez, podría comportar que el individuo, mientras se manifestase ese interés, pudiera acceder a cualquier tipo de información, quedando su actuación tutelada desde la perspectiva de la libertad de recibir información e ideas, tal y como está prevista en el art. 10 del Convenio Europeo.

Pronto pudo comprobarse, sin embargo, que la idea de la Comisión Europea era en realidad mucho menos ambiciosa, atenuándose la amplitud advertida en el anterior criterio.

En primer lugar, y desde la perspectiva de los supuestos de hecho en los que se encontraban implicadas **personas sometidas a detención o prisión** (70), porque se consideró que las restricciones a la libertad de recibir información e ideas podían muy bien no constituir una "injerencia" en el sentido del art. 10 (1) del Convenio Europeo (71).

Y, en segundo lugar, ya desde una perspectiva general, porque se produjo, a partir de la propia práctica de la Comisión Europea en la materia, una **delimitación del alcance jurídico de la tutela de la libertad de recibir información e ideas**.

(70) Vid supra, pág. 293 y ss.

(71) Abriéndose la posibilidad a la existencia de **limitaciones implícitas** de la libertad de recibir información e ideas.

En este sentido, por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 2785/66, X c/ R.F. d'Allemagne, du 22 mai 1969, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XII, 1969, pág. 192 y ss.

Es significativo a este respecto el Informe de la Comisión Europea sobre el **caso De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas** (72), pues, ante la imposibilidad de que ciertos medios de comunicación social pudiesen difundir la programación completa de radio y televisión, la Comisión Europea efectuó la siguiente precisión en cuanto a la tutela jurídica prestada por el art. 10 del Convenio Europeo a la **información**, diciendo que:

"la protection que l'article 10 de la Convention [Europea] vise à garantir concerne la libre circulation de ces informations en général (73)".

De ahí, la Comisión Europea dedujo que la medida restrictiva adoptada por las autoridades holandesas no afectaba a los derechos garantizados en el citado artículo, en tanto en cuanto cualquiera podía informarse sobre la programación de radio y televisiva de una forma conveniente y suficiente (74).

Esta opinión demuestra que la intención de la Comisión Europea es más moderada en cuanto a su planteamiento y objetivos, ya que sostiene que la libertad de recibir información e ideas -y, particularmente, en el caso de la información- implica la existencia de un **libre flujo informativo del que puedan beneficiarse todos los individuos** (75); y que, por tanto, bastará con que este flujo esté garantizado para se considere tutelada efectivamente la citada libertad.

De lo que pueden extraerse dos ideas esenciales en torno al alcance jurídico de la tutela ofrecida por la libertad de recibir información e ideas.

(72) Vid supra, pág. 152.

(73) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 25, pár. 85.

(74) Ibid, pár. 86.

(75) En este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JCNATHAN y J.P.JACQUE, "**Activité de la Commission Européenne des Droits de l'Homme** (1975-1976)", Annuaire Français de Droit International, XXII, 1976, pág. 134; P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice of the European Convention on Human Rights**", Kluwer Law and Taxations Publishers, Deventer, 1984, pág. 311.

Primero, que la Comisión Europea no tendrá necesariamente en cuenta la existencia de un interés directo e individualizado del ciudadano en una determinada información; lo esencial, desde la perspectiva de la libertad de recibir información e ideas, será que el individuo pueda **beneficiarse de un libre flujo de información que sea, al mismo tiempo, suficiente para satisfacer sus necesidades** (76).

Y, segundo, y en relación a lo anterior, que la libertad de recibir información e ideas es entendida por la Comisión Europea, en cuanto a la tutela jurídica que se le concede, como la **libertad de acceso a cualquier tipo de información a través de las fuentes informativas generalmente accesibles** (77); y, por tanto, normalmente, a través de los **medios de comunicación social**.

Esta idea puede sostenerse con mayor firmeza en otros argumentos aportados por la propia Comisión Europea, en una decisión de admisibilidad prácticamente coetánea al Informe reseñado.

Así, si bien la Comisión Europea se refirió a un posible "**droit général d'être informé de toute information ou idée**" -que podría englobar cualquier tipo de información a priori-, delimitó seguidamente el alcance de este derecho garantizado por el art. 10 del Convenio Europeo al circunscribirlo a toda información "**qu'un auteur destine à la publication**" (78).

(76) Vid supra, pág. 30 y ss.

Esta interpretación es criticada por VAN DIJK y VAN HOOFF, que se inclinan por una concepción más amplia de la libertad de recibir información e ideas. En referencia a la misma, señalan que, al establecer el criterio de la suficiencia de un libre flujo informativo, la Comisión Europea "seems to disregard altogether the words <to receive...information>. These words indicate that the collection of information **from any source whatever should in principle be free...**" (P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "Theory and practice...", pág. 311). El resaltado es propio.

(77) Vid supra, pág. 30 y ss.

(78) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 5528/72, X, Y et Z c/ Royaume-Uni, du 4 mars 1976, Décisions et Rapports, 5, pág. 7.

Por tanto, la libertad de recibir información e ideas se tutela únicamente respecto a aquellas informaciones e ideas que sean difundidas a través de los canales de distribución accesibles al público en general.

La libertad de recibir información e ideas, así concebida, parece configurarse como un derecho de **carácter pasivo**; siendo la única actividad desarrollada por el individuo la elección y el libre acceso a los distintos medios de comunicación social y publicaciones, de modo que quedará a salvo la efectividad de su tutela siempre que exista un grado suficiente de información accesible en el conjunto de la opinión pública (79).

Igualmente, no parece que a partir de la libertad de recibir información e ideas se conceda un derecho al individuo de acceder a cualquier tipo de información y, por supuesto, a cualquier fuente informativa.

En cambio, no debe pensarse que la libertad de recibir información e ideas se circunscribe a los **medios de comunicación escritos** -dada la referencia de la Comisión Europea al término "publicación"; por el contrario su tutela jurídica se extiende también a los **medios de comunicación audiovisuales** -incluyendo tanto a las emisiones legalmente efectuadas como a las clandestinas o "piratas" (80).

Desde una perspectiva de conjunto, se aprecia, pues, que el afianzamiento de la libertad de recibir información e ideas en la práctica jurisdiccional es, al menos en líneas generales, **limitado en sus objetivos y en la tutela jurídica ofrecida** al individuo, el cual no verá a priori amparadas una serie de actividades dirigidas a mejorar su grado de conocimiento de la realidad social y política.

(79) La actividad a desarrollar por el individuo es únicamente la de **procurarse información a través de las fuentes de información generalmente accesibles**, por lo que la libertad de recibir información e ideas se circunscribiría a la tutela jurídica de esta mínima manifestación activa (vid supra, pág. 30 y ss.)

(80) Vid supra, pág. 30 y ss.

3.2. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO DEL INDIVIDUO A LA INFORMACION ADMINISTRATIVA.

La cuestión que puede suscitarse, a la luz de estos principios interpretativos, es si en algún momento los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se han planteado la insuficiencia de las fuentes generalmente accesibles como garantes del flujo informativo que precisa el ciudadano en la sociedad democrática actual.

Ello, de ser así, permitiría que, cuando menos en algunos aspectos puntuales, se modificase esa visión general, pasándose a tutelar, en virtud del art. 10 del Convenio Europeo, determinadas manifestaciones de la libertad de recibir información e ideas dirigidas a la obtención de información de otras fuentes (81).

Entre estas manifestaciones, por la importancia que ha adquirido en la sociedad actual como medio de complementar los conocimientos del ciudadano, es preciso subrayar la posibilidad de amparar el acceso a la **información administrativa**, y, en particular, el **derecho de acceso a la documentación administrativa**.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, a partir sobre todo de la década de los 70, los Estados Parte del Convenio Europeo han ido reconociendo, con mayor o menor amplitud, este derecho de los ciudadanos (82); lo que se ha reflejado igualmente en la labor del Consejo de Europa (83).

Es preciso examinar, vistas estas premisas, si los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han captado esta realidad jurídico-política y si han entendido que la misma debe recibir la tutela jurídica del art. 10 del Convenio Europeo, como una manifestación de la libertad de recibir información e ideas.

(81) Vid supra, pág. 61.

(82) Vid supra, pág. 211.

(83) Vid supra, pág. 212 y ss.

Es muy significativa a este respecto la decisión de la Comisión Europea que declaró inadmisibles una serie de demandas -que fueron acumuladas por la identidad de los hechos a que hacían referencia-, conocidas en su conjunto como el **caso de las Comunas Austríacas** (84).

En relación a la libertad de recibir información e ideas, los demandantes se quejaron de que les era impedida, a pesar de su calidad de cargos electos de las mismas, la **obtención de determinadas informaciones relacionadas con su Comuna** (85).

La Comisión Europea sostuvo en su argumentación que, del art. 10 del Convenio Europeo, **no se derivaba un derecho especial de información en favor de los representantes oficiales distinto o más extenso que el del resto de los ciudadanos** (86).

Aunque se trate de negar este régimen privilegiado, de lo afirmado por la Comisión Europea se infiere que **no existe tampoco un derecho general de los individuos a acceder a la información administrativa**, ya que la presencia de privilegios informativos para los representantes populares vendría dada por la imposibilidad del público en general de obtener ese tipo de informaciones.

La propia Comisión Europea parece así entenderlo al precisar lo que los demandantes reclamaban era:

"la communication d'informations auxquelles le grand public ne peut généralement pas avoir accès, mais dont ils estiment, en leur qualité de conseillers, qu'elles devraient être portées à leur connaissance (87)".

(84) Vid supra, pág. 145.

(85) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité des Requêtes 5767/72, 5922/72, 5929/72-5931/72, 5953/72-5957/72, 5984/73-5988/73 et 6011/73, Seize Communes d'Autriche et certains de leurs Conseillers Municipaux c/ Autriche, du 31 mai 1974, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XVII, 1974, pág. 355.

(86) Ibid.

(87) Ibid.

La restrictividad de esta interpretación del art. 10 del Convenio Europeo respecto al derecho de acceso a los documentos administrativos fue matizada por la propia Comisión Europea pocos años después.

En 1979, concretamente, al examinar la admisibilidad de la **demanda 8383/78** (88) dió lugar a una nueva perspectiva interpretativa.

El supuesto de hecho se refería a la imposibilidad para el demandando de presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán por transcurso de los plazos legales, al haberle sido remitida la sentencia que se deseaba recurrir a su antiguo domicilio -cuando había comunicado a las autoridades postales el citado cambio con anterioridad; por lo que el demandante entendía que se había producido una violación de su libertad de recibir información e ideas.

La Comisión Europea sostuvo, en primer lugar, que la libertad de recibir información e ideas en el sentido de la art. 10 del Convenio Europeo implicaba, **sobre todo, el acceso a las fuentes de información generalmente accesibles** (89).

Y, en segundo lugar, la Comisión Europea admitió -y es aquí donde radica la novedad- que:

"le droit de recevoir des informations puisse, dans certaines conditions, inclure un droit d'accès de la personne intéressée à des documents qui, bien que n'étant pas généralement accessibles, présentent une importance particulière pour sa propre situation (90)".

Por tanto, no puede deducirse ya del art. 10 del Convenio Europeo que este no ampare jurídicamente el derecho de acceso a la documentación administrativa.

(88) Vid supra, pág. 144.

(89) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8383/78, X c/ R.F. d'Allemagne, du 3 octobre 1979, Décisions et Rapports, 17, pág. 230.

(90) Ibid. El resaltado es propio.

Ahora bien, hay que tener en cuenta, en relación a esta posibilidad, dos matices importantes.

Por un lado, la Comisión Europea reconoce este derecho como una **posibilidad** que puede ser necesaria **en función de las circunstancias de hecho**; en consecuencia, **no se está ante un derecho cuya tutela jurídica se derive directa y genéricamente del art. 10 del Convenio Europeo**, ni existe una obligación por parte de los Estados de garantizarlo en todo caso, a partir de su inclusión en el citado artículo.

Y, por otro, que la Comisión Europea le otorga un **alcance jurídico limitado**, ya que se hace mención únicamente al derecho de acceso a la **documentación administrativa de interés directo y personal para el individuo**, y siempre que presente una **importancia particular para su situación** (91).

Este criterio interpretativo ha sido posteriormente avalado en el **caso Leander** y el **caso Gaskin**, por el propio Tribunal Europeo.

En el **caso Leander** (92), desde la perspectiva de la libertad de recibir información e ideas, el supuesto de hecho plantea el problema del acceso a un registro de datos de las autoridades policiales donde figuran informaciones sobre la situación del demandante, en este caso un empleado del Estado.

(91) Ello supone que no toda información administrativa es, en el sentido del art. 10 del Convenio Europeo, "información", pues, como indica la propia Comisión Europea el concepto de información del mismo no es tan amplio como para obligar a revelar determinados datos, por ejemplo, el nombre de una comisión de régimen penitenciario (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8575/79, X c/ Royaume-Uni, du 14 décembre 1979, Décisions et Rapports, 20, pág. 205).

De este modo, la imposibilidad de acceder a este tipo de informaciones no constituiría una injerencia en la libertad de recibir información e ideas en el sentido del art. 10 (1) del Convenio Europeo (ibid).

(92) Vid supra, pág. 249 y ss. y pág. 414 y ss.

La Comisión Europea sostuvo que, dado que la falta de comunicación de la citada información no constituía una violación de los derechos del demandante desde la perspectiva del art. 8 del Convenio Europeo -es decir, de su derecho a la intimidad personal-, "**il n'est pas possible de tirer de l'article 10 [del Convenio Europeo] le droit pour le requérant de recevoir les informations le concernant et consignées dans le registre de police (93)**".

El Tribunal Europeo, por el contrario, sí que apreció la necesidad de perfilar, desde la perspectiva del supuesto de hecho, las obligaciones derivadas del art. 10 del Convenio Europeo respecto a la libertad de recibir información e ideas (94).

Así, el Tribunal Europeo indicó que la libertad de recibir información e ideas **prohibía fundamentalmente a las autoridades nacionales impedir el acceso a informaciones que**, en sus propias palabras, "**d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir (95)**".

Se aludía con ello a que el art. 10 Convenio Europeo concebía a la libertad de recibir información e ideas, en esencia, como el derecho de acceso a las fuentes generalmente accesibles (96), cuyas restricciones debían responder al criterio de necesidad de su párrafo 2.

(93) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 17 mai 1985, Requête 9248/81, T.Leander c/ Suède, Conseil de l'Europe, 1985, pág. 40, pár. 86. El resaltado es propio.

(94) Respecto a la libertad de comunicar información e ideas, que el demandante también consideraba le había sido conculcada, dado que fue despedido por sus ideas políticas, tanto la Comisión Europea como el Tribunal Europeo se remitieron a que no había existido una injerencia, al tratarse de una condición para el acceso a la función pública (ibid, párs. 84; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Leander, Arrêt du 26 mars 1987, párs. 71 y ss.).

De igual forma que en el **caso Glasenapp** y el **caso Kosiek** (vid supra, pág. 414 y ss.).

(95) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Leander, Arrêt du 26 mars 1987, pár. 74.

(96) Vid supra, pág. 36 y ss.

A continuación, y teniendo presente esta afirmación general, el Tribunal Europeo manifestó que, en relación a este supuesto de hecho, **no se desprendía del art. 10 del Convenio Europeo un derecho del individuo a acceder a un registro que contuviese datos relativos a su propia situación;** y que, por tanto, **no existía una obligación que incumbiese al Estado de comunicárselos** (97).

Podría quedar la duda de si este principio estaba elaborado únicamente en función del supuesto de hecho relativo al demandante; es decir, si en virtud de la situación y del contexto del caso Leander (98) se había afirmado dicho principio.

No obstante, los propios órganos jurisdiccionales despejaron esa duda, al mantener la misma interpretación en el caso Gaskin (99).

Se puede afirmar, pues, a modo de conclusión que la tutela jurídica del **acceso directo del individuo a las fuentes informativas** no recibe una garantía jurídica suficiente derivada del art. 10 del Convenio Europeo.

Tal y como los órganos jurisdiccionales interpretan la libertad de recibir información e ideas, ésta es sobre todo un **derecho de acceso a las fuentes de información generalmente accesibles**. De modo que el derecho de acceso a la información administrativa -ejemplo claro de acceso directo a las fuentes informativas- **no es inherente al mismo concepto de libertad de recibir información e ideas**, por lo que su reconocimiento no es una obligación jurídica vinculante para los Estados.

(97) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Leander, Arrêt du 26 mars 1987, párs. 74.

Vid supra, pág. 249.

(98) Vid supra, pág. 249.

(99) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 novembre 1987, Requête 10454/83, G.Gaskin c/ Royaume-Uni, Conseil de l'Europe, pág. 24, pár. 107.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Gaskin, Arrêt du 7 juillet 1989, Série A, 160, pár. 53.

4. LAS LIMITACIONES DEL CONTENIDO DE LA INFORMACION.

El **derecho a la información**, como base jurídico-política de cualquier régimen jurídico, nacional o internacional, dirigido a reglamentar la actividad informativa, no se circunscribe, en relación al **contenido de la información**, a restringir los posibles abusos cometidos por parte de los medios de comunicación social o por las personas que ejercen en un momento dado su libertad de comunicar información e ideas (100), en función de unos determinados fines.

El derecho a la información se abre también a la posibilidad de **limitar jurídicamente el contenido de la información**, a partir de la consideración de la existencia de **necesidades informativas de carácter objetivo** (101), que tienen en cuenta el interés de los individuos frente a la información y que se derivan de la propia realidad socio-política de la sociedad.

Con el planteamiento de este tipo de limitaciones, el flujo informativo que circula en una sociedad se pretende que responda a un **interés social**; interés que pone de manifiesto la **función social** que la información debe cumplir en la sociedad actual (102).

La **tutela jurídica** del derecho a la información implica, pues, la posibilidad de adoptar limitaciones que se ajusten a estos parámetros.

La cuestión, desde esta perspectiva, es apreciar si el **art. 10 del Convenio Europeo**, en relación a la libertad de recibir y comunicar información e ideas que reconoce en su párrafo 1, es susceptible de amparar restricciones de esta naturaleza.

(100) Vid supra, pág. 225.

(101) Ibid.

(102) Vid supra, pág. 4 y ss.

Es necesario acudir a este respecto a la interpretación de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo; advirtiendo la presencia de una serie de condicionamientos que inciden en la orientación interpretativa adoptada.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que toda restricción de la libertad de recibir y comunicar información e ideas debe ajustarse a los requisitos exigidos al art. 10 (2) del Convenio Europeo (103).

Por tanto, cualquier limitación que pretenda restringir la posibilidad de comunicar o recibir determinadas informaciones, aunque sea en función de necesidades de naturaleza objetiva referidas a su contenido, ha de responder, para ser congruente con la garantía jurídica ofrecida por el art. 10 del Convenio Europeo, a una **necesidad social imperiosa**.

Esto no es, ni mucho menos negativo, desde el prisma de una efectiva tutela jurídica del derecho a la información, por cuanto la noción de "necesidad social imperiosa", desde el punto de vista de la información, puede identificarse con la idea de la existencia de una necesidad social en materia informativa.

El problema que en la práctica se planteará con mayor virulencia será si, en un supuesto de hecho concreto, aquello que el Estado advierte como una necesidad social en materia informativa puede ser considerado, desde el punto de vista del art. 10 (2) del Convenio Europeo, como una necesidad social realmente imperiosa.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en la apreciación de la existencia de esta necesidad social imperiosa en la práctica jurisdiccional se debe entrar a enjuiciar en muchas ocasiones circunstancias en las que se pone de manifiesto el **efecto horizontal del Convenio Europeo** (104).

(103) Si no fuera así, ello supondría que se está aceptando, de una forma u otra, la existencia de **limitaciones implícitas**.

(104) Vid supra, pág. 109.

Esto supone que la verificación de la necesidad de las limitaciones del contenido de la información y de su concordancia con las disposiciones del art. 10 del Convenio Europeo implica muchas veces incidir en la relación existente entre dos particulares (105), y no propiamente entre el Estado y el individuo.

Aunque de una manera muy prudente se entiende que la práctica jurisdiccional relativa al Convenio Europeo reconoce la necesidad de regular esta clase de relaciones (106), no es menos cierto que la tendencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo tiende a reconocer que la obligación del Estado es **proteger los derechos del individuo de las injerencias que se deriven de la actuación de terceras personas** (107).

Por lo tanto, el Estado ha de intentar limitar determinadas informaciones que, por su propia naturaleza, pueden suponer un quebranto de los derechos de un individuo o un grupo de individuos, en función de la actuación de otros particulares.

Y, en tercer lugar, hay que tener en cuenta que los mayores problemas en esta materia se pueden producir en relación a los **medios de comunicación audiovisuales**, es decir, de aquellos sobre los que el Estado puede ejercer una mayor influencia, a través de la utilización de la cláusula de licencia prevista en el art. 10 (1) del Convenio Europeo.

(105) Vid supra, pág. 109.

(106) En este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "**Liberté d'expression et publicité**", Revue des Affaires Internationales, 1986, número spécial, pág. 18; A.DRZEMCZEWSKI, "**La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les rapports entre particuliers**", Cahiers de Droit Européenne, 1980, 1, pág. 22 y ss.

(107) Se pone como ejemplo, la afirmación de la Comisión Europea en el sentido de que el Estado no debe "manque à son obligation d'empêcher les concentrations de presse excessives" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 26, par. 88.

En relación a su alcance jurídico respecto al contenido de las informaciones, señala LESTER que la cláusula de licencia no habilita al Estado:

"à reglementer le contenu de ces communications [las transmitidas por radio y televisión] ou à une autorisation à une personne en raison du contenu de ces communications, à moins que cette autorisation n'ait pour but de veiller à ce que les services autorisés répondent aux besoins de la collectivité (108)".

Esto significa que la intervención del Estado, en cuanto al contenido de la información, no conllevará mayores problemas interpretativos mientras se produzca en respuesta a la existencia de una verdadera "necesidad colectiva"; la cual, si es realmente trascendente socialmente, estará en plena concordancia con los requisitos establecidos en el art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Siguiendo las directrices marcadas por estos condicionamientos, puede afirmarse que la práctica jurisdiccional relativa a la posibilidad de limitar ciertos contenidos informativos ha auspiciado una interpretación con unos **criterios más amplios y abiertos** que en relación a otros elementos normativos propios del derecho a la información (109).

Para llegar a esta conclusión no es óbice el hecho de que los avances realizados por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo respecto a la posibilidad de esta clase de restricciones se hayan vinculados prácticamente en exclusiva a la reglamentación de un determinado tipo de información que por sus propias implicaciones siempre ha resultado muy polémica: la **publicidad**.

(108) A.LESTER, "Communication écrite sur <Publicité et liberté d'expression en Europe>". En: CCNSEIL DE L'EUROPE, "Actes du Sixième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Séville, 13-16 novembre 1985. Martinus Nijhoff, Doordrecht, 1988, págs. 443-445.

(109) Vid supra, pág. 450 y ss.

La publicidad, como modalidad informativa, ha de entenderse en un sentido amplio, como la propia Comisión Europea (110), comprendiéndose dentro de ese concepto, no sólo "those statements and communications published through the media that invite commercial transactions (111)", sino todo tipo de propaganda que pretenda influir en las ideas y comportamientos de los individuos (112).

Las cuestiones jurídicas que se plantean en torno a la publicidad, desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo son esencialmente dos: primero, si la **publicidad se trata de una modalidad informativa tutelada jurídicamente por la libertad de recibir y comunicar información e ideas**; y, segundo, en caso afirmativo, si es posible que existan **restricciones de carácter objetivo** que afecten a la **publicidad**, y que pueden ser tenidas como necesarias en una sociedad democrática.

En este sentido, hay que tener en cuenta que los Estados democráticos europeos suelen tutelar jurídicamente la publicidad, al tiempo que establecen una serie de **restricciones** a su contenido y utilización (113); lo que se advierte igualmente en los trabajos del Consejo de Europa en materia informativa en su tratamiento de la publicidad (114).

Con este punto de partida, se abordará la práctica jurisdiccional relativa a la publicidad desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo, examinado los **criterios interpretativos de la Comisión Europea en materia publicitaria**, así como la **jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia publicitaria**.

(110) Vid infra, pág. 538 y ss.

(111) Prefacio de J.E.S.FAWCETT. En: A.LESTER y D.PANNICK, "**Advertising and freedom of expression in Europe**", Marketing Commission of the International Chamber of Commerce, Paris, 1984, pág. 5.

(112) Por ejemplo, la **propaganda electoral**.

(113) LESTER y PANNICK efectúan una recopilación de los distintos tipos de restricciones existentes en las legislaciones nacionales europeas (A.LESTER y D.PANNICK, "**Advertising and freedom...**", pág. 35, p. 29).

(114) Vid supra, pág. 190 y ss.

4.1. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA COMISION EUROPEA EN MATERIA PUBLICITARIA.

En su decisión sobre la **demanda 4515/70**, la Comisión Europea ha ofrecido una visión amplia de la noción de publicidad. Así, se ha referido a la **propaganda política** como a uno de los "types de publicité admis (115)".

Planteado el problema en torno a la emisión por la televisión del Reino Unido de anuncios de propaganda política, la Comisión Europea ha entendido, por un lado, que la cláusula de licencia permite a los Estados someter las emisiones de radio y televisión, en general, a una cierta reglamentación jurídica (116).

Por otro lado, advierte la Comisión Europea que la mayoría de Estados, aunque autorizan la publicidad en los medios audiovisuales, suelen **fixar "des règles concernant les types de publicité admis"** (117).

En consecuencia, la Comisión Europea determinó que el art. 10 (1) permitía al Estado:

"d'exclure, comme il l'a fait en l'espèce, certaines catégories précises d'annonces publicitaires (118)".

(115) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4515/70, X et Association Z c/ Royaume-Uni, du 12 juillet 1971, Annuaire Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 547.

(116) Ibid.

(117) Ibid. El resaltado es propio.

A partir de esta afirmación, como dicen LESTER y PANNICK, se puede aseverar sin ningún margen de duda que la cláusula de licencia "empowered a State to regulate the **content material which is broadcast** by a licensed person (A.LESTER y D.PANNICK, "**Advertising and freedom...**", pág. 19, pár. 10). El resaltado es propio.

(118) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4515/70, X et Association Z c/ Royaume-Uni, du 12 juillet 1971, Annuaire Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 547.

De lo cual, se puede deducir que, al menos en el campo de los medios sometidos a régimen de autorizaciones -a los se refiere el supuesto de hecho planteado-, la **publicidad está tutelada jurídicamente por el art. 10 del Convenio Europeo** (119) y es susceptible de ser sometida a determinadas restricciones por su propia naturaleza informativa.

La propia Comisión Europea, en concreto ocho años más tarde, disipó cualquier duda sobre si este criterio debía considerarse limitado a los medios de comunicación social sometidos a régimen de autorización o bien si era extensivo a cualquier medio de comunicación social.

El supuesto de hecho de la **demanda 7805/77** (120) se refería a la prohibición de ciertas frases incluidas en el anuncio publicitario de un instrumento empleado por los seguidores de la Iglesia de la Cienciología (121), en una revista editada por la propia comunidad.

La decisión de la Comisión Europea es importante, y así lo subraya la doctrina (122), porque constituye la primera formulación expresa de la inclusión, de un modo general, y sin distinciones derivadas del medio de comunicación social utilizado, de la **publicidad dentro del capítulo de informaciones protegidas por el art. 10 (1) del Convenio Europeo.**

(119) Desde el momento en que se considera la posibilidad de que sea restringida en virtud del art. 10 (2) del Convenio Europeo, se puede entender implícitamente que está tutelada jurídicamente por el párrafo 1 del mismo; así, cualquier intervención del Estado sobre ella, puede ser considerada como una "injerencia" sobre la libertad de recibir y comunicar información e ideas del individuo.

(120) Vid supra, pág. 251.

(121) El llamado **electrómetro de Hubbard**.

(122) Por ejemplo: L. BOISSON DE CHAZOURNES, "**Publicité commerciale et liberté d'expression -dans le cadre du Conseil de l'Europe-**", Revue Générale de Droit International Public, 92, 1988, 2, pág. 931 y ss.; G. COHEN-JONATHAN, "**Liberté d'expression...**", pág. 11; A. LESTER y D. PANNICK, "**Advertising and freedom...**", pág. 10, pár. 4; o bien, R. PINTO; "**Liberté d'information et d'opinion en Droit International**", Economica, Paris, 1984, pág. 206.

Empleando una argumentación de signo negativo, la Comisión Europea manifestó claramente su opinión de que:

"le <discours> commercial en tant que tel n'est pas privé de la protection prévue au paragraphe 1 de l'article 10 [del Convenio Europeo] (123)".

Se puede observar cómo la Comisión Europea se refiere únicamente en este caso a la **publicidad comercial**. De lo cual no debe deducirse que otras modalidades publicitarias queden fuera de esta protección, en tanto en cuanto el supuesto de hecho se refiere explícitamente a este tipo de publicidad; y como confirma la propia actividad jurisdiccional de la Comisión Europea (124).

Una vez establecido este principio, hay que decir que la Comisión Europea también trazó unos criterios interpretativos en torno a la **restricción** de la libertad de comunicar información publicitaria.

En este aspecto, la Comisión Europea señaló que el **criterio de necesidad** establecido en el art. 10 (2) del Convenio Europeo no era absoluto, sino que debía ser observado a la luz de una serie de **factores** (125), que, en cada caso, ha de determinar su aplicación de un modo más o menos riguroso.

Con este punto de partida, la Comisión Europea tomó en consideración dos factores: primero, que si bien la publicidad estaba protegida por el art. 10 (1) del

(123) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, du 5 mai 1979, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 253.

(124) Vid supra, pág. 538, la demanda 4515/70, respecto a la propaganda política en los medios audiovisuales; y, en general, vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité des Requêtes 8348/78 et 8406/78, Glimmerveen et Hagenbeek c/ Pays-Bas, du 11 octobre 1979, Décision et Rapports, 18, pág. 187 y ss.

(125) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, du 5 mai 1979, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 253.

Convenio Europeo **no debía beneficiarse de una tutela jurídica tan amplia y estricta** como, por ejemplo, la de las informaciones e ideas de naturaleza política (126); y, segundo, que existía un **consenso entre los Estados Parte en la adopción de medidas legislativas** tendente a restringir la publicidad con el fin de **proteger a los consumidores** (127).

De todo lo cual, la Comisión Europea dedujo que la aplicación del criterio de necesidad respecto a la publicidad debía ser "moins rigoureux dès lors qu'il est appliqué à des restrictions apportées aux "idées" commerciales (128)". Lo que significa, a su vez, que en dicha materia el margen de discrecionalidad del que gozan los Estados es mayor que respecto a otro tipo de informaciones.

Como se puede observar, la Comisión Europea acepta una **diferenciación de la publicidad comercial** como objeto de la protección jurídica del art. 10 del Convenio Europeo; de modo que la tutela jurídica que se le concede, en función de que se relaja el criterio de necesidad respecto a otras informaciones -por ejemplo, la información política-, resulta menor por cuanto las **modalidades restrictivas que pueden ser consideradas como necesarias son también más amplias.**

En ello, puede verse reflejada la existencia de una **necesidad objetiva** derivada de la propia naturaleza de la publicidad como información.

La publicidad comercial es una información que pretende incidir en los hábitos y comportamientos del individuo, induciendo a éste a comprar o solicitar determinados productos o servicios.

(126) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, du 5 mai 1979, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 253.

(127) Ibid. Vid supra, pág. 62.

(128) Ibid, pág. 254.

Como bien indica LESTER (129):

"Le discours commercial (contrairement au discours politique) a ou devrait donc avoir une certaine objectivité redant inutile et indésirable l'inexactitude et le mensonge".

Es decir, existe una **necesidad social** que determina que, por su propia naturaleza, la publicidad comercial pueda ser restringida si se desvía de aquellos parámetros que se consideran inherentes a su propia definición (130). Esta necesidad social se plasma en la exigencia de ofrecer una suficiente **protección de los derechos del consumidor**.

Este criterio de la Comisión Europea se vió reforzado posteriormente, con ocasión de su decisión sobre la admisibilidad de la **demanda 9664/82**, relativa a la publicidad llevada a cabo en Suecia de un producto farmacéutico denominado MAX-I-FORM (131).

(129) A.LESTER, "Communication écrite sur <Publicité et liberté...>", pág. 449.

(130) Esto no significa que otras modalidades publicitarias carezcan de esta necesidad objetiva; así, por ejemplo, la propaganda política, por su propia naturaleza, ha de ser limitada, aunque los parámetros que se han de tener en cuenta no deben ser los de la protección de los derechos del consumidor, sino otros muy distintos -el respeto al pluralismo y la igualdad de oportunidades y de acceso a los medios de comunicación social, en beneficio del derecho a la participación política del individuo.

(131) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 9664/82, Liljenberg et autres c/ Suède, du 1 mars 1983, Conseil de l'Europe, pág. 15 y ss.

Dicho producto se vendía y promocionaba, siendo farmacéutico, como alimenticio dietético.

Respecto a la publicidad de productos farmacéuticos era interesante una demanda planteada contra el régimen francés de autorización previa para su publicidad, aunque la demanda fue declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 10267/83, J.A.Alexandre et autres c/ France, du 10 décembre 1987, Conseil de l'Europe [non publiée], pp. 5).

4.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO EN MATERIA PUBLICITARIA.

El Tribunal Europeo ha desarrollado una jurisprudencia concordante con los criterios elaborados por la Comisión Europea.

El caso **Barthold** (132) es significativo en este sentido, pues incide en uno de los aspectos restrictivos de la publicidad más difundidos (133): la **prohibición de la publicidad para los profesionales liberales**.

La Comisión Europea ya había afirmado que no se trataba de un asunto estrictamente referido a la publicidad -el problema partía de unas declaraciones del demandante a un periódico (134)-, por lo que indicó que "les critères applicables aux restrictions en matière de publicité au sens propre du terme (...) n'ont donc rien à faire ici [en el caso Barthold] (135)".

De ello puede deducirse que la publicidad es tutelada jurídicamente por el art. 10 del Convenio Europeo, en la medida en que las restricciones a que puede verse sometida precisan de unos criterios interpretativos para la aplicación del párrafo 2 del citado artículo.

El Tribunal Europeo participó de esta idea, aunque manifestando a su vez que constaba la aplicabilidad del art. 10 del Convenio Europeo:

"sans avoir besoin de rechercher en l'espèce si la publicité comme telle bénéficie ou non de la garantie qu'il assure (136)".

(132) Vid supra, pág. 234.

(133) Vid: A.LESTER y D.PANNICK, "Advertising and freedom...", pág. 35, pár. 29, 1.

(134) Vid supra, pág. 234.

(135) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 juillet 1983, Requête 8734/79, S.Barthold c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, pág. 21, pár. 74.

(136) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, pár. 42.

Esta ambigüedad no debe interpretarse como una negativa a incluir a la publicidad dentro de las informaciones protegidas por el art. 10 del Convenio Europeo; y sí como un simple intento de ceñirse al objeto principal del litigio.

Sin embargo, puede ser puesta en cuestión la actitud del Tribunal Europeo, ya que era una buena oportunidad para reconocer que la publicidad recibía la tutela jurídica del citado artículo.

En este sentido, la objeción del juez PETITTI, el cual estimó que el Tribunal Europeo debía haber sido más explícito en cuanto a la determinación del problema de la relación entre la libertad de expresión y la publicidad (137).

Esta falta de pronunciamiento ha sido subsanada ampliamente por el Tribunal Europeo en su sentencia sobre el **caso Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann** (138).

En él, el Tribunal Europeo manifestó que, si bien el artículo no se dirigía al público en general, sino a un círculo limitado de comerciantes:

"il renfermait des informations de caractère commercial. Or elles ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10, par. 1 [del Convenio Europeo], **lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression** (139).

Por tanto, dentro del art. 10 del Convenio Europeo caben todo tipo de informaciones e ideas, incluso las de carácter publicitario.

(137) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, par. 42.

(138) Vid supra, pág. 236.

(139) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A (en préparation), 165, par. 26. El resaltado es propio.

Respecto a la aplicación del criterio de necesidad elaborado por la Comisión Europea, el Tribunal Europeo parece también aceptarlo, desde el momento en que se ofrece al Estado en materia comercial -y, en consecuencia, en materia publicitaria- un amplio "margen de apreciación" (140).

Con lo cual, y analizando en conjunto la práctica jurisdiccional, se evidencia que, si bien la **publicidad** es encuadrada dentro de las actividades informativas protegidas por el art. 10 del Convenio Europeo, se les ofrece a los Estados un **amplio poder discrecional** para determinar las restricciones que son necesarias desde el punto de vista social (141).

Esta amplia discrecionalidad estatal se sustenta en la idea de la existencia respecto a la publicidad de un **interés social determinante**, que se convierte en una necesidad muy importante en toda sociedad democrática, cual es la **protección de los derechos del consumidor** (142); y que se constituye en una **necesidad objetiva**, desde el punto de vista social, a la que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo tienden a amparar, en detrimento de la tutela jurídica ofrecida a la información publicitaria.

La cuestión es, por otra parte, si todas las modalidades restrictivas que se pueden establecer respecto a la difusión de la publicidad son susceptibles de ser consideradas como necesarias en el sentido del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(140) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Mart intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A (en préparation), 165, párs. 32 y 33.

(141) Afirma BOISSON al respecto que "il semble que les organes européennes reconnaîtraient aux Etats une grande latitude dans leur choix de l'autoriser [la publicité] ou de l'interdire" (L. BOISSON DE CHAZOURNES, "**Publicité commerciale...**", pág. 943).

(142) Que en el art. 10 (2) del Convenio Europeo tiene su cabida dentro del concepto de "protección de los derechos ajenos", concebido como uno de los fines legítimos que justifican la necesidad de las restricciones (vid supra, pág. 466 y ss.).

Algunos autores, indican la dificultad de conciliar con el art. 10 del Convenio Europeo, y, por tanto, de justificar la "**necesidad social imperiosa**" que las ampare, de determinadas modalidades legislativas existentes en los Estados Parte (143).

No obstante, a la vista del amplio criterio utilizado por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, cualquier restricción a la libre circulación de la publicidad puede a priori responder al criterio de necesidad derivado del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Esto no implica que los Estados tengan un poder de disposición absoluto en la materia. Si es criticable el amplio margen de discrecionalidad ofrecido a los Estados -por lo que significa de limitación de la competencia internacional-, no es menos cierto que si los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no aprecian esa **necesidad social imperiosa**, entendida como una necesidad objetiva en aras de proteger al consumidor, bien pueden determinar que se ha violado el art. 10 del Convenio Europeo (144).

La postura mantenida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo es positiva, al afirmar la tutela jurídica de un elemento normativo importante del derecho a la información: la **posibilidad de adoptar restricciones respecto al contenido de la información cuando existen necesidades sociales objetivas que así lo demandan.**

(143) BOISSON se refiere fundamentalmente a las restricciones cuantitativas o a la publicidad comparativa, mientras LESTER y PANNICK hacen mención a 6 modalidades que son de dudosa licitud desde la perspectiva del art. 10 (2) del Convenio Europeo (L. BOISSON DE CHAZOURNES, "**Publicité commercial...**", pág. 943; A. LESTER y D. PANNICK, "**Advertising and freedom...**", pág. 35, pár. 29).

(144) Por cuanto no se ha elaborado, por ejemplo, una noción autónoma de "protección de los derechos del consumidor", que permita apreciar esta necesidad desde una perspectiva propia del sistema normativo del Convenio Europeo.

Lo negativo que puede advertirse en dicha posición, por un lado, es que ello implica, desde el momento en que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no han elaborado un concepto propio y autónomo respecto a dichas necesidades, que los **Estados** gozan de un **amplio poder discrecional** en la materia; y, por otro lado, que por el momento la apreciación de estas necesidades se centra únicamente en la **publicidad**.

Esto último no significa, empero, y visto el criterio amplio defendido en la práctica jurisdiccional, que de apreciarse una necesidad de esa naturaleza ante otro tipo de información los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no vayan a adoptar una postura semejante.

5. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL.

El derecho del individuo a acceder directamente a los medios de comunicación social (145) debe ser visto como uno de los elementos claves en la afirmación del derecho a la información, desde el momento en que propicia la **participación del individuo en el flujo informativo que circula en una sociedad democrática**.

Desde esta perspectiva, el derecho de acceso contribuye a difuminar la dicotomía existente entre los sujetos que ejercen usualmente la función de agentes informativos dentro de la sociedad de aquellos otros sujetos que suelen ser los receptores de la información transmitida; de manera que cualquier individuo pueda desprenderse de su papel predominantemente pasivo, para asumir también un papel activo, como sujeto capaz de proporcionar a la opinión pública informaciones y juicios de valor que respondan a un interés general.

(145) Vid supra, pág. 63.

Como afirma BLIN, los progresos tecnológicos en el campo de la comunicación han ido permitiendo una **comunicación más interactiva**, en la medida en que han "accru les capacités d'expression et démultiplié les sources d'information (146)". Y, por tanto, desde el punto de vista técnico, permiten asegurar una mayor capacidad de acceso del individuo a la libre transmisión de informaciones e ideas.

Esta mayor participación del individuo en los procesos informativos puede propiciar, a su vez, una **más amplia participación del ciudadano en los asuntos públicos** -por medio de su más directa vinculación a la formación de la opinión pública- y la garantía de un **amplio pluralismo informativo**; lo que, en definitiva, significa dar lugar a un importante proceso de **profundización de la democracia**.

A partir de estas consideraciones la principal cuestión jurídica se centra en apreciar en qué medida, y en tanto que manifestación normativa del derecho a la información, el derecho de acceso a los medios de comunicación social está recibiendo una tutela jurídica efectiva.

Desde el prisma del Convenio Europeo, y en particular de su art. 10, se trata pues de comprobar si el **derecho de acceso a los medios de comunicación social** ha recibido una tutela jurídica efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales del mismo.

Para efectuar esa comprobación, se tendrán seguidamente en cuenta dos aspectos que enmarcan el desarrollo de la

(146) B.BLIN, "Communication écrite sur <Les nouveaux médias et la liberté d'expression>". En: CCNSEIL DE L'EUROPE, "Actes du Sixième Colloque sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Séville, 13-16 novembre 1985, Martinus Nijhoff, Doordrecht, 1988, pág. 193.

Esto, según el propio BLIN, implica que el Derecho debe asumir estas nuevas realidades derivadas de la aplicación de la tecnología más avanzada para garantizar el **derecho de todo individuo a informar y a ser informado**; y, además, para proteger los **derechos ajenos** en esta nueva coyuntura informativa (ibid, pág. 194).

Vid supra, pág. 24 y ss.

práctica jurisdiccional: primero, la consideración del **derecho de acceso a los medios de comunicación social y el criterio de las situaciones especiales**; y, segundo, la necesidad de efectuar una **especial referencia al derecho de réplica como manifestación específica del derecho de acceso a los medios de comunicación social**.

5.1. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL Y EL CRITERIO DE LAS SITUACIONES ESPECIALES.

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo -y sobre todo la Comisión Europea- se han mostrado muy prudentes en relación a la tutela de este derecho.

En su decisión parcial sobre la admisibilidad de la **demanda 1753/63**, la Comisión Europea consideró necesaria en una sociedad democrática la retención por las autoridades penitenciarias de una carta dirigida por un condenado al redactor jefe de un periódico para hacerle participe de su situación -en cuanto, según el demandante, le era impedida en la prisión la práctica de su religión budista.

La argumentación de la Comisión Europea se sustentó en la idea de que:

"les communications adressées par des prisonniers à la presse ne peuvent en aucune façon être considérées comme présentant une **importance** telle qu'elles ne devraient pas rentrer dans la catégorie des exceptions prévues au paragraphe 2 [del art. 10 del Convenio Europeo], si les autorités élevaient des objections à l'encontre d'une correspondance de ce genre (147)".

(147) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision partielle sur la recevabilité de la Requête 1753/63, X c/ Autriche, du 15 février 1965, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VIII, 1965, pág. 187. El resaltado es propio.
Vid supra, pág. 299.

Dos factores parecen decisivos para explicar la decisión resultante: primero, la **condición jurídica especial** del demandante -una **persona sometida a prisión**-; y, segundo, la **importancia de las manifestaciones** contenidas en la carta frente a las objeciones de las autoridades penitenciarias.

A partir de este segundo factor, aunque sin perder de vista la situación jurídica especial del individuo, podría derivarse la posibilidad de que el individuo pudiese acceder al medio de comunicación social, en función del **interés de la información o de los juicios de valor expresados** (148).

Esta idea parece estar también presente en la decisión de la Comisión Europea sobre la **demanda 1860/63** (149), respecto a otra persona detenida, al no considerar motivo suficiente para fundarla que el demandante deseara conocer mejor el reglamento penitenciario para poder "discuter avec la presse des questions relatives au régime pénitentiaire (150)".

Igualmente, es perceptible en la decisión sobre la **demanda 4274/69** (151), relativa a un **funcionario público**, donde la Comisión Europea justifica las medidas disciplinarias tomadas contra él en función de la **naturaleza y contenido de las declaraciones que pretendía realizar a un semanario** (152).

(148) Interés que, aunque no se refiera a él, debería medirse en función de quien vaya a ser el partícipe de la información; es decir, la **opinión pública**.

(149) Vid supra, pág. 407.

(150) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1860/63, X c/ R.F. d'Allemagne, du 15 décembre 1965, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VIII, 1965, pág. 217.

Lo cual, de ser otro el objeto -por ejemplo, denunciar su situación particular-, quizá se hubiera apreciado de interés para la opinión pública.

(151) Vid supra, pág. 143.

(152) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4274/69, X c/ R.F. d'Allemagne, du 24 juillet 1970, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIII, 1970, pág. 892.

Ahora bien, el **planteamiento interpretativo** es en este ámbito **restrictivo**, por cuanto la Comisión Europea se refiere a esa posibilidad de acceso a los medios de comunicación social como una manifestación del ejercicio de la libertad propia del individuo y no como la expresión de un derecho subjetivo (153), cuya efectividad exigiría la tutela jurídica de ese acceso.

En relación especialmente a los **funcionarios públicos**, el **Tribunal Europeo** ha mantenido una postura más restrictiva, al reducir la cuestión de la libertad de acceso de los funcionarios públicos -y del ejercicio de su libertad de comunicar información e ideas- a un problema de **condiciones de acceso a la función pública** (154), de modo que la limitación de esa posibilidad no ha de suponer una injerencia en los derechos garantizados en el art. 10 (1) del Convenio Europeo.

A partir de esta argumentación, y teniendo en cuenta que se centra en aquellas personas que son objeto de un régimen jurídico especial, hay que discernir si esta interpretación restrictiva ha sido mantenida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo de una **forma general**, respecto al **acceso de cualquier individuo** a los medios de comunicación social.

(153) La libertad del individuo de acceder a un medio de comunicación social implica que el sujeto puede dirigirse a un medio de comunicación social para intentar difundir información e ideas sin injerencia de las autoridades -salvo que ello sea social e imperiosamente necesario-, no existiendo obligación jurídica alguna de que su deseo sea satisfecho; mientras que el derecho de acceso implicaría que, incluso circunscribiéndolo a los supuestos de informaciones u opiniones de interés para la opinión pública, debería tutelarse jurídicamente esa posibilidad de acceso.

(154) En concreto, el **caso Glasenapp**, el **caso Kosiek** y el **caso Leander**.

Algunos autores asimilan la fórmula utilizada por el Tribunal Europeo con la tan criticada utilización del art. 17 del Convenio Europeo respecto al Partido Comunista Alemán (A.DRZEMCZEWSKI y C.WARBRICK, "**The European Convention on Human Rights**", Yearbook of European Law, 1986, 6, pág. 439).

Vid supra, pág. 413 y ss.

La respuesta debe tener en cuenta dos elementos valorativos esenciales.

Primero, si esta interpretación se **circunscribe a personas con un régimen jurídico especial** y, por tanto, si la práctica jurisdiccional antes descrita responde únicamente a la especificidad de su condición jurídica, desde la perspectiva del Convenio Europeo.

Y, segundo, si se ha profundizado en este ámbito interpretativo en la apreciación de las **obligaciones positivas del Estado**, en orden a **hacer efectiva la protección de los derechos garantizados en el Convenio Europeo** (155); y de modo particular si ello ha supuesto consolidar la necesidad de tutelar el acceso del individuo a los medios de comunicación social.

En este contexto, se hace evidente la importancia de las obligaciones del Estado respecto a la garantía de los derechos garantizados en el Convenio Europeo en las **relaciones entre los particulares**, y, por tanto, en la protección de los derechos subjetivos contra cualquier injerencia proveniente de personas o grupos de personas ajenas a la organización estatal (156).

Bajo este doble prisma, debe examinarse la decisión de la Comisión Europea sobre la **demanda 3071/67** (157), en la que un ciudadano sueco adujo, en su calidad de **espectador**, el derecho de contestar ciertas informaciones que no le aludían a él personalmente (158).

(155) Vid supra, pág. 125.

(156) Teniendo en cuenta, de este modo, que el derecho de acceso a los medios de comunicación social plantearía, en la mayoría de supuestos, un problema de interrelación entre el individuo y una empresa periodística o audiovisual privada.

Vid supra, pág. 150, en relación a la responsabilidad estatal por los actos de las sociedades u organismos públicos que gestionan medios de comunicación social.

(157) Vid supra, pág. 243.

(158) El problema jurídico relativo a aquellas informaciones que sí le aludían directamente se verá al analizar la garantía del derecho de réplica (vid, infra, pág. 557 y ss.).

Al hacer referencia a este tipo de informaciones, la Comisión Europea tuvo en cuenta sobre todo si al demandante se le podía tener por víctima en el sentido del art. 25 del Convenio Europeo (159), respecto a lo cual sostuvo que (160):

"le requérant n'a pas allégué que l'émission de télévision prétendument inexacte consacrée à l'entreprise (...) le concernait en aucune façon personnellement et portait atteinte en ce qui le concerne à l'un des droits et libertés garantis par la Convention [Europea]".

De esta opinión podría deducirse que el Convenio Europeo no incluye entre los derechos y libertades garantizados un derecho de acceso general a los medios de comunicación social -entendiendo como tal el derecho de poder transmitir informaciones u opiniones propias sobre cualquier cuestión de actualidad (161).

La negativa de la Comisión Europea fue matizada por ella misma tres años después, en relación a la **demanda 4515/70** (162), en la que los demandantes plantearon el rechazo de la B.B.C. a concederles tiempo de antena televisiva para poder transmitir propaganda política.

La Comisión Europea estableció, en primer término, que del art. 10 del Convenio Europeo, y en concreto de la libertad de comunicar información e ideas, **no se derivaba un derecho general e ilimitado de antena en favor de los individuos o grupos sociales** (163).

(159) Vid supra, pág. 243.

(160) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 3071/67, X c/ Suède, du 7 février 1968, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XI, 1968, págs. 465-467.

(161) Sin necesidad de que sean informaciones que le afecten personal y directamente, como es el caso del derecho de réplica.

(162) Vid supra, pág. 139.

(163) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4515/70, X et Association Z c/ Royaume-Uni, du 12 juillet 1971, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 545.

Pero, en segundo término, y en relación a lo anterior, la Comisión Europea manifestó que, en determinadas **circunstancias particulares**, la negación del tiempo de antena **podría constituir una violación del art. 10 del Convenio Europeo**, solo o en combinación con el art. 14 del mismo (164).

De este modo, de apreciarse la existencia de una **situación especial** (165), sería posible que la libertad de comunicar información e ideas prevista en el art. 10 del Convenio Europeo incluyese la garantía del acceso del individuo o grupo social a los medios de comunicación social. Con lo que, en consecuencia, se estaría ante un **derecho de acceso a los medios de comunicación social de carácter limitado**.

Hay que observar cómo este principio general es deducible de la forma en que la Comisión Europea interpreta el art. 10 del Convenio Europeo en relación concretamente a los medios de comunicación audiovisuales -radio y televisión, en especial-, y al denominado **derecho de antena** (166).

A este respecto, hay que tener presente que el acceso a los medios de comunicación audiovisuales ha sido la principal fuente de conflictos interpretativos en el contexto del art. 10 del Convenio Europeo (167).

-
- (164) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4515/70, X et Association Z c/ Royaume-Uni, du 12 juillet 1971, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 547.
- (165) En torno a la cual cabría ponderar tanto las circunstancias específicas del individuo o grupo social, y de la información u opinión a difundir, como el interés que pueda apreciarse en la **opinión pública**, en relación al contenido que se pretenda transmitirle.
- (166) Que, en definitiva, se distingue del derecho de acceso en general por la especificidad de los medios de comunicación a los que se refiere: los medios de comunicación audiovisuales.
- (167) Sobre todo, en cuanto al derecho de recibir la autorización o simplemente de ejercer la libertad de utilizar aparatos emisores de radio y televisión (vid supra, pág. 393 y ss.).

Esto es debido, por una parte, a la mayor **difusión** que proporcionan a las informaciones y opiniones que se deseen transmitir; y, por otra parte, a que en muchos Estados su cobertura está sometida a un **control estatal**, autorizado por la cláusula de licencia del párrafo 1 del citado artículo, lo que ha facilitado a los demandantes la identificación de la responsabilidad estatal respecto a la posible violación de su derecho (168).

Es evidente que la utilización de la cláusula de licencia del art. 10 (1) del Convenio Europeo permite ejercer un cierto control y disciplina sobre los medios de comunicación audiovisuales, sean sus titulares organismos o empresas públicas o bien empresas privadas (169). Lo que permite a las autoridades nacionales establecer normas que regulen los supuestos y alcance en que se permite el acceso a dichos medios (170).

Esta especificidad de los medios de comunicación audiovisuales puede llevar a interrogarse sobre la posibilidad de extender la interpretación dada por la Comisión Europea al derecho de antena al conjunto de los medios de comunicación social y al derecho de acceso a los mismos.

La formulación de la Comisión Europea no ha de observarse desde una perspectiva cerrada, por el hecho de que hayan sido su importancia y la diferenciación de su régimen jurídico en el ámbito del art. 10 del Convenio Europeo (171) los que han propiciado que el derecho de acceso sea una cuestión más sustantiva en relación a los medios de comunicación audiovisuales.

(168) Lo que, en ciertos momentos, y vista la evolución interpretativa de las obligaciones de los Estados respecto a las relaciones entre los particulares derivadas del Convenio Europeo (vid supra, pág. 169), ha podido resultar más complicado en referencia a otros medios de comunicación social.

(169) Vid supra, pág. 64.

(170) Vid supra, pág. 62, el caso español en materia de propaganda electoral.

(171) Recordando que esta diferenciación se sustenta solamente en **motivaciones técnicas** y no de otra índole (vid supra, pág. 147).

Ahora bien, que la idea expresada por la Comisión Europea sea extensible a todos los medios de comunicación social, no implica que la interpretación del alcance jurídico de ese derecho de acceso no pueda ser más restringida que respecto a los medios de comunicación audiovisuales, por la mayor libertad de autorregulación que se traduce de la redacción del art. 10 del Convenio Europeo y de la protección que parece ofrecérsele en la práctica jurisdiccional (172).

Por su parte, el **Tribunal Europeo** no ha tenido ocasión de efectuar un pronunciamiento directo sobre la viabilidad de la línea interpretativa mantenida por la Comisión Europea, al no haber tenido por el momento que conocer de ninguna demanda al respecto (173).

De la actuación del Tribunal Europeo hasta el momento en relación al art. 10 del Convenio Europeo podrían, sin embargo, deducirse ciertos indicadores de cuál podría ser en términos generales su inspiración interpretativa.

Por un lado, el derecho de acceso a los medios de comunicación social podría ser tutelado por el Tribunal Europeo en la medida en que se advirtiese un **interés del público** en la información o juicio de valor concreto examinado (174). Y, por otro lado, podría ser observado respecto a cualquier medio de comunicación social, en tanto en cuanto su jurisprudencia ha tendido a proteger al individuo de las intromisiones ilegítimas en sus derechos derivadas de la actuación de otras personas, físicas o jurídicas (175).

(172) Vid supra, pág. 152. En particular, el caso **De Geillustreerde Pers N.N. c/ Pays-Bas**.

(173) Lo que, además de por los escasos supuestos planteados, es explicable por la restrictividad del criterio aplicado por la Comisión Europea.

(174) Vid supra, pág. 363 y ss. En especial, la significación que pueda tener el matiz introducido por el Tribunal Europeo en el **caso Barthold** respecto a la opinión de la Comisión Europea -aunque el mismo se refiera a la posibilidad de acceder a los medios de comunicación social y no a un verdadero derecho de acceso.

(175) Vid supra, pág. 109.

En conclusión, se observa cómo, aun cuando las posibilidades de acceso a los medios de comunicación social han ido siendo concebidas de una forma más amplia, el **carácter restrictivo de la interpretación** ofrecida impide hablar de la existencia de un **derecho de acceso general a los medios de comunicación social** derivado del art. 10 del Convenio Europeo -limitándose éste a los supuestos en que se producen circunstancias particulares que sí implican su reconocimiento.

5.2. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE REPLICA COMO MANIFESTACION ESPECIFICA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL.

Teniendo en cuenta el restringido alcance jurídico del reconocimiento del derecho de acceso a los medios de comunicación social dentro del art. 10 del Convenio Europeo, cabe examinar si los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han deparado un tratamiento menos riguroso al **derecho de réplica**.

El **derecho de réplica** constituye un aspecto puntual del derecho de acceso a los medios de comunicación social; pero que, por el amplio reconocimiento que tiene en el Derecho interno de los Estados miembros del Consejo de Europa (176), es necesario contemplar desde la perspectiva de la interpretación del Convenio Europeo, ya que ni el art. 10 ni ningún otro artículo del citado Convenio lo regulan expresamente.

La cuestión es si el derecho de réplica podría ser reconocido a partir de la propia formulación del art. 10 del Convenio Europeo.

Hay que apreciar, como se ha hecho (177), que el derecho de réplica se relaciona muy intensamente con uno

(176) Vid supra, pág. 184.

(177) Vid supra, pág. 109.

de los aspectos más delicados de la interpretación de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo: la **garantía de los derechos garantizados frente a las interferencias de otras personas privadas**; ya que, la réplica puede constituir una **respuesta** a las informaciones u opiniones vertidas por un particular en relación a quien la ejerce.

Esto puede explicar que, en función de que la evolución derivada de la práctica jurisdiccional en este ámbito ha sido sobre todo posterior a los supuestos de hecho en que se ha planteado como tal el derecho de réplica (178), los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no hayan perfilado una posición concreta y precisa sobre la viabilidad del derecho de réplica desde la perspectiva del art. 10 del Convenio Europeo.

En el **caso De Becker** (179), el demandante adujo, entre otras argumentaciones, que la prohibición a perpetuidad de ejercer su libertad de expresión le impedía ejercitar su **derecho de réplica frente a las injurias** que ciertos periódicos belgas publicaban contra él (180).

La Comisión Europea no analizó este argumento en particular, puesto que no se centró en la delimitación de las nociones de "libertad de expresión" y de "libertad de recibir y comunicar información e ideas" previstas en el art. 10 del Convenio Europeo, sino en intentar precisar el alcance jurídico de las restricciones previstas en el párrafo 2 del mismo.

A la vista de esta primera decisión no era descartable que el derecho de réplica formase parte de los derechos ejercitables por el individuo desde la perspectiva del art. 10 (1) del Convenio Europeo, en tanto no había sido expresamente excluido de su ámbito de aplicación.

(178) Vid supra, pág. 245 y ss.

(179) Vid supra, pág. 429.

(180) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire de Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 4, 1962, pág. 93.

Ante la **demanda 1906/63** (181), la Comisión Europea tuvo frente a sí un supuesto en el que directamente se planteaba la inclusión del **derecho de réplica** dentro de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo.

La Comisión Europea abordó su posible inclusión dentro del Convenio Europeo desde dos perspectivas (182): como un **derecho de carácter civil** -de modo que en virtud del art. 6 (1) del Convenio Europeo tuviese el derecho de acudir a los tribunales para exigir su respeto- o bien como un **corolario de la libertad de expresión** -prevista en el art. 10 del mismo; lo que, en cualquier caso, supondría para el Estado adquirir la obligación jurídica de velar porque en las relaciones entre los particulares se respetara ese derecho (183).

Aunque no entró en el fondo de la cuestión -por la falta de agotamiento de los recursos internos-, la Comisión Europea no quiso reconocer la existencia de dicha obligación jurídica, en tanto en cuanto el derecho de réplica afectaba a un **conflicto de intereses entre los particulares**, ya que las quejas del demandado debían dirigirse contra los periódicos que no publicaron su réplica; ya que como había indicado en su planteamiento general sobre la admisibilidad de la demanda:

"qu'il ressort de ces prescriptions [del Convenio Europeo] que la Commission [Europea] n'a pas compétence, ratione personae, pour connaître des violations de la Convention [Europea] imputées aux simples particuliers y compris les journaux indépendants de l'autorité publique (184)".

(181) Vid supra, pág. 245.

(182) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1906/63, X c/ Belgique, du 18 décembre 1963, Conseil de l'Europe (non publiée), pág. 4.

(183) Dice la Comisión Europea que debería entonces plantearse si las autoridades nacionales "n'ont pas l'obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers" (ibid).

(184) Ibid, pág. 3. Ya que el demandante se quejaba de que los periódicos que le habían negado su derecho según la legislación belga no hubiesen sido perseguidos penalmente; derivando este análisis posterior del propio contenido de la queja.

Como afirma FAWCETT, de la opinión de la Comisión Europea en este asunto parece desprenderse que el derecho de réplica es concebido como la manifestación de un conflicto de intereses entre dos particulares en torno al ejercicio de la libertad de expresión (185), por lo que un Estado **no debe considerarse que ha violado el art. 10 del Convenio Europeo si no garantiza el derecho de réplica** en su sistema legal (186).

El hecho de que su no regulación jurídica por el Estado no suponga una violación del mismo implica, desde la perspectiva del art. 10 (1) del Convenio Europeo, que el derecho de réplica no es garantizado como derecho fundamental del individuo.

A su vez, ello significa que la afirmación del derecho de réplica, en tanto que expresión de un conflicto de intereses en torno al ejercicio de los derechos contenidos en el art. 10 (1) del Convenio Europeo, se entenderá en este contexto como una medida destinada a **restringir o sancionar** la libertad de una de las partes -el medio de comunicación social- en la medida en que ésta ha inflingido un daño a la otra parte, y ello se ajuste a las necesidades de una sociedad democrática, en el sentido del párrafo 2 del citado artículo (187).

Esta visión es matizada por la propia Comisión Europea en relación a la **demanda 3071/67** (188), en la

(185) Conflicto entre el interés del individuo al que alude la información en ofrecer su propia visión sobre los hechos con los que se le vincula y los juicios en torno a su actuación, y el interés del medio de comunicación, que puede ver restringida su libertad de comunicar información e ideas.

(186) J.E.S.FAWCETT, "**The application of the European Convention on Human Rights**", Clarendon Press, Oxford, 1987, Second Edition, pág. 258.

(187) En particular, en relación a la **protección de la reputación y de los derechos ajenos** (vid supra, pág. 463 y ss.).

Vid, en este sentido, por ejemplo: R.PINTO, "**Liberté d'information...**", pág. 183; o bien, G.STROZZI, "**Liberté de l'information...**", pág. 952.

(188) Vid supra, pág. 243.

que un ciudadano sueco se quejaba de que el organismo público de radiodifusión que ostentaba el monopolio le había impedido contestar a unas informaciones que le aludían directa y personalmente.

En este supuesto, el demandante fue considerado por la propia Comisión Europea como **víctima**, es decir, como posible sujeto de una violación de los derechos garantizados en el Convenio Europeo (189); si bien la demanda fue declarada inadmisibile por el transcurso de los seis meses exigidos para introducir la demanda después de la decisión nacional definitiva.

No obstante, en la postura de la Comisión Europea no se advierte con claridad si ello se produce en función de que un organismo público que gestiona un monopolio audiovisual pueda ser considerado como una "autoridad pública" -hipótesis más probable (190); o bien si ello viene a reconocer, en general, la existencia de un derecho de réplica como derivado del art. 10 (1) del Convenio Europeo.

La falta de posteriores demandas centradas en cuestiones de índole semejante a las anteriores ha impedido comprobar si los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo pueden haber evolucionado de forma significativa al respecto desde entonces.

En este aspecto, hay que tener sobre todo en cuenta que el paulatino reconocimiento de las obligaciones del Estado en torno a la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo en las relaciones entre particulares (191) abre la posibilidad a una interpretación distinta del derecho de réplica dentro del propio Convenio Europeo.

(189) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 3071/67, X c/ Suède, du 7 février 1968, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XI, 1968, págs. 465.

(190) Vid supra, pág. 190.

(191) Vid supra, pág. 109.