



**El derecho fundamental de la libertad de expresión
en relación con los medios de comunicación en el
marco de la jurisprudencia del tribunal europeo de
los derechos humanos**

TRABAJO FIN DE GRADO

Autor: Alex RODRIGUEZ CASADEVALL
Tutor: Ada Garriga Cots
Grado en: Derecho
Universitat Abat Oliba CEU
Año: 2023

DECLARACIÓN

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma: .....
Alex RODRIGUEZ CASADEVALL

No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo.

VOLTAIRE

Resumen

Este trabajo pretende establecer un acercamiento a la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión de los medios de comunicación, con el objetivo de comprender el alcance y las restricciones de este derecho fundamental. En este sentido, estudiaremos el equilibrio jurisprudencial europeo entre la protección de esta libertad y otros derechos, principios y valores convencionales. Tras conocer las sentencias más relevantes relativas a la libertad de expresión de los medios de comunicación, analizaremos los medios de censura directa e indirecta de la prensa, el *chilling effect*, la protección de las fuentes de la información, así como la figura de los alertadores. Repasaremos las sentencias más notorias de la libertad de expresión en el mundo digital, artístico y científico. Finalizaremos con el abuso de derecho.

Todo ello nos llevará a entender que, a pesar de ser la libertad de expresión un derecho fundamental, este no es absoluto. El TEDH ha dejado establecido que, en esta materia, no todo vale y, por otro lado, ha recordado que cualquier delimitación o condicionamiento de los poderes estatales sobre el derecho a expresarse o a obtener información, pone en grave peligro la democracia de un país.

En definitiva, este trabajo intenta ofrecer una visión global de la postura europea en materia de libertad de expresión. Su elevada protección en algunos aspectos le ha valido críticas, sin embargo, hay que tener en cuenta que algunos conceptos morales no tienen uniformidad en esta Europa en constante evolución sin olvidar que, por ser una libertad relacional, su ejercicio causa controversia y debate.

Resum

Aquest treball pretén establir un acostament a la jurisprudència del TEDH en matèria de llibertat d'expressió dels mitjans de comunicació, amb l'objectiu de comprendre l'abast i les restriccions d'aquest dret fonamental. En aquest sentit, estudiarem l'equilibri jurisprudencial europeu entre la protecció d'aquesta llibertat i altres drets, principis i valors convencionals. Després de conèixer les sentències més rellevants relatives a la llibertat d'expressió dels mitjans de comunicació, analitzarem els mitjans de censura directa i indirecta de la premsa, el *chilling effect*, la protecció de les fonts de la informació, així com la figura dels alertadors. Repassarem les sentències més notables de la llibertat d'expressió en el món digital, artístic i científic. Finalitzarem amb l'abús de dret.

Tot això ens portarà a entendre que, malgrat ser la llibertat d'expressió un dret fonamental, aquest no és absolut. El TEDH ha deixat establert que, en aquesta matèria, no tot val i, d'altra banda, ha recordat que qualsevol delimitació o condicionament dels poders estatals sobre el dret a expressar-se o a obtenir informació, posa en greu perill la democràcia d'un país.

En definitiva, aquest treball intenta oferir una visió global de la postura europea en matèria de llibertat d'expressió. La seva elevada protecció en alguns aspectes li ha valgut crítiques, no obstant, cal tenir en compte que alguns conceptes morals no tenen uniformitat en aquesta Europa en constant evolució sense oblidar que, per ser una llibertat relacional, el seu exercici causa controvèrsia i debat.

Abstract

This work aims to establish an approach to the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) on freedom of expression of the media, with the objective of understanding the scope and restrictions of this fundamental right. In this sense, we will study the European jurisprudential balance between the protection of this freedom and other conventional rights, principles, and values. After learning about the most relevant judgement related to freedom of expression of the media, we will analyse the means of direct and indirect censorship of the press, the chilling effect, the protection of sources of information, as well as the figure of whistle-blowers. We will review the most notable judgment on freedom of expression in the digital, artistic, and scientific worlds. Finally, we will conclude with the abuse of rights.

All of this will lead us to understand that, despite freedom of expression being a fundamental right, it is not absolute. The ECtHR has established that not everything is permissible in this matter, and on the other hand, it has reminded us that any delimitation or conditioning of state power over the right to express oneself or obtain information seriously endangers a country's democracy.

In conclusion, this work aims to offer a global view of the European position on freedom of expression. Its high protection in some aspects has earned criticism, however, it is essential to consider that some moral concepts do not have uniformity in this constantly evolving Europe, and that's as a relational freedom, its exercise causes controversy and debate.

Palabras claves / Keywords

Libertad de expresión – TEDH – sociedad democrática – autoridad nacional – Estrasburgo – medios de comunicación – abuso de derecho – violación artículo 10 CEDH – periodistas – jurisprudencia europea -
--

Sumario

Introducción	9
1. El TEDH.....	10
2. Breve análisis de la libertad de expresión desde el punto de vista histórico, filosófico y jurídico-social.....	10
3. Artículo 10 del CEDH	13
3.1. Principios generales y concepto del derecho a la libertad de expresión según el TEDH	13
3.2. Derecho a recibir y comunicar información.....	15
3.3. Libertad de crítica	16
4. Límites y restricciones del derecho a la libertad de expresión según el TEDH	17
4.1. El discurso de odio o <i>hate speech</i>	18
4.2. El negacionismo	20
4.3. Enaltecimiento del terrorismo.....	23
4.4. La protección de la moral y los sentimientos religiosos.....	24
4.5. La seguridad nacional y el orden público.....	26
4.6. La prevención de divulgación de información confidencial	27
4.7. Aspectos íntimos de la vida privada y familiar	29
4.8. La protección de la salud	31
4.9. La protección de las personas vulnerables.....	33
5. El cuarto poder	34
5.1. La censura en los medios de comunicación	35
5.2. El interés público o general	36
5.3. El chilling effect o efecto desalentador	38
5.4. Protección de las fuentes de información	40
5.5. La prevención del delito	42
5.6. Los alertadores o whistle-blower.....	43
6. Internet, plataformas digitales, foros y redes sociales.	45
7. La libertad de expresión en el mundo del arte y la ciencia.....	48
7.1. El mundo del arte	49
7.2. Sátira y caricaturas.....	50
8. La prohibición del abuso de derecho	51
9. La información en la actualidad y en el mundo.....	53
Conclusión	55
Bibliografía.....	60
Anexo I.....	62

Introducción

En el año 1998, año en que nací, mi abuelo fue elegido por la Asamblea parlamentaria del CE, a propuesta del Gobierno Andorrano, juez en el TEDH. Estrasburgo se convirtió en mi segunda casa durante 20 años y, mientras crecía como todo joven, fui aprendiendo e integrándome en la cultura del respeto a los derechos fundamentales. En casa no se podía mencionar a los gitanos, había que hablar de los rom; no se podía hacer distinciones raciales, mi amigo Saul no era distinto a mi compañero Carlos; la relación entre dos hombres era una simple cuestión privada que afectaba a la vida íntima y familiar de aquellas dos personas y todo detenido, procesado o imputado era inocente hasta que no hubiera tenido un juicio con todas las garantías procesales. Y así, poco a poco, me adentré en el mundo de los derechos humanos. Curiosamente de los distintos artículos del CEDH que forman parte de los derechos y libertades fundamentales del hombre, el 10 siempre me ha llamado la atención. La libertad de expresión en general y la de los medios de comunicación en particular hacen libre al hombre, al que expresa y al que recibe. Cuando se impide el debate, las sociedades dejan de avanzar hacia el conocimiento y se las sumerge en la ignorancia y el oscurantismo, en cambio la libre circulación de pensamientos, ideas y conocimientos contribuye al fortalecimiento de una comunidad más culta, formada e informada y, por ende, más libre.

Durante estos 20 años de acercamiento a este derecho fundamental he vivido la censura del libro de fantasía “Harry Potter” en los Emiratos Árabes por considerar que en el mismo se promovía la brujería y el esoterismo, la prohibición de la película “Persépolis” en el Líbano para evitar “cualquier polémica que pudiese irritar al integrismo ciego”, la restricción de “Twitter” en Turquía, el bloqueo sistemático en la red de palabras como “Plaza Tiananmen” o “Wuhan” en China por cuestiones secretas de seguridad, la opresión y penalización afgana a quienes escuchan música pop y el asesinato de diversos periodistas en el mundo, por informar sobre ciertas realidades sociales.

Hace unos días al empezar este TFG, amanecí con la lectura en los periódicos del encarcelamiento en Rusia de un padre por el dibujo que su hija hizo a favor de la paz. La niña fue enviada a un centro de menores por sus críticas antibélicas en las redes sociales. Pocos días antes había leído, con pena y resignación, el ahorcamiento en Irán de un joven de mi edad. Su único delito, manifestarse, criticar al gobierno de su país, decir lo que pensaba, en definitiva, ejercer su derecho a la libertad de expresión. Demos voz los que podemos, por la menor rusa, por el joven iraní, por los que no pueden hablar y por todos aquellos que han luchado contra los que amordazan la expresión.

1. EI TEDH.

El TEDH, con sede en Estrasburgo, es un órgano judicial internacional cuya función es garantizar que los Estados miembros del CE respeten los derechos y libertades fundamentales establecidos en el CEDH. Su jurisdicción se extiende a todos los Estados que hayan ratificado el referido CEDH. A lo largo de sus 60 años de historia, el TEDH ha desarrollado una sólida y exhaustiva jurisprudencia entorno a la libertad de expresión y a sus restricciones con el fin de garantizar un adecuado equilibrio entre la protección de esta libertad y otros derechos y valores. La diversidad jurídica, cultural, geográfica y social de los 46 jueces europeos del CE¹ nos permite obtener un derecho ponderado, equilibrado, garantista y sereno. A pesar de ello, las sentencias dictadas por este tribunal tienen solo un efecto declarativo. Se declara la violación y corresponde a los estados miembros trasladar a su ordenamiento jurídico interno esa decisión adoptando las medidas necesarias para reparar la lesión producida en un caso concreto, y aquellas dirigidas a remediar en el futuro esas violaciones. Las decisiones se dictan en una de las dos lenguas de trabajo, francés o inglés. La mayoría de las sentencias se deciden en las Salas. La Gran Sala resuelve, por remisión, cuestiones excepcionales en las que surgen dificultades de interpretación o de aplicación del CE o cuando existe riesgo de jurisprudencia contradictoria.

2. Breve análisis de la libertad de expresión des del punto de vista histórico, filosófico y jurídico-social.

Ya en la Antigua Grecia, los ciudadanos nacidos en libertad se reunían en el *àgora* para discutir y debatir los acontecimientos que afectaban su vida cotidiana. En aquella época la idea de expresarse en público no buscaba la realización de un derecho personal sino, más bien, de un ideal democrático colectivo en beneficio de la sociedad. A pesar de ello, Sócrates pagó con su muerte el expresar ideas contrarias a las propias de la ciudad de Atenas. Para los romanos el *fórum* era el centro de encuentro y reunión social, política y administrativa de la ciudad. Durante la edad media la censura fue básicamente religiosa; sin embargo, el retroceso cultural y las circunstancias sociales propias de esa época, la arbitrariedad y el dogmatismo de los poderes políticos y religiosos, así como la inconveniencia de decir todas las verdades comportaron que la libertad de expresión dejara de ser un

¹ Tras la reciente exclusión en el mes de marzo de 2023 de Rusia del CE.

problema trascendente hasta la invención de la imprenta en 1450. La imprenta contribuyó a la difusión rápida de conocimientos, ideas y pensamientos durante el renacimiento con un impacto inmediato. No obstante, Copérnico, Giordano Bruno y Galileo, entre otros, fueron censurados, declarados herejes y condenados por expresar sus puntos de vista, ir en contra de las ideas vigentes y poner en entredicho la representación tradicional del mundo. Las palabras de estos filósofos y astrónomos molestaban al orden público y al poder establecido. La revolución francesa y el siglo de las luces contribuyeron a la liberalización del individuo en el sistema social y a la lucha contra la censura. El ciudadano fue adquiriendo, progresivamente, un rol central en la organización democrática de la vida social procurando hablar, expresarse y proclamar sus ideas sin restricción, a lo que contribuyeron muchos filósofos y escritores.

En el siglo XVII Benito Spinoza (1632-1677) defendió la tolerancia, la democracia y la idea de que dejar a los ciudadanos la libertad de pensamiento, conciencia y expresión era la mejor manera de gobernar y propiciar una concordia social. En 1670 publicó en latín y bajo anónimo, el Tratado teológico-político donde proclamaba el derecho absoluto al libre pensamiento como un derecho natural inalienable. Su lema fue “Que cada hombre piense lo que quiera y diga y escriba lo que cree.” Poco después, John Locke (1632-1704) y más adelante Voltaire (1694-1778) establecieron las bases de la lucha por la libertad de expresión con sus respectivas publicaciones sobre la tolerancia. A Voltaire se le adjudica la cita que reza “Podré no estar de acuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”.

A pesar de que filósofos y escritores del siglo de las luces sostuvieron que una sociedad con individuos libres de ideas y pensamientos tendría como resultado un avance importante en el mundo político, artístico, científico y social, la libertad de expresión siguió teniendo enemigos durante el siglo XVII y XVIII sobre todo con relación a cuestiones de fe y de moral.

La primera proclamación de la libertad de expresión data de 1776, fecha en la que Estados Unidos adopta su primera Constitución.

Con la DDHC², aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, Francia retomó este derecho fundamental con principios laicos y democráticos y sacraliza este derecho como “...uno de los derechos más valiosos del hombre...”.

² Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

En España, bajo la influencia francesa, la libertad de expresión surgió en el contexto de la Guerra de la Independencia y las Cortes de Cádiz aprobaron dos Decretos en este sentido. La Constitución de Cádiz fue la primera en recoger el derecho a la libertad de expresión y la liberalización de la imprenta. Aparece entonces, en Europa, la noción de que las personas tienen derecho a expresar sus ideas sin control estatal previo. En ese sentido, John Stuart Mill (1806-1873) gran defensor de la democracia parlamentaria sostuvo que la palabra permite a los que se equivocan oír la verdad, recuerda que el individuo no tiene la ciencia infusa y, por tanto, debe tener apertura de espíritu y tolerancia frente a las opiniones distintas a las propias. Según él, si una opinión no es discutida, retada y analizada regularmente por opiniones rivales, perderá fácilmente su fuerza para transformarse en un dogma muerto o en una superstición ortodoxa sin justificación. Subrayó lo perjudicial que es censurar una opinión puesto que, según él, una creencia falsa puede contribuir a hacer emerger la verdad. En 1948 la DUDH proclamó en su artículo 19 que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Del mismo modo, el 4 de noviembre de 1950 el derecho a la libertad de expresión quedó consagrado en el artículo 10 del CEDH pasando a ser un derecho supranacional que se impone a los estados miembros del CE

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

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

Similares garantías concede el artículo 19 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. En España, el derecho a la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental altamente vinculado con los principios democráticos.

El artículo 20 de nuestra Constitución agrupa todos los derechos relativos a la comunicación y transmisión de información y establece que

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Finalmente, no podemos olvidar que dicho derecho tiene también su protección en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que se firmó en Niza el 7 de diciembre del 2000. En ella, reafirmando todos los principios, valores y derechos reconocidos y recogidos en el viejo continente, se dispone en el artículo 11 que

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

3. Artículo 10 del CEDH

3.1 Principios generales y concepto del derecho a la libertad de expresión según el TEDH

La libertad de expresión, es decir, el derecho a expresar libremente sus opiniones, ideas, sentimientos, emociones, juicios de valores, pensamientos, informaciones o conceptos de manera oral, escrita, visual o comportamental forma parte de los derechos fundamentales, y es un pilar de toda democracia. Así lo establece el TEDH en su sentencia Casado Coca contra España, cuando dice

el artículo 10 no es aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión especialmente a las de naturaleza política; engloba también la expresión artística, informaciones de carácter comercial o incluso la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable³.

La garantía, protección y respeto de este derecho favorece la emergencia de una sociedad abierta, tolerante y respetuosa del estado de derecho. Según los principios jurisprudenciales del TEDH, es indispensable para la estabilidad de una sociedad puesto que permite la libre circulación de ideas y opiniones y es garantía de progreso moral, político, económico, social y cultural⁴.

El TEDH ha establecido en numerosas sentencias sobre la base del caso Handyside contra Gran Bretaña, que la libertad de expresión es no solo una garantía en relación con las informaciones o ideas consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en lo que concierne a aquellas que chocan o inquietan al Estado o a una fracción concreta de la población; "...así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura⁵". Según Estrasburgo, este derecho constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para el progreso y desarrollo personal de los individuos. Se considera necesario que emerjan de manera constante e ininterrumpida ideas novedosas que, si bien pueden molestar en un primer momento, pueden llegar a ser constructivas más adelante porque solo un intercambio libre de informaciones y opiniones puede ayudar al individuo a entender el mundo en el que vive. En ese sentido y junto con el derecho a la información, el Tribunal Europeo ha reconocido implícitamente el derecho a una cierta dosis de exageración o incluso de provocación y a expresar opiniones o ideas que chocan, inquietan u ofenden⁶; según este mismo tribunal "así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la mente abierta sin los cuales no habría sociedad democrática⁷".

Sin embargo, a pesar de ser la libertad de expresión un principio fundamental de toda sociedad democrática no puede ejercerse de manera ilimitada y como toda libertad, la de expresión no es absoluta. Aunque es difícil establecer límites en una sociedad en constante evolución porque el límite también evoluciona, el TEDH tiene

³ Sentencia 11798/85 TEDH Casado Coca c. España, de fecha 24 de febrero de 1994 (§35).

⁴ La Convention européenne des droits de l'homme. Laurence Burgogues-Larsen. 3^e edition.

⁵ Sentencia 5493/72 TEDH Handyside c. Gran Bretaña, de fecha 7 de diciembre de 1976 (§19).

⁶ Sentencia 15890/89 TEDH Jersild c. Dinamarca, de fecha 23 de septiembre de 1994.

⁷ Sentencia 11798/85 TEDH Castells c. España, de fecha 23 de abril de 1992 (§42).

establecidas unas restricciones que ya vienen recogidas en el apartado 2 del artículo 10.

3.2. Derecho a recibir y comunicar información

Se incluye en la libertad de expresión y es también materia de protección, la libertad de recibir o comunicar información o ideas. Así es, de la misma manera que todo individuo tiene derecho a expresar y difundir sus ideas, pensamientos o creencias, tiene derecho a ser informado y tener a su alcance conocimientos y opiniones. Por lo tanto, la libertad de expresión circula en un doble sentido. Esta garantía convencional resulta de numerosas sentencias europeas.

Resulta interesante, en este sentido, destacar los fundamentos jurisprudenciales establecidos por Estrasburgo en el caso de la negativa por parte de las autoridades internas húngaras de facilitar a una ONG los nombres de los abogados que habían intervenido de oficio y el número de veces que lo habían hecho. El planteamiento de dicha cuestión por parte de la ONG obligó al Tribunal Europeo a analizar si el derecho a acceder a información detenida por el Estado entraba dentro del alcance del artículo 10 del CEDH. El TEDH dejó sentado que, si bien el derecho a recibir información no puede entenderse como una obligación positiva por parte del Estado de recopilar y difundir información de oficio y de manera automática, existe un amplio consenso europeo que se basa en la necesidad de reconocer un derecho individual al ciudadano de acceso a informaciones detenidas por el Estado. Por el gran interés público que suscitaba dicha cuestión, el acceso a esta información era determinante para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del ciudadano en su vertiente al derecho a recibir y comunicar información. Estrasburgo decidió que [la negativa de las autoridades internas de atender a la petición de información de la ONG obstaculizaba la contribución a un debate público sobre una cuestión de interés general⁸].

Cabe citar también la sentencia *Autronic AG* contra Suiza, el TEDH declaró que las autoridades internas violaron el artículo 10 del CEDH de la sociedad *Autronic AG* por haber condicionado la autorización para recibir, mediante una antena parabólica, emisiones de televisión no codificadas procedentes de un satélite soviético, a la

⁸ Sentencia 18030/11 TEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de fecha 8 de noviembre de 2016 (§197).

aprobación y consentimiento del Estado emisor. Entre los motivos que opuso el Estado Suizo ante el Tribunal Europeo, había el hecho de que la demandante era una persona jurídica y que perseguía fines exclusivamente técnicos y lucrativos. Según Estrasburgo, al margen que el derecho fundamental del artículo 10 incluye toda persona sea natural y jurídica y que la libertad de expresión utilizada con fines meramente lucrativos forma parte de la libertad económica, recordó que

el precepto no sólo se refiere al contenido de las informaciones, sino también a los medios de transmisión o de recepción, porque cualquier restricción que se les imponga afecta necesariamente al derecho de recibir y de comunicar informaciones⁹.

Cabe también mencionar, por el impacto social que supuso la prohibición, la condena que Estrasburgo emitió contra Turquía por el bloqueo completo entre los años 2008 y 2010 del acceso a *Youtube* por la existencia de diversas páginas en dicho canal de videos que insultaban la memoria del fundador de la República de Turquía, Mustafa Kemal Atatürk. Diversos profesores de derecho decidieron atacar esta medida alegando que dicha restricción afectaba la labor profesional y académica de estudiantes y estudiosos y destacaron la importancia de dicho portal de información. El Tribunal concluyó que el bloqueo afectaba el derecho de los demandantes a recibir y difundir información, en consecuencia, determinó la existencia de violación del artículo 10 del CEDH¹⁰.

A pesar de ello, debemos lamentar que dicho bloqueo no ha sido el único que se ha producido en Turquía. Ciertas críticas a Erdogan han merecido nuevos bloqueos en *Youtube* y *Twitter*. Recientemente, tras el desastroso terremoto del pasado mes de febrero, la plataforma *Twitter* volvió a sufrir un bloqueo, todo ello con el fin de evitar que se conociera la magnitud del desastre, pero al mismo tiempo impidiendo la propagación en las redes sociales de peticiones de ayuda para los damnificados o de contactos con los seres queridos. El motivo del gobierno turco para justificar dicho bloqueo fue, según dijo, evitar que se difundiera desinformación. No podemos estar más en desacuerdo con esta medida.

3.3 Libertad de crítica

Los límites de la crítica admisible son más amplios en relación con el Gobierno y los políticos que frente a un simple particular. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar situadas bajo el control atento no sólo de los poderes

⁹ Sentencia 12726/87 TEDH, Autronic AG c. Suiza, de fecha 22 de mayo de 1990 (§14).

¹⁰ Sentencias 48226/10 y 14027/11 TEDH Cengiz y otros c. Turquía, de fecha 1 de diciembre de 2015.

legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. En estos casos, la jurisprudencia europea habla de un mayor grado de tolerancia e insiste en que toda ley especial destinada a conceder una protección más intensa a los jefes de Estado o del gobierno va contra los principios y el espíritu del CE¹¹.

Según una consolidada jurisprudencia europea entran en este campo de aplicación las personalidades políticas y públicas, los miembros del Gobierno, los poderes públicos y otras instituciones, los miembros de la monarquía, los parlamentarios, senadores y toda persona elegida, los jueces, magistrados y fiscales, cualquier persona investida de una misión pública, pero también las asociaciones, las grandes empresas, así como los propios empresarios.

A pesar de ello, el TEDH tiene en cuenta siempre, el contenido de las observaciones, así como la manera y el contexto en que se hicieron. En este sentido, el Tribunal Europeo estimó que España no violó el art. 10 del CEDH a un alto funcionario del Banco España cuando se le despidió de sus funciones a raíz del contenido de una carta que envió al subdirector General del Banco de España. Estrasburgo declaró que

las jurisdicciones españolas han sopesado, en relación con el Derecho nacional, los intereses en conflicto, para concluir que el demandante, alto funcionario del Banco de España, sobrepasó los límites aceptables del derecho a la crítica¹².

Aquí el Tribunal Europeo tuvo en cuenta que las manifestaciones se hicieron de manera sopesada, cuidadosa y reflexionada.

Es altamente recomendable, en cualquier sistema democrático y en ello estamos totalmente a favor, que aquellas personas con cargos públicos, en el sentido amplio de la palabra, sean sometidas a un análisis más detallado de sus funciones, pero también de sus principios y valores personales. Ello acarrea inevitablemente que sean sujetos a un mayor grado de crítica. En efecto, es bien sabido que cuando se entra en el campo público, se relativiza el concepto de privado.

4. Límites y restricciones del derecho a la libertad de expresión según el TEDH

Como ya hemos dicho, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y está sometido a ciertas restricciones, condiciones y formalidades según reza el apartado

¹¹ Sentencia 2034/07 TEDH Otegi Mondragón c. España, de fecha 15 de marzo de 2011.

¹² Sentencia 46833/99 TEDH, Diego Nafría c. España, de fecha 14 de marzo de 2002 (§42).

segundo del artículo 10. Las limitaciones al derecho a la libertad de expresión presentan ciertas peculiaridades, debido a la considerable incidencia de este derecho en aspectos de la vida personal y social¹³. Así la prensa no debe sobrepasar los límites que imponen todo lo relacionado con la seguridad nacional, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la reputación de los derechos ajenos (discriminación y discursos de odio) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. En todo caso, el TEDH tiene establecido que las limitaciones deben enmarcarse en los principios democráticos y deben perseguir un fin legítimo y configurarse conforme con el principio de legalidad y proporcionalidad, es decir la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática.

4.1 El discurso de odio o *hate speech*

Según el TEDH se exceden de los límites del derecho a la libertad de expresión y pierden su protección, todos aquellos discursos de odio, racismo, discriminación, apología del crimen o enaltecimiento del terrorismo, es decir cualquier comunicación que tenga como objetivo denigrar, ofender, discriminar o humillar a un individuo o a un grupo de personas por razón de su raza, género, orientación sexual, religión, etnia, ideas políticas o nacionalidad. El motivo, no es solo porque son discursos dañinos y ofensivos, sino también porque los mismos pueden incitar a la violencia y a la discriminación general, a la estigmatización, creando un clima de hostilidad y división en la sociedad. El odio es simplemente una emoción negativa dirigida a degradar al individuo y atacar su dignidad, por lo tanto, es como tal, un abuso del derecho a la libertad de expresión. El odio pone en peligro el carácter multicultural de la sociedad, la tolerancia, la convivencia y la paz social. A pesar de ser un concepto relativamente reciente, el TEDH tiene establecido que el *hate speech* no goza de la protección del artículo 10 del CEDH.

Debemos tener en cuenta que, a partir del 2019, la desinformación en relación con el COVID, el extremismo y ciertas teorías conspirativas han contribuido a un auge de sentimientos generalizados antisemitas, antiasiáticos y anti colectivos LGTBI que han dado lugar a un aumento de mensajes que crean miedo e inseguridades en comunidades minoritarias. Al mismo tiempo estas manifestaciones virulentas pueden llegar a silenciar o subordinar ciertos colectivos que, por minoritarios, son vulnerables.

¹³ El Convenio europeo de derechos humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo Luís López Guerra (pág.237).

¿Pero cómo valorar las expresiones de odio? ¿Y dónde se coloca el límite a la libertad de expresión? La línea es delgada; sin embargo, el TEDH ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que presenta el discurso de odio, el negacionismo y la apología del terrorismo como un abuso del derecho a la libertad de expresión, tal y como veremos más adelante. Estrasburgo se muestra inflexible y rechaza de plano que tales discursos se enmarquen en la libertad de expresión, no solo porque atentan contra la dignidad de las víctimas sino también porque suponen una incitación al odio y a la discriminación. A pesar de ello, los matices, el entorno y el contexto son importantes. Véase:

Müslüm Gündüz, dirigente de una secta islámica participó en un debate televisado. Al tratar de temas de actualidad tales como la democracia, la laicidad y el islam, Gündüz defendió abiertamente la *sharía*¹⁴ y habló de la incompatibilidad de su concepción del islam con los valores democráticos mostrando cierta intransigencia hacia las instituciones turcas. Ante la condena de las autoridades turcas por su postura, el TEDH consideró que, siendo el debate de interés general en el país, el mero hecho de defender la *sharía*, sin incitar a la violencia para instaurarla no es una incitación al odio. Consideró que las ideas del líder islámico eran un tema ampliamente debatido en los medios de comunicación turcos y de interés general, que las ideas extremistas de Gündüz ya eran conocidas y que pudieron ser contrarrestadas por la intervención de otros participantes invitados en el debate. Por toda ello la restricción a la libertad de expresión requería de una interpretación rigurosa. El TEDH condenó al Estado turco¹⁵ por violación del artículo 10 CEDH.

En cambio, en su sentencia Zana contra Turquía, teniendo en cuenta el margen de apreciación que tienen las autoridades nacionales, [Estrasburgo estimó que la injerencia litigiosa era proporcional a los fines legítimos perseguidos a partir del momento que la publicación constituye un llamamiento a la venganza sangrienta, porque se despiertan instintos primarios y se refuerzan prejuicios ya anclados que se han manifestado a través de una violencia mortal¹⁶]. Mehdi Zana, antiguo alcalde de Diyarbakir, fue condenado por el estado turco por haber hecho apología de un acto considerado delito al expresar su apoyo al movimiento de liberación nacional PKK en una entrevista con unos periodistas. Estrasburgo consideró importante analizar el contenido de sus palabras a la luz de la situación política que se vivía en aquel

¹⁴ ley de la religión islámica que recoge el conjunto de los mandamientos de Alá relativos a la conducta humana.

¹⁵ Sentencia 35071/97 TEDH Gündüz c. Turquía, de fecha 04 de diciembre de 2003.

¹⁶ Sentencia 18954/91 TEDH Zana c. Turquía, de fecha 25 de noviembre de 1997(§2c).

momento en Turquía, la tensión social existente y la repercusión que dichas palabras podían causar dado que la entrevista coincidió con unos atentados homicidas perpetrados por el PKK contra civiles. Ante todos estos elementos, el TEDH declaró que la condena del antiguo alcalde turco no infringió su derecho a la libertad de expresión.

Cabe también mencionar la controvertida sentencia europea Jersild contra Dinamarca. Jesper Jersild, periodista danés, fue condenado por los tribunales de su país por un documental en el cual entrevistaba a portavoces de un grupo racista danés. Según la jurisdicción danesa, el reportaje era una incitación a la violencia y al odio debido a la presentación del grupo neonazi sin crítica ni filtro. Sin embargo, el TEDH determinó que aquella condena había violado su derecho a la libertad de expresión. A pesar de afirmar que el documental podía ser considerado ofensivo y de subrayar la vital importancia de combatir el discurso racista en todas sus formas y manifestaciones, el tribunal europeo estableció que el periodista no tenía intención racista y se había limitado a ofrecer al público, desde una posición neutral y sin alineamiento, tales posturas intolerantes. Según Estrasburgo es necesario que los periodistas puedan investigar y presentar información sobre grupos extremistas y su ideología justamente para que la sociedad pueda conocer su existencia y tomar medidas para contrarrestarlos¹⁷.

Así constatamos que los matices son importantes. En la toma de decisión, el alto tribunal europeo tiene en cuenta el contexto en el que se ha llevado a cabo la expresión, la tensión política y social del momento en que se ha hecho la manifestación, la situación de vulnerabilidad del destinatario del mensaje, el interés general del discurso o la posibilidad de contradicción y debate.

A pesar de ello, el Tribunal Europeo concede poca flexibilidad cuando analiza discursos basados en el odio y que inevitablemente incitan a la violencia. Desde nuestro punto de vista, tal postura es adecuada para que una sociedad pueda avanzar evitando las fobias, las repulsiones y el rencor.

4.2 El negacionismo

Frente a la negación del Holocausto, el TEDH ha extremado precauciones excluyendo directamente la posibilidad misma de que se trate de libertad de expresión con el objetivo de proteger la historia. Se define así el negacionismo como

¹⁷ Sentencia 15890/89 TEDH Jersild c. Dinamarca, de fecha 23 de septiembre de 1994.

el discurso que consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la II Guerra Mundial, con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esta infamia. Y comprende la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución¹⁸.

Pero también se entiende por negacionismo toda manipulación ilegítima de la historia que tenga como objetivo distorsionar determinados acontecimientos históricos exculpando a los intervinientes.

Una de las decisiones más conocidas en esta materia es la de Pierre Marais¹⁹ contra Francia. Este ingeniero francés fue condenado en su país al poner en tela de juicio la existencia del genocidio nazi contra el pueblo judío, al presentar en una publicación científica un análisis técnico que negaba la existencia de las cámaras de gas. El TEDH no amparó su pretensión de que se le había violado su derecho a la libertad de expresión.

En el mismo sentido se pronunció el alto tribunal europeo en relación con el filósofo, escritor y expolítico francés Roger Garaudy²⁰. Éste fue condenado por el Estado francés por negacionismo, provocación al odio racial y difamación contra los judíos por la publicación de su libro “Les mythes fondateurs de la politique israélienne & Le procès du sionisme israélien” (tr.: Los mitos fundacionales del estado de Israel) donde cuestionaba y negaba los crímenes de lesa humanidad cometidos en la II Guerra Mundial contra la comunidad judía. El TEDH no admitió su demanda estimando que su texto constituía una negación del holocausto, una distorsión de la realidad y ponía en duda hechos históricos sin base científica.

En términos similares, los magistrados europeos se pronunciaron en su sentencia Pavel Ivanov contra Rusia. Ivanov fue condenado por las autoridades rusas por incitación pública al odio étnico, religioso y racial por haber publicado unos artículos antisemitas en los que describía a los judíos como “la fuente del mal en Rusia”, negándoles el derecho a la dignidad nacional. En consonancia con las autoridades nacionales, el TEDH negó al periodista el derecho a acogerse a su libertad de expresión por considerar que un ataque vehemente contra un grupo étnico iba en contra de los principios y valores fundamentales del CEDH.

¹⁸ La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión. (Juan María Bilbao Ubillos, 2008, pág. 19).

¹⁹ Sentencia 31159/96 TEDH Marais c. Francia, de fecha 24 de junio de 1996.

²⁰ Sentencia 65831/01 TEDH Garaudy c. Francia, de fecha 24 de junio de 2003.

La jurisprudencia europea es clara en relación con la libertad de expresión cuando ésta es de naturaleza negacionista por el peso específico que los acontecimientos históricos de la segunda guerra mundial tienen en la memoria de los europeos. Ante el negacionismo del holocausto, el TEDH excluye directamente la posibilidad de que se trate de libertad de expresión e inadmite la demanda. Se trata de una verdad indiscutible. Europa considera que hay que combatir la minimización, trivialización o negación del holocausto porque, entre otras muchas cosas, fue a partir de este aterrador suceso que se sentaron muchas de las bases sociales y sobre todo político-morales de las democracias europeas.

Sin embargo, de manera contradictoria, desde nuestro punto de vista, la Gran Sala del TEDH, declaró, en una controvertida y ampliamente comentada decisión, que Suiza había violado el derecho a la libertad de expresión del político turco Dogu Perinçek al haberle condenado por negar, en un discurso, el genocidio armenio. El alto tribunal europeo constató que, si bien las opiniones de Perinçek eran ofensivas y desestabilizadoras, no incitaban a la violencia ni constituían una apología del odio y, por lo tanto, no justificaban una restricción a la libertad de expresión. En la decisión se aclaró que esta sentencia no podía compararse con aquellas dictadas por la negación del holocausto ocurrido durante la II Guerra Mundial dado que esta posición “va de la mano invariablemente con una ideología antidemocrática y antisemita²¹.”

Desde nuestro punto de vista, la negación del genocidio armenio por parte del político turco²² durante una conferencia en un país neutro como es Suiza y conocedor que el Código penal suizo castiga la negación de hechos históricos, fue un acto de provocación que el TEDH no supo prever y no debería considerarse un asunto de interés público, ni tampoco un discurso político, tal como declaró Estrasburgo. Estimar que la condena a dicha afirmación viola el derecho a la libertad de expresión, por un lado, crea una desigualdad entre las víctimas de genocidios y, por otro, pone en tela de juicio la realidad histórica de aquel genocidio que, igual que el que se perpetró en la II Guerra Mundial, merece reconocimiento y respeto. Lamentamos que Estrasburgo no aprovechara esta ocasión para dar luz a esta realidad histórica y retomara su jurisprudencia que recuerda que el discurso negacionista es una amenaza para la democracia. No vemos por qué razón se debe de conceder una mayor protección a la crítica que afecta la *shoah*²³. Merece la pena

²¹ Sentencia 27510/08 TEDH Perinçek c. Suiza, de fecha 15 de octubre de 2015 (§243).

²² Perinçek dijo: el genocidio armenio es una gran mentira internacional

²³ Con raíz bíblica en el término “Shoah u-meshoah” (desolación), es el termino hebreo utilizado para describir el genocidio perpetrado durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania nazi.

recordar que 7 de los jueces de la Gran Sala²⁴ emitieron opinión disidente en el sentido de estimar que no se había producido violación del artículo 10 del CEDH. Los magistrados disidentes recordaron que

El genocidio armenio es un hecho histórico claramente establecido. Negarlo es negar lo obvio. Pero esa no es la cuestión aquí. Este caso no es acerca de la verdad histórica, o sobre la caracterización de los acontecimientos de 1915. La verdadera cuestión aquí es si es posible que un Estado, sin exceder su margen de apreciación, criminalice insultar la memoria de un pueblo que ha sufrido un genocidio. En nuestra opinión, esto es posible²⁵.

4.3. Enaltecimiento del terrorismo

El TEDH no estimó vulneración del artículo 10 CEDH al ciudadano británico Mark Anthony Norwood²⁶, organizador regional del Partido Nacional Británico y que colocó un cartel en la ventana de su apartamento con una fotografía de las torres gemelas en llamas y un texto que rezaba “Islam fuera de Gran Bretaña; proteja al pueblo británico”. Junto al texto aparecía un símbolo de una luna y una estrella en un signo de prohibición. El activista fue condenado por el Reino Unido por hostilidad hacia una grupo racial o religioso. Los magistrados europeos estimaron que la imagen creaba un vínculo general entre un grupo religioso y un acto terrorista, lo que era contrario a los valores europeos de tolerancia, paz y no discriminación.

Estrasburgo no consideró en cambio, contrariamente al Estado español, que Miguel Castells²⁷ hiciese apología del terrorismo por la publicación en un seminario español de un artículo titulado “Insultante impunidad” donde venía a decir que las autoridades españolas y el Gobierno estaban implicados en la llamada “guerra sucia” contra el terrorismo. A pesar de la condena española, el TEDH declaró que el artículo del abogado y político estaba protegido por el derecho a la libertad de expresión ya que se trataba de una crítica legítima al sistema judicial y a la política de seguridad del País Vasco y que la autoridad nacional, el Estado español, no había demostrado que dicha publicación comportara un peligro para la seguridad jurídica. La sentencia, retomando los viejos principios jurisprudenciales, recordaba que la libertad de expresión no solo protege las ideas o informaciones inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que pueden molestar, ofender o inquietar al Estado o a cualquier sector de la población.

²⁴ El artículo 43 del CEDH prevé una remisión del asunto a la Gran Sala en casos excepcionales.

²⁵ Opinión disidente conjunta de los jueces Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis y Küris (§2).

²⁶ Sentencia 23131/03 TEDH Norwood c. Reino Unido, de fecha 16 de noviembre de 2004.

²⁷ Sentencia 11798/85 TEDH Castells c. España, de fecha 23 de abril de 1992.

4.4. La protección de la moral y de los sentimientos religiosos

Las convicciones religiosas están protegidas por el artículo 9 del CEDH.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individuales o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En no existir una concepción homogénea y unánime de los requisitos necesarios para proteger los derechos de terceros en relación con los ataques a los sentimientos y convicciones religiosas, a la moral y a los valores, la doctrina europea concede a los estados miembros del CEDH un cierto margen de apreciación puesto que son los que tienen el contacto directo y constante con la realidad de su país, las circunstancias de cada situación y se encuentran en la mejor posición para pronunciarse sobre lo que se entiende por “necesidad” o “restricción”.

Uno de los primeros casos en los que el TEDH se pronunció en relación con la protección de la moral y de los sentimientos religiosos fue en su sentencia *Wingrove*²⁸ contra el Reino Unido en 1996. Este director de cine fue censurado en su país por una película en la que aparecían dos figuras relevantes de la religión católica manteniendo relaciones sexuales. El TEDH se pronunció recordando que la protección de los sentimientos religiosos, en términos generales, forma parte de las posibles restricciones legales de la libertad de expresión.

En su conocida y reiteradamente citada sentencia *Handyside c. Gran Bretaña*²⁹, el TEDH decidió que las autoridades nacionales habían tomado medidas razonables, con la confiscación de más de mil copias del libro “The red book” destinado a niños y adolescentes de 12 a 18 años, para proteger a la sociedad de la obscenidad y la pornografía ofensiva y recordaba que no existe un consenso europeo sobre el concepto de moral pública, el cual varía en el tiempo y el espacio en una época como la actual en la que hay una rápida evolución de las opiniones sobre temas relacionados con los valores morales. Por ello “son los Estados quienes en principio

²⁸ Sentencia 17419/90 TEDH *Wingrove c. Reino Unido*, de fecha 25 de noviembre de 1996.

²⁹ Sentencia 5493/72 TEDH *Handyside c. Gran Bretaña*, de fecha 7 de diciembre de 1976.

están en mejor posición que los jueces internacionales para dar una opinión precisa de su contenido e interpretar si la medida particular es necesaria”³⁰.

Son muy pocas las ocasiones en las que Estrasburgo ha declarado que la valoración realizada por las jurisdicciones internas de los Estados miembros del concepto de moral pública podía suponer una limitación a los derechos el CEDH. En efecto, según el TEDH, la protección de los sentimientos religiosos está incluida entre las posibles restricciones legales a la libertad de expresión porque “es uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida”³¹.

La jurisprudencia europea a llegado a admitir que los Estados pueden considerar incompatibles con la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia, todas aquellas expresiones que inciten a la intolerancia religiosa.

27 años después de la sentencia *Wingrove*, el TEDH sigue aplicando los mismos criterios y recuerda que si la ponderación se ha llevado a cabo por las autoridades nacionales a tenor de los criterios y principios establecidos por la jurisprudencia europea, deben de existir “*strong reasons*” para que su punto de vista sustituya el de dichas autoridades nacionales. El ciudadano austriaco E.S. impartió varias conferencias bajo el título “información básica sobre el islam” en el Instituto de Educación del Partido de la Libertad y por las difamaciones que hizo sobre el profeta Mahoma fue condenada por el estado austriaco como autora del delito de deterioro de los preceptos religiosos. Dichas conferencias tuvieron una amplia difusión en las redes sociales. Según el Tribunal Europeo, son los jueces nacionales los que conocen mejor que nadie las especificidades austriacas en materia religiosa y en el presente asunto, dada la naturaleza especialmente sensible,

los tribunales internos evaluaron de forma exhaustiva el amplio contexto de las declaraciones de la demandante, y sopesaron cuidadosamente su derecho a la libertad de expresión junto a los derechos de otras personas de ver protegidos sus derechos religiosos, y contar con que se preserve la paz religiosa en la sociedad austriaca.³²

Así, el TEDH concedió al Estado austriaco un amplio margen de apreciación, recordando en su decisión que el respeto a la tolerancia y la diversidad religiosa son valores fundamentales de una sociedad democrática y que no se puede aprovechar

³⁰ Sentencia 6538/74 TEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de fecha 26 de abril de 1979.

³¹ Sentencia 14307/88 TEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de fecha 25 de mayo de 1993.

³² Sentencia 38450/12 TEDH E.S. c. Austria, de fecha 25 de octubre de 2018 (§57).

el discurso religioso para atacar o menospreciar a otras religiones. Por lo tanto, estimó que la condena penal no violó el derecho a la libertad de expresión.

Es difícil encontrar un justo equilibrio y depende de los valores morales de cada uno. De la misma manera, por razón de la diversidad cultural, social e histórica, es difícil obtener un concepto unánime en Europa del significado de “moral” o “religión”. Así, los fundamentalistas religiosos se apoyan en el valor sagrado de la religión y los progresistas o aquellos países con una cultura laica consideran que la religión es simplemente un rasgo de identidad de los grupos sociales y, por tanto, debe prevalecer la libertad de expresión sobre ella. Desde nuestro punto de vista, el arraigo religioso va de la mano del modelo social de cada país y en algunos, forma parte de su cultura, historia, educación y tradición siendo inconcebible un ataque, por mínimo que sea, a dichos valores éticos y morales.

4.5. La seguridad nacional y el orden público

La doctrina europea concede, aquí también, un margen de apreciación bastante amplio a los Estados cuando limitan la libertad de expresión por motivos de seguridad nacional u orden público. El orden público comporta un clima de paz, de convivencia social donde no hay conflictos graves e impera la armonía y la tolerancia y afecta principalmente a ataques o injurias contras las fuerzas de seguridad del Estado o las fuerzas militares o armadas.

Es por ello por lo que, en su decisión *Chorherr contra Austria*³³, los magistrados europeos estimaron que la sanción que se impuso a un ciudadano austriaco por alteración del orden público, como resultado de la distribución de unas octavillas durante una ceremonia militar en Viena, no restringió su libertad de expresión. Se consideró que las autoridades judiciales nacionales tenían un mayor conocimiento de los peligros que tal distribución podía suponer entre la población austriaca durante una ceremonia militar.

Muy al contrario, en la decisión *Savva Terentyev contra Rusia*³⁴, el TEDH consideró que Rusia había violado el artículo 10 del CEDH y recordó que ciertas instituciones, tales como la policía, al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, deberían mostrar un mayor grado de tolerancia ante las ofensas. Además, por dicha condición están sujetos a un nivel de crítica especial, incluida aquella que pudiera molestar u ofender y finalmente no se trata de un grupo o colectivo que requiera de una

³³ Sentencia 13308/87 TEDH *Chorherr c. Austria*, de fecha 25 de agosto de 1993.

³⁴ Sentencia 10692/19 TEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de fecha 28 de agosto de 2018.

protección especial. A pesar de considerar que las palabras del bloguero eran inapropiadas, vulgares e insultantes, el tribunal europeo consideró que el asunto, que se situaba en un contexto electoral, revestía un interés público y que los comentarios eran metafóricos.

No somos muy favorables a que, bajo el alegato general de cuestiones de seguridad nacional u orden público, se restrinja el conocimiento público a la ciudadanía de cierto tipo de información o documentación. Consideramos que ello abre la puerta a que cualquier cuestión controvertida sea ocultada, disimulada y, en consecuencia, eliminada del alcance público. A pesar de admitir que pueden existir cuestiones muy concretas de seguridad nacional, por regla general, ante el secretismo, la confidencialidad y la reserva abogamos por la transparencia.

Lamentablemente, todavía hoy aparece en la prensa una noticia en la que podemos leer que Rusia ha iniciado un nuevo juicio contra el opositor político Navalni la voz más crítica del Kremlin. En medio de la primera vista, dice el periódico, el juez ha vetado la presencia de la prensa y el juicio se seguirá, a partir de ahora, a puerta cerrada por dudosas cuestiones de seguridad nacional. Todo ello, a pesar de las objeciones de los abogados de Navalni.

4.6. La prevención de divulgación de información confidencial

La prevención de revelación de informaciones confidenciales ha sido invocada ante el Tribunal Europeo respecto a varios tipos de contenidos, tanto de naturaleza pública como privada: militar, cubierta por el secreto fiscal, el secreto de la investigación, la protección de correspondencia diplomática, informes confidenciales de los servicios de seguridad nacional, el secreto médico o, incluso, información de carácter comercial, invitando a un debate sobre prácticas profesionales específicas de un sector de actividad en particular³⁵. Además de analizar si dicha información es susceptible de contribuir a un debate público, el Tribunal Europeo también tiene en cuenta el grado de conocimiento público del asunto.

Sobre ello, la jurisprudencia europea destaca la conveniencia de aplicar con moderación dichos conceptos e interpretarlos de manera restrictiva. El Tribunal Europeo da poco margen y, en este sentido, condenó las restricciones impuestas a los periódicos británicos Guardian y Observer³⁶ por la publicación y divulgación de un libro que detallaba supuestas actividades ilegales de los servicios de seguridad

³⁵ Guía sobre el artículo 10 de la Convención europea de los derechos del hombre.

³⁶ Sentencia 13585/88 TEDH Guardian y Observer c. Reino Unido, de fecha 26 de noviembre de 1991.

británicos. Aquí, la doctrina europea estableció que dichas restricciones vulneraban el artículo 10 del CEDH.

Sin embargo, Estrasburgo estimó que la condena de las autoridades internas al periodista suizo Stoll por la publicación de un informe diplomático confidencial sobre una estrategia político-económica, no constituía violación de su derecho a la libertad de expresión. Confirmaba así que la injerencia era legítima, puesto que se debía preservar la divulgación de información confidencial en cuanto la misma trataba de cuestiones político-financieras importantes y, por tanto, era legítimo que el Estado Suizo tomara medidas para proteger la confidencialidad de la información³⁷.

Tampoco se consideró violación del derecho a la libertad de expresión, la condena por parte de las autoridades suizas al periodista Bédát por haber publicado información y documentos judiciales declarados por el juez bajo secreto judicial. Si bien la Sala estimó que se le había violado el artículo 10 del CEDH, la Gran Sala, dando un cambio jurisprudencial revocó dicha sentencia recordando que, ante el derecho a la libertad de expresión, había que sopesar también la autoridad e imparcialidad del juez, el derecho a la presunción de inocencia y a la protección de la vida privada del afectado, así como la efectividad de la investigación. Estrasburgo recordó que era importante tener en cuenta la manera en que el periodista había conseguido la información y si bien la misma no se había obtenido de manera ilícita, el periodista, por su condición, no podía ignorar el carácter confidencial de dicha información. El Tribunal Europeo tuvo también en cuenta el carácter negativo y satírico bajo el que se presentaba al afectado en el artículo de prensa³⁸.

Merece aquí la pena comentar la opinión disidente del juez Luís López Guerra, cuyo punto de vista fue contrario al de la mayoría de la Gran Sala. Dicho juez estimó que se había violado el derecho a la libertad de expresión del periodista, no solo por la función que ejerce la prensa en una sociedad democrática, sino también porque el asunto tenía un notable interés público en Suiza y era una manera de rendir cuentas en relación con un procedimiento judicial con muchas repercusiones jurídicas y sociales. En su opinión disidente, rememoró que otros medios de comunicación e incluso las autoridades ya habían dado explicaciones sobre el asunto a la opinión pública e insistió en que el estilo adoptado por el periodista en su artículo entraba dentro de los parámetros de lo que el TEDH ha aceptado como una cierta dosis de exageración e incluso provocación. Para López Guerra, en este caso pesaba más el

³⁷ Sentencia 69698/01 TEDH Stoll c. Suiza, de fecha 10 de diciembre de 2007.

³⁸ Sentencia 56925/08 TEDH Bédát c. Suiza, de fecha 29 de marzo de 2016, con opinión disidente del juez López Guerra (pág. 31 vers. inglés) y jueza Yudkivska (pág. 35 vers. inglés).

derecho a la libertad de expresión que el derecho a la vida privada, más teniendo en cuenta que el afectado nunca se quejó en este sentido.

En estos dos últimos asuntos, por su trascendencia y las implicaciones político-sociales de los temas, ambas decisiones fueron tomadas por la Gran Sala. Así lo expuso la Jueza Yudkivska en la misma sentencia en su opinión también disidente, recordando que cuando un asunto ha dividido claramente la Sala y se ha reenviado a la Gran Sala, eso quiere decir que los principios básicos deben ser clarificados y matizados.

4.7. Aspectos íntimos de la vida privada y familiar

El respeto a la vida privada y familiar se encuentra recogido en el artículo 8 del CEDH

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

y el TEDH ha tenido muchas ocasiones para analizar la ponderación y el justo equilibrio de este artículo con el de la libertad de expresión.

El principio general en relación con dicho artículo 8 según el TEDH, es que “la noción de “vida privada” comprende elementos relacionados con la identidad de una persona, tales como su nombre, su foto, su integridad física y moral”³⁹. La garantía que concede este artículo según la reiterada jurisprudencia europea es asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad del individuo en las relaciones con sus semejantes. Esto implica que, incluso en el ámbito público, hay ciertas zonas de interacción entre el individuo y un tercero que pueden competir al ámbito privado.

La Princesa Carolina de Mónaco, en aquel momento casada con Ernesto Augusto Von Hannover, se quejó ante el TEDH por la publicación en la prensa rosa o del corazón alemana, de unas fotos suyas y de su familia que violaban, a su entender, sus derechos a la privacidad. Los Magistrados europeos de la Gran Sala estimaron que dichas fotos no justificaban el interés público. En efecto, por una parte, las fotos

³⁹ Sentencia 59320/00 TEDH Von Hannover c. Alemania, de fecha 24 de junio de 2004.

retrataban a la princesa con su esposo esquiando felizmente en Saint Moritz y, por otro lado, se veían unas fotografías del padre de la princesa, enfermo y al cuidado de sus otros dos hijos. Estrasburgo motivó la violación alegando, entre otras razones, que la prensa rosa o sensacionalista solo tenía como finalidad satisfacer la curiosidad del público sobre detalles estrictamente personales y privados de las personas y que, muchas veces, este tipo de fotos solo se consiguen en un clima de acoso continuo que puede llegar a crear un sentimiento de intrusión o de persecución en la vida privada. Esta sentencia fue muy significativa en relación con la protección de la privacidad y ha establecido precedentes en cuanto a la protección de este derecho en Europa.

Así pues, los magistrados europeos han dejado sentado que el interés público no es el interés del público.

En cambio, en el asunto Polanco Torres y Movilla Polanco contra España, el TEDH estimó que no se había violado el artículo 8 del CEDH. Aquí las demandantes, madre e hija (esta última en representación de su padre fallecido durante el procedimiento judicial en España), se quejaron ante el TEDH de un ataque al respeto de su vida privada por una publicación en el diario “El Mundo” donde se involucraba a Elisa Polanco y a su fallecido esposo en actividades irregulares. La fuente de la información eran los disquetes informáticos que, de forma anónima, había recibido la redacción del diario y que contenían la supuesta contabilidad de una sociedad del matrimonio Movilla Polanco. A pesar de que Estrasburgo declaró que el artículo era suficientemente duro como para afectar la integridad personal de las personas implicadas, decidió que no hubo violación del artículo 8 del CEDH. En efecto, citando la sentencia Karakó contra Hungría⁴⁰, recordó que para que entre en juego el artículo 8 del CEDH “la publicación que pueda empañar la reputación de una persona debe constituir una ofensa de su vida privada con una gravedad tal, que su integridad personal fuera comprometida”. Por lo tanto, avalando los criterios del Tribunal Constitucional español, los magistrados europeos estimaron que

...los motivos avanzados por el Tribunal Constitucional con el fin de proteger la libertad de comunicación e información eran suficientes para primar frente al derecho de los interesados a la protección de su reputación, en atención particularmente al interés general de la información en litigio y al respeto por parte del periodista de su debida diligencia⁴¹.

y, por tanto, no se había violado el artículo 8 del CEDH a Elisa Polanco y a su hija.

⁴⁰ Sentencia 39311/05 TEDH Karakó c. Hungría, de fecha 28 de abril de 2009.

⁴¹ Sentencia 34147/06 TEDH Polanco Torres y Movilla Polanco c. España, de fecha 21 de septiembre de 2010 (§53).

En relación con el derecho a la vida privada, no podemos dejar de mencionar una sentencia del presente año en la que el Tribunal Europeo ha tenido que contraponer dicho derecho con el de la libertad de expresión y ha dejado sentado que

el resultado de la demanda no debe, en teoría, variar según se haya presentado ante el Tribunal en virtud del artículo 8 del Convenio por la persona objeto del reportaje, o en virtud del artículo 10 por el editor. De hecho, como cuestión de principio, estos derechos merecen el mismo respeto. En consecuencia, el margen de apreciación debería ser, en teoría, el mismo en ambos casos⁴².

Por unanimidad, el Tribunal Europeo ha declarado que Alemania no ha violado el derecho a la libertad de expresión de la editorial al condenarla a publicar una rectificación con relación a un artículo en que vinculaba a la directora ejecutiva de un partido político con el partido gobernante de la antigua RDA.

Somos muy sensibles a todo lo que afecta a la vida privada y familiar. Aquí nuestro punto de vista es radical cuando el ataque proviene de la prensa rosa o sensacionalista que alimenta comentarios indiscretos, curiosidades malsanas y fisgoneos que no aportan nada. Sin olvidar que, en el concepto de vida familiar, muchas veces, entran en escena y se ven involucradas, terceras personas que pueden ser menores o individuos totalmente desconocidos, sin ningún alcance público, que no han buscado nunca salir del anonimato.

4.8. La protección de la salud

Reviste notable importancia el derecho a la libertad de expresión en relación con la protección de la salud después de la pandemia. El Tribunal Europeo ha concedido siempre un alto nivel de protección a la libertad de expresión cuando el discurso va dirigido a la protección de la salud y califica dicho discurso de interés general. Podemos citar, a título de ejemplo, la decisión del TEDH contra Irlanda, país donde el aborto es ilegal, por vulneración del derecho a la libertad de expresión por haber prohibido la difusión de documentación e información a las mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar en el extranjero. Estrasburgo consideró que dicha prohibición era desproporcionada y atentaba contra la salud de las mujeres embarazadas al retrasar los abortos por falta de información y conocimiento⁴³.

En el mismo sentido según Estrasburgo, las críticas difamatorias vertidas en un programa de televisión sobre medio ambiente, por un diputado del partido ecologista

⁴² Sentencia 8964/18 TEDH Axel Springer SE c. Alemania, de fecha 17 de enero de 2023 (§37).

⁴³ Sentencia 14234/88 TEDH Open door & Dublin Well Woman c. Irlanda, de fecha 29 de octubre 1992.

de los verdes hacia el director del servicio central de protección de los rayos ionizantes, formaban parte del derecho a la libertad de expresión en cuanto afectaban al medio ambiente y a la salud pública, eran de interés general y fueron expresadas por un elegido del pueblo en el marco de su compromiso ecológico. A pesar de que algunos comentarios podrían considerarse sarcásticos, el TEDH estimó que entraban dentro de los límites de la exageración y de la provocación admisibles según la jurisprudencia europea⁴⁴.

También, en materia de salud, el TEDH condenó Finlandia por violación del derecho a la libertad de expresión de una periodista que publicó unos artículos sobre las malas praxis profesionales de un cirujano, así como los problemas de dicho profesional con el alcohol. Durante la operación llevada a cabo por el cirujano, al que no se identificaba, el paciente falleció. Las autoridades internas condenaron a la periodista por difamación al considerar que de los artículos publicados se podía deducir que el cirujano había operado al paciente, ebrio o bajo los efectos de una resaca. Estrasburgo estimó que los artículos revestían cuestiones de interés público puesto que trataban de un tema importante como es la salud. Los magistrados europeos consideraron que “los periodistas que informan sobre temas de interés general actúan de buena fe para proporcionar información precisa y confiable de acuerdo con la ética del periodismo⁴⁵”.

En cambio, en sentido opuesto, se manifestó el Tribunal Europeo en el asunto Palusinski contra Polonia⁴⁶. Se trata este de un caso en el cual el demandante publicó un libro titulado “Estupefacientes: la guía”. Tras el análisis del contenido de ese libro realizado por expertos poloneses, se llegó a la conclusión de que en el mismo se incitaba a los lectores a consumir estupefacientes. Por ello, las autoridades internas polonesas, condenaron a su autor. Estrasburgo declaró que los tribunales nacionales no habían sobrepasado el amplio margen de apreciación que se les concede en materia de protección de la salud y la moral pública. Reafirmando las conclusiones de las autoridades polonesas, el TEDH concluyó que el libro ofrecía escasa información sobre las consecuencias negativas del consumo de estupefacientes y de sus riesgos de dependencia y, contenía en cambio información e instrucciones sobre la manera de conseguir los ingredientes y la preparación de dichas sustancias.

⁴⁴ Sentencia 12697/03 TEDH Mamère c. Francia, de fecha 7 de noviembre de 2006.

⁴⁵ Sentencia 56767/00 TEDH Selistö c. Finlandia, de fecha 16 de noviembre 2004 (§67).

⁴⁶ Sentencia 62414/00 TEDH Palusinki c. Polonia, de fecha 3 de octubre de 2006.

La salud es una materia de interés público y como tal, toda información relativa a la misma debe de ser de fácil alcance para la ciudadanía. Durante e incluso después de la pandemia, mucha información sanitaria, ha sido clasificada de confidencial. Todavía hoy es complicado saber el número de fallecidos por COVID o los efectos negativos de las vacunas. Las grandes empresas farmacéuticas con unos incalculables intereses económicos y muchas veces acompañadas de los poderes públicos, controlan gran parte de la información sanitaria. Desaprobamos totalmente esta postura y, en este sentido, de la misma manera que lo considera el alto tribunal europeo somos partidarios de que aquí, la balanza se decante a favor de la libertad de expresión cuando el tema se relacione con la salud.

4.9 La protección de las personas vulnerables.

Por su edad, discapacidad o enfermedad, orientación sexual o grupo minoritario, estas personas merecen mayor protección en términos generales. Estrasburgo también concede protección y garantías a aquellas personas que, por su vulnerabilidad, se exponen más fácilmente a que se les hiera o ataque y recuerda que los menores y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección estatal frente a cualquier ataque a su vida privada. Todas aquellas conductas que son una amenaza física o moral para las personas vulnerables exigen una respuesta penal y una política de disuasión que, para ser efectiva, debe ir acompañada de investigaciones y procedimientos adecuados⁴⁷. Justamente y en relación con los menores, el TEDH rechazó que se hubiese violado el artículo 10 del CEDH por la condena de Inglaterra a un ciudadano que publicó en una página web de acceso libre y gratuito, la previsualización de unas escenas pornográficas. El Tribunal Europeo decidió⁴⁸ que se trataba de un artículo obsceno y no dio lugar, por unanimidad, a la violación del derecho a la libertad de expresión. Los magistrados europeos estimaron que recurrir a la persecución penal ante tales hechos por parte de las autoridades internas no fue desproporcionado y, por tanto, dicha condena podía considerarse como necesaria en una sociedad democrática en interés de la protección de la moral y de los derechos de los menores.

En el mismo sentido Estrasburgo estimó⁴⁹, en un asunto de carácter sexual, que la mención reiterada por los medios de comunicación de la identidad de un menor era altamente perjudicial para su vida privada y su desarrollo personal, moral y psicológico. Además, estableció que dicha publicación no contribuía para nada a una

⁴⁷ Sentencia 2872/02 TEDH K.U. c. Finlandia, de fecha 2 de diciembre de 2008.

⁴⁸ Sentencia 5446/03 TEDH Perrin c. Reino Unido, de fecha 18 de octubre de 2005.

⁴⁹ Sentencia 24061/04 TEDH Aleksey Ovchinnikov c. Rusia, de fecha 16 de diciembre de 2010.

discusión de un asunto de interés legítimo. En consecuencia, por unanimidad, Estrasburgo concluyó que no se había violado el derecho a la libertad de expresión del periodista.

El carácter interactivo de internet y la facilidad con la que un menor puede acceder a la información digital obliga a analizar los riesgos a los que pueden verse sometidos tales menores tanto en calidad de sujetos como en calidad de objetos. En efecto, con la nueva era digital y la posibilidad del anonimato se han multiplicado las formas de difundir contenidos pornográficos de manera libre e impune. Ante colectivos vulnerables, entendemos que el derecho a la libertad de expresión debe ceder siempre a favor de la protección de los desvalidos e indefensos.

5. El cuarto poder

El peso de los medios de comunicación en la actualidad es de tal envergadura, que se les conoce como el cuarto poder por la influencia que ejerce en los asuntos sociales y políticos de un país. Así pues y en un sentido amplio, los medios de comunicación son el contrapoder frente a los tres poderes institucionales y clásicos del estado (poder ejecutivo, legislativo y judicial). El cuarto poder informa y, de esta manera, ejerce un control sobre los tres poderes estatales. En efecto, todos podemos recordar el papel crucial que jugó la prensa en el caso Watergate⁵⁰. El escándalo fue destapado por dos jóvenes periodistas que recibieron información de una fuente anónima. A raíz de esta información, los periodistas investigaron y publicaron artículos en el Washington Post donde destaparon la trama y sacaron a la luz pública la corrupción política que se escondía detrás del robo a la sede del partido demócrata.

Cuando hablamos de medios de comunicación o prensa entendemos, según el TEDH, todos aquellos medios que difunden informaciones, ideas, opiniones, publicaciones de documentos o fotografías sobre asuntos de interés público que contribuyen al debate de interés general. Por lo tanto, se incluye la prensa en papel y digital, los medios de radio, televisión y cine. El tribunal de Estrasburgo siempre ha concedido a la prensa un estatus particular en el ejercicio de las libertades y considera que estos ejercen un papel esencial en relación con el funcionamiento de una democracia, calificando a los periodistas de perros guardianes de la sociedad a partir del momento que facilitan información seria y creíble sobre cuestiones de

⁵⁰ Escándalo político de principios de los años 70 en los EEUU, en que estuvo involucrada la administración del presidente Nixon.

debate general⁵¹. Ello no sólo es válido para las informaciones o ideas inofensivas o indiferentes sino también para las ofensivas o preocupantes.

La libertad de expresión y la de prensa son indicadores fundamentales para medir la democracia de un país siendo los periodistas unos abanderados privilegiados a los que hay que proteger para a su vez garantizar un estado de derecho. Tal como lo ha definido recientemente el Secretario General de Naciones Unidas António Guterres con motivo del Día Mundial de la libertad de prensa “La libertad de prensa es el cimiento sobre el que se sustenta la democracia y la justicia. Gracias a ella, disponemos de todos los datos que necesitamos para formar una opinión e interpelar al poder con la verdad⁵².”

La jurisprudencia de Estrasburgo concede a la prensa la función de perro guardián (*social watchdog o chien de garde*) y constituye una fuente esencial del derecho europeo relativo a los medios de comunicación. Además, tiene una fuerza coercitiva en relación con los estados miembros que implica incluso, el abandono de una parte de la soberanía nacional de los estados en este campo específico.

5.1 La censura en los medios de comunicación

Son todavía muchos los países que no tienen libertad de expresión ni de prensa; incluso en algunas democracias están en tela de juicio y padecen ciertas censuras. La censura puede ser directa, siendo aquella ejercida por un órgano de poder que controla los contenidos antes de su publicación, aquella que requiere una autorización gubernamental previa, la que examina antes de su difusión lo que se quiere transmitir y propone sutilmente cambios o aquella en la que se persiguen a los periodistas por atentar a la seguridad del estado o se les acusa de espionaje o no se les reconoce la protección de sus fuentes de información o incluso se les vigila con el objetivo de conocer, por ejemplo, su fuente de información. Pero también existe otra forma de censura, aquella en la que el estado tiene el monopolio audiovisual, aquella mediante la cual se impide a los periodistas emitir críticas y los multan por ello, o aquella en la que directamente se bloquean las redes sociales aislando intelectualmente al individuo. Otras más sutiles son aquellas en la que ciertos grupos financieros o empresarios controlan los medios de comunicación o aquellas en las que hay una verdadera confusión entre el poder mediático y el poder político. Finalmente, está la censura por la vía del terrorismo, la más extrema de las censuras. En este sentido todos recordaremos el atentado contra la revista satírica

⁵¹ Sentencia 17488/90 TEDH Woodwin c. Gran Bretaña, de fecha 27 de marzo de 1996.

⁵² Discurso ante la ONU, el 3 de mayo de 2023.

Charlie Hebdo, que quedará para siempre en los anales de la historia de la prensa y que volvió a abrir el viejo debate sobre la conciliación entre el ejercicio de la libertad de expresión y el respeto a las creencias y sentimientos religiosos derivados de la libertad religiosa protegida por el artículo 9 CEDH y que ya hemos tratado.

La privación de esta libertad o del derecho a la información, bien sea por la vía directa o enmascarada bajo diversos formatos, transforma todo estado liberal en un régimen autoritario. Más aún, cuando las censuras o limitaciones de esta libertad afectan directa o indirectamente a los medios de comunicación.

En resumen, la censura, según Joaquín Urías "...responde a motivos ideológicos e impide la consumación del acto comunicativo antes de que pueda causar ningún efecto⁵³". A pesar de ello, ni la DUDH ni el CEDH contemplan explícitamente la censura debiéndose de acudir a la jurisprudencia.

5.2. El interés público o general

Son numerosas las sentencias de Estrasburgo donde se recuerda que, en materia de libertad de expresión, "dispone de poco margen para las restricciones a la expresión política o al debate sobre cuestiones de interés público⁵⁴." Además, en diversas sentencias, el Tribunal europeo ha insistido en el hecho de que las personalidades políticas o los jefes de Estado no tienen por qué gozar de una especial protección, en materia de difamación, en relación con el resto de los ciudadanos.

Merece la pena comentar aquí la sentencia Couderc y Hachette Filipacchi Associés contra Francia, justamente porque afecta al príncipe reinante de Mónaco. En este asunto fue precisamente por la condena a la revista "Paris Match" y a su director por los tribunales franceses, por lo que el medio de comunicación y su director acudieron a Estrasburgo. Así pues, frente a la revelación y publicación en una revista francesa de la existencia de un hijo secreto de Alberto de Mónaco, éste acudió a los tribunales franceses por invasión de privacidad y violación del derecho a la protección de su imagen. Los tribunales franceses estimaron dicha violación y condenaron a la revista y a su director, los cuales acudieron al TEDH alegando que se les había violado el artículo 10 del CEDH. El caso fue remitido a la Gran Sala, que acordó por unanimidad que se había violado la libertad de expresión. Los Magistrados motivaron su decisión por considerar que dicha información tenía

⁵³Libertad de expresión. Una inmersión rápida. (Joaquín Urías, 2019, pág. 127).

⁵⁴ Sentencia 20261/12 TEDH Baka c. Hungría, de fecha 23 de junio de 2016 (§159).

implicaciones políticas y públicas, recordaba que el príncipe era soltero y sin hijos en aquella época y, por tanto, la cuestión de la descendencia del monarca era de interés público⁵⁵.

Los políticos, gobiernos, cargos electos, jefes de Estado o monarcas, por su condición y por lo que representan, se exponen de manera consciente e inevitable a un control de sus gestos y actos por parte de la ciudadanía; no son ciudadanos anónimos y, por tanto, han de ser más tolerantes ante la crítica de los medios de comunicación y la opinión pública⁵⁶. Así lo recuerda de manera muy clara el ex juez del TEDH Luís Lopez Guerra

El Tribunal ha manifestado que, no cabe, dentro del Convenio, dotar a determinados cargos políticos de un régimen jurídico privilegiado, y exorbitante de Derecho común, a efectos de sustraerles de la crítica política solamente a causa de su función, régimen que no se puede conciliar con la concepción política actual de la democracia⁵⁷.

En este sentido es interesante comentar la resolución dictada por el Tribunal Europeo en el asunto *Colombani y Otros c. Francia*⁵⁸ por su trascendencia política. Dos periodistas del diario "Le Monde" publicaron un artículo en el que involucraban al Gobierno marroquí y particularmente al Rey Hassan II con el tráfico de drogas. Las autoridades nacionales condenaron a los periodistas por insultar a un jefe de estado extranjero y, el TEDH consideró que dicha condena violaba el derecho a la libertad de expresión. Estrasburgo estimó que la información facilitada por los periodistas era de interés público y que se basaba en un informe oficial. Además, estableció que la protección especial que se concedía a los jefes de estado extranjeros era desproporcionada e incompatible con los valores de una sociedad democrática. Por otro lado, teniendo en cuenta que la condena de las autoridades internas descansaba sobre una disposición legal que concedía un régimen especial a los jefes de Estado, la sentencia del TEDH constatando la violación del derecho a la libertad de expresión, comportó indirectamente la derogación de dicha disposición.

Finalmente, y en el mismo sentido, recordaremos en asunto *Castells contra España*. Mientras era senador en el País Vasco por la formación política HB, Miguel Castells publicó en el semanario "Punto y hora de Euskalherria" un artículo llamado "Insultante impunidad" donde abiertamente criticaba al gobierno español y al partido

⁵⁵ Sentencia 40454/07 TEDH *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de fecha 10 de noviembre 2015.

⁵⁶ Sentencia 9815/82 TEDH *Ligens c. Austria*, de fecha 8 de julio de 1986.

⁵⁷ El Convenio Europeo de los derechos humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. (Juan Luis López Guerra, 2021, pág. 244).

⁵⁸ Sentencia 51279/99 TEDH *Colombani y otros c. Francia*, de fecha 25 de junio de 2002.

del gobierno. Tras su condena por las autoridades españolas, Castells presentó una demanda ante el TEDH alegando violación de su derecho a la libertad de expresión. Por unanimidad, el Tribunal europeo constató dicha violación y dejó escrito

Si bien la libertad de expresión es importante para todos, lo es especialmente para un representante electo del pueblo. Representa a su electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por consiguiente, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, exigen un control más minucioso por parte del Tribunal de Justicia.⁵⁹

Según el Tribunal europeo, las cuestiones de interés general se refieren a asuntos que afectan al público, que suscitan su atención, que les causan preocupación, que afectan a temas sociales, políticos o económicos o que crean una fuerte controversia, todo en pro del sistema democrático. De las numerosas sentencias europeas destacamos asuntos relacionados con escándalos sexuales, procesos penales o cuestiones de salud de políticos, artistas, deportistas, jueces u hombres de negocio. Los magistrados tienen en cuenta la notoriedad de la persona, el modo en que se ha obtenido dicha información, así como su veracidad y las repercusiones del artículo.

Como dicho anteriormente, toda información que suscite interés público o general tiene que ser abierta, accesible y transparente. El secretismo y la confidencialidad no tienen cabida, desde nuestro punto de vista, en temas sociales, políticos, legales o económicos de primer orden.

5.3. El chilling effect o efecto desalentador

El chilling effect es un concepto jurisprudencial norteamericano importado y ya establecido por el TEDH. Lo podemos definir simplemente como la autocensura, la inhibición, el desaliento o simplemente el miedo a las consecuencias de expresarse. Es aquel resultado disuasorio indirecto que produce una sanción (económica, penal o de inhabilitación) o ciertas políticas públicas sobre el ejercicio de un derecho fundamental. Para ello, el Tribunal europeo analiza y tiene en cuenta la naturaleza, proporción, dureza y rigidez de las sanciones impuestas por las autoridades nacionales a efectos de evitar que, en el futuro, se produzca este efecto desalentador. Los magistrados europeos recuerdan que, en un sistema democrático, la posición dominante que ocupa el gobierno le obliga a ser moderado en el uso de

⁵⁹ Sentencia 1798/85 TEDH Castells c. España, de fecha 23 de abril de 1992 (§42).

la vía penal, sobre todo si existen otros medios para responder a los ataques y críticas injustificadas de sus adversarios⁶⁰.

Son muchas las sentencias en las que Estrasburgo se refiere a este efecto desalentador y, a título de ejemplo, citaremos 4, una contra el Estado español, otra conocida y muy controvertida contra el reino Unido, otra contra Rumania y una cuarta relativamente reciente contra Rusia.

En el asunto Jiménez Losantos contra España, las autoridades nacionales condenaron por delito de injurias al periodista por unos insultos y acusaciones graves que este había proferido contra el alcalde de Madrid de aquella época. El Tribunal Europeo constató que se había vulnerado el artículo 10 del CEDH a Jiménez Losantos y recordando que las palabras litigiosas habían sido expresadas en el contexto de un debate sobre una cuestión de interés público dispuso que una sanción como la que las autoridades internas habían impuesto al periodista producía, inevitablemente, un efecto disuasorio⁶¹. En el mismo sentido, ante la condena económica del Reino Unido al periodista William Goodwin por publicar en una revista, la delicada situación financiera de una empresa y por no querer revelar su fuente de información a pesar de ser condenado a ello, el TEDH recordó que la orden requiriéndole de hacer pública su fuente de información y la multa por negarse a colaborar no pueden considerarse como necesarias en una sociedad democrática⁶² y concluyó, por lo tanto, que Reino Unido violó el derecho a la libertad de expresión del periodista.

El Tribunal Europeo ha recordado, en numerosas sentencias, que hay que adoptar un perfil de prudencia cuando las medidas o las sanciones impuestas por las autoridades internas van dirigidas a disuadir los medios de comunicación de debatir sobre ciertos asuntos que pueden presentar un interés general. Los magistrados europeos han dejado claro que la condena a una pena o sanción, por mínima e insignificante que sea, es suficiente para disuadir a los periodistas a contribuir al debate público.

En su sentencia contra Rumania⁶³, el TEDH calificó de desproporcionadas las sanciones que las autoridades internas impusieron a 2 periodistas por difamación a

⁶⁰Guía sobre el artículo 10 de la Convención europea de los derechos del hombre, del 31 de agosto de 2022.

⁶¹ Sentencia 53421/10 TEDH Jiménez Losantos c. España, de fecha 23 de abril de 1992

⁶² Sentencia 17488/90 TEDH Goodwin c. Regne Unit, de fecha 27 de marzo de 1996.

⁶³ Sentencia 33348/96 TEDH Cumpana y Mazare c. Rumania, de fecha 17 de diciembre de 2004.

un funcionario público. La dureza de éstas creaba un efecto disuasorio que dejaba entender que ciertos temas no podían ser tratados, publicados o comentados.

Finalmente, y con relación al efecto desalentador, no podemos olvidar el asunto Stomakhin contra Rusia por la dureza de las penas impuestas por las autoridades internas y la respuesta del TEDH. El periodista y activista Stomakhin fue condenado por Rusia a una pena de 5 años de prisión y 3 años de inhabilitación para ejercer el periodismo por diversas publicaciones relativas al conflicto militar checheno. Las autoridades internas le condenaron por incitación a la violencia y fomentar el odio y la enemistad social, religiosa y racial. El Tribunal europeo declaró⁶⁴ que se había violado el artículo 10 del CEDH al periodista y, constatando la extrema severidad y dureza de las sanciones impuestas por las autoridades internas, dejó la puerta abierta a la cuestión de si una prohibición de ejercer el periodismo podía ser compatible con el derecho a la libertad de expresión. En este sentido recordó que las autoridades internas no gozan de discrecionalidad ilimitada para tomar cualquier medida que consideren apropiada y que Estrasburgo debe ejercer la máxima cautela cuando las medidas adoptadas por las autoridades nacionales sean tales que disuadan a los periodistas de difundir información o ideas que cuestionen el orden establecido.

Siempre que la libertad de expresión es atacada, el mensaje es claro: la verdad puede poner a uno en peligro. Ello obliga a la prudencia e inevitablemente a la autocensura. En este aspecto el TEDH analiza siempre que las penas, castigos y sanciones impuestas por las autoridades nacionales no causen este efecto disuasorio que a la larga podría limitar, de manera indirecta pero seria, la libertad de expresión.

5.4. Protección de las fuentes de información

El TEDH considera el concepto de “fuente periodística” como “toda persona que proporcione información a un periodista” y establece la protección de esta confidencialidad como la “piedra angular” del periodismo en su sentencia Goodwin c. Reino Unido, puesto que la ausencia de dicha protección podría disuadir a gran parte de fuentes válidas con información de interés general de confiarse a los periodistas. En este sentido recuerda que “La protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas para la libertad de prensa” porque

⁶⁴ Sentencia 52273/07 TEDH Stomakhin c. Rusia, de fecha 9 de mayo de 2018.

Sin esa protección, las fuentes pueden verse disuadidas de ayudar a la prensa a informar al público sobre asuntos de interés general. Como resultado, el papel vital de vigilancia pública de la prensa puede verse socavado y la capacidad de la prensa para proporcionar información precisa y confiable puede verse afectada negativamente⁶⁵.

Esta sentencia se ha convertido en un caso emblemático en la defensa del derecho a la libertad de expresión de los periodistas porque recordó que cualquier restricción impuesta por un tribunal debe ser necesaria y proporcionada a un objetivo legítimo. Tras recibir información de un informante anónimo relativa a la situación financiera de una empresa de ingeniería, el periodista británico William Goodwin preparó un artículo que tenía que ser publicado en un periódico. La empresa en cuestión se enteró de ello y solicitó una orden judicial para prohibir dicha publicación, así como una orden para que el periodista entregara sus notas de investigación, todo con el objetivo de descubrir la fuente de información. Goodwin, que quiso proteger su fuente, se negó a entregar sus notas y fue multado por desacato por el tribunal británico. Sin embargo, el TEDH después de declarar que los límites a la confidencialidad de las fuentes periodísticas exigen que el Tribunal las examine escrupulosamente, condenó Gran Bretaña por vulneración del artículo 10 del CEDH recordando la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática y a la vista del efecto negativo que sobre el ejercicio de esa libertad puede provocar esta orden de divulgación. Así pues, además de poder negarse a revelar el nombre de la persona concreta que ha facilitado la información, el periodista puede negarse también a facilitar cualquier dato por el cual se pueda llegar a identificar a la fuente.

En marzo 2000, el Consejo de Europa invitó a los estados miembros a reforzar dicha confidencialidad recordando que es esencial para la democracia, reafirmando la necesidad de que las sociedades aseguren medios adecuados para promover el desarrollo de medios de comunicación libres, independientes y pluralistas y recordando también que la protección de las fuentes de información de los periodistas constituye una condición básica para el trabajo y la libertad periodística. En varias de sus sentencias el TEDH se ha remitido a esta recomendación nº R (2000) 7 sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, adoptada por el Comité de ministros del CE el 8 de marzo del 2000.

Estrasburgo ha recordado reiteradamente que, en una sociedad democrática, la obligación de divulgar la fuente de información tiene un efecto perjudicial no solo para la propia fuente, sino también para el medio de comunicación cuya reputación

⁶⁵ Sentencia 17488/90 TEDH Goodwin c. Reino Unido, de fecha 27 de marzo de 1996 (§39).

puede padecer a los ojos de futuras y eventuales fuentes de información e incluso para el propio público⁶⁶.

En este sentido el TEDH condenó a Bélgica⁶⁷ por violación de la libertad de expresión del periodista alemán Hans Martin Tillack que había publicado varios artículos críticos basados en documentos confidenciales de la OLAF en los que se denunciaban supuestas irregularidades y falta de transparencia en el seno de la UE. Ante la denuncia de la OLAF, las autoridades belgas efectuaron un registro en casa y en la oficina del periodista y confiscaron archivos y documentos de investigación también con el objetivo de conocer al informante. En la sentencia se recuerda que el derecho de los periodistas de proteger sus fuentes de información no puede considerarse cómo un privilegio que se concede o se retira en función de la licitud o ilicitud de sus fuentes, sino como un verdadero atributo del derecho a la información. Esta sentencia contra Bélgica fue ampliamente celebrada por organizaciones de medios de comunicación como una victoria para la libertad de expresión y una señal de que los periodistas deben poder investigar y exponer la corrupción sin temor a represalias. La protección de la confidencialidad de las fuentes de información dice Estrasburgo⁶⁸, concierne por un lado al periodista y por otro, de manera muy particular, a la fuente que deliberadamente ha ayudado a la prensa a informar al ciudadano sobre un asunto de interés general.

5.5. La prevención del delito

La prevención del delito requiere un análisis muy cuidadoso por parte del TEDH puesto que bajo dicho alegato se pueden esconder otros intereses tales como el descubrimiento de las fuentes periodísticas. En este sentido recordaremos aquí una sentencia contra País Bajos⁶⁹. Una revista de coches obtuvo permiso para fotografiar un evento ilegal de carreras de coches en la calle bajo condición de no revelar la identidad de los participantes. El Ministerio Fiscal holandés alegando que dichas fotografías podían estar relacionados con un robo, requirió al editor de la publicación para que se las entregará antes de su publicación. Ante la negativa del editor, éste fue detenido y obligado a la entrega de las imágenes. El Tribunal Europeo sentenció que dicha orden constituía una interferencia a la libertad de recibir y comunicar información y que la misma no contenía las salvaguardas legales adecuadas para sopesar o determinar si la protección de la fuente periodística justificaba la entrega

⁶⁶ Sentencia 821/03 TEDH Financial Times LTD y otros c. Gran Bretaña, de fecha 15 de diciembre de 2009.

⁶⁷ Sentencia 20477/0 TEDH Tillack c. Bélgica, de fecha 27 de noviembre de 2007.

⁶⁸ Sentencia 8406/06 TEDH Stichting Ostade Blade c. Países Bajos, de fecha 25 de mayo de 2014.

⁶⁹ Sentencia 38224/03 TEDH Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos, de fecha 14 de septiembre de 2010.

de la información solicitada. En dicha sentencia se estableció que el Ministerio Fiscal no era una autoridad independiente e imparcial para tomar dicha decisión y que la intervención del juez no había sido adecuada.

En cambio, en el caso Nordisk Film & TV A/S contra Dinamarca, Estrasburgo constató que, a pesar de que la decisión de las autoridades nacionales constituía una injerencia a la libertad de expresión y a la protección de las fuentes periodísticas, dicha injerencia estaba justificada en aras a la prevención del delito y a la protección de los derechos de los demás. El asunto se refiere a un trabajo encubierto de investigación sobre la pedofilia hecho por un periodista de la cadena de televisión Nordisk Film & TV A/S en el cual se grababan a pedófilos, bajo anonimato, haciendo declaraciones incriminatorias sobre sus actividades en el país y en el extranjero. Después de la emisión del programa, la policía solicitó a la cadena de televisión y al periodista la entrega de las imágenes grabadas durante la entrevista y, a pesar de que se negaron a ello alegando que protegían la confidencialidad de sus fuentes periodísticas fueron condenados a dicha entrega. El TEDH declaró la no violación del derecho a la libertad de expresión⁷⁰.

Desde nuestro punto de vista, se trata de una sentencia un tanto controvertida puesto que, si bien permitió la captura de un presunto delincuente sexual, tal decisión puede tener un efecto desalentador en el sentido de que difícilmente otro medio de comunicación en Dinamarca o en la Europa de los 46 se atreva a realizar una nueva investigación sobre la pedofilia con el riesgo de tener que facilitar el nombre de sus fuentes de información. En efecto, no podemos olvidar que, por un lado, cuando los periodistas realizan este tipo de investigaciones, relacionadas con delitos, se exponen abiertamente ante los presuntos delincuentes a los que les aseguran un anonimato que luego incumplen, por otro lado, dicha postura desalentadora va en contra del derecho a la libertad de información. Documentales de investigación donde los propios delincuentes son la parte activa del documental y hablan abiertamente de sus actividades ilícitas ayudan a la ciudadanía y a los poderes públicos a conocer la realidad de un país y, en consecuencia, a tomar medidas para luchar contra ello.

5.6. Los alertadores o *whistle-blower*

La figura del alertador, denunciante, informante o filtrador aparece en los años 90 y define a un ciudadano que, trabajando en sectores públicos o privados, decide “dar

⁷⁰ Sentencia 40485/02 TEDH Nordisk Film & TV A/S c. Dinamarca, de fecha 8 de diciembre de 2005.

una voz de alerta sobre fraudes, corrupción, uso indebido de datos personales o públicos, malversación de fondos u otras acciones políticas que suponen una amenaza para el interés público o la seguridad nacional”.⁷¹ Estas irregularidades, infracciones, o peligros se suelen poner en conocimiento de la sociedad civil o de los medios de comunicación sin compensación económica y siempre de buena fe.

El Comité de ministros del CE define los alertadores como “cualquier persona que informe o revele información relativa a amenazas o daños al interés general en el contexto de su relación laboral, ya sea en el sector público o privado”⁷². Las denuncias suelen afectar cuestiones sanitarias, alimentarias, de medio ambiente, de contrataciones públicas o servicios financieros, entre muchas otras.

Según la Jurisprudencia europea, la protección de la que han de gozar los denunciadores de irregularidades debe tener en cuenta los deberes de lealtad, reserva y discreción inherentes a las relaciones de subordinación y el deber legal de secreto; por otro lado, la situación de vulnerabilidad económica frente a la persona, institución o empresa de la que depende su empleo y el riesgo de sufrir represalias por parte de estos.

En el caso Raphaël Halet contra Luxemburgo⁷³, el TEDH estimó que Halet, empleado de PwC, no podía ser considerado un informante protegido ya que su conducta no había sido proporcionada y había perjudicado los intereses legítimos de PwC, con lo cual la condena del estado luxemburgués no había violado su derecho a la libertad de expresión. El trabajo del empleado en el seno de PwC era el de obtener el mejor trato posible por parte de la administración fiscal de Luxemburgo para sus clientes. Distintos medios de comunicación revelaron que PwC había llegado a acuerdos fiscales muy favorables con la administración fiscal para diversas multinacionales. Diversos medios de comunicación luxemburgueses publicaron varios cientos de acuerdos y declaraciones fiscales establecidas por PwC. La investigación interna de la auditora permitió identificar al empleado que había transmitido la información fiscal confidencial al periodista. El empleado fue despedido y condenado en un proceso penal. El TEDH negó que se le hubiera violado el artículo 10 CEDH porque consideró que la divulgación a los medios de comunicación de documentos confidenciales de PwC no tenía interés público suficiente para contrarrestar el perjuicio causado a la auditora. En una reciente sentencia, la Gran Sala del TEDH, modificando su criterio, ha establecido que

⁷¹ <https://www.liberties.eu/es/stories/alertadores>

⁷² Recomendación del Comité de ministros a los Estados miembros del CE de 30 de abril 2014.

⁷³ Sentencia 21884/18 TEDH Halet c. Luxemburgo, de fecha 11 de mayo de 2021.

pesaba más el interés público relativo a la divulgación de dicha información que los efectos dañinos que dicha divulgación podían provocar a la empresa auditora y ha declarado que ha habido violación de la libertad de expresión reconociéndole la condición de informante protegido *whistleblower* y consolidando pues su jurisprudencia sobre la protección del delator⁷⁴.

Pero fue en el asunto Guja contra Moldavia que, por primera vez, la justicia europea examinó la posibilidad de que un funcionario violara voluntariamente su obligación de lealtad y reserva. Así por razón de su situación profesional como funcionario, Guja trasladó información confidencial de la que tenía acceso en el ejercicio de sus funciones a los medios de comunicación con el objetivo de poner en conocimiento público un escándalo de corrupción.

El TEDH, reunido en Gran Sala, constató que era la primera vez que conocía de un asunto en el cual un funcionario divulgaba información interna. Sin embargo, recordaba que, siendo los asuntos de corrupción difíciles de detectar y de investigar, eran siempre los compañeros, empleados o colegas de las personas implicadas, los en que, por regla general, descubrían o sospechaban de algo extraño. Según Estrasburgo, sin la intervención del funcionario, el intento de soborno no podría haberse revelado al público puesto que se trataba de información conocida por un círculo muy restringido de personas a pesar de tratarse de información muy importante para los ciudadanos. Finalmente, acabó estableciendo que

En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de los medios de comunicación y de la opinión pública. El interés de la opinión pública por cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede con la obligación de confidencialidad impuesta por la Ley⁷⁵.

Hoy en día se ha demostrado que los informantes juegan un papel fundamental en la lucha contra la corrupción y en dar a conocer grandes escándalos. Pero debemos tener claro su papel y su evidente contribución en pro del interés general. El denunciante no es un espía, ni un chivato, ni un traidor ni un alarmista, actúa en beneficio de la sociedad, por lo tanto, hay que garantizarle protección contra posibles represalias y sobre todo confidencialidad en su identidad. En este sentido y con el objetivo de proteger a los denunciantes, el 23 de octubre 2019, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron la Directiva Whistleblowing

⁷⁴ Sentencia 21884/18 GC TEDH Halet c. Luxemburgo, de fecha 14 de febrero de 2023.

⁷⁵ Sentencia 14277/04 TEDH Guja c. Moldavia, de fecha 12 de febrero de 2008 (§74).

con el objetivo, entre otros, de garantizar una protección efectiva a los denunciantes. Dicha directiva se basa en la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la libertad de expresión.

6. Internet, plataformas digitales, foros y redes sociales

Internet facilita un acceso inmediato y simple a todo tipo de información a escala mundial y constituye una verdadera riqueza para la circulación de información. Al mismo tiempo es una herramienta activa, sencilla y cómoda para la transmisión de información puesto que permite a todo individuo elaborar contenidos, intervenir y dialogar a través del mundo.

Las redes sociales se han transformado en nuevos espacios públicos donde cada individuo puede compartir sus pensamientos y opiniones con una audiencia global y en cuestión de segundos. En contrapartida, en el mundo digital, es mucho más complicado conocer el origen y la veracidad de la fuente, puesto que se puede disfrazar fácilmente y, en cambio, es muy simple modificar imágenes con simples técnicas de modificación al alcance de cualquiera. En internet la publicación, eliminación y modificación de información es instantánea, cambiante y evoluciona a un ritmo acelerado, a veces sin tiempo material para verificar la certeza de la misma. Por un lado, hay información que desaparece muy rápido sin dejar rastro, por otro, hay otra que puede quedar indefinidamente a disposición del público con los nefastos riesgos que ello supone. La fluidez con la que circula la información en el mundo digital y la fragilidad del marco normativo han permitido, en ocasiones, la propagación viral de falsa información.

Los principios fundamentales establecidos por el Tribunal europeo en materia de libertad de expresión se aplican *mutadis mutandis* en todo lo relacionado con el mundo digital entendido en el sentido más amplio posible. El tribunal alsaciano ha establecido que

gracias a su accesibilidad y a su capacidad de guardar y difundir grandes cantidades de datos, los sitios Internet contribuyen ampliamente a mejorar el acceso del público a la actualidad y, de forma general, a facilitar la comunicación de la información⁷⁶.

En el mismo sentido ha recordado que

⁷⁶ Sentencia 3002/03 TEDH Times Newspapers LTD c. Reino Unido, de fecha 10 de marzo de 2009 (§27).

internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público⁷⁷.

Por ello, la jurisprudencia europea considera que un bloqueo del acceso a internet contraviene directamente el artículo 10 del CEDH y, en ese sentido, condenó a Turquía por violación del derecho a la libertad de expresión y le recordó en esta última sentencia citada que con dicha actitud obvió “el hecho de que tales medidas que hacían inaccesible el acceso a una gran cantidad de información afectaban a los derechos de gran cantidad de internautas y tienen un efecto colateral importante⁷⁸.” Ahmet Yildirim era propietario de una página web personal alojada en Google Sites donde publicaba sus trabajos académicos, ideas y opiniones. Las autoridades turcas bloquearon totalmente su acceso a la página web como medida cautelar en el marco de un proceso penal, lo que impidió al demandante acceder a su propio sitio web. El TEDH dictaminó que esta medida de bloqueo constituía una lesión injustificada de los derechos fundamentales de Yildirim.

Sin embargo, Estrasburgo estableció en una de las primeras sentencias relativas al mundo digital, la responsabilidad de un portal de actualidad en la red por los comentarios ofensivos, amenazantes e injuriosos de los lectores de una página web. Delfi, una empresa propietaria de noticias en internet en Estonia, fue condenada por la jurisdicción interna por los comentarios ofensivos y difamatorios emitidos por sus lectores en su página web. Los tribunales de Estonia estimaron que Delfi tenía la responsabilidad de moderar los comentarios ofensivos antes de permitir su publicación. Ante dicha condena, el portal de actualidades de Estonia acudió al TEDH alegando violación del artículo 10 del CEDH, pero la constatación del discurso de odio y de incitación a la violencia de los comentarios llevó al tribunal europeo a considerar que la decisión de las autoridades nacionales no constituía ninguna restricción desproporcionada y, por tanto, no se había violado el derecho a la libertad de expresión del portal de noticias⁷⁹.

Dicha sentencia confirmó de un lado la postura de absoluto rechazo de Estrasburgo frente a los delitos de odio e incitación a la violencia y, por otro lado, estableció un precedente importante de la responsabilidad de las páginas web por los comentarios de los usuarios en línea. A partir de esta sentencia, muchas empresas online implementaron medidas de moderación de comentarios con el fin de evitar la

⁷⁷ Sentencia 3111/10 TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, de fecha 18 de diciembre de 2012 (§54).

⁷⁸ Sentencia 3111/10 TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, de fecha 18 de diciembre de 2012 (§66).

⁷⁹ Sentencia 64569/09 TEDH Defi c. Estonia, de fecha 16 de junio de 2015.

responsabilidad legal derivada de los comentarios de los usuarios, todo lo cual ha sido objeto de críticas en el sentido que dicha medida restringe la libertad de expresión.

En efecto, la libertad de expresión en el mundo digital sigue siendo un tema controvertido y en constante evolución. Por un lado, el odio online adopta muchas formas y cuando se mueve en el mundo virtual es todo un reto para su ubicuidad. Por otro lado, son cada vez más frecuentes las noticias que se refieren a cierre de cuentas en las redes sociales por razón de contenidos ilícitos u ofensivos. Estas limitaciones impuestas por los ISP privados son, a veces, constitutivas de restricciones injustificadas a la libertad de expresión que menoscaban directamente la calidad democrática de nuestra sociedad.

En este sentido el TEDH ha recordado en su sentencia *Ooo Flavus y otros contra Rusia*, que el bloqueo generalizado de medios de comunicación online de la oposición en Rusia sin detallar cual es el contenido ofensivo viola el derecho a la libertad de expresión y de recibir información y equivale a una injerencia de la autoridad pública⁸⁰. En este caso, el tribunal europeo ha estimado que las autoridades rusas no fueron transparentes ni precisas en sus decisiones de bloqueo puesto que tenían la obligación de detallar el contenido ofensivo, lo que habría permitido a dichos medios de comunicación online remediar o eliminar el supuesto contenido.

Finalmente, no podemos acabar este apartado sin hacer referencia al asunto *Melike contra Turquía*⁸¹. Por unanimidad, el TEDH constató violación del artículo 10 del CEDH por el despido de una empleada de limpieza del Ministerio de Educación Nacional de Turquía por el hecho de haberle dado “me gusta” a ciertos comentarios en Facebook. Estrasburgo recordó que el empleo de menciones tales como “me gusta” en las redes sociales son un medio de mostrar un interés o una aprobación de un contenido y se consideran una manera corriente y popular de ejercer la libertad de expresión online.

7. La libertad de expresión en el mundo del arte y la ciencia

A pesar de que el artículo 10 CEDH no establece de manera explícita que la libertad de expresión artística, histórica y científica queda incluida en su ámbito de aplicación no hay duda de ello y así lo demuestra la propia jurisprudencia europea. El arte ha

⁸⁰ Sentencias 12468/15, 23489/15 y 19074/16 TEDH *Ooo Flavus y otros c. Rusia*, de fecha 23 de junio de 2020.

⁸¹ Sentencia 35786 TEDH *Melike c. Turquía*, de fecha 15 de junio de 2021.

sido históricamente un medio para expresar ideas, puntos de vistas controvertidos e incluso desafiar normas sociales establecidas. La libertad de expresión en el arte es fundamental para la creatividad, la libertad de pensamiento y la diversidad cultural. Hay formas artísticas que buscan el debate social porque tienen como base la transgresión y la provocación superando los límites de la decencia, hay otras que buscan crear polémica, escándalo o simplemente buscan una reacción. En todo caso, las imágenes son sugeridoras de emociones.

7.1 El mundo del arte

En el mundo del arte, la libertad de expresión se refiere a la posibilidad de que los artistas se expresen libremente a través de sus obras o conductas. Merece la pena mencionar aquí la conocida y reiteradamente citada sentencia Müller contra Suiza, en la que diversos artistas, entre ellos Müller, fueron condenados por el Estado Suizo por crear obras artísticas consideradas obscenas y ofensivas para la moral pública. En particular, estos lienzos habían chocado fuertemente a una menor cuyo padre los denunció por obscenos. Si bien se debatió sobre los conceptos “obsceno” y “moral sexual”, el TEDH “...después de examinar los cuadros objeto de litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales nacionales para considerar dichas obras “de naturaleza susceptible de herir brutalmente” a personas de sensibilidad normal⁸².

En cambio, el TEDH estimó que Turquía violó el derecho a la libertad de expresión por prohibir a una compañía de teatro representar una obra teatral en lengua kurda⁸³. Las autoridades internas alegaron que los actores tenían antecedentes penales por sus actividades en apoyo al partido kurdo y que dicha obra podría minar el orden público, provocar sentimientos de odio y separatismo étnico y avivar la violencia. El Tribunal Europeo examinó dicho asunto a la luz de la libertad artística, incluida en la libertad de expresión y recordó que, al contribuir a la democratización de la sociedad, el Estado no puede invadir dicha libertad.

En el mismo sentido se declaró que se había violado el artículo 10 del CE a las integrantes de la banda punk feminista Pussy Riot. Dicho grupo realizó una serie de representaciones en lugares públicos de la capital rusa en respuesta al proceso político en curso en Rusia, a las opiniones críticas de los representantes de la Iglesia Ortodoxa Rusa y contra la participación de Vladimir Putin a las elecciones

⁸² Sentencia 41202/98 TEDH Müller c. Suiza, de fecha 5 de noviembre de 2002.

⁸³ Sentencia 34797/03 TEDH Ulusoy y otros c. Turquía, de fecha 3 de mayo de 2007.

presidenciales. Las canciones de la banda punk contenían mensajes políticos claros y enérgicos que criticaban al gobierno y expresaban su apoyo a ciertos grupos minoritarios y se representaron en diversos puntos emblemáticos tales como la Plaza Roja, el techo de un centro de detención y diversas Catedrales de Moscú. Estrasburgo declaró que las opiniones, además de poder expresarse a través del trabajo artístico, también pueden expresarse a través de la conducta y retomando la ya citada sentencia Müller contra Suiza, recordó que “quienes crean, ejecutan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática⁸⁴.”

7.2 Sátira y caricaturas

Una de las manifestaciones públicas de la libertad de expresión en Europa y particularmente en Francia llevaba el lema “je suis Charlie” tras los atentados a los dibujantes de caricaturas del periódico Charlie Hebdo. Aquí los asesinos de los caricaturistas no solo atacaron el derecho a la libertad de expresión sino directamente el derecho a la vida. Sin embargo, el caso Charlie Hebdo ha generado un amplio debate sobre los límites de la libertad de expresión y el respeto a las creencias religiosas.

La caricatura es una forma de expresión artística y de comentario social que, por sus características intrínsecas de exageración y de distorsión de la realidad busca de manera natural a provocar y a suscitar agitación⁸⁵.

Con las caricaturas y las sátiras se desacraliza ciertos temas, se va más allá de lo que se puede decir con palabras y se relativizan ciertos temas y cuestiones. La caricatura es una deformación de la realidad donde se subrayan los aspectos ridículos y se exageran los caracteres físicos y morales de un personaje. La burla grotesca puede ayudar al progreso social porque permite ver las cosas desde otra perspectiva, el humor es saludable porque ayuda a descubrir debilidades y limitaciones. Recordaremos aquí la decisión del TEDH en el asunto Leroy contra Francia. El dibujante satírico Denis Leroy, colaborador de una revista vasca situada en el País Vasco francés, publicó, 2 días después de los atentados de las torres gemela del WTC, un dibujo donde aparecían unos edificios de gran altura derrumbándose en una nube de polvo tras haber recibido el impacto de 2 aviones. Bajo el dibujo aparecía una nota que decía “Todos lo habíamos soñado... Hamas lo hizo.”. Según el caricaturista su objetivo era representar la destrucción del imperio

⁸⁴ Sentencia 38004/12 TEDH Mariya Alekhina y otras c. Rusia, de fecha 17 de julio de 2018 (§203).

⁸⁵ Sentencia 68354/01 TEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de fecha 25 de enero de 2007.

americano. Pero el Tribunal europeo vio más allá y concluyó que las autoridades internas (que habían condenado al dibujante por un delito de apología al terrorismo) no habían violado el derecho a la libertad de expresión de Leroy porque aquella caricatura glorificaba la destrucción del imperialismo americano mediante la violencia⁸⁶. En efecto, el TEDH estimó que aquella caricatura en el contexto en que fue publicada (2 días después del caos y desconcierto mundial que supuso el ataque terrorista del 11 de septiembre), en la cual se hacía referencia al cumplimiento de un sueño y se manifestaba la solidaridad con los autores del atentado, no violaba el artículo 10 del CEDH del caricaturista.

En cambio, en su decisión Eon contra Francia, el Tribunal Europeo declaró que las autoridades nacionales habían violado el artículo 10 del CEDH al condenar a un activista político francés por insultar al presidente de la República Francesa. Durante una visita presidencial de Nicolas Sarkozy, Eon apareció con un cartel satírico en el que se leía "lárgate, pobre imbécil". A pesar de que las autoridades internas condenaron al activista por insultar al presidente de la República, el TEDH estimó que la sátira, aunque ofensiva, debía ser analizada en el contexto en que había sido divulgada. En este sentido, teniendo en cuenta que era una frase satírica que anteriormente había utilizado el propio presidente, el Tribunal Europeo sostuvo que el activista había utilizado la sátira de forma legítima para expresar su crítica y que penalizar dicha conducta era desproporcionado y contrario al artículo 10 del CEDH⁸⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo estimó, recientemente, que Portugal⁸⁸ violó el derecho a la libertad de expresión de un político portugués por la condena por difamación, al difundir, este último, en su blog 3 caricaturas con las que se mofaba de los políticos al poder. Los políticos aparecían en dichas caricaturas bajo la forma de un asno y una trucha. El TEDH recordó que toda persona electa se expone a la sátira y debe mostrar un mayor grado de tolerancia. También concluyó que dichas caricaturas se encontraban en los límites de la exageración i de la provocación propias de la sátira.

8. La prohibición del abuso de derecho

La prohibición del abuso de derecho viene contemplada en el artículo 17 del CEDH

⁸⁶ Sentencia 36109/03 TEDH Leroy c. Francia, de fecha 2 de octubre de 2008 (§42).

⁸⁷ Sentencia 26118/10 TEDH Eon c. Francia, de fecha 14 de marzo de 2013.

⁸⁸ Sentencia 42713/15 TEDH Patrício Monteiro Telo de Abreu c. Portugal, de fecha 7 de junio de 2022.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio, podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

y cuando el Tribunal europeo la aplica, inadmite directamente la demanda.

Esta cláusula de abuso de derecho que tiene como finalidad, en relación a la libertad de expresión, combatir los ataques directos a los principios democráticos y defender el respeto de los derechos humanos, es una de las respuestas jurídicas de Europa frente a las atrocidades de la II Guerra Mundial y el peso específico que dicho recuerdo tiene en la memoria de los europeos. Para el Tribunal europeo entran directamente en el campo de aplicación de dicho artículo y se consideran abuso de derecho, todas aquellas manifestaciones, discursos o debates negacionista, revisionista, antisemitas o que tiendan a enaltecer el terrorismo. Ante la negación del holocausto, Estrasburgo es contundente y excluye directamente la protección convencional por entender que es una amenaza para la democracia.

Uno de los ejemplos más destacados de esta jurisprudencia europea en materia de abuso de derecho es el asunto, ya citado, Marais contra Francia. Ante un estudio científico que negaba la existencia de las cámaras de gas y, por tanto, los crímenes del holocausto judío, el TEDH fue tajante y aplicó directamente el artículo 17 del CEDH. Lo hizo también con relación al libro de Roger Garaudy, donde este minimizaba los crímenes contra los judíos frente a otros genocidios. Estrasburgo recordó que negar la realidad de dichos hechos históricos no es un trabajo de investigación histórica que tenga relación con la búsqueda de la verdad. En su sentencia el TEDH definió claramente el discurso negacionista del holocausto como “...una de las más serias formas de difamación racial de los judíos y de incitación al odio contra ellos...⁸⁹”.

Pero, al margen del negacionismo antisemita, donde el TEDH es tajante, también se ha aplicado la cláusula de abuso de derecho y, por tanto, se ha privado de protección del convenio a discursos basados en el odio religioso. Así, por ejemplo, en la ya citada sentencia Norwood contra Reino Unido donde se cuestionaba si el cartel del partido Nacional Británico que decía “*Islam out of Britain – Protect the British People.*” entraba en el marco del derecho a la libertad de expresión, el TEDH sentenció claramente que no. Afirmó que esta expresión era incompatible con el

⁸⁹ Sentencia 31159/96 TEDH Marais c. Francia, de fecha 24 de junio de 1996.

artículo 17 del CEDH bajo el alegato de que la misma era excesivamente hostil con un determinado grupo religioso y que, además se les asociaba injustificadamente con un grupo terrorista⁹⁰.

También en su decisión *Belkacem contra Bélgica*⁹¹, el TEDH aplicó la cláusula de abuso de derecho por considerar contrario a derecho y no susceptible de amparo convencional, el discurso de Fouad Belkacem, líder y portavoz de la organización *Sharia4Belgium*, donde, entre otras cosas, incitaba al odio y a la violencia contra los no creyentes subrayando que se alegraba de las enfermedades sufridas por esto.

El artículo 17 del CEDH es una “arma” convencional para asegurar la defensa y la supervivencia de la democracia. A pesar de aprobar plenamente el contenido de dicho artículo, entendemos que esta cláusula neutralizadora no ha sido aplicada siempre de manera unánime. Debemos recordar, por un lado, que ha habido otros discursos revisionistas de cuestiones históricas que no han merecido la aplicación de esta cláusula. Por otro lado, no podemos olvidar que el holocausto no ha sido el único genocidio europeo. En efecto cabe mencionar la ya citada sentencia *Perinçek* en la cual se estimó que Suiza había violado el derecho a la libertad de expresión de Dogu Perinçek. Este, secretario general del partido patriótico turco había afirmado que “el genocidio armenio es una mentira imperialista” y, según Estrasburgo, con dicha condena, las autoridades internas censuraban a Perinçek simplemente por haber expresado una opinión divergente⁹². De la misma manera, el Tribunal Europeo negó, con motivos poco convincentes a nuestro entender, la aplicación de dicho artículo a pesar de que así lo pidió el Estado Belga en el asunto *Feret*⁹³.

9. La información en la actualidad y en el mundo

Desafortunadamente, hoy en día, la pandemia ha reducido la calidad de cierta información y la sociedad tiene verdaderas dificultades para acceder a información veraz. Todavía hoy, en países democráticos, se siguen promulgando leyes que permiten silenciar la información bajo estándares dudosos. Ciertas leyes antiterroristas, de salud pública, pensamientos negacionistas o una vigilancia de masas abusiva reducen implacablemente el derecho a la libertad de expresión.

⁹⁰ Sentencia 23131/03 TEDH *Norwood c. Reino Unido*, de fecha 16 de noviembre de 2004. (Pág.4 §4).

⁹¹ Sentencia 34367/14 TEDH *Belkacem c. Bélgica*, de fecha 27 de junio de 2017.

⁹² Sentencia 27510/08 TEDH *Perinçek c. Suiza*, de fecha 15 de octubre de 2015 (Pág. 12 §6, vers. tr. español).

⁹³ Sentencia 15615/07 TEDH *Feret c. Bélgica*, de fecha 16 de julio de 2009.

Recientemente la libertad de expresión se ha visto confrontada a amenazas constantes. Por un lado, hemos visto un aumento considerable de líderes populistas liberales y autócratas en el mundo que persiguen obstinadamente a los medios de comunicación independientes y de investigación con el objetivo de taparles la boca. Por el otro, se siguen bloqueando servicios de noticias en línea y redes sociales y se intenta divulgar, de manera consciente, información errónea o desinformación con el fin de esconder ciertas realidades o de limitar el pensamiento.

Debemos tener presente que la democracia es vulnerable y a veces se encuentra sometida a abusos. Aún hoy en día, hay Estados que encarcelan a personas porque se han expresado abiertamente y ello, bajo excusas tales como la lucha contra el terrorismo, la religión o la seguridad nacional. El grado de tolerancia de un Estado ante las opiniones adversas, desfavorables o críticas es muchas veces un indicador del trato que, de manera general, dicho Estado reserva a los derechos humanos.

La libertad de expresión se suele asociar a riqueza, poder, privilegios y en general al sitio que el individuo ocupa en la sociedad. No todo el mundo dispone de un ordenador portátil y de una conexión de alta velocidad, otros tienen acceso limitado por recortes o bloqueos Estatales, otros apenas pueden llegar a conectarse en un cibercafé y finalmente a otros les es imposible dicho privilegio. Sin ello, no hay información, cultura ni conocimiento lo que vierte inevitablemente al ser humano a la pobreza cultural, intelectual y espiritual. Tampoco podemos olvidar a todos aquellos que, gozando del privilegio de acceso a la información, son espiados, seguidos o controlados vía digital sin saberlo.

Cada año, la organización no gubernamental internacional y sin ánimo de lucro de origen francés RSF, que defiende la libertad de prensa en el mundo y en concreto a los periodistas perseguidos por su actividad profesional elabora un informe en el que analiza la libertad de expresión en el mundo. Noruega, Irlanda, Dinamarca y Suecia encabezan la lista, la cual acaba con los países totalitarios, con inestabilidad política y limitados en democracia tales como Irán, Vietnam, China o Corea del Norte. En su página web⁹⁴ nos recuerda que, desde el primero de enero 2023, 8 periodistas han perdido la vida en el mundo y 562 se encuentran detenidos. Pero dicha organización constata también que, en países democráticos, en los cuales los periodistas no se juegan la vida, ciertos conflictos de intereses, una fuerte concentración de medios de comunicación en pocas manos y a veces controlada por responsables políticos limita también la libertad de expresión. Es tristemente conocido el caso de Hungría donde

⁹⁴ <https://rsf.org>

más del 80% del mercado de los medios de comunicación es controlado de manera directa o indirecta por el gobierno húngaro el cual intenta por todos los medios silenciar a sus oponentes políticos.

Según Freedom House, la organización no gubernamental que estudia el alcance de la democracia, la libertad política y los derechos humanos en el mundo, la libertad de expresión en internet ha retrocedido considerablemente en países democráticos por cuestiones de censura preventiva debido a las consecuencias tomadas a raíz de los atentados terroristas. Pero dicha ONG ha resaltado también un aumento preocupante de la manipulación de algunos contenidos web por parte de algunos gobiernos. Ciertas cuentas automatizadas, trolls⁹⁵ y bots⁹⁶, así como falsas páginas web, intentan, y a veces consiguen, manipular la opinión pública. Ello sin olvidar las revelaciones del proyecto Pegasus⁹⁷ sobre el espionaje de periodistas y las demandas estratégicas contra la participación pública (conocidas como SLAPP), cuyo objetivo es impedir a alguien de hablar libremente de ciertas cosas. Estas demandas tienen como objetivo evitar que periodistas o activistas revelen ciertas actividades alegales o incluso ilegales. Así para mantenerlos en silencio se presenta una demanda contra ellos inventando una excusa y con la esperanza de que dejen de investigar o hablar. La finalidad no es ganar el pleito es desgastar, cansar y hundir al periodista que se ve obligado a invertir tiempo y dinero en un pleito sin sentido.

Conclusión

Una prensa libre, independiente y plural es necesaria para el buen funcionamiento de nuestra democracia. En las sociedades liberales contemporáneas y, en particular a partir del siglo XX, los medios de comunicación ostentan un papel estratégico, un rol político y una responsabilidad social por la capacidad que tienen de dirigir y vehicular la opinión pública. Ejercen una actividad que conecta directamente con la ciudadanía a la que le vierten de manera directa y a veces indirecta, información para que, a partir de allí, esta pueda interpretar la realidad. Pero los medios de comunicación también pueden condicionar el pensamiento político, económico y social de un país, llegando a influir de manera considerable en la toma de decisiones

⁹⁵ Usuario que publica mensajes provocativos, ofensivos o fuera de lugar con el fin de molestar o boicotear una conversación (fuente: Wikipedia).

⁹⁶ Programa que realiza tareas repetitivas, predefinidas y automatizadas imitando o sustituyendo el accionar humano (fuente: Wikipedia).

⁹⁷ Software espía conocido como spyware que se instala en dispositivos móviles aprovechando la vulnerabilidad del sistema (fuente: Wikipedia).

de la ciudadanía. Es justamente a tenor de este grado de influencia que se le considera el cuarto poder.

La libertad de expresión contribuye ampliamente a la protección de otros derechos del hombre, al desarrollo del Estado liberal y contemporáneo y a la cultura de los pueblos. Pero, sobre todo, sobre ella descansan 4 valores esenciales a saber, la realización personal, el descubrimiento de la verdad, el desarrollo intelectual, la educación y formación ciudadana y finalmente la participación en la toma de decisiones. Todo ello da apertura de pensamiento y espíritu crítico.

Podemos considerarla como uno de los logros en la lucha por los derechos civiles de este último siglo. El TEDH ha contribuido mucho a ello, puesto que, durante estos 60 años de existencia, ha llevado a cabo una lucha feroz y constante a favor de una extensión del derecho a la información al público en general. Estrasburgo se ha erigido en un verdadero guardián supranacional de dicho derecho fundamental protegiendo a los periodistas y a sus fuentes o informadores recordando que una fuente puede proporcionar información de poco valor un día y de gran valor al día siguiente. Sus sentencias, que crean jurisprudencia y evolucionan en la medida en que evolucionan los sistemas democráticos, van entrando gradualmente en el derecho interno de cada Estado miembro del CE y son fuente de derecho.

Las nuevas tecnologías ayudan a la expansión de la comunicación. Estas herramientas permiten a las nuevas generaciones no solo sociabilizarse y formarse sino también movilizarse y denunciar problemas políticos y sociales. Pero en contrapartida, internet en términos generales desborda ampliamente los márgenes de las jurisdicciones nacionales con las dificultades que ello supone para la persecución y prevención de ciertos delitos.

Sin embargo, este derecho irrenunciable que contribuye al florecimiento personal tiene también otra cara de la moneda. En efecto, la libertad de expresión no nos da derecho a decir todo y, de cualquier forma, de la misma manera comporta forzosamente aceptar críticas, ofensas o puntos de vista contrarios. Por otro lado, no podemos olvidar que forma parte del derecho a la libertad de expresión el derecho a abstenerse de expresar una opinión o negarse a compartirla con otros y ello también forma parte de este derecho convencional.

Es pues importante que se promuevan políticas públicas que busquen proteger la libertad de expresión y los demás principios convencionales de manera equilibrada y justa. La conciliación entre la libertad de expresión y la adopción de medidas

efectivas para proteger y garantizar los valores, derechos y principios fundamentales recogidos en el CE comporta un ejercicio de equilibrio delicado. Actualmente existen dos teorías confrontadas.

Por un lado, la americana que desarrolla el Marketplace of ideas y que sostiene que la verdad surge de la competencia de ideas en un discurso público, libre y transparente⁹⁸. Este modelo rechaza cualquier intervención de los poderes públicos en el control de los actos expresivos de los ciudadanos y al mismo tiempo niega cualquier proyecto de regulación de los medios de comunicación. Su base o fundamento descansa en el viejo concepto filosófico desarrollado por John Milton y John Stuart Mill y se justifica por una razón moral y de prudencia política. Del mismo modo que el concepto económico de mercado libre, el mercado de las ideas se desarrolla en un ambiente liberal y abierto. Como una plaza de mercado, donde circulan todo tipo de ideas incluso aquellas improcedentes o impopulares para que cualquier ciudadano tenga acceso a ellas y pueda escoger las que le parezcan más interesantes sin que los poderes públicos puedan intervenir en el control de los discursos y debates de los ciudadanos. “El ideal de esta metáfora es que las distintas opiniones existentes en la sociedad puedan circular para que cualquier ciudadano tenga acceso a todas ellas y sea capaz de seleccionar las que le parecen más valiosas⁹⁹.”

Por otro lado, el modelo alternativo al liberal y a la neutralidad del Estado, sería el que descansa sobre la teoría alemana donde se desarrolla la idea de *streitbare Demokratie* (tr.: democracia militante). La democracia militante implica que el Gobierno y el poder judicial tienen amplios poderes y deberes para defender el orden democrático liberal¹⁰⁰. Aquí la idea es evitar que mediante mecanismos democráticos se instaure un sistema antidemocrático, por ello se limitan determinados principios democráticos como la libertad de expresión. Se trata de establecer instrumentos de defensa activa para evitar que la democracia y los principios y valores constitucionales no peligren por el ejercicio de los derechos y libertades. La base de este principio es justamente una ley alemana que se aprobó al terminar la II Guerra Mundial para combatir las atrocidades perpetradas por los nazis y cuyo principio fue adoptar medidas preventivas para proteger el régimen democrático y constitucional frente a sus adversarios. El fundamento de este

⁹⁸ Fuente: Wikipedia.

⁹⁹ Libertad de expresión. Una inmersión rápida. Juan Urías.

¹⁰⁰ Fuente: Wikipedia.

concepto fue planteado por Karl Loewenstein¹⁰¹ que advirtió de los peligros que podrían surgir ante el auge del fascismo, pero también del comunismo.

Elegir entre ambas teorías comporta un desafío constante que hace difícil encontrar una armonía entre los derechos de unos y los de otros. A pesar de ello, desde nuestro punto de vista, la verdadera simetría democrática se encuentra en el libre intercambio de ideas y en el principio de la neutralidad del Estado. Hay que transgredir los límites existentes para progresar, debemos cuestionarnos, dudar, revisar posiciones, fomentar la cultura del diálogo y el respeto a la diversidad de opiniones. En el intercambio de opiniones todo queda abierto, todo se puede modificar.

Nos decantamos por el modelo del mercado de ideas y la búsqueda de la verdad porque da apertura de espíritu, tiene un mayor grado de tolerancia y permite conocer y seleccionar en libertad, las ideas más adecuadas y convenientes a cada uno, pero siempre con respeto mutuo y tolerancia. Sin libertad de pensar, conocer, elegir, discutir y opinar no puede haber responsabilidad social, política, económica o moral, pero tampoco se puede acceder a la verdad.

Entendemos que el sistema de democracia militante puede llegar a desnaturalizar la propia democracia porque es estricto, poco tolerante y sanciona cualquier idea que se oponga a los principios fundamentales de un sistema democrático. En cambio, el mercado de las ideas busca evitar la clausura del pensamiento y se basa sobre el principio que reza que la verdad surge de la confrontación de ideas teniendo siempre claro que *in dubio pro libertate* (tr.: en caso de duda a favor de la libertad).

A pesar de todo lo dicho, entendemos que el sistema de la democracia militante debe aplicarse ante todo discurso de odio e incitación a la violencia. En estos casos, entendemos que los gobiernos utilicen dicho sistema porque gozan de mecanismos rápidos y eficaces para frenar e incluso eliminar tales discursos.

Sin embargo, como todo, el sistema del mercado de las ideas, a pesar de ser el más adecuado según nuestro punto de vista, no es absoluto. En este sentido, cabe preguntarse quién puede garantizar que todas las ideas tienen cabida, de manera libre en igualdad de condiciones y sin trabas, ¿en dicho mercado?

Estrasburgo ha conseguido un justo equilibrio entre las 2 teorías recogiendo lo mejor de cada una de ellas. En efecto, con el principio ampliamente asentado, de que el

¹⁰¹ Filósofo alemán considerado como uno de los padres del constitucionalismo moderno.

derecho a la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia, el TEDH aboga por la teoría liberal del mercado de las ideas. No obstante, con el mecanismo establecido en el artículo 17 §8 del CEDH se apoya en la teoría de la democracia militante y mediante esta disposición opta por una solución radical y excepcional para defender la democracia y sus principios, así como para regular los abusos de derecho.

En conclusión, solo una protección de este derecho fundamental permitirá que una sociedad avance y progrese con tolerancia y pluralismo, puesto que la libertad de expresión es inseparable de la ambición democrática y al mismo tiempo garantiza la protección de otros derechos y valores convencionales.

Bibliografía

- Anderez Belategui, Mikel (2023). La libertad de expresión en tiempos convulsos. En prensa: Tirant lo blanch.
- Bilbao Ubillos, Juan María (2008). La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión. Madrid: Revista de derecho político.
- Burgogue-Larsen, Laurence (2019). La Convention européenne des droits de l'home (tr. La Convención europea de los derechos del hombre). Francia: LGDJ.
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. BOE DOUE 30, de 30 de marzo de 2010.
- Casadevall, Josep (2012). El Convenio europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Barcelona : Tirant lo Blanch.
- Consejo de Europa (2014). Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet. Estrasburgo.
- Consejo de Europa (2014). Protección de denunciantes. Recomendación CM/RED(2014)7 y exposición de motivos.
- Directiva Whistleblowing. Directiva UE 2019/1937 – EU protección de denunciantes, de 23 de octubre de 2019.
- Espinoza, Alexander y Rivas Alberti, Jhenny (2020). El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en la jurisprudencia del TEDH. Edición electrónica.
- Henry-gread, Henry (1973). Revue Française de science politique (tr. Revista francesa de ciencia política). Francia: PUF, Presses Universitaires de France.
- Informe Freedom house. Página web <https://freedomhouse.org/>
- López Guerra, Luis (2021). El convenio europeo de derechos humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- Martin, Laurent (2016). Les censures dans le monde (tr. La censura en el mundo). Francia: Pu Rennes.

TEDH (versión 31 de agosto 2022). Guide sur l'article 10 de la Covention européenne des droits de l'homme (tr. Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derecho Humanos).

Página Web TEDH https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_FRA.pdf

Recomendación nº R (2000) 7 sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus Fuentes de información, adoptado por el Comité de ministros del CE el 8 de marzo del 2000.

Urías, Joaquín (2019). Libertad de expresión. Una inmersión rápida. Barcelona: Tibidabo ediciones.

Sentencia Ahmet Yildirim c. Turquía (3111/10 TEDH).
Sentencia Aleksey Ovchinnikov c. Rusia (24061/04 TEDH).
Sentencia Autronic AG c. Suiza (12726/87 TEDH).
Sentencia Axel Springer SE c. Alemania (8964/18 TEDH).
Sentencia Baka c. Hungría (20261/12 TEDH).
Sentencia Bédat c. Suiza (56925/08 TEDH).
Sentencia Belkacem c. Bélgica (34367/14 TEDH).
Sentencia Casado Coca c. España (15450/89 TEDH).
Sentencia Castell c. España (11798/85 TEDH).
Sentencias Cengiz y otros c. Turquía (48226/10 y 14027/11 TEDH).
Sentencia Chorherr c. Austria (13308/87 TEDH).
Sentencia Colombani y otros c. Francia (51279/99 TEDH).
Sentencia Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia (40454/07 TEDH).
Sentencia Cumpana y Mazare c. Rumania (33348/96 TEDH).
Sentencia Defi c. Estonia (64569/09 TEDH).
Sentencia Diego Nafría c. España (46833/99 TEDH).
Sentencia E.S. c. Austria (38450/12 TEDH).
Sentencia Eon c. Francia (26118/10 TEDH).
Sentencia Financial Times LTD y otros c. Gran Bretaña (821/03 TEDH).
Sentencia Garaudy c. Francia (65831/01 TEDH).
Sentencia Goodwin c. Regne Unit (17488/90 TEDH).
Sentencia Guardian y Observer c. Reino Unido (13585/88 TEDH).
Sentencia Guja c. Moldavia (14277/04 TEDH).
Sentencia Günduz c. Turquía (35071/97 TEDH).
Sentencia Halet c. Luxemburgo(21884/18 TEDH).
Sentencia Handyside c. Gran Bretaña (5493/72 TEDH).
Sentencia Jersild c. Dinamarca (15890/89 TEDH).
Sentencia Jiménez Losantos c. España (53421/10 TEDH).
Sentencia K.U. c. Finlandia (2872/02 TEDH).
Sentencia Karakó c. Hungría 39311/05 TEDH.
Sentencia Kokkinakis c. Grecia (14307/88 TEDH).
Sentencia Leroy c. Francia (36109/03 TEDH).
Sentencia Lizens c. Austria (9815/82 TEDH).
Sentencia Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría (18030/11 TEDH).
Sentencia Mamère c. Francia (12697/03 TEDH).
Sentencia Marais c. Francia (31159/96 TEDH).
Sentencia Mariya Alekhina y otras c. Rusia (38004/12 TEDH).
Sentencia Melike c. Turquía (35786 TEDH).
Sentencia Müller c. Suiza (41202/98 TEDH).
Sentencia Nordish Film & TV A/S c. Dinamarca (40485/02 TEDH).
Sentencia Norwood c. Reino Unido (23131/03 TEDH).
Sentencias Ooo Flavus y otros c. Rusia (12468/15, 23489/15 y 19074/16 TEDH).
Sentencia Open door & Dublin Well Woman c. Irlanda (14234/88 TEDH).
Sentencia Otegi Mondragón c. España (2034/07 TEDH).
Sentencia Palusinski c. Polonia (62414/00 TEDH).
Sentencia Patrício Monteiro Telo de Abreu c. Portugal (42713/15 TEDH).
Sentencia Prager y Oberschlick c. Austria (15974/90 TEDH).
Sentencia Perinçek c. Suiza (27510/08 TEDH).
Sentencia Perrin c. Reino Unido (5446/03 TEDH).
Sentencia Polanco Torres y Movilla Polanco c. España (34147/06 TEDH).
Sentencia Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos (38224/03 TEDH)

Sentencia Savva Terentyev c. Rusia (10692/19 TEDH).
Sentencia Selistö c. Finlandia (56767/00 TEDH).
Sentencia Stichting Ostade Blade c. Países Bajos (8406/06 TEDH).
Sentencia Stoll c. Suiza (69698/01 TEDH).
Sentencia Stomakhin c. Rusia (52273/07 TEDH).
Sentencia Sunday Times c. Reino Unido (6538/74 TEDH).
Sentencia Tillack c. Bélgica (20477/0 TEDH).
Sentencia Times Newspapers LTD c. Reino Unido (30028/03 TEDH).
Sentencia Ulusoy y otros c. Turquía (34797/03 TEDH).
Sentencia Vereinigung Bildender Künstler c. Austria (68354/01 TEDH).
Sentencia Von Hannover c. Alemania (59320/00 TEDH).
Sentencia W.P. and others c. Polonia (42264/98 TEDH).
Sentencia Wingrove c. Reino Unido (17419/90 TEDH).
Sentencia Woodwin c. Gran Bretaña (17488/90 TEDH).
Sentencia Zana c. Turquía (18954/91 TEDH).

Anexo I

Abreviaturas más comunes de uso en nota o en el texto

CE.	Consejo de Europa
CEDU.	Convenio Europea de los Derechos Humanos
DDHC.	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
DUDH.	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
ISP.	Proveedor de servicios de Internet
LGTBI.	Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales.
OLAF.	Oficina europea de lucha contra el fraude
RSF.	Reporteros sin fronteras
ONU	Organización de Naciones Unidas
RSF	Reporteros sin fronteras
SLAPP.	Demandas estratégicas contra la participación pública
TEDH.	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
Tr.	Traducción
UE.	Unión Europea
VERS.	Versión