

CAPÍTULO VI

EL USO DEL CEDH POR EL TJCE:

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CEDH

1. Contenido del artículo 10 del CEDH

Según los términos del art.10 del Convenio:

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

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

El art.10 CEDH establece de forma muy amplia los dos grandes grupos de situaciones que merecen protección en relación al tema que nos ocupa en estos momentos: la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones. Estas dos categorías parecieron a los redactores del CEDH lo suficientemente amplias como para permitir englobar en su seno todas las situaciones en que se pudiese ver conculcada la libertad de expresión.

Sin pretender ser exhaustivos sobre todo el espectro de formas en que se puede presentar la vulneración de los derechos del art.10 (pero sí teniendo en cuenta que la expresión no se manifiesta únicamente por las palabras, sino también a través de cuadros, fotografías, imágenes y actos que pretenden expresar una idea o presentar una información -por lo cual este derecho puede también ser conculcado por la prensa escrita, radio, televisión, creaciones artísticas, películas y sistemas de información electrónicos⁸³⁷⁻) nosotros distinguiremos entre algunas de las manifestaciones de la libertad de expresión -todas ellas incluibles en alguno de los dos grupos de situaciones enunciados en el art.10. Para distinguir las, nos limitaremos a retomar las sentencias del TPI y TJCE por un lado, y las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y sentencias del TEDH por otro, con el fin de comprobar con todas ellas qué manifestaciones de la libertad de expresión han sido objeto de controversia ante estos órganos. Este estudio nos llevará a diferenciar entre la libertad de expresión política, artística y comercial, así como la libertad de información (en tanto que libertad de acceso a la información).

2. Libertad de expresión

2.1. Libertad de expresión política

2.1.1. Jurisprudencia de las instancias de las CCEE y del CEDH

⁸³⁷ Vide HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK *op.cit.*, p.378.

El paradigma de la libertad de expresión lo constituye para los órganos de Estrasburgo la expresión política⁸³⁸. La mayoría de casos en los que se alega el art.10 ante Comisión Europea de Derechos Humanos y TEDH es en relación a esta manifestación de la libertad de expresión. Las autoridades de Estrasburgo son sin duda mucho más receptivas y sensibles ante violaciones de la libertad de expresión política que ante, p.ej, la libertad de expresión comercial, como comprobaremos más tarde.

Por ello, son múltiples las sentencias en las que se ha alegado la conculcación de este derecho ante los órganos de Estrasburgo. Por el contrario, en el marco de las CCEE, son mínimos los asuntos en los que se ha tratado el tema de la libertad de expresión política. Dado el tipo de competencias de las CCEE, sus probabilidades de violar esta manifestación del art.10 son menores que las que tienen los Estados parte en el CEDH⁸³⁹. No obstante, podemos mencionar dos casos presentados ante el TJCE y en los que estaba implicada la libertad de expresión política. El primero de ellos es el caso GROGAN⁸⁴⁰. Obviamos la repetición de los antecedentes de hecho de este ya conocido caso. Sin embargo, consideramos necesario recalcar aquí (a los efectos de justificar en qué términos estaba en cuestión la libertad de expresión política) que éste era un caso complicado sobre la prohibición absoluta del aborto en Irlanda y la posibilidad o no para las asociaciones estudiantiles de publicar anuncios sobre clínicas abortistas en otros Estados miembros. Decimos que es un caso complejo desde el punto de vista de la libertad de expresión porque se entremezcla lo político y lo comercial. La libertad de expresión política estaba comprometida ya que los estudiantes demandados

⁸³⁸ “The Court attaches the highest importance to the protection of political expression and, generally, requires the strongest reasons to justify impediments on the exercise of political speech” (HARRIS, O’BOYLE, WARBRICK *op.cit* p.397).

⁸³⁹ Así por ejemplo, existe un gran número de casos juzgados por los órganos de Estrasburgo sobre un aspecto determinado de la libertad de expresión política como es la libertad de prensa (casos CASTELLS/ESPAÑA de 23 de Abril de 1992, Serie A, nº236; LINGENS/AUSTRIA de 8 de Julio de 1986, Serie A, nº103; BARFORD/DINAMARCA de 22 de Febrero de 1989, Serie A, nº149; PRAGER Y OBERSCHLICK/AUSTRIA de 26 de Abril de 1995, Serie A, nº312-A). Sin embargo, el TJCE nunca ha tenido ocasión de tratar la conculcación de la libertad de prensa en un asunto con nexo comunitario.

⁸⁴⁰ Los estudios realizados por la doctrina sobre este caso son abundantes, puesto que el derecho implicado (el derecho a la vida del nonato) despierta interés en los autores y en la sociedad. Consúltense, entre otros: PHELAN, Diarmuid Rossa: “Right to Life of the Unborn v.Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union”, en *Modern Law Review* 1992, Sept, vol.55, pp.670-689; BINDER, 1995, *cit.*, 1995, pp.30-38; WOULFE, Seamus: “The European Community”, en *Human Rights. An European Perspective*, 1994, Liz Hefferman (ed.), Dublín, the Round Hall Press, pp.67-69, pp.68-69.

aducían el ejercicio de sus libertades políticas y civiles para justificar la legalidad y procedencia de su actividad de publicación. Pero la libertad de expresión comercial también estaba en juego porque los anuncios en la revista universitaria ofrecían una información de carácter comercial como es la prestación de un servicio médico consistente en abortar.

Centrándonos en el primer aspecto de este derecho (la libertad de expresión política, que es lo que ahora analizamos) podemos mencionar que este aspecto del derecho fue estudiado ante el TJCE principalmente por el Abogado General del caso GROGAN, el Sr.VAN GERVEN. Éste se hizo eco de dos alegaciones invocadas por los demandados y relacionadas con la libertad de expresión: el derecho de los ciudadanos de la Comunidad a recibir informaciones⁸⁴¹ y, sobre todo, la libertad de expresión en el sentido de la libertad de los demandados para difundir informaciones⁸⁴². En relación a éste último, el Abogado General reconoce que es una libertad protegida por el artículo 10 del CEDH y que constituye el contenido de un principio general del Derecho protegido en el orden jurídico comunitario⁸⁴³. En este sentido, aunque tiene interés en dejar claro que el CEDH no tiene efecto directo en Derecho Comunitario⁸⁴⁴ sin embargo considera que ha de ser tenido en cuenta en el ordenamiento comunitario por constituir un principio general.

El dilema del Abogado General es grande: ¿prima el derecho a la vida del *nasciturus*, protegido expresamente por la Constitución irlandesa y por el derecho penal de este Estado? ¿O da preeminencia a la libertad de expresión, la cual aparece en este caso relacionada directamente con una libertad comunitaria (la libre prestación de servicios)?

Ante la duda, la argumentación del Sr.VAN GERVEN es como sigue:

En primer lugar, mantiene que los órganos de Estrasburgo hasta el momento han eludido o no han tenido la ocasión de tratar el tema del aborto. Tampoco han recomendado a

⁸⁴¹ *cit.*, Rec.1991, p.4715.

⁸⁴² Rec.1991, p.4728.

⁸⁴³ Rec.1991, p.4721.

⁸⁴⁴ Rec.1991, p.4722.

los Estados que garanticen un determinado nivel de protección de la vida intrauterina⁸⁴⁵. Cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos se ha visto en la tesitura de tratar el tema, no se ha pronunciado sobre si el art.2 CEDH protege la vida del feto o en qué medida⁸⁴⁶. Lo único que ha dicho la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre este tema es que teniendo en cuenta el derecho a la vida de la madre, el feto no puede tener un derecho ilimitado a la vida.

En segundo lugar, reconoce que la prohibición irlandesa de anunciar en revistas clínicas que realizan prácticas de aborto en el Reino Unido es sin duda una violación de la libertad de expresión de quienes publican estas informaciones⁸⁴⁷. Pero reconoce que la libertad de expresión puede ser sometida a restricciones. Y para demostrar que ello va en línea con las apreciaciones de los órganos de Estrasburgo, se ayuda de jurisprudencia del TEDH sobre las restricciones del art.10.2 (que deben estar previstas por la ley, ser necesarias en una sociedad democrática y proporcionales con respeto al objeto perseguido⁸⁴⁸).

Sentadas estas premisas, el Abogado General consagra el resto de sus Conclusiones a analizar si en este asunto la restricción a la libertad de expresión de los estudiantes (y por tanto, a la libre prestación de servicios) estaría cubierta por el párrafo 2º del art.10. La mayor parte de su argumento se centra en estudiar si hubo proporcionalidad en el caso. Este principio de proporcionalidad le resulta básico cuando están en la balanza dos derechos tan angulares en una sociedad democrática como son la libertad de expresión y el derecho a la vida. En relación a la proporcionalidad, VAN GERVEN afirma que el Tribunal tendrá en cuenta en su aplicación el CEDH y la jurisprudencia (abundante) de la Comisión y Tribunal Europeos en la materia, aunque reconoce que existen matices en el modo de concebir este principio por parte

⁸⁴⁵ Rec.1991, pp.4724 y 4728.

⁸⁴⁶ Esto ocurrió en el informe de la Comisión del asunto X/REINO UNIDO, nº8416/79, Serie B vol.19, 1980, p.244.

⁸⁴⁷ Rec.1991, p.4725.

⁸⁴⁸ En concreto, cita las sentencias del TEDH de 20 de Noviembre de 1989 MARKT INTERN VERLAG & KLAUS BEERMAN/ALEMANIA, Serie A, vol.165; de 26 de Abril de 1979 SUNDAY TIMES/REINO UNIDO, Serie A, vol.30 y de 25 de Marzo de 1983 SILVER/REINO UNIDO, Serie A, vol.61. Sobre la primera de estas sentencias, véase: DUFFAR, Jean: "Religion et Travail dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des

de los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo⁸⁴⁹. Sin embargo, mantiene que “los principales componentes del principio de proporcionalidad tal como se utilizan en el Convenio y en el Derecho Comunitario parecen los mismos”⁸⁵⁰. Llegado este momento, el Abogado General hace referencia a la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto OPEN DOOR COUNSELING⁸⁵¹. Esta mención es muy interesante por cuanto no se trata de un caso de características similares a GROGAN, sino de algo de mucho más calado. En efecto, varias asociaciones de ayuda a mujeres formadas por jóvenes compañeras de los demandados prejudicialmente ante el tribunal de Luxemburgo por el caso GROGAN, habían llevado este mismo caso por violación de su libertad de expresión ante los tribunales irlandeses. Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1988 contraria a sus intereses, habían sometido el asunto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. El TJCE, cuando la asociación SPUC demandó a GROGAN y el asunto le llegó por vía prejudicial, ya conocía la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto OPEN DOOR COUNSELING. Sin embargo, también sabía que el caso había sido elevado al TEDH, quien aún no había dictado sentencia (de hecho, la dictó tras el pronunciamiento prejudicial del TJCE).

Por tanto, la mención que el Abogado General (o el TJCE, en su caso) hiciera de la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos era totalmente oportuna y pertinente por reflejar la opinión de este órgano del CEDH en un asunto que estaba siendo objeto de discusión (desde el punto de vista del Derecho Comunitario) también en Luxemburgo. La decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sirve al Abogado General para justificar que la restricción a la libertad de expresión en lo tocante a la información sobre

Communautés Européennes et des Organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1993, n°3, pp.695-718, p.711.

⁸⁴⁹ Rec.1991, p.4726.

⁸⁵⁰ Rec.1991, p.4726.

⁸⁵¹ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 7 de Marzo de 1991, OPEN DOOR COUNSELING Ltd./DUBLIN WELL WOMEN CENTER Ltd.

servicios de abortos estaba prevista por la ley “de modo suficiente a través de una norma jurídica consuetudinaria de la Common Law”⁸⁵².

Dado este primer paso, para justificar si la medida era también necesaria y proporcional, alude de nuevo a la Comisión Europea y al TEDH para mantener que la respuesta a la cuestión depende de la materia de que se trate, y que una materia como es el aborto y la protección de la vida en gestación, entra en el terreno de lo moral, ámbito en el que no existe un concepto válido a nivel europeo⁸⁵³. Por esta razón, el Abogado General piensa, como también lo hace la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH, que el más

⁸⁵² Rec.1991, p.4727.

⁸⁵³ Esta idea de la inexistencia de un concepto moral válido a nivel europeo lo copia el Abogado General del asunto HANDYSIDE ante del TEDH (sentencia de 7 de Diciembre de 1976 HANDYSIDE/REINO UNIDO, Serie A, Vol.24, p.22) aunque sin embargo no cita otras sentencias del TEDH en las que igualmente este Tribunal ha mantenido la inexistencia de una uniformidad ética europea (p.ej. sentencia de 24 de Mayo de 1988 MÜLLER Y OTROS/SUIZA, Serie A, vol.133).

Por su parte, el TJCE ha venido esgrimiendo este argumento de la inexistencia de un concepto moral europeo en su jurisprudencia, incluso desde poco tiempo después de que el TEDH estableciera esta realidad en el asunto HANDYSIDE. En efecto, en el asunto HENN & DARBY (sentencia de 14 de Diciembre de 1979, REGINA/MAURICE DONALD HENN AND JOHN FREDERICK ERNEST DARBY, C-34/79, Rec.1979, pp.3795-3835, pp.3795-3818) el Abogado General WARNER ya se pronunció sobre la inexistencia de un concepto de moralidad válido para toda Europa, e incluso hizo gala de sus conocimientos de la jurisprudencia del TEDH puesto que, para apoyar su tesis, citó la sentencia del TEDH en el asunto HANDYSIDE. El asunto HENN & DARBY fue motivado por la confiscación por parte de las autoridades británicas de todo un cargamento de películas de naturaleza pornográfica que dos ciudadanos comunitarios pretendían introducir en el Reino Unido. La opinión de los demandados era que en Reino Unido no existía ni una legislación ni una política general contraria a los artículos indecentes u obscenos, sino más bien varias legislaciones y políticas diferentes según se estuviera en Escocia, Gales, etc. Por ello, prohibir totalmente la entrada de material de este tipo desde otro Estado miembro era aplicar a esos Estados disposiciones más rigurosas que las aplicadas al material pornográfico de origen nacional. Ello, en su opinión, constituía una discriminación por razón de nacionalidad además de un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías. La sentencia del TJCE, que a pesar de ser bastante parca, siguió de cerca a la propuesta del Abogado General, fue que razones de moralidad pública pueden permitir a un Estado prohibir la importación de productos contrarios a esa moralidad siempre que ello se justifique y que la restricción resulte razonada. En este sentido, el TJCE fue de la opinión que el Estado en cuestión podía aplicar un concepto único de moralidad al conjunto del país para productos de importación, aunque en el seno de ese Estado existiesen diferentes legislaciones en la materia. En cuanto a la propuesta del Abogado General, éste había hecho referencia al derecho a la libertad de expresión de los señores HENN y DARBY (Rec.1979, p.3822) pero al mismo tiempo había impuesto a este derecho las restricciones que permite el párrafo 2º del art.10 CEDH. El Abogado General hizo mención a la excepción de orden público y a la ya mencionada inexistencia de un concepto moral fijo. Aludió a que el concepto varía de una época a otra y de un Estado a otro y por ello era necesario otorgar un margen de apreciación amplio al Estado. Para ello se refirió a la sentencia ya conocida al asunto HANDYSIDE (Rec.1979, p.3821) como sentencia exponente de que en materia de libertad de expresión literaria o artística no cabe aplicar una concepción única de lo que es moral. Esta imposibilidad de definir objetivamente el concepto de moralidad le llevó a sugerir que el Reino Unido gozaba de cierta libertad para restringir la entrada de material pornográfico en base a un fin legítimo del art.10.2: la prevención del delito y la protección de la moral (Rec.1979, p.3834).

indicado para teorizar sobre el concepto moral vigente en cada Estado es precisamente ese Estado. Por tanto, el Abogado General considera que procede atribuir un amplio margen de apreciación a Irlanda en este asunto⁸⁵⁴ ya que el fin de la normativa nacional que prohíbe la información sobre el aborto es compatible con el art.10.2 CEDH y está justificada por motivos de protección de las buenas costumbres, del orden público y de la moralidad pública irlandesa⁸⁵⁵.

No obstante, nos encontramos, una vez más, ante un asunto en el que la opinión del Abogado General es ignorada por el TJCE. En la sentencia falta cualquier tipo de construcción jurídica basada en la idea de los derechos fundamentales (los cuales constituían el eje de la argumentación del Abogado General). Si bien el TJCE menciona la libertad de expresión y de información y el art.10 CEDH⁸⁵⁶, sin embargo a renglón seguido afirma que la normativa nacional que prohibía la información sobre abortos no entra en el campo de aplicación del Derecho Comunitario, por lo que el TJCE carece de competencia para estudiar su compatibilidad con el Derecho Comunitario.

El razonamiento del TJCE es el siguiente: aunque la interrupción médica del embarazo es un servicio, las asociaciones de estudiantes que difunden informaciones sobre este particular no colaboran con las clínicas cuyas direcciones se publican. Por tanto, no son difundidas por cuenta del operador económico establecido en el otro Estado miembro. Al contrario: las clínicas no son en modo alguno responsables de la difusión de dichas informaciones. Por ello, al no existir vínculo entre ambas, el caso no tiene relevancia desde el punto de vista comunitario. Al no entrar el TJCE en el fondo del asunto, nada impide que Irlanda prohíba a asociaciones estudiantiles difundir informaciones sobre la denominación y el

⁸⁵⁴ Rec.1991, p.4728.

⁸⁵⁵ Rec.1991, pp.4693 y 4729. De este modo, el Abogado General se hace eco de lo defendido por la sociedad pro-vida SPUC: informar sobre dónde realizar abortos en un país que prohíbe el aborto constituye una amenaza real y grave contra el orden público y afecta a intereses vitales de la sociedad irlandesa.

⁸⁵⁶ Rec.1991, p.4721.

emplazamiento de clínicas establecidas en otros Estados miembros en las que se practican legalmente abortos⁸⁵⁷.

En definidas cuentas, la opinión del TJCE se puede resumir en que, a pesar de constituir el aborto una prestación de servicios, la prohibición de difundir informaciones sobre la posibilidad de abortar en el Reino Unido no constituye en este caso una excepción a la libertad de prestación de servicios, porque quien informa no es el propio prestador de servicios, y por ello no existe nexo comunitario.

Así pues, nos encontramos con dos enfoques radicalmente distintos del asunto (el del Abogado General y el del TJCE) pero con idéntico resultado: la prohibición final de la discutida publicación. El segundo de ellos, no entra a valorar el derecho a la libertad de expresión, mientras que el primero sí lo hace, justificando sin embargo su restricción en base el art.10.2 CEDH.

La doctrina es prácticamente unánime en poner de manifiesto que el TJCE, con esta sentencia tan aséptica y técnica, se libró de llegar a una contradicción *a posteriori* con los órganos de Estrasburgo⁸⁵⁸. Efectivamente, si bien la sentencia del TJCE ha sido criticada por su “desprecio” hacia los derechos fundamentales -el cual se colige de su falta de interés en entrar en el fondo del asunto⁸⁵⁹- así se consiguió evitar una contradicción con el TEDH. El TEDH falló su sentencia al asunto OPEN DOOR COUNSELING el día 29 de Octubre de 1992 de modo favorable a los intereses de los estudiantes. Si el TJCE hubiera caído en la tentación de seguir a su Abogado General y primar el derecho a la vida del *nasciturus* frente a la libertad de expresión política, su jurisprudencia se hubiera visto radicalmente enfrentada a la posterior del TEDH. En consecuencia, se puede decir que la sentencia del TJCE fue cauta y se limitó a quedar a la espera del pronunciamiento del TEDH. Sin embargo, a nuestro

⁸⁵⁷ Rec.1991, p.4741.

⁸⁵⁸ *vide p.ej.* LAWSON 1994 *op.cit.*, p.235; COHEN-JONATHAN 1994 *op.cit.*, p.5; DE SCHUTTER, Oliver: “L’Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Courier Hebdomadaire* 1994, n°1440, pp.1-40, p.22.

⁸⁵⁹ COPPEL y O’NEILL *op.cit.*, p.679; PERSSAUD, Ingrid: “Where do we go from here? Fundamental Rights in the Post-Maastricht Legal Order”, en *Voträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, 1994, n°322,

entender, el problema no está definitivamente zanjado en el seno de las CCEE. Resulta razonable pensar que en el futuro, el TJCE se volverá a ver confrontado a nuevos casos sobre el derecho a la libertad de expresión en relación con la práctica del aborto que sí tengan nexo comunitario (p.ej. si quien anuncia una clínica abortista en Irlanda es la propia clínica o una revista que obtiene una compensación económica de la clínica por esa publicidad). Es de esperar que en tales casos el TJCE tenga en cuenta la jurisprudencia del TEDH en el asunto OPEN DOOR COUNSELING.

Fijando nuestra atención ahora en este último asunto, conviene retener que las recurrentes en este litigio afirmaban que la resolución del Tribunal Supremo irlandés prohibiendo la publicación de información sobre abortos constituía un atentado injustificado a su derecho de comunicar informaciones e infringía el art.10. El TEDH consideró que esta injerencia del gobierno irlandés en la libertad de expresión de las recurrentes no estaba justificada en base a los requisitos del art.10.2.

Para empezar, el TEDH dudaba de que la medida estuviese prevista por la ley, porque ni de la Constitución irlandesa ni del derecho Penal irlandés se podía deducir que existiese una prohibición general de informar sobre este particular. Sin embargo, el TEDH se inclina por considerar que en base a la jurisprudencia interna, la asociación recurrente podía haber previsto en un grado razonable que se exponía a sufrir persecución si publicaba informaciones de ese tipo.

Aunque el TEDH no queda convencido con esta polémica justificación, el Tribunal pasa a analizar si las restricciones perseguían finalidades legítimas conforme al apartado 2º del art.10. El TEDH no admite que estas limitaciones estuvieran dirigidas a la prevención del delito, como pretendía el Tribunal Supremo, ya que ni la comunicación de datos ni la práctica del aborto sufrida en el extranjero podían ser tachados como una infracción penal. Sin embargo, considera que esta restricción sí perseguía otra de las finalidades legítimas enunciadas en el art.10.2 CEDH: la protección de la moral, siendo la defensa del derecho a la vida del feto un aspecto de esa moral en Irlanda.

Saarbrücken, autor que en la pág.99 de su working paper critica el enfoque “puramente económico” del TJCE,

Sin embargo, en cuanto a si la medida constituye una necesidad social imperiosa y está proporcionada a la finalidad legítima perseguida, el TEDH recuerda que la libertad de expresión vale también para las informaciones o ideas que molestan, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática.

En este sentido, desde el momento que: a) en Irlanda no está penado el que una mujer se desplace a otro Estado para abortar, b) la ignorancia sobre el emplazamiento de clínicas que practican abortos legalmente en otros Estados puede llevar a las mujeres irlandesas embarazadas a optar por la realización en su país de un aborto clandestino, en fases más avanzadas de gestación, en penosas condiciones higiénicas y de seguridad para ellas y sin recurrir a los consejos adecuados ni a los cuidados médicos post-operatorios habituales (todo lo cual puede afectar a su salud y bienestar) y c) la prohibición de informar impuesta por el Tribunal Supremo es tan absoluta que impide de manera definitiva a las mujeres embarazadas obtener información sobre la posibilidad de interrumpir su embarazo en el extranjero en ningún caso ni circunstancia, sin tener en cuenta ni la edad, ni el estado de salud de las interesadas, ni sus razones para solicitar consejo sobre la interrupción del embarazo, el TEDH considera que la injerencia en la libertad de expresión es demasiado amplia y desproporcionada y que ha podido entrañar consecuencias nefastas para las mujeres que no tienen fortuna suficiente, o el nivel de educación requerido para acceder a otras fuentes de información. Por todo ello, el TEDH estima que se ha producido una violación del art.10 CEDH.

Por tanto, GROGAN y OPEN DOOR COUNSELING constituyen dos casos en los que no existe contradicción entre la jurisprudencia de los tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo, merced a la cautela y paciencia del TJCE, quien desoyó la propuesta del Abogado General al que se había asignado la redacción de las Conclusiones al caso GROGAN y esperó al pronunciamiento final del TEDH. Sin embargo y como colofón a la comparación de ambos casos, merece la pena recordar la crítica velada al Derecho Comunitario vertida por PHELAN cuando el asunto OPEN DOOR COUNSELING sólo había sido tratado ante la

del que afirma "It is the language of supremacy of EC Law not of Human Rights".

Comisión Europea de Derechos Humanos. A su modo de ver, que compartimos, en este asunto se confundieron peligrosamente las libertades de mercado con los derechos humanos, el Derecho Comunitario con el derecho del CEDH⁸⁶⁰.

El mismo hecho de que este asunto pudiese ser llevado ante instancias judiciales de Luxemburgo y de Estrasburgo en base a argumentos relacionados con el Derecho Comunitario y con el CEDH respectivamente, es visto como un peligro por DE BÚRCA. Reproducimos su parecer porque, aunque largo, resume perfectamente los peligros que se derivan de la presencia paralela de dos tribunales que a nivel europeo interpretan y aplican el CEDH:

“It seems peculiar that there are now two European courts to which cases may be brought from the EC Member States, each court separately interpreting the provisions of the Convention, and the potential problem of conflicting rulings becomes increasingly apparent. This problem may partly explain the decision of the ECJ to avoid a substantive ruling in *Grogan*. The challenge to the compatibility of the Irish abortion information ban with the provisions of the Convention in the *Open Door* case was pending before the European Court of Human Rights, and the ECJ presumably did not want to decide the same issue in *Grogan* before the ECHR had given a definitive ruling. On an issue like this which has arisen for decision, the Court of Human Rights and not the ECJ is clearly the appropriate court to decide. It has experience and competence in adjudicating on competing claims under the Convention, and it is the Court to which all Member States have specifically entrusted the task of interpreting and applying the provisions of the Convention to their action.

The absence of any formal relationship between the ECJ and the European Court of Human Rights thus constitutes a considerable obstacle to the ECJ's development of its role in human rights adjudication. As the area of State action which falls within the jurisdiction of the Commission expands, the potential for overlapping and contradictory rulings as between the ECJ and the ECHR grows...

⁸⁶⁰ PHELAN *op.cit.*, p.684.

In the absence of such a development, however, the expanding human rights role of the Court of Justice in relation to review of Member State action will continue to appear to many as a hazardedly applied and ill-worked-out duplication of tasks properly undertaken by the Court of Human Rights”⁸⁶¹.

Pasando ahora al estudio del 2º caso en el que el TJCE se ha ocupado de la libertad de expresión política, ya anteriormente hemos mencionado que era un caso con claros matices sindicales. En él se pone en evidencia la relación tan estrecha que existe entre la libertad de expresión y el derecho de asociación, reunión y las actividades sindicales⁸⁶². Negar a un sindicalista la posibilidad de realizar estas actividades no sólo afecta a sus derechos sindicales, sino que también de un modo claro afecta a su libertad de expresión. Por tanto, la libertad de expresión y de sindicación y reunión aparecen interrelacionadas, siendo la libertad de expresión un pre-requisito de los derechos sindicales. Así lo han entendido tanto el TJCE como los órganos de Estrasburgo.

El asunto MAURISSEN tiene como antecedentes una hoja sindical de la Union Syndicale firmada por el Sr.MAURISSEN, funcionario del Tribunal de Cuentas, en la que se denunciaba el incremento desmesurado de contrataciones temporales en esta institución. La respuesta del Tribunal de Cuentas no se hizo esperar: primeramente, el envío de una carta en la que se condenaba la difusión de tales informaciones, en segundo lugar la decisión de prohibir provisionalmente a los servicios internos de reparto de correo la distribución de boletines sindicales y la no autorización al Sr.MAURISSEN y a sus compañeros en el sindicato para desplazarse a una reunión con funcionarios de la Comisión cuyo objetivo era tratar cuestiones de personal. El Sr.MAURISSEN y la organización en la que militaba, acudieron ante el TJCE en defensa del derecho de las organizaciones sindicales o profesionales a dedicarse a cualquier actividad lícita para la defensa de los intereses profesionales de sus miembros⁸⁶³. A su entender, entre dichas actividades figuraba la

⁸⁶¹ DE BÚRCA, Gráinne: “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies* 1993, vol.13, nº3, pp.283-319, pp.308 y 309.

⁸⁶² Sentencia de 18 de Enero de 1990, HENRY MAURISSEN Y UNION SYNDICALE/TRIBUNAL DE CUENTAS, as.ac. C-193/87 y C-194/87, Rec.1990, pp.95ss.

⁸⁶³ Rec.1990, p.100.

posibilidad de criticar, con las formas exigidas, los actos de la administración y de oponerse a ella. En definitiva, lo que planteaban los demandantes era la obligación de las instituciones de garantizar su libertad de expresión como derecho humano e inalienable, pero no sólo de una forma pasiva, sino poniendo al alcance de las organizaciones los medios para su acción, permitiéndoles informar al personal de las actividades emprendidas para la defensa de sus intereses, así como de los incumplimientos y abusos cometidos por la autoridad.

El Tribunal de Cuentas replicó a la demanda afirmando que respetaba perfectamente la libertad sindical, de lo cual era buen botón de muestra el hecho de que esta institución no restringía en absoluto el derecho de las organizaciones sindicales a constituirse libremente y a dedicarse a cualquier actividad lícita. El Tribunal de Cuentas tampoco impedía que el sindicato diese a conocer a los demás funcionarios su posición o que distribuyese documentación a afiliados y demás personal. Simplemente consideraba que no estaba en la obligación de que fuera el propio servicio de correo interno del Tribunal de Cuentas el que tuviese que cargar con el envío de la correspondencia sindical al conjunto del personal.

En esta misma línea, el Abogado General DARMON era de la opinión de que una cosa era si el Tribunal de Cuentas garantizaba o no la libertad de expresión, y otra cosa distinta si debía ser obligado a distribuir documentos sindicales. Realizando un estudio del derecho interno de los Estados, descubrió que en ninguno de ellos se establecía una obligación semejante a cargo de la administración⁸⁶⁴. Por otro lado y en cuanto a la negativa de desplazamiento de los delegados sindicales para acudir a una reunión sindical interinstitucional, el Sr.DARMON era de la opinión de que el Derecho de los Estados miembros coincide muy ampliamente en conceder a los sindicatos los medios para cumplir su misión mediante la concesión de permisos especiales. Por ello propuso fallar en favor de los intereses del Sr.MAURISSEN en relación a este último aspecto de su demanda, anulando la decisión por la que se le impedía su desplazamiento, pero desestimando el recurso en todo lo demás.

⁸⁶⁴ Rec.1990, p.107.

El TJCE, que en su fallo sigue al Sr.DARMON⁸⁶⁵, sin embargo varía ligeramente el tono y acento de la argumentación jurídica previa a su fallo con respecto al primero. El TJCE insiste con especial tesón e interés en demostrar y confirmar que las instituciones respetan la libertad de asociación y la libertad de expresión sindical. De este modo, les permite jugar el papel que les corresponde emprendiendo especialmente acciones para informar a los funcionarios y agentes, presentarlos ante dichas instituciones y organismos y participar con ellos en la concertación.

Sin embargo, si bien la libertad sindical constituye un principio general, su contenido no puede extenderse hasta la inclusión de la obligación para las instituciones y organismos comunitarios de poner sus servicios de correo interno a disposición de las organizaciones sindicales para la distribución al personal de las comunicaciones procedentes de dichas organizaciones. Tales facilidades no se incluyen en el reconocimiento de la libertad sindical en el ámbito de la función pública comunitaria, por lo que no tiene porqué ser toleradas por el Tribunal de Cuentas⁸⁶⁶.

En cuanto al TEDH, el asunto en el que éste se ha pronunciado sobre la relación existente entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad sindical, es el asunto YOUNG, JAMES Y WEBSTER⁸⁶⁷, cuyos antecedentes de hecho difieren totalmente de los del caso MAURISSEN juzgado por el TJCE. Mientras que el asunto MAURISSEN trata sobre los derechos sindicales en positivo (derecho a ejercerlos) este asunto trata sobre el derecho en su aspecto negativo, en concreto, el derecho a no sindicarse.

YOUNG, JAMES y WEBSTER eran tres empleados de la British Rail. En 1975, esta compañía pública llegó a un acuerdo con los sindicatos ferroviarios que dio lugar al trato denunciado por los interesados: la necesidad de afiliación obligatoria de los empleados de esta empresa en los sindicatos del sector. De este modo, su empleo quedaba subordinado a la afiliación. Estos tres señores consideraron que la afiliación obligatoria bajo la amenaza de

⁸⁶⁵ Rec.1990, p.123.

⁸⁶⁶ Rec.1990, p.119.

⁸⁶⁷ Sentencia del TEDH de 13 de Agosto de 1981, YOUNG, JAMES Y WEBSTER/REINO UNIDO, Serie A, nº44.

despido, era claramente una coacción que atentaba contra su libertad individual de asociación, su libertad de sindicación y su libertad de expresión. De hecho, se manifestaban contrarios a las orientaciones políticas de los sindicatos referidos.

El TEDH fue de la opinión de que una amenaza de despido que implique la pérdida del medio de vida constituye una forma muy grave de coacción. Asimismo, consideraba que el requisito de la afiliación obligatoria conducía a la nada la libertad de elección individual. Por tanto, estas presiones afectaban a la sustancia misma de los arts.10 y 11 (éste último sobre la libertad de asociación y libertad sindical) porque tenían como fin forzar a alguien a afiliarse a una asociación en contra de sus convicciones políticas.

Comprobada la injerencia en el derecho a la libertad de expresión y asociación, el TEDH estimó oportuno considerar si era una intromisión legítima de acuerdo con lo indicado en el párrafo 2º de los arts.10 y 11. Claramente ésta era una injerencia prevista legalmente (por el acuerdo British Rail-sindicatos ferroviarios) pero no era necesaria en una sociedad democrática basada en el pluralismo y espíritu de apertura, ni era una medida proporcional. Justamente lo contrario: su imposición llevaba a una intolerable supremacía de la opinión de la mayoría y a un abuso de su posición dominante. En consecuencia, el TEDH estimó violados los derechos de los trabajadores.

Una vez vistos los antecedentes del caso, comprobamos que su relación con el caso oído por el TJCE con connotaciones sindicales es mínimo. A pesar de ello, ambos tiene algo en común, un elemento en el que la jurisprudencia de Luxemburgo y la de Estrasburgo coinciden: el hecho de ligar la libertad de asociación sindical a la libertad de expresión, el hecho de entender que no puede haber libertad sindical sin libertad de expresión previa. O dicho de otra manera: existen derechos (libertad de reunión, asociación, sindicación) que recogen en su seno aspectos de la libertad de expresión⁸⁶⁸.

⁸⁶⁸ Un caso similar juzgado ante el TEDH -aunque en él no estaban afectados los derechos sindicales sino únicamente el derecho de reunión y de manifestación- es el caso EZELIN, en el que un abogado denunciaba las sanciones impuestas por su Colegio Profesional por el hecho de haber participado en una marcha pacífica, haberse solidarizado con los manifestantes y haber ejercido, en definidas cuentas, su libertad de expresión. En opinión del Colegio de Abogados, todo ello era impropio de la actitud mesurada y discreta que se espera de un abogado. El TEDH, una vez más, analizó si la intromisión respetaba los requisitos de los párrafos segundos del

art.10 y 11. Consideró que la medida disciplinaria estaba prevista por la ley, en concreto por el código interno y estatuto de régimen interno que organizaba la profesión de abogado en ese país. También consideró que la injerencia perseguía una finalidad legítima (la defensa del orden). Sin embargo, la proporcionalidad hubiera debido llamar al Colegio a contrapesar los imperativos de las finalidades enumeradas en los arts.10 y 11 en sus párrafos segundos con las propias de la libertad de expresión por la palabra, el gesto o incluso el silencio de las opiniones de las personas reunidas en la calle o en otros lugares públicos. La búsqueda del justo equilibrio no podía conducir a privar a los abogados, por miedo a las sanciones disciplinarias, de la posibilidad de expresar sus convicciones en tales circunstancias. Por tanto, y en tanto que este abogado no había protagonizado conductas reprobables (pintadas, consignas injuriosas o ultrajantes) había existido violación de sus derechos (sentencia de 26 de Abril de 1991, EZELIN/FRANCIA, Serie A, nº202).

Igualmente, el asunto PIERMONT/FRANCIA afectaba a la libertad de reunión y su relación con la libertad de expresión de una eurodiputada que había acudido en viaje privado a las colonias francesas en el Pacífico en vísperas de un proceso electoral en Nueva Caledonia. Tras haber participado en Papeete en una manifestación pacífica autorizada en la que en ningún momento llamó a la desobediencia o al desorden, tomó la palabra en apoyo de reivindicaciones antinucleares e independentistas. Como respuesta a ello, se decretó un orden de expulsión de la eurodiputada, siendo retenida en el aeropuerto. La Sra.PIERMONT consideró que tales medidas habían desconocido su derecho a la libertad de expresión, puesto que eran consecuencia directa de su participación en una manifestación pacífica. Con la medida de expulsión (acompañada de otra que le prohibía en el futuro la entrada en el territorio de la Polinesia francesa) se censuraban sus opiniones políticas y su expresión en suelo francés. Ello sin duda constituía una injerencia en su libertad de expresión, como indicó el TEDH. Sin embargo, el Tribunal quiso comprobar si era una injerencia legítima. La medida parecía tener una base legal, en concreto, la legislación aplicable a una situación tan delicada como es una campaña electoral. Incluso parecía tener su base en el art.16 del CEDH, que permite al Estado contratante restringir las actividades políticas de los extranjeros. El TEDH desoyó los argumentos de la Sra.PIERMONT relativos a su calidad de ciudadana comunitaria en viaje por territorio comunitario. El TEDH consideró que su condición de nacional de un Estado miembro de las CCEE o de parlamentaria europea no le permitían oponerse a la aplicación contra ella del art.16 CEDH. A los efectos del CEDH ella seguía siendo una extranjera en territorio francés. En cuanto a si las medidas de expulsión y prohibición de entrada posterior perseguían finalidades reconocidas por el CEDH, el TEDH apunta a que persiguen la defensa del orden y la integridad territorial. En cuanto a su necesidad en una sociedad democrática, el tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso. Y, añade que a reserva de lo especificado en el apartado 2º del art.10 CEDH ello vale no sólo para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que hieren o inquietan; así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe democracia. Un adversario de las ideas y posiciones oficiales debe poder encontrar su lugar en la arena política. Porque preciosa para cualquiera, la libertad de expresión lo es más particularmente para un elegido por el pueblo. Por tanto, las injerencias en la libertad de expresión llevan al tribunal a aplicar un control más estricto que en el caso de injerencia en otros derechos. Pero reconoce que la libertad de discurso político no reviste un carácter absoluto. Sin embargo, en este caso, ha faltado el justo equilibrio entre el interés de alcanzar el interés general relativo a la defensa del orden y el respeto a la integridad territorial de una parte, y de otra parte la libertad de expresión de la Sra.PIERMONT. La proporcionalidad por tanto ha quedado en entredicho. El TEDH recuerda la importancia concedida a la libertad de expresión. El comportamiento de la recurrente y el temor de que ésta se expresara sobre aspectos delicados, explican los motivos del rechazo que le fueron opuestos sobre territorio caledoniano. Pero incluso aunque el clima político fuera tenso y la llegada de la eurodiputada hubiera provocado una manifestación limitada de hostilidad, el TEDH no encuentra justificación para la expulsión y prohibición de entrada posterior en la Polinesia francesa (sentencia de 27 de abril de 1995, PIERMONT/FRANCIA, Serie A, nº314).

2.2. Libertad de expresión artística

2.2.1. Jurisprudencia de las instancias de las CCEE y del CEDH

Se trata de una faceta de la libertad de expresión a la que los órganos del CEDH tienden a proteger en menor medida que a la anteriormente vista⁸⁶⁹ y a la que el TJCE ha dedicado escasas líneas de su jurisprudencia.

Sólo nos consta la existencia en el tribunal de Luxemburgo de un asunto en el que el TJCE se haya visto enfrentado a un caso de estas características. Y, sin embargo, nos sirve poco esta sentencia como término de comparación con la jurisprudencia de Estrasburgo en la materia porque el TJCE rechazó considerar el fondo del asunto por una pretendida ausencia de nexo comunitario de la ley francesa cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario estaba en juego. Por tanto, desconocemos cuál es la opinión del TJCE sobre el particular. El asunto en cuestión ha sido ampliamente criticado por la doctrina. Nos referimos al caso CINÉTHÈQUE⁸⁷⁰, por el cual la doctrina censura de modo prácticamente unánime al TJCE. Fue sin duda un asunto en el que el TJCE perdió la oportunidad de extender de modo más general la protección comunitaria de los derechos fundamentales a los actos de los Estados miembros⁸⁷¹.

El asunto en cuestión afectaba al momento a partir del cual una obra artística, como es una película, podía comenzar a ser distribuida en vídeo. Ciertas sociedades distribuidoras que trabajaban con películas francesas, demandaron a la Federación Nacional de Cine Francés en

⁸⁶⁹ Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha dicho sobre ella: “Las restricciones a la libertad artística son demostración palmaria de una sociedad no democrática ya que la expresión artística merece y requiere protección, no sólo por ser la expresión del artista, sino también por ser un punto de vista de la sociedad en la que vive. En ese sentido, el arte no sólo sirve para formar la opinión pública sino que también es expresión de ella y puede servir al público para comparar los asuntos cotidianos” (asunto MÜLLER *vide supra*, Serie A, vol.133, apdo.32).

⁸⁷⁰ Sentencia del TJCE de 11 de Julio de 1985, CINÉTHÈQUE SA ET AUTRES/FÉDÉRATION NATIONALE DES CINÉMAS FRANÇAIS, C-60-61/84, Rec.1985, pp.2605ss.

⁸⁷¹ WEILER y LOCKHART califican esta sentencia como una aberración (WEILER, Joseph H.H.; LOCKHART, Nicholas: “Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part I”, en *Common Market Law Review*, 1995, nº32, pp.51-94, p.74). La sentencia es objeto de un análisis crítico exhaustivo por parte de WEILER, Joseph H.H.: “”The European Court at a Crossroads:

contra de la aplicación de una normativa que prohibía la proyección simultánea de la misma película en salas de cine y su distribución comercial a través de videocasetes, obligando al transcurso de un determinado número de meses para su explotación mediante éstos. Los demandantes en el proceso interno consideraban esta medida contraria al derecho de libertad de expresión recogido en el art.10 CEDH. Pero lamentablemente el TJCE optó por no dar respuesta a esta pregunta, indicando que la ley en cuestión no entraba en el ámbito de acción del Derecho Comunitario⁸⁷².

Curiosamente el TJCE llega al mismo resultado que el Abogado General del caso, Sir Gordon SLYNN (la continuidad de la aplicación de la ley francesa que prohibía la explotación simultánea de una película en salas de cine y en vídeo) pero sin entrar en el fondo del asunto. Por el contrario, Sir. Gordon SLYNN sí había entrado en el fondo del asunto, aunque consideró que la norma francesa debía ser interpretada como compatible con el Derecho Comunitario⁸⁷³. El Sr.SLYNN consideró que este caso no envolvía realmente el problema de la libertad de expresión, a pesar de la alegación de este derecho por los demandantes. Para ello, comparó la libertad de expresión en su sentido más político con las circunstancias del caso:

“Que la liberté de parole ou d’expression soit un élément du droit communautaire dans les domaines où elle a un rapport avec les activités de la Communauté peut être admis pour les besoins de la présente espèce. Nous ne sommes pas d’avantage convaincus par les arguments invoqués en l’espèce, suivant lesquels l’article 10 de la convention est violé du simple fait de la réglementation du passage d’un mode de diffusion à l’autre pour la même oeuvre cinématographique ou suivant lesquels il existe une règle de droit communautaire fondée sur la convention ou en assurant le respect, qui en interdise la réglementation”⁸⁷⁴.

Community Human Rights and Member State Action”, en *Du Droit International au Droit à l’Intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Nomos Verlag., Baden-Baden, pp.821-841.

⁸⁷² Rec.1985, p.2628.

⁸⁷³ Rec.1985, p.2617.

⁸⁷⁴ Rec.1985, p.2616.

En consecuencia, el Abogado General consideró que el argumento de la libertad de expresión no era aplicable al caso -aunque esto lo declaró cuidándose de reconocer que la libertad de expresión en sí tenía cabida y protección en el Derecho Comunitario.

Sin embargo, el TJCE sigue un razonamiento diferente. Considera que la ley francesa no puede ser cuestionada por el TJCE en base ni a este principio o argumento ni a ningún otro, puesto que cae fuera del ámbito competencial de las CCEE⁸⁷⁵. Previamente nos había preparado ya para tal desenlace manteniendo que, en ocasiones, razones de exigencias imperativas de interés general podían justificar restricciones a los derechos. En el presente caso, esa exigencia imperativa la constituiría la protección del cine en tanto que vehículo de expresión cultural. Es en este momento de la sentencia⁸⁷⁶ donde vislumbramos un cierto seguimiento por parte del TJCE de la jurisprudencia de Estrasburgo y la utilización de términos acuñados por el tribunal de Estrasburgo. En efecto, si bien finalmente le TJCE declina la posibilidad de estatuir sobre la aplicación de la libertad de expresión al caso aduciendo para ello la ausencia de nexo comunitario, cuando hace referencia a las exigencias del interés general como causa de justificación de una restricción de derechos, nos encontramos con similitudes con la jurisprudencia de los órganos del CEDH. De hecho, aunque ello no se mencione en la sentencia, el párrafo 2º del art.10 del CEDH es el que hace referencia a este tipo de causas como único modo posible para limitar legalmente los derechos del CEDH.

En cuanto al TEDH, en su haber jurisprudencial cuenta también con una sentencia sobre el campo cinematográfico. Sin embargo, su contenido no es muy comparable con el de la sentencia CINÉTHÈQUE por la simple razón de que los antecedentes de hecho son totalmente dispares. El asunto al que nos referimos es el del PREMINGER⁸⁷⁷, en el que se cuestionaba la confiscación por las autoridades austríacas de una película en la que se herían

⁸⁷⁵ Rec.1985, p.2627.

⁸⁷⁶ Rec.1985, p.2624.

⁸⁷⁷ Sentencia del TEDH de 20 de Septiembre de 1994, INSTITUTO OTTO PREMINGER/AUSTRIA, Serie A, nº295-A. El comentario de GARCÍA SORIANO a esta sentencia ayuda a entender los antecedentes y problemática jurídica afectada: GARCÍA SORIANO, Mª Vicenta: "Comentario Introductorio a la Sentencia del

gravemente los sentimientos religiosos de los católicos. Los derechos que estaban en conflicto eran, pues, por un lado la libertad de expresión artística y por otro el derecho al respeto de los sentimientos religiosos ajenos.

Teniendo en cuenta argumentos como que la religión católica es la mayoritariamente profesada por la población austríaca (especialmente en el Tirol) y que la dimensión religiosa constituye uno de los elementos vitales que contribuye a formar la identidad y concepción de la vida de la persona, el TEDH consideró que la restricción a la libertad de expresión de la productora de la película era legal. Por una lado, la medida de confiscación estaba prevista por el Código Penal, el cual castigaba comportamientos dirigidos contra objetos de veneración religiosa o adecuados para causar una indignación justificada (p.ej. el derecho de los católicos a no ser insultados en sus sentimientos religiosos). Por otro lado, la medida era necesaria en una sociedad democrática, porque a pesar de que la libertad de expresión fuese una pieza clave en la democracia y una condición esencial para su progreso -incluso en el caso de que la libertad de expresión se manifieste a través de informaciones o ideas que hieran, choquen o inquieten a un Estado o a parte de su población- el TEDH consideró que en el contexto del párrafo 2º del art.10, existe la obligación legítima de evitar en la medida de lo posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y atenten a sus derechos, no contribuyendo por tanto en nada a un debate público que favorezca el progreso del género humano.

Llegado este punto, el TEDH recuerda su ya conocida opinión (secundada por el TJCE en GROGAN y en HENN & DARBY) de que no existe un concepto moral único a nivel europeo. Constata incluso que la concepción de las ideas éticas puede variar incluso dentro de un país. Por ello, reitera que en esta materia los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que, por supuesto, tampoco es ilimitado, sino que puede ser sometido al escrutinio final de los órganos del CEDH. Y esta es la actividad que ejerce en estos momentos el TEDH: controlar el modo en que Austria ha primado el respeto a los sentimientos religiosos sobre otra libertad fundamental garantizada por el CEDH: el derecho del recurrente a comunicar al

TEDH de 20 de Septiembre de 1994 (Caso Otto Preminger-Institut contra Austria)", en *Revista General de Derecho*, 1996, nº621, pp.6857-6864.

público ideas sujetas a controversia y, por implicación, el derecho para las personas interesadas a tomar conocimiento de ellas a través de una película. Puestos en la balanza ambos derechos, el TEDH concluye que la autoridad austríaca no se ha excedido en su margen de apreciación y que los medios empleados no eran desproporcionados a la finalidad legítima perseguida.

Al margen de la aplicación que el TEDH hace de la libertad de expresión artística a obras cinematográficas, en otras ocasiones este Tribunal ha aplicado la mencionada libertad a obras pictóricas. Esto es lo acaecido en el asunto MÜLLER⁸⁷⁸, con el que el asunto PREMINGER guarda muchas similitudes. No en vano, el TEDH aplica el mismo razonamiento a ambos: la confiscación de las pinturas de una artista renombrado y que estaban siendo expuestas en una galería sin advertencia previa al público sobre el contenido pornográfico de la obra y sin restricción de entrada por razón de edad, era claramente una injerencia en el derecho del autor a su libertad de expresión. Pero esta restricción a la libertad de expresión artística, que entra de lleno en el tenor del art.10 (artículo que, por otro lado, no distingue entre las diferentes formas de expresión) podría ser objeto de restricciones legítimas siempre que estuvieran previstas por la ley, fueran necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas al fin legítimo perseguido. En este sentido, la medida fue considerada legal por el TEDH, proporcionada y necesaria para la defensa de la moralidad y los derechos ajenos.

Teniendo en cuenta la inexistencia de una concepción uniforme de la moral en Europa, el Estado dispone de un amplio margen para apreciar la adecuación o no con su ordenamiento y con la concepción dominante de la moral en su Estado, de unos objetos artísticos obscenos. Por todo ello, el TEDH consideró que la condena de los demandantes respondía a una auténtica necesidad social a la vista del art.10.2 CEDH. A pesar de que una sociedad democrática se caracterice por el respeto y tolerancia de las ideas que ofendan o hieran brutalmente, la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal debería ser salvaguardada.

⁸⁷⁸ *cit.*, Serie A, nº133.

Del estudio comparado de las sentencias previas de los órganos de Luxemburgo y de los de Estrasburgo extraemos como conclusión común que ambos protegen la libertad de expresión artística, aunque plantean como una de sus posibles causas de restricción la protección de la moral, terreno en el que el margen de apreciación dejado a los Estados tanto por TJCE como por TEDH es amplio.

2.3. Libertad de expresión comercial

2.3.1. Jurisprudencia de las instancias de las CCEE y del CEDH

Tanto los órganos judiciales de Luxemburgo como los de Estrasburgo cuentan en su jurisprudencia con sentencias sobre la expresión comercial. Sin embargo, en ambos parece que la protección de la actividad comercial es más problemática y se antoja como menos merecedora de protección que otras facetas de la libertad de expresión. Esto resulta llamativo sobre todo en el orden comunitario, donde debido a la base económica que fundamenta la construcción europea se podría haber esperado la concesión de un status más elevado a la libertad de expresión comercial⁸⁷⁹.

El primer ejemplo de la debilidad de la argumentación de la protección de la expresión comercial en Derecho Comunitario nos lo presenta el caso GROGAN, en el que claramente estaban en juego la libertad y el interés de las mujeres irlandesas de ser informadas sobre servicios médicos de aborto por un lado, y el derecho de difundir informaciones comerciales por otro. Sin embargo, la lectura un tanto estricta que hace el TJCE del art.59 TCE le llevó a no encontrar nexo comunitario en el asunto de autos. Ello desembocó en que el TJCE no presentara una construcción o teoría propia de la libertad de expresión comercial que resultase coherente con la realidad de la economía de mercado⁸⁸⁰. Por tanto, el problema y la duda

⁸⁷⁹ TWOMEY, Patrick M: "Freedom of Expression for Commercial Actors", en *The European Union and Human Rights*, 1995, Nanette Neuwahl y Allan Rosas (eds), Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, pp.265-280, pp.269 y 277.

⁸⁸⁰ Más coherentes con la realidad de la economía de mercado resultaron las conclusiones del Abogado General del caso GROGAN que, como sabemos, no fueron seguidas por el TJCE. El Abogado General, en relación al derecho a la libertad de expresión comercial, destaca que existe el derecho como tal en el orden comunitario

sobre el derecho a publicar anuncios sobre servicios prohibidos en un Estado pero que son legales en otro, quedó sin respuesta y en el mismo punto en el que estaba antes del caso GROGAN.

Otros asuntos en los que el TJCE ha declarado o demostrado por defecto que el art.10 incluye la información comercial son el caso LECLERC⁸⁸¹, VERINIGTE⁸⁸², ERT⁸⁸³ y STITCHING⁸⁸⁴.

En el primero de ellos se había impugnado la prohibición francesa de la publicidad televisiva de carburantes. La compañía de importación de carburantes LECLERC pretendía realizar un spot publicitario sobre sus estaciones de servicio en supermercados. Pero ello le fue impedido porque Francia tenía una legislación que prohibía la difusión de mensajes publicitarios televisados en favor del sector económico de la distribución. LECLERC creía que esta ley coartaba sus posibilidades de promoción y comercialización, por lo que llevó el asunto ante el Tribunal de Comercio. El asunto fue elevado al TJCE prejudicialmente por si esta medida francesa obstaculizaba o prohibía ciertas modalidades de venta y de comercialización entre los Estados miembros. LECLERC argumentaba que la prohibición francesa iba contra su libertad de comunicación y contra el régimen aplicable a la publicidad y el patrocinio. En cambio, el TJCE fue de la opinión de que, aunque la normativa comunitaria tuviese como fin garantizar la libre difusión de las emisiones televisivas, lo cierto era que nada en el Derecho Comunitario se oponía a que un Estado prohibiese la publicidad de un sector económico, siempre que dicha prohibición se aplicase a todos los operadores que

pero sujeto a los límites del art.10.2 CEDH. En este sentido, cita jurisprudencia del TEDH (sentencia SUNDAY TIMES *cit.*, Serie A, n°30; MARKT INTERN *cit.*, Serie A, n°165 y sentencia SILVER *cit.*, Serie A, n°61) para demostrar que pueden producirse casos de restricción a este derecho cuando existe "pressing social need".

⁸⁸¹ Sentencia de 9 de Febrero de 1995, SOCIÉTÉ D'IMPORTATION EDOUARD LECLERC-SIPLEC/TF1 PUBLICITÉ SA, C-412/93, Rec.1995, pp.I-179ss.

⁸⁸² Sentencia del TJCE de 26 de Junio de 1997, VEREINIGTE FAMILIAPRESS ZEITUNGSVERLAGS UND VERTRIEBS GmbH/HEIRICH BAUER VERLAG, C-368/95, Rec.1997, pp.I-3689ss.

⁸⁸³ Sentencia del TJCE de 18 de Junio de 1991, ELLENIKI RADIOPHONIA TILEORASSI AE/DIMOTIKI ETAIRIA PLIROFORISSI Y SOTIRIOS KOUVELA, C-260/89, Rec.1991, pp.I-2925ss.

⁸⁸⁴ Sentencia de 25 de Julio de 1991, STITCHING COLLECTIEVE ANTENNEVOORZIENING GOUDA Y OTROS/COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA, C-288/89, Rec.1991, pp.I-4007ss.

ejerciesen su actividad en ese Estado y siempre que no se produjese discriminación de los productos procedentes de otros Estados miembros.

En este caso, resulta llamativo el que el TJCE rehuyese utilizar el argumento de la libertad de expresión o de la libertad informativa pudiéndolo hacer. De hecho, el Abogado General JACOBS había mencionado el art.10 en sus Conclusiones⁸⁸⁵, pero el TJCE fue reticente a entrar en ese terreno polémico y cenagoso que es el de la libertad de expresión comercial. El TJCE (y también en cierta medida el Sr.JACOBS) mira a la publicidad televisada con prevención, y de hecho si lo protege no es tanto por garantizar los derechos y libertades de las empresas publicitarias, sino más bien por salvaguardar el derecho a la información del usuario o consumidor⁸⁸⁶.

Queda de manifiesto que en el asunto LECLERC el TJCE reconoce la aplicación en abstracto del derecho a la libertad de expresión en el ordenamiento comunitario, pero se niega a entrar en el estudio de su contenido en este caso concreto o a citar jurisprudencia de Estrasburgo que le sirva de apoyo esgrimiendo para ello la falta de procedencia de este argumento o su falta de interés.

Menos parco en el análisis de la libertad de expresión comercial es el TJCE en el asunto VEREINIGTE⁸⁸⁷. El caso, sometido al TJCE *ex art.177 TCE*, trataba de establecer si se podía obligar a una editora de prensa alemana a cesar la venta en territorio austriaco de publicaciones que ofrecían a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premio, vulnerando la ley austríaca de competencia desleal. El problema comunitario que se establecía era doble: la libre circulación de mercancías y la interpretación del art.30 TCE (restricciones

⁸⁸⁵ Lo hizo en los siguientes términos: "...la liberté de fournir des services dans le domaine de la diffusion télévisuelle est une manifestation spécifique du principe de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la convention" (Rec.1995, punto 13 de las Conclusiones). "La diffusion de services de télévision est aussi une manifestation spécifique de la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10..." (Rec.1995, punto 63 de las Conclusiones). "Étant donné les termes de la question posée, nous laisserons de côté l'article 59 du traité, qui s'applique certainement aux restrictions frappant la publicité télévisée, et la question de la liberté d'expression commerciales consacrée par l'article 10 de la convention" (Rec.1995, punto 14 de las Conclusiones).

⁸⁸⁶ Esto queda de manifiesto en la frase del Abogado General: "Il n'y a donc aucune raison de craindre qu'en reconnaissant un principe général de libre publicité la Cour prive les États membres du pouvoir de réprimer les pires excès de l'industrie publicitaire" (Rec.1995, punto 22 de las Conclusiones).

⁸⁸⁷ Rec.1997, pp.II-3689ss.

cuantitativas a la importación y medidas de efecto equivalente). Dicho de otro modo, el problema consistía en comprobar si la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limitan o prohíben ciertas modalidades de venta (p.ej. la venta de publicaciones bajo el reclamo de la eventual obtención de un premio) no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros.

El TJCE fue de la opinión de que aunque la prohibición de vender publicaciones que brindan la posibilidad de participar en juegos dotados de premio puede vulnerar la libertad de expresión, no obstante el art.10 CEDH admite que se establezcan excepciones a esta libertad con objeto de mantener el pluralismo de prensa⁸⁸⁸. En apoyo de su tesis, el TJCE alude a una decisión del TEDH que será estudiada posteriormente, en concreto, el asunto *INFORMATIONSVEREIN LENTIA*. Como el objetivo de la ley austríaca de competencia desleal consistía precisamente en evitar que las pequeñas publicaciones -que no tienen capacidad económica para ofrecer regalos comparables- se arruinasen, el TJCE se mostró comprensivo hacia la normativa austríaca. Sin embargo al mismo tiempo el TJCE huía de aplicar una medida (prohibir una publicación) que podía resultar desproporcionada al interés perseguido. Por ello, concluye que no es contrario al art.30 TCE la aplicación de una legislación nacional que prohíbe la distribución de una determinada publicación en su territorio que contenga acertijos dotados de premio o concursos, que se organizan legalmente en otros Estados. No obstante, siempre se deberá velar para que esa medida sea proporcionada al mantenimiento del pluralismo de prensa y siempre que, sobre todo, no pueda alcanzarse el mismo resultado aplicando medidas que sean menos restrictivas, tanto para los intercambios intracomunitarios como para la libertad de expresión⁸⁸⁹. A pesar de que el TJCE cita el art.10 CEDH y la jurisprudencia del TEDH, sin embargo su estudio del artículo del CEDH es cuasi inexistente. En un momento dado, alude a la posibilidad de limitar la libertad de expresión en

⁸⁸⁸ Punto 26 de la sentencia.

⁸⁸⁹ Puntos 27 y 34 de la sentencia.

aras de la garantía del pluralismo informativo⁸⁹⁰. Sin embargo, en absoluto alude a los motivos de restricción del derecho consignados en el art.10.2.

La siguiente sentencia que trataremos en relación a la libertad de expresión en las CCEE es la sentencia ERT⁸⁹¹, en la que a pesar de que tanto el Abogado General LENZ como el TJCE citan el art.10, ninguno de ellos cita jurisprudencia de Estrasburgo ni da su solución al caso poniendo el acento o fundamentándola en la libertad de expresión comercial.

Se trataba de un asunto relacionado con el monopolio de la radiodifusión y la televisión en Grecia y su relación con las normas sobre la competencia y la libre prestación de servicios. El dilema consistía en saber si el hecho de que la ley griega confiriera a un operador único el monopolio de la televisión en todo el territorio de un Estado miembro y el privilegio exclusivo de proceder a retransmisiones televisadas de cualquier naturaleza era conciliable con el Derecho Comunitario y con el art.10 CEDH. Junto a ello, se preguntaba prejudicialmente al TJCE si la libertad de expresión consagrada por el art.10 CEDH imponía por sí misma obligaciones a los Estados miembros⁸⁹².

Tanto el Abogado General LENZ como el TJCE estuvieron de acuerdo en que la creación de un monopolio no es por sí mismo contrario al Derecho Comunitario ni constituye una posición dominante. Por el contrario, el Estado miembro puede, en virtud de consideraciones de interés público de naturaleza no económica, sustraer del juego de la competencia las emisiones de televisión, otorgando a una o varias entidades el derecho exclusivo para ello⁸⁹³. Ambos coincidieron en que, sin embargo, la manera en que dicho monopolio esté organizado o ejercido, puede ir contra normas de los tratados, p.ej. contra la libertad de circulación de mercancías y servicios (si discriminase la retransmisión de emisiones extranjeras⁸⁹⁴) o contra normas del derecho de la competencia. Ambos analizan el impacto del art.10 CEDH en esta materia (el cual contempla, en su opinión, la libertad para

⁸⁹⁰ Punto 27 de la sentencia.

⁸⁹¹ *cit.*, Rec.1991, pp.2925ss.

⁸⁹² Rec.1991, p.2931 del Informe para la Vista del juez KAPTEYN.

⁸⁹³ Rec.1991, p.2946 de las Conclusiones y p.2957 de la sentencia.

recibir informaciones o ideas por encima de las fronteras). Sin embargo, consideran que la existencia de esos monopolios no es contraria al convenio, como demuestra el hecho de que la presencia de tales monopolios fuera efectivamente numerosa en la fecha en que se firmó el convenio, y como se desprende del propio tenor del art.10.2⁸⁹⁵. Sin embargo, ambos coinciden también en considerar que no es función del TJCE apreciar o pronunciarse sobre las infracciones cometidas por los Estados miembros contra los derechos humanos garantizados por el CEDH. Ello es función de los órganos de Estrasburgo, sirviendo el CEDH en el contexto comunitario únicamente para proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco comunitario⁸⁹⁶.

Resulta interesante comprobar el respeto y atención que en el asunto ERT profesan Abogado General y TJCE hacia la labor de los órganos del CEDH, indicando que no es función suya (sino del juez de Estrasburgo) analizar la compatibilidad de una medida nacional con un artículo del convenio. Por el contrario, en otros muchos casos, Abogado General y TJCE no han sido tan comedidos y discretos, sino que han entrado directamente a estudiar la compatibilidad de una norma nacional (siempre que pudiese demostrarse de forma más o menos vaga o precisa su nexo comunitario) con un artículo del CEDH cuyo contenido, en tales casos, ha sido considerado como principio general del Derecho Comunitario⁸⁹⁷.

En cualquier caso, consideramos que las respuestas del Abogado General y del Tribunal no difieren esencialmente de lo que es la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de monopolios televisivos y que posteriormente analizaremos. Sin embargo, sí se echan en falta referencias del Abogado General y del TJCE a esta jurisprudencia de Estrasburgo, la cual poco les habría supuesto mencionar -sobre todo teniendo en cuenta su consonancia con la solución final aportada por el TJCE. Ello habría añadido un elemento de reafirmación de la procedencia de la solución adoptada (que en definitiva era la legalidad de los monopolios televisivos siempre que ello no privilegie a las emisiones nacionales). En cambio, nos

⁸⁹⁴ Rec.1991, p.2942 de las Conclusiones y p.2957 de la sentencia.

⁸⁹⁵ Rec.1991, p.2948.

⁸⁹⁶ Rec.1991, p.2948 de las Conclusiones y p.2964 de la sentencia.

⁸⁹⁷ P.ej. sentencia HAUER *cit.*, Rec.1979, pp.3727ss.

encontramos con el total silencio del TJCE en relación a la jurisprudencia de Estrasburgo y la todavía más inquietante mención del Abogado General LENZ con respecto a ella. Éste, en lugar de apoyar su pronunciamiento en sentencias de los órganos del CEDH en las que estos hubieran utilizado principios o axiomas similares a los utilizados por el TJCE, declara al final de su texto:

“A la vista de la práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 10 del convenio aplicado a los monopolios de televisión, dicha valoración no proporciona sin duda más datos para enjuiciar los monopolios de televisión...”⁸⁹⁸.

En definitiva, el Sr.LENZ descarta analizar o utilizar la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo en la materia porque estima (pero sin justificarlo ni dar razones para ello) que no contribuye a enriquecer lo ya aportado en la materia por los órganos judiciales comunitarios. En otras palabras: considera que la opinión de la Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos no aportan nada en materia de monopolios televisivos.

Otro asunto en el que el TJCE ha tratado sobre la libertad de expresión aplicada a los actos comerciales es el asunto STITCHING COLLECTIEVE ANTENNEVOORZIENING⁸⁹⁹, asunto en el que el TJCE tuvo que considerar la conformidad con el Derecho Comunitario de la normativa neerlandesa sobre producción y difusión de programas de radio y televisión, una normativa muy polémica y contestada, de lo cual es muestra el que su cuestionamiento ante el juez comunitario ha dado lugar a otros dos casos ante el TJCE.

En concreto, en este primer caso se discutía el que los Países Bajos reservasen a través de una ley a una empresa nacional (Commissariaat) la realización de programas para los organismos nacionales de radiodifusión, así como que permitiese a esta misma entidad la imposición de requisitos a las emisoras extranjeras por cable que pretendieran transmitir programas que incluyesen publicidad especialmente destinada al público neerlandés⁹⁰⁰. Más

⁸⁹⁸ Rec.1991, p.2949.

⁸⁹⁹ *cit.*, Rec.1991, pp.4007ss.

⁹⁰⁰ Rec.1991, p.4022.

específicamente, se dudaba sobre si iba en contra del Derecho Comunitario (contra la libre prestación de servicios y contra la no discriminación por razón de nacionalidad) una normativa nacional que:

-Obligaba a los organismos nacionales de radiodifusión que produjesen sus propios programas a recurrir a los medios técnicos (estudios, decorados, orquesta, etc.) de la sociedad estatal neerlandesa.

-Prohibía a esos mismos organismos nacionales de radiodifusión insertar en sus programas mensajes publicitarios procedentes de terceros.

-Exigía para la retransmisión de programas de emisoras extranjeras que contuvieran publicidad destinada al público neerlandés el que la emisora en cuestión no tuviera fines lucrativos, no beneficiara a terceros, que el tiempo que dedicara anuncios de publicidad no superase el 5% del tiempo total de emisión y que no los difundiera en domingo⁹⁰¹.

Curiosamente, las demandantes no alegaban la libertad de expresión en favor de sus tesis. Era el demandado quien alegaba que la ley a través de la que se establecían todos los anteriores requisitos para la retransmisión de programas destinados al público neerlandés (ley conocida como "Mediawet") era la garante de la libertad de expresión y la identidad cultural neerlandesa y tenía como fines: 1) permitir expresarse a las diferentes corrientes sociales, culturales, religiosas y espirituales existentes en los Países Bajos y 2) mantener un régimen de radio y televisión pluralista y no comercial⁹⁰². Por todo ello, el sistema establecido por Mediawet y aplicado por el Commissariaat era contrario a que el acceso a los medios de comunicación estuviera en función de consideraciones comerciales, que era lo que parecía pretender la sociedad demandante⁹⁰³.

El Abogado General no utilizó en sus consideraciones el argumento de los derechos fundamentales, ni mencionó el art.10 CEDH. Simplemente aplicó la libertad de prestación de

⁹⁰¹ Rec.1991, pp.4021 y 4022.

⁹⁰² Estos extremos son analizados por SAGGIO, Antonio en "A Proteção dos Direitos Fundamentais na Orden Jurídica Comunitaria", en *Divulgação do Direito Comunitario* 1993, nº13, pp.69-97, p.85.

servicios y estudió en qué condiciones puede legalmente un Estado miembro limitar o realizar una excepción a esa libertad comunitaria. En base al art.59 TCE, consideraciones legítimas que afecten por igual a nacionales y extranjeros comunitarios fundadas en el interés público o general pueden llevar de modo extraordinario a la inaplicación de la libertad de prestación de servicios. Una excepción a la libertad de prestación de servicios debería, según el Sr.TESAURO estar justificada por el interés general y ser necesaria⁹⁰⁴ -condiciones que, se diría, están inspiradas en los párrafos segundos de los arts.8, 9, 10 y 11 del CEDH.

Estudiando estos requisitos que justificarían la excepción a la prestación de servicios, el Abogado General llegó a la conclusión de que la normativa neerlandesa era contraria al TCE, porque a pesar de que su fin fuera conservar un sistema de difusión pluralista (lo cual podía ser la razón imperativa que justificase una restricción a la libre prestación de servicios)⁹⁰⁵, sin embargo olvidaba un objetivo no menos imperativo en Derecho Comunitario como es la protección del consumidor.

Paradójicamente, en este caso, es en el texto de la sentencia propiamente dicha donde por primera vez se alude al argumento de los derechos fundamentales⁹⁰⁶. En relación a éstos, el TJCE indicó:

“Es cierto que, entendido en este sentido, una política cultural puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios. Efectivamente, el mantenimiento del pluralismo que esta política neerlandesa pretende garantizar está relacionado con la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que figura entre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Rec.1991, p.4014 del Informe para la vista del juez JOLIET.

⁹⁰⁴ Rec.1991, p.4029.

⁹⁰⁵ Rec.1991, p.4034.

⁹⁰⁶ Rec.1991, p.4043.

⁹⁰⁷ Rec.1991, p.4043.

Sin embargo, el TJCE consideró que a pesar de la pretendida bondad de los propósitos pluralistas de Mediawet, y a pesar de que razones imperativas de interés general pudiesen justificar en principio restricciones a la emisión de mensajes publicitarios tales como la prohibición de publicidad de determinados productos o durante determinados días, la limitación de la duración y de la frecuencia de los mensajes (cuyo fin podría ser tan loable como proteger a los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial) en la práctica restringía la competencia a la que la sociedad estatal podía enfrentarse en el mercado por parte de organismos de radiodifusión extranjeros. Por tanto, tal normativa aseguraba indirectamente la protección de los ingresos económicos de la sociedad estatal, por lo que era contraria al Derecho Comunitario⁹⁰⁸.

La principal conclusión que destacaríamos de esta sentencia es que el TJCE se muestra más preocupado por proteger a los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial que en proteger el derecho a la libertad de expresión de las empresas que quieran difundir programas de radio o televisión en Holanda. El TJCE no interpreta el art.10 CEDH en general, ni específicamente analiza la mención que se hace en él a la posibilidad de establecer un régimen de autorización previa (lo cual puede abocar en la práctica a la existencia de un monopolio estatal) ni la mención a la posibilidad de restringir la libertad de expresión por causas de orden público, interés general, etc. Todo ello lo asume, aceptando la existencia de monopolios. Sin embargo, el TJCE sí va en contra de cualquier medida discriminatoria que lleve a cabo uno de estos monopolios.

Por tanto, parece extraerse ya de su jurisprudencia, relacionando los asuntos ya analizados, que el TJCE protege la libertad de expresión comercial (pero permitiendo su sometimiento a límites) en interés de los usuarios o televidentes, no de las sociedades emisoras. Acepta la existencia de monopolios y regímenes de autorización previa (como también veremos que ocurre con el TEDH), lo cual no estima contrario a la libertad de expresión salvo casos de discriminación o abuso injustificado. Muy al contrario, considera que estos monopolios pueden perseguir una finalidad legítima: la defensa del pluralismo

⁹⁰⁸ Rec.1991, p.4045.

cultural y la realización efectiva de la libertad de expresión de las diferentes corrientes sociales, políticas, culturales y religiosas.

El mismo día en que el TJCE dictó sentencia en el asunto STITCHING dictó otra en un asunto muy similar (asunto COMISIÓN/PAÍSES BAJOS)⁹⁰⁹. En realidad, los datos de hecho entre ambos son prácticamente miméticos. Incluso el Abogado General, que fue el mismo en los dos casos, se remitió en este segundo asunto a las Conclusiones que redactó para el caso STITCHING⁹¹⁰. La diferencia principal radica en que en este segundo asunto no estamos ya ante un recurso prejudicial sino ante un recurso por incumplimiento entablado por la Comisión contra los Países bajos por la política audiovisual de este país. La Comisión criticaba a los Países Bajos el que, bajo el pretexto de garantizar una política cultural que salvaguardase la libertad de expresión de las diferentes corrientes culturales, religiosas y filosóficas del país, obligase a los organismos nacionales de radiodifusión establecidos en los Países Bajos a encargar la realización de la totalidad o de parte de sus programas a una empresa neerlandesa y exigiese para la transmisión por cable de programas procedentes de otros Estados miembros una serie de requisitos (que ya conocemos dado que coinciden con los mencionados en el asunto STITCHING) cuando sus programas contuviesen publicidad destinada en particular al público neerlandés⁹¹¹.

Como es razonable pensar, y dado que la sentencia se dictó el mismo día que la anteriormente analizada y el contenido y problemática aducidos en ambas son iguales, la sentencia del caso COMISIÓN/PAÍSES BAJOS no contradice a la sentencia STITCHING. El TJCE se limita a reiterar que protege y garantiza el pluralismo cultural, que está relacionado con el art.10 CEDH, el cual contiene derechos que figuran entre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento comunitario. Sin embargo, considera que sobrepasa los límites de la libertad de expresión el que un Estado establezca tales limitaciones a la prestación de servicios audiovisuales. En efecto, el TJCE sostiene que al obligar a un organismo nacional de radiodifusión a encargar la realización de la totalidad o de parte de sus

⁹⁰⁹ Sentencia de 25 de Julio de 1991, COMISIÓN/PAÍSES BAJOS, C-353/89, Rec.1991, pp.1-4072ss.

⁹¹⁰ Rec.1991, p.4097.

⁹¹¹ Rec.1991, p.4090.

emisiones a una determinada empresa estatal y al exigir el cumplimiento de unos determinados requisitos a los organismos extranjeros de radiodifusión, los Países Bajos van más allá del objetivo de garantizar la libertad de expresión y no guardan una relación necesaria con la política cultural⁹¹². Sin embargo, reitera que la restricción a la emisión de mensajes publicitarios tales como la prohibición de publicidad de determinados productos o determinados días de la semana, la limitación de la duración o de la frecuencia de los mensajes o las restricciones que tengan por finalidad permitir que los oyentes o telespectadores no confundan la publicidad comercial con otras partes del programa, pueden ser impuestas en principio por un Estado (como excepción a la libertad de servicios basada en causas de interés general) para proteger al consumidor contra los excesos de la publicidad comercial⁹¹³.

Existe aún una sentencia del TJCE más reciente que las dos dictadas en 1991 en la que se ha tenido que tratar sobre la relación entre la libertad de expresión y un régimen nacional de radiodifusión y televisión sometido a un estricto régimen de autorizaciones previas. Sin embargo, aquí el sistema audiovisual debatido era el belga. Se trata de la sentencia COMISIÓN/BÉLGICA⁹¹⁴, en el que se impugnaba todo el sistema belga de autorización previa para la retransmisión por cable de programas de radio y televisión procedentes de otros Estados miembros que incluyesen publicidad comercial o un programa de telecompra específicamente destinado a los telespectadores de la comunidad francesa de Bélgica.

En este asunto, el TJCE admite que las emisiones transfronterizas de radiodifusión de la CE, en especial por satélite o por cable, son uno de los medios más importantes para el logro de los objetivos comunitarios⁹¹⁵ y que precisamente la retransmisión por cable de emisiones extranjeras tiene como finalidad suprimir los obstáculos a la libre prestación de los

⁹¹² Rec.1991, pp.4097 y 4100.

⁹¹³ Rec.1991, p.4101.

⁹¹⁴ Sentencia del TJCE de 10 de Septiembre de 1996, COMISIÓN/REINO DE BÉLGICA, C-11/95, Rec.1996, pp.I-4115ss.

⁹¹⁵ Rec.1996, p.4162.

servicios de radiodifusión televisiva⁹¹⁶. No obstante, reconoce también que el Derecho Comunitario permite adoptar medidas oportunas a un Estado para garantizar que las emisiones de televisión en su territorio no incluyan programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita⁹¹⁷.

En este asunto, el TJCE interpretó de acuerdo con su propio criterio el art.10 CEDH, sin hacer referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo aplicable al caso (jurisprudencia que existe y que será estudiada posteriormente en este mismo capítulo) y admitió que, en principio, la existencia de un régimen de autorización obligatoria no es contrario al art.10 CEDH, pero que ello no impide que un sistema de esas características, por determinadas circunstancias, pueda ser contrario al Derecho Comunitario. El TJCE adujo únicamente jurisprudencia propia (sentencias *STITCHING* y *COMISIÓN/PAÍSES BAJOS*) para reconocer que una política cultural cuyo fin sea salvaguardar la libertad de expresión de las diferentes corrientes políticas, sociales, religiosas y filosóficas de un Estado puede constituir una razón imperativa de interés general que justifique una restricción a la libre prestación de servicios del art.59⁹¹⁸. Del mismo modo, también la protección del orden público, de las buenas costumbres y de la seguridad pública pueden constituir restricciones justificadas a la libre prestación de servicios. En este sentido, el Estado de recepción puede controlar si las emisiones procedentes de otros Estados miembros constituyen una amenaza para dichos objetivos legítimos. En otras palabras: puede comprobar si la publicidad comercial de las retransmisiones es contraria a las leyes, decisiones u órdenes que regulan la publicidad en general o de determinados tipos de productos⁹¹⁹.

Hemos avanzado anteriormente nuestra convicción de que el modo en que el tribunal de Luxemburgo utiliza e interpreta el art.10 CEDH no es esencialmente diferente del modo en que lo utilizan e interpretan los órganos de Estrasburgo. Ambos aplican el art.10 a la actividad

⁹¹⁶ Rec.1996, p.4163.

⁹¹⁷ Rec.1996, p.4158.

⁹¹⁸ Rec.1996, p.4169.

⁹¹⁹ Rec.1996, pp.4157 y 4158.

comercial y, más específicamente, al sector audiovisual. Ambos coinciden en garantizar este derecho no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, y ambos justifican restricciones al derecho cuando estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática por motivos de interés general, orden público, etc.

Que estos tres puntos (que ya hemos visto que se producen en la jurisprudencia de los órganos judiciales de Luxemburgo) también se deducen de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo lo comprobamos en la jurisprudencia del TEDH en AUTRONIC AG/SUIZA⁹²⁰ en el que el TEDH aplicó la libertad de expresión a una sociedad que pretendía captar emisiones televisadas no codificadas emitidas por un satélite de comunicación soviético con el fin de retransmitirlas en Suiza. La sociedad en cuestión demandaba a este país por no autorizarle dicha retransmisión hasta tanto Suiza no llegase a un acuerdo con el Estado emisor (Unión Soviética).

Según el TEDH -y en esto coincide plenamente con la jurisprudencia del juez de Luxemburgo en la materia⁹²¹- ni el estatuto jurídico de la sociedad anónima AUTRONIC ni el carácter comercial de sus actividades pueden privar a AUTRONIC AG del beneficio del art.10. Éste último vale para cualquier persona física o moral, incluso cuando éstas últimas persiguen finalidades lucrativas. Además, el art.10 concierne no únicamente al contenido de las informaciones sino también a los medios de transmisión y captación, pues toda restricción a éstos afecta al derecho de recibir y comunicar las informaciones. Siguiendo en su argumentación, el TEDH consideró que la recepción de programas televisados por medio de antena parabólica o de otra clase forma parte del derecho consagrado por los dos incisos del art.10 apartado 1º sin que sea necesario investigar porqué razón y con qué finalidad su titular pretende prevalecerse del mismo. Por ello, el TEDH consideró que Suiza, al prohibir a esta sociedad captar legalmente los mensajes del satélite soviético G Horizon, se había injerido en la libertad de expresión de esta sociedad. Posteriormente, el TEDH pasa a determinar si la injerencia estaba prevista por la ley, si perseguía una o varias de las finalidades legítimas

⁹²⁰ Sentencia del TEDH de 22 de Mayo de 1990, AUTRONIC AG/SUIZA, Serie A, nº178.

enumeradas en dicho apartado y si era necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlas. A este respecto, el TEDH considera que la injerencia de las autoridades suizas se fundamentaba en una serie de textos legales y convencionales en vigor para este país. Sin embargo, no era una injerencia justificada. El TEDH estimó que, según una jurisprudencia constante, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para juzgar la necesidad de una injerencia (aunque siempre sometidos al control europeo de los órganos de Estrasburgo). Tratándose de un derecho tan importante para una sociedad democrática como es la libertad de expresión, este control europeo debe ser especialmente estricto y la necesidad de restringir el derecho debe encontrarse establecida de una manera convincente. En este sentido, las razones alegadas por Suiza para prohibir la transmisión de informaciones obtenidas legalmente de satélites soviéticos (a saber, la defensa del orden de las telecomunicaciones y la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales) no parecen proporcionados teniendo en cuenta que hablamos de programas o emisiones no codificados y además destinados a los telespectadores de la Unión Soviética (dirigidos, así pues, al uso general del público). Por tanto, no parece que existiría razón lógica para prohibir en abstracto y de modo absoluto la captación de dichas emisiones.

Continuando con la comparación entre la jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE con los del CEDH, podemos hacer aún referencia a dos casos que se presentaron ante el TJCE y que, junto con los casos del TJCE ya aportados sobre el sector audiovisual (ERT, COMISIÓN/PAÍSES BAJOS, STITCHING y COMISIÓN/BÉLGICA) demuestran que el art.10 CEDH es interpretado en el TJCE -como también veremos que ocurre en los órganos de Estrasburgo- de modo que no impide de por sí la existencia en los Estados de monopolios de televisión y radio.

El primero de estos dos últimos casos del TJCE es el caso TV 10 SA⁹²². En él de nuevo nos encontramos con una puesta en cuestión de la política audiovisual de los Países

⁹²¹ Queda la duda de porqué el TJCE en las sentencias STITCHING, COMISIÓN/PAÍSES BAJOS y COMISIÓN/BÉLGICA no cita la jurisprudencia de las instancias de Estrasburgo, jurisprudencia que coincide con sus propias afirmaciones por lo cual podría haberle supuesto un apoyo.

⁹²² Sentencia del TJCE de 5 de Octubre de 1994, TV 10 SA/COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA, C-23/93, Rec.1994, pp.4795ss.

Bajos y, en concreto, de las medidas adoptadas con base en su ley sobre el sector, Mediawet. Aquí los antecedentes de hecho son un tanto diferentes a los de los casos STITCHING y COMISIÓN/PAÍSES BAJOS. En concreto, se trataba de comprobar si las decisiones adoptadas por el Commissariaat (institución encargada de la vigilancia de la explotación de la radiodifusión en los Países Bajos) de acuerdo con la Mediawet en contra de la sociedad anónima TV 10 -entidad mercantil de radiodifusión con domicilio en Luxemburgo- eran o no contrarias al Derecho Comunitario.

Con carácter preliminar, procede reiterar que la Mediawet (ley por la que el Commissariaat regula el suministro de programas de radiodifusión y las medidas de ayuda a los órganos de la prensa) establece dos regímenes distintos para la radiodifusión de origen neerlandés y para la difusión de programas emitidos desde el extranjero.

Con el fin de eludir la aplicación a sus retransmisiones del régimen que la Mediawet establece para la radiodifusión neerlandesa, TV 10 se estableció en territorio luxemburgués a pesar de que su personal y directivos eran holandeses, sus programas se dirigían mediante el satélite Astra al público holandés en lugar de al luxemburgués y sus mensajes publicitarios se realizaban en los Países Bajos. De ello, el Commissariaat dedujo que TV 10 se había instalado en territorio luxemburgués para escapar a la legislación neerlandesa aplicable a los organismos nacionales, por lo que optó por asimilarlo a un organismo de radiodifusión nacional en lugar de extranjero.

TV 10 consideró que este tratamiento iba, entre otros, contra su libertad de expresión según el art.10 CEDH porque exigirle el cumplimiento de todos los requisitos que exigía el Commissariaat llevaría sin duda al cierre de la empresa, con lo que se acallaría su voz y con ella el ejercicio de su libertad de expresión. A su entender, dado que la libertad de expresión era un derecho fundamental, las disposiciones del Derecho Comunitario no podían interpretarse en el sentido de privar de contenido a la libre prestación de servicios que en su opinión realizaba esta empresa.

Por su parte, también el demandado en el procedimiento interno había alegado en su favor la libertad de expresión, pero una libertad de expresión que él mismo (el Commissariaat)

creía asegurar mediante el mantenimiento y vigilancia del desarrollo de un sistema de radiodifusión y televisión pluralista y no comercial. A la vista de que tanto uno como otro reclamaban para sí el disfrute de la libertad de expresión, tanto el Abogado General LENZ como el TJCE profundizaron en el estudio de este derecho mucho más de lo que lo habían hecho en los asuntos anteriormente mencionados también relativos al sistema de radiodifusión neerlandés. La duda que se le planteaba al Sr. LENZ en relación a los derechos fundamentales era si el que un Estado miembro asimilara una empresa establecida en otro Estado miembro a una propia (y por tanto le negara el acceso de sus programas a la red nacional de distribución por cable mientras no compitiera cumpliendo los requisitos de acceso aplicables a los organismos nacionales de radiodifusión) era contrario tanto al art.10 como al art.14 (no discriminación) del CEDH. La respuesta inmediata del Abogado General, posteriormente secundada por el TJCE, es que en el ámbito de las libertades fundamentales, el TJCE se rige por un principio según el cual una persona no puede invocar las libertades fundamentales derivadas del Derecho Comunitario para eludir las normas aplicables⁹²³. Por tanto, en el ámbito de las libertades fundamentales, en caso de elusión de la normativa de los Estados miembros o de abuso de las libertades fundamentales, se deniega al interesado la posibilidad de invocar esas libertades fundamentales⁹²⁴.

Esto y no otro es lo que ocurre en este asunto en opinión del Abogado General LENZ por lo que, obviando la cuestión de si la empresa TV 10 estaba o no constituida y gestionada por personal neerlandés⁹²⁵, estima que el Estado miembro tiene derecho a hacer que fracase el intento de una empresa de eludir su soberanía, tratándole como si estuviera sometida a la misma⁹²⁶. Sin embargo, la solución tan clara que prevé LENZ en el asunto no le lleva a

⁹²³ Rec.1994, p.4803.

⁹²⁴ Rec.1994, p.4811.

⁹²⁵ Hay que tener en cuenta que si el Abogado General hubiese querido tener en cuenta este criterio seguido por el Commissariaat como una de las razones para assimilar TV 10 a una empresa nacional, esto habría supuesto su connivencia con una violación del art.6 TCE, que prohíbe discriminaciones por razón de nacionalidad. Conviene mencionar a este respecto el asunto FACTORTAME, en el que el TJCE calificó como contrario al Derecho Comunitario por discriminatorio la utilización del criterio de la nacionalidad de los poseedores del capital y de los directivos de las empresas navieras (*vide infra* en capítulo X, tercera parte de la tesis, el comentario a esta sentencia).

⁹²⁶ Rec.1994, pp.4815 y 4186.

ignorar el argumento defendido por TV 10 sobre la supuesta violación del art.10 CEDH por parte de los Países Bajos a través de su legislación en materia de radiodifusión. Muy al contrario, lo estudia y analiza profusamente. Así, primeramente reproduce las opiniones enfrentadas de los Países Bajos y del gobierno alemán. Para el primero, no ha lugar a estudiar la aplicación del art.10 a las exigencias de TV 10 porque el TJCE no es competente para aplicar el CEDH, sino sólo los órganos de Estrasburgo. Pero si el TJCE se considerase competente, entonces la actuación del Commissariaat estaría cubierta por el párrafo 2º del art.10 en virtud de la defensa del orden público y de la protección de los derechos ajenos⁹²⁷. En cuanto al gobierno alemán, éste consideraba que “el artículo 10 del convenio tiene por objeto permitir que los ciudadanos y ciudadanas de los Estados miembros estén informados libremente no sólo a través de los programas radiodifundidos en su propio país, sino también a través de los de los demás Estados miembros y reciban libremente (en la medida en que sea posible desde el punto de vista técnico) los programas”⁹²⁸.

El Abogado General, en respuesta a ambas alegaciones, concluye que el TJCE es competente en el tema⁹²⁹ y que si bien es cierto todo lo que afirma el gobierno alemán en relación al art.10 CEDH, ello no contradice el principio según el cual un productor de programas no puede prevalecerse del artículo 79 (libre prestación de servicios) ni la libertad de expresión del art.10 CEDH con el objeto de eludir las disposiciones nacionales relativas a la radiodifusión.

⁹²⁷ Rec.1994, p.4817.

⁹²⁸ Rec.1994, p.4817.

⁹²⁹ Para justificar el hecho de que el TJCE aplique e interprete los artículos del CEDH, el Abogado General alude a que ya en el pasado se le ha pedido en varias ocasiones que interprete y aplique artículos de este tratado y que, si bien es cierto que el TJCE no es competente para examinar la compatibilidad con el CEDH de una ley nacional que se sitúa en un ámbito que pertenece a la apreciación del legislador nacional, sin embargo sí le compete pronunciarse sobre la relación entre Derecho comunitario y Derecho del CEDH cuando el asunto tiene nexo comunitario. Todo ello el Abogado General lo afirma porque, como repite aquí, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, entre ellos, la libertad de expresión. Para ello, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que el CEDH reviste un significado particular. En apoyo de su ya conocida construcción, el Abogado General cita jurisprudencia propia (sentencias ERT, NOLD, JOHNSTON, WACHAUF, CINÉTHÈQUE, DEMIREL).

Por ello concluye, interpretando el art.10, que éste no tiene como fin permitir que un organismo de radiodifusión eluda la normativa nacional aplicable⁹³⁰. A mayor abundamiento, cita jurisprudencia de los órganos del CEDH (mencionando incluso el apartado de la sentencia o decisión en la que los órganos de Estrasburgo llegaron a ese resultado⁹³¹) en la que se reconoció a las administraciones del Estado contratante el derecho a considerar a una emisora establecida en el extranjero como emisora nacional cuando se utiliza a partir del extranjero para eludir la normativa nacional.

Así pues, el Abogado General se muestra respetuoso de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, a la que no sólo cita sino que además se toma la molestia de analizar, reproduciendo incluso algunas de sus frases. Sin duda, la confirmación que el Abogado General encuentra de la línea jurisprudencial que propone al TJCE convalida o reafirma lo correcto de sus Conclusiones. No obstante, echamos en falta la mención por parte del Abogado General (que tampoco es enmendada por el TJCE en su sentencia) a una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de Enero de 1994⁹³² por la que la sociedad TV 10 había llevado este mismo asunto a la Comisión por violación de su derecho a la libertad de expresión, y en la que ésta ya había aportado la misma solución al caso que más tarde durante ese año daría el TJCE al presente asunto. COHEN-JONATHAN critica esta falta de comunicación y descoordinación entre los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo, que engendra en su opinión un riesgo no desdeñable de falta de convergencia de sus opiniones jurídicas en el inmediato futuro⁹³³.

En cuanto a la sentencia del TJCE, se trata de un pronunciamiento técnico y menos centrado en los argumentos sobre derechos fundamentales que las Conclusiones. En ella no se cita la jurisprudencia de Estrasburgo sino sólo jurisprudencia propia. Sin embargo, sí se hace referencia al art.10 CEDH. En lo que respecta a éste, el TJCE juega con los dos usos que

⁹³⁰ Rec.1994, pp.4817 y 4818.

⁹³¹ Sentencia del TEDH de 28 de Marzo de 1990, GROPPERA RADIO AG Y OTROS/SUIZA, Serie A, vol.173, apartado 72 y decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto CABLE MUSIC/PAÍSES BAJOS, demanda nº1803/91.

⁹³² Asunto X/PAÍSES BAJOS, demanda nº21472/93, Serie B, 1994, p.129.

⁹³³ COHEN-JONATHAN 1996 *op.cit.*, p.94.

demandante y demandado hacen respectivamente de esta disposición del convenio, realizando un silogismo según el cual, la libertad de expresión que invoca la empresa TV 10 queda garantizada por el Commissariaat desde el momento en que el objetivo de este organismo estatal consiste en garantizar la diversidad de opiniones y, en consecuencia, la libertad de expresión⁹³⁴. Así, el TJCE llega a la conclusión de que la libre prestación de servicios no se opone a que un Estado miembro asimile a un organismo de radiodifusión nacional un organismo de radiodifusión constituido conforme a la legislación de otro Estado miembro y establecido en dicho Estado pero cuyas actividades están entera o principalmente orientadas hacia el territorio del primer Estado miembro cuando tal establecimiento se produjo para permitir a dicho organismo eludir las normas que le serían aplicables si estuviera en el territorio del primer Estado⁹³⁵.

Vista esta sentencia, procede en este momento analizar el asunto GROPPERA⁹³⁶ juzgado por el TEDH. Su estudio se hace necesario máxime teniendo en cuenta que fue expresamente citado y profusamente estudiado por el Abogado General del asunto TV 10 ante el TJCE y que en su contenido TJCE y TEDH coinciden. Los recurrentes denunciaban la prohibición de retransmitir por cable en Suiza de que habían sido objeto los programas de Sound Radio (una emisora de radio con un accionista único y financiada a través de mensajes publicitarios) los cuales eran difundidos desde Italia. Invocaban la infracción del art.10 CEDH.

El TEDH, por su parte, admitió en su sentencia que la radiodifusión se encuentra mencionada en el CEDH a propósito, precisamente, de la libertad de expresión y además añade que la difusión de programas por vía hertziana y su retransmisión por cable se incluyen en el derecho consagrado por las dos primeras frases del apartado 1 del art.10 con independencia de cuál sea el contenido del programa. Por tanto, en tanto que la decisión

⁹³⁴ Rec.1994, p.4833.

⁹³⁵ Según WATTEL, la postura del TJCE en esta sentencia está basada en la presunción de que TV 10 quiere frustrar los propósitos legítimos de la legislación nacional y por ello se aprovecha de modo oportunista y artificial de las libertades comunitarias (WATTEL, Peter: "Case C-23/93, TV 10 SA v. Commissariaat voor de Media, Judgement of 5 October 1994; Circumvention of National Law; Abuse of Community Law?", en *Common Market Law Review* 1995, vol.32, pp.1257-1270).

litigiosa ha obstaculizado la difusión por cable de los programas de Sound Radio y han impedido a los abonados recibirlos, constituyen una injerencia de las autoridades públicas en dicha libertad. Sin embargo, ello no significa que esta injerencia sea por fuerza ilegítima porque el TEDH comprende que la introducción de un régimen de autorización previa para las empresas de radiodifusión está inspirada por preocupaciones técnicas prácticas, como el reducido número de frecuencias disponibles. Además esas injerencias se imponen por conseguir, no sólo una reglamentación ordenada de las empresas de radiodifusión a nivel nacional, sino también en una amplia medida para dar efecto a normas internacionales.

El TEDH analiza los términos y las exigencias de la tercera frase del art.10.1 y admite que sus términos no tienen parangón en ninguna otra disposición del CEDH puesto que aunque esa frase presente una cierta similitud con la última frase del art.11.2⁹³⁷, sin embargo la estructura de ambas difiere. Es opinión del TEDH que la tercera frase del art.10.1, en tanto constituye una excepción al principio proclamado en las dos precedentes, tiene un alcance reducido. La conclusión que extrae el TEDH de la lectura de esta frase consiste en que los Estados pueden reglamentar, por un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio, en particular en sus aspectos técnicos. Empero, no sustrae las medidas de autorización a las exigencias del párrafo 2º, lo que, de producirse, conduciría a un resultado contrario al objeto y a la finalidad del art.10 considerado en su conjunto.

Por tanto, la injerencia encaja en el sistema de licencias previsto por el art.10.1 en su última frase. Queda por determinar si estaba prevista por la ley, inspirada en fines legítimos y era necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlos.

El TEDH reconoce que la injerencia estaba prevista por disposiciones del Derecho Internacional de las telecomunicaciones aplicables en Suiza y que una sociedad comercial deseosa de ejercer una actividad transfronteriza de radiodifusión debería conocer. En segundo lugar, perseguía dos fines plenamente compatibles con el CEDH: la defensa del orden internacional de las telecomunicaciones y la protección de los derechos de los demás. Por

⁹³⁶ *cit.* Serie A, nº173.

último, para comprobar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática, proporcional y no excesiva, el TEDH valora las exigencias de la protección del orden internacional de las telecomunicaciones por un lado y el interés de los recurrentes en la retransmisión por cable de los programas de Sound Radio desde Italia, por otro. El TEDH comprueba que el procedimiento utilizado por el gobierno suizo (prohibir la retransmisión de esta cadena) parece elegido para obtener de modo indirecto un efecto diferente: evitar o desbaratar un fraude de ley. En efecto, todo el montaje de Sound Radio en Italia parecía dejar al descubierto una emisora suiza operando desde el otro lado de la frontera para escapar al sistema legal de telecomunicaciones vigente en Suiza. Por tanto, Sound Radio estaría realizando un fraude de ley, razón por la que la decisión helvética sería un modo adecuado de desbaratar ese fraude sin entrar a censurar el contenido u orientación de los programas en cuestión. Por ello, no habría existido extralimitación de las autoridades de aquél país en su uso e interpretación del margen de apreciación de que gozan para aplicar las restricciones a los derechos establecidas por el CEDH.

Una comparación siquiera sea somera y rápida del asunto TV 10 del TJCE con el asunto GROPPERA, nos demuestra que ninguno de estos tribunales acepta cubrir con el derecho a la libertad de expresión a aquellas situaciones o emisoras que se establezcan en el extranjero con fines fraudulentos para evitar la aplicación de la normativa nacional. En este sentido, comparten un mismo modo de ver o interpretar el art.10.2, a saber: defienden que esta disposición no ha sido redactada para que un organismo eludiese la normativa de radiodifusión de un Estado al que pretende retransmitir, estableciéndose en el extranjero. O dicho en palabras del Abogado General LENZ: un Estado tiene derecho a hacer que fracase el intento de una empresa de eludir su soberanía⁹³⁸. Si bien la solución práctica dada por TJCE y TEDH a estos dos casos (TV 10 y GROPPERA, respectivamente) difiere -en el caso TV 10 se opta por asimilar la emisora extranjera a una nacional, aplicándosele la normativa nacional que se pretendía eludir, mientras que en el caso GROPPERA se opta por prohibir a la emisora transmitir desde Italia a Suiza- ello se debe más bien a diferencias de hecho de los dos

⁹³⁷ “El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

⁹³⁸ Rec.1994, p.68 de las Conclusiones al asunto TV 10.

asuntos. Pero lo destacable es que el resultado o el balance teórico es el mismo en ambos casos: descartar que el art.10 pueda cubrir o proteger fraudes de ley en el sector audiovisual.

Existe un asunto más reciente en el que el TEDH ha analizado la existencia de monopolios audiovisuales y el sometimiento a un sistema de licencias a las cadenas de radio y televisión. Se trata del asunto INFORMATIONSVEREIN⁹³⁹ en el que se discutió la legalidad del monopolio de televisión y radio más estricto de toda Europa. Los recurrentes se quejaban de no poder crear y explotar cada uno de ellos una estación de radio y/o televisión al reservar la legislación austríaca este derecho a la oficina austríaca de radiodifusión. Denunciaban por tanto la existencia de este monopolio que consideraban incompatible con el art.10 CEDH.

El TEDH destacó que las restricciones incriminadas constituían una injerencia en el ejercicio por los interesados de su libertad de comunicar informaciones o ideas. Únicamente se planteaba, pues, la cuestión de su eventual justificación. El TEDH recordó que el objeto y la finalidad del tercer inciso del art.10, apartado 1 CEDH, así como su campo de aplicación, debían contemplarse en el contexto del artículo tomado en su conjunto y a la luz del párrafo 2º, a cuyo imperio se encuentran sujetas las medidas de autorización contempladas en aquel inciso. Procedía por consiguiente examinar la compatibilidad del régimen incriminado con cada una de esas dos disposiciones. En este sentido, el TEDH reiteró que el tercer inciso permite a los Estados reglamentar por medio de un sistema de licencias la organización de la radiodifusión sobre su territorio, en especial en sus aspectos técnicos. A la luz de estas disposiciones, el TEDH considera que el régimen de monopolio aplicado en Austria puede contribuir a la calidad y al equilibrio de los programas, mediante el control que confiere a las autoridades sobre los medios. Encaja por tanto bien en el tercer inciso del párrafo 1º, pero queda por determinar si reúne también las condiciones pertinentes del párrafo 2º. Al respecto, considera que las injerencias litigiosas estaban, sin que ninguna de las partes lo discuta, previstas por la ley. En cuanto a su finalidad, eran legítimas. Pero plantea problemas la concesión de su necesidad en una sociedad democrática. El TEDH recuerda que los Estados parte en el CEDH gozan de un amplio margen de apreciación para juzgar de la necesidad de

⁹³⁹ Sentencia del TEDH de 24 de Noviembre de 1993, INFORMATIONSVEREIN LENTIA Y OTROS/AUSTRIA, Serie A, nº276.

una injerencia, pero ello va parejo con un control europeo que se acentúa en el caso de intromisiones en la libertad de expresión por el papel fundamental que juega este derecho en una sociedad pluralista. El TEDH apunta que de todos los medios para asegurar el respeto de los valores en el ámbito audiovisual, el monopolio público austríaco impone las restricciones más fuertes a la libertad de expresión, a saber, la imposibilidad total de ejercerla de otro modo que no sea por medio de una estación nacional, o en su caso y de manera muy reducida, mediante una estación de televisión o radiodifusión por cable local. A la vista de su radicalidad, estas medidas no pueden justificarse más que en caso de necesidad imperiosa. Gracias a los progresos técnicos, dichas restricciones no pueden hoy fundarse en consideraciones vinculadas al número de las frecuencias y de los canales disponibles. Además muchas de estas restricciones han perdido su razón de ser con la multiplicación de las emisiones extranjeras destinadas al público austríaco. La experiencia de otros Estados europeos de dimensión comparable a la de Austria, demuestra al TEDH que es posible la coexistencia de estaciones públicas y privadas, por lo que considera que las injerencias litigiosas son desproporcionadas a la finalidad perseguida y no son necesarias en una sociedad democrática. De este modo, el TEDH manifiesta finalmente la crónica de una muerte anunciada, la del monopolio austríaco de televisión, dado que la medida monopolística no era necesaria en una sociedad democrática⁹⁴⁰.

Con posterioridad al fallo del TEDH en este asunto, el férreo monopolio audiovisual de Austria ha sido puesto de nuevo en tela de juicio en el asunto TELESYSTEM⁹⁴¹ que si no fue estudiado por el TEDH fue únicamente porque se consiguió un acuerdo amistoso entre las partes previamente (Austria prefirió ofrecer a esta empresa de televisión una cuantiosa indemnización cuando comprobó que en virtud del Protocolo 9 al CEDH, del que Austria es parte, su sistema de monopolio audiovisual iba a ser puesto otra vez en cuestión ante el TEDH). En este asunto, la empresa TELESYSTEM, autorizada para transmitir y retransmitir programas televisivos vía cable a sus suscriptores, denunció a la Oficina de

⁹⁴⁰ JIMENA QUESADA, Luis: "Los Monopolios Radiotelevisivos y la Libertad de Comunicación Audiovisual en el Marco Europeo", en *Revista General de Derecho* 1996, n°627, pp.13121-13138, pp.13125 y 13130.

⁹⁴¹ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de Junio de 1997, TELESYSTEM TIROL KABELTELEVISION/AUSTRIA (no publicado).

Telecomunicaciones austríaca por impedirle la transmisión de programas propios. En opinión de la Oficina de Telecomunicaciones (que tiene el monopolio de establecer y operar las instalaciones de telecomunicación, según la Ley Austríaca de Telecomunicaciones de 1949) la empresa demandante estaba autorizada para captar y retransmitir programas a sus abonados, pero no para transmitir a través de su red programas de realización propia. Agotados los recursos internos y llevado el asunto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por TELESYSTEM -quien esgrimía en favor de sus tesis la libertad de expresión del art.10 CEDH- esta empresa denunció a Austria por mantener una legislación que impedía transmitir programación propia en virtud del monopolio austríaco sobre dicha materia. Sin embargo, Austria prefirió solucionar el asunto amistosamente por lo que nunca se entró en el fondo del asunto. Lo cierto es que el recuerdo del resultado contrario a Austria en el asunto INFORMATIONSVEREIN y la valoración negativa que el TEDH hizo en su sentencia del monopolio audiovisual austríaco, quizá estén en la clave de la decisión austríaca de solucionar amistosamente el asunto a través de una indemnización. Sin lugar a dudas, conociendo cuál era la opinión del TEDH sobre el monopolio austríaco, Austria prefirió evitar una segunda censura a éste.

De estos tres casos (GROPPERA, INFORMATIONSVEREIN y TELESYSTEM) se colige, en principio, que la existencia de un monopolio de televisión y/o radio no está reñido con la libertad de expresión. Sin embargo, tal monopolio habrá de respetar los principios del pluralismo. Por ello, habrá que analizar en cada caso concreto si la manera en que se ejerce ese monopolio es contraria a la libertad de expresión.

El argumento del TJCE era muy similar al del TEDH en el caso ERT en el que no se cuestiona la existencia del monopolio griego, y donde se adujo incluso que razones de interés público pueden justificar la sustracción al juego de la competencia de las emisiones de televisión o radio⁹⁴². Sin embargo, el TJCE pone más el acento, como no podía ser de otro modo en un tribunal que aplica el Derecho Comunitario, en evitar la discriminación con las actividades de radiodifusión ejercidas desde los demás socios comunitarios.

⁹⁴² Rec.1991, p.2957.

2.4. Conclusiones

La conclusión general que extraemos del tratamiento de la libertad de expresión en su manifestación comercial en el TJCE y en el TEDH es que ambos protegen este aspecto de la libertad comercial aunque el TEDH expresamente lo considera una manifestación de la libertad de expresión de carácter menor, mientras que el TJCE no le otorga la importancia que merecería en unas organizaciones internacionales cuyo fin es establecer un mercado único, entre otros, para las mercancías y los servicios⁹⁴³.

De la jurisprudencia de ambas instancias también se extrae que ninguno de los dos tribunales europeos osa establecer o imponer un concepto de moralidad europea. Sin embargo, los dos están de acuerdo en que la moralidad pública es una posible causa justificada de injerencia en la libertad de expresión. Por ello, tanto uno como otro dejan un amplio margen de apreciación a los Estados para restringir manifestaciones de la libertad de expresión⁹⁴⁴. Tanto uno como otro reconocen la relación que existe entre la libertad de expresión y el ejercicio efectivo de los derechos sindicales, los cuales quedarían reducidos a la nada si no se produce como premisa la libertad de expresión. También coinciden ambos en que la libertad de expresión se aplica tanto a las personas físicas como a las jurídicas, en que se aplica sin consideración de fronteras⁹⁴⁵, en que el art.10 no impide en abstracto los monopolios estatales ni tampoco la existencia en un Estado de un régimen de autorización previa para retransmitir - lo cual no significa que un determinado monopolio no pueda considerarse en un determinado momento abusivo o contrario al CEDH o al Derecho Comunitario-, así como en que nadie se puede prevalecer del art.10 si su objetivo es realizar un fraude de ley eludiendo la aplicación de la normativa nacional.

⁹⁴³ De hecho, la protección que de la libertad de expresión comercial realiza el TJCE ha sido considerada "cosmética" por TWOMEY (TWOMEY 1996 *op.cit.* p.269).

⁹⁴⁴ Así como sí han sido fructuosos los intentos de teorizar sobre la existencia de un orden público europeo, sin embargo no se ha producido ningún éxito con respecto a la moralidad europea (DUDRE, Frédéric: "Existe-t-il un Ordre Public Européen?", en *Quelle Europe pour les Droits de l'Homme?* 1996, Paul Tavernier (ed), Bruylant, Bruselas, pp.39-80).

⁹⁴⁵ Compárese la sentencia COMISIÓN/BÉLGICA del TJCE con la sentencia AUTRONIC del TEDH.

No encontramos contradicciones entre el TJCE y el TEDH en la argumentación que ambas realizan sobre la existencia de monopolios estatales. Lógicamente cada uno de ellos pone el acento en sus sentencias en el Derecho Comunitario y en el Derecho del CEDH respectivamente, pero sin que de momento se hayan detectado divergencias destacables. Por el contrario, como sostiene JIMENA, ambas jurisprudencias se complementan y convergen en materia de libertad de comunicación audiovisual. Mientras que los órganos del CEDH se enfrentan a los monopolios públicos europeos más férreos aplicando el art.10, también los órganos de Luxemburgo comienzan a imponer límites a las tendencias monopolísticas⁹⁴⁶.

3. Libre acceso a las fuentes de información

3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

Antes de adentrarnos en el estudio de esta manifestación de la libertad de expresión, se hace necesario como nota preliminar destacar que el Tratado de Amsterdam de Junio de 1997 ha instituido el derecho al acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión aunque con límites o cortapisas⁹⁴⁷. A la espera de que este tratado entre en vigor y el TJCE y el TPI comiencen a aplicarlo en sus decisiones, la jurisprudencia de los órganos comunitarios (la de los órganos del CEDH obviamente no variará por el hecho de que se incluya un artículo sobre la materia en los tratados constitutivos de las CCEE) es como sigue.

Hasta el momento hemos estudiado las manifestaciones comercial, artística y política de la libertad de expresión u opinión. En ellas hemos resaltado el aspecto positivo de esta libertad, a saber, la libertad para informar o comunicar. Pero correlativamente a la libertad para informar, existe un derecho que es el de recibir información, el derecho a estar informado, del que se hace eco también el párrafo primero del art.10 en su primera frase y que también subyacía a todos los casos que hemos estudiado tanto referentes al TJCE como al TEDH. De hecho, en muchos de ellos se mencionaba expresamente el derecho del usuario,

⁹⁴⁶ JIMENA *cit.*, p.13138.

⁹⁴⁷ Art.191A del Tratado de Amsterdam.

consumidor o público en general a estar informado⁹⁴⁸. También mencionábamos que esta faceta de la libertad de expresión era el interés principal objeto de protección.

Pero para que una persona pueda estar informada, sin duda hace falta que el informador no vea vetado su acceso a las fuentes de información. El CEDH no habla de una variante de la libertad de expresión que sería el derecho a buscar información, o el derecho al acceso a los documentos. Otros llaman a esta faceta de la libertad de expresión el “free flow of information”⁹⁴⁹ o simplemente la libertad de información⁹⁵⁰. Se le de la denominación que se le de, lo importante es que se trata de un elemento tan esencial al pluralismo como lo son la libertad de opinión o la libertad de expresión política, artística y comercial.

Esta faceta de la libertad de expresión merece un estudio detallado y pormenorizado en el seno de las CCEE porque es un derecho que ha sido habitualmente conculcado por las

⁹⁴⁸ Claramente se observa esta faceta del art.10 en el asunto WORM (sentencia del TEDH de 29 de Agosto de 1997, WORM/AUSTRIA, Serie A, nº702, apdo.50): “Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has the right to receive them” (la cursiva es nuestra).

Esta conexión entre el derecho a informar y el derecho a estar informado la estudia LAMBERTI en: LAMBERTI, Armando: “La Libertà di Informazione e la Tutela del Pluralismo tra Diritto Internazionale, Diritto Europeo e Diritto Italiano”, en *Rivista di Diritto Europeo*, 1995, nº4, pp.739-802, especialmente pp.756ss.

⁹⁴⁹ De este “free flow of information” hablan CLAPHAM y WEILER en : “1992. What are our Rights?. Agenda for a Human Rights Action Plan”, *EUI Working Papers*, 90/2, p.46.

⁹⁵⁰ Vide p.ej. SPENCER, Michael: *States of Injustice: A Guide to Human Rights and Civil Liberties*, 1995, Pluto Press, Padstow, p.27; CURTIN, Deirdre y MEIJERS, Herman: “Access to European Union Information: An Element of Citizenship and a Neglected Constitutional Right”, en *The European Union and Human Rights*, 1995, Martinus Nihjoff Publishers, pp.77-104, p.77. Léanse también las clarificadoras frases de JACQUÉ:

“Le principe de la liberté d’expression implique la libre circulation des informations sans limitation de frontières... l’application du régime spécifique de la liberté d’expression comporte la libre diffusion et le libre accès des usagers... Cependant, si la liberté d’accès à l’information ne paraît pas garantie par l’article 10, la jurisprudence de la Commission n’a pas manqué d’interpréter la convention comme contenant implicitement cette liberté... le droit de rechercher des informations fait partie de la liberté d’information” (JACQUÉ, Jean-Paul: “Liberté d’Information”, en *Human Rights and the European Community. The Substantive Law*, 1991, vol.III, A.Cassese, A.Clapham. Joseph Weiler (eds.), Nomos Verlag, pp.309-363, pp.309, 315, 325, 348, 324 (las cursivas son nuestras). El mismo autor en ese artículo recuerda que el art.19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al enumerar el contenido o las manifestaciones de la libertad de expresión, hace referencia a la libertad de buscar o investigar informaciones (p.324). LAFAY aplica esta idea al ámbito del Consejo de Europa:

“ Au demeurant, le lien a été déjà fait par un certain nombre d’actes du Conseil del’Europe entre le droit d’accès aux documents détenus par les pouvoirs publics et la liberté d’expression et d’information garantie par l’article 10 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme” (LAFAY, Frédérique: “L’Accès aux Documents du Conseil de l’Union: Contribution à une Problématique de la Transparence en Droit Communautaire”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, nº1, pp.37-68, p.50).

propias instituciones comunitarias a través de prácticas secretistas de la administración comunitaria, métodos de trabajo oscurantistas, deliberaciones a puerta cerrada y procedimientos poco transparentes, todo lo cual agrava la magnitud del conocido déficit democrático.

Basta una lectura del art.10 para comprender que esta disposición no contiene explícitamente el derecho de acceso a la información. Sin embargo, la mayoría de autores sugieren que está implícito en el derecho, si mencionado expresamente, a recibir información⁹⁵¹. Por tanto, constituiría la otra cara de la moneda del derecho a recibir información. Al mismo tiempo, revestiría dos aspectos diferenciados: primero, como derecho en sí, como consecuencia de la autonomía del individuo. Segundo, como pre-requisito para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión de la persona⁹⁵².

La garantía de este derecho está envuelta en la polémica en el seno de la Unión Europea. Mientras que para unos el acceso del público es un auténtico derecho fundamental⁹⁵³, para otros, la decisión sobre la publicidad, el secreto o la confidencialidad de los documentos que obran en poder de las instituciones comunitarias es una cuestión de organización interna destinada a garantizar su funcionamiento en interés de una buena administración⁹⁵⁴.

Sea como fuere, lo que sí es evidente es que el libre acceso a la información comunitaria (salvando las necesarias excepciones y limitaciones, como pueda ser el interés

⁹⁵¹ *vide* p.ej. TWOMEY 1996, p.271.

⁹⁵² Léanse a este respecto las expresivas manifestaciones de CURTIN y MEIJERS (CURTIN y MEIJERS, 1995, *op.cit.*, p.79): "How can an individual realistically and effectively exercise his freedom to express himself fully and without unwarranted hindrance if he is denied by the public authorities any access to information about the functioning in practice of the administration?... [The] suppression of the right to seek information would obviously paralyse the right to receive and communicate information. It can therefore be argued that the very premise on which Article 10 ECHR implicitly rests is that considerable openness must prevail, since if this is not the case what sense is there in solemnly guaranteeing "freedom of expression"?"

⁹⁵³ Esta era la opinión de Holanda en el caso ya estudiado PAÍSES BAJOS/CONSEJO y mantenida también actualmente por MARÍN, que lo considera "... uno de los derechos fundamentales de mayor importancia en nuestros sistemas constitucionales" (MARÍN RIAÑO, Fernando: "Derecho a la Información, Pluralismo y Protección en la Política Europea de lo Audiovisual", en *Los Derechos del Europeo*, 1993, José María Gil Robles (director), Incipit Eds, Madrid, pp.145-158, p.145).

⁹⁵⁴ Esta era la opinión del Consejo, que el TJCE hizo suya, en el asunto PAÍSES BAJOS/CONSEJO, C-58/94.

público, o la necesidad de garantizar el secreto comercial e industrial o la intimidad de las personas) contribuye a la transparencia del proceso legislativo comunitario (el cual, por otra parte, está muy necesitado de apertura). Es más, constituye un imperativo democrático el que también las decisiones del ejecutivo queden sometidas al escrutinio del público⁹⁵⁵.

Este derecho ha sufrido cortapisas últimamente por parte de las instituciones comunitarias (especialmente, la Comisión y el Consejo de la UE, que comparten en la mayoría de los casos el poder normativo) en tres asuntos que han sido llevados ante las instituciones judiciales de Luxemburgo.

El primero de ellos fue tratado por el TPI⁹⁵⁶. Se trataba de un asunto incoado por John CARVEL, redactor responsable de Asuntos Europeos del diario The Guardian. Este periodista había solicitado información al Consejo de la UE sobre las actas de tres de sus sesiones relativas a Asuntos Sociales, Justicia y Agricultura. El Consejo le envió la información relativa a Asuntos Sociales pero cuando el periódico volvió a requerir las restantes, esta institución denegó la solicitud alegando que esos documentos versaban sobre las deliberaciones del Consejo de la UE y sobre los trabajos preparatorios de futuras decisiones todo lo cual, conforme al reglamento interno del Consejo, eran datos que no podían divulgarse⁹⁵⁷. John CARVEL pidió aclaraciones al Consejo. La respuesta no se hizo esperar: el Consejo contestó que si se concediera al público acceso a los documentos requeridos, se divulgarían secretos del Consejo y se pondría fin a la confidencialidad de sus deliberaciones. A ello añadió que si de hecho se le habían facilitado a John CARVEL las actas de la sesión

⁹⁵⁵ Por ello, en opinión de CURTIN y MEIJERS: "Freedom of information and the right to freedom of expression have a crucial role to play in strengthening the imperfect democratic order of the EU" (CURTIN Y MEIJERS, *op.cit.*, pp.77 y 78).

⁹⁵⁶ Sentencia del TPI de 19 de Octubre de 1995, JOHN CARVEL Y GUARDIAN NEWSPAPER Ltd/CONSEJO CE, T-194/94, Rec.1995, pp.II-2765ss.

⁹⁵⁷ Para un estudio pormenorizado del caso, véase ARMSTRONG, Kenneth A.: "Citizenship of the Union? Lessons from *Carvel and The Guardian*", en *The Modern Law Review*, 1996, Julio, vol.59, nº4, pp.582-588 y TWOMEY, Patrick: "Case T-194/94, Carvel and the Guardian Newspapers Ltd. v. EU Council", en *Common Market Law Review*, 1996, nº33, pp.831-842, p.841. Este último autor critica que el TJCE dejase sin contestar la cuestión de si el acceso a la información era o no un derecho fundamental.

sobre Asuntos Sociales, ello fue debido a un error administrativo⁹⁵⁸ (aunque paradójicamente, no se le exigió su devolución).

John CARVEL y el citado periódico demandaron al Consejo de la UE, entre otros motivos, por la violación del principio fundamental del Derecho Comunitario al acceso a los documentos de las instituciones de la UE⁹⁵⁹. En su opinión, el Consejo no había ponderado cuidadosamente los intereses existentes antes de tomar la decisión de negar o no el acceso a un documento ya que la normativa comunitaria (Decisión 93/731/CE) deja sólo para casos extraordinarios la decisión de no facilitar documentación sobre las sesiones del Consejo⁹⁶⁰.

El TPI fue en este caso de la misma opinión que los demandantes por lo que anuló la decisión del Consejo por la que se le denegaba a los demandantes el acceso a los informes preparatorios, actas y registros de asistencia y de voto del Consejo de Justicia y del de Agricultura. Sin embargo, de la opinión del TPI no se deduce que éste vaya a ser siempre favorable al acceso a los documentos. En realidad, el TPI defendió un análisis caso por caso de las solicitudes. Lo importante de este fallo es que el TPI se manifestó en contra de la opinión del Consejo de denegar sistemáticamente el acceso a cualquier documento en el que se reflejasen deliberaciones del Consejo y de las que, por tanto, el público pudiera obtener información sobre las posiciones de los Estados en relación al asunto discutido por el Consejo⁹⁶¹.

La segunda vez que fue cuestionado el derecho al acceso a la información europea fue en un asunto de mayor calado e implicaciones por cuanto, por una parte, era un Estado miembro el que demandó por incumplimiento a una institución comunitaria. Y por otra parte, no se demandaba por una decisión puntual de denegación de acceso a algún documento concreto, sino que se ponía en cuestión a través de la demanda todo el sistema establecido por

⁹⁵⁸ Rec.1995, pp.2780 y 2781.

⁹⁵⁹ Rec.1995, p.2781.

⁹⁶⁰ Rec.1995, p.2783.

⁹⁶¹ CURTIN y MEIJERS, *op.cit.*, p.98.

la Comisión y el Consejo de la UE para el acceso al público de los documentos, sistema que se tachaba de poco satisfactorio y de falta de transparencia.

En efecto, fue en el caso ya citado PAÍSES BAJOS/CONSEJO⁹⁶² en el que este país pretendió la anulación del recién adoptado Código de Conducta relativo al Acceso a los Documentos del Consejo y de la Comisión⁹⁶³ y de los demás documentos destinados a producir efectos jurídicos que versaban sobre esta materia⁹⁶⁴, documentos que Holanda entendía que no garantizaban el “free flow of information” y enquistaban a ambas instituciones en sus posiciones contrarias a facilitar información comunitaria a la ciudadanía.

Como dice MARTÍNEZ CAPDEVILA, las Conclusiones del Abogado General TESAURO contribuyeron a “caldear el ambiente”⁹⁶⁵ al proclamar la existencia en el orden comunitario de un derecho subjetivo a la información previo a la adopción de las citadas normas y que constituye un elemento esencial del principio democrático del art.F TUE, por lo que puede ser objeto de escrutinio en los órganos judiciales comunitarios.

El Gobierno neerlandés era de la opinión de que la transparencia del proceso legislativo constituía una condición esencial de la democracia y por consiguiente no podía ser tratada como una mera cuestión de organización interna de las instituciones, llegando a afirmar que:

“... el derecho a la información, del que es corolario el derecho de acceso a los documentos, constituye un derecho fundamental de la persona reconocido por distintos instrumentos internacionales”⁹⁶⁶. En su opinión, tratar como una cuestión de organización interna un derecho fundamental era tanto como extralimitarse en el ejercicio de sus

⁹⁶² Sentencia del TJCE de 30 de Abril de 1996, PAÍSES BAJOS/CONSEJO, C-58/94, Rec.1996, pp.I-2169ss.

⁹⁶³ DO L340 de 31 de Diciembre de 1993.

⁹⁶⁴ P.ej. Decisión 93/731 CE del Consejo UE de 20 de Diciembre de 1993 relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (DOCE L340 de 31 de Diciembre de 1993) y Decisión 94/90/CECA, CE, CEEA de 8 de Febrero de 1994 relativa al Acceso a los Documentos de la Comisión (DO L46 de 10 de Febrero de 1994).

⁹⁶⁵ MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen: “El Acceso a los Documentos del Consejo de la Unión Europea: Últimos Desarrollos”, en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea* 1997, n°120, pp.5-18, p.9.

⁹⁶⁶ Rec.1996, pp.2193.

competencias. Proteger el secreto de las deliberaciones del Consejo era tanto como vaciar de su contenido el principio general de transparencia⁹⁶⁷.

Sin embargo, la conclusión del TJCE al caso fue bastante decepcionante y desalentadora porque desestimó el recurso de los Países Bajos. El TJCE consideró que la normativa de la que se había dotado el Consejo y que permitía el acceso a los documentos salvo casos justificados de protección del interés público, protección del individuo y de la intimidad, protección del secreto comercial e industrial o de la confidencialidad solicitada, no adolecía de ninguna contradicción con el Derecho originario, y ello aunque la decisión sobre si otorgar o no la información quedaba en manos de la misma institución a la que se le solicitaba la información⁹⁶⁸.

La doctrina no obstante sigue criticando el amplio y ambiguo listado de restricciones al libre acceso a los documentos que presenta la normativa comunitaria, la cual incluye una imprecisa “protección del interés público” como causa para denegar información a un particular. Tales limitaciones a la libertad de información son tachadas de draconianas y secretistas, así como de demostración de que el Consejo prefiere trabajar “detrás del escenario”, sin luz ni taquígrafos⁹⁶⁹.

Que el problema no está resuelto definitivamente (al menos hasta que entre en vigor el Tratado de Amsterdam) es algo que se comprueba en el hecho de que aún existe otro asunto en el que el derecho al acceso a la información ha sido puesto en cuestión, en este caso en relación a actos de la Comisión.

⁹⁶⁷ Rec.1996, pp.2193 y 2194.

⁹⁶⁸ Es evidente que las instituciones comunitarias no pueden ignorar estas eventuales causas de denegación del acceso a la información. La cuestión no es baladí por cuanto en más de una ocasión la Comisión ha sido condenada por comunicar a terceros datos que obraban en su poder sobre alguna empresa demandada, la cual le ha demandado por divulgación de secretos comerciales (p.ej. sentencia del TJCE de 25 de Junio de 1986, AKZO CHEMIE BV Y AKZO CHEMIE UK Ltd./COMISIÓN, C-53/85, *cit.*, Rec.1986, pp.1965ss). Pero ello tampoco quiere decir que la institución comunitaria requerida pueda siempre y en cualquier caso negar el acceso a la información escudándose en consideraciones más o menos generales y no en razones específicas relacionadas con el caso. La institución comunitaria debe siempre ponderar los intereses en juego en cada caso, realizando un estudio *ad hoc*.

⁹⁶⁹ SPENCER *op.cit.*, p.27.

La Comisión había adoptado el Código de Conducta sobre Acceso a los Documentos de la Comisión mediante Decisión 94/90/CECA, CE, EURATOM de 8 de Febrero de 1994. Esta decisión se expresaba en términos similares a los de su homóloga en el Consejo y establecía unos casos parecidos por los que un documento de la Comisión podría ver denegada su solicitud de entrega a terceros. En estas circunstancias, una asociación ecologista denunció ante la Comisión la existencia de un proyecto del gobierno irlandés de crear una zona de observación de la naturaleza en una zona de alto valor ecológico. Enterada la asociación de que la Comisión no sólo conocía y apoyaba el proyecto sino que además preveía conceder a Irlanda fondos estructurales para acometer el proyecto, solicitó a la Comisión el acceso a todos los documentos de la Comisión relativos al examen del proyecto y, en particular, a la cuestión de si podían utilizarse fondos estructurales para dicho proyecto.

Ante la denegación de la solicitud (cuya pretendida justificación era la protección del interés público y del secreto de las deliberaciones de la Comisión) el demandante interpuso recurso ante el TPI, lo cual dio lugar al siguiente caso (WWF)⁹⁷⁰.

El TPI fue de la opinión de que la Comisión debía ponderar seriamente los intereses en juego (el interés del ciudadano en obtener acceso a los documentos y el posible interés de la institución en preservar el secreto de sus deliberaciones) cuando, en virtud de su facultad de apreciación, opte por permitir el acceso del público a un documento determinado o se lo deniegue. El TPI estima que la Comisión está obligada a indicar al menos los motivos por los que considera que los documentos mencionados no podrán ser objeto de entrega a particulares, excluyéndose por tanto el recurso de la Comisión a cláusulas genéricas y no demasiado justificadas de denegación de la solicitud.

Ponderando los intereses en juego, el TPI concluye que la Comisión ha errado al denegar el acceso de la asociación ecologista a los documentos sobre el proyecto Centro de Observación de la Naturaleza, al no existir razones objetivas para el rechazo de su solicitud. Por ello, anula la decisión objeto de litigio.

⁹⁷⁰ Sentencia del TPI de 5 de Marzo de 1997, WWF UK (WORLD WIDE FUND FOR NATURE)/COMISIÓN, T-105/95, Rec.1997, pp.II-315ss.

El TEDH trató el asunto de un modo similar a como el TPI y el TJCE trataron los casos que le fueron presentados en materia de derecho al acceso a los documentos de la administración pública comunitaria. En otras palabras: el TEDH ponderó los intereses en juego, estableciendo que conforme a la jurisprudencia constante del TEDH, para saber si existe obligación de dar a conocer esos datos hay que tener en cuenta el justo equilibrio a alcanzar entre el interés general y los intereses del individuo. En este sentido, el TEDH estima que la protección del carácter confidencial del expediente tenía como fin contribuir a la buena marcha del sistema de asistencia a la infancia y en esta medida, tendría un fin legítimo: proteger los derechos de los niños que tenían necesidad de ayuda, así como proteger el anonimato de los informadores que redactaron tales dossiers.

Pero a juicio del TEDH, también las personas que se encuentran en la situación del recurrente tienen un interés primordial, protegido por el CEDH, en recibir los datos que precisan para conocer y comprender su infancia. Sin embargo, reconoce que se debe también considerar que el carácter confidencial de los expedientes oficiales reviste importancia si se desea recoger informaciones objetivas y dignas de crédito. Es más, ello puede ser necesario para preservar los derechos de terceros. Entre todos estos fines, todos ellos legítimos, el TEDH se decanta por proteger el carácter confidencial del expediente. Aunque reconoce que la libertad de recibir información del art.10 CEDH prohíbe esencialmente a un gobierno impedir que alguien reciba informaciones que otros aspiran o pueden consentir en suministrarle, considera que dadas las circunstancias del caso, el art.10 no obliga al Estado demandado a comunicar al interesado los datos de que se trata.

La conclusión que extraemos de este caso es que tampoco el TEDH afirma expresamente que el art.10 proteja el derecho de acceso a documentos⁹⁷⁴. Algo similar ocurría con el TPI y el TJCE, los cuales respetaban pero con limitaciones el derecho al acceso a los documentos de las instituciones comunitarias y tampoco se pronunciaban sobre si éste era o no un derecho fundamental. En realidad, los órganos judiciales de estas diferentes

⁹⁷⁴ LAFAY es especialmente dura y radical (LAFAY *cit.*, p.47): “les organes de contrôle de la convention ont refusé jusqu’à présent de reconnaître l’existence d’un droit d’accès général aux documents administratifs, sur le fondement de l’article 10 de la convention (liberté d’expression, d’opinion, et d’information)”.

organizaciones lo protegen, aunque con limitaciones severas, ponderando de modo casuístico los datos, circunstancias y valores en juego en cada caso.

4. Conclusiones de la comparación

Del análisis del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 en todas sus manifestaciones -y tal y cómo esta disposición es interpretada tanto en las instancias judiciales de las CCEE como en las del CEDH- no hemos extraído contradicciones o divergencias significativas. Una comparación de la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo en materia de libertad de expresión nos indica que:

1) Ambos tribunales aplican el art.10 a la información comercial⁹⁷⁵, y en concreto, al sector audiovisual.

2) Ambos tribunales admiten restricciones al art.10 CEDH, pero consideran que deben estar justificadas por la importancia que reviste el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

3) Ambos tribunales defienden que el art.10 se aplica también a sociedades de telecomunicación que actúen con fines lucrativos, aunque siempre se velará especialmente por la protección del consumidor antes que por los intereses de las firmas comerciales⁹⁷⁶.

4) Sí hemos comprobado ocasiones en las que las autoridades judiciales de Luxemburgo parecen desconocer o no estar interesadas en mencionar la jurisprudencia de

⁹⁷⁵ En cuanto a la jurisprudencia del TJCE que confirma este extremo, véanse las sentencias GROGAN, LECLERC, ERT, STITCHING. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH que confirma este extremo, véase la sentencia AUTRONIC AG y la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos al caso X y CHURCH OF SCIENTOLOGY/SUECIA, demanda nº7805/77, Serie B, 1979 nº16, pp.68-81. En esta última el objeto controvertido era la prohibición de las autoridades suecas al demandante impidiéndole publicar anuncios en un periódico sobre el E-metro, artilugio que supuestamente medía el estado mental de la persona y sus altibajos. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos, aun reconociendo que la libertad de expresión comercial es objeto de protección en el art.10 CEDH, indica que no merece el mismo grado de protección que otras de sus manifestaciones y que, en cualquier caso, esta injerencia de la policía sueca no había sido desproporcionada teniendo en cuenta el fin de la protección al consumidor.

⁹⁷⁶ *Vide* asunto MARKT INTERN *cit.* Serie A, nº165.

Estrasburgo aplicada en casos previos, puesto que no la citan⁹⁷⁷. Ello consideramos que resulta perjudicial para los propios tribunales de Luxemburgo dado que la jurisprudencia del de Estrasburgo sobre el CEDH es sin duda mucho más autorizada que la suya. Por el contrario, en otras ocasiones, los órganos judiciales de Luxemburgo citan la jurisprudencia de los del CEDH (generalmente tras el estudio que de esta última jurisprudencia le adelantan los Abogados Generales en sus Conclusiones) demostrando la compatibilidad de ambas en materia de libertad de expresión.

5) El TJCE en su tratamiento de este derecho tiende a adaptarlo de tal manera al contexto e idiosincrasia comunitarios, que acaba otorgándole tintes economicistas. En consecuencia la libertad de expresión acaba recibiendo un cierto matiz diferente según sea analizado por los órganos de las CCEE o del CEDH. Los segundos analizan la libertad de expresión sin tener en cuenta ningún otro condicionamiento más que los propios límites del art.10 en su párrafo 2º. En cambio, el TJCE lo analiza y protege adaptándolo al interés comunitario, a las exigencias del derecho de la competencia y a las de la libertad de circulación.

6) Teniendo en cuenta los anteriores datos, consideramos que un enfoque realista de la actividad paralela de Estrasburgo y Luxemburgo interpretando unos mismos artículos del CEDH, no nos permite descartar futuras divergencias, sobretodo atendiendo a los avances que se han producido en el sector audiovisual⁹⁷⁸. Como dice DE BÚRCA, también en materia de libertad de expresión se mantiene “clearly the potential for conflict between those courts and the increasing overlap in their jurisdiction”⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ De ello se percibe CLAPHAM: “It is not always clear that the Court of Justice is fully familiar with the case-law of the European Commission and Court of Human Rights. It is suggested that the Strasbourg organs should hesitate before placing too much faith in the Community processes” (CLAPHAM, Andrew: “A Human Rights Policy for the European Community”, en *Yearbook of European Law* 1990, nº10, pp.309-366, p.335).

⁹⁷⁸ A.CASSESE, A.CLAPHAM y J.WEILER advierten contra el riesgo de “possible divergence between the Community regulation of television and the Council of Europe system. Such a risk is all the more apparent while the Community legal order contains no right to expression equivalent to Article 10 ECHR”, en A.CASSESE, A.CLAPHAM y J.WEILER: “1992. What are our Rights?. Agenda for a Human Rights Action Plan” en *Human Rights in the European Community: Methods of Protection*, 1991, vol.II, Nomos Verlag, p.1-76, p.40.

⁹⁷⁹ DE BÚRCA *op.cit*, p.317.