

LIBERTAD DE EXPRESION Y PODERES PUBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. SU RECEPCION POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

Profesor de Derecho Constitucional

Universitat de València

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. INFORMACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS: 2.1. *Los asuntos sub iudice*: 2.1.1. Juicios paralelos. 2.1.2. El secreto de sumario. 2.2. *La actuación de las fuerzas de seguridad*.—3. CRÍTICA A LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS O A SUS MIEMBROS: 3.1. *Crítica a los representantes políticos*. 3.2. *Críticas al Ejecutivo*. 3.3. *Críticas al Poder Judicial*. 3.4. *Críticas a las fuerzas de seguridad*. 3.5. *Críticas a los funcionarios*.—4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑAN CARGOS O FUNCIONES PÚBLICOS: 4.1. *Representantes políticos*. 4.2. *Funcionarios*: 4.2.1. Defensa de los valores democráticos. 4.2.2. La neutralidad política de la Administración. 4.3. *Miembros del Poder Judicial*. 4.4. *Militares*. 4.5. *Miembros de las fuerzas de seguridad*.—5. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Como señalaba John Stuart MILL, «es de esperar que han pasado ya los tiempos en que era necesario defender la “libertad de prensa” como una de las seguridades indispensables contra un gobierno corrompido y tiránico» (1). Ello no obstante, actualmente la libertad de expresión ha de seguir siendo considerada uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático en la medida que coadyuva de forma necesaria a la configuración de una opinión pública libre y plural. En este sentido, Robert DAHL pone de manifiesto que la libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información son dos instituciones políticas básicas que ha de reunir toda democracia (2). Las mismas «se requieren, en primer lugar, para que los ciudadanos puedan participar efectivamente en la vida política (...). Adquirir una comprensión ilustrada de las acciones y políticas gubernamentales posibles también exige la libertad de expresión. (...) Finalmente, sin la libertad de expresión los ciudadanos enseguida acabarían perdiendo su ca-

(1) John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Alianza, 1994, pág. 75.

(2) Robert DAHL, *La Poliarquía. Participación y oposición*, Tecnos, 1989, págs. 13 a 15, y, especialmente, en *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, 1999, págs. 99 y ss.

pacidad de influir en la agenda de las decisiones políticas» (3). El carácter esencial que en un sistema democrático reviste este derecho ha sido puesto de manifiesto desde un primer momento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, afirmará:

«La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 son válidas no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática» (párf. 49) (4).

Por otra parte, si bien a los servidores de la *res publica* se les reconoce este derecho, como a cualquier otro individuo, no es menos cierto que su ejercicio queda modulado justamente por esa condición. Mientras que a los representantes políticos se les reconoce con gran amplitud, los jueces, militares, policía y funcionarios en general tienen que soportar mayores restricciones en su ejercicio.

Estas dos cuestiones van a ser abordadas en el presente estudio: por una parte, los conflictos entre los individuos, especialmente profesionales de la información, y los poderes públicos como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión de los primeros; por otra parte, cómo influye en el ejercicio de este derecho el hecho de que su titular desempeñe funciones públicas.

2. INFORMACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

En todos los casos resueltos por el TEDH se ha partido de una premisa fundamental: dichas cuestiones son de interés público, por lo que la libertad de información ocupa una posición preferente siempre y cuando se

(3) *La democracia...*, op. cit., pág.112.

(4) Vide por todas SsTEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979; *Lingens*, de 8 de julio de 1986; *Müller*, de 24 de mayo de 1988; *Oberchlick c. Austria*, de 23 de mayo de 1991; *Observer et Guardian c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, o *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991. Sobre la libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH, vide Celeste GAY FUENTES, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español*, núm. 120 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1989; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 70, octubre-diciembre 1990; Jordi BONET, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, PPU, 1994; Teresa FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integración europea*, Colex, 1996.

cumpla también con el principio de veracidad. La mayoría de los casos resueltos por el TEDH se refieren a la actuación de los tribunales, aunque también hay una serie de sentencias que tienen por objeto conflictos con ocasión de noticias relativas a la actuación de las fuerzas de seguridad.

2.1. *Los asuntos sub iudice*

Son dos las cuestiones resueltas por el TEDH, revistiendo ambas especial trascendencia: por una parte, la posibilidad de informar y opinar sobre casos de los que están conociendo los tribunales, circunstancia que ha dado lugar al fenómeno de los juicios paralelos, y, por otra, la posibilidad de informar sobre asuntos bajo secreto de sumario.

2.1.1. *Juicios paralelos.*

Muchos casos judiciales alcanzan una enorme notoriedad pública, lo que hace que los medios de comunicación les presten especial atención, desembocando en lo que se ha venido en llamar juicios paralelos (5). El TEDH, aunque en términos que dejan entrever cierta desconfianza hacia dicho fenómeno, defiende la legalidad de los mismos siempre y cuando se lleven a cabo de forma moderada, advirtiéndole que pueden colisionar tanto con la dignidad o prestigio del Poder Judicial como con los derechos de las partes.

La STEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, tuvo su origen en unos artículos de prensa sobre una cuestión de gran impacto público en aquel momento en el Reino Unido como fueron los procesos abiertos contra una empresa farmacéutica como consecuencia del nacimiento de niños con malformaciones debidas a un producto farmacéutico llamado talidomina. La empresa farmacéutica interpuso una demanda contra el medio de comunicación a resultas de la cual se prohibió la publicación de ulteriores artículos en la medida que impedía una administración de justicia imparcial. El TEDH advirtió de los peligros que pueden entrañar los juicios paralelos: si la opinión pública prejuzga una cuestión se corre el peligro de que se pierda el respeto y la confianza en los tribunales. Ahora bien, también puso de relieve que es completamente legítimo informar sobre los asuntos de interés público aunque sobre ellos exista un proceso abierto, siempre y cuando no se pongan en peligro dichos principios:

(5) Al respecto, vide Angel JUANES PECES, *Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El Derecho a un proceso justo*, «Revista del Poder Judicial», número especial XVII, noviembre 1999, págs. 141 y ss.; Juan J. LÓPEZ ORTEGA, *La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia*, «Revista del Poder Judicial», número especial XVII, noviembre 1999, págs. 37; Lorenzo GOMIS SANAHUJA, *Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos*, «Revista del Poder Judicial», número especial XVII, noviembre 1999, págs. 159 y ss.

«Las declaraciones de los Law Lords subrayaban sobre todo un peligro: asistir a una falta de respeto de las vías legales y a una usurpación de las funciones de los tribunales si se incitaba al público a formarse una opinión sobre un caso que estaba todavía pendiente o si las partes debían sufrir un “proceso en la prensa”. Planteado de esta forma parece “pertinente” para garantizar “la autoridad del poder judicial” y así lo entiende el Tribunal. Si se acometen con antelación los puntos en litigio de una forma tal que el público se forme sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza de los tribunales. Además si el público se habitúa al espectáculo de un pseudo-proceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos» (párf. 63).

«Es una opinión generalizada que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero ello no quiere decir que con anterioridad no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública» (párf. 65).

En la STEDH *Worm*, de 29 de agosto de 1997, el TEDH hizo especial hincapié en que los juicios paralelos pueden colisionar con los derechos de las partes tales como el derecho a un proceso justo:

«Sin embargo, como cualquier otra persona, las personalidades conocidas tienen el derecho a beneficiarse de un proceso equitativo tal como lo garantiza el artículo 6, que, en materia penal, comprende el derecho a un tribunal imparcial. Los periodistas deben recordar que redactan artículos sobre procesos penales en curso, pues los límites del comentario admisible no pueden englobar declaraciones que harían correr el riesgo de reducir las posibilidades de una persona de beneficiarse de un proceso justo o de socavar la confianza del público en la labor desempeñada por los tribunales...» (párf. 16).

En contra del parecer de la Comisión Europea de Derechos Humanos (6), el TEDH consideró que el artículo periodístico en el que se criticaban duramente las respuestas dadas por un antiguo ministro durante el juicio en el que se le acusaba de fraude fiscal había excedido los límites del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, en la medida en que, según la

(6) Vide igualmente opinión disidente del juez Casadera.

tesis de los tribunales austríacos compartida por el TEDH, el periodista había pretendido erigirse en juez del caso al intentar influir sobre la opinión de los miembros del jurado, con lo que había menoscabo de los derechos del encausado:

«A condición de no superar los límites fijados a los fines de una buena Administración de Justicia, los reportajes de procesos judiciales, comprendiendo los comentarios, contribuyen a darlos a conocer y son, pues, perfectamente compatibles con la exigencia de publicidad de la audiencia enunciada en el artículo 6.1 del Convenio. A la función de los medios de comunicación consistente en comunicar tales informaciones e ideas se añade el derecho, para el público, de recibirlas. Esto es más verdad cuando el proceso se refiere a un personaje conocido tal como un antiguo ministro...

Sin embargo, como cualquier otra persona, las personalidades conocidas tienen el derecho a beneficiarse de un proceso equitativo tal como lo garantiza el artículo 6 que, en materia penal, comprende el derecho a un tribunal imparcial. Los periodistas deben recordar que redactan artículos sobre procesos penales en curso, pues los límites del comentario admisible no pueden englobar declaraciones que, intencionadamente o no, harían correr el riesgo de reducir las posibilidades de una persona de beneficiarse de un proceso justo o de socavar la confianza del público en la labor desempeñada por los tribunales en la administración de la justicia penal» (párf. 16).

2.1.2. *El secreto de sumario.*

Otro de los puntos más conflictivos entre el Poder Judicial y los medios de comunicación ha sido la revelación de datos sometidos a secretos de sumario. A la hora de informar sobre cuestiones que son objeto de un proceso penal no han de sobrepasarse los límites que aseguran una correcta administración de justicia (7). Ahora bien, de ello no se deriva una prohibición absoluta de informar sobre estas cuestiones. En la STEDH *Du Roy y Malaurie*, de 3 de octubre de 2000, el TEDH advirtió que una prohibición absoluta y general de publicar cualquier tipo de información sobre cuestiones sometidas a secreto de sumario no se adecua al CEDH, pues cualquier limitación en el ejercicio de la libertad de expresión ha de estar justificada por una necesidad imperiosa y ser proporcional, más si se tiene en cuenta «el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad

(7) Vide SsTEDH *Worm*, de 29 de agosto de 1997, y *Du Roy y Malaurie*, de 3 de octubre de 2000.

de prensa» (8). En el presente caso, se invocaba como límite la reputación y los derechos ajenos. El TEDH, a pesar de ello, consideró que este tipo de prohibición, absoluta y general, establecida por la legislación francesa para un tipo concreto de procesos no estaba justificado, más si se tenía en cuenta que dicha prohibición se aplicaba sólo a un tipo de procesos penales que no guardaba especiales diferencias con el resto (9). En definitiva, la misma suponía «eliminar de forma total el derecho de la prensa a informar de casos que pueden tener interés público» (10).

En la *STEDH Weber*, de 22 de mayo de 1990, el TEDH tuvo que decidir si la sanción impuesta al demandante por revelar datos bajo secreto de sumario había o no infringido el artículo 10 CEDH. Si bien en el presente caso y teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes llegó a una conclusión afirmativa, hay que hacer notar que de la sentencia se desprende que, como regla general, la revelación de datos bajo secreto sumarial no está amparada por el CEDH. El objetivo buscado con la sanción no era otro que la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial que incluye «la debida dirección de la instrucción» (11). Sin embargo, la sanción se impuso por unas declaraciones a la prensa (realizadas el 2 de marzo de 1982) que esencialmente reproducen lo dicho en anteriores declaraciones (realizadas el 11 de mayo de 1981) frente a las cuales las autoridades nacionales no reaccionaron, por lo que lo dicho en la segunda fecha en un sentido estricto ya no era secreto y, por ello, la sanción ya no era necesaria para garantizar la legítima finalidad pretendida. Ello no obstante, el TEDH deja bien claro que bien pudiera haber sido otra la conclusión de haberse reaccionado frente a las primeras declaraciones:

«La situación pudo ser distinta cuando se celebró la primera conferencia de prensa; como las autoridades (...) No entablaron entonces el posible procedimiento, el tribunal no tiene necesidad de examinar ahora la cuestión» (párf. 51).

En definitiva, el secreto de sumario como límite a la libertad de información no se erige de forma absoluta, sino que su invocación sólo será legítima en la medida en que sea estrictamente necesaria para garantizar los derechos de las partes o la instrucción del caso.

2.2. *La actuación de las fuerzas de seguridad*

Otro caso de fricción entre los medios de comunicación y los poderes del Estado son las *SsTEDH Sunday Times*, de 26 de noviembre de 1991;

(8) Párf. 36.

(9) Sólo se establecía para los procesos iniciados por «plainte avec constitution de partie civile», pero no para los abiertos por «réquisition du parquet» o por «plainte simple».

(10) Párf. 35.

(11) Párf. 45.

Observer y Guardian, de 26 de noviembre de 1991, y *Vereniging Weekblad Bluf*, de 9 de febrero de 1995, en las que los medios de comunicación entraron en conflicto con los servicios secretos de seguridad.

En los casos *Sunday Times y Observer et Guardian*, el TEDH consideró que la prohibición de difundir determinadas informaciones confidenciales no estaba justificada por la necesidad de proteger la seguridad nacional, uno de los fines previstos en el segundo párrafo del artículo 10, pues dicha información había perdido tal carácter al haberse publicado en otro país.

En el caso *Vereniging Weekblad Bluf*, dicha publicación acudió al TEDH solicitando la restitución de su derecho a la libertad de expresión, vulnerado por las autoridades holandesas, que habían secuestrado y retirado del mercado un número de la misma por publicar documentos calificados como confidenciales. El Tribunal, a pesar de reconocer la necesidad e importancia de los servicios secretos de información, basándose en que el contenido de dichos documentos había sido accesible para un gran número de personas y en que el hecho había tenido gran repercusión en los medios de comunicación, consideró que la actuación de dichas autoridades había excedido los límites marcados por el segundo párrafo del artículo 10 CEDH:

«Por razón de la naturaleza de las tareas confiadas al Servicio de la Seguridad Interior, del cual nadie niega su utilidad, el Tribunal, con la Comisión, reconoce que una institución tal debe gozar de un alto grado de protección que comprende la divulgación de informaciones concernientes a sus actividades» (párf. 40).

«Sin embargo, las informaciones en cuestión habían sido accesibles a un gran número de personas que podían haberlas comunicado a otros. Por otra parte, los acontecimientos habían sido comentados por los medios de comunicación. Desde ese momento, la protección de la información en tanto que secreto de estado no se justificaba y la retirada del número (...) no parecía necesario para proteger el fin legítimo perseguido» (párf. 45).

3. CRÍTICA A LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS O A SUS MIEMBROS

La libertad de expresión, de acuerdo con el TEDH, puede amparar las críticas molestas e hirientes, incluso las provocadoras. Por otra parte, en la *STEDH Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992, el TEDH advirtió que no aceptaba la tesis de que los holgados límites de la crítica aceptable en un debate político no son aplicables en la misma extensión con relación a otras cuestiones de interés público:

«... el Tribunal comprueba que nada en su jurisprudencia permite distinguir, de la manera sugerida por el Gobierno,

entre el debate político y la discusión de otros problemas de interés general» (párf. 64).

Las opiniones o juicios de valor no están sometidos al principio de veracidad; ahora bien, el TEDH tendrá en cuenta, a la hora de analizar las medidas sancionadoras aplicadas por las autoridades nacionales, que las críticas vertidas tengan una base fáctica. De esta manera, en la STEDH *De Haes y Gijssels*, de 24 de febrero de 1997, el TEDH consideró excesivos los términos utilizados por el demandante, más si se tenía en cuenta que no tenían base fáctica alguna:

«Considerados en el contexto del caso, los reproches en cuestión han de ser considerados como una opinión, la cual, por definición no está sujeta a una demostración de veracidad. Ello no obstante, puede considerarse excesiva, principalmente en ausencia de toda base fáctica» (párf. 47) (12).

De la jurisprudencia del TEDH se desprende que la crítica a las instituciones goza de unos márgenes más amplios que la crítica a las personas. Por su parte, la crítica a los representantes políticos goza de márgenes más amplios que la crítica a otros colectivos como jueces o funcionarios.

3.1. *Crítica a los representantes políticos*

Los cargos electos están sometidos a la crítica tanto de la prensa como de los ciudadanos. En la mayoría de casos la condición de político se une a la de cargo público, por lo que no es fácil dilucidar en condición de qué se ha dicho o hecho lo que después es objeto de crítica. En la STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986, el TEDH señala que los derechos de la personalidad se reconocen en favor de cualquier persona, pero advierte que los personajes públicos, especialmente los representantes políticos, han de soportar en mayor grado injerencias en dichos derechos que los meros particulares:

«Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular.»

El primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la reputación

(12) En el mismo sentido, vide *Barfod*, de 22 de febrero de 1989; *Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992; *Schwabe*, de 28 de agosto de 1992; *Prager y Oberschilk*, de 26 de abril de 1995; *De Haes y Gijssels*, de 24 de febrero de 1997, o *Nilsen y Johnsen*, de 25 de noviembre de 1999.

ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas» (párf. 42).

En todos los casos el TEDH ha tenido en cuenta que las declaraciones contra el representante político se habían llevado a cabo en el contexto de un debate político. Además, en la mayoría de ocasiones la dureza de las críticas venía provocada por el carácter polémico de unas declaraciones anteriores del representante en cuestión. De esta manera, la STEDH *Lingens* tenía su origen en los duros calificativos que se vertieron sobre el entonces Canciller y Presidente del Partido Socialista Austríaco por haber salido en defensa de un contrincante político con un pasado nazi. A esta sentencia le seguirán otras como la STEDH *Shwabe*, de 20 de agosto de 1985, en la que el demandante criticaba la doble vara de medir del Presidente del Gobierno provincial y de la Federación de Carintia del Partido Socialista Austríaco, que solicitaba la dimisión de un alcalde del partido del demandante por unos hechos muy similares a otros en el que el protagonista fue el Vicepresidente y colaborador directo del primero y por los que en ningún momento aquél exigió su dimisión. En la STEDH *Oberschilck*, de 1 de julio de 1997, se ampararon los adjetivos muy duros con los que fueron calificadas las declaraciones del Presidente del Partido Liberal Austríaco y Jefe del Gobierno del Land de Carintia defendiendo la tesis de que los soldados que lucharon en el bando nazi lo habían hecho también por la paz y la libertad. Por último, en la STEDH *Lopes Gomez da Silva*, de 28 de septiembre de 2000, se ampararon las declaraciones del demandante, director del periódico portugués «Público», que tachaba de fascista y reaccionario al candidato de uno de los partidos a la alcaldía de Lisboa. En este caso el TEDH amparó las críticas, aun considerándolas polémicas, en la medida en que

«en este ámbito la invectiva política invade la esfera personal: éstas son las reglas del juego político y del libre debate de ideas, garantes de una sociedad democrática. El demandante ha expresado una opinión, provocada por las posiciones políticas del Sr. S.» (párf. 34).

En este caso el TEDH valoró positivamente el hecho de que el demandante reprodujera al lado de su editorial numerosos fragmentos de artículos del político en cuestión, permitiendo así que los lectores se formaran su propia opinión al poder confrontar su editorial con las declaraciones de la persona criticada. Según el TEDH, al obrar de esta manera el demandante había respetado las reglas de la profesión periodística (13).

(13) Aunque la persona objeto de las críticas no ocupaba cargo público alguno, cabe hacer referencia también a la STEDH *Oberschilck*, de 3 de mayo de 1991, cuyo objeto fueron las duras críticas a las declaraciones de un dirigente político austríaco que abogaba

3.2. *Críticas al Ejecutivo*

El Ejecutivo, como cualquier otro órgano público, está sometido a las críticas en su actuación. Justamente será en un caso contra España en el que las críticas, provenientes de un parlamentario, se dirigían directamente contra este órgano. La sentencia *Castells*, de 23 de abril de 1992 (14), tiene su origen en un artículo periodístico en el que el demandante, en aquella época senador de Herri Batanusa, criticaba a las autoridades públicas por su pasividad, incluso connivencia, ante los atentados de la extrema derecha en el País Vasco. En esta sentencia el TEDH advertirá que la reputación de las instituciones merece una protección más débil que la dispensada a las personas, incluso si de representantes políticos se trata:

«Los límites de la crítica admisible son más amplios con relación al Gobierno que a un simple particular e incluso que a un político» (párf. 46) (15).

Por otra parte, dejará claro que, de ser las manifestaciones mercedoras de sanción, ante la posibilidad de escoger entre varias medidas sancionadoras, las autoridades han de decantarse por la menos gravosa:

«Además, la posición dominante que ocupa le exige mostrar moderación en el recurso a la vía penal, sobre todo cuando existan otros medios de responder a los ataques y críticas injustificadas de sus adversarios o de los medios de comunicación» (párf. 46).

por disminuir las ayudas familiares a las madres extranjeras y aumentarlas proporcionalmente a las madres austríacas. En este caso el TEDH también amparó al demandante teniendo en cuenta que las mismas se enmarcaban dentro del contexto político y eran respuesta a unas declaraciones muy polémicas.

(14) Al respecto ha de traerse a colación la STC 51/1985, de 11 de abril que dará pie a la STEDH *Castells*, de 22 de abril de 1992. Los hechos son ampliamente conocidos. El senador Miguel Castells, de Herri Batasuna, publicó un artículo en el semanario «Punto y Hora de Euskalerrria» en el que denunciaba la impunidad con que determinados grupos de extrema derecha actuaban en el País Vasco asesinando o torturando gente. Terminaba el artículo atribuyendo la responsabilidad de tales delitos al Gobierno en los siguientes términos: «Sinceramente, no creo en la existencia de las asociaciones fascistas (...) fuera y al margen del aparato del Estado. O sea, que no creo en su existencia real. Pese a la proliferación de siglas, son siempre los mismos. Detrás de estas acciones sólo puede estar el Gobierno, el partido del Gobierno y sus efectivos. Sabemos que van a utilizar, cada vez más, como instrumento político la caza expeditiva y la eliminación física del disidente Vasco».

El Tribunal Constitucional no hará uso de la jurisprudencia de los órganos del CEDH existente en dicho momento, a pesar de defender la necesidad de la injerencia basándose en uno de los límites contenidos en el artículo 10.2 CEDH: la seguridad nacional. Por otra parte, se desentenderá del hecho de que el recurrente no haya podido hacer uso de la *exceptio veritatis* ante el Tribunal Supremo relegándolo a una cuestión de legalidad ordinaria en la que no le era dado entrar, circunstancia que, en cambio, será determinante para el TEDH para concluir que se había vulnerado el artículo 10 CEDH.

(15) En el mismo sentido, vide STEDH *Incal*, de 10 de julio de 1998.

3.3. *Críticas al Poder Judicial*

Son varios los casos resueltos por el TEDH en los que lo criticado ha sido la actuación de los tribunales. En la STEDH *De Haes et Gijssels*, de 24 de febrero de 1997, aun reconociendo el papel fundamental que juega el Poder Judicial en un Estado de Derecho, admitió, a partir del papel esencial que, asimismo, desempeña la libertad de expresión, especialmente cuando es ejercida por la prensa, que los juicios de valor vertidos por el periodista estaban amparados por el derecho a la libertad de expresión, y ello a pesar de tener un contenido hiriente o incluso provocador, recursos que el TEDH considera incluidos en el ejercicio de este derecho.

Ello no obstante, lo anterior no supone que cualquier crítica merezca ser amparada. Es importante que las mismas se apoyen en una base fáctica. De esta manera, en la STEDH *Barford*, de 22 de febrero de 1989, el demandante publicó un artículo en el que criticaba la composición de un Tribunal formado por un juez profesional y dos funcionarios ajenos a la carrera judicial, poniendo en duda su capacidad e imparcialidad para juzgar correctamente un caso en el que precisamente la Administración era la demandada y que se resolvió por dos votos contra uno, señalando, además, que no era difícil adivinar el sentido de los votos emitidos. Condenado por los tribunales daneses por haber atentado al honor de dichos funcionarios y haber atacado asimismo la honorabilidad del Poder Judicial, acudió a los órganos de Estrasburgo. El TEDH, sin hacer mención alguna al papel esencial que juega en un sistema democrático la crítica a las instituciones públicas, consideró que no se había perseguido sacar a la palestra una cuestión de interés general sino simplemente difamar a dos jueces sin ninguna prueba al respecto. No podemos menos que criticar esta sentencia al no ponderar, a nuestro entender, correctamente los intereses en juego: por una parte, la libertad de expresión y, por otra, la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial y la reputación ajena. Se trataba de una cuestión de interés general: una sentencia en la que el tribunal estaba formado por tres miembros, dos de los cuales eran funcionarios de la Administración demandada, y que se había resuelto por dos votos contra uno, hecho del que podía deducirse la hipótesis sobre cuál había sido el sentido del voto de los tres magistrados, siendo con mucha probabilidad el juez profesional, y por tanto con mayores garantías de independencia, el que había votado en contra. Las declaraciones habían de ser consideradas opiniones, no sujetas al principio de veracidad. Su contenido ningún carácter insultante o desproporcionado [las frases más duras que se vertieron y que fueron recogidas por el TEDH fueron las siguientes: «La mayor parte de los miembros del Gobierno local disponían de tiempo para asegurarse de que los dos jueces no profesionales —por otra parte, funcionarios suyos (...)— cumplieran con su deber, y así lo hicieron. La sentencia fue dictada por dos votos contra uno a favor del Gobierno local, y a la vista de la composición del tribunal no hace falta mucha imaginación para

adivinar quiénes y cómo votaron»]. Más aún, los propios tribunales daneses admitieron que el demandante tenía razón al dudar «de la competencia de los magistrados no profesionales que conocieron del caso, que debieron abstenerse (...), puesto que desempeñaban cargos directivos al servicio de la Administración demandada». En este sentido, compartimos la tesis de la ComEDH, que en su Informe de 16 de julio de 1987 declaró no haber encontrado ningún motivo para suponer que el demandante pretendía atacar personalmente a los magistrados; de hecho, las actuaciones penales no se promovieron por éstos, sino por iniciativa del juez del Tribunal Superior:

«El criterio de la necesidad previsto en el artículo 10.2 del Convenio hace ser muy estricto en las cuestiones de interés público que se refieren al funcionamiento de la Administración Pública, incluido el Poder Judicial. En consecuencia, incluso si se pudiera interpretar el artículo de que se trata como un ataque a la integridad o a la reputación de los dos jueces, el interés general y el permitir la discusión pública sobre el funcionamiento de la organización judicial debe prevalecer sobre el de aquellos a los que se protege contra críticas de la naturaleza de las expresadas por el demandante en su artículo». «En cuanto al argumento de que es necesario mantener la autoridad del Poder Judicial, expresamente mencionado en el artículo 10.2, opina la Comisión que no se puede invocar este precepto para frenar las críticas sobre la composición de un Tribunal.»

De igual modo, en la STEDH *Prager y Oberschlick*, de 26 de abril de 1995, el TEDH no amparó las declaraciones de los periodistas que atribuyeron a una serie de jueces un comportamiento «vejatorio» y «denigrante» en sus funciones, así como tratar a los acusados «como si ya estuviesen condenados», en la medida que dichas declaraciones no tenían base fáctica alguna.

En cambio, las declaraciones que dieron lugar a la STEDH *De Haes y Gijssels*, de 24 de febrero de 1997, siendo también muy polémicas, merecieron el amparo del TEDH en la medida en que no se probó ante el TEDH la inexistencia de una base fáctica (16). En ellas los periodistas atribuyeron a la mayoría de los magistrados de un tribunal, haciendo referencia a ellos con nombre y apellidos, que había dictado una sentencia concediendo la patria potestad al padre, notario y proveniente de una gran familia, que había maltratado repetidamente a sus hijos y que era un militante declara-

(16) «Considerados en el contexto del caso en cuestión, los reproches se consideran una opinión, la cual, por definición, no se presta a una demostración de veracidad. Ello no obstante, la misma puede considerarse excesiva, principalmente en ausencia de toda base fáctica, hecho que, sin embargo, no se ha verificado aquí; en esto se diferencia el presente caso del asunto *Prager y Oberschlick* (sentencia precitada, pág. 18, párf. 37)» (párf. 47).

do de extrema derecha, de «situarse también en los ambientes de extrema derecha» y que los medios brutales empleados por el padre para obligar a los periodistas a abandonar el asunto «parecían caer bien en el seno del aparato judicial».

3.4. *Críticas a las fuerzas de seguridad*

La actuación de las fuerzas de seguridad ha sido objeto en muchas ocasiones de noticias y críticas en los medios de comunicación. El TEDH advierte que estos hechos son de indudable interés público, debiendo soportar las fuerzas de seguridad las críticas a su actuación, aun las que revistan un cierto carácter ofensivo, siempre y cuando tengan una base real.

En la STEDH *Thorgeir Thorgeirson contra Islandia*, de 25 de junio de 1992, entraron en conflicto los medios de comunicación y las fuerzas de seguridad. Se trataba de un par de artículos denunciando la brutalidad policial. En este caso el TEDH consideró que los artículos, aunque duros, se enmarcaban en el ámbito del interés público, por lo que la condena que había sufrido el demandante podía tener como efecto disuadir a los ciudadanos de la libre discusión de los asuntos de interés general:

«Ambos artículos versaban, y nadie lo discute, sobre una cuestión seria y de interés público. Sin duda empleaban términos particularmente duros, pero habida cuenta de la finalidad y el efecto perseguidos por los mismos, no puede considerarse excesivo el lenguaje utilizado» (párf. 67).

«El Tribunal considera que la condena y la sentencia son capaces de disuadir de la libre discusión de asuntos de interés general» (párf. 68).

3.5. *Críticas a los funcionarios*

La STEDH *Janowski*, de 21 de enero de 1989, trata de forma colateral la cuestión. Su origen se encuentra en unos insultos vertidos en medio de la calle por un periodista que presenciaba una detención policial. El TEDH advierte que no todos los personajes públicos han de soportar un mismo grado de sacrificio en sus derechos de la personalidad, de tal suerte que los funcionarios los han de soportar en menor medida que los representantes políticos, siendo necesaria, además, la confianza del público en su actuación, por lo que no son amparables las críticas de forma infundada que vengán a minar dicha confianza:

«Igualmente el Tribunal responde al razonamiento de la Comisión según el cual los límites de la crítica admisible

son, al igual que sucede con relación a los políticos, más amplios para los funcionarios en el ejercicio de sus funciones oficiales. De acuerdo que estos límites en determinados casos pueden ser más amplios para los funcionarios en el ejercicio de sus poderes que para un simple particular. Ello no obstante, no puede afirmarse que los funcionarios se expongan a sabiendas a un control atento de sus hechos y gestos en el mismo grado que los políticos y por ello deban ser tratados de forma igual que estos últimos en relación a las críticas a su comportamiento...

Es más, para llevar a cabo sus funciones, los funcionarios han de gozar de la confianza del público sin ser indebidamente perturbados y, desde ese momento, puede considerarse necesario protegerlos contra ataques ofensivos cuando estén de servicio» (párf. 33).

4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑAN CARGOS O FUNCIONES PÚBLICOS

La libertad de expresión se reconoce en favor de cualquier persona y las que ocupan cargos públicos o al servicio de la Administración no son una excepción. Así lo señaló el TEDH en la STEDH *Engels*, de 8 de junio de 1976, en los siguientes términos:

«Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable (...) a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes» (párf. 100).

Sin embargo, la profesión, función o cargo que desempeñe el individuo conllevará que su ejercicio se reconozca con mayor o menor amplitud. De esta manera, de la jurisprudencia del TEDH cabe deducir que mientras los profesionales de la información y los políticos gozan de unos amplios márgenes en su ejercicio, jueces, miembros de las fuerzas de seguridad, militares y, en general, funcionarios han de soportar un mayor grado de restricción en el mismo.

4.1. *Representantes políticos*

Si bien es cierto que los representantes políticos han de soportar fuertes críticas en el ejercicio de su función, tal como puso de relieve el TEDH en su sentencia *Lingens*, de 8 de julio de 1986, no es menos cierto, como advierte el propio TEDH en la sentencia *Castells*, de 23 de abril de 1992, que la libertad de expresión adquiere una importancia particular cuando

es ejercida por un representante político en la medida que es necesario que la opinión pública conozca lo que piensan sus representantes, por lo que las injerencias en este derecho han de ser objeto de un control riguroso, más tratándose de un político de la oposición:

«La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un representante del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto» (párf. 42).

(...)

«La libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios de conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Otorga en particular a los políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a toda persona participar en el libre juego del debate político que resulta esencial en la noción de sociedad democrática» (párf. 43).

(...)

«Indudablemente, la libertad de discusión política no posee un carácter absoluto. Un Estado parte puede someterla a determinadas restricciones o sanciones pero corresponde a este Tribunal resolver en última instancia sobre su compatibilidad con la libertad de expresión tal como lo consagra el artículo 10» (párf. 46).

En la *STEDH Castells* el TEDH amparó al demandante en base, primero, a que los límites de la crítica admisible son más amplios cuando lo criticado es el Gobierno y, segundo, a la negativa de los tribunales españoles a que probara la veracidad de sus afirmaciones.

En la *STEDH Piemont*, de 27 de abril de 1995, el TEDH, repitiendo los argumentos de la *STEDH Castells*, consideró que la expulsión de la demandante, parlamentaria europea alemana, de la Polinesia francesa a causa de sus declaraciones en contra de las pruebas nucleares y en favor de la independencia de dicha colonia suponía una injerencia más allá de los límites permitidos por el segundo párrafo del artículo 10 CEDH, habida cuenta que en ningún momento dichas declaraciones supusieron un atentado contra el orden público (17).

(17) Vide asimismo *SsTEDH Zana*, de 25 de noviembre de 1997, e *Incal*, de 10 de julio de 1998. Ambas tienen por objeto las críticas de políticos, que no ocupaban, en el momento de hacer las declaraciones, cargo representativo alguno, a determinadas actuaciones de las autoridades turcas en contra de los intereses de la minoría kurda. En la primera

En conclusión, de la jurisprudencia del TEDH se desprende el carácter especialmente preferente que adquiere este derecho cuando es ejercido por los representantes políticos. Estos disfrutan y sufren las dos caras de la moneda: por una parte, han de someterse a las críticas, incluso duras y desagradables, que vierten otros en el ejercicio de la libertad de expresión sobre sus personas y actuaciones, pero, por otra, han de ser amparados especialmente en el ejercicio de este derecho, pues reviste capital importancia en un sistema democrático que los representantes políticos puedan hacer llegar a la opinión pública sus ideas.

4.2. *Funcionarios*

Como acabamos de señalar, existen una serie de colectivos que han de soportar una mayor restricción en el ejercicio de la libertad de expresión debido a la relación especial de sujeción que mantienen con la Administración precisamente con el objetivo de asegurar el normal funcionamiento de la misma. El TEDH advierte que los principios que adornan la libertad de expresión se aplican a cualquier persona independientemente de su situación subjetiva, aunque la misma puede modelar su concreto ejercicio, siendo legítimo que un Estado imponga una serie de restricciones en aras a garantizar alguno de los fines legítimos que se recogen en el párrafo segundo del artículo 10 CEDH. Así se recoge en la STEDH *Rekvenyi*, de 20 de mayo de 1999, que aplica dicha doctrina a funcionarios, militares y miembros de las fuerzas de seguridad:

«... estos principios se aplican igualmente a los miembros de la función pública: si es legítimo que los Estados sometan a estos últimos a una obligación de reserva por razón de su estatuto, se trata, por otra parte, de individuos que como tales se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio. Le corresponde, pues, al Tribunal, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, analizar si se ha alcanzado un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo a la libertad de expresión y el interés legítimo de un Estado democrático de velar para que la función pública actúe de acuerdo con los fines enunciados en el artículo 10.2. Al

de ellas el TEDH denegó el amparo al demandante en base a que sus declaraciones suponían un atentado contra el orden público y la seguridad e integridad nacionales y reconocer que las mismas podían encerrar diferentes significados y no quedar demostrado cuál era la verdadera intención del demandante al realizarlas. En cambio, en la segunda de ellas el TEDH amparó al demandante al reconocer que sus polémicas declaraciones también podían ser interpretadas de varias maneras, no habiéndose probado cuál era su verdadero significado. El TEDH justifica lo anterior en que las declaraciones objeto del primer caso eran objetivamente más polémicas que las del segundo, así como que la zona geográfica en la que se hicieron las declaraciones en el primer caso era mucho más conflictiva que la zona en que tuvieron lugar las segundas (vide STEDH *Incal*, párrfs. 50 y 58).

ejercer este control, el Tribunal ha de tener en cuenta que, desde el momento en que entra en juego la libertad de expresión de los funcionarios, "los deberes y responsabilidades" recogidos en el artículo 10.2 revisten una particular importancia que justifica dejar a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación para juzgar si la injerencia denunciada es proporcionada al objetivo legítimo en cuestión... Estas consideraciones se aplican igualmente a los militares... y a los policías...» (párf. 43) (18).

Todos los casos llevados ante el TEDH tienen por objeto la libertad de expresión política de los funcionarios, centrándose, principalmente, en dos cuestiones: la defensa de los principios constitucionales y la neutralidad política. Al respecto hay que hacer hincapié que el TEDH reconoce un cierto margen de apreciación en favor de las autoridades nacionales que están en mejor situación para valorar todas las circunstancias concurrentes, pero le compete analizar si han utilizado de buena fe dicho poder con moderación y de manera razonable (19), lo que supone en la práctica que la concreta situación de cada país puede condicionar la decisión del TEDH.

4.2.1. *Defensa de los valores democráticos.*

Las sentencias que hacen referencia a esta cuestión tienen como Estado demandado a la República Federal Alemana. Por lo tanto, una circunstancia a tener en cuenta es la reciente historia de este país. En este sentido, en la STEDH *Vogt*, de 26 de septiembre de 1986, el TEDH considerará legítimo que se exija a los funcionarios un deber de lealtad hacia los principios democráticos:

«El Tribunal señala que un cierto número de Estados contratantes someten a los miembros de la función pública a una obligación de reserva. En el presente caso la obligación impuesta a los funcionarios alemanes de profesar y defender activa y constantemente el régimen fundamental liberal y democrático en el sentido de la Ley Fundamental (...) responde a la idea de que la función pública es la garantía de la Constitución y de la democracia. Dicha obligación reviste una importancia particular como consecuencia de la experiencia que la misma conoció bajo la República de Weimar y que, en el momento en que se constituyó la República

(18) Vide SsTEDH *Glaserapp*, de 28 de agosto de 1986; *Vogt*, de 26 de septiembre de 1986; *Ahmet y otros*, de 2 de septiembre de 1998. Con relación a los derechos de reunión y manifestación, STEDH *Schmidt y Dahlstrom*, de 6 de febrero de 1976.

(19) Vide SsTEDH *Vogt*, de 26 de septiembre de 1986, y *Ahmet y otros*, de 2 de septiembre de 1998.

Federal tras la pesadilla del nazismo, condujo a la voluntad de instaurar una "democracia apta para defenderse" (*wehrhafte Demokratie*). En este contexto, es forzoso concluir que la destitución de la demandante perseguía un fin legítimo de acuerdo con el artículo 10.2 CEDH» (párf. 51).

«El Tribunal parte de la hipótesis que un Estado democrático tiene derecho a exigir a sus funcionarios que sean leales hacia los principios constitucionales en que se apoya. Al respecto tiene en cuenta la experiencia alemana bajo la República de Weimar y durante el amargo período que siguió al hundimiento de este régimen hasta la adopción de la Ley Fundamental de 1949» (párf. 59).

Es de destacar la importante evolución de su jurisprudencia en esta materia, pues si bien las primeras sentencias, SsTEDH *Glasenapp*, de 2 de agosto de 1984, y *Kosiek*, de 28 de agosto de 1986, llevan a cabo una aplicación restrictiva del derecho a la libertad de expresión, la STEDH *Vogt*, de 26 de septiembre de 1995, supone una auténtica ruptura con la jurisprudencia anterior. En la STEDH *Kosiek*, de 28 de septiembre de 1984, se discutió si la pérdida del demandante de su condición de funcionario por pertenecer y llevar a cabo actividades públicas en favor del Partido Nacional Democrático Alemán (NPD) vulneraba el derecho a la libertad de expresión; el TEDH, al igual que haría posteriormente en el caso *Glasenapp*, de 28 de agosto de 1986, obvió la cuestión señalando que lo que allí se debatía era si tal medida había infringido el derecho al acceso a la función pública, derecho no recogido en el Convenio.

Para evitar reiteraciones vamos a analizar con mayor detenimiento sólo el caso *Glasenapp*, de 2 de agosto de 1984 pues guarda enorme similitud con el posterior *Vogt*, de 26 de septiembre de 1995.

En el caso *Glasenapp*, de 2 de agosto de 1984, la demandante perdió su condición de funcionaria por sus actividades políticas públicas en favor del Partido Comunista Alemán (KPD). El TEDH, al igual que hiciera en el caso *Engels* en relación a los militares, empezó por afirmar que los funcionarios gozan del derecho a la libertad de expresión como cualquier otra persona bajo su jurisdicción. Ello no obstante, no entró a analizar la cuestión desde la perspectiva del artículo 10 CEDH en la medida que consideró que el derecho que entraba en juego realmente era el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, derecho no recogido en el CEDH (20). Esta decisión merece ser criticada pues, en primer lugar, dichos actos sí tenían que ver con la libertad de expresión: tanto en la STEDH *Kosiek* como en la *Glasenapp*, los demandantes habían expresado públicamente, incluso uno de ellos a través de la publicación de varios libros, sus preferencias ideológicas, hechos determinantes a la hora de decretar la expul-

(20) Al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 70, octubre-diciembre 1990, pág. 101.

sión de sus puestos de funcionarios públicos. El propio TEDH analiza la cuestión desde la perspectiva del artículo 10 CEDH, pero de forma escueta y escasamente motivada concluye su no vulneración, y ello porque elude la cuestión no enfrentándose directamente al problema, escudándose en el argumento, hartamente discutible y que en la STEDH *Vogl*, de 26 de septiembre de 1995, desaparece, de que la cuestión ha de analizarse principalmente desde la perspectiva del derecho al acceso a la función pública, derecho no recogido expresamente en el CEDH, con lo que el TEDH se autoimposibilita de entrar a conocer no del fondo pero sí a fondo el caso. En definitiva, el TEDH resolvió que:

«Resulta de lo anterior que el acceso a la función pública se encuentra en el centro del problema sometido al Tribunal. Al rechazar a la Sra. Glasenapp, la autoridad competente del Land sólo ha tomado en consideración las opiniones y la actitud de la misma para apreciar si la demandante cumplía uno de los requisitos personales necesarios para ocupar el empleo en cuestión.

Por lo tanto, no ha existido injerencia en el ejercicio del derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 10» (párf. 53).

El presente caso, al igual que el caso *Kosiek*, puede calificarse de excepción a la *vis attractiva* del CEDH en el sentido de atraer a su seno derechos en principio no recogidos en su articulado mediante la técnica que la doctrina ha venido en llamar «protection par ricochet» (21), «applicabilité par attraction» (22) o «protección indirecta» (23): cuando una decisión de una autoridad estatal que afecta a un derecho no recogido en el CEDH repercute en alguno de los que sí aparecen se puede juzgar dicha actuación desde esa segunda perspectiva, protegiendo «de rebote» (24) el derecho no garantizado expresamente en el CEDH (25).

El TEDH no sólo desaprovecha la ocasión para proteger «de rebote» el derecho al acceso a los cargos públicos, no recogido en el CEDH ni en ninguno de sus Protocolos, sino que desampara el derecho a la libertad de expresión de la demandante al considerar que la cuestión central hacía refe-

(21) Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, París, 1989, pág. 84.

(22) Frédéric SUDRE, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 7 juillet 1989*, «Revue Générale de Droit International Public», 1990, págs. 108 y ss.

(23) Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia una superación de la dualidad entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales*, «Revista de Instituciones Europeas», 1991, pág. 441.

(24) Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *La protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa...*, pág. 441.

(25) De esta manera, por ejemplo, el derecho a no ser expulsado o extraditado no figura en el Convenio, pero sería contraria al convenio una orden tal que violase alguno de los derechos recogidos en el Convenio, lo que conllevaría «de rebote» una protección del primer derecho. Vid. en este sentido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de proporcionalidad de la extradición*, «Poder Judicial», núm. 15, 1989, pág. 41.

rencia al primero de estos derechos y no al segundo. Deducción harto discutible pues el hecho de que las declaraciones en las que hacía constar su filiación política, hechas a un medio de comunicación, le costase a su autora el puesto de funcionaria de la enseñanza cae de lleno en el derecho protegido en el artículo 10 CEDH, pues esta sanción era, sin duda, una de las injerencias más graves que podía acaecerle en el disfrute del mismo. En este sentido, en su informe de 11 de mayo de 1984, la ComEDH ante la duda de si entraba en juego el artículo 10 CEDH dejó bien claro que la actuación de las autoridades alemanas anulando el nombramiento de funcionaria de la demandante por sus declaraciones a la prensa en las que manifestaba su pertenencia a un determinado partido o grupo político caían dentro del ámbito de dicho precepto:

«El nombramiento de la demandante fue anulado como consecuencia de unos incidentes concretos ligados a la expresión de sus opiniones políticas...» (párf. 67).

«El hecho de que esta condición o restricción impuesta por el derecho alemán (...) es comparable a las restricciones que impone el hecho de trabajar en determinadas profesiones, por ejemplo, en materia de secretos. Estas condiciones existen en razón del estatuto o de la situación de un individuo y han de ser examinadas con relación al artículo 10.2 pues constituyen un impedimento en el ejercicio del derecho garantizado en el artículo 10.1 CEDH» (párf. 70).

Es más, a la vista de las circunstancias del caso, y tras analizar si la medida era necesaria en una sociedad democrática y proporcional a alguno de los fines legítimos recogidos en el artículo 10 CEDH, la ComEDH concluyó que se había vulnerado dicho precepto teniendo en cuenta el papel crucial que juega la protección de la libertad de expresión en el tejido democrático de los Estados miembros del Consejo de Europa (26). Recordatorio importante dado el olvido sufrido por el TEDH, que no hizo mención a la doctrina del carácter esencial que en un sistema democrático juega este derecho, explicitada en la STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976.

Sin embargo, la STEDH *Vogt*, de 26 de septiembre de 1995, supone una ruptura con esta jurisprudencia restrictiva (27). En este caso, al igual que

(26) En este sentido, el juez SPIELMANN en su opinión discrepante advirtió que el derecho a la libertad de expresión entraba de lleno en juego, hecho que «hubiese permitido recordar que, para nuestro Tribunal, el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son las mejores garantías de un verdadero Estado democrático que sólo puede ser fuerte cuando es democrático». Dicho juez realizó igualmente un voto particular disidente en la STEDH *Kosiek*, de 28 de septiembre de 1984, en el que utilizó esencialmente los mismos argumentos que luego reprodujo en este segundo voto particular, aunque dejó bien claro que no compartía en absoluto las tesis del demandante, que le recordaban «un pasado todavía reciente que esperamos definitivamente concluido en la Comunidad de los Estados que forman parte del Consejo de Europa».

(27) Evolución ciertamente complicada y difícil, como lo demuestra el resultado de

sucedía en el caso *Glaserapp*, el demandante fue sancionado con la pérdida de su condición de funcionario por sus actividades políticas en favor del Partido Comunista Alemán (DKP). El Tribunal de Estrasburgo empezó por recordar que el derecho de acceso a la función pública no está recogido en el Convenio, hecho que no impedía a una persona nombrada funcionario impugnar su destitución, si ésta vulneraba otros derechos garantizados por el CEDH, en este caso la libertad de expresión (28). El TEDH consideró que el carácter absoluto de la obligación impuesta a los funcionarios y consistente en renunciar sin equívocos a todos los grupos y movimientos que las autoridades juzgaran contrarios a la Constitución, sin distinguir, por otra parte, entre la actividad profesional y la vida privada del funcionario, había de ser interpretado teniendo en cuenta el contexto. De esta manera, en primer lugar, el TEDH advirtió que ningún otro Estado contratante impone una obligación tan rigurosa a sus funcionarios y que, incluso, en la propia Alemania un número considerable de Länder no consideran actividades semejantes incompatibles con dicha obligación. En segundo lugar, el TEDH tuvo en cuenta las consecuencias que la expulsión de la función pública podía tener para la demandante (consecuencias sobre su reputación, sobre su situación económica, etc.). En tercer lugar, el TEDH observó que la demandante, profesora de secundaria, impartía clases de lengua alemana y francesa y no había intentado ningún tipo de adoctrinamiento sobre sus alumnos. Por último, el TEDH tuvo en cuenta que el DKP no había sido declarado ilegal. A partir de todas estas circunstancias, el TEDH, a pesar de considerar legítima la obligación impuesta a los funcionarios alemanes de profesar y defender firme y constantemente el régimen fundamental liberal y democrático (29), llegó a la conclusión de que la medida fue desproporcionada.

Dos apuntes en relación a esta última sentencia. Por una parte, supone una evolución de la jurisprudencia del TEDH. El CEDH y la jurisprudencia emanada del TEDH son un instrumento vivo de protección de los derechos humanos y como tal evolucionan y se adaptan a los nuevos tiempos. Ello se hace evidente en estas dos sentencias separadas por casi diez años. Por otra parte, la sentencia es un ejemplo más de la aplicación de la técnica de la «protección indirecta» al proteger «de rebote» un derecho, el del acceso a las funciones públicas, no recogido en principio en el Convenio.

la votación final, diez votos a favor de la existencia de la violación contra nueve en contra, y por los numerosos votos disidentes que se acompañan.

(28) Párf. 43.

(29) Tal como se señala en el párf. 58 de la sentencia, los tribunales alemanes, apoyándose en el programa oficial del partido, habían constatado que el DKP tenía como objetivo la caída de las estructuras sociales y del régimen constitucional de la República Federal Alemana, así como la instauración de un sistema político cercano al de la República Democrática Alemana.

4.2.2. *La neutralidad política de la Administración.*

La cuestión relativa a la neutralidad política de los funcionarios ha sido abordada directamente en la STEDH *Ahmed y otros*, de 2 de septiembre de 1998, que tiene su origen en una serie de restricciones en el ejercicio de la libertad de expresión política impuestas por las autoridades británicas a determinadas categorías de funcionarios. La neutralidad política de la Administración es uno de los objetivos pretendidos en todo régimen democrático en la medida en que con ello se sirve mejor a los intereses generales y se asegura la confianza de los ciudadanos en la Administración. El TEDH advierte que las restricciones a la libertad de expresión de los funcionarios pueden ser necesarias no sólo en aquellos casos en que la democracia está en peligro, sino también respecto a aquellos regímenes democráticos ya consolidados.

«El Tribunal no suscribe el argumento de los demandantes según el cual la preservación del carácter democrático de un régimen político sólo debería invocarse como justificación de las restricciones a los derechos garantizados en el artículo 10 en aquellos casos en que exista una amenaza para la estabilidad del orden constitucional o político. Limitar esta noción a dicho contexto supondría ignorar tanto los intereses a los que sirven las instituciones democráticas... como la necesidad de adoptar reglas que garanticen su buen funcionamiento...» (párf. 52).

Para el TEDH, las exigencias de neutralidad política de la Administración se predicán tanto de la Administración estatal como de la local:

«Para el Tribunal, esta noción de régimen verdaderamente democrático se aplica tanto a nivel local como a nivel nacional» (párf. 52).

Sentado que la neutralidad política de la Administración es necesaria en todo régimen democrático, la cuestión que se le plantea al TEDH es incardinar las restricciones impuestas en alguno de los límites recogidos en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH. Al respecto cabe recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de los órganos del CEDH, no caben límites implícitos sino los expresamente señalados en el párrafo segundo. La tesis contraria «tropieza con el tenor literal del artículo 8. La redacción literal del párrafo segundo no deja lugar a la idea de límites implícitos» (30). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la prolija enumeración de causas de justificación de las injerencias de las autoridades en este derecho,

(30) Vide por todas SsTEDH *De Wilde*, de 18 de junio de 1971; *Golder*, de 21 de febrero de 1975.

así como el empleo de términos abstractos o indeterminados en la redacción del párrafo, han devaluado un tanto este principio. Para evitar que dicha redacción desvirtúe completamente el párrafo y que nos encontremos sólo formalmente ante unos *numerus clausus* con relación a los límites al ejercicio del derecho, «las cláusulas del Convenio que establecen una excepción a un derecho garantizado deben ser interpretadas restrictivamente» (31). Ello significa que ningún otro criterio que los mencionados en la cláusula de excepción puede justificar una restricción y que dichos criterios deben ser interpretados de manera que el sentido de los términos no sea ampliado más allá de su acepción habitual. Además, la necesidad de la injerencia ha de establecerse de forma convincente (32). El problema con el que se enfrenta el TEDH es que la neutralidad de la Administración no está contemplada como límite en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH, por lo que es necesario reconducirlo a uno de los recogidos en el mismo. En casos anteriores, con ocasión de injerencias en la libertad de expresión de funcionarios, militares o policías, los límites invocados habían sido el orden público, la seguridad nacional o la seguridad pública. Ahora bien, aun dejando un amplio margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales, en el presente caso las restricciones no podían fundarse de forma convincente en ninguno de dichos límites pues no se había dado una situación que los hubiese puesto en verdadero peligro. Por ello, al TEDH no le queda más remedio que convertir en derecho subjetivo lo que es un principio y colocar bajo la égida del límite «protección de los derechos ajenos» el derecho de los ciudadanos «a disfrutar de un régimen verdaderamente democrático», que se alcanza, entre otras cosas, gracias a una Administración políticamente neutral:

«Por las razones precedentes, el Tribunal concluye que las injerencias resultantes de la aplicación del reglamento a los demandantes perseguían un fin legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 10: proteger los derechos ajenos —miembros de las asambleas locales y electores— a un régimen político verdaderamente democrático a nivel local» (párf. 55).

4.3. *Miembros del Poder Judicial*

En cuanto al ejercicio de este derecho por parte de los miembros del Poder Judicial, en aquellos casos en los que se ha criticado la actuación de los tribunales el TEDH ha recordado la obligación de reserva a la que es-

(31) Vide por todas SsTEDH *Silver*, de 25 de marzo de 1983, y *Klass*, de 6 de septiembre de 1978.

(32) Vide por todas SsTEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *Lingens*, de 8 de julio de 1986; *Jersild c. Dinamarca*, de 3 de septiembre de 1994, y *Vogt*, de 2 de septiembre de 1995.

tán sujetos los jueces y que les impide responder a las críticas. De esta manera, en la STEDH *Prager y Oberschlick*, de 26 de abril de 1995, se afirmó que:

«De esta manera puede ser necesario protegerlos contra los ataques destructivos y sin fundamento serio, cuando el deber de reserva prohíbe a los magistrados reaccionar» (párf. 34) (33).

Por otra parte, el TEDH advierte que los deberes y responsabilidades que entraña el ejercicio de la libertad de expresión cobran una especial importancia cuando se trata de jueces y magistrados que, por su especial situación, han de procurar especialmente no poner en entredicho su autoridad e imparcialidad, por lo que han de hacer un uso moderado de este derecho en todos aquellos casos en los que entren en juego dichos principios. Así, en la STEDH *Wille*, de 28 de octubre de 1999, señalará que:

«Desde el momento en que el interesado era en aquella época un magistrado de alto rango, el Tribunal ha de tener en cuenta el hecho de que cuando se trate de la libertad de expresión de personas que ocupan una situación similar, los “derechos y responsabilidades” establecidos en el artículo 10.2 revisten una particular importancia; en efecto, se puede esperar de los funcionarios del Poder Judicial que hagan un uso moderado de su libertad de expresión cada vez que la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial entre en juego» (párf. 64).

El presente caso tuvo su origen en unas declaraciones efectuadas por el Sr. Wilde, Presidente del Tribunal Administrativo de Liechtenstein y antiguo miembro del Gobierno, en las que abogaba por que se atribuyeran competencias al Tribunal Constitucional para resolver los litigios que pudieran surgir en el ejercicio del poder ejecutivo entre el Príncipe y el Gobierno, a lo que el primero respondió con una carta en la que anunciaba al demandante su decisión de no designarle en el futuro para ningún cargo público. El TEDH consideró que si bien los miembros del Poder Judicial, como otros funcionarios, soportan una especial obligación de reserva, ello no supone que no disfruten del derecho garantizado en el artículo 10 CEDH (34). El TEDH concluyó amparando al demandante pues se trataba de un asunto de interés general en el que el mismo había expresado su opinión independientemente de que la misma revistiera un fuerte carácter político, circunstancia que es asumida por el TEDH al afirmar que las cuestiones de derecho constitucional conllevan dichas implicaciones.

(33) Vide igualmente STEDH *De Haes y Gijssels*, de 24 de febrero de 1997.

(34) Vide STEDH *Vogt*, de 26 de septiembre de 1995.

4.4. *Militares*

De forma gráfica, en la STEDH *Grigoriades*, de 25 de noviembre de 1997, el TEDH declaró que la libertad de expresión no queda fuera de los cuarteles sino que también los militares gozan del mismo, aunque su condición de tales les acarrea tener que soportar mayores restricciones en su ejercicio:

«El artículo 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. Se aplica tanto a los militares como al conjunto de otras personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como el Tribunal lo han señalado anteriormente, el Estado puede imponer restricciones a la libertad de expresión si existe una amenaza real para la disciplina militar, el funcionamiento eficaz de un ejército no se concibe sin unas reglas jurídicas destinadas a impedir socavar esta disciplina» (párf. 19) (35).

La primera de las sentencias en que se aborda la cuestión de la libertad de expresión en el seno del Ejército es la STEDH *Engel y otros*, de 8 de junio de 1976, que tenía por objeto resolver si las medidas disciplinarias impuestas a unos militares con ocasión de unos escritos publicados en una revista de carácter castrense en los que vertían una serie de críticas contra la institución militar habían vulnerado el derecho a la libertad de expresión. El TEDH advierte, en primer lugar, que los derechos recogidos en el CEDH tienen un carácter universal en el sentido de reconocerse a favor de cualquier persona. Tras esta afirmación matiza que el ejercicio del derecho puede sufrir modulaciones derivadas de la especial situación del individuo, siendo el caso de los militares uno de ellos pues el normal funcionamiento de esta institución exige el mantenimiento de la disciplina:

«Sin embargo, el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos» (párf. 100).

Es de resaltar un hecho de especial trascendencia: en esta sentencia, la primera que tiene por objeto el derecho a la libertad de expresión, el TEDH no elabora la doctrina del carácter esencial del derecho a la libertad de expresión en un sistema democrático, sino que esperará, para hacerlo, a la STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976. A diferencia de lo que sucede con los profesionales de la información y los representantes políticos, colectivos a los que el Tribunal Europeo ha aplicado de forma muy restric-

(35) Vide, asimismo, STEDH *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*, de 19 de diciembre de 1997.

tiva los límites contenidos en el artículo 10 CEDH, aquí asistimos a la actitud contraria. Sin grandes averiguaciones sobre si realmente se había puesto en peligro la defensa del orden (36) el TEDH concluyó que las medidas incriminadas no habían vulnerado el segundo párrafo del artículo 10 CEDH.

Una valoración enteramente negativa merece también la sentencia *Hadjianastassiou*, de 16 de diciembre de 1992. Bien es cierto que en este caso entraba en juego la «seguridad nacional», tema harto delicado y de importante trasfondo político que deja un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales. Esta sentencia tiene su origen en la condena sufrida por el demandante, militar e ingeniero aeronáutico, que en 1982 elaboró un informe para las fuerzas armadas sobre misiles teledirigidos y que en 1983 hizo otro tanto para una empresa privada. A pesar de que el informe de los expertos nombrados por las autoridades griegas había concluido que los dos estudios seguían una metodología diferente aunque, sin embargo, existía «una transferencia inevitable de conocimientos técnicos», el TEDH consideró, coincidiendo con el Gobierno griego, que:

«La divulgación del interés del Estado por un arma determinada y los conocimientos técnicos correspondientes, que pueden suministrar indicaciones sobre lo avanzado de su fabricación, pueden causar un perjuicio considerable a la seguridad nacional» (párf. 45).

«Por otra parte, ha lugar a tener en cuenta las particularidades de la vida militar, los deberes y responsabilidades específicas de los miembros de las fuerzas armadas» (párf. 46).

«En atención a estas constataciones no podría decirse que los tribunales militares griegos han transgredido el margen de apreciación dejado a los Estados en materia de seguridad nacional» (párf. 47).

No podemos menos que criticar dicha sentencia por su escasa motivación. Los límites contenidos en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH han de ser objeto de una interpretación restrictiva, y para haber concluido la no vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante, el TEDH debería haber dejado claro, sin ningún género de dudas, que la actuación del mismo había supuesto un peligro real, efectivo y grave a la seguridad nacional, cuestión ésta sobre la que el Tribunal rehúye entrar.

La STEDH *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*, de 12 de diciembre de 1994, supone, sin duda, una evolución importante de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En este caso se trataba de una publicación de corte satírico y crítico con el mundo castrense que, según las autoridades austríacas, ponía en peligro la «defensa del orden en las

(36) El TEDH sólo constató que «reinaba cierta tensión en el cuartel», insuficiente, a nuestro entender, para justificar una injerencia en la libertad de expresión del demandante.

fuerzas armadas». El TEDH consideró, amparándose en que la libertad de expresión protege las opiniones favorables y las desfavorables, que tanto la negativa a que dicha publicación se distribuyese en los cuarteles como la sanción impuesta al demandante por distribuir la misma eran desproporcionadas al fin contenido en el artículo 10.2 CEDH.

Esta tendencia positiva se ha visto confirmada en la STEDH *Grigoriades*, de 21 de noviembre de 1997. El origen del presente caso se encuentra en una carta que el demandante, oficial del ejército griego, dirigió a sus superiores denunciando los malos tratos que sufrían los reclutas, a resultas de lo cual fue sancionado por insultos al ejército. El TEDH, tras recordar, una vez más, que el artículo 10 CEDH se aplica también a los militares, siendo, sin embargo, legítimo imponer sanciones si existe «una amenaza real para la disciplina militar» (37), concluyó que, a pesar de que los términos de la carta eran especialmente duros, la sanción disciplinaria no se consideraba necesaria en una sociedad democrática:

«Ciertamente, la carta contenía determinadas observaciones virulentas y exageradas en relación a las fuerzas armadas griegas. El Tribunal advierte, sin embargo, que estos comentarios fueron hechos en el contexto de un discurso general y bastante largo criticando la vida militar y el ejército en cuanto institución. La carta no fue publicada por el Sr. G., ni difundida por él a través de terceros (...). No contenía tampoco insultos dirigidos a su destinatario o a cualquier otra persona» (párf. 21).

En términos generales, esta sentencia merece una calificación positiva pues, a pesar de que la redacción del párrafo 21 no despeja algunas dudas sobre qué alcance tiene para el TEDH la libertad de expresión cuando es ejercida por militares (¿qué hubiese pasado si la carta se hubiera divulgado?), se exige, por primera vez en este ámbito, que para que se produzca una limitación al ejercicio del derecho en cuestión ha de constatarse la existencia de un peligro real para alguno de los fines legítimos contenidos en el segundo del artículo 10 CEDH.

4.5. *Miembros de las fuerzas de seguridad*

Al igual que militares, jueces o funcionarios en general, los miembros de las fuerzas de seguridad son objeto de una mayor restricción en el ejercicio de la libertad de expresión. El TEDH advertirá en la STEDH *Janowski*, de 21 de enero de 1999, que en el ejercicio de sus funciones los miembros de las fuerzas de seguridad no pueden responder a las provocaciones verbales que se les dirijan.

(37) Párf. 19.

Fuera de estos casos, cabe traer a colación la STEDH *Rekvenyi c. Hungría*, de 20 de mayo de 1990, en la que el TEDH considerará legítimas las medidas encaminadas a conseguir una Administración políticamente neutral y que consistían en una serie de restricciones en el ejercicio de la libertad de expresión. De todos es conocido que Hungría está llevando a cabo, con grandes dificultades, una gran transformación con el fin de convertirse en una democracia. Entre los cambios acometidos se encuentra conseguir una Administración políticamente neutral. Ello cobra especial importancia con relación al ejército y a las fuerzas de seguridad. Para conseguir tal finalidad se adoptaron en su momento una serie de medidas que restringían, entre otras, la libertad de asociación política y la libertad de expresión de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad, a los que, por ejemplo, se les impedía afiliarse a un partido político o ejercer actividades políticas. En esta sentencia, el TEDH reconoce la necesidad para todo sistema democrático de disponer de un ejército y de unas fuerzas de seguridad políticamente neutrales:

«Teniendo en cuenta el papel de la policía en una sociedad, el Tribunal reconoce que tener unas fuerzas de policía políticamente neutrales constituye un fin legítimo para toda sociedad democrática... Vista la concreta historia de determinados Estados contratantes, sus autoridades, a fin de asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, pueden estimar necesario para conseguirlo establecer garantías constitucionales que restrinjan a los policías la libertad de ejercer actividades políticas y, particularmente, de intervenir en el debate político» (párf. 46).

Estas restricciones, no obstante, no suponen que los miembros de los colectivos afectados no sean titulares de la libertad de expresión. Ahora bien, el mayor o menor grado de restricción de estos derechos dependerá de la concreta situación interna de cada país, lo que permite a las autoridades nacionales disponer de cierto margen de apreciación, pero, en todo caso, las restricciones han de ser necesarias en un sistema democrático, por lo que ha de demostrarse de forma convincente su necesidad y proporcionalidad. En el presente caso el TEDH, teniendo en cuenta las especiales circunstancias políticas de Hungría, que exigían medidas hasta cierto punto drásticas, y el hecho de que las medidas adoptadas no suponían una restricción absoluta a los derechos en litigio (los miembros de dichos colectivos podían presentarse a las elecciones, votar, participar en un referéndum, adherirse a un sindicato, participar en reuniones pacíficas, etc.), concluyó que las mismas fueron necesarias y proporcionales.

5. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Señala LINDE que poco se aportaría al sistema interno de protección con la introducción de una norma que a su vez necesita ser interpretada. Sin embargo, la existencia del Tribunal, encargado de aplicar e interpretar el Convenio en todos aquellos asuntos de los que conozca, exige, por mor del artículo 10.2 de la Constitución, «que ésta hace suya la interpretación de los derechos y libertades llevada a cabo por el Tribunal de Derechos Humanos. De modo que, a efectos de verificar el sentido y alcance de los derechos y libertades del título I de la Constitución, ésta se vincula a las interpretaciones llevadas a cabo por el referido Tribunal» (38). Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, que en su sentencia 5/1985, de 23 de enero, señalaba que

«es también de importancia capital traer a colación, por lo que tiene de ilustrativo, y aun de criterios interpretativos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 6 de la Convención Europea ratificada por España. Y es así, en cuanto a la doctrina constitucional propia, por el valor de precedente (una muestra de ese valor, artículo 13 de la LOTC), y por lo que se refiere a la doctrina del TEDH, por mandato constitucional (artículo 10.2 de la CE)» (FJ 3) (39).

Es más, DELGADO BARRIO concluye, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que «puede perfectamente apreciarse cómo el primer itinerario hermenéutico del Tribunal Constitucional es siempre (...) el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo» (40).

Desde estas premisas y vista la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español podemos afirmar que la recepción de la jurisprudencia por el TEDH sobre esta cuestión es notable. La STC 136/1994, de 9 de mayo, con cita expresa a la STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986, recordará que las libertades del artículo 20 CE juegan un papel determinante en un sistema democrático cuando tienen por objeto asuntos de indudable interés gene-

(38) Enrique LINDE, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA *et alii*, Cívitas, 1978, págs. 153-154. Discrepa de esta interpretación Manuel ORTELLS RAMOS, «El juez ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, 1998, pág. 23. Vide, asimismo, Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *El Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español*, «Revista General de Derecho», núm. 510, 1987, págs. 894-5.

(39) Vide, asimismo, SsTC 139/1989, de 20 de julio, y 241/1991, de 16 de diciembre.

(40) Javier DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española*, núm. 119 de esta REVISTA, mayo-agosto 1989, pág. 247.

ral. Con referencia expresa a la STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986, la STC 107/1988, de 8 de julio, distinguirá entre libertad de expresión y libertad de información a partir de la distinción entre opiniones y hechos, aplicando el principio de veracidad sólo a la segunda (41). Con relación a este principio, la doctrina relativa a la exigencia de que los tribunales ordinarios dejen probar la veracidad de las afirmaciones controvertidas, explicitada en la STEDH *Castells*, de 23 de abril de 1992, será asumida en la STC 190/1992, de 16 de noviembre:

«... es de notar cómo, en la Sentencia del TEDH de 23 de abril de 1992, se atribuye una importancia decisiva al hecho de que los órganos judiciales no permitieran que el Sr. Castells probara la veracidad de sus declaraciones por considerar que la *exceptio veritatis* no era invocable en materia de delito de injurias contra el Gobierno. Este reproche, sin embargo, no puede dirigirse a las Sentencias impugnadas en el presente recurso ya que, conforme se deduce de la lectura de las actuaciones, el órgano judicial de instancia consintió la práctica de la abundante prueba solicitada por la defensa al objeto de demostrar que, efectivamente, tal y como había afirmado el recurrente, en las Audiencias Provinciales de Pamplona, San Sebastián, Bilbao y Vitoria “se siguen o han seguido causas por malos tratos o torturas contra miembros de las Fuerzas o Cuerpos de la Seguridad del Estado, causas en las que, en algunos casos, ha recaído auto de procesamiento o Sentencia condenatoria”» (FJ 5).

La STC 62/1982, de 15 de noviembre, con cita expresa de la STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, asumirá que las libertades de expresión e información amparan tanto los juicios de valor o las informaciones moderados, favorables o inocuos, como los que molesten, hieran o incomoden al Estado o a una parte de la población. Dicha doctrina la aplicará el Tribunal Constitucional en la STC 76/1995, de 22 de mayo, con referencia expresa a la STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986, con relación a los cargos públicos, advirtiendo que los mismos han de soportar las críticas por muy desfavorables que sean, siempre y cuando se basen en hechos objetivos:

«Esto es predicable con toda su intensidad en el caso de quienes ocupan cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, como consecuencia de la función

(41) En esta sentencia el Tribunal Constitucional admite la recepción de la jurisprudencia del TEDH sobre este punto. Ello no obstante, parece olvidar su propia jurisprudencia, que puede considerarse predecesora de la del TEDH, especialmente las SsTC 105/1983, de 23 de noviembre, y 6/1988, de 21 de enero, en la que se aplica el principio de veracidad sólo a la libertad de información en cuanto tiene por objeto hechos.

que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático. Sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (Sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lingens*)» (FJ 6) (42).

Por lo que respecta a las críticas a las instituciones, en particular la crítica al Ejecutivo, el Tribunal Constitucional advertirá en su STC 190/1992, de 15 de febrero, con referencia expresa a la STEDH *Castells*, de 23 de abril de 1992, que la crítica al mismo goza de unos márgenes más amplios que cuando la misma se dirija a una persona, incluso si se trata de un político:

«Pero no debe olvidarse que igualmente ha declarado que, en caso de invocación de la libertad de expresión, la concesión del amparo depende de que, en la manifestación de la idea u opinión se hayan añadido o no expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas (por todas, STC 107/1988). Por lo demás, esta doctrina ha sido recientemente avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, T.E.D.H.) en la Sentencia *Castells* de 23 de abril de 1992 en la que, tras afirmarse que la libertad de discusión política no tiene un carácter absoluto y que los límites de la crítica admisible son más amplios cuando se dirige contra el Gobierno que cuando recae sobre un particular, incluso si se trata de un político, explícitamente se reconoce que ello no impide que las autoridades estatales competentes “puedan adoptar medidas, incluso penales, dirigidas a reaccionar de modo adecuado y no excesivo frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe” (fundamento jurídico 46)» (FJ 5).

Los colectivos como militares o funcionarios, que están sujetos a una relación especial de sujeción con la Administración, han de soportar mayores restricciones en el ejercicio de este derecho. Esta doctrina, que se explicitó por el TEDH por primera vez en la STEDH *Engels*, de 8 de junio de 1976, será asumida, con cita expresa de dicha sentencia, en la STC 143/1991, de 1 de julio, que tenía por objeto las declaraciones de un militar criticando las medidas del Gobierno en favor de los militares de la Segunda República:

(42) Entre las recientes, vide STC 2/2001, de 15 de enero, con cita de abundante jurisprudencia del TEDH: SsTEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979; *Lingens*, de 8 de julio de 1986; *Schwabe*, de 28 de agosto de 1992; *Praeger y Oberschlick*, de 26 de abril de 1997; *Fressoz y Roire*, de 21 de junio de 1999; *Bergens Tidende* de 27 de junio de 2000; *Lopes Gomes da Silva*, de 28 de septiembre de 2000; y *Du Roy y Malaurie*, de 3 de octubre de 2000.

«En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, por lo que se refiere a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, que aquella libertad garantizada en el art. 10 del Convenio es aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes; pero que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos. Por ello, a juicio de dicho Tribunal, no se debe olvidar, en el campo de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de miembros individuales de las Fuerzas Armadas, así como sus específicos deberes y responsabilidades (STEDH de 8 de junio de 1976 —caso *Engel y otros*—, fundamentos de Derecho 54 y 99 a 103), (FJ 4) (43).

En cuanto a la posibilidad de informar sobre asuntos relativos a la actuación de los poderes públicos, el Tribunal Constitucional en su sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, con remisión expresa a la sentencia *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, se pronunciará en favor de la legalidad de los juicios paralelos siempre y cuando los mismos no conlleven ningún menoscabo de la autoridad judicial:

«Para la Sentencia de instancia, la extralimitación del derecho a la información se habría producido porque la causación del accidente se encontraba en fase de investigación y sub iudice; pronunciarse sobre la misma suponía realizar de forma ilegítima un “juicio paralelo” sobre el origen del accidente. Aun cuando el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos haya previsto la posibilidad de establecer límites legales a los derechos de información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial, cuando lo exija una necesidad social imperiosa —límite que ha sido interpretado muy restrictivamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Handyside*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976; *The Sunday Times*, 26 de abril de 1979; *Lingens*, 8 de julio de 1986)— en el presente caso el órgano judicial ha impuesto un límite a la libertad que no se justifica en interés de la buena tutela de la justicia. Ni siquiera de las circunstancias del caso podría deducirse que la información publicada haya puesto en peligro la imparcialidad y el prestigio de los Tribunales. Por ello sería aquí aplicable la afirmación del

(43) Vide en el mismo sentido STC 270/1994, de 17 de octubre.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que "incluso si se hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, ésta no hubiera tenido consecuencias adversas para la 'autoridad del Poder Judicial'" (TEDH, caso *The Sunday Times*, Sentencia 26 de abril de 1979, núm. 63)» (FJ 9) (44).

Por último, es clara la recepción de la doctrina de los límites contenida en sentencias del Tribunal de Estrasburgo tales como las SsTEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976; *The Sunday Times*, 26 de abril de 1979, y *Lingens*, 8 de julio de 1986 (45). Por su trascendencia cabe traer a colación la STC 136/1999, de 20 de julio (caso del vídeo electoral de HB), en la que hace uso de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional, asumiendo lo dicho por el TEDH, admitió que las declaraciones controvertidas no eran lícitas y sí, en cambio, merecedoras de sanción, pero amparó a los demandantes en base a que la sanción impuesta era desproporcionada:

«En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una reacción desproporcionada contra unas declaraciones, aun cuando éstas no sean lícitas y merezcan una sanción, vulnera el derecho a la libertad de expresión por no resultar necesaria en una sociedad democrática (art. 10 CEDH, Sentencia del TEDH *Tolstoy Miloslavsky*, de 13 julio de 1995, párf. 5 1.). La desproporción resulta mayor cuando se trata de las declaraciones emanadas de un partido político, dado su papel esencial para asegurar el pluralismo y el adecuado funcionamiento de la democracia (Sentencia del TEDH *Partido Socialista contra Turquía*, 25 de mayo 1998, párf. 41)» (FJ 24).

6. CONCLUSIONES

A la vista de la jurisprudencia del TEDH podemos afirmar que el ejercicio de la libertad de expresión con relación a la actuación de los poderes públicos goza de límites muy amplios. Este derecho abarca las opiniones o informaciones favorables, las inocuas y las desfavorables. De establecerse una graduación en cuanto a la intensidad de las críticas, las dirigidas al Ejecutivo gozan de unos márgenes más amplios que las dirigidas a los representantes políticos. Por su parte, las dirigidas contra funcionarios disfrutan de unos márgenes más restringidos que las vertidas sobre los repre-

(44) Entre las recientes, vide STC 136/1999, de 20 de julio, con cita de las SsTEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y *Worm*, de 29 de agosto de 1997.

(45) Vide y por todas, SsTC 137/1990, de 19 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre, y 207/1996, de 16 de diciembre.

representantes políticos. De igual manera, y con relación a las instituciones, de a jurisprudencia del TEDH puede concluirse que las críticas al Ejecutivo gozan de unos márgenes más amplios que las dirigidas contra el Poder Judicial.

Por otra parte, las personas que desempeñan cargos o funciones públicas son, asimismo, titulares de este derecho. Ello no obstante, los representantes políticos gozan de unos límites más amplios, mientras que colectivos tales como militares, jueces y funcionarios en general son objeto de mayores restricciones en su ejercicio en aras al buen funcionamiento de la Administración. Especial mención merece la jurisprudencia referida a los funcionarios, pues el TEDH ha afirmado que son objetivos que justifican la necesidad de una injerencia la defensa de los valores democráticos y la neutralidad política de la Administración.

Para finalizar, advertir que la recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del Tribunal Constitucional español es más que notable. Ejemplo de ello son la distinción entre libertad de expresión e información a partir de la diferenciación entre opiniones y hechos; la aplicación del principio de veracidad sólo a esta última; la importancia de que se permita probar la realidad de unas afirmaciones; el hecho de que se amparen tanto las informaciones o las opiniones favorables como las desfavorables que inquietan, molestan o, incluso, ofenden; los amplios márgenes de que gozan estos derechos cuando se refieren a asuntos de interés público, destacando especialmente la recepción de la doctrina relativa a los juicios paralelos y a la crítica a los representantes políticos; la doctrina de los límites; el hecho de que el ejercicio de este derecho se someta a mayores restricciones cuando se trate de personas, como militares y funcionarios, que mantienen con la Administración una relación especial de sujeción.