

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CINE EN EL CONSEJO DE EUROPA^(*)

SUSANA DE LA SIERRA MORÓN

SUMARIO: I. DON LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. EL IUSFUNDAMENTALISTA Y EL PROFESOR — II. EL CINE Y LOS DERECHOS CULTURALES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. EN ESPECIAL, EL CONSEJO DE EUROPA — III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 1. Libertad de expresión, libertad artística, neutralidad del Estado — 2. Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia.— IV. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: La cinematografía es un sector de la realidad que ha sido objeto de regulación desde su surgimiento en el siglo XIX. Su naturaleza es compleja y ello ha conllevado y conlleva un tratamiento jurídico plural, así como su inserción en políticas públicas de diversa índole. En el presente trabajo se aborda la cinematografía desde su consideración como manifestación cultural y se insiste en sus perfiles iusfundamentales. De un lado, se inserta en la categoría de derechos culturales. De otro, es también foro de encuentro en el que se concitan otros derechos fundamentales, como son, de forma destacada, la libertad de expresión y, con carácter más específico, la libertad artística. Dichas libertades pueden verse afectadas tanto por una excesiva intervención pública como por un déficit de la misma. La intervención de los poderes públicos en la cultura puede considerarse un nuevo *sector de referencia* (SCHMIDT-ASSMANN) y dicha intervención se encuentra condicionada de manera paulatinamente más intensa por el contexto jurídico supranacional. Especial interés presenta aquí, debido a los orígenes de este trabajo, el Consejo de Europa y, esencialmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los pronunciamientos del Tribunal sobre la libertad de expresión constituyen, por lo tanto, el marco iusfundamental necesario para el desarrollo de la actividad cinematográfica, aun cuando algunos asuntos no procedan de un conflicto surgido de forma directa en este medio artístico. Del análisis de la jurisprudencia se deduce una trayectoria un tanto ambigua del Tribunal Europeo en la determinación del margen de apreciación de los Estados, ambigüedad que cabe confiar se reducirá en el futuro, de modo que el desarrollo de la actividad cinematográfica no sea objeto de restricciones innecesarias y desproporcionadas en una sociedad democrática.

(*) Este trabajo fue originariamente redactado para su publicación en el *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, coordinado por Luis MARTÍN REBOLLO y José BERMEJO VERA. El libro se encuentra en prensa en el momento de corrección de pruebas de impresión.

Palabras clave: actividad cinematográfica; derechos culturales; sectores de referencia; intervención pública; libertad de expresión; libertad artística; margen de apreciación; restricciones en una sociedad democrática.

ABSTRACT: The movie industry is an area that has been subject to regulation since its origins in the XIXth century. Its nature is complex and thus it has implied and still implies a plural legal treatment, due to its inclusion in various public policies. In this article the movie industry is considered in its artistic meaning and special emphasis is put as well in its value for fundamental rights. On the one hand, movie production can be regarded as a subcategory of cultural rights in a broad sense. On the other hand, it is also a meeting point of other fundamental rights, such as freedom of expression and, more specifically, artistic freedom. Those freedoms can be affected both by an excessive as well as by a scarce public intervention. Public intervention in cultural/artistic areas can be considered a new reference sector (SCHMIDT-ASSMANN) which has gained importance in the supranational legal framework. Particularly interesting is here, for the purposes of this article, the Council of Europe and, essentially, the case law of the European Court of Human Rights. The rulings of the Court on freedom of expression build therefore the fundamental rights framework necessary for the development of movie production, even in those cases in which they do not specifically refer to this artistic activity. The analysis of this case law shows a rather ambiguous path as regards the clarification of the margin of appreciation conferred to the States. It is hoped that this ambiguity will be reduced in the future, thus implying that the development of film production will not be subject to unnecessary and disproportionate restrictions in a democratic society.

Key words: movie production; cultural rights; reference sectors; public intervention; freedom of expression; artistic freedom; margin of appreciation; restrictions in a democratic society.

I. DON LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. EL IUSFUNDAMENTALISTA Y EL PROFESOR

Conocí a D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO literariamente en la Universidad de Bayreuth, en la Franconia alemana, el curso académico 1998/1999. Recién terminados los estudios de Licenciatura, me disponía a realizar un curso de postgrado para especializarme en Derecho alemán y mi tutor en Bayreuth, Rudolf STREINZ, me propuso comparar los sistemas de protección de los derechos fundamentales en España y en Alemania. Ya en aquel momento, Luis MARTÍN REBOLLO seguía mi trabajo desde la distancia y me hizo llegar al buzón de Frankengutstrasse diversos trabajos de D. Lorenzo, que me ayudarían enfocar el análisis del Derecho español en el aspecto mencionado. El valor añadido de dichos trabajos radicaba en el hecho de haber sido escritos por un testigo excepcional de la gestación de la norma fundamental del Estado y, en concreto, del original (en el panorama comparado) artículo 10.2 de la Constitución Espa-

ñola (CE) (1). Disfruté también leyendo las intervenciones del profesor MARTÍN-RETORTILLO en la Comisión Constitucional del Senado, en las que hacia frente a las preocupaciones manifestadas por quienes entendían que un precepto de esas características podría ser utilizado como arma para instaurar en España un modelo educativo no deseado por el constituyente. En efecto, la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre la materia podría pervertir el contenido otorgado al art. 27 CE, fruto de un delicado consenso derivado del intenso vínculo existente entre educación, ciudadanía, sociedad y, por ende, modelo de Estado. Todo ello me ofreció un excelente bagaje para afrontar el estudio comparado y para aplicar las teorías del también profesor de Bayreuth Peter HÄBERLE (2). El profesor HÄBERLE es un adalid de la consideración del Derecho Comparado como quinto método interpretativo, a continuación de los cuatro métodos clásicos propuestos en 1840 por F.C. von SAVIGNY en su *Sistema del Derecho Romano actual*. Pero, además, en varios de sus trabajos ha aludido al perfeccionamiento progresivo del Estado Constitucional, precisamente de la mano del Derecho Comparado. (3) En efecto, la importación de experiencias jurídicas positivas puede contribuir a dicho perfeccionamiento en otros entor-

(1) Me estoy refiriendo, fundamentalmente, a los trabajos recogidos en el libro, L. MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado)*, Akal, Madrid, 1984. El art. 10.2, como consta en los trabajos parlamentarios, tuvo como modelo el art. 16 de la entonces recientemente aprobada Constitución portuguesa. Recientemente, sobre algunas manifestaciones del art. 10.2, se ha defendido una tesis doctoral en la Universidad de Barcelona, tesis que ha sido, además, receptora del Premio Nicolás Pérez Serrano, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cf. A. QUERALT JIMÉNEZ, *Los efectos interpretativos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Véase también A. SAIZ ARNAZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

(2) Finalmente el trabajo llevaría por título *Die Europäische Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Recht Deutschlands und Spaniens. Positives Recht und Verfassungsrechtsprechung*, y una parte del mismo fue objeto de publicación: *Die Europäische Menschenrechtskonvention im innerstaatlichen Recht Spaniens. Positives Recht und Verfassungsrechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zum Begriffus commune europeum*, Revista jurídica hispano-alemana *Informaciones*, n. 1/01, Abril 2001, pp. 22ss.

(3) Al pensamiento de P. HÄBERLE dediqué unas breves consideraciones en el trabajo S. DE LA SIERRA, *Estado constitucional, comunidad cultural y espacio público en Europa: una aproximación al ensayo de Peter Häberle «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?»*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 64, 2002, pp. 323ss. Sobre el desarrollo progresivo del Estado Constitucional y sobre la función del Derecho Comparado en este desarrollo, vid. P. HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates* (1989), ahora en la recopilación de trabajos *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlín, 1992. La bibliografía sobre el profesor HÄBERLE puede encontrarse en su sitio internet: <http://www.uni-bayreuth.de/departments/bieur/veroeff-IX.html> [fecha de entrada: 3 de enero de 2008].

nos jurídicos, siempre que dicha importación se realice siguiendo un método y siempre que las importaciones se adapten al nuevo contexto en el que han de operar. No se ha de importar por importar, sino porque es útil. Y no se ha de importar de cualquier modo, dado que una institución de «éxito» en un ordenamiento jurídico es posible que carezca de tal en otro ordenamiento distinto, debido precisamente a diferencias en el contexto (4).

En cualquiera de los casos, con estos postulados metodológicos en mente, analicé los respectivos preceptos de Derecho positivo en España y en Alemania, así como las respectivas jurisprudencias constitucionales. Con ello argumentaba a favor de una interpretación entonces minoritaria en Alemania y no aceptada por el Tribunal Constitucional alemán en aquella fecha (5), según la cual el Convenio Europeo de Derechos Humanos habría de ser considerado como una norma de rango constitucional, al menos por vía interpretativa. Los trabajos de D. Lorenzo y sus intervenciones en la Comisión Constitucional del Senado fueron, por consiguiente, determinantes para la elaboración de tales propuestas.

Conocí, por tanto, a D. Lorenzo *literariamente* en la Universidad de Bayreuth y lo conocí *literalmente*, si se me permite el juego de palabras, en la localidad griega de Vravrona, con ocasión de la Conferencia Anual del Grupo Europeo de Derecho Público (6). Aquel año el Grupo concedía el doctorado *honoris causa* al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y D. Lorenzo contribuyó al homenaje con una *laudatio*, uniéndose así al Presidente honorario de Sección del Consejo de Estado francés, Guy BRAIBANT, a Franck MODERNE y a Luciano VANDELLI. Yo asistía entonces como estudiante a la Academia de Derecho Público, dirigida por Luis ORTEGA ÁLVAREZ (7), y participé en las clases impartidas por el profesor MARTÍN-RETORTILLO, tanto ese año como el siguiente, en el que culminaría el ciclo de estudios en la Academia (8). En

(4) Sobre todo ello, con carácter general, me remito a S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Especialmente crítico con la metodología comparada y, en especial, con un uso «irresponsable» de la misma se ha mostrado A. NIETO. Cfr. fundamentalmente el Prólogo al libro de J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

(5) Parece que el Tribunal Constitucional alemán ha aceptado algunas de las propuestas de la doctrina (minoritaria) alemana en la sentencia de 14 de octubre de 2004 [2 BvR 1481/04].

(6) A las actividades del Grupo Europeo de Derecho Público, en el marco de la presentación de las sesiones de la Academia de Derecho Público Europeo, nos referimos en el artículo colectivo S. DE LA SIERRA MORÓN/M. MARSAL I FERRET/J.L. VEGA CASTRO/A. QUERALT JIMÉNEZ/S. RUIZ MARTÍNEZ, *La Academia de Derecho Público Europeo: Crónica de su actividad*, RAP, 157 (2002), pp. 445ss.

(7) De hecho, en aquel contexto conocería a quienes hoy son compañeros de la Universidad de Castilla-La Mancha.

(8) La culminación de los estudios se realizó mediante la realización de un trabajo de investigación presentado en Grecia ante un Tribunal presidido por el propio profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO y del que también formaban parte Thomas Gross y Luis ORTEGA ÁLVAREZ.

dichas clases pude constatar el mismo rigor, pero también la misma claridad en el discurso que había encontrado en los trabajos escritos. Y ello se apreciaba de singular modo en la exposición y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que me referiré con mayor detalle en la parte tercera del presente trabajo (9).

Esta larga introducción creo se justifica debido al contexto en el que se ha elaborado el presente trabajo y que ha de entenderse como lo que realmente es: un homenaje al iusfundamentalista y al profesor, al profesor y al iusfundamentalista. Ha de entenderse como una pequeña muestra del apoyo, el incentivo y la ayuda que en su día supusieron y continúan suponiendo no sólo algunas páginas de D. Lorenzo, sino, con carácter general, su ejemplo. Y ello, quizás, asumiendo de forma inconsciente la invitación que el propio profesor MARTÍN-RETORTILLO realizaba en el proemio a su recopilación de trabajos publicada con el título *Bajo el signo de la Constitución: «Nada más me resta sino expresar mi deseo sincero de que en la (...) república de los juristas a alguien sirvan de apoyo, de incentivo o de ayuda, estas páginas que fueron surgiendo con esfuerzo mantenido e ilusión renovada»* (10).

II. EL CINE Y LOS DERECHOS CULTURALES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. EN ESPECIAL, EL CONSEJO DE EUROPA

El objeto específico de esta modesta aportación es el tratamiento que la cinematografía recibe en el contexto internacional, con singular atención al Consejo de Europa y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de forma directa o indirecta, incide en este ámbito. Este somero recorrido se inserta, además, en una línea de investigación más amplia sobre las mutaciones del Derecho Administrativo y de la Administración Pública, a raíz de la existencia de nuevos *sectores de referencia* inexistentes, o prácticamente inexistentes, en el siglo XIX, momento en el que se gesta el Derecho Administrativo clásico (11). La intervención del Estado en la cultura o, de

(9) Un discípulo del profesor MARTÍN-RETORTILLO, Omar BOUAZZA ARIÑO, ha tomado ahora el relevo en el seguimiento de la jurisprudencia de Estrasburgo en la *Revista de Administración Pública*.

(10) *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, p. 11.

(11) Esta línea de investigación se ha concretado en un extenso trabajo titulado *Intervención pública en la cinematografía y organización administrativa*, pendiente de publicación. Véase, además, S. DE LA SIERRA, *La adaptación de las instituciones culturales españolas a la globalización*, en C. FERNÁNDEZ LIESA/J. PRIETO DE PEDRO, «Comercio y Cultura», en prensa [Escuela Diplomática], realizado en el marco del proyecto de investigación «Relevancia para España del régimen jurídico internacional de protección de la cultura y del comercio de bienes culturales» [ref. SEJ2006-15317-C02-01/JURII], financiado por el Ministerio de Educación y cuyo investigador responsable es

forma más amplia, la relación entre Estado y cultura, constituye el punto de partida de la investigación y también de este trabajo concreto (12). Y, entre las diversas manifestaciones culturales, he optado por la cinematografía (13), si

Jesús PRIETO DE PEDRO, Universidad Carlos III/UNED (Instituto Interuniversitario para la comunicación cultural). La reforma de la teoría general del Derecho Administrativo, incluido el Derecho de la Organización, sobre la base de nuevos sectores de referencia es la propuesta en Alemania fundamentalmente por el profesor SCHMIDT-ASSMANN. Al respecto cabe remitirse a la traducción al castellano de su obra *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Springer, Berlín, 1998), traducción coordinada por J. BARNÉS y publicada en la editorial Marcial Pons (2003) con el título *El Derecho Administrativo como sistema*. También cabe remitirse ahora a J. BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006. Se trata de la publicación de trabajos de profesores alemanes (E. SCHMIDT-ASSMANN y R. PITTSCHAS) y españoles (L. PAREJO y J. BARNÉS), cuyo origen son dos seminarios celebrados respectivamente en Madrid y en Mazagón (Huelva). En España, ya en 1961, E. GARCÍA DE ENTERÍA afirmaba que la organización administrativa no puede resolverse en función de esquemas abstractos e intercambiables, sino que cada «función material viene a postular un tipo de organización» (*La Administración Española*, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1999 — primera edición en 1961 —, pp. 39-40). El autor plasma en esta obra, como es conocido, su reflexión sobre las características de la Administración española, características que vienen determinadas por el peculiar y propio devenir histórico de la Administración en España en comparación con las Administraciones en otros Estados, en especial aquéllas que en su día sirvieron de modelo. La afirmación realizada, entiendo se puede aplicar al fenómeno de ampliación de las competencias de las Administraciones Públicas por ampliación de los fines del Estado y, por tanto, al surgimiento de nuevos sectores de referencia.

(12) En el ámbito concreto del Derecho Administrativo, se ha de citar el pionero y reeditadísimo trabajo de J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, CEPC, Madrid, 1992, así como la monografía de M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura*, CEURA, Madrid, 1998. Véase también L. MARTÍN REBOLLO, *Cultura y derecho*, en F. SOSA WAGNER (coord.), «El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo III, pp. 4187ss. Con carácter más general cabe remitirse, entre otros, a N. BOBBIO, *Política e cultura*, Turín, 1955 y, recientemente, en España, J. GRACIA, *Estado y cultura (El despertar de una conciencia crítica bajo el franquismo, 1940-1962)*, Anagrama, Barcelona, 2006. El concepto de «Estado de Cultura», en el que no cabe adentrarse ahora, pero que presenta una importancia decisiva en el tratamiento de esta materia, fue teorizado en Italia por E. SPAGNA MUSSO, en *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Nápoles, 1961. Más tarde, otros autores, como P. HABERLE, también siguieron su estela, completando esta teoría constitucional. Desde un punto de vista crítico, en fin, cabe remitirse a un trabajo recientemente traducido al castellano: M. FUMAROLI, *L'État culturel. Essai sur une religion moderne*, Éditions de Fallois, París, 1991 [a traducción al castellano, de 2007, se ha publicado en la editorial Acantilado con el título «El Estado Cultural»].

(13) El Derecho de la cinematografía ha sido analizado desde una perspectiva iusadministrativista en dos monografías aparecidas con un escaso margen de tiempo: F.J. ALCANTARILLA HIDALGO, *Régimen jurídico de la cinematografía*, Comares, Granada, 2001; C. CAMBA CONSTEÑA, *El Derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. V. también A. OLMEDO GAYA, *Régimen jurídico-administrativo de la cinematografía en España*, RAnAP 40 (2000), pp. 385ss. A modo de contraste, cabe remitir al estudio de otros sectores culturales, como es el caso de la música [A. EMBID IRUJO, *Un siglo de legislación musical en España (Y una alternativa para la organización de las enseñanzas artísticas en su grado superior)*, RAP, 153 (2000), pp. 471ss.] o del teatro [T.D. NÚÑEZ GÓMEZ, *Administración Pública y Teatro*, REDA, 128 (2005), pp. 669ss.].

bien se han realizar algunas precisiones previas relativas, precisamente, a sus vínculos con la cultura.

La cinematografía es una realidad que presenta una naturaleza plural y, en consecuencia, los poderes públicos la abordan desde un prisma asimismo plural. En efecto, el cine es, en primer y destacado lugar, una actividad del ingenio humano, circunstancia que ha justificado y justifica, por ejemplo, un sistema de ayudas públicas en aras a primar la calidad estética de determinados filmes (14). En segundo lugar, la importancia económica de esta industria cultural es, asimismo, uno de los motores que han impulsado el desarrollo de este medio. Entre ambos extremos, el cine como cultura y el cine como economía o elemento de desarrollo económico, existen otras acepciones, entre las que podría destacarse su consideración como elemento de ocio o su vinculación con el turismo. En todos estos casos los poderes públicos han de adoptar estrategias específicas, en un marco jurídico concreto y, como en el caso de España, teniendo en cuenta los mecanismos de distribución territorial de competencias. Así, siguiendo con el Derecho español, el Tribunal Constitucional ha subrayado en repetidas ocasiones que «[c]onstituye la cinematografía, en efecto, una actividad que puede subsumirse en diversas reglas competenciales, constitucionales y estatutarias, lo que no es sino consecuencia de su complejo carácter como fenómeno cultural, social, económico e industrial, pues de todos estos matices o aspectos participa. Será después el sentido y finalidad de las diversas normas objeto de conflicto lo que marque el aspecto predominante, según incidan más o menos en el factor artístico o creador, en el internacional, en el comercial o en el industrial, cuando no en el mero o simple entretenimiento, desembocando con el reconocimiento del predominio de uno u otro aspecto en el del título competencial de aplicación preferente» (15).

(14) Las ayudas públicas a la cinematografía son muchas y variadas. Además de las concedidas a las películas en función de una especial calidad artística, existen otras, como son, a título de ejemplo, las denominadas «ayudas por éxito», es decir, aquellas que se conceden en relación directamente proporcional a los ingresos obtenidos en taquilla. En cualquiera de los casos, hay autores que han utilizado el método del análisis económico del Derecho para concluir que el sistema de ayudas públicas no ha contribuido a fomentar una cinematografía competitiva y/o de calidad. Cfr. a este respecto C. PADRÓS REIG/M. MUÑOZ FERNÁNDEZ, *Efectos económicos de la normativa de protección y fomento de la cinematografía en España*, RAP, 171 (2006), pp. 355ss. Como complemento, y en el ámbito supranacional, del primero de los autores puede verse también C. PADRÓS REIG, *La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia*, «Gaceta Jurídica de la Competencia», 231 (2004), pp. 83 ss.

(15) Esta afirmación, que constituye un *leit motiv* en la jurisprudencia del Tribunal, puede leerse en la sentencia 153/1989, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto. E. MALARET pone de manifiesto cómo la incidencia social del cine, unida a su importancia económica, constituyen factores que explican la elevada conflictividad derivada de este medio cultural ante el Tribunal Constitucional. V. E. MALARET, *Ley y reglamento en la determinación de las cuotas de pantalla y distribución cinematográfica: significado y alcance de las cláusulas de remisión al reglamento, «La Ley»*, 1991-4, pp. 291ss. [p. 292].

Interesa ahora detenerse en el aspecto cultural del cine, un aspecto que se viene afianzando debido, también, a la impronta de algunas organizaciones internacionales. La cinematografía es un bien cultural, reflejo de una idiosincrasia colectiva o individual, manifestación de la creatividad humana y vehículo para el conocimiento de personas, lugares y formas de vida. Ello justifica que organismos internacionales como el Consejo de Europa o la UNESCO le hayan presentado una atención destacada. Así, ambas organizaciones han desarrollado actividades de fomento y promoción de la cinematografía, en sus vertientes de producción y de distribución, primando en ello criterios culturales, como son la preservación de determinadas tradiciones y lenguas (16), el contacto con otros entornos geográficos y sociales o el apoyo a la creatividad y a los nuevos valores (17).

La actividad del Consejo de Europa en la cinematografía cuenta ya con una trayectoria consolidada, plasmada en el programa *Euroimages* (18). Este programa abarca un conjunto de ayudas a la cinematografía y al audiovisual en general, del que se benefician los 33 Estados Miembros (19). Se trata, en

(16) El fomento de la producción cinematográfica en determinadas lenguas podría constituir, de hecho, un impulso decidido a la normalización de su uso, una normalización que en algunos supuestos presenta deficiencias, tal y como en España han denunciado algunos autores. Cf., entre otros, M. ALCARAZ/ J. OCHOA/ F. ISABEL, *La Llei d'ús i ensenyament del valencià, en via morta*, «Revista de llengua e dret», núm. 41 (2004), pp. 105ss. El primero de estos autores, además, alude directamente a la promoción del valenciano en la cinematografía en otro trabajo, *El régimen jurídico de las lenguas en la Comunidad Valenciana*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 1999, <http://www.geocities.com/golls.geo/Baixar/RJLPV-Alcaraz.pdf> [fecha de entrada: 3 de enero de 2008].

(17) Existen otras iniciativas internacionales, como el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (en el seno de la OCDE) o el *New Transatlantic Market* (que persigue un diálogo directo entre Estados Unidos y Europa) si bien su impronta es hoy por hoy todavía reducida. Apud S. REGOURD, *L'exception culturelle*, PUF, París, 2^a ed., 2004, p. 6.

(18) Véase el sitio internet www.coe.int/euroimages [fecha de entrada: 3 de enero de 2008]. En el apartado relativo a las misiones y objetivos del programa *Eurimages* se indica que los objetivos de las ayudas que se conceden son dos: uno cultural y otro económico. Sin embargo, se insiste en que incluso cuando el cine es considerado como industria no se debe olvidar que afecta a un tipo de arte y que, por lo tanto, ha de ser tratado como tal.

(19) Resulta curioso el caso del Reino Unido, que fue miembro del programa en los primeros momentos del mismo, pero se desvinculó en el año 1997. En el año 1997 ascendió al poder el partido laborista, tras varios años de dominio conservador, y se implicó de forma muy intensa en el desarrollo de políticas culturales, incluida la propia política cinematográfica. Esta circunstancia se plasma, incluso, en el plano organizativo, dado que el actual *Consejo Británico de la Cinematografía* (el *UK Film Council*) es fruto de estas iniciativas. Una característica de este organismo es que canaliza la concesión de ayudas públicas a la cinematografía, tanto las procedentes de fondos nacionales, como las procedentes de fondos comunitarios. En este contexto, reitero, resulta extraña la desvinculación del Reino Unido de un programa como el *Eurimages*, de fomento y promoción de la industria cinematográfica y audiovisual europea. La razón, quizás, pudiera encontrarse en un deseo de acercamiento a la más potente industria estadounidense, con la que comparte, entre otros

esencia, de fomentar la coproducción entre dichos Estados y de consolidar una industria cinematográfica y audiovisual en el viejo continente que pueda competir con otras industrias y que, además, contribuya a preservar y a difundir la cultura europea. Además de fomentar la coproducción, que es hoy uno de los elementos clave de las políticas cinematográficas, se pone el acento en la distribución y en la exhibición. Ambas fases de la vida cinematográfica han sido tradicionalmente relegadas a favor de la subvención directa de la producción, pero en la actualidad los poderes públicos han aumentado su ámbito de actuación. La distribución y la exhibición son actividades determinantes para el acceso a la obra cinematográfica y los problemas específicos que plantean son variados, pero en general se reconducen a la situación de monopolio de determinadas empresas. Aun cuando no exista dicha situación de monopolio, el riesgo empresarial de optar por unas cintas y no por otras puede perjudicar a quienes no tienen acceso a las redes oportunas y, por extensión, perjudica a los espectadores que desean ver «otro» cine. En fin, la apuesta más reciente en la política cinematográfica del Consejo de Europa, a través del programa *Eurimages*, es la digitalización de las obras, para facilitar, precisamente, su difusión, su exhibición, pero también su conservación (20).

Por último, se ha de señalar que también la Comunidad Europea —pese al inevitable velo económico que cubre todas sus políticas— ha afrontado la materia desde esta perspectiva (21). Así, y a título de ejemplo, además de los conocidos programas MEDIA, la Dirección General de Desarrollo de la Comisión Europea, concibiendo el desarrollo de los pueblos desde una óptica cultural, ha aprobado un programa específico de ayudas a la cinematografía para los países ACP (África, Caribe, Pacífico) en el marco del Noveno Fondo Europeo de Desarrollo (22). Con ello se pretende contribuir al desarrollo de las estructuras industriales de la cinematografía, así como facilitar la distribución de las obras. La intención confesada es ayudar a proteger la diversidad cultural, mostrar las identidades culturales de los países ACP y promover el diálogo intercultural.

datos culturales, la lengua. Este acercamiento, de hecho, se ha plasmado en la instalación de una oficina permanente del *UK Film Council* (que es un organismo público) en Hollywood.

(20) Este planteamiento se observa también en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas, texto en el que, de nuevo, se unen preocupaciones culturales y económicas.

(21) Uno de los autores que más se ha preocupado por estudiar las políticas culturales (singularmente, aunque no sólo, la política lingüística) es B. DE WITTE. Cf., entre sus abundantes trabajos, *ad ex, The Cultural Dimension of Community Law*, en «Collected Courses of the Academy of European Law», Vol. IV, Book 1 (1995), pp. 229ss. V. también R. CRAUFURD SMITH (ed.), *Culture and EU Law*, OUP, New York, 2004, con una recensión preparada por mí misma y publicada en *Yearbook of European Law* 2005, Oxford University Press, pp. 626ss.

(22) Referencia: IP/06/958.

La diversidad cultural, que es uno de los ejes en torno a los cuales se articula la medida comunitaria expuesta, constituye un criterio fundamental en la actual percepción de lo cultural (y, por extensión, también de lo cinematográfico) desde una perspectiva jurídica. Tradicionalmente, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, se ha aludido a la «excepción cultural» (23), expresión proveniente de las relaciones comerciales entre Estados Unidos y Francia tras la Segunda Guerra Mundial (24). La expresión «excepción» alude a una situación anómala respecto de un régimen ordinario o general. Esta explicación de la noción de «excepción cultural», entre otras razones, ha llevado a que el lenguaje actual prefiera la noción de diversidad cultural, que recupera la «normalidad» de la cultura y la dignifica en cierto modo, dotándole de un tratamiento jurídico autónomo, tal y como se pone de manifiesto en el Tratado de la UNESCO de Protección y Promoción de la Diversidad de las Manifestaciones Culturales, aprobado el 20 de octubre de 2005 en París y cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 18 de marzo de 2007 (25). La noción de diversidad parte, además, de una preconcepción específica del «valor» de las distintas culturas. Así, desecharando las teorías evolucionistas (TYLOR) que proponen que el concepto de cultura es único y que las distintas comunidades avanzan, se perfeccionan, tratando de alcanzar dicho modelo, se opta por teorías de la equivalencia (BOAS), que dotan de idéntico valor a todas las manifestaciones culturales del planeta, sin concebir que unas se encuentren más desarrolladas que otras en un único camino hacia el concepto, con mayúsculas, de cultura (26).

La cultura es, en consecuencia, un bien jurídico que proteger, es un derecho fundamental, en consonancia —entre otros textos— con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (27) y requiere, por lo tanto, de una acción positiva de los poderes públicos que actúen en consecuencia. Y la cinematografía forma parte indiscutible de este legado, en especial en el

(23) Una exposición pormenorizada de esta cuestión en castellano se encuentra en J. PRIETO DE PEDRO, *Excepción y diversidad cultural*, Fundación Alternativas, 2005.

(24) Vid. sobre esta cuestión Blum-Byrnes, *L'arrangement 1945-1948*, 1895; Association française de recherche sur l'histoire du cinéma, diciembre de 1993, nº 13. En particular véase el artículo, incluido en esta obra, de J.-P. JEANCOLAS, *L'arrangement Blum-Byrnes à l'épreuve des faits. Les relations (cinématographiques) franco-américaines de 1944 à 1948*, pp. 3ss.

(25) Puede verse el texto de la Convención en www.unesco.org/culture/en/diversity/convetion [fecha de entrada: 3 de enero de 2008].

(26) La incorporación de estas teorías antropológicas en el Derecho Administrativo español la realizó J. PRIETO DE PEDRO, en *Cultura, culturas y Constitución*, cit., pp. 23ss.

(27) También los recientemente reformados Estatutos de Autonomía en España incorporan reconocimientos y garantías específicos en materia de cultura. En general, sobre el actual proceso de reforma estatutaria, v. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

estadio actual, en el que la cultura y la educación —entiendo que inescindiblemente ligada a la anterior— son, en esencia, «visuales» (28).

Resta por aludir a otra de las facetas iusfundamentales de la cinematografía. Si ésta puede considerarse un bien cultural, amparado por determinados derechos culturales, también es cierto que la cinematografía es un medio en el que se pueden ver afectados derechos fundamentales de diversa índole, derechos que pueden entrar en conflicto. Fruto de estos conflictos son algunas de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como se presenta a continuación.

III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema del Consejo de Europa destaca, como es conocido, el sistema de protección de derechos fundamentales derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos y materializado en la existencia de un órgano jurisdiccional encargado de velar por su respeto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (29). Son diversos los derechos reconocidos en este Convenio que se ven involucrados en la actividad cinematográfica y entre ellos destaca el art. 10, que reconoce la libertad de expresión en su más amplio sentido (30).

(28) Un interesante análisis sobre la «nueva cultura», la «cibercultura», que tiene como origen un informe preparado, precisamente, para el Consejo de Europa, se encuentra en P. LÉVY, *Cibercultura. La cultura de la sociedad digital*, Anthropos, Barcelona, 2007. Especial interés en la relación cultura-educación presentan los capítulos X («La nueva relación con el saber») y XI («Las mutaciones de la educación»).

(29) Al respecto véase A. QUERALT JIMÉNEZ, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como es sabido, ha sido y es objeto de atención minuciosa por D. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, quien ha analizado recientemente los problemas que plantea la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos, circunstancia de singular relevancia en la articulación de diversos sistemas de protección de derechos fundamentales. Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004. Se han de citar, además, dos trabajos ya clásicos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1983; ídem, *Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol*, en «Protection des droits de l'homme: la dimension européennes» (Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda), Colonia, 1988.

(30) Véase, recientemente, una publicación del Consejo de Europa con el título *La liberté d'expression en Europe* (existente también en inglés: *Freedom of expression in Europe*), 2006.

1. Libertad de expresión, libertad artística, neutralidad del Estado

La libertad de expresión puede verse afectada de diversos modos en la actividad cinematográfica. Así, a título de ejemplo, puede plantearse si un sistema de ayudas públicas afectaría a este derecho, en la medida en que dichas ayudas se concedan para promocionar un tipo de filmes en detrimento de otros, y dicha opción en realidad conlleve un juicio no estético sino, si se quiere expresar de este modo, moral. Este debate se planteó en su día con carácter más general en Estados Unidos, en torno a la instauración y el mantenimiento de la Agencia Estatal para el Fomento de las Artes (traducción libre de su nombre original: *National Endowment for the Arts*, NEA). La Agencia Nacional para el Fomento de las Artes es una agencia independiente del Gobierno federal instaurada en 1966 con los siguientes objetivos: apoyar la excelencia en las artes, acercar las artes a los americanos y proporcionar liderazgo en la educación artística. Sus conceptos clave serían creatividad, acceso a la cultura y educación (31). Algunos de los autores contrarios a la creación y el mantenimiento de esta agencia han apelado a la falta de neutralidad de sus juicios a la hora de conceder ayudas públicas (32). Este debate, que no se ha producido con idéntica fuerza en Europa, sí se ha de tener presente en el particular ámbito de la cinematografía.

El otro gran contexto en el que se plantean conflictos con la libertad de expresión es el más evidente supuesto de los mensajes transmitidos por las películas cinematográficas, tanto de forma verbal como de forma gráfica. El Tribunal de Estrasburgo, al igual que otros Tribunales que velan por el respeto de los derechos humanos o fundamentales, ha conocido de conflictos de este tipo, delimitando así el contenido de la libertad de expresión. Dicho contenido depende, de manera más aguda que en otros supuestos, del equilibrio que se alcance con otros derechos. Así, la libertad de expresión se va conformando en

(31) Su norma de creación y funcionamiento es *The National Foundation on the Arts and Humanities Act*, 1965. La NEA no es una agencia reguladora, sino ejecutiva. Sobre la regulación en Estados Unidos, desde una perspectiva comparada, véase P. L. STRAUSS, *Rulemaking in the ages of globalization and information: what America can learn from Europe, and vice versa*, 2006 *The Columbia Journal of European Law* 645.

(32) Vid. ad ex C.J. FLORES, *Indecent Exposure: An Analysis of the NEA's 'Decency and Respect' Provision*, 5 UCLA Ent. L. Rev. 251, 257 (1998); N.P. PATEN, *The Politics of Art and the Irony of Politics: How the Supreme Court, Congress, the NEA, and Karen Finley Misunderstand Art and Law in National Endowment for the Arts v. Finley*, 37 Hous. L. Rev. 559 2000; J. WBATHERUP, *Agencies and the Arts: The Dilemma of Subsidizing Expression*, 24 J. Nat'l A. Admin. L. Judges 271, 307 (2004). Véase, además, más allá del específico supuesto de la NEA, C.A. COHEN, *An Endangered Species? Artistic Grants as a Vehicle for the Evolution of Entitlements Law*, 49 Syracuse L. Rev. 1277, 1284 (1999); F. SCHAUER, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84, 98-99 (1998); R. VOSBURGH, *Government Subsidies of Controversial Art: Dung, the Virgin Mary, and Rudy Giuliani*, 11 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 221, 234 (2001).

su contraste con derechos tales como el honor y la intimidad de las personas o el derecho de libertad religiosa (esencialmente en su versión pasiva), o en función de límites específicos establecidos por el ordenamiento jurídico, como pudieran ser algunos tipos penales que de un modo u otro puedan afectar de forma específica a este derecho. Precisamente por estas razones, precisamente debido al conflicto permanente en el que se encuentra este derecho, y que constituye, no obstante, su gran haber, el contenido del mismo se encuentra en cierta manera difuminado y depende en mayor medida que en otros casos del análisis del caso concreto (33).

2. Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia

En el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 encuentra además límites específicos que, al igual que acaece con los límites a otros derechos, se contemplan en el párrafo segundo del mismo artículo. (34) Esta cláusula, que podría incluso considerarse una cláusula de estilo —lógicamente con un valor mayor que el de las cláusulas de estilo en sentido clásico— reza como sigue: «*El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*».

Como es bien sabido, la moral pública, el orden público, son conceptos jurídicos indeterminados, cuya indeterminación aumenta en el especial contexto en el que han de ser aplicados, cual es la jurisprudencia de un Tribunal que ha de conocer de conflictos suscitados en tradiciones jurídicas tan diversas como la islandesa, la lituana, la georgiana, la alemana o la turca. Además, el Tribunal de Estrasburgo concede a los Estados signatarios un margen de apreciación que va siendo perfilando en cada sentencia. Ello no obstante, se ha de recordar que también los aplicadores del Derecho nacionales están habitua-

(33) Aquí cobran especial importancia las teorías de la ponderación de los derechos fundamentales, a las que se viene dedicando gran atención en los últimos tiempos.

(34) La cuestión de los límites a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio constituye otro más de los problemas de articulación entre este texto y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. A este problema le dedicamos atención en S. DE LA SIERRA MORÓN/M. MARSAL I FERRET/J.L. VEGA CASTRO/A. QUERALT JIMÉNEZ/S. RUIZ MARTÍNEZ, *La Academia de Derecho Público Europeo: Crónica de su actividad*, cit., pp. 454ss.

dos a dotar de contenido a conceptos de estas características en un contexto asimismo internacional, en la medida en que hayan de concretar las respectivas normas de conflicto dictadas por el Derecho Internacional Privado, de modo que es una operación que no les ha de resultar extraña.

Una operación de estas características la hubo de realizar el Tribunal de Estrasburgo en una conocida sentencia, la de 20 de septiembre de 1994, asunto *Otto-Preminger-Institut contra Austria* (35), que es un caso testigo de la jurisprudencia posterior (36). En este asunto se dirimía una controversia surgida a raíz de la realización y pretendida difusión en sala pública de una película titulada *El concilio del amor*. Los protagonistas de la trama son un Dios Padre que, como indica la sentencia, se presenta como «viejo, enfermo e ineffectivo», un Jesucristo cuyas facultades intelectuales aparecen recortadas y una Virgen María carente de principios morales, o al menos de principios coherentes con la fe cristiana. Los tres deciden buscar un remedio para paliar la inmoralidad entre los humanos e, incapaces de encontrar una solución, acuden al Diablo. Éste propone crear una enfermedad de transmisión sexual —de características similares a la sífilis— que será difundida entre la humanidad. Para ello, el Diablo procrea con Salomé y la hija de ambos será la encargada de expandir el mal.

La película se basó en una obra de teatro publicada a finales del siglo XIX, en 1894, y ya entonces su autor había sido condenado por un tribunal de Múnich por comisión de «crímenes contra la religión», circunstancia que llevó también la prohibición de la obra en Alemania. El conflicto planteado años más tarde, con ocasión de la película, será del mismo tenor, y presentará unos perfiles muy semejantes (37).

(35) Número de demanda: 13470/87. En general, sobre la libertad de expresión y la libertad religiosa, v. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión*, «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», núm. 36 (2006), pp. 593ss.

(36) Otro asunto, el asunto *Scherer contra Suiza*, podría haber constituido también un caso testigo en la jurisprudencia del Tribunal, pero fue archivado en marzo de 1994, debido a la muerte del autor de los hechos. Dichos consistían en la proyección de películas, en concreto un filme titulado *New York City*, en la parte trasera de un *sex shop* en Zurich. La controversia radicaba en dirigir si dicha conducta constituye una ofensa prevista en el Código Penal consistente en la difusión o exposición de objetos obscenos «en público».

(37) Este es un ejemplo más de la relación estrecha que guarda el cine con el teatro, que se considera un precursor del anterior. Esta circunstancia supuso en su día que en los orígenes del cinematógrafo, cuya invención data convencional (aunque también controvertidamente) de 1895, se aplicaran sobre este nuevo medio las normas reguladoras del teatro. El interés del Derecho y, en consecuencia, del Estado, por este medio ha sido siempre intenso, dado que era un excelente difusor de ideas y, como es lógico, también de ideas que con elevada probabilidad no habrían de gustar a la convulsa clase política del s. XIX con sus también convulsas alternancias políticas. Ello no fue óbice para que en 1869, mediante Real Decreto de 16 de enero, se «decreta[r]ja en España, y en su más lata extensión, la libertad de teatros», atendiendo, entre otras razones, a las siguientes: «Felizmente para el derecho de todos, sonó ya la hora de poner término al capricho de los

La proyección de la película en una sala de cine austriaca, en la región del Tirol, fue convenientemente hecha pública, siguiendo los dictados de la Ley tirolesa sobre las Salas de Cine (*Lichtspielgesetz*), en especial en lo concerniente a la interdicción del visionado de la película a los menores de diecisiete años (38). A petición de la diócesis católica de Innsbruck, el fiscal inició un proceso penal por menosprecio de doctrinas religiosas y, a raíz de ello, se impuso, primero, la medida cautelar consistente en la suspensión de la proyección y, más tarde, de forma definitiva, el secuestro de la cinta. Todo ello obedeció a la consideración de que la libertad artística se encuentra necesariamente limitada por los derechos de los demás a la libertad religiosa y por la obligación del Estado de salvaguardar una sociedad basada en el orden y la tolerancia.

El Tribunal de Derechos Humanos recuerda su propia jurisprudencia anterior, en la que puso de manifiesto que las libertades de pensamiento, conciencia y religión constituyen elementos fundamentales de una «sociedad democrática» en el sentido del Convenio y, en concreto, en el sentido de los límites a la libertad de expresión, contenidos en el art. 10.2 (39). Además, considera una responsabilidad del Estado el velar por que las creencias religiosas sean adecuadamente respetadas. Aun cuando también estas creencias puedan

poderes absolutos, y al Gobierno provisional toca echar por tierra, entre otras odiosas trabas del antiguo régimen, esta, no la menos significativa de sus determinaciones». Lo que esta libertad viene a postular es, en realidad, la desaparición del monopolio estatal de las actividades escénicas en manos del Teatro Nacional de la Ópera y la apertura a la «libre competencia» de esta actividad. Esta y otras normas sobre el teatro pueden consultarse en la edición facsímil de S. ARIMÓN, *El Código del Teatro*, Centro de Publicaciones Jurídicas, Madrid [facsimil editado por Analectia, Pamplona, 2006]. La edición original aparecía precedida de un «juicio crítico» de Jacinto BENAVENTE, quien sostiene, casi afirmaría que *avant la lettre*, lo siguiente: «*Estudios como el presente son muy de agradecer y de estimar, por modestos y por altruistas. (...) De su utilidad hablen, hablemos todos los que del teatro vivimos, ignorantes por regla general de nuestros derechos y de la legislación que los protege. (...) Algo parecido ocurrió con los discos fonográficos, y algo, por este orden, pudiera ocurrir con la reproducción de obras en el cinematógrafo. Los autores desconocen las leyes (...)*» [pp. IV y V]. Además de la cita al cinematógrafo que realiza BENAVENTE en sus líneas, el propio Código del Teatro (que abarca también, como indica el subtítulo, los «demás espectáculos públicos») introduce normas específicamente relacionadas con dicho medio, así como otras de carácter general que también se le aplican (como es el caso de la prohibición de asistir con sombreros a los espectáculos públicos, incluidas las señoras, como precisa una norma de 1903, a excepción de los conciertos, puesto que «*como no se trata de ver, sino de oír, no importa que se prive de la vista á nadie*»).

(38) La publicidad del contenido genérico del filme presenta importancia, dado que es el elemento que lleva a los jueces disidentes (PALM, PEKKANEN y MAKARCZYK) a formular un voto particular.

(39) El Tribunal insiste en que son elementos vitales para la construcción de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida. Esta afirmación presenta singular importancia en el caso concreto, dado que se trata de un asunto surgido en un país, Grecia, cuyos ciudadanos han de hacer constar su religión de forma obligatoria en sus documentos de identidad. La sentencia a la que se refiere el Tribunal es de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis contra Grecia*.

ser sometidas a crítica, incluso satírica, existen límites, que en el Derecho austriaco se reconducen a la expresión jurídica de «causar una indignación justificada». El órgano supranacional ha de analizar, por lo tanto, si Austria vulneró el Convenio, al haber empleado de forma demasiado extensa o equivocada el margen de apreciación que, con carácter general, se concede a los Estados.

La libertad de expresión es, al igual que las libertades de pensamiento, conciencia y religión, uno de los elementos fundamentales de una sociedad democrática, una de las condiciones básicas para el progreso y para el desarrollo de todas las personas, tal y como sostiene el Tribunal de Estrasburgo en el Fundamento Jurídico 49. De hecho, no en vano la libertad de expresión es el primero de los derechos fundamentales que en su día se reconoció en una de las democracias más antiguas, la estadounidense, mediante la famosa Primera Enmienda, y es, desde entonces, uno de los pilares esenciales del sistema, al menos sobre el papel. Sin embargo, como todo derecho, la libertad de expresión también comporta deberes y responsabilidades, entre las que puede incluirse la obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para los demás y que no contribuyan a ninguna forma de debate público capaz de fomentar el progreso en los asuntos humanos (40). Estas consideraciones, entiende el órgano jurisdiccional, se aplican de forma especial a la libertad religiosa, partiendo de la base de que no existe un concepto común en Europa sobre el significado de la religión en la sociedad.

El Tribunal tiene en consideración diversos elementos para valorar si el órgano jurisdiccional nacional ha hecho uso adecuado del margen de apreciación. Apela al porcentaje de población católica en Austria y, en concreto, en Tirol, mostrando que, en efecto, esta confesión es abrumadoramente mayoritaria en ambos casos. Por otro lado, indica que la entrada a la sala de proyección lo es previo pago, de modo que quien accede a la misma lo hace siendo consciente de sus actos, en especial debido a la existencia de la publicidad del filme, a la que ya he hecho referencia. Sin embargo, este mismo dato es el que le sirve al órgano supranacional para concluir que, en efecto, se ha producido una inmisión indeseable en el derecho de libertad religiosa, en su vertiente pasiva, por cuanto el contenido de la película podía ser perfectamente conocido por todas las personas, aun cuando no acudieran a la proyección: «*La proyección propuesta de la película ha de considerarse como una expresión lo suficientemente «pública» como para causar ofensa*» (41). Todo ello lleva a la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, que no son sino los dos derechos afectados: la libertad de expresión y la libertad religiosa. El Tribunal concluye que los órganos jurisdiccionales austriacos han realizado una pondera-

(40) Véase asimismo el Fundamento Jurídico 49.

(41) Cfr. Fundamento Jurídico 54.

ción adecuada, dado que han tenido en consideración la libertad artística (variante de la libertad de expresión) y tomaron la decisión adecuada, teniendo en cuenta el contexto, también el territorial, en el que surgió el conflicto. En este sentido, y como resultado de la ponderación, el Tribunal considera que no se ha producido una vulneración del art. 10 del Convenio (42).

La sentencia en el asunto *Otto-Preminger-Institut* es, como indicaba más arriba, un *caso testigo* en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos y es citada por dicho Tribunal en supuestos posteriores como elemento de referencia de sus pronunciamientos. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 4 de diciembre de 2003, dictada en el asunto *Gündüz contra Turquía* (43). El conflicto surge a raíz de la intervención de un líder político turco en un programa de televisión de una cadena independiente. El sujeto en cuestión formaba parte de un grupo autodenominado «secta» y durante su intervención en el programa de televisión tuvo un intercambio de impresiones con un miembro del pensamiento kمالista, quien insistió en la distinción entre Estado y religión, abundando en el concepto de secularismo. A raíz de las opiniones vertidas en el programa de televisión por el miembro de la secta, quien se manifestó en contra de la democracia y del secularismo, el fiscal general inició un proceso penal por incitación al odio y a la hostilidad, conducta ésta tipificada en el código penal turco. Finalmente, la condena tuvo lugar y, agotadas las instancias nacionales, el líder de la secta acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las asimetrías con el asunto dirimido en la sentencia *Otto-Preminger-Institut* son patentes. Así, en el presente supuesto no se trata de un sujeto que ejerce su libertad artística, empleando un determinado medio para ello, e invitando a los espectadores a acceder a su contenido. Se trata, por el contrario, de

(42) El Voto Particular de los jueces PALM, PEKKANEN y MAKARCYK considera que el hecho de que la gran mayoría de la población austriaca, y en especial en la región de Tirol, sea católica, supone que se haya de proteger de forma singular a la *minoría discrepante*. Una aplicación tan generosa de la doctrina del margen de apreciación contribuiría a un empobrecimiento de la democracia, en la medida en que el pluralismo, que constituye una de sus notas características, se vería menoscabado. *«La Convención»*, consideran los jueces discrepantes, «no garantiza estrictamente el derecho a la protección de los sentimientos religiosos» y éste no puede derivarse del derecho más general a la libertad religiosa. La acción represiva del Estado sólo habría de tener lugar como *ultima ratio*, siempre que se cumplan los requisitos del principio de proporcionalidad apreciados de forma estricta. En el caso concreto, en la medida en que el acceso a la sala de proyección estaba condicionada al pago de una entrada, y en la medida en que los espectadores conocían de antemano el tipo de película que iban a visionar, se convertía en un asunto privado en el que el Estado no habría de interferir. Especial relevancia cobra además para estos jueces el hecho de que la proyección tuviera lugar en un cine ajeno a los circuitos comerciales clásicos (*«art cinema»*), circunstancia que comporta que el tipo de público difiera del público en general y tenga un gusto especial por lo experimental.

(43) Número de demanda: 35071/97.

unas opiniones vertidas a raíz de una invitación para participar en un programa de televisión, para cuyo acceso no se requiere el previo pago. Sin embargo, el Tribunal acude a la doctrina de *Otto-Preminger* y reitera su máxima según la cual la libertad de expresión conlleva también deberes y responsabilidades, circunstancia que obliga a actuar con cierta cautela y a evitar, en la medida de lo posible, expresiones gratuitamente ofensivas y que no contribuyan a la formación del debate público (44). Sin embargo, en el caso concreto considera que, a diferencia del asunto *Otto-Preminger*, sí que ha existido una vulneración de la libertad de expresión. Entre los argumentos que emplea el Tribunal se encuentra el dato de que se trataba de una cuestión que, con carácter general, interesaba a la opinión pública turca, que era objeto de discusión en los medios de comunicación y, de hecho, fruto de dicho interés fue la invitación realizada al líder de la secta. Además, el programa de televisión fue concebido específicamente como un foro de intercambio de impresiones, a fin de que el espectador pudiera formarse su propia opinión (45).

En su voto particular, el juez TÜRMEN acudirá también a la doctrina de *Otto-Preminger* para manifestar su discordancia. Tras argumentar a favor (y en contra, por tanto, de la mayoría del Tribunal) de la consideración de las palabras del líder de la secta como incitadoras del odio, desgrana otras consideraciones relacionadas con la sentencia mencionada. Considera que la doctrina *Otto-Preminger*, así como la de otros pronunciamientos relacionados, habría debido conllevar una condena por vulneración de la libertad de expresión. Lo contrario parece implicar, a juicio del juez, que el Tribunal de Estrasburgo no confiere la misma protección a los valores religiosos y a los valores seculares.

En una sentencia anterior, el Tribunal de Estrasburgo había alcanzado un pronunciamiento parecido, tras la condena a unos individuos por manifestaciones racistas en un programa de televisión. Asimismo, se condenó a la cadena de televisión por haberlas difundido y no haber puesto los medios para interrumpirlas. Era la sentencia de 23 de septiembre de 1994, en el asunto *Jersild contra Dinamarca* (46), y, aunque las circunstancias del caso, con origen en Dinamarca, eran algo diferentes, resulta en todo caso interesante como elemento de análisis de una determinada línea jurisprudencial.

Se ha de tener presente, en el contraste entre los tres asuntos mencionados, la relación entre cine y televisión, relación que, con carácter general, se

(44) Vid. Fundamento Jurídico 37.

(45) Cfr. pár. 50: «El Tribunal considera que la ponderación de intereses entre la libertad de expresión y la protección de los derechos de los demás, en la aplicación del test de la necesidad previsto en el art. 10.2 del Convenio, implica que resulta apropiado otorgar mayor peso que el que le otorgaron los jueces nacionales, en su aplicación del Derecho nacional, al hecho de que el demandante se encontraba participando de forma activa en un debate público agitado».

(46) Número de demanda: 15890/89.

manifiesta en varios frentes, entre los que puede destacarse, de un lado, la producción de películas cinematográficas por operadores de televisión y, de otro, la proyección de películas cinematográficas en la televisión (47). Se ha de tener presente, además, la función informadora del cine, que se une a otras funciones, desde el mero entretenimiento a la denuncia social. Dicha función informadora, que en ocasiones cobra forma de documental, pero que puede cumplirse aun cuando no se trate de un documental en sentido estricto, puede contribuir a la conformación de un debate público del mismo modo que los programas de televisión en las sentencias mencionadas. En fin, se ha de recordar que el acceso a la sala suele estar condicionado por el pago de una entrada y que existen deberes legales relativos a la publicidad de los contenidos de las películas y a las franjas de edad a que están destinadas las películas. Ello implica que el acceso a la sala de proyección es, en principio, más difícil que el visionado de un programa de televisión. Por esta razón, parece que la distinción que realiza el Tribunal entre el asunto *Otto-Preminger* y los otros dos asuntos mencionados no resulta demasiado acertada y habría de precisarse algo más la base misma de dicha distinción. Los votos particulares a los diversos pronunciamientos, en este caso, arrojan algo de luz sobre los problemas que plantean y sobre las eventuales incoherencias.

Es posible que una pista la ofrezca el voto particular a otra sentencia del Tribunal de Estrasburgo, la dictada el 13 de septiembre de 2005, en el asunto *I.A. contra Turquía* (48). Los jueces COSTA [Presidente del Tribunal], CABRAL BARRETO y JUNGWIERT formulán su voto y entienden que ha llegado el momento de cambiar una jurisprudencia, la del asunto *Otto-Preminger*, que en su día ya fue objeto de polémica y que parece otorgar demasiado valor «al conformismo o a la uniformidad de pensamiento y refleja una concepción extracautelosa y tímida de la libertad de prensa [y, por extensión, habría de añadirse, de la libertad de expresión]» (49). En la sentencia de 13 de septiembre de 2005, el recurso se genera a raíz de la publicación de un libro, no de la

(47) A la polémica existente en España en torno a la financiación obligatoria de películas cinematográficas por los operadores de televisión me he referido ya en un trabajo anterior: *Tutela cautelar frente a reglamentos e interés público*, «Revista del Poder Judicial», núm. 78, 2005, pp. 141ss.

(48) Número de demanda 42571/98.

(49) Véase el Fundamento Jurídico 8 del Voto Particular. La ahora extinta Comisión Europea de Derechos Humanos había considerado por amplia mayoría que se había producido una vulneración del art. 10 del Convenio. Los autores del voto pasan de puntillas por una cuestión que no desarrollan, que sitúan entre paréntesis, pero que parece ser uno de los elementos que, a su juicio, han llevado al Tribunal a pronunciarse en contra de la condena. Dicho elemento es el tipo de religión que se ve afectada por las presuntas ofensas. En los casos en los que el Tribunal ha optado por condenar, y que sirven de sentencias de contraste en el presente asunto, *Otto-Preminger* y *Wingrove*, los ofendidos eran cristianos, mientras que en otros supuestos las víctimas eran musulmanas [Fundamento Jurídico 7].

proyección de una película o de un programa de televisión. Se ha indicado ya que la actual cultura de la imagen supone que la difusión de ideas resulte más rápida, más eficaz o abarque un núcleo de población más amplio, si dicha difusión se realiza con un medio audiovisual. Esta circunstancia es, de hecho, subrayada por los jueces en el voto particular a la sentencia de 13 de septiembre de 2005, precisamente para argumentar que la sentencia *Otto-Preminger* no es un precedente adecuado si la difusión se realiza mediante un libro (50).

El Tribunal también se ha pronunciado en ocasiones sobre la difusión de ideas artísticas mediante exposiciones, circunstancia que presenta interés, por cuanto el arte hoy día conlleva el empleo de una gran variedad de medios, entre los que se encuentran los audiovisuales. Por esta razón, la jurisprudencia en materia cinematográfica puede tener aplicación respecto de las exposiciones artísticas, mientras que, a su vez, los pronunciamientos sobre dichas exposiciones pueden resultar pertinentes en el ámbito cinematográfico. El 25 de enero de 2007, en el asunto *Vereinigung Bildender Künstler contra Austria* (51), el Tribunal apreció una vulneración de la libertad de expresión en un conflicto surgido a raíz de una exposición en la que se presentaba a la Madre Teresa y a diversos políticos austriacos en posturas sexuales explícitas. Se ha de indicar que, debido a las circunstancias del caso, únicamente interpuso recurso un parlamentario, antiguo secretario general del Partido Liberal Austríaco (FPÖ) y obtuvo del Tribunal de Apelación de Viena una prohibición dirigida a los organizadores de la exposición de continuar con la misma. El Tribunal de Apelación de Viena consideró que «*los límites de la libertad artística se exceden cuando la imagen de un persona es substancialmente deformada por elementos completamente imaginarios, sin que resulte evidente que el cuadro se encuentra dirigido a la sátira o a cualquier otra forma de exageración*» (52).

En los últimos meses, han tenido lugar otros pronunciamientos del Tribunal que abundan en las cuestiones desarrolladas. Así, en la sentencia de 31 de octubre de 2006, asunto *Klein contra Eslovaquia* (53) el Tribunal consideró

(50) Véase el Fundamento Jurídico 8 del Voto Particular. Una sentencia dictada tres meses más tarde, el 13 de diciembre de 2005, abunda en el análisis de la libertad de prensa/libertad de expresión, en el marco del art. 10 del Convenio. El conflicto surgió a raíz de un símil cinematográfico realizado por una revista semanal, que se había referido a un miembro del parlamento y a su pareja, durante un viaje en el extranjero, como *Bonnie and Clyde*.

(51) Número de demanda 68354/01.

(52) Esta conclusión se reproduce en el Fundamento Jurídico 16 de la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos. Sobre la libertad de expresión en el ámbito de la disyuntiva entre libertad de información y esfera pública o privada de los miembros de la clase política, puede verse un pronunciamiento reciente del Tribunal: la sentencia *Radio Twist, A.S. contra Eslovaquia*, de 19 de diciembre de 2006, número de demanda 62202/00.

(53) Número de demanda 72208/01.

que se había producido una vulneración de la libertad de expresión. El conflicto había surgido a raíz de una película del realizador griego Milos Forman, *El pueblo contra Larry Flynt*, y, en concreto, a raíz del anuncio publicitario de la película, que representaba a una persona con la bandera de Estados Unidos a su cintura y crucificada sobre la zona pública de una mujer en bikini. En el contexto del debate suscitado en torno al polémico anuncio, una publicación semanal incluyó un no menos polémico artículo, que es en realidad el objeto del recurso. El Tribunal de Derechos Humanos considera que hay una vulneración de la libertad de expresión, en la medida en que, reconociendo el carácter ofensivo del artículo, no existía una necesidad social acuciante ni la condena habría sido «necesaria en una sociedad democrática» (54). El objeto de los ataques habría sido *únicamente* un obispo y no el grupo religioso en su conjunto, de modo que no se cubriría el tipo de «difamación de la nación, raza y creencia». Parece que el Tribunal, además y en línea con las alegaciones del demandante, ofrece especial valor al hecho de que el artículo estaba destinado a un determinado tipo de público, con específicos intereses intelectuales, que captarían el sentido jocoso del artículo (55).

En fin, en la sentencia *Üstün contra Turquía*, de 10 de mayo de 2007, el Tribunal conoció de un recurso suscitado en torno a la publicación de un libro sobre la vida y las opiniones políticas de un director de cine, revolucionario de izquierdas, Yilmaz Güney. El titular de la casa editorial que publicó el libro fue condenado por los tribunales turcos debido a haber difundido propaganda separatista, de forma contraria a la Ley de Prevención del Terrorismo, aun cuando había alegado que no compartía las ideas publicadas. El Tribunal de Estrasburgo consideró que las medidas adoptadas no eran «necesarias en una sociedad democrática», por las razones enunciadas en los correspondientes Fundamentos Jurídicos, entre las que destaca, por ejemplo, el hecho de que la obra hubiera sido reeditada, y únicamente la reedición fuera el objeto del recurso. Esta conducta contradictoria de los órganos nacionales, que no persiguieron la primera edición, es un elemento decisivo en la argumentación. Otro elemento esencial es el hecho de que, aun cuando el autor del libro ofrece una imagen personal y quizás distorsionada del director de cine, las manifestaciones vertidas en dicho libro no alcanzan el grado de manifestaciones que inciten al odio racial [en este caso del pueblo kurdo contra otros miembros del Estado turco]. En efecto, aun cuando las opiniones son hostiles, recuerda el Tribunal que «*hay poco ámbito en el art. 10.2 del Convenio para restricciones del discurso político o del debate sobre cuestiones de interés público*» (56).

(54) Véase el Fundamento Jurídico 54.

(55) Véase el Fundamento Jurídico 48.

(56) Cfr. Fundamento Jurídico 32.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El cine es un ámbito rico en implicaciones iusfundamentales. De un lado, se trata —o puede tratarse— de una manifestación artística, de un bien cultural, que se encuentra garantizada por normas nacionales e internacionales de protección de las expresiones culturales. De otro lado, en el ejercicio de esta actividad concurren diversos derechos fundamentales que pueden verse afectados y que, en ocasiones, entran en conflicto. El papel central de la imagen en la cultura actual supone, además, que el alcance de este medio sea superior al de otros medios culturales clásicos, como es el libro. Por ello, existen normas específicas de protección y la jurisprudencia iusfundamental sobre la materia presenta también especificidades.

En este trabajo se ha asumido que la cinematografía es un sector complejo del ordenamiento que requiere una regulación asimismo compleja. En efecto, nos encontramos en presencia de una actividad del ingenio humano que presenta tintes económicos de primer orden y cuya importancia en el ocio y en otros ámbitos es creciente. Aquí se ha optado por indagar en la naturaleza, a mi entender, primigenia del cine, cual es su naturaleza cultural.

En primer lugar, se han realizado algunas consideraciones introductorias sobre la protección internacional del cine, prestando atención a las organizaciones internacionales singularmente preocupadas por la cultura. Además, se ha señalado que en organizaciones cuya finalidad última no es, en principio, una finalidad cultural, sino eminentemente económica, como es el caso de la Comunidad Europea, también ahí el cine es considerado cultura y elemento de desarrollo de los pueblos.

En segundo lugar, se ha ofrecido una panorámica de algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiendo del señero asunto *Otto-Preminger-Institut*, que en su día supuso una generosa interpretación del margen de apreciación de los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en consecuencia, una interpretación amplia de los límites a la libertad de expresión.

Todo ello se ha planteado desde la óptica general de este trabajo, que no es otra que el homenaje al iusfundamentalista y al profesor, al profesor y al iusfundamentalista, que me ayudó, sin saberlo, en mis primeros pasos investigadores y cuya dedicación a la universidad, heredada por sus discípulos, por mis maestros, ha sido siempre un referente.