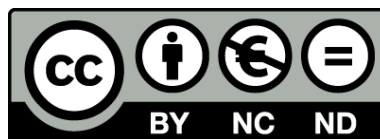




UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

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

Jordi Bonet Pérez



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

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

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

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

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

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctor  
por:

JORDI BONET i PEREZ

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

Mayo, 1991

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700499958

PARTE SEGUNDA:

LAS LIMITACIONES DEL DERECHO A LA INFORMACION Y DE SU EJERCICIO EN EL ART. 10 DEL CONVENIO EUROPEO.

#### CAPITULO CUARTO:

LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES DE INTERPRETACION DE  
LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y SU  
IMPORTANCIA EN LA PRACTICA RELATIVA AL ART. 10 DEL  
CONVENIO EUROPEO: LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE  
APRECIACION" COMO CRITERIO DE VERIFICACION DE LAS  
RESTRICCIONES AL MISMO.



## 1. LOS FUNDAMENTOS JURIDICO-POLITICOS DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Cualquier intento de sopesar el influjo de determinados elementos normativos del **derecho a la información** en el ámbito material del art. 10 del Convenio Europeo (1), así como sus límites, debe tener presente su implicación en la valoración de la **necesidad** de las medidas restrictivas que pueden adoptarse respecto al ejercicio de la libertad de información, y, esencialmente, en función de la existencia de un "interés del público" en la información.

En este sentido, es fundamental relacionar los límites del derecho a la información con la presencia en el **art. 10** del Convenio Europeo de una **cláusula restrictiva**, como la prevista en el **párrafo 2** del citado artículo.

Bajo este prisma, es preciso examinar si de la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se desprende la existencia de **principios interpretativos generales** relativos a las **cláusulas restrictivas**, que condicionen la verificación de la necesidad social imperiosa en la que sustentan la adopción de las medidas restrictivas encausadas.

Este análisis debe tener como punto de partida la propia **naturaleza jurídico-política** de las cláusulas restrictivas.

A este respecto, han de ponderarse tres aspectos: primero, la **caracterización de las cláusulas restrictivas dentro del Convenio Europeo y sus Protocolos**; segundo, el **poder discrecional del Estado respecto a los derechos garantizados por el Convenio Europeo y sus Protocolos y sus límites**; y, tercero, la **interpretación de la cláusula derogatoria y de las cláusulas restrictivas por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo** -con expresa mención a la doctrina del "margen de apreciación".

-----  
(1) Vid supra, pág. 132 y ss.

## 1.1. LA CARACTERIZACION DE LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS DENTRO DEL CONVENIO EUROPEO Y SUS PROTOCOLOS.

El contenido obligatorio del Convenio Europeo y de sus Protocolos no viene determinado únicamente porque se protejan sólo aquellos derechos y libertades que se consideran fundamentales (2), sino porque en sus disposiciones se prevé también la posibilidad de que algunos de los **derechos y libertades garantizados sean, bajo ciertas condiciones, sometidos a restricciones en su ejercicio o, incluso, derogados** (3).

Desde la perspectiva de los derechos y libertades garantizados por el Convenio Europeo, resulta importante conocer el alcance jurídico de estas limitaciones al contenido obligatorio del mismo.

Primero, porque a través de ella se puede conocer la **amplitud real de las obligaciones** que incumben a los Estados Parte respecto a los derechos y libertades garantizados (4); y, segundo, porque permiten a su vez delimitar el **contenido jurídico** de esos derechos y libertades.

No obstante, el Convenio Europeo **no es original** en su planteamiento.

-----  
(2) Es decir, el que puede denominarse **estándar mínimo europeo** en materia de Derechos Humanos (vid supra, pág. 112 y ss.).

(3) Sin tener en cuenta las modificaciones de ese contenido obligatorio que precisen de una manifestación de voluntad particular del Estado Parte, y que el Convenio Europeo prevé.

Por ejemplo, la cláusula facultativa de aceptación de la competencia de la Comisión Europea respecto a demandas individuales prevista en el art. 25 del Convenio Europeo; o bien, la posibilidad de formulación de reservas y declaraciones interpretativas, en virtud del art. 64 del mismo.

(4) Sin considerar las modificaciones particulares de ese contenido obligatorio que, en virtud de sus propias manifestaciones de voluntad particular, pueda el Estado Parte haber efectuado de un modo unilateral conforme a las disposiciones del propio Convenio Europeo.

Como precisa la mayoría de la doctrina, las disposiciones del Convenio Europeo reflejan las **instituciones jurídicas comunes** a los Estados miembros del Consejo de Europa en la materia (5).

Esto se hizo patente durante los **trabajos preparatorios** del Convenio Europeo. Sus redactores se fundamentaron en los **puntos de coincidencia** entre las legislaciones de los Estados en el campo de los Derechos Humanos, sin ánimo de introducir innovaciones sustanciales, y con la pretensión de hacer efectiva la tutela de los derechos y libertades garantizados.

Dentro de este marco de referencia, los autores del Convenio Europeo debieron optar entre **dos formulaciones jurídicas** distintas del texto convencional y de las restricciones posibles (6).

En la primera, se definían en términos generales los derechos garantizados -reenviándose a los Estados la aplicación y las condiciones de su ejercicio-, estableciéndose por otro lado una **cláusula limitativa general** (7).

-----  
(5) ANTONOPOULOS, por ejemplo, apunta a que el Convenio Europeo no hace más que **codificar internacionalmente** las disposiciones constitucionales y legislativas de los Estados miembros del Consejo de Europa (N.ANTONOPOULOS, "La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Aspectos Européennes, Série E: droit, n° 5, Sijthoff, Leyden, 1967, pág. 12).

(6) Vid supra, pág. 128 y ss.

(7) Vid supra, pág. 130.

Esta cláusula, por su propia configuración jurídica de carácter general, permitiría la adopción de cualquier restricción o derogación, dentro de los límites fijados.

La redacción de esta opción, con alguna adición -la referencia a la integridad nacional y al buen funcionamiento de la Administración de Justicia-, es idéntica a la utilizada en el Proyecto Teitgen, texto que sirvió de punto de partida en los trabajos preparatorios del Convenio Europeo (Rapport présenté par M.Teitgen au nom de la Commission des Questions Juridiques et Administratives. En: CONSEIL DE L'EUROPE; "Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", M.Nijhoff Publishers, Le Haye, Vol.I, 1975, pág. 230).



En la segunda, se efectuaba una **definición lo más detallada posible** de los derechos y libertades garantizados, incluyendo en la misma las **restricciones autorizadas** (8); estableciéndose, además, una **cláusula derogatoria**, de redacción similar a la del artículo 4 del proyecto de Pacto de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, igualmente en período de elaboración en aquel momento (9).

Esta segunda opción incorporaba un contenido obligacional más preciso para los Estados, frente a la primera opción en la que se dejaba en buena parte en manos de los Estados su determinación.

Aunque en líneas generales parece responder a esta segunda opción, la redacción del Convenio Europeo es fruto de una **solución de compromiso** entre ambas, pues, mientras se intenta detallar al máximo las condiciones del ejercicio de las facultades de restricción y derogación (10), por otro lado se recoge el principio inscrito en el art. 6 de la otra opción, que instituye la adecuación de tales medidas a las necesidades de la sociedad democrática.

A la vista de cómo fue concebido el Convenio Europeo, y posteriormente sus Protocolos, es posible hacer una distinción entre **dos clases de derechos garantizados** (11): los que pueden concebirse como **derechos absolutos** y, en contraposición a ellos, los que podrían serlo como **derechos no absolutos**.

---

(8) Vid infra, pág. 264 y ss.

(9) Vid supra, pág. 84 y ss. Esta segunda opción, abonada especialmente por el Reino Unido, se fundamentaba, desde un punto de vista de conjunto -no sólo respecto a la cláusula derogatoria-, en los trabajos preparatorios desarrollados en el seno de las Naciones Unidas; y cuya culminación fue la aprobación, en 1966, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(10) Vid supra, pág. 127.

(11) En este sentido, vid: P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice of the European Convention on Human Rights**", Kluwer Law & Taxations Publishers, Deventer, 1984, pág. 421.

Como **derechos absolutos** se pueden entender, en primer término, aquellos respecto de los que el Convenio Europeo no permite derogación alguna, es decir, los **derechos inderogables** (12); y, en segundo término, aquellos que, no encontrándose entre los anteriores, y por estar formulados en términos absolutos, no pueden ser **objeto de ninguna restricción** (13).

Como **derechos no absolutos**, pueden entenderse aquéllos que, en virtud de las disposiciones del Convenio Europeo, son **susceptibles de ser sometidos a restricciones en su ejercicio** o ser objeto de **derogación**.

La **instrumentalización técnico-jurídica** de las posibles restricciones y derogaciones se produce por dos vías esenciales (14): las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados** y las **restricciones derivadas de la propia regulación de los derechos garantizados**.

#### A.- LA VIA DE LAS CLASULAS DEROGATORIAS Y DE DELIMITACION DEL GOCE DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS.

Este tipo de cláusulas permiten al Estado **eludir el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los derechos garantizados**, dentro de los límites del texto convencional, otorgándole la posibilidad de **regular, restringir e incluso suspender su ejercicio**, en presencia de determinadas circunstancias más o menos graves que lo justifiquen.

-----  
(12) Son aquellos que, en virtud del art. 15, párrafo 2, del Convenio Europeo no pueden ser derogados en ningún caso, y que son: el **derecho a la vida**, la **prohibición de la esclavitud** y el principio de **irretroactividad de las leyes**.

Vid infra, pág. 264.

(13) Por ejemplo, el art. 6, párrafo 2, del Convenio Europeo, que establece en términos taxativos la presunción de inocencia de toda persona "hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

(14) Sin tener en cuenta las modificaciones particulares del contenido obligacional a las que se han hecho referencia (vid supra, pág. 260).



El Convenio Europeo y sus Protocolos prevén en su articulado la existencia de dos **tipos** de cláusulas derogatorias o de delimitación del goce de los derechos garantizados: la **cláusula derogatoria** y las **cláusulas restrictivas**.

La **cláusula derogatoria**, prevista en el **art. 15 del Convenio Europeo** (15), se puede catalogar como una "**cláusula especial**" (16), ya que contiene una **autorización general para derogar los derechos garantizados**, si se produce una **circunstancia excepcional** que lo hace necesario (17).

Las **cláusulas restrictivas** permiten que el Estado adopte, por su parte, **medidas restrictivas** respecto a determinados derechos garantizados en el Convenio Europeo, que pueden considerarse como necesarias en relación a ciertos **finés legítimos** -previstos en las propias cláusulas restrictivas (18).

-----  
(15) "1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que dercguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación".

(16) En virtud de las muy cualificadas circunstancias a que responde (H.WALDOCK, "**Human Rights in contemporary law and the significance of the European Convention**". En: BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW: "The European Convention on Human Rights", Stevens & Sons Ltd., London, 1965, pág. 16).

(17) El art. 15 del Convenio Europeo, en este sentido, parece codificar internacionalmente la legislación relativa a los "estados de excepción" o de "crisis", existentes en el Derecho interno de los Estados miembros.

(18) Vid supra, pág. 127.

Respecto a la **técnica jurídica** empleada en su formulación, el Convenio Europeo y sus Protocolos definen en un primer párrafo o párrafos del artículo correspondiente el derecho garantizado, para, en un segundo o tercer párrafo, contemplar la **cláusula restrictiva**, donde se establecen las condiciones que habilitan para adoptar medidas de tal índole (19).

B.- LA VIA DE LAS RESTRICCIONES DERIVADAS DE LA PROPIA REGULACION DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS.

A diferencia de las anteriores cláusulas, que permiten restringir los derechos garantizados, en otras disposiciones del Convenio y sus Protocolos existen otro tipo de limitaciones derivadas del propio modo en que el derecho es regulado (20), bien por ser **inherentes a la formulación** del propio derecho garantizado (21), o bien porque se ha establecido expresamente que **determinados supuestos particulares no estarán cubiertos** por el derecho en cuestión (22).

Ahora bien, es posible preguntarse hasta qué punto en estos supuestos cabe hablar propiamente de una restricción del contenido obligacional que incumbe al Estado, ya que no se pretende restringir el ejercicio de los derechos garantizados (23), sino **delimitar el ámbito de aplicación material** de los derechos objeto de la garantía.

-----  
(19) Vid supra, pág. 127.

(20) En este sentido, vid: P.VAN DIJK y G.VAN HOOF, "**Theory and practice...**", pág. 421.

(21) Vid infra, pág. 293 y ss.

(22) Como ejemplo, citar el art. 4, párrafo 3, del Convenio Europeo, donde se delimita negativamente el ámbito de aplicación del derecho a no realizar trabajo forzoso u obligatorio, excluyendo de la noción de "trabajo forzoso" a tres categorías de trabajos o servicios del mismo -entre ellos, el servicio militar; o el art. 5, párrafo 1, del Convenio Europeo, donde se establecen unas excepciones al derecho a la libertad personal.

(23) Por tanto, sólo puede hablarse de restricciones en un sentido impropio, en la medida en que la delimitación de su ámbito jurídico puede condicionar ese contenido obligacional -aunque no modificarlo.



A la vista de estas precisiones, y dentro del panorama global descrito, se ha de destacar la función de las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados** dentro del contexto del Convenio Europeo y sus Protocolos.

Primero, porque **delimitan el contenido obligacional del Estado respecto a los derechos que son objeto de garantía**, ofreciéndole la posibilidad de **restringir o derogar los derechos garantizados** en ciertos supuestos.

Segundo, porque, a partir de su formulación expresa en el Convenio Europeo y sus Protocolos, puede afirmarse que la **posibilidad de derogar o restringir el goce de los derechos garantizados que tiene el Estado aparece graduada y modulada**, en función de las circunstancias que autorizan su intervención.

Así, la **cláusula derogatoria**, que atiende a circunstancias muy cualificadas (24), ofrece al Estado una mayor posibilidad de evasión de sus obligaciones, relacionándose con la propia **supervivencia del país** (25); mientras que las cláusulas restrictivas, con menores perspectivas de elusión, se relaciona con el **mantenimiento del orden público**.

Tercero, porque estas cláusulas están redactadas en **términos muy generales e imprecisos** (26). Lo que comporta que no puedan preestablecerse claramente, ni qué situaciones pueden provocar la intervención del Estado ni los límites que ha de tener su actuación.

Y, cuarto, porque de la propia **naturaleza** de dichas cláusulas, y de la imprecisión en su concepción, se deriva una cuestión fundamental: el alcance del **poder discrecional del Estado** respecto a los derechos garantizados.

-----  
(24) Vid supra, pág. 264

(25) En este sentido, la alusión a una amenaza a la "vida de la nación", presente en el art. 15 del Convenio Europeo.

(26) Vid supra, pág. 131.



## 1.2. EL PODER DISCRECCIONAL DEL ESTADO RESPECTO A LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR EL CONVENIO EUROPEO Y SUS PROTOCOLOS Y SUS LIMITES.

Aunque esté obligado por normas internacionales en la materia, no hay que olvidar que es el propio **Estado el que en último término debe asegurar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales**, tanto desde el punto de vista legal como práctico.

Es **ilusorio**, desde este punto de vista, pensar en una **normativa internacional** relativa a la protección de los Derechos Humanos que se **desentienda del papel del Estado**, de sus atribuciones y responsabilidades, si pretende ofrecer una efectiva garantía de los mismos.

En este sentido, el Convenio Europeo y sus Protocolos intentan constituir el fundamento de una garantía real y efectiva de los derechos garantizados (27). Por ello, sus redactores se han esforzado en lograr un **justo equilibrio** entre la **soberanía** del Estado y la **protección de los derechos y libertades fundamentales** (28).

Dentro de este perfil jurídico-político, se explica perfectamente la presencia en el Convenio Europeo y sus Protocolos de ciertas **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados**: como un **tributo a la razón de Estado** (29), es decir, a la

-----  
(27) Para lo cual es preciso sobre todo que los Estados Parte estén leal y verdaderamente comprometidos con las obligaciones contraídas.

(28) Señala PELLOUX que el Convenio Europeo fue redactado por juristas muy hábiles que intuyeron en su momento las dificultades de su aplicación (Intervention du R.PELLOUX. En: "**La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen**", Travaux du Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg [14 et 15 octobre 1960]. Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, Dalloz, Paris, 1961, pág. 108).

(29) Vid, por ejemplo: G.CATALDI, "**La clausola di deroga della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo**", Rivista di Diritto Europeo, XXIII, 1983, 1, pág. 4.

necesidad de éste de preservar su estabilidad política, jurídica, económica y social.

Consecuentemente, las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados le otorgan al Estado un más o menos amplio **poder discrecional** para solventar aquellos problemas que afecten al normal desenvolvimiento de la vida del país; tanto si se trata del mantenimiento del orden público en períodos de estabilidad (30), como si el objetivo es atajar una crisis realmente grave (31).

La dificultad estriba en identificar, a pesar de la imprecisión de dichas cláusulas, el **significado jurídico-político** de dicho **poder discrecional** y, sobre todo, sus **límites**, en el contexto de su inserción en un texto jurídico internacional destinado a la protección de los Derechos Humanos.

A tal efecto, debe distinguirse entre el significado jurídico-político de la **cláusula derogatoria** y de las **cláusulas restrictivas**.

#### A.- LA CLAUSULA DEROGATORIA.

La cláusula derogatoria responde a un principio común a todos los Ordenamientos Jurídicos: el **principio de necesidad**. Lo que supone que, ante una amenaza de extrema gravedad -tal que signifique la existencia de un verdadero "**estado de necesidad**"-, el Estado goza de un **poder discrecional** para afrontar la crisis, pudiendo adoptar aquellas medidas que considere necesarias para soventarla (32).

---

(30) En este sentido, las **cláusulas restrictivas**.

(31) En este sentido, la **cláusula derogatoria**.

(32) Vid supra, pág. 264. Poder discrecional que, como se observa, es entendido de una forma muy amplia en el art. 15 del Convenio Europeo, no sólo por las posibilidades derogatorias existentes conforme a su párrafo 2, dado el corto catálogo de derechos inderogables, sino también por la imprecisión con que el párrafo 1 describe las situaciones habilitantes que permiten al Estado llevarlas a cabo.



No obstante, desde la perspectiva del Convenio Europeo y sus Protocolos, no basta con que el poder discrecional responda al criterio de necesidad, sino que además se exige que su ejercicio se configure y manifieste democráticamente; en definitiva, que respete el principio fundamental de todo Estado democrático: el **principio de legalidad** (33).

Bajo este prisma, el ejercicio del poder discrecional debe adecuarse en primer término al **Derecho interno** del Estado, sin olvidar las obligaciones jurídicas internacionales que puedan afectarle.

Hay que observar, al respecto, que las **legislaciones de excepción** se caracterizan por ser **legislaciones latentes**; es decir, normas que en períodos de normalidad no producen efectos jurídicos, pero que en cualquier momento pueden enervarse, ante situaciones previstas de antemano, para ofrecer al Estado sus instrumentos jurídicos potenciales.

En consecuencia, el **poder discrecional** del Estado resulta, en circunstancias excepcionales, **muy amplio**: se extiende tanto a la decisión sobre la **oportunidad** de enervar la legislación de excepción (34), como a la **concrección de las medidas jurídicas necesarias** y a la **administración** de las mismas.

-----  
(33) Como bien indica VELU la adopción de medidas excepcionales es una corrección del principio de legalidad y no una supresión, por cuanto se sustituye la legalidad normal por una legalidad adaptada a las circunstancias de crisis (J.VELU, "**Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation**". En: UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN: "Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux Droits de l'Homme", Cabay, Bruxelles, 1982, pág. 75).

(34) Y aunque esa legislación pueda reglar ciertos aspectos de esta decisión -transformando algunos elementos de oportunidad del acto en elementos de legalidad-, no debe olvidarse que tanto la enervación como la desactivación de esa legislación exige un **juicio de oportunidad** al respecto.

Se puede concluir, también, que estas decisiones, así como la aplicabilidad de la propia normativa de excepción -en la medida en que su elección implique la utilización del criterio de oportunidad (35)-, **son difícilmente susceptibles de ser sometidas a una tutela jurídica completa y efectiva** (36).

De modo implícito, subyace en esta dificultad un problema de fondo: el **control del poder discrecional del Estado** y del ejercicio de las competencias que en este ámbito le son otorgadas por el Convenio Europeo, de modo que no sean utilizadas de manera distinta a la prevista (37).

#### B.- LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS.

Las cláusulas restrictivas responden a otras consideraciones jurídico-políticas. No se refieren, como la cláusula derogatoria, a circunstancias excepcionales, sino a situaciones correspondientes a un **desarrollo normal** de la vida del Estado, de las **instituciones democráticas** y de la **sociedad**.

El **Estado** se constituye en el **garante del interés general** y del **orden público**, y, en términos globales, del normal desenvolvimiento de la vida social. Para ello, el Estado cuenta con los medios que el Ordenamiento Jurídico propio le otorga.

---

(35) Hay que tener en cuenta que, sea respecto a la decisión de enervar la legislación de excepción o a la concreción de las medidas, la presencia de elementos de **oportunidad** no reglados conlleva una **componente** política, es decir, metajurídica, que incide en la posibilidad de efectuar una valoración rigurosamente jurídica de la actuación del Estado.

(36) Si ello resulta difícil en el plano interno, por los motivos esbozados anteriormente, aún lo ha de resultar más desde la perspectiva del art. 15 del Convenio Europeo, y de la acción jurisdiccional de sus órganos.

(37) Competencias que la cláusula derogatoria del art. 15 del Convenio Europeo contempla en relación a la garantía de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en el propio Convenio Europeo.



Desde esta perspectiva, el **poder discrecional** del Estado se ordena en relación a estos propósitos; y se extiende a la **adopción de aquellas normas jurídicas que aseguren** su cumplimiento -siempre dentro de un respeto a los principios democráticos (38)- y a la aplicación de las mismas.

Las **cláusulas restrictivas reconocen ese poder discrecional del Estado** respecto a determinados derechos garantizados en el Convenio Europeo (39), al igual que la cláusula derogatoria lo hace en su propio ámbito de aplicación.

Ello supone identificar como una necesidad propia de las sociedades democráticas la autorización a las autoridades del Estado, en aras del **interés general**, y de los condicionamientos sociales y políticos de la comunidad, para restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales para asegurar el **orden público y proteger los derechos del conjunto de la sociedad**.

El problema relevante es, de nuevo, asegurar el **control efectivo** de ese poder discrecional, para evitar que las competencias de que el Estado goza en este sentido sean ejercidas fuera del ámbito jurídico-político que justifica la existencia del mismo: la defensa del interés público (40).

-----  
(38) A lo que las propias cláusulas restrictivas del Convenio Europeo hacen alusión expresa, a través de la referencia al principio de legalidad -exigiendo que las medidas estén "previstas por la ley"- y de la finalidad democrática de las medidas -que deben ser "necesarias en una sociedad democrática".

(39) Se regulan cláusulas restrictivas en los arts. 8 al 11 del Convenio Europeo -párrafos 2 de cada uno-, el art. 1 (1) y (2) del Protocolo núm. 1, el art. 2 (3) y (4) del Protocolo núm. 4 y el art. 2 (2) del Protocolo núm. 7.

(40) Hay que apreciar en relación a su tutela jurídica que tanto la aprobación de una legislación al efecto como la aplicación de la misma a los supuestos de hecho concretos envuelve la apreciación de la oportunidad de su adopción, en el contexto de las necesidades socio-políticas de la sociedad democrática; lo que resulta, en la práctica, difícil de valorar desde el punto de vista jurídico.

Se puede observar que el significado jurídico-político de las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados**, en general, se sustenta en el otorgamiento al Estado de la posibilidad de **limitar sus obligaciones jurídicas respecto a los derechos garantizados en el Convenio Europeo y sus Protocolos**, en respuesta a necesidades que, desde el punto de vista de la sociedad democrática, son ineludibles.

Sin embargo, la posibilidad de que el Estado detente un **poder discrecional tan amplio** como el prefigurado respecto a los derechos garantizados -teniendo presentes las dificultades que comporta la tutela jurídica de su ejercicio- entraña un grave riesgo: el de que la **razón de Estado** impulse a la utilización **arbitraria de las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados**.

Este peligro se concreta en que el Estado **abuse de las facultades discrecionales que le son otorgadas**, para restringir o derogar indiscriminadamente los derechos de sus ciudadanos, sin que concurra ninguna necesidad de orden público o excepcional que lo justifique (41).

Este riesgo potencial se acentúa, en apariencia, si se considera que su redacción **adolece de precisión** en lo que se refiere a los límites de la actuación discrecional del Estado.

-----  
(41) Señala WALDOCK que la Historia "show us that almost every government that arbitrarily suppresses fundamental rights and freedoms claims to be doing so on the ground of public order, national security, public emergency, and so on" (H.WALDOCK, "**Human Rights in contemporary...**", pág. 16).

De ello no están exentos los Estados miembros del Consejo de Europa, como se hizo ostensible en el **caso griego**, en el que se tomó en consideración el art. 15 del Convenio Europeo para justificar las medidas adoptadas por el Gobierno griego tras el golpe militar de 1967, sin que éstas pudieran considerarse ajustadas a los requerimientos del mismo (EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: Report of 5 May 1968, Applications 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3334/67, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c/ Greece, Yearbook of European Convention on Human Rights, XII (bis), 1969, págs. 29 a 119).



Se hace preciso, desde esta perspectiva, determinar cuáles son los **límites del poder discrecional del Estado** y, a su vez, de las posibilidades de reducir al mínimo los riesgos que el ejercicio de las competencias derivadas de las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados conlleva.

Es posible distinguir dos clases de límites al poder discrecional del Estado: el **interno** y el **internacional**.

En primer lugar, hay que tomar en consideración el **límite interno** del poder discrecional del Estado democrático, derivado de su propio Derecho interno, y cuya principal manifestación es la necesidad de respetar el **principio de legalidad** (42).

De este modo, por un lado, es preciso que la restricción o derogación de los derechos fundamentales del ciudadano derive de la aprobación de una normativa jurídica al efecto o de la enervación de una legislación latente (43). Ello, en un Estado de Derecho, implica que las decisiones son adoptadas por el **órgano legalmente competente** (44), **según el procedimiento previsto**, y que su **contenido jurídico será acorde con los principios que informan el Ordenamiento Jurídico estatal**.

Y, por otro lado, en relación a la **administración de las medidas jurídicas** adoptadas, los órganos competentes (45) deberán someterse a las **normas que regulen su**

-----  
(42) Vid supra, págs. 127 y 264.

(43) Vid supra, pág. 269.

(44) Los Estados democráticos suelen depositar esta facultad en el poder legislativo. Ahora bien, algunas decisiones, por ejemplo, la enervación de ciertas modalidades de "estados de excepción" pueden recaer también en el poder ejecutivo.

Así, la Constitución española, en su art. 116, y la Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción o sitio, prevén que el "estado de alarma" y el "estado de excepción" serán acordados mediante Decreto del Consejo de Ministros, mientras que para declarar el "estado de sitio" está facultado únicamente el Congreso de los Diputados.

(45) Hasta el punto en que esta actuación sea una **actividad reglada**.

actuación, y, en todo caso, a la **finalidad** de la normativa jurídica que se pretende aplicar (46).

Además, existirá la posibilidad de controlar el ejercicio de ese poder discrecional y sus resultados. Normalmente, ello se articula a través de un **control político** -ejercido por el poder legislativo- y de un **control judicial** -ejercido por el poder judicial o por los órganos de la jurisdicción constitucional, en el caso de que ambas jurisdicciones estén diferenciadas.

La **efectividad** de estos controles es cuestionable. En particular, porque es difícil que los demás poderes del Estado puedan desvincularse totalmente del modo en que se han ejercido esas facultades discrecionales, adoptando una postura independiente que no tenga en cuenta la "razón de Estado" (47).

De este modo, el límite interno no puede asegurar de forma totalmente efectiva la protección de los derechos fundamentales frente a los posibles abusos de las autoridades.

Y, en segundo lugar, hay que tomar en consideración el **límite internacional** del poder discrecional del Estado, sustentado en el Convenio Europeo y sus Protocolos (48).

-----  
(46) Es decir, que, allí donde la actuación del Estado sea discrecional y no reglada, se ha de respetar el propósito teleológico de la norma jurídica.

(47) En especial, el poder legislativo que en determinados supuestos estará comprometido en la propia toma de decisiones.

Por su parte, el poder judicial, por su propia naturaleza, suele ser capaz de actuar independientemente y desvinculado del ejercicio de ese poder discrecional, sobre todo en períodos de normalidad democrática, ante unas restricciones de los derechos fundamentales que tienden a lograr el buen funcionamiento de la sociedad democrática, pese a que no se descarte que pueda ser influenciado o coartado por los otros poderes del Estado.

Esta independencia puede diluirse, sin embargo, si lo que se plantea es la adopción de medidas derogatorias excepcionales.

(48) Sin olvidar otras posibles obligaciones internacionales en la materia como, por ejemplo, las derivadas del Pacto.



Un primer aspecto de este límite internacional viene dado por el propio **texto del Convenio Europeo** y de sus **Protocolos**. La regulación de las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados dispone que el ejercicio de las facultades discrecionales del Estado se ajuste a las **condiciones jurídicas de aplicación** previstas tanto en las cláusulas restrictivas como en la cláusula derogatoria.

Además, el Estado ha de someter su actuación a los **principios de interpretación del Convenio Europeo** -reconocidos en los arts. 13 al 18 del Convenio Europeo.

En este sentido, adquiere un especial relieve el **art. 18 del Convenio Europeo**, en el cual se establece un principio referente a la **finalidad** de las restricciones:

"Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas (49)".

Un segundo aspecto de este límite internacional se concreta en la existencia de un **procedimiento de verificación jurisdiccional**, previsto en el propio Convenio Europeo, cuyo objetivo es garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos.

Este procedimiento se predica como necesario desde el momento en que el control interno no es suficientemente efectivo para garantizar que el Estado no usará arbitrariamente de las facultades discrecionales que le otorgan las citadas cláusulas.

Para comprobar la efectividad de este procedimiento, será preciso examinar hasta dónde llega la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo y cómo entiende el alcance de ese poder discrecional.

-----  
(49) Se está contemplando, en este sentido, su posible aspecto negativo: la **desviación de poder**, es decir, la posibilidad de que las medidas restrictivas o derogatorias adoptadas por el Estado no se adecúen a la finalidad que el Convenio Europeo instituye.

### 1.3. LA INTERPRETACION DE LA CLAUSULA DEROGATORIA Y DE LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS. LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

El mecanismo de protección establecido en el Convenio Europeo determina la competencia de los órganos jurisdiccionales que él mismo prevé para examinar las **presuntas violaciones** de los derechos y libertades fundamentales reconocidos, y decidir la existencia o no de una violación de éstos.

Esta competencia permite examinar si la utilización de las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados** es susceptible de dar lugar a la violación de uno de los derechos garantizados. Pero, además, permite que se pueda **delimitar**, a través de la interpretación de las cláusulas de escape, **el alcance jurídico del poder discrecional del Estado** que las mismas otorgan.

En el ejercicio de esta competencia, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo proceden a realizar una **verificación internacional de las citadas cláusulas**, es decir, de la utilización de los poderes inscritos en ellas y de sus consecuencias en relación a los derechos garantizados.

De esta forma, el **procedimiento de verificación internacional** consiste, básicamente, en la comprobación de si el Estado ha ejercido las **facultades que le otorgan dichas cláusulas dentro de los límites establecidos en el Convenio Europeo** (50).

Esto supone, en definitiva, que la competencia jurisdiccional se orienta a la verificación del cumplimiento de las **condiciones jurídicas de aplicación de las cláusulas derogatorias y de delimitación de los derechos garantizados** -tal y como están explicitadas en el propio texto del Convenio Europeo.

-----  
(50) Vid supra, pág. 270 y ss.



Los caracteres esenciales que definen el procedimiento de verificación internacional previsto por el Convenio Europeo en relación a dichas cláusulas son tres: es un procedimiento **a instancia de parte** (51); es un procedimiento **a posteriori** (52); y, finalmente, es un procedimiento donde se verifican **elementos de legalidad y de oportunidad**.

Es en este último carácter -la verificación tanto de **elementos de legalidad como de oportunidad**- donde se encuentra la clave para enjuiciar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en relación al poder discrecional del Estado.

En primer término, se observa que el Convenio Europeo, tanto en la cláusula derogatoria de su art. 15 como en las cláusulas restrictivas previstas, fija una serie de **condiciones jurídicas de aplicación** (53) para el ejercicio de los poderes que se confieren, que han de ser respetadas por el Estado si desea adecuar su actuación a las exigencias del texto convencional.

-----  
(51) Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo sólo conocerán de una presunta violación si son instados por un Estado o un individuo, de acuerdo con los arts. 24 y 25 del Convenio Europeo.

(52) Esta verificación se produce siempre después de que el Estado haya usado del mecanismo jurídico previsto; por lo que se verificarán medidas que están produciendo o ya han producido efectos jurídicos.

(53) Respecto a la **cláusula derogatoria** (vid supra, pág. 264), se pueden concretar siete condiciones jurídicas de aplicación: la **proclamación** oficial del Estado de excepción; la **notificación**, dirigida al Secretario General del Consejo de Europa; la **existencia de una amenaza excepcional**; la **proporcionalidad**, que exige la adecuación de las medidas a la situación de hecho; la **provisionalidad**, que exige la limitación de las medidas al período de tiempo estrictamente necesario para solventar la crisis; la **no discriminación**; y la **intangibilidad de ciertos derechos** -los derechos inderogables.

Respecto a la **cláusulas restrictivas** (vid supra, pág. 127, el art. 10 (2) del Convenio Europeo como paradigma), se pueden concretar cuatro condiciones jurídicas de aplicación: que las restricciones estén **previstas por la ley**; que respondan a un **fin legítimo**; que sean **necesarias en una sociedad democrática**; y que sean **proporcionales** a las necesidades que desean prevenir.

En segundo término, se observa que alguna de estas condiciones jurídicas de aplicación exige que la puesta en marcha de las medidas derogatorias o restrictivas responda a determinados hechos o necesidades (54); ello comporta la **verificación de la oportunidad de las medidas restrictivas** adoptadas por el Estado.

Y, en tercer término, se observa que estas condiciones jurídicas de aplicación suponen la **legalización de elementos de oportunidad**, presentes en cualquier decisión jurídico-política de esta naturaleza (55).

Ello implica que, al menos a priori, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo pueden verificar el elemento inicial de las medidas restrictivas y, por tanto, el más firmemente vinculado al poder discrecional del Estado: la **oportunidad de la puesta en marcha de las medidas derogatorias o restrictivas** (56).

No obstante, hay que intentar determinar cuál es el alcance jurídico de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo respecto a esos elementos de oportunidad para saber si esa posibilidad se concreta en la práctica.

Para ello, debe examinarse la **interpretación que de su competencia hacen los propios órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo**, diferenciando a este fin entre la **cláusula derogatoria** y las **cláusulas restrictivas**.

-----  
(54) La existencia de una situación excepcional que amenace la vida de la nación, en el caso de la cláusula derogatoria; y la existencia de necesidades propias de las sociedades democráticas, en el caso de las cláusulas restrictivas.

(55) Indica VELU que en cualquier Ordenamiento Jurídico pueden darse "aspects de l'opportunité social définis par un instrument juridiquement obligatoire" (J.VELU, "Le contrôle des organes prévus par la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant a cette Convention". En: "Mélanges Offers a Henri Rolin", Pedone, Paris, 1964, pág. 467).

En este sentido, el Convenio Europeo asume la posibilidad de asumir la oportunidad social de la adopción de medidas restrictivas o derogatorias de los derechos garantizados como un elemento reglado.

(56) Vid supra, pág. 268 y ss. y 270 y ss.



A.- LA COMPETENCIA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL CONVENIO EUROPEO RESPECTO A LA CLAUSULA DEROGATORIA.

La práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en este apartado se centra en la apreciación de cuatro aspectos de su ejercicio (57): la **adecuación formal de las medidas derogatorias** (58); el cumplimiento de la **finalidad** prescrita por la cláusula derogatoria; la existencia de los **motivos** que justifiquen la derogación (59); y la adecuación de su **objeto** (60).

De estos cuatro aspectos, se puede apreciar cómo tanto el examen de la **finalidad** como de los **motivos** de la derogación implican una apreciación sobre la **oportunidad** de la puesta en marcha de la derogación.

El problema surge de la necesidad de ensamblar equilibradamente la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para verificar esa oportunidad y los poderes otorgados al Estado.

Tres opciones doctrinales han intentado dar respuesta al problema (61): la doctrina de la **buena fe**, la doctrina **restrictiva de los poderes del Estado** y la doctrina del "**margen de apreciación**".

- 
- (57) J.VELU, "**Le contrôle des organes prévus...**", pág. 467.
- (58) En sus dos vertientes: la **publicación oficial** de la declaración del "estado de excepción" según el procedimiento legal interno; y la **notificación** al Secretario General del Consejo de Europa.
- (59) Se trata de enjuiciar si existe una amenaza excepcional y si las medidas derogatorias adoptadas son las adecuadas (J.VELU, "**Le contrôle des organes prévus...**", pág. 470).
- (60) Se trata de ver si se han respetado los derechos inderogables y cualquier otra obligación internacional contraída por el Estado que pueda afectar a la aplicabilidad de la cláusula derogatoria (Ibid, pág. 476 y ss.).
- (61) Estas soluciones interpretativas tienen su origen en las diversas posiciones mantenidas durante el procedimiento de verificación llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, siendo posteriormente desarrolladas por la doctrina.

a) **La doctrina de la buena fe.**

Desde esta visión doctrinal (62), la **buena fe** es determinante como **límite entre el poder discrecional del Estado y el poder de verificación** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo. Si el Estado obra de buena fe en el ejercicio de su poder discrecional, su apreciación sobre la situación y las medidas adoptadas no debe ser vista como contraria al Convenio Europeo (63).

b) **La doctrina restrictiva de los poderes del Estado.**

Esta doctrina considera que la cláusula derogatoria contempla unos **poderes reglados que no son discrecionales en su ejecución** (64) y, por tanto, que el poder del Estado debe ser sometido a una verificación exhaustiva, sin espacio jurídico alguno en favor de la discrecionalidad del Estado.

c) **La doctrina del "margen de apreciación"**

En un punto **intermedio** entre las dos anteriores, esta doctrina considera que, en función de su responsabilidad en el mantenimiento del orden en situaciones de crisis, el Estado debe conservar un **margen de apreciación o discrecionalidad** para:

-----  
(62) Con origen en la opinión del Gobierno irlandés durante la tramitación del **caso Lawless** (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Lawless", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1, 1961, págs. 77, 224 y ss., 341, y 439 y ss.).

(63) El punto de referencia para verificar dicha buena fe será la existencia de una **finalidad lícita** que justifique la actuación del Estado; sólo en el supuesto de una apreciación irrazonable -por manifiesta inexistencia de la situación excepcional o la inadecuación de las medidas- se demostraría la existencia de mala fe. Si se comprueba la existencia de esa buena fe, los demás aspectos de la derogación se reservan a la discrecionalidad del Estado.

(64) Con origen en la opinión del demandante en el **caso Lawless**. (Vid: Plaidoirie du Délégué principal de la Commission devant la Cour, du 8 avril 1961. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Lawless", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1, 1961, págs. 396 y 397).

"juguer s'il est ou non légitime de faire usage du droit exceptionnel que lui confère l'article 15 [del Convenio Europeo] de déroger aux dispositions de la Convention et plus spécialement pour déterminer s'il existe ou non un danger public que menace la vie de la nation et quelles mesures sont exigées par la situation (65)".

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se han inclinado por la **doctrina del "margen de apreciación"** para interpretar el alcance de su competencia jurisdiccional respecto a las cláusulas derogatorias.

Ello supone el reconocimiento de que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no deben **subrogarse en el papel del Estado**; por lo que para una decisión favorable a la legalidad de la apreciación bastará que ésta se sitúe dentro de los márgenes del art. 15 del Convenio Europeo (66).

B.- LA COMPETENCIA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL CONVENIO EUROPEO RESPECTO A LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS.

La verificación de las cláusulas restrictivas se sustenta en la apreciación de cuatro **condiciones jurídicas de aplicación**: que la restricción esté **prevista por la ley**; que se ajuste a uno de los **finés legítimos** enumerados en las cláusulas restrictivas; que sea **necesaria en una sociedad democrática**; y que las medidas adoptadas sean **proporcionales** al fin perseguido.

---

(65) N.ANTONOPOULOS, "La jurisprudence des organes...", pág. 225.

Esta doctrina tiene origen en la opinión de la Comisión Europea en el **caso Chipre** (vid infra, pág. 286 y ss.).

(66) Y, por consiguiente, que en estos términos se entienda el **justo equilibrio** entre los derechos y obligaciones del Estado en relación a las cláusulas derogatorias y la necesidad de una protección suficiente a los derechos garantizados en el Convenio Europeo.



Aunque los problemas en uno y otro caso son de distinto carácter jurídico-político, existe una coincidencia esencial en la verificación de la cláusula derogatoria y de las cláusulas restrictivas: la exigencia de que las medidas jurídicas adoptadas sean examinadas en función de su **necesidad** y de su **proporcionalidad** (67).

Por ello, en relación a las cláusulas restrictivas, se plantea en términos similares a los expresados respecto a la cláusula derogatoria (68) la cuestión de ensamblar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo y la discrecionalidad del Estado.

En estos términos, no es de extrañar que la solución adoptada para la determinación de la extensión de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para verificar la legalidad de las restricciones adoptadas se ajuste a los esquemas jurídico-políticos de la **doctrina del "margen de apreciación"**.

De este modo, el Estado gozará de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de la **necesidad** y **proporcionalidad** de las medidas restrictivas adoptadas de conformidad con las respectivas cláusulas restrictivas; siendo su actuación considerada como ajustada a las mismas en la medida en que, en relación al fin perseguido, no se traspase ese margen que se otorga.

---

(67) Es de resaltar la importancia que tiene la apreciación de la **proporcionalidad** de las medidas restrictivas dentro del procedimiento de verificación de las mismas, por cuanto se efectúa "en fonction des valeurs et des canons d'une société démocratique" (G. COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Economica, Paris, 1989, pág. 550). La proporcionalidad vincula directamente al conjunto de las medidas restrictivas con la noción de necesidad que perfilan las cláusulas restrictivas en el Convenio Europeo y al tipo de sociedad al que son aplicadas.

(68) Vid supra, pág. 279 y ss.



En **conclusión**, debe observarse, en primer lugar, que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para verificar la utilización de las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados** entraña un análisis de aspectos relativos a la **oportunidad** de las medidas.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, a pesar de lo anterior, el Estado goza de un **"margen de apreciación"** para valorar la existencia de una **necesidad social** -basada en una situación excepcional o en la responsabilidad del Estado de asegurar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en una sociedad democrática- y de la **adecuación de las medidas jurídicas adoptadas** (69).

En tercer lugar, que la aplicación jurisdiccional de la doctrina del "margen de apreciación" supone una **limitación de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo** en esta materia, por cuanto la discrecionalidad del Estado sólo debe ser cuestionada en supuestos determinados "et seulement lorsque son violemment atteints les droits de l'homme (70)".

En cuarto lugar, poniendo el acento en esta afirmación, la doctrina del "margen de apreciación" otorga al Estado, en la práctica, un **margen de error** frente a las situaciones en que ha de actuar respecto a los derechos garantizados en el Convenio Europeo (71).

Y, finalmente, en quinto lugar, que la doctrina del "margen de apreciación" se ha convertido en la práctica jurisdiccional en el **instrumento fundamental de resolución de las demandas** de las que conocen los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en torno a la aplicación de este tipo de cláusulas.

---

(69) Y, en consecuencia, de su proporcionalidad.

(70) Intervention du M.ROLLAND. En: **"La protection internationale..."**, pág. 197.

(71) C.MORRISSON JR, **"Margin of appreciation in European Human Rights Law"**, Human Rights Review, 1973, 2, pág. 267.

## 2. LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA PRACTICA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL CONVENIO EUROPEO.

La práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se ha caracterizado por una interpretación amplia de la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación" a la solución de los problemas derivados de la delimitación del contenido jurídico del Convenio Europeo (72).

Por ello, el examen de su aplicación jurisdiccional se puede diferenciar en tres apartados dedicados a: la **aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" en la verificación de la cláusula derogatoria**; la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" en la verificación de las cláusulas restrictivas; y la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" en la verificación de otras disposiciones del Convenio Europeo.

### 2.1. LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA VERIFICACION DE LA CLAUSULA DEROGATORIA.

La doctrina del "margen de apreciación, en sus orígenes, fue concebida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo **precisamente** para interpretar el contenido jurídico de la **cláusula derogatoria** (73), y, en especial, para interpretar su propia competencia de verificación respecto a las facultades discrecionales que ésta concede al Estado.

-----  
(72) La doctrina del "margen de apreciación" es concebida, a pesar de su significación jurídico-política como un instrumento interpretativo del Convenio Europeo en un sentido amplio, y no únicamente circunscrito a las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados (vid infra, pág. 300 y ss.).

(73) Vid supra, pág. 264.

No es casual que la cláusula derogatoria se encuentre en el origen de la doctrina del "margen de apreciación". La razón estriba en la dificultad, a priori, de lograr un **justo equilibrio entre las facultades jurisdiccionales que derivan del Convenio Europeo y las facultades de que goza el Estado** en virtud de la misma.

Ello, en primer lugar, por la propia **naturaleza jurídica de la cláusula derogatoria**, caracterizada por su **excepcionalidad**. Se trata de un **instrumento jurídico** que ofrece al Estado, ante un suceso que cuestiona su supervivencia, una **amplia facultad de disposición sobre los derechos garantizados en el Convenio Europeo** (74). Su vinculación al propio ser del Estado explica la **complejidad** de dar un **perfil preciso a sus límites**.

En segundo lugar, por la **configuración jurídica del art. 15** del Convenio Europeo, y por su **ambigüedad**, ya que "non precisa con sufficiente chiarezza quale siano le situazioni di reale necessità che si pongano quali presupposti di un ricorso legittimo alla deroga, né chiarisque a chi spetti le competenza a valutare siffate situazioni...(75)". Lo que dificulta la obtención del mismo de elementos interpretativos precisos.

Y, en tercer lugar, por la necesidad de **apreciar aspectos relativos a la oportunidad** de la puesta en marcha de las medidas derogatorias (76); lo que dificulta el logro de ese equilibrio, al ponerse en cuestión la propia decisión derogatoria inicial.

Al asumir la complejidad de estos problemas interpretativos, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se vieron obligados a encontrar "**a technique for exercising its own discretion**" (77), respecto a la verificación de la cláusula derogatoria.

-----  
(74) Que, según ANTONOPOULOS, traslada al Convenio Europeo un principio generalmente reconocido: "**salus rei publicae lex suprema est**" (N.ANTONOPOULOS, "**La jurisprudence des organes...**", pág. 216).

(75) G.CATALDI, "**La clausola di deroga...**", pág. 4.

(76) Vid supra, pág. 277.

(77) C.MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 267. El resaltado es propio.



Esta **técnica jurisprudencial** debía perseguir, sobre todo, el equilibrio entre la discrecionalidad del Estado y la de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo. De ahí que éstos, al plantearse el fundamento jurídico-político de su competencia, optasen por una **postura intermedia** como la doctrina del "margen de apreciación" (78).

Esto ha comportado el reconocimiento al Estado de cierta discrecionalidad en la gestión de la crisis, equilibrando así la **responsabilidad del Estado frente a la situación excepcional** (79), con la **competencia** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para **verificar su actuación**.

Esta toma de postura de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo tuvo su manifestación original en el **caso Chipre** (80).

Así, la **Comisión Europea** se declaró **competente** para pronunciarse sobre la **existencia de un peligro público que amenazase la vida de la nación y sobre la adecuación de las medidas tomadas a la situación** (81).

-----  
(78) Vid supra, pág. 280.

La referencia a una doctrina del "margen de apreciación" intenta expresar que es algo más que una técnica interpretativa, en la medida en que ofrece una profundización teórica en los fundamentos jurídico-políticos de la cláusula derogatoria.

(79) El Estado tiene la obligación de asegurar su propia supervivencia en beneficio de la sociedad (vid, por ejemplo: D.O'DONNELL, "**States of exception**", Review of International Commission of Jurists, 21, 1978, December, pág. 53; o bien: J.PINHEIRO FARINHA, "**L'article 15 de la Convention**". En: "Protection des Droits de l'Homme: la dimension européenne", Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda, Ed. F.Matscher y H.Petzold, Carl Heymans Verlag, Köln, 1988, pág. 524).

(80) Vid supra, pág. 281. El punto de partida del caso fue una demanda del Gobierno griego contra el Gobierno del Reino Unido por la supresión de ciertos derechos fundamentales en Chipre -incluyendo la denuncia de la utilización de la tortura.

(81) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 2 octobre 1958, Requête 176/56, Grèce c/ Royaume-Uni, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Vol. II, 1958-59, pág. 176.

Al mismo tiempo, la Comisión Europea reconoció que, en las circunstancias del caso -dada la situación de extrema inestabilidad y violencia política en la isla de Chipre-, el Estado "doit pouvoir conserver une **certaine marge d'appréciation quant à la stricte mesure exigée par la situation** (82)".

Posteriormente, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo aprovecharon la complejidad del **caso Lawless** (83) para, no sólo reiterar la anterior toma de postura, sino para **avanzar en la delimitación jurídica del concepto de "margen de apreciación"**; de modo que sin variar su significación jurídico-política se produjo un **replanteamiento** y una **evolución** en su concepción.

En este sentido, pese a ofrecer una definición bastante precisa de la noción de "amenaza excepcional" (84), la Comisión Europea no fue capaz de precisar qué hechos y qué circunstancias podían encuadrarse dentro de esa noción (85).

Esta falta de concreción llevó a la Comisión Europea a considerar que, si bien debía pronunciarse sobre la existencia de una amenaza excepcional y la adecuación de las medidas, era preciso dejar al Gobierno:

- 
- (82) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 2 octobre 1958, Requête 176/56, Grèce c/ Royaume-Uni, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Vol. II, 1958-59, pág. 176. El resaltado es propio.
- (83) El procedimiento se inició con una demanda de un ciudadano irlandés por su detención administrativa, producida por su presunta colaboración con el I.R.A. -Irish Republic Army-, en virtud de la legislación de excepción de la República de Irlanda.
- (84) Noción que fue asumida como propia por el Tribunal Europeo en su sentencia, y en la que es definida como una "situation de crise ou danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lawless, Arrêt du 1 juillet 1961, Série A, 1, p. 28).
- (85) En este sentido, por ejemplo: F. MONCONDUIT, "La Commission Européenne des Droits de l'Homme", Aspects Européennes, Série E: droit, 4, Sijthoff, Leyden, 1965, pág. 450.



"une certaine marge d'appréciation pour déterminer s'il existe un danger public qui menace la vie de la nation... (86)".

Se observa cómo el "margen de apreciación" se extiende no sólo a la **proporcionalidad** de las medidas derogatorias, sino también a la **existencia de la situación excepcional**; en suma, a la **puesta en marcha de las medidas de excepción** (87).

De esta postura, refrendada posteriormente por el Tribunal Europeo (88), se puede concluir que el "**margen de apreciación**" responde a la comprensión de la **responsabilidad** que para un Estado democrático reviste el **recurso a la cláusula derogatoria**.

En este sentido, y en palabras de MORRISSON (89), los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han optado por no "find fault with the governments involved unless their actions were obviously out of proportion to the needs of the situation".

Esto significa que la doctrina del "margen de apreciación", en opinión de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, tiende a establecer un **margen de error favorable al Estado**, de forma que los actos del Gobierno del Estado no sean incriminados, salvo que

-----  
(86) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 décembre 1959, Requête 332/57, G. Lawless c/ Irlande (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Lawless", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1, 1961, pág. 82).

(87) Ampliando así el criterio expresado en el caso Chipre (vid supra, pág. 287). Esto concede al Estado un mayor "margen de apreciación" sobre la **oportunidad de la adopción de las medidas derogatorias** -pues la oportunidad referida sólo a su proporcionalidad no afectaría a la decisión de su puesta en marcha.

(88) A partir de su afirmación de que, en virtud de su competencia, le correspondía determinar si se habían dado "en su justo término" las condiciones del art. 15 del Convenio Europeo (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lawless, Arrêt du 1 juillet 1961, Série A, 1, pár. 22).

(89) C. MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 260. Si no existiese esta proporcionalidad se desvelaría la simple desproporción de las medidas o que la situación no era en sí misma excepcional.

rebasen de una forma clara y manifiesta el citado margen (90).

Sólo una vez se ha considerado sobrepasado dicho margen de error: en el **caso griego** (91). En él, la fuerza de las evidencias contra el Gobierno heleno llevó a la Comisión Europea a no aplicarlo, afirmando que:

"the burden lies upon the respondent Government to show that the conditions justifying measures of derogation under article 15 [del Convenio Europeo] have been and continue to be met, due regard had the <margin of appreciation> which, (...), the Government has in judging the situation... (92)".

Estas consideraciones aclaran el **objeto** de la doctrina del "margen de apreciación": dado que el Convenio Europeo no deja a la discrecionalidad estatal la determinación del **contenido jurídico** de su art. 15, los

---

(90) Esta visión se manifiesta claramente en estas palabras del Presidente de la Comisión Europea, el Sr. WALDOCK, ante el Tribunal Europeo:

"The concept behind this doctrine ["margen de apreciación"] is that Article 15 [del Convenio Europeo] has to be read in the context of the rather special subject-matter with which it deals; namely, the responsibilities of a government for maintaining law and order in times or war of public emergency (...). The concept of margin of appreciation is that a government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest; and that, once the Commission or the Court is satisfied that the Government's appreciation is at least on the margin of the powers conferred by Article 15 [del Convenio Europeo], the interest which the public itself has in effective government and in the maintenance of order justifies and requires a decision in favour of the legality of the Government's appreciation" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Lawless", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1, 1961, pág. 408. En el idioma original inglés de la citada exposición).

(91) Vid supra, pág. 272.

(92) EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: Report of 5 May 1968, Applications 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3334/67, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c/ Greece, Yearbook of European Convention on Human Rights, XII (bis), 1969, pág. 72, pár. 174.



Estados deben dar a las nociones que lo definen su sentido más **normal y habitual**, sin que en su aplicación se **traspasen ciertos límites racionales** -que serán asimismo los límites jurídicos de su discrecionalidad (93).

De ahí que el **margen de error** que ofrece la doctrina del "margen de apreciación" pueda otorgar al Estado derogante la seguridad de que, mientras no conculque los límites del sentido normal y habitual de esas nociones, su actuación no será encausada.

Sin embargo, el **sentido inicial** de la doctrina del "margen de apreciación" fue **sobrepasado** por el Tribunal Europeo en el **caso Irlanda contra el Reino Unido**, relativo a las medidas de excepción aplicadas en el territorio del Ulster.

El Tribunal Europeo indicó, primero, la **competencia del Estado para apreciar en primer término la existencia de una amenaza excepcional y de las medidas necesarias**; segundo, la mejor situación de las autoridades nacionales para efectuar esa apreciación que el órgano internacional, por lo que gozaban de un "**large marge d'appréciation**" (94); y, tercero, su propia **competencia para verificar si se había superado la medida estricta de las exigencias de la crisis** (95).

De este modo, el Tribunal Europeo consideró que debía apreciar las **condiciones y circunstancias** bajo las que se tomaron **inicialmente las medidas derogatorias**, y **no su eficacia ante la crisis** (96).

-----  
(93) Vid, por ejemplo: J.VELU, "**Le contrôle des organes prévus...**", pág. 476.

(94) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Irlande contre Royaume-Uni, Arrêt du 18 janvier 1978, Série A, 25, pár. 207. El resaltado es propio.

La distinción entre un "certaine margin d'appréciation" y un "large marge de appréciation" no debe verse como gratuita: muestra la determinación de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo de dar un alcance jurídico distinto a esa noción.

(95) Ibid.

(96) Ibid, pár. 214.



El Tribunal Europeo, desde esta perspectiva, parece considerar que, mientras las medidas jurídicas tengan la **apariencia** de ser las adecuadas a la situación, no ha de tenerse por sobrepasado el "margen de apreciación".

Con lo cual, por un lado, la razonabilidad de las medidas derogatorias ya no dependerá de la existencia de un "error" que exceda de los límites normales (97), sino de que tengan la **apariencia de ser razonables**; y, por otro lado, se desvirtúa el sentido inicial del "margen de apreciación", instituyéndose una **presunción favorable al Estado**, fundamentada en la apariencia de las medidas derogatorias adoptadas, que sólo será destruida por una clara evidencia en contrario.

Ello supone, en primer término, que el "**margen de apreciación**" es **ampliado de forma sensible**, por cuanto resulta muy difícil bajo esta hipótesis destruir la presunción establecida -prácticamente sólo si el Estado utiliza la cláusula derogatoria con fines ilegítimos (98); y, en segundo término, en consecuencia, que la **discrecionalidad del Estado**, en virtud de la cláusula derogatoria, es también **mucho más amplia**.

-----  
(97) Es decir, que se sobrepase el **margen de error**.

(98) La utilización de la cláusula derogatoria debería apartarse de lo razonable o normal para que se destruyera la presunción. Esto implica que, en definitiva, se está limitando la hipótesis negativa a aquellas situaciones que se apartan de la **finalidad** de la cláusula derogatoria, por cuanto cualquier medida jurídica que no se apartase de ella podría casi siempre ser apreciada como razonable.

Es decir, la violación del art. 15 del Convenio Europeo se produciría casi exclusivamente en el sentido del art. 18 del Convenio Europeo (vid supra, pág. 275).

Esto significa que la doctrina del "margen de apreciación" aproxima su sentido a la doctrina de la buena fe (vid supra, pág. 280), ya los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo tienden a enjuiciar, no la actuación de las autoridades nacionales frente a unos hechos y sus consecuencias -considerando entonces si se habían excedido de los límites de su discreción, dentro de su "margen de apreciación-, sino simplemente a observar que la discreción fue bien ejercida, salvo prueba en contrario.

## 2.2. LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA VERIFICACION DE LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS.

Si de la actitud de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo parece inicialmente desprenderse que la doctrina del "margen de apreciación" limita su ámbito de aplicación a las cláusulas derogatorias, esta impresión no es confirmada en la práctica jurisdiccional, ya que su aplicabilidad se ha ido **extendiendo gradualmente** a la verificación de otros artículos del Convenio Europeo (99), y, en particular, a la verificación de las **cláusulas restrictivas**.

Esta extensión viene principalmente determinada por la similitud de los problemas interpretativos de las cláusulas restrictivas y de la cláusula derogatoria (100), pues la verificación de aquéllas precisa también de un **equilibrio** entre la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo y la discrecionalidad de que goza el Estado.

Este equilibrio, empero, se sustenta en **presupuestos jurídico-políticos distintos**. Primero, por el contenido del **interés general** en juego: la protección de los derechos del conjunto de la comunidad en una **situación de normalidad democrática**; y, segundo, por las **circunstancias** que se contemplan, vinculadas al mantenimiento del **orden público** (101).

-----  
(99) De esta manera, la doctrina del "margen de apreciación" se ha convertido en un "standard for judging alleged state transgression in non-emergency situations in the "personal freedoms" domain (H.C.YOUROW, "**The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence**", Connecticut Journal of International Law, 3, 1987, 1, pág. 127; en idéntico sentido, por ejemplo: P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice...**", pág. 430).

(100) Vid supra, pág. 270 y ss.

(101) En un sentido amplio de la noción de "orden público", que alude al conjunto de fines legítimos enumerados en las cláusulas restrictivas (vid supra, pág. 227).



La búsqueda de este equilibrio, no exenta de dificultades interpretativas, ha comportado una evolución continuada de la postura de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo frente a las cláusulas restrictivas.

En una **primera etapa**, esta posición se caracterizó por su **indeterminación**, en torno al **alcance jurídico de las cláusulas restrictivas** y, en consecuencia, al de su propia **competencia jurisdiccional**.

Esto se hizo patente al dar a entender los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo que **no todas las restricciones a que podían someterse los derechos garantizados eran subsumibles en los supuestos previstos en las cláusulas restrictivas** (102).

De este modo, ciertas restricciones, en razón de la posición jurídica especial de sus destinatarios (103), se tuvieron por **inherentes** a la situación de la persona que reivindica su violación y al propio **derecho garantizado**, con lo que el Estado no debía justificar su actuación invocando las restricciones previstas, y, muy en particular las cláusulas restrictivas.

Se trata de la denominada **doctrina de las limitaciones inherentes o implícitas** (104); que tuvo, en particular, una amplia manifestación en la labor jurisdiccional de la Comisión Europea (105).

- 
- (102) En relación, evidentemente, a aquellos derechos garantizados en los que se prevé una cláusula restrictiva (vid supra, pág. 271).
- (103) Entre otros colectivos, los presos, los pacientes de centros psiquiátricos o los militares.
- (104) A este respecto, vid: R.PELLOUX, "**Jurisprudence relatif aux limitations. Limitations implicites**". En: UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN, "Les clauses échappatoires...", pág. 54; o bien: P.VAN DIJK y G.VAN HOOF, "**Theory and practice...**", pág. 422.
- (105) Debido, sobre todo, a que si se contemplaban como restricciones inherentes al derecho en cuestión se tendía a presumir la inexistencia "prima facie" de una violación del mismo; por lo que encajaba en la mecánica de la decisión de admisibilidad de las demandas que corresponde a la Comisión Europea.



Es significativa al respecto su decisión en el **caso De Courcy**, relativo a la supresión de la libertad de correspondencia a un preso, en la que se mantuvo que:

"...la restriction du droit de correspondance d'un détenu étant un aspect nécessaire de la privation de liberté qu'implique une peine d'emprisonnement; qu'un examen du grief ne révéle, par ailleurs, aucune violation de l'article 8, par. 1er [del Convenio Europeo], ni d'aucun des droits et libertés garantis... (106)".

Esta postura ha sido considerada, por la mayoría de la doctrina, como **incorrecta desde la perspectiva del Convenio Europeo**. La razón esencial, entre otras posibles (107), es el hecho de que la aceptación de las limitaciones inherentes **no permite la consecución del justo equilibrio en la práctica jurisdiccional**.

Ello se debe, por encima de todo, a que dicha doctrina **sustrae de la competencia** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo **la verificación de ciertas restricciones**; lo que refuerza sin duda el poder del Estado, en detrimento de los derechos garantizados.

Así, el **Tribunal Europeo** opinó desde un principio que **no había lugar para este tipo de limitaciones en el sistema del Convenio Europeo** (108).

-----  
(106) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 2749/66, K.H.De Courcy c/ Royaume-Uni, du 11 juillet 1967, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, X, 1967, pág. 413.

(107) Como lo sería, por ejemplo, el hecho de que estas limitaciones no hayan sido expresamente reconocidas por los autores del Convenio Europeo; de que exista una enumeración expresa de las restricciones garantizadas; o, bien, de la presencia del art. 18 del Convenio Europeo (vid supra, pág. 275), que al no prever "finalidad implícitas" no puede tampoco autorizarlas.

(108) Vid: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire De Wilde, Ooms et Versyp, Arrêt du 18 juin 1971, Série A, 12, p. 91; y Affaire Golder, Arrêt du 21 février 1975, Série A, 18, p. 44.

Ambos son igualmente relativos a la correspondencia de personas detenidas, y coinciden en considerar esa restricción como una injerencia en el sentido del art. 8 (2) del Convenio Europeo.

Al mismo tiempo, y respecto a la **verificación** de aquellas **limitaciones que sí eran subsumibles en las cláusulas restrictivas**, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo -y, en primer término, la **Comisión Europea** (109)- establecieron el **principio general de su competencia sobre ellas** (110).

Esta competencia, sin embargo, no es en la práctica concretada ni tampoco definidos sus límites (111); lo que podría haber movido a pensar que, a diferencia de la cláusula derogatoria, la verificación de las cláusulas restrictivas comportaba un examen exhaustivo de la actuación del Estado.

Esta dificultad en la apreciación de la necesidad de las restricciones (112), intentando a su vez conservar el equilibrio respecto a la discrecionalidad del Estado, llevó a los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo a **evolucionar rápidamente** en su forma de entender su propia competencia.

Así, iniciando un **segunda etapa** (113), los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo intentaron explicar su competencia a través de la **doctrina del "margen de apreciación"**.

-----  
(109) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 312/57, X c/ Belgique, du 9 janvier 1957, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, II, 1958-59, pág. 353 y ss.

(110) Así, en el supuesto anterior, la Comisión Europea afirmó que "rentre certainement dans la compétence de la Commission [Europea] de déterminer, dans chaque cas lui et soumis, si l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit protégé par l'article 8 [del Convenio Europeo] lorsqu'elle s'exerce répond aux conditions définies au paragraphe 2 dudit article" (Ibid, pág. 353).

(111) Lo que se demuestra en la decisión de la Comisión Europea en la demanda 312/57 antes referida, donde es definida muy genéricamente: es competente para observar si responde a las condiciones exigidas en el art. 8 (2) del Convenio Europeo.

(112) En especial, por los términos generales en que están redactadas las cláusulas restrictivas (vid supra, pág. 131 y ss.).

(113) Vid supra, pág. 293 y ss.



En un primer momento, como apunta MORRISSON, la Comisión Europea dió la impresión de utilizar la doctrina del "margen de apreciación" de una manera **forzada** -como si fuera ésta inexcusable (114)-. Así, tras establecer la existencia de ese "margen de apreciación", la Comisión Europea analizaba de modo exhaustivo las circunstancias del caso (115).

Pronto, no obstante, el recurso a la misma adquirió una verdadera significación interpretativa respecto a las cláusulas restrictivas; a partir de la tendencia de la Comisión Europea a considerar que el Estado debía tener un **amplio "margen de apreciación" para determinar cuáles eran los verdaderos intereses de la comunidad y, en consecuencia, cuáles sus necesidades.**

Como ejemplo, en su decisión de admisibilidad en torno a la posible violación de la libertad de conciencia por la obligatoriedad de afiliación a la Seguridad Social holandesa, la Comisión Europea dijo:

"que'en ce qui concerne les conditions prévues au paragraphe 2 [del art. 9 del Convenio Europeo], une large marge d'appréciation est laissée aux Parlements nationaux pour déterminer les intérêts vitaux de la communauté (116)".

La amplitud de este criterio fue avalado por posteriores opiniones de la Comisión Europea, en las que se apuntó a que las decisiones de las autoridades

-----  
(114) C.MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 275 y ss. Añade este autor, con cierta ironía, que la Comisión Europea "seemed to be paying only lip service to its new margin of appreciation concept" (ibid, pág. 275).

En ello, quizá influyese su utilidad en la superación de los problemas interpretativos de la cláusula derogatoria.

(115) Esta primera utilización se centra en supuestos relativos al art. 8 del Convenio Europeo, en supuestos relativos a la custodia y régimen de visitas, en caso de separación o divorcio.

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



nacionales debían reputarse como "necesarias en una sociedad democrática" si durante el procedimiento de verificación no se evidenciaba que no eran apropiadas a la finalidad perseguida (117).

Esta verdadera **presunción en favor del Estado** se veía **reforzada** en la medida en que la Comisión Europea fundamentaba sus decisiones en las **valoraciones de las autoridades nacionales en torno a los hechos** -y no en las que pudieran establecerse durante el procedimiento de verificación (118).

En una **tercera etapa**, se produce la consolidación de la doctrina del "margen de apreciación" por parte del **Tribunal Europeo** como principio interpretativo de las cláusulas restrictivas. Es muy significativa a este respecto la sentencia sobre el **caso Handyside** (119).

En ella, tras reconocer la **subsidiariedad** del procedimiento de verificación del Convenio Europeo (120), el Tribunal Europeo aseguró que las **autoridades nacionales estaban mejor situadas para juzgar la existencia de una "necesidad social imperiosa"**, por lo que se les debía reservar un "margen de apreciación".

-----  
(117) Por lo que la Comisión Europea valoraba la existencia o no de una evidencia de que la decisión estatal no fuese apropiada y razonable.

(118) En un caso relativo a publicaciones pornográficas, por ejemplo, afirmó que sus valoraciones sobre la inmoralidad de la misma "se fondant sur l'ensemble des moyens de preuve qui lui ont été soumis et n'estimant pas nécessaires d'étudier le contenu effectif de la publication en question..." (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1167/61, X et l'Association de Z c/ R.F. Allemagne, du 16 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, IV, 1963, pág. 220).

(119) Sin olvidar tampoco su sentencia sobre el **caso concerniente a ciertos aspectos relativos al régimen lingüístico belga** (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, Arrêt du 23 juillet 1968, Série A, 6).

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

Con esta perspectiva, la verificación de si las restricciones respondían a una **finalidad legítima** y eran **"necesarias en una sociedad democrática"** se dirigía a **apreciar las decisiones dictadas por el Estado en ejercicio de su poder de apreciar**, para determinar únicamente (121):

"si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'<ingérence> qu'elles adoptent sont **pertinents et suffisants...**".

Se observa, pues, que el Tribunal Europeo, primero, no está verificando si la decisión nacional responde razonablemente a una necesidad -en lo que contaría con un "margen de apreciación"-, sino que verifica si el **"margen de apreciación" fue ejercido adecuadamente por las autoridades nacionales** (122).

Y, segundo, que no se valora si el Estado tuvo realmente razón de actuar como lo hizo (123), sino que se aprecia **si las bases de actuación de las autoridades nacionales** -tal y como éstas las valoran- **les dieron suficientes motivos para creer necesaria su actuación.**

En consecuencia, se introduce una **presunción favorable al Estado** (124), de tal modo que las decisiones nacionales serán necesarias siempre que **parezcan fundamentarse en motivos suficientes** para justificarlas.

-----  
(121) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 48. El resaltado es propio.

Se manifiesta así la importancia dada a la opinión de las autoridades nacionales como **guía para la apreciación de las cuestiones de hecho y de derecho.** Lo demuestra el Tribunal Europeo al no considerar suficiente prueba la **diferente actitud** mantenida en otros territorios del Reino Unido respecto al "Little Red Schoolbook" para considerar, **"compte tenu de la marge d'appréciation"**, que su decisión **"n'ait répondu à une nécessité réelle"** (ibid, pár. 54). El resaltado es propio.

(122) En este sentido, por ejemplo: F.JACCBS, **"The European Convention on Human Rights"**, Clarendon Press, Oxford, 1975, pág. 202.

(123) Es decir, si existió una necesidad razonablemente objetiva, para cuya apreciación se le concede un margen de error.

(124) Vid supra, pág. 291 y ss.



A partir de esta línea interpretativa general, el Tribunal Europeo ha ofrecido otros **criterios** que, ante cada supuesto, pueden incidir en la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación" a las cláusulas restrictivas.

En primer lugar, se deduce de su sentencia en el **caso Engel y otros** que el Estado gozará de un "margen de apreciación" **distinto**, más o menos amplio, cuando las medidas restrictivas se refieran a **grupos sociales particulares** (125).

En segundo lugar, que el "margen de apreciación" será también **distinto**, en función de que exista un **consenso legislativo** entre los Estados sobre una determinado tipo de restricciones (126).

En tercer lugar, que la **finalidad de las restricciones** incide igualmente en la **mayor o menor amplitud del "margen de apreciación"**. Así, si la finalidad perseguida es la protección de la moral, el margen de discrecionalidad será siempre mayor (127).

Y, en cuarto lugar, es posible deducir diferencias en la amplitud del "margen de apreciación" derivadas del **diferente contenido jurídico de las actividades tuteladas por los derechos garantizados** (128).

-----  
(125) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, pár. 97. Vid supra, pág. 24.

En referencia a determinados colectivos con especiales relaciones con la colectividad: presos, militares, policías, entre otros grupos.

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

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

(128) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Dudgeon, Arrêt du 22 octobre 1981, Série A, 45, pár. 52. De este modo, puede hablarse de una cierta **jerarquía** entre los derechos garantizados en el Convenio Europeo; según la importancia de la actividad, variará el "margen de apreciación" (vid infra, pág. 322 y ss.).



### 2.3. LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA VERIFICACION DE OTRAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO EUROPEO.

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han **extendido la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación"** a otras disposiciones del Convenio Europeo cuya formulación jurídica dista de los parámetros característicos de las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados.

Esta tendencia podría justificarse, primero, por la existencia en el Convenio Europeo de **ciertos derechos cuyo contenido jurídico es restringido** a través de la **delimitación de su propio ámbito jurídico**, sin que por ello sea precisa la regulación de una cláusula restrictiva (129).

Y, segundo, por la existencia de **dificultades interpretativas**, respecto a ciertos derechos garantizados en el Convenio Europeo, derivadas de su propia redacción, y que hacen necesario el recurso a algún tipo de criterio interpretativo general (130).

Desde esta perspectiva, la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" se ha extendido de forma muy especial a tres disposiciones del Convenio Europeo: el **artículo 4**, el **artículo 5** y el **artículo 14** del mismo.

-----  
(129) Vid supra, pág. 127 y ss.

(130) La Comisión Europea ha indicado que "la Convention [Europea] emploie des expressions ou notions qui n'ont pas en elles-mêmes de portée exacte et généralement admise et auxquelles on ne saurait en attribuer une par voie d'interprétation. Ces dispositions laissent aux Etats une **certain marge d'appréciation** en ce qui concerne **l'accomplissement de leurs engagements**" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 24 juin 1965, Requêtes 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 y 2126/64, Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 3, 1967, pág. 306, pár. 400). El resaltado es propio.

A.- LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" AL ARTICULO 4 DEL CONVENIO EUROPEO.

El art. 4 del Convenio Europeo (131) prohíbe tanto la **esclavitud y la servidumbre** como el denominado **trabajo forzoso** -párrafo 2 del mismo.

En relación a este último concepto, el de "**trabajo forzoso**", pueden hacerse dos observaciones en torno a sus problemas interpretativos.

Por un lado, la **noción de "trabajo forzoso"** no aparece definida en el párrafo 2, del art. 4 del Convenio Europeo, por lo que se suscita el problema de su **concrección** -es decir, de su interpretación dentro del Convenio Europeo.

Por otro lado, el **párrafo 3** del citado artículo ofrece sólo una **delimitación negativa del ámbito de aplicación de la noción de "trabajo forzoso"** (132), con cuatro modalidades de trabajo que escapan a la misma, por lo que surge el problema de precisar el **alcance jurídico de esas excepciones**.

- 
- (131) "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.  
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.  
3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo:  
a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;  
b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de los objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;  
c) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

- (132) El Tribunal Europeo ha precisado al respecto que el objeto del párrafo 3, del art. 4 del Convenio Europeo, no es limitar el ejercicio del derecho garantizado en el párrafo 2 del mismo, sino delimitar su contenido (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Van der Musselle, Arrêt du 23 novembre 1983, Série A, 70, pár. 38).



Es importante al respecto la opinión de la Comisión Europea en el **caso Iversen** (133), en el que la **mayoría** de la Comisión Europea mantuvo que **no había apariencia de violación del art. 4, párrafo 2, del Convenio Europeo** (134).

Cuatro miembros de la mayoría opinaron que el trabajo exigido al demandante **no era trabajo forzoso**, pues éste debía responder a dos requisitos: realizarse **contra la voluntad del interesado** y constituir la **obligación de efectuarlo fuese "injuste ou oppressive"** o resultase realmente una carga (135).

Dos miembros de la Comisión Europea sostuvieron que existía una **"crise menaçant le bien-être de la communauté"** (136); y que, por **analogía** con el supuesto del art. 15 del Convenio Europeo, en virtud del "margen de apreciación" que en ese caso se le otorga al Estado, no podía "mettre en doute le jugement du Gouvernement et du Parlement norvégiens quant à l'existence d'un danger public..." (137).

Ambas posiciones encierran un peligro evidente, en función cada una de sus propios presupuestos -aunque particularmente en la segunda opción-, de una ampliación excesiva de la discrecionalidad del Estado en la concepción del "trabajo forzoso" (138).

-----  
(133) Relativo a la exigencia a un dentista, conforme a una ley noruega de 1949, de prestar sus servicios en un distrito concreto durante un año completo.

(134) La minoría sostuvo que la complejidad del caso exigía un examen más a fondo (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1468/62, Iversen c/ Norvège, du 17 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, págs. 331-333).

(135) Ibid, pág. 329.

Este segundo requisito introduce en la apreciación del "trabajo forzoso" un cierto **margen de discrecionalidad en su determinación** -abriendo una **vía de justificación de su restricción más allá de las excepciones** del párrafo 3 de dicho artículo.

(136) Ibid, pág. 331. El resaltado es propio.

(137) Ibid. Por lo cual se considera que el servicio exigido era razonable en el contexto de dicha crisis.

(138) Vid infra, pág. 327.



B.- LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN APRECIACION" AL ARTICULO 5 DEL CONVENIO EUROPEO.

El art. 5, párrafo 1, del Convenio Europeo establece como **regla general** el derecho de toda persona a la **libertad y la seguridad**; de modo que la **privación de libertad sólo es permitida en los supuestos previstos en el mismo** (139).

En relación a estos supuestos, destacar, en primer término, el caso de la **detención preventiva**. Y, muy especialmente, la exigencia del **párrafo 3**, del art. 5 del Convenio Europeo, de que el detenido sea **juzgado en un plazo razonable o puesto en libertad**.

El problema interpretativo esencial está en la delimitación del alcance jurídico de la expresión "**plazo razonable**".

Ante su **falta de precisión** (140), la Comisión Europea ha advertido en alguna ocasión, al examinar la "prontitud" de la puesta a disposición judicial del detenido, que los Estados (141):

"ont une certaine marge d'appréciation pour interpréter et applique l'exigence de rapidité formulée à l'article 5, paragraphe 3 [del Convenio Europeo]".

-----  
(139) Y que son: a) la persona penada por sentencia dictada por tribunal competente; b) el detenido preventivamente o internado para asegurar el cumplimiento de una obligación legal o por desobediencia de orden judicial; c) el detenido preventivamente para comparecer ante la autoridad judicial; d) el menor internado para vigilar su educación o ser puesto a disposición judicial; e) los enfermos contagiosos, enajenados, alcohólicos, toxicómanos y vagabundos en internamiento; f) los detenidos preventivamente para impedir su entrada ilegal en un país o sometidos a procedimientos de expulsión.

(140) Que impide fijar "in abstracto" su alcance.

(141) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 2894/66, X c/ Pays-Bas, du 6 octobre 1966, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, IX, 1966, pág. 568.

El Tribunal Europeo ha ofrecido su propia lectura, basada en que el "plazo razonable" debía equipararse, en su sentido exacto, al **límite razonable de duración de la prisión preventiva** (142).

La apreciación jurisdiccional de su razonabilidad tendrá en cuenta las **circunstancias específicas de cada caso**, debiendo tener en cuenta **las decisiones de las autoridades nacionales al resolver los recursos interpuestos** contra su prolongación (143) y los **hechos indiscutibles aportados por el demandante**, que servirán para verificar:

"motifs donnés par les autorités nationales pour justifier le maintiende en détention sont pertinents et suffisants pour admettre que la détention n'a pas dépassé les limites raisonnables (144)".

Puede observarse el gran peso otorgado por el Tribunal Europeo a las decisiones y motivos aportados por las autoridades nacionales, lo que implica la concesión al Estado de un cierto **margen de discrecionalidad** en la determinación y aplicabilidad de dicho "plazo razonable" (145).

-----  
(142) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Wemhoff, Arrêt du 21 juin 1968, Série A, 7, pár. 5.

(143) Ibid, pár. 12.

(144) Ibid. El Tribunal Europeo rechazó el método propuesto por la Comisión Europea, consistente en 7 criterios para el examen de las circunstancias del caso -considerando la duración de la prisión preventiva; la relación de esa duración con la naturaleza del delito y la pena; efectos personales sobre el detenido; su conducta durante el procedimiento; dificultades de la instrucción; dirección de la misma; y actuación de la autoridad judicial.

El Tribunal Europeo adujo la existencia de una serie de decisiones de las autoridades nacionales indicativas de las "circunstancias qui leur on paru rendre nécessaire, pour des raison d'intérêt public, la privation de liberté d'une personne..." (Ibid). Por lo que dicho método resultaba innecesario al aportarse ya los motivos de su prolongación -que son el objeto del la verificación. El método del Tribunal Europeo ha sido la base de una jurisprudencia constante: caso Neumeister, caso Stögmüller, caso Matznetter o caso Guzzardi, entre otros.

(145) Vid infra, pág. 327 y ss.

En segundo término, destacar el supuesto del art. 5, **párrafo 1, letra e)** del Convenio Europeo, referido al internamiento de enfermos contagiosos, enajenados, alcohólicos toxicómanos o vagabundos.

En este caso, el Tribunal Europeo ha afirmado que su misión debe ser verificar si el **internamiento se produce conforme a Derecho** y si se respeta el **procedimiento legal interno**. De existir pruebas suficientes de su condición, se concede cierto margen de apreciación a los Estados (146).

C.- LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN APRECIACION" AL ARTICULO 14 DEL CONVENIO EUROPEO.

El **art. 14** del Convenio Europeo (147) instituye un **principio de interpretación** relativo al disfrute de los derechos garantizados: el **principio de no discriminación**. El cual comporta la necesidad de que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo el **individuo no pueda ser sometido a discriminación alguna**.

El principio de no discriminación, en consecuencia, **no es un derecho fundamental independiente**, cuya violación puede examinarse aisladamente, sino que la existencia de una acción discriminatoria debe observarse **en relación a uno de los derechos garantizados en el Convenio Europeo**.

-----  
(146) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire De Wilde, Ooms et Versyp, Arrêt du 18 juin 1971, Série A, 12, pár. 46.

Vid, en este mismo sentido, por ejemplo, la sentencia en el caso Luberti (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Luberti, Arrêt du 23 février 1984, Série A, 75, pár. 27).

(147) "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional y social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otras situación".



El principal **problema interpretativo** que presenta el principio de no discriminación es **determinar si**, en su apreciación respecto a uno de los derechos garantizados en el Convenio Europeo, **mantiene cierto grado de autonomía respecto a ese derecho o es sólo un elemento accesorio del mismo** (148).

Al respecto, la Comisión Europea ha sostenido que el principio de no discriminación presenta **cierta autonomía** frente al derecho considerado, pues, aunque no se apreciase la violación del derecho en cuestión:

"l'individu au détriment duquel un Etat enfreint l'article 14 [del Convenio Europeo] ne jouit pas, en fait, de pareil droit ou liberté selon les modalités ou le degré que prescrit la Convention [Europea], envisagée dans son ensemble (149)".

De esta manera, será posible la existencia de una **violación del Convenio Europeo** si al verificar el principio de no discriminación en combinación con un derecho garantizado se aprecia que su **ejercicio ha sido interferido por una práctica discriminatoria**, aunque no existiese una violación de ese derecho en sí mismo.

Ello supone, a su vez, respecto a aquellos derechos garantizados cuya definición lo permite, la aplicación de la **doctrina del "margen de apreciación"** en relación a esas **prácticas presuntamente discriminatorias** (150).

-----  
(148) Es decir, si puede apreciarse su violación aunque no haya violación del derecho garantizado en sí mismo o bien si sólo puede apreciarse si ésta existe efectivamente.

(149) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 24 juin 1965, Requêtes 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 y 2126/64, Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 3, 1967, pág. 308, pár. 400).

(150) Ibid, pág. 310, pár. 412.

Por su lado, el Tribunal Europeo, reconociendo igualmente la existencia de esa autonomía interpretativa (151), elaboró sus propios criterios para apreciar si la práctica discriminatoria violaba o no las exigencias del art. 14 del Convenio Europeo.

Así, la valoración de una práctica discriminatoria debía basarse en tres parámetros: la presencia de una **justificación objetiva y razonable** de la desigualdad de trato; la valoración de un **fin legítimo** que la justificase; así como la **proporcionalidad de las medidas adoptadas** respecto a dicho fin (152).

La opción del Tribunal Europeo no disminuye la discrecionalidad del Estado en este ámbito, ya que la apreciación de esa "**justificación objetiva y razonable**" se habrá de fundamentar en los motivos aportados por el Estado, lo que conduce a que se enfrente el análisis de su objetividad, y, sobre todo, de su razonabilidad, desde una aproximación directa a la visión ofrecida por el Estado (153).

Este hecho se refleja, por ejemplo, en su sentencia sobre el **caso Engel y otros**, donde al verificar el carácter discriminatorio de las diferencias en materia de disciplina militar entre oficiales y soldados, el Tribunal Europeo indicó que:

"A cet égard, la Convention Européenne réserve aux autorités nationales compétentes une marge considerable d'appréciation (154)".

-----  
(151) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, Arrêt du 23 juillet 1968, Série A, 6, p. 9.

En este párrafo, el Tribunal Europeo a su vez reafirmó la opinión de la Comisión Europea sobre la interpretación del art. 14 del Convenio Europeo respecto a los derechos garantizados en el mismo (vid supra, p. 306).

(152) Ibid, p. 11.

(153) Vid supra, p. 297.

(154) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, p. 72.

### 3. LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO A LA INTERPRETACION DEL CONVENIO EUROPEO.

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han concebido y aplicado la doctrina del "margen de apreciación" como **respuesta a los problemas interpretativos** suscitados por determinadas disposiciones del mismo.

Para intentar comprender cuáles son las consecuencias de su aplicación, se tendrán en cuenta cuatro aspectos concretos: primero, a modo de planteamiento general, los **caracteres esenciales de la doctrina del "margen de apreciación"**; segundo, la **formulación imprecisa de la doctrina del "margen de apreciación"**; tercero, la **extensión de la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación"**; y, cuarto, el **desigual alcance jurídico de la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación"**.

#### 3.1. PLANTEAMIENTO: LOS CARACTERES ESENCIALES DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION."

La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo muestra una clara inclinación a interpretar la doctrina del "margen de apreciación" en un **sentido dinámico** (155). De esta manera, su aplicación práctica ha servido igualmente para hacer evolucionar su propia dimensión jurisdiccional.

Esta constante evolución **no parece haber impulsado** a los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo a **ofrecer una definición precisa de la noción de "margen de apreciación"** -fundamental para delimitar el alcance jurídico de la doctrina-, o incluso, una **concrección**

-----  
(155) Vid supra, pág. 121 y ss.



**sistemática de sus caracteres esenciales** (156).

No obstante, sí pueden precisarse los **caracteres esenciales** de la doctrina del "margen de apreciación", desde cuatro puntos de vista: el de su **finalidad**; el de su **contenido jurisdiccional**; el de su **fundamento jurídico**; y el de su **fundamento jurídico-político**.

A.- LA FINALIDAD DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Desde esta perspectiva, la doctrina del "margen de apreciación" es una **técnica jurisdiccional de resolución de conflictos** (157), dirigida a delimitar la **competencia** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo; incidiendo también, por la vinculación entre ambas cuestiones, sobre la verificación de la conformidad de la actuación del Estado respecto a los derechos garantizados en el citado Convenio.

-----  
(156) La doctrina tiende a centrarse en su dimensión práctica, sin apenas dedicarse a la precisión de esa noción (vid, por ejemplo: C.MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 263 a 286; T.C'DONNELL, "**Margin of appreciation doctrine: standard in the jurisprudence of the European Convention on Human Rights**", Human Rights Quarterly, 4, 1982, 4, págs. 472 a 507; o bien, R.SAINT JOHN, "**The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights**". En: "International Law at the time of its codification. Essays in honour of Robert Ago", Giuffrè Editore, Milano, 1987, III, págs. 187 a 208).

YOUROW rompe esa tendencia, definiéndolo como "the breadth of deference the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive and judicial bodies before they will disallow a national derogation from the Convention [Europea], or before they will find a restriction of a substantive Convention right incompatible with a State Party's obligations under Convention" (H.C.YOURCOW, "**The margin of appreciation...**", pág. 118).

(157) Dice MAHONEY que "it serves to delineate the dividing line" entre la competencia estatal y la de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo (P.MAHONEY, "**Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin**", Human Rights Law Journal, 11, 1990, 1-1, pág. 81).

Esta técnica jurisdiccional se fundamenta en la **experiencia de los tribunales nacionales de apelación** (158), cuya función es la **corrección de errores o de las infracciones de ley**. No obstante, a pesar de este origen, la construcción jurisdiccional de la doctrina del "margen de apreciación" en el ámbito del Convenio Europeo presenta en la práctica una **evolución autónoma** (159).

Por un lado, porque la **misión** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo es distinta a la de dichos tribunales nacionales, pues no se limitan a examinar errores o infracciones de ley, sino que también "review the facts and the laws to answer correctly that very set of questions (160)" que se vinculan al procedimiento de verificación.

Y, por otro lado, porque su **utilización** parece destinarse a la **resolución de supuestos muy puntuales** (161), y no como criterio general de resolución de cualquier posible violación del Convenio Europeo.

En particular, su aplicación se ha vinculado a la resolución de aquellos conflictos en que, en función de las disposiciones del Convenio Europeo examinadas, **prima la decisión sobre la oportunidad de ciertas apreciaciones y medidas adoptadas por el Estado**.

Estas ideas sobre su finalidad pueden llevar a plantear hasta qué punto la doctrina del "margen de apreciación" es **adecuada** para resolver los conflictos derivados de los supuestos a los que está vinculada, dada su **imprecisa formulación** (162) y su **desigual alcance jurídico** (163).

-----  
(158) Vid: C.MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 265; R.SAINT JOHN, "**The margin of appreciation...**", pág. 187; o bien H.C.YOUROW, "**The margin of appreciation...**", pág. 118.

(159) Vid supra, pág. 119.

(160) C.MORRISSON JR, "**Margin of appreciation...**", pág. 265.

(161) Vid supra, pág. 268 y ss.

(162) Vid infra, pág. 316 y ss.

(163) Vid infra, pág. 329 y ss.

B.- EL CONTENIDO JURISDICCIONAL DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Desde esta otra perspectiva, la doctrina del "margen de apreciación" estipula una **presunción favorable al Estado**; de este modo, bastará que las decisiones de las autoridades nacionales parezcan ser las adecuadas para satisfacer una necesidad social imperiosa para que sea desestimada la existencia de la violación de un derecho garantizado.

Esta visión es fruto de una evolución del sentido inicial dado a la doctrina del "margen de apreciación" por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, el cual otorgaba únicamente un "**margen de error**" en favor del Estado (164).

A su vez, ello implica un cambio de consideración del poder discrecional del Estado en relación a su sentido inicial; de esta forma, las **autoridades nacionales gozarán de un mayor poder discrecional** -es decir, un mayor "margen de apreciación".

Igualmente, ello parece determinar, en su conjunto, que la doctrina del "margen de apreciación" ha tendido a **ensanchar el área de discrecionalidad del Estado** (165), en detrimento de la competencia jurisdiccional del Convenio Europeo.

Esta ampliación ofrece un doble peligro: por un lado, la constatación de que cualquier aumento de la discrecionalidad del Estado puede correlativamente significar una disminución de la protección de los derechos garantizados (166); y, por otro lado, que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se desentiendan de ciertas decisiones estatales, doblegándose a la "razón de Estado".

-----  
(164) Vid supra, pág. 288.

(165) El área de discrecionalidad del Estado sería aquélla en la que el poder del Estado para decidir en torno al ejercicio de los derechos garantizados por el Convenio Europeo no es verificado.

(166) Vid infra, pág. 335.



C.- EL FUNDAMENTO JURIDICO-POLITICO DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Desde una perspectiva jurídica, la doctrina del "margen de apreciación" se sustenta en la consecución de un **punto de equilibrio justo** entre la soberanía del Estado y la exigencia de asegurar la salvaguarda de los derechos garantizados en el Convenio Europeo (167).

La necesidad de buscar un equilibrio de esta naturaleza viene determinada por la propia significación jurídico-política tanto de las **cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados** (168), como de aquellas disposiciones del Convenio Europeo que no definen claramente los derechos en ellas reconocidos (169).

La cuestión que se plantea es ver **hasta qué punto es la doctrina del "margen de apreciación" la que mejor responde al mantenimiento de ese punto de equilibrio justo.**

Desde el punto de vista de su **fundamento jurídico**, hay que tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han apreciado que la **necesidad de hallar un punto de equilibrio justo deriva del propio Convenio Europeo** (170).

Ahora bien, ello no significa que la **doctrina del "margen de apreciación" se derive del Convenio Europeo**, ni que sea la única doctrina susceptible de instrumentalizar la interpretación del Convenio Europeo de acuerdo con ese objetivo.

---

(167) Es decir, entre la discrecionalidad del Estado para tomar aquellas medidas que crea oportunas y las obligaciones derivadas del Convenio Europeo, así como su interpretación jurisdiccional.

(168) Vid supra, pág. 263 y ss.

(169) Vid supra, pág. 265 y ss.

(170) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, Arrêt du 23 juillet 1968, Série A, 6, pár. 5.

Así, por ejemplo, diversos autores se han expresado en el sentido de que una **interpretación restrictiva** de dichas cláusulas sería más acorde con la finalidad del Convenio Europeo y establecería un equilibrio menos favorable al Estado (171).

De este modo, la **utilización de la doctrina del "margen de apreciación"** para lograr ese punto de equilibrio no se debe a que sea la única opción jurídicamente viable, sino más bien a una **elección** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo.

#### D.- EL FUNDAMENTO JURISDICCIONAL DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Desde esta perspectiva, la elección de la doctrina del "margen de apreciación" se ha producido esencialmente por razones de **política jurisdiccional**. El eje determinante de la misma es la comprensión por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo de la **responsabilidad de los Estados**.

De ahí, la necesidad de adoptar una doctrina capaz de conciliar la protección de los derechos garantizados en el Convenio Europeo con la posición del Estado que vertebra la sociedad, concediéndole un **cierto "margen de error" en sus apreciaciones**.

---

(171) Su crítica resalta que la doctrina del "margen de apreciación" es muy favorable a los intereses del Estado, permitiéndole eludir de un modo más amplio sus obligaciones convencionales del que se desprende de la lectura del Convenio Europeo, lo que no da lugar precisamente un verdadero y justo equilibrio (vid, por ejemplo: N.ANTONOPOULOS, "**La jurisprudence des organes..**", pág. 226 y ss.; R.HIGGINS, "**Derogations under Human Rights Treaties**", British Yearbook of International Law, XLVIII, 1976-1977, pág. 297 y ss.; P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice...**", pág. 430 y ss.; o bien, H.C.YOUROW, "**Margin of appreciation...**", pág. 152).

Por contra, la interpretación restrictiva de la discreción del Estado considera que, a pesar de su imprecisión, la cláusula derogatoria y las cláusulas restrictivas delimitan claramente las obligaciones del Estado, y, por tanto, las bases de su actuación.



De esta manera es valorada dicha responsabilidad a juicio de FAWCETT (172):

"in considering whether a particular restriction or derogation is necessary or strictly required, does not, as of course, accept the judgement of the respondent government as conclusive; but it rather places itself in the position of the citizens in a democracy who, because they have accorded to their legislature and executive the responsibility for their government and the means of discharging it, will accept restrictions and derogations which appear, within the limits of reasonableness and good faith, necessary to government. These limits are for the Commission by article 18, and the notion of the margin of appreciation, which covers in particular the knowledge of the relevant facts, and the judgement of what measures may be effective".

Esta visión revela que la doctrina del "margen de apreciación" **no es sólo un "margen de error"**, como en su sentido inicial, sino que es una opción que, al partir de una presunción favorable al Estado, puede deslizar levemente el punto de equilibrio (173).

En términos de política jurisdiccional, la doctrina del "margen de apreciación" ha sido elegida en función de las **necesidades de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo**, y de su intención de no intervenir más allá de lo indispensable en el interpretación del Convenio Europeo (174).

---

(172) J.E.S.FAWCETT, **"The application of the European Convention on Human Rights"**, Clarendon Press, Oxford, Second Edition, 1987, pág. 311.

(173) Se trata de un verdadero deslizamiento, ya que no es lo mismo establecer un "margen de error" que una "presunción favorable", en la medida en que sólo una prueba en contrario destruye esa apariencia; así, el punto de equilibrio se aproxima a la doctrina de la buena fe (vid supra, pág. 280), contemplándose la "razón de Estado" como posible justificación.

(174) Según MORRISSON, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han preferido una interpretación **autorrestrictiva** -"self-restraint"- de su propia competencia; caracterizada por el constante recurso al precedente y la mención al pueblo, al legislativo o al ejecutivo democráticamente elegidos -ideas clave en la aplicación del "margen de apreciación" (C.MORRISSON JR, **"The dynamics of development in the European Rights Convention System"**, M.Nijhoff, The Hague, 1981, pág. 5).



No obstante, tampoco hay que descartar **motivaciones políticas** en la evaluación de la actuación de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo; así, en ciertas decisiones se detecta el deseo de evitar la condena del Estado a pesar de que los hechos revelen la existencia de una posible violación, **primándose por tanto los intereses del Estado** (175).

Son paradigmáticos al respecto tres supuestos: la sentencia sobre el **caso Lawless** (176), la decisión de admisibilidad en el **caso Iversen** (177) o la sentencia sobre el **caso Young, James y Webster** (178).

De la descripción de estos caracteres, se concluye que la **doctrina del "margen de apreciación"** presenta **importantes y complejos problemas**, cuyas consecuencias inciden en la **protección de los derechos garantizados**, y que se advierten en las cuestiones suscitadas por su aplicación jurisdiccional, como son su **formulación imprecisa**, la **extensión de su aplicabilidad** y el **desigual alcance jurídico de su aplicación jurisdiccional** (179).

- 
- (175) Lo que, para MORRISSON, "smacks almost of <real politik>" (C.MORRISSON JR, "**The developing European Law of Human Rights**", European Aspects, Série E: droit, 7, Sijthoff, Leyden, 1967, pág. 151)
- (176) Vid supra, pág. 280. Porque, como indica igualmente MORRISSON, se dió una buena definición de "amenaza excepcional" para luego "force the facts to fit it", porque, desafortunadamente, "there was no logical way to reach that result without diminishing the protection of the Convention" (C.MORRISSON JR, "**The developing...**", pág. 170).
- (177) Vid supra, pág. 302. Destaca JACOBS que la decisión de la Comisión Europea coincidió con la del Gobierno noruego de renovar su declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Europea (F.JACOBS, "**The European Convention...**", pág. 40).
- (178) En este supuesto, relativo al art. 11 del Convenio Europeo (vid supra, pág. 173), el Tribunal Europeo actuó de oficio y, pese a que el Gobierno declinó justificar su injerencia, apreció la necesidad de las medidas gubernamentales (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Young, James and Webster, Arrêt du 13 août 1981, Série A, 44, pár. 58).
- (179) Vid infra, pág. 329 y ss.

### 3.2. LA FORMULACION IMPRECISA DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Es paradójico observar cómo la doctrina del "margen de apreciación", cuya aplicación es tan necesaria según los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, **carece de unos rasgos definitorios realmente precisos** y que, además, **tampoco tiene establecidos de una forma clara los parámetros que determinan su aplicación** (180). De ello se deduce que la **formulación de la doctrina del "margen de apreciación" es, ante todo, imprecisa.**

Esta imprecisión se revela desde una triple perspectiva: **terminológica, técnico-jurisdiccional, o de su contenido jurídico.**

#### A.- LA PERSPECTIVA TERMINOLOGICA.

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo emplean **términos de referencia muy vagos e imprecisos** al aplicar la doctrina del "margen de apreciación" al supuesto de hecho.

Como ejemplo más inmediato, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han utilizado expresiones tales como **"une certaine marge d'appréciation"** (181) o **"une large marge de appréciation"** (182), al aludir a la **amplitud jurídica** de la discrecionalidad otorgada al Estado.

Esta relativización de los términos empleados suscita de inmediato dos consideraciones.

-----  
(180) O'DONNELL ha intentado esclarecer esos parámetros, pero su método, más que hacer referencia a los elementos que determinan su aplicación o no, se dirige a explicar los criterios que dan lugar, en cada supuesto, a la concesión de un **mayor o menor "margen de apreciación"** (T.O'DONNELL, "Margin of appreciation doctrine...", pág. 475 y ss.).

Vid infra, pág. 329.

(181) Vid supra, pág. 288.

(182) Vid supra, pág. 296.

Primero, que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han pretendido **dejar sin determinar la amplitud jurídica** de ese "margen de apreciación".

Y, segundo, que la **doctrina del "margen de apreciación"** es asimismo concebida de manera que su **aplicación tenga una intensidad muy distinta**, en función del supuesto de hecho concreto; por lo que el "margen de apreciación" puede **recibir una amplitud mayor o menor** según las condiciones del caso.

A partir de estas consideraciones, se observa que la **terminología** empleada en la práctica jurisdiccional de la doctrina del "margen de apreciación" **manifiesta la indeterminación**, consciente o inconsciente, **del alcance jurídico de la misma**.

#### B.- LA PERSPECTIVA TECNICO-JURISDICCIONAL.

Como se ha visto (183), la doctrina del "margen de apreciación" desarrolla una **técnica jurisdiccional de resolución de conflictos** que influye en la interpretación de fondo de las disposiciones del Convenio Europeo y la resolución sobre su posible violación.

No obstante, con cierta asiduidad, ha sido empleada por la **Comisión Europea** en su **decisión sobre la admisibilidad de las demandas**. Dicha práctica debe relacionarse especialmente con una de las condiciones de admisibilidad previstas en el Convenio Europeo (184): el requisito de que la **demanda no sea manifiestamente infundada**.

-----  
(183) Vid supra, pág. 309.

(184) En concreto, en los arts. 26 y 27 del mismo.

Estas condiciones son: el agotamiento de los recursos internos; el transcurso de 6 meses desde la resolución interna definitiva; que la demanda no sea anónima; que no comporte abuso de petición; que no sea sustancialmente igual a otra ya presentada; que no resulte incompatible con las disposiciones del Convenio Europeo -"ratione temporis, "Ratione materiae", "ratione personae" o "ratione loci"- y que no sea manifiestamente infundada.



Al valorar su propia competencia a este respecto, la Comisión Europea ha concluido que en la verificación de la admisibilidad de una demanda:

"la Commission [Européenne] n'a pas à déterminer si l'examen de l'affaire qui lui est soumis par le requérant révèle l'existence d'une violation de l'un des droits et libertés garantis par la Convention [Europea], mais **seulement à déterminer si cet examen exclut toute possibilité d'une telle violation** (185)".

Así, la decisión de la Comisión Europea debe fundarse en si un **examen "prima facie"** (186) desvela la existencia de una **apariencia de violación** del Convenio Europeo, sin entrar en el fondo del asunto.

El problema es fijar la línea divisoria entre lo que es la verificación de si una demanda es aparentemente fundada (187) y la verificación de si una demanda es realmente fundada (188). En ello, tiene su incidencia la utilización de la doctrina del "margen de apreciación" en el examen de la admisibilidad de las demandas.

En primer lugar, porque su aplicación supone, en la práctica, una **inversión de los términos** en que se plantea la admisibilidad de una demanda (189); de modo que bastará que se desprenda la **apariencia de que no existe violación para que la demanda se declare inadmisibile.**

-----  
(185) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 596/59, Pataki c/ Autriche, du 19 décembre 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 369. El resaltado es propio.

(186) Tal y como califica este examen la Comisión Europea. Vid, por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 556/59, X c/ Autriche, du 4 août 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 294.

(187) Que exige sólo un examen "prima facie" del asunto.

(188) Que exige un examen sobre el fondo del asunto.

(189) No se trata, pues, de determinar la existencia de una apariencia de violación sino de ver si dicho examen excluye toda posibilidad de violación.

Y, en segundo lugar, puesto que su aplicación implica el examen de los motivos dados por el Estado para comprobar su actuación y su "razonabilidad" (190), ello comporta que la **verificación de la admisibilidad de una demanda se convierte en un primer examen sobre el fondo del asunto** (191).

Esta práctica jurisdiccional supone la **potenciación de la presunción en favor del Estado** -estableciendo una presunción "prima facie" en su favor (192); y muestra perfectamente la **falta de parámetros** que afecta a la doctrina del "margen de apreciación".

#### C.- LA PERSPECTIVA DE SU CONTENIDO JURIDICO.

A este respecto, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo **no parecen tener muy claro cuál es el sentido y la amplitud jurídica** de la doctrina del "margen de apreciación".

En este sentido, es posible tener en cuenta tres manifestaciones de esta indecisión.

-----  
(190) Vid supra, pág. 317 y ss.

(191) En este sentido, por ejemplo: N.ANTONOPOULOS, "**La jurisprudence des organes...**", pág. 82.

Un ejemplo de esta variación se observa en la decisión de admisibilidad sobre el **caso Iversen** (vid supra, pág. 302), en la cual los razonamientos de la mayoría que determinaron la inexistencia de una apariencia de violación del art. 4 del Convenio Europeo tienen una consistencia que exceden de la apreciación de una mera apariencia.

Por contra, la minoría se circunscribió a efectuar un examen conciso de los puntos cruciales del caso, afirmando la necesidad de un examen más detenido sobre el fondo del asunto y la admisibilidad de la demanda.

(192) Ello, en definitiva, ha comportado que un momento determinado aumentase el número de demandas declaradas inadmisibles.

Igualmente, se puede afirmar que en los últimos años la Comisión Europea ha tendido a limitar el recurso a la doctrina del "margen de apreciación" en el examen de la admisibilidad de las demandas -lo que ha supuesto, junto a otras motivaciones de política jurisdiccional, un incremento de las demandas admitidas.

En primer término, que la práctica jurisdiccional ha ido otorgando un **alcance jurídico desigual** a la doctrina del "margen de apreciación" (193); lo que ha llevado, incluso, a la existencia de aparentes contradicciones en la propia argumentación jurisdiccional (194).

En segundo término, que la práctica jurisdiccional ha significado la propia **distorsión** del carácter de **técnica de resolución de conflictos** de la doctrina del "margen de apreciación" (195), potenciado su utilización más allá de lo que quizá sería razonable.

Y, en tercer término, que la práctica jurisdiccional revela que, en ciertos supuestos, la doctrina del "margen de apreciación" se ha utilizado como **mera fórmula retórica, sin contenido jurisdiccional alguno** (196).

Esto se produce cuando se lleva a cabo una **alusión formal** a la doctrina del "margen de apreciación", cuando de la propia actuación de las autoridades nacionales y de los propios hechos es deducible sin ninguna duda la inexistencia de una violación del Convenio Europeo (197).

De esta forma, el **contenido jurídico** de la doctrina del "margen de apreciación" no queda claramente reflejado en la práctica jurisdiccional de los órganos del Convenio Europeo, en tanto que **estándar previsible**, en sus planteamientos y condiciones jurídicas.

-----  
(193) Vid infra, pág. 329 y ss.

(194) Vid infra, pág. 331 y ss.

(195) En especial, por su utilización en el examen de la admisibilidad de las demandas por parte de la Comisión Europea.

Vid supra, pág. 317 y ss.

(196) Vid supra, pág. 317.

(197) Vid, por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Décision sur la recevabilité de la Requête 1449/62, X c/ Pays-Bas, du 16 janvier 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, pág. 262 y ss.



Desde un punto de vista de conjunto, valorando las tres perspectivas desarrolladas, se evidencia que la **doctrina del "margen de apreciación" ha sido formulada de un modo impreciso** por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo (198).

A este hecho no resulta ni mucho menos ajena la **naturaleza subsidiaria de la competencia asumida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo** (199). Así, en sus valoraciones pesa mucho el hecho de que los primeros garantes de los derechos y libertades sean los propios Estados; lo que se traduce en una tendencia a creer en la corrección de sus actuaciones.

Esta conjunción de factores **resulta beneficiosa para los Estados**, desde el punto de vista de la práctica jurisdiccional, ya que las circunstancias que justifican su actuación son apreciadas desde una perspectiva próxima a la suya -pues incluso sus valoraciones serán el fundamento de la decisión jurisdiccional.

Ello no puede esconder el **peligro** subyacente en esta falta de precisión de la doctrina del "margen de apreciación". El cual pasa, principalmente, por la posibilidad de que se **use indiscriminadamente** la doctrina del "margen de apreciación", y que esto sirva para legitimar actuaciones arbitrarias de los Estados, en detrimento -no hay que olvidarlo- de la protección de los derechos garantizados.

-----  
(198) Aunque como opina CARRILLO SALCEDO, recogiendo un sentir bastante generalizado en la doctrina, por muy "imprécis que ce principe [el "margen de apreciación"] puisse être, la doctrine de la marge d'appréciation est à mon avis une des plus importantes sauvegardes développées par la Commission [Europea] et la Cour [Europea] pour concilier l'efficacité de la Convention [Europea] avec la souveraineté et les responsabilités des gouvernements dans une démocratie" (Intervención de J.A.CARRILLO SALCEDO, 11 de abril de 1980. En: CONSEIL DE L'EUROPE, "**Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme**", Fracfort, 9-12 avril 1980, E. Pedone, Paris, 1982, pág. 218).

(199) Vid supra, pág. 297.

### 3.3. LA EXTENSION DE LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

La extensión de la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación" a ciertas disposiciones del Convenio Europeo ha supuesto paralelamente su implicación con **problemas jurídico-políticos distintos** de los que inicialmente influyeron en su concepción.

En relación al **art. 15 del Convenio Europeo (200)**, y debido a su especial significación jurídico-política, existe una amplia coincidencia doctrinal en torno a la **inevitabilidad de la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación"**.

En favor de esta opinión concluyen varios argumentos: la **gravedad de la situación de hecho** prevista en la cláusula derogatoria (201); la **dificultad de apreciar la viabilidad e idoneidad de las medidas jurídicas adoptadas** (202); y la **responsabilidad que asume el Estado** en momentos de tan extrema gravedad.

No obstante, puede argumentarse en contra de esta visión que precisamente la **gravedad** de la situación y de las medidas, así como la necesidad de satisfacer las **condiciones jurídicas de aplicación** previstas en la propia cláusula derogatoria, determinan la necesidad de una **interpretación restrictiva** de la misma (203).

Como se observa, la especificidad de los problemas interpretativos del art. 15 del Convenio Europeo no impide que pueda cuestionarse la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación".

- 
- (200) Vid supra, pág. 284 y ss. Su interpretación es, no hay que olvidarlo, el punto de arranque de la doctrina del "margen de apreciación".
  - (201) Como dice YOUROW, la doctrina del "margen de apreciación" entronca con problemas relativos a la **seguridad nacional** (H.C.YOUROW, "The margin of appreciation...", pág. 120).
  - (202) Con el necesario juicio sobre su oportunidad.
  - (203) Vid supra, pág. 126.

Si esto sucede respecto al art. 15 del Convenio Europeo, resulta también lógico que pueda valorarse críticamente los **motivos** que justifican la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a **otras disposiciones del Convenio Europeo**.

Esta valoración crítica ha de tener dos perspectivas distintas: la de las **cláusulas restrictivas** y la de las **otras disposiciones del Convenio Europeo a las que se ha aplicado la doctrina del "margen de apreciación"**.

A.- VALORACION CRITICA DE LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" AL EXAMEN DE LAS CLASULAS RESTRICTIVAS.

Existen suficientes argumentos **favorables** a la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" en la interpretación de las cláusulas restrictivas.

En primer lugar, el **origen común** de las cláusulas restrictivas y de la cláusula derogatoria (204); el cual se concreta en una doble identidad: **técnica** -son cláusulas de una naturaleza jurídica semejante- y **teleológica** -permiten al Estado sustraerse en ciertos supuestos de sus obligaciones convencionales.

En segundo lugar, la existencia de un **problema interpretativo coincidente** entre ambos tipos de cláusulas: la consecución de un **equilibrio justo** entre la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo y la del Estado.

En relación a la verificación de la **necesidad de las restricciones**, se suscita este problema en especial ante aquellas situaciones complejas en que no queda manifiestamente claro, o bien que la actuación del Estado responde a una necesidad social imperiosa o que aquella es del todo improcedente.

-----  
(204) Perceptible en los propios **trabajos preparatorios** del Convenio Europeo (vid supra, pág. 261 y ss.).



En este caso, como señala NÖRGAARD:

"Le problème est donc le suivant: entre ces deux cas nets, les zones blanche [de manifiesta justificación de esa actuación] et noire [de manifiesta improcedencia de la misma], existe-t-il ce que nous pourrions appeler une <zone grise> à laquelle s'applique la marge d'appréciation? (205)".

Y, en tercer lugar, la necesidad de una **interpretación uniforme** de aquellas disposiciones del Convenio Europeo, como las cláusulas restrictivas, que otorgan al Estado ciertos poderes de disposición sobre los derechos garantizados -por su contenido jurídico o por la indeterminación del derecho garantizado-, para ofrecer al Estado un **criterio general clarificador de sus obligaciones** (206).

En todo caso, la justificación de la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a las cláusulas restrictivas tiende a reconocer que se está ante un área sensible de la actuación del Estado: el mantenimiento del orden y la seguridad nacionales.

-----  
(205) Intervención de C.A.NÖRGAARD, 11 de abril de 1990.  
En: CONSEIL DE L'EUROPE: "**Actes du Cinquième Colloque...**", pág. 204.

Este autor cree que la doctrina del "margen de apreciación" debe ser suprimida como fórmula de verificar la discrecionalidad del Estado en estas "zonas grises"; su solución pasa por asimilar las "zonas grises" a las "zonas blancas", diciendo que "si les organes de la Convention [Europea] ne sont pas convaincus que l'ingérence n'était pas nécessaire, ils doivent admettre qu'elle était justifiée" (ibid, pág. 205).

(206) Este argumento no es tan sólido como los anteriores pues algunas disposiciones del Convenio Europeo que ofrecen problemas interpretativos han sido interpretadas autónomamente, es decir, con unos criterios específicos y particulares aplicables únicamente a su propio ámbito material.

Así, por ejemplo, el derecho a ser juzgado en un "plazo razonable" del art. 6 (1) del Convenio Europeo, respecto a cuya "razonabilidad" el Tribunal Europeo valora, sin aplicar la doctrina del "margen de apreciación", en cada caso tres parámetros: la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la forma en que fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

No obstante, es posible sostener también **argumentos desfavorables** a esta extensión de la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación"; sobre la base de subrayar las **diferencias existentes entre las cláusulas restrictivas y la cláusula derogatoria** y, en consecuencia, de una **interpretación más estricta** del contenido jurídico de las cláusulas restrictivas.

Estas diferencias se aprecian, primero, por la distinta **significación jurídico-política** de las cláusulas restrictivas (207), y, por tanto, de su distinto punto de partida respecto a la apreciación del necesario **justo equilibrio**.

Segundo, en la distinta **forma de estructurar la verificación de las cláusulas restrictivas** (208), la cual revela, en relación a la verificación de la cláusula derogatoria, una **menor complejidad e incidencia de los elementos de oportunidad**.

Y, tercero, en la **naturaleza jurídica de las cláusulas restrictivas y la cláusula derogatoria** (209). Lo que comporta que una interpretación **autónoma**, específica para resolver los problemas interpretativos de las cláusulas restrictivas, no pudiera "per se" resultar contradictoria con las exigencias del Convenio Europeo.

A ello, hay que añadir que la imprecisa formulación de la doctrina del "margen de apreciación" implica un **peligro** para la protección de los derechos garantizados que quizá resulte excesivo, considerando que las cláusulas restrictivas se corresponden con períodos de normalidad democrática -lo que sería más aceptable en el supuesto de la cláusula derogatoria, es decir, de una situación extremadamente grave.

-----  
(207) Vid supra, pág. 265 y ss.

(208) Vid supra, págs. 279 y ss.

(209) A pesar de sus similitudes técnicas y teleológicas, la cláusula derogatoria responde a una **circunstancia habilitante cualificada**, cual es la existencia de una situación que pone en peligro la supervivencia de la nación.

B.- VALORACION CRITICA DE LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" A OTRAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO EUROPEO.

En términos generales, puede aducirse que resulta positivo, respecto a aquellas disposiciones del Convenio Europeo que presentan dificultades interpretativas (210), contar con una **interpretación uniforme** susceptible de proporcionarle al Estado un conocimiento claro de sus **obligaciones** respecto a los derechos garantizados, como puede desprenderse de la doctrina del "margen de apreciación".

Ahora bien, en contra de este punto de vista, es posible argumentar, en primer término, las **sensibles diferencias** en torno a los problemas interpretativos que se plantean entre estas mismas disposiciones del Convenio Europeo entre sí, y entre ellas, por un lado, y las cláusulas derogatorias y de delimitación del goce de los derechos garantizados.

Y, en segundo término, que la utilización de la doctrina del "margen de apreciación" en este ámbito se ha caracterizado por su **asistematicidad**. Esto significa que su aplicación no ha sido generalizada en relación a todas aquellas disposiciones del Convenio Europeo que presentaban problemas interpretativos como los descritos.

La aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a estos supuestos se explica, en especial, por la ausencia en la práctica jurisdiccional de **nociones autónomas** (211) que precisen determinados términos ambiguamente formulados en el Convenio Europeo.

---

(210) Vid supra, pág. 300 y ss. Tanto en lo que se refiere a aquellas disposiciones que restringen los derechos garantizados, a través de la delimitación de su propio ámbito jurídico, como aquellas en que se advierte la existencia de dificultades interpretativas que inciden en la determinación del contenido jurídico del derecho garantizado.

(211) Vid supra, pág. 119.



Esto ha sucedido respecto al concepto de **"trabajo forzoso"** del **párrafo 2**, del **art. 4** del Convenio Europeo (212), cuya imprecisión propició, en el **caso Iversen**, que dos miembros de la Comisión Europea efectuaran una **equiparación analógica** de la situación sanitaria existente con el supuesto del **art. 15** del Convenio Europeo, aplicándole seguidamente la doctrina del **"margen de apreciación"** (213).

La ampliación de la discrecionalidad estatal que ello suponía fue obviado, en el propio **caso Iversen**, en la medida en que se formuló una **noción autónoma de "trabajo forzoso"** (214).

Igualmente, se ha producido en relación a discrecionalidad de que goza el Estado en la apreciación de la **razonabilidad de la duración de la prisión preventiva**, derivada de su imprecisa formulación en el **párrafo 1**, del **art. 5** del Convenio Europeo y de la **ausencia de una interpretación autónoma de la noción de "plazo razonable"** (215).

-----  
(212) Vid supra, pág. 301 y ss.

(213) Vid supra, pág. 302.

Esta analogía no parece posible. Primero, porque una "amenaza excepcional" no es por su gravedad comparable a otra situación; segundo, porque, aunque la cláusula derogatoria permita una cierta gradación de la amenaza, las excepciones del párrafo 3, del art. 4 del Convenio Europeo están tasadas y son aplicables a períodos de normalidad democrática; y, tercero, que si la situación excediera de esa normalidad democrática, cabría invocar directamente la cláusula derogatoria.

(214) Vid supra, pág. 219. Y cuyos dos caracteres han sido asumidos también por el Tribunal Europeo (vid, por ejemplo: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Van der Musselle, Arrêt du 23 novembre 1983, Série A, 70, p. 37).

(215) Vid supra, pág. 304.

En este sentido, el criterio del Tribunal Europeo puede considerarse como insatisfactorio; como apunta LIÑAN NOGUERAS, no deja "resuelta la cuestión [de la interpretación del "plazo razonable"] habida cuenta de que la propuesta del Tribunal [Europeo] es tan vaga e imprecisa que, en realidad, a la hora de su aplicación a los hechos concretos no se ha hecho sino utilizar gran parte de los criterios de la Comisión [Europea]" (D. LIÑAN NOGUERAS, "El detenido en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos", Universidad de Granada, 1980, pág. 65).

Del mismo modo, la amplia discrecionalidad estatal respecto al **internamiento de enfermos contagiosos, enajenados, alcohólicos, toxicómanos y vagabundos**, previsto en el **párrafo 1, letra e)**, del art. 5 del Convenio Europeo (216), deriva tanto de la **falta de concreción de las condiciones jurídicas que califican a esos colectivos** como de la **dificultad de establecer una calificación autónoma común** (217).

El fundamento es distinto en el caso del **art. 14** del Convenio Europeo (218); el cual parte de las **dificultades derivadas de la valoración de la "razonabilidad" de las prácticas discriminatorias**.

El recurso a la doctrina del "margen de apreciación" puede tener dos explicaciones: que el derecho garantizado a que se refieren **no esté claramente definido** o pueda ser **objeto de restricciones** (219); o bien, la vía de la **analogía con las cláusulas restrictivas** (220), de modo que se verifique si las prácticas discriminatorias son **necesarias en una sociedad democrática** (221).

-----  
(216) Vid supra, pág. 305.

(217) Por las ostensibles diferencias apreciables en los distintos Ordenamientos Jurídicos nacionales.

(218) Vid supra, pág. 305 y ss.

(219) Vid supra, pág. 131.

(220) Propuesta del juez MARIDAKIS, en su voto particular, parcialmente disidente, a la sentencia del caso concerniente a ciertos aspectos del régimen lingüístico belga (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire concernant a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, du 23 juillet 1968, Série A, 6, pág. 96 y ss.).

(221) Estos argumentos pueden ser refutados si se tiene en cuenta que el art. 14 del Convenio Europeo establece un **principio interpretativo** del mismo.

Ello implica, primero, que la verificación de la posible violación se refiere al derecho garantizado en cuestión; y, segundo, que **no es posible la existencia de una analogía como la propuesta**, como expresó el juez TERJE WOLD, en su voto particular, parcialmente disidente, a la misma sentencia (ibid, pág. 103 y ss.).

El problema de fondo, quizá, es la ausencia de un criterio autónomo preciso para interpretar la "razonabilidad" de las prácticas discriminatorias desde una perspectiva más objetiva.



### 3.4. EL DESIGUAL ALCANCE JURIDICO DE LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

El desigual alcance jurídico que se advierte en la práctica jurisdiccional de la doctrina del "margen de apreciación" se concreta en una **diferente valoración de la amplitud de la discrecionalidad del Estado.**

Esto es explicable, en primer lugar, por la **falta de unos parámetros jurisdiccionales precisos** que integren la base de un **estándar definido de aplicación** de la doctrina del "margen de apreciación" (222).

En segundo lugar, por las **diferentes disposiciones** del Convenio Europeo a las que se aplica; y, en consecuencia, a la **distinta naturaleza jurídica** de los problemas interpretativos que ha de solventar.

Y, en tercer lugar, por las **condiciones particulares de cada supuesto de hecho**, teniendo en cuenta que no existe una suficiente homegeneidad interpretativa.

La cuestión del **desigual alcance jurídico de la doctrina del "margen de apreciación"** se plantea, bajo estas premisas, y desde una perspectiva evolutiva, en dos vertientes: la **distinta significación jurídico-política de las disposiciones del Convenio Europeo** y las **diferencias cualitativas en su aplicación.**

-----  
(222) O'DONNELL ha propuesto un **estándar definido de aplicación** para determinar la concesión de un mayor o menor "margen de apreciación" en cada caso, basado en **tres parámetros: el consenso legislativo y práctico entre los Estados; la afectación respecto a los derechos esenciales en un sistema político democrático; y el análisis textual específico de la disposición afectada** (T.O'DONNELL, "Margin of appreciation doctrine...", pág. 479 y ss.).

El método de O'DONNELL parece incompleto. Por una parte es limitado: no toma en consideración otros aspectos que son tenidos en cuenta en la valoración de la extensión de ese "margen de apreciación". Y, por otra parte, alguno de los ofrecidos es discutible por su falta de coherencia en la práctica jurisdiccional (vid supra, pág. 292 y ss. e infra, pág. 330 y ss.).



A.- LA DISTINTA SIGNIFICACION JURIDICO-POLITICA DE LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO EUROPEO.

La aplicación jurisdiccional de la doctrina del "margen de apreciación" no tiene el mismo sentido jurídico ni la misma amplitud **según a que disposición del Convenio Europea** se dirija.

En ello influye, esencialmente, la **gravedad** de las circunstancias que, en referencia a cada disposición del Convenio Europeo, permiten al Estado gozar de una cierta discrecionalidad (223), así como los **problemas interpretativos privativos** de cada una de ellas.

No obstante esta desigual aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" presenta unas connotaciones específicas en relación a las **cláusulas restrictivas** en su conjunto.

De este modo, en primer término, la amplitud jurídica del "margen de apreciación" variará en función de un **criterio material**, relativo al **contenido jurídico del derecho restringido** (224), y, en particular, si se trata de un **derecho esencial dentro del sistema político democrático** (225).

En segundo término, podrá variar en función de un **criterio teleológico**, de manera que será distinto según sea la **finalidad de las restricciones** (226). La apreciación de la "necesidad" de las restricciones se **relativiza**, dependiendo hasta cierto punto del fin legítimo perseguido (227).

-----  
(223) Y todos aquellos condicionamientos jurídicos que en cada disposición del Convenio Europeo de ella derivan; por ejemplo, la responsabilidad del Estado o el contenido jurídico de las restricciones.

(224) Vid supra, pág. 284 y ss.

(225) Ibid.

(226) Ibid.

(227) En este sentido, de la práctica jurisprudencial se deduce que el fin legítimo que exige un "margen de apreciación" más amplio es la **"protección de la moral"** (vid infra, pág. 450 y ss.).

En tercer término, podrá haber una desigual amplitud en función de un **criterio personal**. Se trata de ver, para conceder un mayor o menor "margen de apreciación", a qué **persona o grupo de personas se dirigen las restricciones** (228); o bien, **en favor de quién**, y de la protección de sus intereses, **son adoptadas determinadas medidas jurídicas** (229).

Y, en cuarto término, esta variabilidad se determinará en función de un **criterio objetivo**: la existencia de un **consenso legislativo y práctico entre los Estados** en dicha materia (230).

No obstante, este planteamiento de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, y sobre todo en relación a este último criterio, no termina con los **problemas prácticos** fruto de esta variabilidad.

Así, por ejemplo, respecto a la necesidad de medidas dirigidas a la **protección de la moral** el Tribunal Europeo se ha pronunciado, en apariencia, de modo bastante contradictorio.

En el **caso Handyside**, se consideró que el hecho de que el "Little Red Schoolbook" circulara libremente en la mayoría de Estados Parte no impedía que su prohibición en el Reino Unido fuera considerada "necesaria" ya que "les Etats Contractants ont fixé chacun leur attitude à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs (231)".

-----  
(228) Vid supra, pág. 228.

(229) De la sentencia sobre el **caso Handyside** puede deducirse, desde la perspectiva de su referencia expresa a los niños y la influencia del "Little Red Schoolbook", que **no será igual el alcance jurídico del "margen de apreciación" si las decisiones protegen los intereses de estratos de la población desprotegidos** (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 52).

(230) De no existir un consenso en la materia, el "margen de apreciación" será mayor.

(231) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Handyside, Arrêt du 7 décembre 1976, Série A, 24, pár. 57.

Mientras, en el **caso Dudgeon**, relativo a la sanción penal de la homosexualidad en Irlanda del Norte, se tuvo en cuenta para apreciar que las medidas represivas no eran necesarias el hecho de que la gran mayoría de los Estados Parte no considerase precisa su represión (232).

Como se observa, la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a disposiciones de distinta significación jurídico-política -o bien en supuestos en que existen finalidades diferenciadas- puede comportar una **desigualdad en la valoración de la discrecionalidad del Estado, no siempre exenta de interpretaciones injustificadamente diferentes o contradictorias.**

B.- LAS DIFERENCIAS CUALITATIVAS EN LA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

La aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" adquiere un sentido y una amplitud diferentes como consecuencia de la **actitud de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo**, que ofrecen una **interpretación cualitativamente distinta**, en función de los **presupuestos fácticos** del supuesto de hecho.

Esto implica que la **discrecionalidad otorgada al Estado varía según las circunstancias específicas del caso**. En su apreciación, se evidencia una **acusada desigualdad en cuanto a su amplitud** -sobre todo ante las cláusulas restrictivas-, ya que no se apoya esa variabilidad en unos parámetros definidos.

Así, de la práctica jurisdiccional pueden confrontarse tres posturas diferentes en torno al alcance jurídico de la doctrina del "margen de apreciación".

-----  
(232) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Dudgeon, Arrêt du 22 octobre 1981, Série A, 45, p. 60.



En una primera serie de supuestos, la práctica jurisdiccional tiende a una **interpretación en sentido estricto de la doctrina del "margen de apreciación"**, es decir, a una interpretación ajustada a los **criterios interpretativos que la caracterizan** (233).

De este modo, la competencia jurisdiccional adquiere en toda su plenitud la amplitud que la doctrina del "margen de apreciación" pretender darle y que comprende una **verdadera investigación independiente** sobre las circunstancias del caso y en la que se parte de una presunción en favor del Estado.

Son ejemplos de esta interpretación las sentencias del Tribunal Europeo en el **caso Sunday Times** (234) y en el **caso Klass** (235).

En una segunda serie de supuestos, se tiende hacia una **interpretación intermedia**, entre dos opciones extremas, al mostrarse **indecisos los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo en la delimitación de su discrecionalidad y la del Estado**.

Se trata de aquellos supuestos en que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo "created the impression that it did not wish to reject the measure taken" pero, al mismo tiempo, "considerated those measures as too drastic, and therefore contrary to the requeriment of proportionality" (236).

-----  
(233) Vid supra, pág. 290 y ss.

(234) El Tribunal Europeo afirmó para apreciar la necesidad de la injerencia "il faut donc tenir compte de tout aspect de l'affaire relevant de l'intérêt public" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 65).

(235) El Tribunal Europeo afirmó, en relación a la legislación alemana sobre escuchas telefónicas, considerando esencial para estimar proporcionada la injerencia la existencia de suficientes garantías, que para llegar a esa conclusión "doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Klass et autres, Arrêt du 6 sètembre 1978, Série A, 28, pár. 50).

(236) En este sentido: P.VAN DIJK y G.VAN HOOF, "**Theory and practice...**", pág. 444.

Entre los ejemplos de esta orientación, destaca la sentencia del Tribunal Europeo en el **caso Young, James and Webster** (237).

Y, en una tercera serie de supuestos, se tiende a una **interpretación en sentido amplio de la doctrina del "margen de apreciación"**. Esto comporta que la **discrecionalidad del Estado es entendida de forma más amplia que la que se desprende de los criterios interpretativos de la misma.**

Entre los ejemplos más relevantes de esta posición destaca el Informe de la Comisión Europea en el **caso Arrowsmith** (238) y la sentencia del Tribunal Europeo en el **caso Rees** (239).

-----  
(237) El Tribunal Europeo consideró desproporcionada la obligatoriedad de la sindicación -cláusula "closed shop"-; no sin antes entrar de oficio en el examen de su necesidad, cuando el propio Estado aceptaba su responsabilidad por el mero hecho de que su actuación fuese entendida como una "injerencia" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Young, James and Webster, Arrêt du 13 août 1981, Série A, 44, pár. 58).

(238) La Comisión Europea justificó una condena penal por incitación a la desertión sobre la base de que "although admittedly sever, was not in the circumstances so clearly out of proportion to the legitimates aim pursued that this severity in itself could render unjustifiable such an interference which the Commission otherwise has held justified" (EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: Report of 12 october 1978, Requête 7050/75, P.Arrowsmith c/ Royaume-Uni, Decisions and Reports, 19, pár. 99).

Así, salvo que la actuación estatal esté **claramente fuera de la debida proporción** la restricción es tenida por necesaria; con lo que se amplía de modo ostensible el "margen de apreciación" del Estado.

(239) El Tribunal Europeo sostuvo que el amplio "margen de apreciación" otorgado a las autoridades internas en materia de homosexualidad suponía que éstas "sont pleinement en droit d'avoir égard aux impératifs de la situation qui règne dans le pays pour décide des mesures à adopter", sin que esa situación fáctica se enjuiciase fuera de la apreciación nacional (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Rees, Arrêt du 17 octobre 1986, Série A, 106, pár. 36).

En este sentido, vid: P.A.FERNANDEZ SANCHEZ, "**El caso Rees: una interpretación excesiva del margen de apreciación de los Estados**", Anuario de Derechos Humanos, 1988-89, pág. 93.



Todo parece indicar, ante estas diferencias cualitativas, que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo pueden **adaptar su interpretación a las circunstancias y a los condicionantes jurídico-políticos del caso**, dando primacía a los intereses del Estado y a la valoración de su responsabilidad.

A modo de conclusión global, se observa que, tanto la distinta significación jurídico-política de las disposiciones del Convenio Europeo como las diferencias cualitativas en su apreciación determinan que el **alcance jurídico de la doctrina del "margen de apreciación" sea desigual y, por lo tanto, variable.**

Esta característica de su utilización práctica viene dada por la falta de unos **parámetros definitorios concretos** de la doctrina del "margen de apreciación", pero también por la **voluntad de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo**, que tienden a una interpretación **en función de la razón de Estado:**

"when they [la Comisión Europea y el Tribunal Europeo] weigh the full enjoyment of the rights and freedoms on the one hand and the interests advanced by the State for their restriction on the other hand, the latter as a rule appear weigh heavily with them (240)".

Esta desigualdad entraña un grave peligro: que el peso que se otorga al Estado en la adopción de la decisión jurisdiccional **descomponga el punto de equilibrio que la doctrina del "margen de apreciación" pretende asegurar.**

Este peligro puede concretarse, especialmente, en la **ampliación de la discrecionalidad estatal respecto a los derechos garantizados;** o, en otro sentido, en la mayor **importancia dada a las alegaciones del Estado** en la apreciación de los hechos y de su conformidad con el Convenio Europeo que el en principio previsto por la propia doctrina del "margen de apreciación".

---

(240) P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "Theory and practice...", pág. 445-446.



**CAPITULO QUINTO:**

**LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR  
INFORMACION E IDEAS: CRITERIOS DE DETERMINACION DE SU  
APLICACION JURIDICA.**

1. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS Y LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Para perfilar cuáles son los límites de la libertad de recibir y comunicar información, tal y como la regula el art. 10 del Convenio Europeo, es preciso determinar el **alcance jurídico** de las restricciones a que puede ser sometido su ejercicio, en virtud de la **cláusula restrictiva** del párrafo 2 del citado artículo.

Este conocimiento resulta indispensable (1), para poder delimitar asimismo en qué medida, y con qué limitaciones, la interpretación de la libertad de recibir y comunicar información por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo asume los elementos normativos identificados con el **derecho a la información**, y, en concreto, cuál es la amplitud jurídica del criterio del **interés del público** en la apreciación de la "necesidad" de cualquier restricción a la misma.

El examen propuesto debe tener en cuenta la importancia, en general, de la interpretación del **art. 10 del Convenio Europeo** para la delimitación de los poderes concedidos por las cláusulas restrictivas; y, en particular, para el desarrollo de la **doctrina del "margen de apreciación"** como principio interpretativo aplicable.

El procedimiento de verificación de las **cláusulas restrictivas** -y de modo paradigmático en el caso del párrafo 2, del art. 10 del Convenio Europeo- se sustenta en el examen de tres cuestiones (2): si la restricción está **prevista por la ley**; si responde a un **fin legítimo**; y, finalmente, si se trata de una medida **necesaria en una sociedad democrática**.

-----  
(1) De la misma forma que es necesario el conocimiento de los principios jurídico-políticos sobre los que descansa la interpretación de las cláusulas restrictivas por su aplicabilidad al art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Vid supra, pág. 276 y ss.

(2) Vid supra, pág. 281 y ss.

En relación a la exigencia de que la restricción esté **prevista por la ley**, no puede deducirse a priori, de la lectura del párrafo 2 del art. 10 del Convenio Europeo, si se hace referencia a la "ley" en un sentido **formal** o bien en un sentido **material** (3).

Con ocasión de su sentencia en el **caso Sunday Times**, el Tribunal Europeo pareció inclinarse claramente por una **interpretación material** de la noción de "ley" (4).

Ante una figura jurídica como el "contempt of court", derivada de la práctica jurisprudencial británica (5), el Tribunal Europeo sostuvo que iría contra la intención de los autores del Convenio Europeo afirmar que dicha norma no debía considerarse como prevista por la ley "au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif (6)".

A partir de esta premisa, el Tribunal Europeo determinó dos **condiciones** para verificar el cumplimiento de este requisito, que constituyen la base de su propia jurisprudencia al respecto: la **accesibilidad** (7) y la **previsibilidad** (8) de la norma jurídica.

-----  
(3) El recurso a los trabajos preparatorios del Convenio Europeo no resulta decisivo, ya que tampoco en ellos se precisa en qué sentido debe interpretarse dicha exigencia (en este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", Economica, Paris, 1989, pág. 467).

(4) Este criterio ha sido explícitamente confirmado por el propio Tribunal Europeo, aunque en relación al art. 8 (2) del Convenio Europeo, afirmando que en su jurisprudencia "a toujours entendu le terme <loi> dans son acception <matérielle> et non <formelle>" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Kruslin, Arrêt du 24 avril 1990, Série A [en préparation], 176-A, pár. 29; Affaire Huvig, Arrêt du 24 avril 1990, Série A [en préparation], 176-B, pár. 28).

(5) Vid supra, pág. 230 e infra, pág. 248.

(6) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 47.

(7) Ibid, pár. 49. Es decir, la necesidad de que el individuo disponga una adecuada información sobre los supuestos en que las normas legales son aplicables.

(8) Ibid, pár. 49. Es decir, que las normas legales estén formuladas con la suficiente precisión como para que el individuo pueda adecuar su conducta a las mismas y prever las consecuencias de su infracción.



De este modo, el concepto de "ley" se extenderá en un doble sentido: por un lado, tanto al derecho escrito como al derecho no escrito (9); y, por otro lado, tanto a las normas legislativas -adoptadas por el Poder Legislativo- como a las normas reglamentarias -adoptadas por el Poder Ejecutivo (10).

La conformidad con estas condiciones presenta mayores problemas si el Derecho interno efectúa una **remisión directa a las normas de Derecho Internacional**, como sucedía en los supuestos planteados en el **caso Groppera Radio AG y otros** y en el **caso Autronic AG** (11).

En el **caso Groppera Radio AG y otros**, la Comisión Europea opinó que "**le renvoi par une législation nationale à une réglementation de droit international est tout à fait susceptible de remplir la condition <prévue par la loi>**" (12)", siempre que fuesen satisfechas las condiciones de accesibilidad y previsibilidad.

-----  
(9) La Comisión Europea incluyó dentro de la noción de "ley" a todas las reglas "prédeterminées par le droit positif", como las decisiones jurisdiccionales, cuyo contenido y motivaciones, en lo esencial, son previsibles (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 28, 1982, pág. 65, pár. 203).

(10) Incluidos los códigos deontológicos aprobados por los Colegios Profesionales. Vid supra, pág. 234.

(11) En ambos casos, la **reglamentación internacional sobre telecomunicaciones** (vid supra, pág. 89). Así, el art. 78 de la Ordenanza de 17 de agosto de 1983 del Consejo Federal Helvético se remitía en su letra a) a la Convención Internacional de Telecomunicaciones y el Reglamento de Radiocomunicaciones (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 17; Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A [en préparaticn], 178, pár. 32).

(12) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 octobre 1988, Groppera Radio AG, Jürg Marquard, Hans-Elias Fröhlich et Marcel Caluzzi c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 31, pár. 153. Criterio compartido por el Tribunal Europeo (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 68).

Se plantea, pues, otro problema interpretativo, que estriba en la dificultad de apreciar, respecto de la normativa internacional, el respeto de ambas condiciones.

Así puede explicarse la diferencia de criterio entre la Comisión Europea y el Tribunal Europeo en el **caso Groppera AG y otros** (13); y, también, el no pronunciamiento expreso sobre esta cuestión en el **caso Autronic AG** (14).

En relación a la exigencia de que la restricción responda a un **fin legítimo**, ésta se concreta en la justificación sólo de aquellas limitaciones que tengan como base alguno de los fines expresamente enumerados en el **párrafo 2** del art. 10 del Convenio Europeo (15).

Si se compara el párrafo 2 del art. 10 del Convenio Europeo con otras cláusulas restrictivas previstas en el mismo, es perceptible que presenta una **mayor extensión** en cuanto a los fines legítimos contemplados (16).

-----  
(13) La Comisión Europea estimó que "le renvoi sans autre précision par le législateur suisse à une réglementation de droit international public ne pouvait pas permettre à quiconque concerné de savoir quelle était la base légale de l'interdiction..." (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 octobre 1988, Requête 10890/84, Groppera Radio AG, Jürg Marquard, Hans-Elias Fröhlich et Marcel Caluzzi c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 32, pár. 156).

Por su parte, el Tribunal Europeo indicó que "on ne saurait dire que les divers textes examinés plus haut manquaient de la clarté et de la précision voulues" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 68).

(14) No considerando preciso clarificar la cuestión porque existían otros motivos que no permitían justificar la ingerencia (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 mars 1989, Requête 12726/87, Autronic AG c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 16 pár. 74; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A [en préparation], 178, pár. 57).

(15) Vid supra, pág. 127.

(16) Sobre todo, porque contempla las restricciones para impedir la divulgación de informaciones confidenciales y garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial; si bien no se incluye como fin legítimo el bienestar económico del país, como sucede en el art. 8 (2) del Convenio Europeo.



Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se desprende que, a efectos del poder discrecional otorgado al Estado por la cláusula restrictiva, **no es indiferente cuál es el fin legítimo que se alega** (17).

A efectos de apreciar la importancia del fin legítimo como exigencia de un correcto ejercicio de los poderes discrecionales otorgados por la cláusula restrictiva, hay que tener en cuenta también el **art. 18 del Convenio Europeo**, en el que se afirma la necesidad de que las **restricciones no se desvíen de la finalidad para las que han sido previstas** (18).

La verificación de la legitimidad de los fines que justifican la utilización de la cláusula restrictiva en un supuesto de hecho concreto implica por tanto el examen de si las medidas restrictivas tienen realmente su base efectiva en los fines que se han alegado.

Este examen comporta asimismo un análisis diferenciado y específico de la aplicabilidad del art. 18 del Convenio Europeo, en relación al fin o fines a los que el Estado se remite para legitimar su propia actuación y al derecho considerado (19); lo que otorga al citado art. 18, pese a que su apreciación está vinculada a esos fines y al derecho fundamental que se ha restringido, una **autonomía interpretativa** similar, en la práctica, a la del art. 14 del Convenio Europeo (20).

-----  
(17) Vid supra, pág. 299.

(18) Vid supra, pág. 275.

(19) Así, la Comisión Europea, ha afirmado que, si bien el art. 10 del Convenio Europeo dejaba un cierto "margen de apreciación" para perfilar los límites del derecho a la libertad de expresión, ella misma, en virtud de su competencia, "doit toutefois porter tant sur l'étendue des limites qui ne doivent pas dépasser la marge d'appréciation laissée aux Etats, que sur le **but de ces limites car, aux termes de l'Article 18 de la Convention [Europea], ces dernières ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues** (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 753/60, X c/ Autriche, du 5 août 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 319).

(20) Vid supra, pág. 305 y ss.



En relación a la exigencia de que la restricción examinada se trate de una medida **necesaria en una sociedad democrática**, la práctica jurisdiccional ha centrado su verificación en dos aspectos esenciales (21): que las medidas respondan a una **necesidad social imperiosa**; y que sean **proporcionadas a la situación**.

Si se toma en consideración este segundo aspecto, el de la **proporcionalidad** de las medidas adoptadas, debe significarse que el mismo puede derivarse de la propia exigencia de que aquellas sean "necesarias en una sociedad democrática" (22), en cuanto que la verificación de su adecuación a una "necesidad social imperiosa" implica, no sólo un examen de sus fundamentos, sino también de la intensidad y extensión de las mismas en respecto a las circunstancias de hecho.

Además de las circunstancias de hecho concurrentes en cada supuesto, en la verificación de la proporcionalidad se han de ponderar aquellos **valores** en los que sustenta una sociedad democrática (23).

Desde esta perspectiva, hay que tener muy en cuenta la importancia de los derechos garantizados por el **art. 10** del Convenio Europeo, desde el momento en que la **libertad de expresión** constituye, en opinión del Tribunal Europeo, uno de los **fundamentos esenciales de la democracia** (24). Por ello, su interpretación, en el contexto de una sociedad democrática, ha de hacerse desde el respeto a valores tales como el **pluralismo** y la **tolerancia**, y con **espíritu de apertura** hacia cualquier tipo de ideas (25).

-----  
(21) Vid supra, pág. 292.

(22) En este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne...", pág. 473; o bien, M.A.EISSEN, "Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", Rivista Internazionale dei Diritto dell'Uomo, 1989, 1, pág. 35.

(23) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Dudgeon, Arrêt du 24 février 1983, Série A, 45, pár. 64.

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

(25) Ibid.

La verificación de la necesidad de las medidas restrictivas, entendida en estos términos, se convierte en el punto crucial del examen efectuado por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo (26).

Se trata, en definitiva, de comprobar la **conformidad del contenido jurídico de las disposiciones adoptadas por el Estado a las prescripciones del Convenio Europeo**. Lo que, a su vez, comporta un enjuiciamiento de la propia **oportunidad** de las mismas.

Y es también en este punto del procedimiento de verificación cuando los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo -en particular, por las dificultades que comporta ese análisis de oportunidad (27)- utilizan la **doctrina del "margen de apreciación"** como técnica de resolución de los conflictos interpretativos que el supuesto de hecho pueda plantear.

Dejando de un lado la discusión sobre la necesidad de su aplicación a las cláusulas restrictivas en general (28), lo cierto es que la doctrina del "margen de apreciación" se ha ido consolidando como un criterio necesario para la interpretación del art. 10 del Convenio Europeo y la determinación de sus límites.

Asimismo, hay que reseñar que en la **evolución de los criterios inscritos en la doctrina del "margen de apreciación"** su aplicación al art. 10 del Convenio Europeo, y el examen de la necesidad de las restricciones a que los derechos garantizados en el mismo pueden ser sometidos, ha resultado de la máxima importancia (29).

-----

(26) Como lo demuestra el hecho que la mayoría de decisiones de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo relativas a las cláusulas restrictivas se centren en el análisis de dicha necesidad.

(27) Vid supra, pág. 278 y ss.

(28) Vid supra, pág. 323 y ss.

(29) Quizá por la importancia misma del art. 10 del Convenio Europeo dentro del conjunto de las disposiciones del mismo, como el propio Tribunal Europeo se ha encargado de señalar (vid supra, pág. 135).

En este sentido, la **doctrina del "margen de apreciación"** en la **práctica jurisdiccional relativa al art. 10 del Convenio Europeo** ha pasado por dos **fases** sucesivas, cuyo punto de inflexión puede situarse en el año 1979; siendo preciso efectuar su examen por separado:

### 1.1. LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA AL ART. 10 DEL CONVENIO EUROPEO HASTA 1979.

Hasta 1979, la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a los supuestos de hecho referentes al art. 10 del Convenio Europeo se ha caracterizado por dos notas esenciales: primera, su **utilización por la Comisión Europea en las decisiones sobre la admisibilidad de las demandas** (30); y, segunda, la **progresiva ampliación del "margen de apreciación" otorgado al Estado** (31).

#### A.- LA UTILIZACION DE LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" POR LA COMISION EUROPEA EN LAS DECISIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS.

En la medida en que pueda entenderse como una forma particular de ampliación del "margen de apreciación" del Estado (32), es interesante comprobar cómo la Comisión Europea fue introduciendo la doctrina del "margen de apreciación" en el proceso de toma de decisiones en torno a la **admisibilidad de las demandas** relativas al art. 10 del Convenio Europeo.

-----  
(30) Vid supra, pág. 317.

(31) Como consecuencia de la sucesiva extensión de la presunción en favor del Estado desarrollada a través de la práctica jurisdiccional de los criterios jurídico-políticos de la doctrina del "margen de apreciación".

(32) Por cuanto no deja de ser esta utilización en el examen de admisibilidad una ampliación del "margen de apreciación" otorgado al Estado.



La explicación de esta actitud se relaciona con una de las cuestiones jurídico-políticas suscitadas durante los **trabajos preparatorios** del Convenio Europeo: la conveniencia de permitir el **acceso del individuo** al procedimiento de verificación.

El temor latente durante la redacción del Convenio Europeo a que el recurso individual se convirtiese en un arma política (33), o bien que se produjese un utilización abusiva o ligera del mismo (34), llevó a la Comisión Europea en el inicio de su labor a ver en el examen de admisibilidad una posibilidad de filtrar cualquier demanda improcedente o simplemente dudosa.

En este contexto, la doctrina del "margen de apreciación" era una fórmula idónea para rechazar buena parte de las demandas, al resultar ésta manifiestamente infundadas, conforme al art. 27 (2) del Convenio Europeo.

Por ello, muy pronto la Comisión Europea empezó a aplicar la doctrina del "margen de apreciación" en el examen sobre la admisibilidad de las demandas.

Así, en su decisión sobre la **demanda 753/60**, la Comisión Europea manifestó que el art. 10 del Convenio Europeo dejaba "aux Etats Contractants une **certaine marge d'appréciation** pour déterminer les limites du droit à la liberté d'expression (35)".

---

(33) En este sentido las palabras del Sr. NALLY, ante la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, durante la 1ª Sesión de la misma -durante su 18º Encuentro, el 8 de septiembre de 1949-, efectuando una directa mención al posible uso propagandístico de dicho mecanismo por los comunistas (vid: "**Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**", N.Nijhoff Publishers, La Haye, Vol. II, 1975, pág. 192).

(34) Vid, por ejemplo: F.MONCONDUIT, "**L'abus du droit de recours individuel devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme**", Annuaire Français du Droit International, XVII, 1971, pág. 348 y ss.

(35) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 753/60, X c/ Autriche, du 5 août 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 319.

La competencia de la **Comisión Europea**, desde esta perspectiva, debía orientarse a **comprobar** que al fijar esos límites el Estado no ha **sobrepasado el "margen de apreciación" que se le concede** (36).

De esta forma, bastará que se verifique que el Estado no ha aplicado las restricciones de una manera contraria al Convenio Europeo para que se considere "necesaria" su actuación (37).

La concesión de este **margen de error** en favor del Estado comportaba previamente un detenido examen por parte de la Comisión Europea del conjunto del **expediente** y de sus circunstancias.

A pesar de que esta actitud fue mantenida como criterio general (38), la propia Comisión Europea en otros casos **amplió el "margen de apreciación"** del Estado, al **limitar el alcance del examen del expediente** y, por tanto, de los datos que podían llevar a la formación de una voluntad distinta de la simple aceptación de la opinión del Estado.

Así, en ocasión del denominado **caso Capriccio**, la Comisión Europea, tras asegurarle al Estado un cierto "margen de apreciación", sostuvo que su decisión "se fondant sur l'ensemble des moyens de preuve qui lui ont été soumis et **n'estimant pas nécessaires**

---

(36) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 753/60, X c/ Autriche, du 5 août 1960, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, III, 1960, pág. 319.

(37) Con lo cual se está otorgando al Estado un **margen de error** en la determinación de los límites de la libertad de expresión (vid supra, pág. 288).

(38) Entre otros casos, vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 764/60, X c/ Belgique, du 28 septembre 1964, Recueil des Décisions, 16, pág. 1 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 1628/62, X c/ R.F. Allemagne, du 12 décembre 1963, Recueil des Décisions, 12, pág. 61 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 5321/71, X c/ Autriche, du 14 décembre 1972, Recueil des Décisions, 42, pág. 105.

d'étudier le contenu effectif de la publication en question (39)".

En su conjunto, la Comisión Europea parece ir más allá de la concepción que el propio Convenio Europeo tiene de las decisiones de admisibilidad (40), es decir, de un examen "**prima facie**" sobre las circunstancias del caso para comprobar si existe o no una **apariencia de violación**.

De esta manera, y en una cuestión tan delicada como la libertad de expresión, fundamento de la sociedad democrática (41), la verificación de la admisibilidad de la demanda tiende a convertirse en un **examen sobre el fondo de las cuestiones de hecho y de Derecho**.

Como apunta COHEN (42), la tendencia de la Comisión no ha sido sólo a profundizar en el examen de esa apariencia -dejando para posteriores fases la apreciación de las cuestiones más complejas-, sino que incluso "écarte (la propia Comisión Europea) au contraire certaines requêtes dont les allégations sont relativement sérieuses".

Entre este tipo de decisiones cuya formulación contradice el objeto del propio examen de admisibilidad, es importante la adoptada respecto a la **demanda 7805/77**.

---

(39) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1167/61, X et l'Association de Z. c/ R.F.Allemagne, du 16 décembre 1963, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VI, 1963, pág. 221. El resaltado es propio.

Criterio que se reitera, por ejemplo, en un caso similar, correspondiente a la demanda 5777/72 (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 5777/72, X c/ Autriche, du 5 avril 1974, Recueil des Décisions, 45, pág. 88).

En ambos supuestos, se trata de publicaciones pornográficas.

(40) Vid supra, pág. 317.

(41) Vid supra, pág. 135.

(42) G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne...", pág. 153.



En su decisión, la Comisión Europea detalló los caracteres del consenso legislativo en materia de defensa del consumidor, afirmó que en relación a la publicidad el criterio de "necesidad" debía entenderse de manera menos rigurosa, para finalmente analizar la decisión del tribunal interno y decidir que ésta **"a été nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits de l'autri (43)"**.

Con todo, lo más grave son las **consecuencias** de esta distorsión del objeto del examen de admisibilidad de las demandas.

En primer lugar, porque de ella resulta una **inversión de los términos en que se produce el examen de admisibilidad (44)**: la demanda será declarada inadmisibile en cuanto exista una apariencia de que no existe una violación (45).

Y, en segundo lugar, porque ello significó que durante este período la mayor parte de las demandas individuales sometidas a la Comisión Europea fueran **declaradas inadmisibles (46)**.

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

Otras decisiones de apreciada amplitud argumental: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8010/77, X c/ Royaume-Uni, du 1 mars 1979, Décisions et Rapports, 16, pág. 101 y ss.; o bien, Décision sur la recevabilité de la Requête 8962/80, X c/ Belgique, du 13 mai 1982, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXV, 1982, pág. 97 y ss.

(44) Vid supra, pág. 318 y ss.

(45) En vez de ser declarada admisible si "prima facie" existe una apariencia de violación.

(46) Atendiendo a la estadística general, y en la medida en que esta actuación haya podido incidir, entre 1955 y 1978 se declararon admisibles sólo el 2,35% de las demandas examinadas; mientras que desde 1979 a 1990 lo fueron el 8,92% (Elaboración propia. Fuente: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: **"Aperçu des travaux statistiques"**, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, pág. 16).

A partir de 1979, esta formulación ha ido siendo abandonada por la Comisión Europea, que cada vez más tiende a circunscribir el examen de admisibilidad de las demandas a la apreciación de la existencia de una apariencia de violación del Convenio Europeo (47).

**B.- LA PROGRESIVA AMPLIACION DEL "MARGEN DE APRECIACION" OTORGADO AL ESTADO.**

Más allá de los problemas derivados de su utilización en el momento inicial del procedimiento de verificación del Convenio Europeo, desde que empezó a utilizarse la doctrina del "margen de apreciación" en el examen de las restricciones a que pudiera ser sometido el art. 10 del Convenio Europeo hasta 1979, el "margen de apreciación" otorgado al Estado recibió una **interpretación extensiva**.

La ampliación de este "margen de apreciación" tuvo un carácter progresivo, es decir, fue paulatinamente acentuándose a medida que la interpretación del art. 10 del Convenio Europeo lo exigía.

Esta tendencia ha sido muy acentuada en los trabajos de la **Comisión Europea**.

Así, en el **caso De Becker**, la Comisión Europea no ofreció al Estado mucho margen de error, por cuanto consideró que el tiempo transcurrido tras la Segunda

---

(47) De modo, que en sus últimas decisiones la Comisión Europea realiza un sucinto análisis de los hechos para tomar su decisión, lo que ha llevado a que la mayoría de las demandas hayan sido admitidas.

Por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 13778/88, T.Thorgeirson c/ Islande, du 14 mars 1990, Conseil de l'Europe, pp. 25; Décision sur la recevabilité de la Requête 12945/87, C.Hatjianastasiou c/ Grèce, du 4 avril 1990, Conseil de l'Europe, pp. 8; EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS: Decision on the admissibility of the Applications 14234/88 et 14235/88, Open Door Counselling Ltd. et Dublin Well Woman Centre et autres c/ Irlande, 15th May 1990, Council of Europe, pp. 13. Vid, pág. 317 y ss.

Guerra Mundial y el hecho de que la mayoría de Estados con el mismo problema no hubiesen adoptado unas medidas tan drásticas (48) invalidaban la posibilidad de justificar la "necesidad" de aquéllas en las disposiciones del art. 10 (2) del Convenio Europeo (49).

En el caso **De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas**, tampoco la Comisión se inclinó por conceder un margen de error al Estado, a pesar de que determinó la inexistencia de una violación del art. 10 del Convenio Europeo, prefiriendo realizar un detallado examen de las circunstancias del caso para llegar a dicha conclusión (50).

Por el contrario, la opinión de la Comisión Europea en el caso **Engel y otros** muestra la existencia de esta evolución.

En su Informe, la Comisión Europea entendió que los escritos de los soldados "pouvaient raissonablement être considérés comme provoquant des troubles" en el contexto de las Fuerzas Armadas y, por tanto, que estaba justificada la restricción ejercida por las autoridades nacionales conforme al art. 10 (2) del Convenio Europeo (51).

- 
- (48) El Código Penal belga imponía una incapacitación perpetua a los condenados por colaborar con las fuerzas de ocupación alemanas para ejercer su libertad de expresión a través de cualquier medio de comunicación social.
- (49) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 28 avril 1960, Requête 214/56, De Becker c/ Belgique. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire De Becker", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 2, 1962, pág. 128.
- (50) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 6 juillet 1976, Requête 5178/71, De Geillustreerde Pers N.V. c/ Pays-Bas, Décisions et Rapports, 8, pág. 23 y ss., párs. 76 a 89.
- (51) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engels et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 81, pár. 166.



La Comisión Europea, sin nombrar en ningún momento la doctrina del "margen de apreciación", había introducido de esta forma un criterio amplio de discrecionalidad, dado que la decisión no se fundamentaba en una evaluación de los hechos, sino en la "razonabilidad" de la posición de las autoridades nacionales en ese contexto (52).

En esta misma línea, en el caso **Handyside**, la Comisión Europea impulsó una interpretación más amplia del "margen de apreciación" (53), ya que, sin efectuar un análisis exhaustivo de los hechos y las circunstancias concurrentes, aceptó la necesidad de restringir la publicación del "Libro Rojo del Cole".

Así se desprende de la conclusión a que llegó la propia Comisión Europea al respecto:

"La Commission [Europea] est convaincue que les mesures qui ont empêché la publication du livre et dont le requérant se plaint ont été nécessaires (...). Les autorités du Royaume-Uni ont agi de manière raisonnée et de bonne foi, sans excéder la marge d'appréciation... (54)".

- 
- (52) Así, uno de los miembros de la Comisión Europea, OPSAHL, mantuvo en su opinión disidente que la decisión de la mayoría parecía "reposer sur des indices fort insuffisants", sobre todo por que la "situation n'a pas été analysée ni dépeinte plus en detail" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engels et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 81, pár. 166).
- (53) En este sentido, por ejemplo: C.MORRISSON JR, **"The dynamics of development in the European Rights Convention system"**, Nijhoff Publishers, The Hague, 1981, pág. 96 y ss.; o bien, R.PINTO, **"La liberté d'information et d'opinion en droit international"**, Economica, Paris, 1984, pág. 196 y ss.
- (54) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 30 septembre 1975, Requête 5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Handyside", Série: Mémoires, Plaidories et Documents, 22, 1980, pág. 48, pár. 157. El resaltado es propio.

Se propicia, con esta interpretación (55), que los **motivos** alegados por el Estado y su propia **actitud** sean tenidos por elementos determinantes de la decisión de la Comisión Europea; y, por tanto, que el "margen de apreciación" resulte ser algo más que un margen de error en favor del Estado.

Esta interpretación, por otra parte, fue también adoptada por el **Tribunal Europeo**.

En su sentencia sobre el **caso Engel**, además de establecer un criterio sobre la amplitud del "margen de apreciación" en relación a distintos colectivos sociales (56), el Tribunal Europeo consideró como necesarias las medidas disciplinarias en función de los **motivos** alegados por el Estado, ya que la autoridad que adoptó las sanciones (57):

"a pu avoir des raisons fondées d'estimer qu'ils avaient tenté de saper la discipline militaire".

Esta ampliación se consolida con la sentencia sobre el **caso Handyside**, donde el Tribunal Europeo, aceptando la subsidiariedad del procedimiento de verificación respecto a los mecanismos nacionales, sostuvo que su competencia se dirigía a enjuiciar **si los motivos alegados por las autoridades nacionales eran razonables y suficientes** (58).

Con esta postura, la doctrina del "margen de apreciación" se aproximaba peligrosamente a la doctrina de la buena fe (59).

-----  
(55) En el seno de la propia Comisión Europea surgieron voces críticas contra esta interpretación.

Así las opiniones disidentes de FAWCETT y TRIANTFYLLIDES, de KELLBERG, NÖRGAARD y TRECHSEL, ERMACORA y OPSAHL.

(56) Vid supra, pág. 228.

(57) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, p. 101.

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

(59) Vid supra, pág. 280.



Una parte de la doctrina ha criticado esta postura del Tribunal Europeo (60). Primero, porque implica una excesiva ampliación del "margen de apreciación"; y, segundo, porque relativiza, en función de los criterios estatales, la interpretación del art. 10 (2) del Convenio Europeo y de sus nociones jurídicas, pudiendo llevar, incluso, a la **desnaturalización** de la propia cláusula restrictiva (61).

En general, la evolución de la doctrina del "margen de apreciación" hasta 1979 tiende a ampliar la discrecionalidad del Estado y, correlativamente, a **disminuir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo** (62). Con lo que, respecto a los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio, el Estado podría disponer de un amplio y al tiempo peligroso **margen para interpretar el contenido jurídico de sus obligaciones**.

-----  
(60) Vid, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne...", pág. 190; R.PINTO, "La liberté d'information...", pág. 196 y ss.; o bien, P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "Theory and practice of the European Convention on Human Rights", Kluwer Law & Taxations Publishers, Deventer, 1984, pág. 318.

(61) Critica PINTO, en el caso Handyside, la no formulación de una **noción autónoma de moral**, pues el art. 10 (2) del Convenio Europeo "ne renvoie pas aux Etats parties la définition de ce concept"; quedando a la arbitrariedad estatal su delimitación (R.PINTO, "Liberté d'information...", pág. 196 y ss.).

(62) En lo que parte de la doctrina reconoce una **interpretación self-restraint** de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo de su propia competencia (vid, por ejemplo: C.MORRISON JR, "The dynamics of development...", pág. 5 y ss.; o bien, R.SAPIENZA, "La libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei diritto dell'Uomo: il caso Sunday Times", Rivista di Diritto Internazionale, LXIV, 1983, pág. 59).

VAN DER MEERSCH, por contra, piensa que la doctrina del "margen de apreciación" es compatible con una visión evolutiva y progresista del Convenio Europeo (G.VAN DEER MEERSCH, "Les méthodes d'interprétation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En: "Perspectives canadiennes et européennes des Droits de l'Homme", Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut Canadien d'Etudes Juridiques Supérieures, Ivon Blais, Cowansville, 1986, pág. 202).



## 1.2. LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION" EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL RELATIVA AL ART. 10 DEL CONVENIO EUROPEO A PARTIR DE 1979.

En 1979, la sentencia del Tribunal Europeo sobre el **caso Sunday Times** constituyó el punto de inflexión en la tendencia a la ampliación de la doctrina del "margen de apreciación".

Para observar cuál es la orientación que define el Tribunal Europeo a partir de entonces, se puede dividir su examen en dos puntos: la **sentencia sobre el caso Sunday Times**, dada su importancia en la nueva dirección jurisprudencial (63), y el **desarrollo posterior de la práctica jurisdiccional relativa a la doctrina del "margen de apreciación"**.

### A.- LA SENTENCIA SOBRE EL CASO SUNDAY TIMES.

La importancia de la sentencia sobre el **caso Sunday Times** viene dada porque significa una **reorientación en los métodos interpretativos** del Tribunal Europeo (64), con la finalidad de reducir el excesivo margen de discrecionalidad otorgado al Estado en el caso Handyside.

---

(63) Y su importancia en el conjunto de la práctica jurisdiccional, como demuestra el hecho de que sea una de las sentencias que ha dado lugar a una más amplia bibliografía.

Vid, por ejemplo, la recopilación de BERGER (V.BERGER, "**Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme**", Editions Syrey, Paris, 2ª Edición, 1989, pág. 102).

(64) En este sentido se expresan, por ejemplo: R.SAINT JOHN, "**The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights**". En: "International Law at the time of its codification. Essays in honour of Robert Ago", Giuffrè Editore, Milano, 1987, III, pág. 197; R.SAPIENZA, "**La libertà d'espressione...**", pág. 60; H.C.YOUROW, "**The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence**", Connecticut Journal of International Law, 3, 1987, 1, pág. 128.

Puede decirse que, en el año 1977, la **Comisión Europea** ya anticipó en su Informe sobre el propio caso **Sunday Times** cuál iba a ser esta nueva perspectiva interpretativa.

El Gobierno del Reino Unido, al referirse a la estructura del art. 10 del Convenio Europeo (65), apuntó que éste debía considerarse como un todo, de modo que la definición de la libertad de expresión quedase a discrección del Derecho interno para establecerla "de la manière et dans la mesure précisées au paragraphe 2 de l'article 10 [del Convenio Europeo]".

La Comisión Europea rechazó esta visión -que abandonaba a la discrecionalidad estatal incluso la propia noción de libertad de expresión del art. 10 del Convenio Europeo-, afirmando que el Estado solamente tenía un "**certain pouvoir discrétionnaire dans la détermination des limites de l'exercice de ce droit** [de la libertad de expresión] (66)".

Respecto a dichos límites, la Comisión Europea indicó el carácter excepcional de la cláusula restrictiva y, por tanto, la necesidad de su **interpretación estricta**; lo que significaba (67):

"qu'aucun autre critère que ceux mentionnés dans le clause d'exception elle-même ne peut justifier une restriction quelle qu'elle soit et ces critères à leur doivent être interprétés de manière telle que le **sens des mots ne soit pas élargi au-delà de leur acception habituelle**".

---

(65) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 28, 1982, pág. 49, pár. 134.

Recordar que en el mismo año se elaboró el Informe sobre el **caso Arrowsmith** (vid supra, pág. 334).

(66) Ibid, pág. 64, pár. 193. El resaltado es propio.

(67) Ibid, pág. 64, pár. 194. El resaltado es propio.

(68) Ibid, pág. 68 y ss.

A partir de esta posición, la Comisión Europea efectuó un análisis detallado del fin y del contenido del artículo de prensa en cuestión, en su contexto jurídico y social, no limitándose a examinar los motivos alegados por el Estado.

Parece desprenderse de esta posición la idea de la necesidad de que los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo elaboren unas **nociones autónomas** susceptibles de delimitar el contenido jurídico del art. 10 (2) del Convenio Europeo (69).

El Tribunal Europeo, por su parte, tiende también a aceptar esta idea (70).

Así, al hacer referencia a la expresión "autoridad del poder judicial" -a cuyo menoscabo se hacía mención como fin legítimo de la restricción-, el Tribunal Europeo manifestó que reflejaba "l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour apprécier les droits et obligations juridiques et statuer sur les différends y relatifs, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance (71)".

Con este punto de partida, que aseguraba una comprensión autónoma del atentado contra esa autoridad judicial, el Tribunal Europeo formuló una **interpretación más amplia de su competencia jurisdiccional.**

-----  
(69) Y, en consecuencia, de permitir un análisis más directo y exhaustivo de las decisiones, motivos y circunstancias de hecho concurrentes.

(70) En este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "**Chronique des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. 1979**", Cahiers de Droit Européen, 1980, 4, pág. 485; D.J.HARRIS, "**Decisions on the European Convention on Human Rights during 1979**", British Yearbook of International Law, L, 1979, pág. 259; R.PINTO, "**La liberté d'information...**", pág. 134.

(71) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 55.



Aun teniendo en cuenta la existencia de un "margen de apreciación" en favor del Estado -así como su diferente amplitud según el fin legítimo perseguido (72)-, el Tribunal Europeo precisó que su competencia al apreciar la necesidad de una restricción debía:

"se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable (73)".

Desde esta perspectiva, su competencia debía consistir en (74):

"s'assurer de la conformité des actes nationaux avec les normes de cet instrument [el Convenio Europeo]".

Con esta base, el Tribunal Europeo inició un análisis concienzudo y profundo del artículo cuya publicación fue prohibida, así como de las circunstancias determinantes de la decisión de la autoridad judicial nacional (75).

Esta sentencia abre la posibilidad de una interpretación abierta y evolutiva de los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo -y, entre ellos, la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Y ello, por dos motivos principales: primero, porque se tiene en cuenta que la libertad de expresión es un derecho fundamental, cuyas excepciones deben ser interpretadas de modo estricto (76); y, segundo, que el "margen de apreciación" es limitado a su sentido inicial: como un **margen de error**.

---

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

(73) Ibid.

(74) Ibid, pár. 61.

(75) En este examen, el Tribunal Europeo introdujo como criterio valorativo el **interés del público** respecto a la información (Ibid, pág. 65).

(76) Ibid.

B.- EL DESARROLLO POSTERIOR DE LA PRACTICA JURISPRUDENCIAL RELATIVA A LA DOCTRINA DEL "MARGEN DE APRECIACION".

Siguiendo las pautas de la sentencia sobre el caso Sunday Times, el Tribunal Europeo ha profundizado en la restricción del "margen de apreciación" concedido al Estado respecto a los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo.

Esta línea tiene como aspectos orientativos esenciales, primero, el hecho de que la libertad de expresión es el fundamento de la propia democracia, cuyas excepciones deben ser interpretadas de modo estricto (77); y, segundo, que el "margen de apreciación" debe ser limitado.

En el **caso Barthold**, el Tribunal Europeo mantuvo que era de su competencia verificar tanto si las medidas restrictivas respondían a una necesidad democrática y si eran proporcionales al fin legítimo, como si los motivos alegados por el Estado resultaban "pertinents et suffisants (78)".

A partir de un examen de las declaraciones del demandante y de la decisión de las autoridades

---

(77) Como afirma HARRIS, de la estructura del art. 10 del Convenio Europeo se desprende que la libertad de expresión tiene prioridad sobre cualquier otro interés en juego, por lo que hay que interpretar restrictivamente sus excepciones; lo que, según él, en el caso Sunday Times comportó que el Tribunal Europeo "it was not free" al respecto (D.J.HARRIS, "**Decisions on the European...**", pág. 259).

En su sentencia sobre el **caso Autronic AG**, el Tribunal Europeo ha explicitado este criterio, afirmando que, si bien el "margen de apreciación" puede ser siempre mayor o menor dentro del procedimiento de verificación internacional, respecto a los derechos reconocidos en el art. 10 (1) del Convenio Europeo "ce contrôle doit être strict en raison de l'importance de ces droits" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A [en préparation], 178, pár. 61).

(78) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, pár. 55.

alemanas (79), se estableció que las medidas restrictivas no respetaban el equilibrio -siempre favorable a la libertad de expresión- entre ésta y la finalidad de las mismas (80).

La restrictividad interpretativa del "margen de apreciación" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo se acrecienta en el **caso Lingens**, al añadir un nuevo elemento de reforzamiento de la importancia de la libertad de expresión.

Así, en relación al interés de la "protección de la reputación de otros", previsto en el art. 10 (2) del Convenio Europeo (81), se desplaza su punto de equilibrio respecto al otro interés en juego -la libertad de expresión-, en favor de este último, en la medida en que:

"les limites de la critique admissible sont plus larges a l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier (82)".

Se observa, pues, cómo el Tribunal Europeo, consciente de su propia competencia, ha ido **reduciendo la discrecionalidad de los Estados respecto a la restricción de los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo.**

Esta tendencia, que puede considerarse como positiva, desde el momento en que determina un examen más estricto de la actuación estatal y ofrece, por

-----  
(79) Vid supra, pág. 234.

(80) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, pár. 55.

(81) Vid supra, pág. 127.

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

Ello, dado que, como afirma el propio Tribunal Europeo, la prensa permite a la opinión pública conocer y juzgar mejor a sus dirigentes políticos, lo que resulta importante ya que "le libre jeu du débat politique se trouve au coeur même de la notion de société démocratique..." (Ibid).

Vid supra, pág. 89.



tanto, una mayor garantía del respeto de los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo, se ha ido consolidando paulatinamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo (83).

La orientación del Tribunal Europeo, a partir de 1979, es la de dar **preeminencia a su competencia jurisdiccional**, es decir, a la labor de **controlar la discrecionalidad del Estado**. Ello implica, necesariamente, una sensible reducción del "margen de apreciación" concedido a los Estados.

Esta nueva formulación de la política jurisdiccional se sustenta en tres notas esenciales.

Primero, que se lleva a cabo una evaluación más estricta del espacio de discrecionalidad del Estado, subrayándose la primacía de la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, en general, y de los reconocidos en su art. 10, en particular, sobre cualquier otro interés o consideración (84).

Segundo, que se impone un examen más profundo de la actuación del Estado para conocer si ésta responde a una necesidad social imperiosa.

Y, tercero, que esta línea de actuación implica, a su vez, la existencia de unas **nociones autónomas** que permitan efectuar una verificación rigurosa, desvinculada de los conceptos jurídicos aportados por el Estado.

---

(83) En especial, vid: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barfod, Arrêt du 22 février 1989, Série A, 149, pár. 28 y ss.; Affaire Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A, 165 (en préparation), pár. 33 y ss.; Affaire Groppera radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A, 173, (en préparation), pár. 72 y ss.; Affaire Weber, Arrêt du 22 mai 1990, Série A, 177 (en préparation), pár. 47 y ss.; o Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A (en préparaticn), 178, pár. 61 y ss.

(84) Para seguir con una línea argumental ya utilizada, se desplaza el punto de equilibrio del procedimiento de verificación en favor de la garantía de los derechos reconocidos (vid supra, pág. 267).

En estos términos, y visto que su importancia se reduce ante el avance de una práctica jurisdiccional cada vez más objetiva y estricta, cabe preguntarse si no sería mejor prescindir de la doctrina del "margen de apreciación", en especial, frente a los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo, catalogados por el propio Tribunal Europeo como principios esenciales de una sociedad democrática.

El argumento principal en favor de su mantenimiento suele ser la **prudencia** que exige el ejercicio de una competencia jurisdiccional internacional como la prevista en el Convenio Europeo (85).

Su carácter positivo puede observarse, desde esta perspectiva, en un doble sentido: por un lado, que la doctrina del "margen de apreciación" reglamenta unas **condiciones para el ejercicio de la discrecionalidad del Estado** respecto a la restricción de los derechos garantizados (86); y, por otro, lado, que el **margen de error** que comporta **no siempre ha jugado en favor de los Estados** (87).

-----  
(85) Así, si esta orientación del Tribunal Europeo trata de potenciar el estándar de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, hay que tener en cuenta, como dice por ejemplo BEDDARD, que cualquier intento de esta naturaleza y de efectuar asimismo una interpretación dinámica de la protección de dichos derechos debe tener sus límites, teniendo en cuenta que los Estados son los que deben propiciar en última instancia esta potenciación (Ll.B.BEDDARD, "**Human Rights in Europe**", Sweet & Maxwell, London, 1980, Second Edition, pág. 178).

(86) En este sentido, por ejemplo: D.EVRIGENIS, "**Recent case-law of the European Court of Human Rights on the articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights**", Human Rights Journal, 3, 1982, pág. 138.

Esta afirmación se puede relativizar, empero, a la vista de las deficiencias observadas en su formulación (vid supra, pág. 316 y ss.).

(87) En este sentido, por ejemplo: T.O'DONNELL, "**Margin of appreciation doctrine: standard in the jurisprudence of the European Convention on Human Rights**", Human Rights Quarterly, 4, 1982, 4, pág. 477.

Hace referencia O'DONNELL, en particular, al caso **Sunday Times**, donde se observó sobrepasado ese margen de error.



Otro argumento puede ser alegado, a la vista de la **práctica jurisdiccional**. Y es que allí donde no se ha podido conseguir elaborar una noción autónoma fundamentada en el Convenio Europeo se ha seguido manteniendo un "margen de apreciación" más amplio; es el caso de la **protección de la moral** (88).

Sin embargo, es posible criticar, por excesivo, este afán de prudencia (89).

La doctrina del "margen de apreciación" limita el alcance jurídico de los conceptos incluidos en el art. 10 del Convenio Europeo (90) e introduce un elemento de incertidumbre e inseguridad en su interpretación, dada sus características y su imprecisión (91); lo que resulta excesivamente peligroso, tratándose la libertad de expresión de un fundamento de la sociedad democrática.

-----  
(88) Así, la línea interpretativa del **caso Handyside** ha continuado manteniéndose en relación a las restricciones que se fundamentan en el deseo de proteger la moral.

En el **caso Müller y otros**, el Tribunal Europeo manifestó que, en 1988, al igual que en 1976 -año de la sentencia sobre el caso de Handyside -, no podía encontrarse una noción uniforme de moral, a partir de lo cual se circunscribió en su actividad jurisdiccional a examinar los motivos alegados por las autoridades suizas (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Müller et autres, Arrêt du 24 mai 1988, Série A, 133, pár. 35 y ss.).

(89) Como hace PINTO, incluso, analizando el criterio adoptado por el Tribunal Europeo en el caso **Sunday Times** (vid: R.PINTO, "**La liberté d'information...**", pág. 135).

(90) Sobre todo, y es lo que más critica el propio PINTO (ibid, págs. 135 y 196 y ss.), porque allí donde se aplica la doctrina del "margen de apreciación" se restringe el alcance jurídico de las nociones autónomas elaboradas por el Tribunal Europeo o bien se excusa, en función de la ausencia de un consenso en la materia, la elaboración de las mismas, dejando en consecuencia mayor libertad al Estado en la interpretación del derecho interferido, puesto que su actuación es observada menos críticamente, y aceptados sus motivos con mayor facilidad por al instancia internacional.

(91) Vid supra, pág. 316 y ss.



## 2. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS Y EL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUBLICO".

En líneas generales, el procedimiento de verificación de las restricciones a que pueden ser sometidos los derechos garantizados por el art. 10 del Convenio Europeo se rige por las mismas directrices que cualquier otra medida adoptada en virtud de una cláusula restrictiva.

Así, la **doctrina del "margen de apreciación" y sus criterios de aplicabilidad** (92) tienen su papel en la práctica de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo relativa a la apreciación de la necesidad de las restricciones a que son sometidos dichos derechos.

No son éstos, empero, los únicos factores que influyen en la determinación de la necesidad de las medidas restrictivas que se aplican al art. 10 del Convenio Europeo. La práctica jurisdiccional ha permitido el desarrollo de un **criterio específico** de valoración de esa necesidad, en relación a dicho artículo: el **"interés del público"** (93).

Este criterio específico tiene un doble valor: por un lado, influye, de una manera u otra (94), en la aplicabilidad de la doctrina del "margen de apreciación"; y, por otro lado, sirve, junto a la propia doctrina del "margen de apreciación" para determinar los límites de los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo.

Desde esta perspectiva, el criterio del "interés del público" es útil para concretar cuáles son los **límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas**, prevista en el art. 10 del Convenio Europeo.

-----

(92) Vid supra, pág. 329 y ss., en relación a la aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" al art. 10 del Convenio Europeo; y pág. 344 y ss., en torno a los criterios de aplicabilidad de la misma.

(93) Vid supra, pág. 222 y ss.

(94) Vid infra, pág. 385 y ss., en qué medida se proyecta esta influencia.

La interacción entre el criterio del "interés del público" y los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas puede apreciarse tomando en consideración dos puntos de vista: el de la **evolución del criterio del "interés del público" en la práctica jurisdiccional relativa al art. 10 del Convenio Europeo** y el de los **caracteres del criterio del "interés del público"**.

## **2.1. LA EVOLUCION DEL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUBLICO" EN LA PRACTICA JURISDICCIONAL DEL ART. 10 DEL CONVENIO EUROPEO.**

El "interés del público" empieza a ser tomado en consideración por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo como criterio valorativo de las restricciones que puedan aplicarse en virtud del art. 10 (2) del Convenio Europeo con ocasión del **caso Sunday Times** (95).

Esta afirmación induce a un doble comentario inicial en torno a sus características.

Primero, que su planteamiento como un criterio jurisdiccional se produce simultáneamente a una nueva interpretación, más restrictiva, del alcance jurídico de la doctrina del "margen de apreciación" (96).

Y, segundo, que el "interés del público" como tal criterio, ya desde un principio, se ha vinculado fundamentalmente a la apreciación de las restricciones del ejercicio de los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo relacionadas con la **actividad informativa**, es decir, con la **libertad de recibir y comunicar información e ideas** (97).

---

(95) Vid supra, pág. 230 y ss.

(96) Ibid.

(97) Vid supra, pág. 127 y ss.

El **caso Sunday Times** es importante, a este último respecto, debido a las cuestiones jurídicas vinculadas al supuesto de hecho y a su problema de fondo: la **injerencia informativa en los procesos judiciales** (98).

Esto se tradujo, esencialmente, en un punto de debate, relativo a la apreciación de la existencia en las circunstancias del caso de la necesidad social imperiosa de **restringir la libertad de comunicar información e ideas en aras de proteger la correcta administración de la justicia.**

El balance efectuado por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo entre estos dos intereses contrapuestos no partió de un equilibrio entre ambos.

En particular, el Tribunal Europeo precisó, considerando su trascendencia en una sociedad democrática, que, si bien la libertad de expresión ejercida por los medios de comunicación social podía ser restringida en función de ciertos intereses, dichas excepciones "apellent une **interprétation étroite** (99)".

No se formula, sin embargo, esta interpretación estricta de las restricciones al art. 10 del Convenio Europeo únicamente en función de la libertad de informar de los medios de comunicación social, sino que se tiene en cuenta también que dicho artículo garantiza al **público:**

"le droit à des informations adéquates (100)".

A esta conclusión llega el Tribunal Europeo, tras delimitar, teniendo en cuenta la **función de los medios de comunicación social en una sociedad democrática**, los términos de dicho balance.

-----  
(98) Vid infra, pág. 479 y ss.

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

Criterio que comparte la Comisión Europea (vid supra, pág. 232).

(100) Ibid, pág. 66. El resaltado es propio.



En este sentido, el Tribunal Europeo entendi6 que, si los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo constituían un fundamento esencial de la sociedad democrática (101), este principio era aplicable en relación a cualquier otro interés que se les contrapusiera -incluso la defensa de la correcta administración de justicia; para luego añadir a este respecto que (102) :

"si les média ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public".

Es, a partir de que se considera que la comunicación de información e ideas sobre cualquier asunto de interés general es esencial para una sociedad democrática -y tarea principal de los medios de comunicación social (103)-, cuando el Tribunal Europeo está incorporando el "**interés del público**" a ese balance.

Por tanto, al constituirse en un elemento del mismo, el interés del público se convierte en un **criterio de valoración de la necesidad de las restricciones a la libertad de recibir y comunicar información e ideas.**

La apreciación del "interés del público" exige, bajo el prisma indicado, el examen de las **circunstancias de hecho** que pueden determinar la presencia de un interés social en la difusión de la información u opinión.

En relación al supuesto de hecho del **caso Sunday Times**, el Tribunal Europeo, tras apreciar el tono moderado del artículo publicado (104) y el contexto en el que debía efectuarse su publicación, sustentó su opinión sobre la **inexistencia de una necesidad** que

-----  
(101) Vid supra, pág. 135.

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

(103) Ibid. En la medida en que deben responder a ese **derecho del público a una información adecuada.**

(104) Ibid, pár. 64.

justificase la prohibición de la publicación del artículo, diciendo que:

"La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissance société qui avait distribué ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus... (105)".

Añadiendo, además, otros posibles efectos positivos derivados de su difusión pública:

"l'article aurait pu servir de frein à des controverses spéculatives entre esprits mal informés (106)".

Esta línea de actuación ha sido seguida por el Tribunal Europeo en posteriores supuestos en los que se ha planteado como interés oponible a la libertad de comunicar información e ideas el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad judiciales (107).

Así, en el **caso Barfod**, ante una condena por difamación contra un ciudadano groenlandés por un artículo en que se cuestionaba la imparcialidad de dos jueces en un litigio que le afectaba, el Tribunal Europeo aplicó este criterio del interés del público en la apreciación de la **proporcionalidad** de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales (108).

---

(105) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Sunday Times, Arrêt du 26 avril 1979, Série A, 30, pár. 66.

Aunque el Tribunal Europeo consideró muy especialmente las necesidades informativas de las familias de las víctimas.

(106) Ibid.

(107) Vid infra, pág. 479 y ss.

(108) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barfod, Arrêt du 22 février 1989, Série A, 149, pár. 29 y ss.

La Comisión Europea precisó antes de modo más explícito que el criterio de necesidad "est particulièrement strict dans les questions d'intérêt public concernant le fonctionnement de l'administration publique, y compris du pouvoir judiciaire" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 16 juillet 1987, Requête 11508/85, B c/ Danemark, Conseil de l'Europe, 1988, pág. 15, pár. 71).

Por otro lado, en el **caso Weber**, relativo a las declaraciones de un conocido ecologista helvético en torno a un proceso judicial en el que se encontraba inmerso, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta, a los efectos de apreciar el interés para el público de cualquier información sobre dicho proceso, la **notoriedad de la persona implicada en él** (109).

El criterio del "interés del público", sin embargo, no ha sido utilizado únicamente en relación a aquellas cuestiones en que se plantea la necesidad de unas medidas restrictivas dirigidas al mantenimiento de la autoridad e imparcialidad judiciales.

Lo ha sido, por ejemplo, con cierta asiduidad, respecto a la **protección de la reputación y los derechos ajenos** (110).

En el **caso Barthold** (111), se plantea un problema relativo a la consideración del interés de unas declaraciones en las que las autoridades nacionales habían observado la existencia de un acto de publicidad ilícita por parte de un veterinario, al informar de la existencia de un servicio de urgencia nocturno.

La propia **Comisión Europea** se encargó de matizar que, aunque pudiera desprenderse de la entrevista un cierto efecto publicitario, no era precisamente este aspecto el más relevante del supuesto de hecho (112).

Lo realmente importante es el **contenido** de las declaraciones, que se ocupan de un problema social existente en la ciudad de Hamburgo: las **urgencias veterinarias nocturnas**.

-----  
(109) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Weber, Arrêt du 22 mai 1990, Série A, 177 (en préparation), pár. 48.

(110) Vid infra, pág. 463 y ss.

(111) Vid supra, pág. 234.

(112) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 juillet 1983, Requête 8734/79, S.Barthold c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, 1983, pág. 21, pár. 74.



Desde esta perspectiva, y apreciando el contexto en que se produce la sanción al veterinario, la Comisión Europea entiende que la "question d'un service pour les urgences de nuit était un **élément de ce débat public** (113)".

En consecuencia, la Comisión Europea se inclina a pensar que las medidas adoptadas por las autoridades nacionales no estaban justificadas, ya que, por un lado, y en relación a la **información** incluida en la entrevista:

"Le **public avait réellement intérêt à être informé** de la situation existante (114)".

Y, por otro lado, respecto a las **opiniones críticas** del entrevistado, la Comisión Europea estableció que la negación de este derecho a los profesionales liberales supondría:

"condamner à l'anonymat les membres de ces professions chaque fois qu'ils sont dispchés ou invités à prendre par à un débat public (115)".

Se observa cómo el criterio del "interés del público" concede un mayor peso a la participación y desarrollo de un debate público que a cualquier consideración sobre la posible repercusión publicitaria de la actuación de ese profesional liberal, en la medida en que se aprecia un interés social en el desarrollo del mismo.

Este punto de vista fue posteriormente confirmado por el propio Tribunal Europeo en su sentencia (116).

- 
- (113) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 13 juillet 1983, Requête 8734/79, S.Barthold c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, 1983, pág. 21, pár. 75. El resaltado es propio.
- (114) Ibid. El resaltado es propio.
- (115) Ibid, pág. 22, pár. 79. El Tribunal Europeo fue en este punto más taxativo que la Comisión Europea, puesto que precisó que este tipo de restricciones podían "décourager les membres de ces professions de contribuer à la discussion publique" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, pár. 58).
- (116) Ibid, pár. 56 y ss.

El **caso Barthold** viene a ratificar un aspecto que parecía desprenderse de la práctica jurisdiccional anterior: que el criterio del "interés del público" centra su análisis en la **trascendencia social de la información o de las ideas que son objeto de restricción** y no tanto en la naturaleza de su contenido o en sus fines (117).

Así parece entenderlo la Comisión Europea, la cual indicó posteriormente que no podía quedar al margen del art. 10 del Convenio Europeo y, por tanto, de este criterio, por ejemplo, una "publication épouse des intérêts particuliers, y compris des intérêts économiques (118)".

En otro ámbito, aunque dentro de aquellos asuntos relacionados con la protección de la reputación y los derechos ajenos, es importante el **caso Lingens** (119), por la aplicación que en el mismo se hace del criterio del "interés del público".

Y lo es, primeramente, porque parece introducir una cierta **gradación** en la aplicación del criterio del "interés del público", a partir de la consideración de la **distinta importancia** de las informaciones e ideas según cual sea su **objeto**.

De este modo, se viene a subrayar la mayor trascendencia social de aquellas informaciones u opiniones que se inscriben en el ámbito del **debate político** de la propia sociedad (120).

---

(117) Lo cual no implica que la práctica jurisdiccional sea ajena a su naturaleza o fines, importantes como elementos de juicio al hacer balance entre el interés del público y otros intereses contrapuestos.

(118) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 décembre 1987, Requête 10572/83, Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beerman c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, 1987, pág. 34, pár. 203.

(119) Vid supra, pág. 140.

(120) Porque, como indica el Tribunal Europeo, el debate político "se trouve au coeur même de la notion de société démocratique..." (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 2 juin 1986, Série A, 103, pár. 42).

En consecuencia, aquellas informaciones u opiniones referidas a los **políticos** o a **cuestiones relacionadas con la vida política** resultarán de mayor interés para el público que las de otra naturaleza.

En el **caso Lingens** (121), ello lleva a manifestar al Tribunal Europeo que los **límites de la crítica admisible en relación a un político son superiores a los permisibles en relación a un particular** (122).

Como consecuencia de ello, determinadas afirmaciones, que en otro contexto podrían llevar a que se considerase necesaria su restricción -por su exageración, tono o contenido-, pueden en el contexto del debate político ser protegidas en interés del público (123).

Lo es también porque efectúa una cierta **diferenciación** respecto a las **condiciones exigibles para la apreciación del interés del público**; de forma que se infiere una importante **distinción** entre las **informaciones** y las **opiniones o juicios de valor**.

-----  
(121) No hay que olvidar que el fondo del asunto se refiere a unas descalificaciones personales vertidas por unos periodistas respecto a un político.

(122) Vid infra, pág. 475 y ss.

Ello supone que, aunque el político tenga derecho a la protección de su reputación, cuando ésta sea exigida sus imperativos "doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques", ya que el político "**s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes** tant par les journalistes que par la masse des citoyens" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 2 juin 1986, Série A, 103, pâr. 74). El resultado es propio.

En idéntico sentido se expresó la Comisión Europea (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 11 octobre 1984, Requête 9815/82, P.M.Lingens c/ Autriche, Conseil de l'Europe, 1984, pág. 19, pâr. 74).

(123) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 2 juin 1986, Série A, 103, pâr. 43 y ss.

Vid, también, igualmente: EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: Report of 14 Decembre 1989, Application 11662/85, G.Oberschlick c/ Autriche, Council of Europe, pág. 20, pâr. 76 y ss.



El Tribunal Europeo parece plantearse, para apreciar el alcance del interés del público en relación a las **informaciones**, condición específica como es la de su **veracidad**, la cual, por otro lado, no sería aplicable a las opiniones o juicios de valor (124).

Esta condición específica referida a las informaciones no es entendida en un sentido absoluto por el propio Tribunal Europeo, ya que tiene un **alcance limitado** (125), en la medida en que la defensa de otros intereses prime sobre el interés público de esta información veraz.

Si el criterio del "interés del público", como se ha visto, tiene una gran incidencia en la verificación de la necesidad de aquellas restricciones cuyo fin es la protección de la reputación y los derechos ajenos o la autoridad e imparcialidad judiciales, no parece suceder lo mismo respecto a la **protección de la moral** (126).

Siguiendo el criterio sostenido en el **caso Handyside** (127), los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se han inclinado por mantener un amplio margen de discrecionalidad estatal en materia de moral pública -es decir, en la determinación del interés social predominante al respecto-, y no tanto por establecer, a través de la aplicación del criterio del "interés del público", el impacto real en la sociedad de la información u opinión desde su propia perspectiva.

-----  
(124) En la medida en que, respecto a los juicios de valor, esta exigencia sería **irrealizable**, ya que "porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même", también prevista en el art. 10 del Convenio Europeo (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lingens, Arrêt du 2 juin 1986, Série A, 103, pár. 46).

(125) Vid supra, pág. 236, la opinión del Tribunal Europeo en el **caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann**.

(126) En relación a otros posibles fines (vid supra, pág. 450 y ss.), no se ha producido un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, como sí sucede en cambio en su apreciación de la moral como interés protegible.

(127) Vid supra, pág. 297 y ss.

El razonamiento continúa siendo el mismo que el ofrecido en el caso Handyside, como se demuestra en el **caso Müller y otros: la ausencia de una concepción europea de moral** (128).

Si el interés del público es tenido en alguna forma en cuenta en este último supuesto (129), es para, como hace el Tribunal Europeo, enfatizar que "le public y avait librement accès" a la exposición, ya que sus organizadores "n'avaient fixé ni droit d'entrée ni limite d'âge (130)".

De la manera en que se produce esta alusión, parece desprenderse que el Tribunal Europeo la ha utilizado para precisar los presupuestos fácticos -y, en particular, la posibilidad de su influencia en cualquier tipo de persona- que justifican un amplio "margen de apreciación" en favor del Estado y no para sostener un criterio propio, de carácter negativo, en torno al "interés del público" en los cuadros expuestos.

A la vista de lo expuesto hasta el momento, se evidencia que la aplicación del criterio del "interés del público" se aplica, sobre todo, en la verificación de la necesidad de aquellas restricciones dirigidas a limitar la **libertad de comunicar información e ideas**.

Ello resulta en cierto modo lógico, primero, porque la vertiente activa del proceso informativo ha disfrutado siempre de una mayor relevancia jurídica que la vertiente pasiva (131); y, segundo, desde una perspectiva práctica, por la mayor facilidad para separar al sujeto de la restricción del sujeto depositario de ese interés -es decir, el público.

-----  
(128) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Müller et autres, Arrêt du 24 mai 1988, Série A, 133, pár. 35.

(129) En relación a una exposición de pinturas en las que están representadas escenas sexuales.

(130) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Müller et autres, Arrêt du 24 mai 1988, Série A, 133, pár. 36.

(131) Vid supra, pág. 241 y ss.

Esta realidad no es óbice, sin embargo, para que se haya utilizado también el criterio del "interés del público" en relación a la **libertad de recibir información e ideas**.

No es este el caso, por ejemplo, de sendos supuestos en los que el problema planteado en torno a la libertad de recibir información e ideas hacía referencia a la existencia de un hipotético **derecho de acceso a los documentos administrativos** (132).

Por el contrario, sí se le ha tenido en cuenta en supuestos en los que el problema planteado era la **recepción de emisiones por vía herziana**, con el fin de su posterior **distribución comercial**.

En el **caso Groppera Radio AG y otros** (133), para verificar la necesidad de la restricción el Tribunal Europeo indicó que debía contrapesar (134):

"d'un côté les exigences de la protection de l'ordre international des télécommunications ainsi que des droits d'autrui, de l'autre l'intérêt des requérants et **d'autres personnes à la retransmission par câble des programmes...**".

El Tribunal Europeo dictaminó que la restricción no era contraria al art. 10 del Convenio Europeo, teniendo en cuenta, además de otros factores relativos a las condiciones de recepción y de los propios demandantes, el interés del público, en un sentido negativo, por cuanto los receptores de dichas emisiones:

"continuèrent à capter les programmes de plusieurs autres émetteurs (135)".

- 
- (132) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Leander, Arrêt du 26 mars 1987, Série A, 116, pár. 74; Affaire Gaskin, Arrêt du 7 juillet 1989, Série A, 160, párs. 51 y 52.
- (133) Relativo a la captación de emisiones transfronterizas para su posterior distribución vía cable.
- (134) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 73. El resaltado es propio.
- (135) Ibid, pár. 74.



Se observa en esta sentencia, en primer término, cómo el criterio del "interés del público" puede tener también un **sentido negativo**, es decir, que es posible apreciar la ausencia del mismo en relación a la información u opinión dadas; y, en segundo término, que **no siempre** este criterio es **por sí mismo decisivo** para determinar la necesidad de las restricciones, sino que se combina con otro tipo de factores.

En el **caso Autronic AG (136)**, por su parte, el Tribunal Europeo tuvo en menor medida en cuenta este criterio a la hora de apreciar los intereses alegados por el Estado: la **defensa del orden de las telecomunicaciones** y la necesidad de **impedir la divulgación de informaciones confidenciales**.

A pesar de ello, el Tribunal Europeo contempló como un factor de su posición contraria a la necesidad de las medidas restrictivas la circunstancia de que las emisiones estaban destinadas a los telespectadores soviéticos, por lo que no podía alegarse que no pudieran ser objeto de un uso general por parte del público (137). Lo que, en suma, venía a significar que dichas emisiones podían resultar de "interés del público" -incluido el público suizo.

## 2.2. LOS CARACTERES DEL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUBLICO".

El desarrollo en la práctica jurisdiccional del criterio del "interés del público" implica un esfuerzo por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo para completar su **estructura** como categoría jurídica aplicable a los supuestos de hecho concretos.

-----

(136) Relativo a la captación por una empresa suiza de emisiones soviéticas para su posterior distribución en Suiza.

(137) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A [en préparation], 178, p. 32. Se tuvo en cuenta que eran emisiones no codificadas.

A partir de la precisión de esta estructura, es posible determinar los **caracteres esenciales** del criterio del "interés del público" en su formulación jurisdiccional; el examen de la misma comporta la apreciación, por separado, de cuatro elementos fundamentales: su **naturaleza**, su **objeto**, su **finalidad** y sus **efectos**.

A.- LA NATURALEZA DEL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUBLICO".

El criterio del "interés del público" es una **noción autónoma** dentro del sistema normativo determinado por el Convenio Europeo (138); se trata de una noción elaborada por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo -y, en particular, por el Tribunal Europeo.

La aparición de esta noción se justifica por la necesidad de una **interpretación autónoma**, coherente con los principios de dicho sistema normativo, de los derechos garantizados en el **art. 10 del Convenio Europeo**; y, dentro de ellos, de la **libertad de recibir y comunicar información e ideas**.

Puede encontrarse una manifestación de esta necesidad en las propias palabras de la Comisión Europea en su Informe sobre el **caso Sunday Times**. En el mismo, tras apreciar la dificultad derivada de una interpretación estricta de la cláusula restrictiva del art. 10 (2) del Convenio Europeo, la Comisión Europea afirmó que debería ella misma mostrar que:

"se préoccupe ensuite des **critères particuliers** qu'elle doit appliquer dans l'exercice de sa fonction de contrôle... (139)".

-----  
(138) Vid supra, pág. 119.

(139) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 18 mai 1977, Requête 6538/74, Times Newspapers Ltd. et consorts c/ Royaume-Uni. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Sunday Times", Série B: Mémoires, Plaidoiries et Documents, 28, 1982, pág. 63, pár. 196. El resaltado es propio.

La Comisión Europea manifiesta de este modo que la verificación de la necesidad de las restricciones a que es sometida la libertad de recibir y comunicar información e ideas debería efectuarse mediante **criterios específicos elaborados por los propios órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo** (140).

No se puede hallar en la práctica jurisdiccional, sin embargo, una **definición precisa** en la que se concreten sus características; ni tan sólo una **referencia terminológica** uniforme que permita su identificación directa (141).

Sí se manifiesta en cambio, en la práctica jurisdiccional, su aplicabilidad como **criterio valorativo de la necesidad de las restricciones relativas a la libertad de recibir y comunicar información e ideas**.

En primer lugar, porque, como indicara en su momento el Tribunal Europeo (142), del art. 10 del Convenio Europeo se deriva el **derecho del público a una información adecuada**, que, en consecuencia, dará origen a la posible presencia de un "**interés del público**" respecto a cualquier información u opinión cuya comunicación y posterior recepción pueda ser objeto de medidas restrictivas.

-----  
(140) Este objetivo no es sólo congruente desde el punto de vista **técnico-jurídico** -pues es lógico que las nociones inscritas en un sistema normativo sean interpretadas dentro del mismo, por los mecanismos instituidos al efecto-, sino también desde el punto de vista teleológico -en la medida en que se evita dejar su interpretación en manos de los Estados, lo que comportaría el peligro de que éstos interpretasen restrictivamente los derechos garantizados.

(141) En ninguna decisión jurisdiccional se menciona, en estos términos, el **criterio del "interés del público"**. Por contra, se hace referencia a él, por ejemplo, como el **interés público** en determinadas informaciones -vid supra, pág. 230 y ss.-, en la sentencia del Tribunal Europeo en el **caso Sunday Times** o bien como el **interés del público en estar informado** -vid supra, pág. 233-, en el Informe de la Comisión Europea en el **caso Barthold**.

(142) Vid supra, pág. 233, la sentencia del Tribunal Europeo en el **caso Sunday Times**.



Y, en segundo lugar, porque en la actuación jurisdiccional se aprecia una tendencia a tener en cuenta, al hacer balance entre el interés que justifica la restricción y la libertad de recibir y comunicar información e ideas, la **importancia de la información o de la opinión para la opinión pública.**

La aplicación del criterio del "interés del público", que parte de las anteriores premisas, se produce en el **contexto de la interpretación de otros conceptos** incluidos en el art. 10 del Convenio Europeo (143).

Esto explica, en cierto modo (144), que, en aquellos supuestos en que el sistema normativo del Convenio Europeo **carece de una noción autónoma** -como sucede respecto al concepto de **moral** (145)-, la **aplicación del criterio del "interés del público"** ceda al efectuarse el balance de intereses **frente a la discrecionalidad del Estado** en ese ámbito.

El peligro de esta formulación, referido sobre todo a la **moral**, es que, por una parte, se otorga a determinados intereses una **dimensión o importancia** que no parecen derivar del propio Convenio Europeo (146); y, por otra parte, que ello supone la **no confrontación del interés derivado de la necesidad de proteger la moral con el interés de la opinión pública**, relevante en una sociedad democrática, en ésta y en cualquier materia socialmente importante.

---

(143) Y, en particular, en el de los **finés legítimos** que pueden amparar la necesidad de las restricciones según el art. 10 (2) del Convenio Europeo.

(144) Explicar, que no justificar; por cuanto tampoco son totalmente aceptables los argumentos que quieren hacer justificable la ausencia de nociones autónomas respecto a ciertos conceptos inscritos en el art. 10 del Convenio Europeo (vid supra, pág. 119).

(145) Vid infra, pág. 450 y ss.

(146) En este sentido, por ejemplo: J.KELLY, "**Le contrôle international des restrictions et limitations**". En: CONSEIL DE L'EUROPE, "Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Francfort, 9-12 avril 1980, Ed. Pedone, Paris, 1982, pág. 197.

B.- EL OBJETO DEL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUELICO".

Es importante discernir y conocer cuál es la **función** que cumple el criterio del "interés del público" en el procedimiento de verificación previsto en el Convenio Europeo.

A este respecto, indicar que el criterio del "interés del público" es un **criterio específico** para la **verificación de la necesidad de aquellas restricciones que afecten a la libertad de recibir y comunicar información e ideas** (147), prevista en el art. 10 del Convenio Europeo.

En consecuencia, el criterio del "interés del público" adquiere una gran trascendencia para determinar los **límites** a que puede ser sometido ese derecho, así como el alcance jurídico de sus **garantías**.

El Tribunal Europeo se ha encargado muy especialmente de precisar desde este punto de partida inicial su utilidad jurisdiccional.

Así, en su sentencia sobre el **caso Barthold** (148), el Tribunal Europeo indicó que la verificación de la necesidad de restringir una libertad tan esencial para la sociedad democrática implicaba que:

"La nécessité de la restreinde pour un des buts énumérés à l'article 10 pár. 2 [del Convenio Europeo] doit se trouver établie de **manière convaincante** (149)".

Este convencimiento debe crearse a través de la ponderación de diversos factores.

-----  
(147) A falta de una definición precisa, la función del criterio del "interés del público" ha servido para caracterizarle como una noción autónoma en el ámbito del art. 10 del Convenio Europeo.

(148) Vid supra, pág. 234.

(149) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Barthold, Arrêt du 25 mars 1985, Série A, 90, pár. 58. El resaltado es propio.

Al referirse a estos factores, el Tribunal Europeo ha ido considerando cada vez con mayor claridad que la apreciación de cualquier interés que justifique la restricción de la libertad de recibir y comunicar información e ideas debe ser contrastado con el **interés del público**.

Se proyecta, por tanto, en el procedimiento de verificación de cualquier restricción relativa a ese derecho la existencia de un **derecho del público a una información adecuada**.

Su inserción en el procedimiento de verificación determina que el criterio del "interés del público" pueda considerarse como un **criterio de valoración**, cuya función es la de ponderar la necesidad de la restricción y su justificación respecto a los intereses protegidos por la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Como tal **criterio de valoración específico**, el "interés del público" es aplicable a **todos los sectores del interés público** que sean relevantes (150) y a **todo tipo de informaciones e ideas** que sean en un momento dado objeto de una restricción (151).

A pesar de su importante función, el Tribunal Europeo no se ha decidido a concretar de modo expreso y formal un **método de aplicación** del criterio del "interés del público" que, de acuerdo con su función, exponga cuáles son los parámetros determinantes de su aplicabilidad.

La práctica jurisdiccional permite trazar, en líneas generales, cuál es la forma en que el Tribunal Europeo procede a contrastar la existencia del "interés del público" y su alcance.

-----  
(150) Vid supra, pág. 366, en relación a la sentencia del Tribunal Europeo sobre el **caso Sunday Times**.

(151) Vid supra, pág. 370, en relación a la sentencia del Tribunal Europeo sobre el **caso Barthold**.



Como puntos de referencia esenciales de este **método de aplicación del criterio del "interés del público"** cabe reseñar:

a) **Su inserción dentro del conjunto del procedimiento de verificación.**

Esto implica que su utilización se efectúa dentro de los parámetros generales en que se desenvuelve dicho procedimiento; por tanto, su aplicación se articula en el marco de la afirmación de un **cierto "margen de apreciación"** en favor del Estado.

b) **El alcance jurídico de su instrumentalización.**

Teniendo en cuenta la anterior aseveración, la verificación del "interés del público" se efectúa a través del análisis de la información u opinión restringida, en virtud del **contexto** y de las **circunstancias de hecho** que concurren en el supuesto de hecho concreto.

c) **Los elementos de valoración utilizados.**

Bajo estas directrices generales, los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se apoyan esencialmente en el examen de varios elementos valorativos de su adecuación al interés del público (152): la **trascendencia social de la información u opinión**, la **naturaleza y contenido de las mismas**, los **sujetos intervinientes o afectados** o el **medio de comunicación social empleado**.

d) **La especificidad del "interés del público" respecto a la información.**

En relación a la información, se ha planteado la posibilidad de que pueda ser exigida, como condición para su adecuación al interés del público, que responda a un **criterio de veracidad**.

-----  
(152) Vid supra, pág. 362 y ss.

## C.- LA FINALIDAD DEL CRITERIO DEL "INTERÉS DEL PÚBLICO".

Conocido cuál es el objeto del criterio del "interés del público" (153), es importante conocer **por qué y para qué** los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo han elaborado y utilizado un criterio valorativo semejante.

Debe apreciarse que este criterio es introducido en un momento en que se aprecia, sobre todo en la actitud del Tribunal Europeo, un deseo de **reorientación de los criterios interpretativos relativos al art. 10 del Convenio Europeo.**

En este sentido, SAPIENZA, al comentar la sentencia del Tribunal Europeo sobre el **caso Sunday Times** -punto de partida de la nueva línea interpretativa (154)-, expone que en ella se rompe con la tradición liberal en materia informativa, de modo que se abre la perspectiva a:

"una concezione più aperta ai problemi implicati dalla società contemporanea, a base sociale allargata, nella quale i problemi del controllo democratico delle istituzioni e quindi de la libertà d'espressione como strumento di questo controllo, assumono un'importanza prioritaria e una incidenza generalizzata (155)".

Esta idea aparece también de una forma clara e inmediata en las sentencias sobre el **caso Barthold** (156) y el **caso Lingens** (157), en las cuales el Tribunal Europeo tiene ocasión de subrayar, en dos ámbitos informativos distintos, la trascendencia del **debate público** en cuestiones relevantes de la vida social y política.

De esta concepción, parece desprenderse que el criterio del "interés del público" viene a manifestar

-----  
(153) Vid supra, pág. 379 y ss.

(154) Vid supra, pág. 229 y ss.

(155) R.SAPIENZA, "**La libertà d'espressione...**", pág. 62.

(156) Vid supra, pág. 370.

(157) Vid supra, pág. 371.

la necesidad de tener en cuenta la **función social de la información** en las sociedades europeas democráticas (158).

Esta visión implica, a su vez, tomar en consideración la información como un **bien jurídico**, susceptible de recibir la protección en favor de quienes son sus receptores -y de los actores informativos en la medida en que su actividad responda a los intereses de aquéllos.

Se observa, pues, cómo el criterio del "interés del público" manifiesta, en la **apreciación de la necesidad de restringir el ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas**, la **función social de la información y sus consecuencias jurídicas**.

Esta misma finalidad explica la presencia de una **gradación** en la aplicación del criterio del "interés del público" (159). Dicha concepción refleja la idea de que algunos temas informativos son más **cruciales para el desarrollo de la sociedad** que otros.

Así, de la práctica jurisdiccional se infiere un mayor interés del público, por ejemplo, frente a las informaciones u opiniones relativas a las **actividades políticas y a las personas implicadas en ellas** (160). Es decir, con aquellas manifestaciones informativas implicadas en la **preservación del debate político** y, en suma, de la propia **sociedad democrática**.

Se entra, por consiguiente, en otro aspecto en el que la aplicación del criterio del "interés del público" resulta relevante: el **apoyo** que presta para poder discernir lo que en **materia informativa es esencial en una sociedad democrática**.

-----  
(158) R.SAPIENZA, "La libertà d'espressione...", pág. 63.

(159) Vid supra, pág. 370.

(160) Vid supra, pág. 370 y ss., la sentencia del Tribunal Europeo sobre el **caso Lingens**.



Y más, si se tiene presente la dificultad que entraña la propia definición de la "**sociedad democrática**", tanto objetivamente, como desde la perspectiva del propio Convenio Europeo (161).

Ahora bien, el prisma interpretativo adoptado a través del criterio del "interés del público" tiene un **carácter restringido** respecto a la protección de un bien jurídico como es la información (162).

Primero, por la relatividad de la exigencia de **veracidad** que se desprende de su práctica.

Segundo, por la **aproximación sustancialmente colectiva** y no individual que se efectúa para apreciar el valor de la información como bien jurídico protegible.

En este sentido, advertir que, incluso cuando se está refiriendo a una interferencia en la **libertad de recibir información e ideas** -y, por tanto, a una exigencia individualizada en el demandante o demandantes-, su aplicación tiene en cuenta esa perspectiva colectiva.

Y, tercero, en relación con lo anterior, que su aplicación no ha ayudado, como manifestación posible de un cierto "interés del público", a que la libertad de recibir y comunicar información e ideas se interprete como que concede un **derecho de acceso a los documentos administrativos** -tanto desde la perspectiva comunitaria como individual.

-----  
(161) En 1968, VEGLERIS apuntaba esencialmente dos características de esta sociedad democrática, que luego la práctica jurisdiccional subrayaría: la **libertad política con el fin de permitir la participación efectiva del pueblo en el poder y la oponibilidad frente al Estado de los derechos y libertades fundamentales** (P.VEGLERIS, "Valeur et signification de la clause dans una société démocratique dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Revue des Droits de l'Homme, 1968, 1, pág. 219 y ss.).

(162) Vid supra, pág. 230 y ss.

D.- LOS EFECTOS DEL CRITERIO DEL "INTERES DEL PUBLICO".

El criterio del "interés del público" **no es por sí mismo un elemento vinculante ni tan sólo el único utilizado** en la decisión de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo (163). Existen otros factores que, ante un supuesto de hecho, pueden determinar el balance de los intereses en juego.

Por otro lado, **tampoco puede decirse**, a partir de su formulación jurisdiccional, que el criterio del "interés del público" **se aplique siempre en contra del Estado** (164) y de la necesidad de las medidas restrictivas adoptadas por el mismo.

Es posible que pueda apreciarse la conformidad de la actuación estatal, no sólo porque no exista un interés del público en la información u opinión que prime sobre los intereses que el Estado pretende defender -y, por tanto, que la restricción sea necesaria-, sino también porque se advierta que las medidas tomadas por el Estado son necesarias en la medida en que tienden a **defender positivamente los intereses del público respecto a la información.**

-----  
(163) Así, por ejemplo, en el **caso Groppera Radio AG y otros**, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta, además del hecho de que el público tuviese una pluralidad de emisiones de radiodifusión distintas de la encartada -aplicación del criterio del "interés del público"-, otros factores: la **actitud de otras sociedades** suizas en una situación parecida a la de la demandante, que cesaron en su actividad; la **actitud estatal** de no interferir las emisiones; la posibilidad de que la actividad desplegada constituyera un **fraude de ley**; y, por supuesto, la existencia de un "**margen de apreciación**" estatal (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 73).

(164) En la práctica jurisdiccional se advierte que el criterio del "interés del público" se trata de un criterio de valoración de la necesidad de las restricciones, lo que no implica "per se" que el interés del público no pueda actuar en favor del Estado; al igual que, por ejemplo, en el caso del "margen de apreciación", que también puede resultar desfavorable para el Estado.

A este respecto, cabe recordar que del Convenio Europeo se desprende una interpretación que propugna la **intervención activa** de los Estados con el fin de asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el mismo (165).

En la práctica jurisdiccional (166), y a pesar de esta posibilidad interpretativa, el criterio del "interés del público" es confrontado habitualmente a los intereses del Estado y, en consecuencia, en contra de la justificación de la necesidad de las medidas restrictivas.

Es este contexto, y considerando que no siempre es el factor que resuelve definitivamente la existencia o no de una necesidad de esta índole, la aplicación del criterio del "interés del público", por su propia naturaleza (167), tiene importantes **efectos** sobre el desarrollo del procedimiento de verificación de la necesidad de las restricciones.

El criterio del "interés del público", dentro del razonamiento jurisdiccional, juega su papel en el **balance de intereses** efectuado por los órganos jurisdiccioanles del Convenio Europeo para dictaminar la existencia o no de esa necesidad. De este modo, se implica en la fijación de los **límites** de la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Se percibe, por consiguiente, cómo el criterio del "interés del público" participa en la determinación de un aspecto inherente a ese balance y a los límites de dicha libertad: la **amplitud del poder discrecional del Estado**.

En este sentido, pues, el criterio del "interés del público" coincide con la **doctrina del "margen de apreciación"** (168).

---

(165) Vid supra, pág. 125.  
(166) Vid supra, pág. 364 y ss.  
(167) Vid supra, pág. 376 y ss.  
(168) Vid supra, pág. 267.



La **interrelación** que se crea entre ambos criterios jurisdiccionales presenta gran importancia práctica.

Como ya se ha expuesto (169), el criterio del "interés del público" aparece en la jurisprudencia del Tribunal Europeo al mismo tiempo en que se efectúa una **reorientación del alcance jurídico de la doctrina del "margen de apreciación"** y, en definitiva, a una verificación más estricta de la adecuación de los supuestos de hecho a la norma jurídica convencional.

El **criterio del "interés del público"**, dentro de su ámbito de aplicación, tiende a **restringir el "margen de apreciación" concedido al Estado**; y ello, debido a que su utilización implica un ejercicio más estricto y autónomo de la competencia jurisdiccional prevista en el Convenio Europeo (170).

Así, la existencia de un interés del público en la información u opinión concreta reduce la amplitud del "margen de apreciación" estatal; de forma que, cuanto más trascendente sea dicho interés, menor será el margen de error concedido al Estado -por ejemplo, ante debates de naturaleza política o cuestiones muy relevantes como la imparcialidad judicial (171).

Desde la perspectiva de sus efectos, el criterio del "interés del público" ayuda, en suma, a satisfacer una necesidad derivada de la propia evolución interpretativa del Convenio Europeo: **dar preeminencia a la protección de los derechos reconocidos en el mismo**, en detrimento de la discrecionalidad del Estado en la materia.

-----  
(169) Vid supra, pág. 230 y ss.

(170) Como demuestra el propio **método de aplicación** del criterio del "interés del público" (vid supra, pág. 281), que demanda un examen más profundo del supuesto de hecho, a la luz de unos elementos valorativos autónomos.

(171) Vid, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Europeo en el **caso Lingens** (vid infra, pág. 476) y en el **caso Barfod** (vid infra, pág. 492 y ss.).

### 3. LOS LIMITES DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS: LA INFLUENCIA DE OTROS CRITERIOS EN SU DETERMINACION.

En relación a la determinación de los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, como se podido ver (172), han adquirido gran relevancia ciertos criterios elaborados a partir de la práctica jurisdiccional.

Por un lado, un criterio de **carácter general**, aplicable a cualquier tipo de medida restrictiva o derogatoria adoptada en virtud del Convenio Europeo (173), como es la **doctrina del "margen de apreciación"**; y, por otro lado, un criterio de **carácter específico**, como es el **criterio del "interés del público"**.

El hecho de que la práctica jurisdiccional relativa a la libertad de recibir y comunicar información e ideas se sustente básicamente en ambos no debe olvidar que existen **otros factores** que pueden, en mayor o menor medida, incidir en la fijación de criterios distintos en la determinación de sus **límites**.

Desde esta perspectiva, es posible indicar tres factores cuya toma en consideración puede tener **influencia** en este ámbito: las **condiciones de aplicabilidad de la libertad de recibir y comunicar información e ideas**; los **principios de interpretación del Convenio Europeo**; y, finalmente, la **posibilidad de la existencia de limitaciones implícitas aplicables a la libertad de recibir y comunicar información e ideas**.

-----  
(172) Vid supra, pág. 363 y ss.

(173) Recordar que la doctrina del "margen de apreciación" ha sido aplicada tanto a la verificación de la utilización estatal de la **cláusula derogatoria** y las **cláusulas restrictivas** como a la interpretación de ciertos **derechos**, cuyo contenido jurídico es **restringido en virtud de los propios términos en que están redactados** o presentan dificultades interpretativas en cuanto al mismo.

### 3.1. LA INFLUENCIA DE LAS CONDICIONES DE APLICABILIDAD DE LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS.

En el art. 10 (1) del Convenio Europeo, se establecen unas **condiciones de aplicabilidad** que, en virtud de los condicionamientos jurídico-políticos que introducen, **delimitan la tutela de los derechos reconocidos** en dicho artículo (174), entre los que se encuentra la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

Estos condicionamientos jurídico-políticos pueden influenciar, en cierto modo, la determinación de los límites de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, en la medida en que de ellos pudieran **derivarse restricciones** que, por resultar inherentes a la propia aplicación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, se **sustraerían del cumplimiento de las condiciones exigidas por el art. 10 (2) del Convenio Europeo.**

Este peligro, al menos potencialmente, existe en relación a las tres condiciones de aplicabilidad que ofrece el art. 10 (1) del Convenio Europeo (175): la garantía de la transmisión y recepción "**sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas**"; su garantía "**sin consideración de fronteras**"; y, también, de su garantía respecto a **todas las formas y medios posibles de comunicación.**

En relación a las dos primeras condiciones de admisibilidad enumeradas, no se advierten problemas significativos desde este punto de vista.

-----  
(174) Vid supra, pág. 145.

(175) El criterio de enumeración tiene en cuenta la redacción del art. 10 (1) del Convenio Europeo y, de menor a mayor, por la gravedad de los problemas que en cada supuesto se plantean; mientras que, al examinar su contenido jurídico (vid supra, pág. 145), se tomó sobre todo en cuenta un criterio de concatenación lógica entre los mismos, a partir de sus interrelaciones jurídicas.



Así, la condición de que la transmisión y recepción se efectúe **"sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas"** (176) no abre, por sí misma, perspectiva alguna en torno a la articulación de restricciones ajenas al mecanismo del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Y ello, debido a que cualquier injerencia de la autoridad pública, si efectúa una lectura de conjunto del art. 10 del Convenio Europeo, ha de ser realizada con observancia de las disposiciones del párrafo 2 del citado artículo.

De mayor relevancia son las cuestiones suscitadas por la exigencia de que la transmisión y recepción se produzca **"sin consideración de fronteras"** (177), es decir, conforme al principio de libre circulación de la información.

El principio de libre circulación de la información implica, a su vez, la **libertad de emisión y de recepción**; de manera que ambas actividades han de desarrollarse sin injerencias de ningún tipo.

Desde esta perspectiva, y en el sentido que se deduce del art. 10 del Convenio Europeo, únicamente serían admisibles al respecto aquellas restricciones que, correspondiendo a la jurisdicción del Estado (178), respondan a los requisitos del párrafo 2 del mismo.

Cabe plantearse la posibilidad de que se deriven del propio principio de libre circulación de información **excepciones o limitaciones** relativas a su ejercicio, que podrían, en tanto en cuanto que el art. 10 (1) del Convenio Europeo consagra expresamente dicho principio, constituirse en **restricciones inherentes a la aplicabilidad de los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo.**

-----  
(176) Vid supra, pág. 150 y ss.  
(177) Vid supra, pág. 148 y ss.  
(178) Vid supra, pág. 127.

Esta situación es factible desde el momento en que la **reglamentación internacional en materia de telecomunicaciones** (179) admite la existencia de algunas restricciones al principio de la libre circulación de información (180).

En estas circunstancias se inscribe el supuesto de hecho del **caso Autronic AG** (181).

El Gobierno suizo mantuvo ante la Comisión Europea la existencia de **limitaciones inherentes a la libertad de recibir información e ideas**, desde el instante en que existía una reglamentación internacional que permitía reprimir el acceso a la señal de **satélites de telecomunicaciones** (182).

Para la Comisión Europea, no está claro que la normativa internacional sea aplicable a todo tipo de señales -incluyendo aquellas que están destinadas al público en general (183).

Además, tiene en cuenta que en Europa los satélites de telecomunicaciones son utilizados, a pesar de su finalidad específica, para realizar transmisiones destinadas al público, ya que estas señales pueden ser **captadas directamente mediante antenas individuales y colectivas** (184).

-----  
(179) Vid supra, pág. 89.

(180) En particular, respecto a la libertad de recepción de señales de satélites de telecomunicaciones, es decir, de aquellas señales que son transmitidas a una estación emisora para que ésta se efectúe la **retransmisión**.

(181) Vid pág. 242.

(182) En especial, se tiene en cuenta el art. 22 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones de 1973, por el que los Estados se obligan a "prendre toutes les mesures possibles" para mantener el **secreto de las telecomunicaciones**, y las normas concordantes del Reglamento de Radiocomunicaciones.

(183) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 mars 1989, Requête 12726/87, Autronic AG c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 12, pár. 50.  
Sin diferenciarlas de aquellas que están **codificadas**.

(184) Ibid, pár. 51.

A partir de estos elementos de juicio, la Comisión Europea ha afirmado que **no podía hacerse distinción entre las señales destinadas al público transmitidas mediante satélites de telecomunicaciones o satélites de difusión directa** (185), y, por consiguiente, respecto a cualquiera de ellas debía ser protegida la **libertad de recibir información**.

Se afirma entonces que cualquier medida tomada al respecto por el Estado debía ser considerada como una **injerencia** sobre la base del **art. 10 (2) del Convenio Europeo** -criterio asumido igualmente por el Tribunal Europeo en su sentencia (186).

Es posible concluir, a partir de esta argumentación, que **no existen en relación a la recepción de emisiones transfronterizas de acceso general restricciones inherentes** que puedan sustraerse en su aplicación a las condiciones previstas en el art. 10 (2) del Convenio Europeo (187).

En referencia a la **libertad de comunicar información**, dentro de este ámbito, habría que tener en cuenta las posibilidades que en materia de radiodifusión tienen los Estados de someter a las empresas a un **régimen de autorizaciones** (188).

- 
- (185) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 mars 1989, Requête 12726/87, Autronic AG c/ Suisse, Conseil de l'Europe, pág. 12, pár. 50.
- (186) Ibid, pág. 14, pár. 60.  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A, 178 [en préparation], pár. 52.
- (187) En este sentido, BULLINGER distingue las emisiones destinadas al público, en cuyo caso, al desprenderse del art. 10 del Convenio Europeo la libertad de **procurarse información, incluso respecto a programas ilegales** (vid supra, pág. 31), su captación sería protegida por aquél; y las "claramente" no destinadas al público, que no contarían con esta protección (M.BULLINGER, "**Freedom of expression and information: an essential element of democracy**", German Yearbook of International Law, 28, 1985, pág. 137).
- (188) Vid, infra, pág. 394 y ss., los problemas específicos de la aplicación de este régimen.



Esta afirmación permite adentrarse en los problemas -sin duda más complejos- derivados de la última de estas condiciones: que la captación y transmisión pueda efectuarse a través de **todas las formas y medios de comunicación posibles** (189).

No es indiferente esta condición de aplicabilidad a los aspectos técnicos diferenciales de los diversos medios de comunicación entre sí. Lo que explica la existencia en el art. 10 (1) del Convenio Europeo de la denominada "**cláusula de licencia**", que permite someter a un **régimen de autorizaciones** a aquellos medios cuya utilización venga limitada por motivos técnicos: la **radio**, la **televisión** y el **cine**.

La cuestión estriba, de nuevo, aunque con distintos matices, en si se desprenden de este régimen jurídico algunas restricciones que **implícitamente** puedan **limitar la libertad de recibir y comunicar información e ideas** en relación a dichos medios.

Siendo el punto de partida de este régimen jurídico la existencia de **dificultades técnicas**, debe apuntarse, en términos generales, a su **interpretación restrictiva**.

Ello no ha impedido a la Comisión Europea interpretar que la cláusula de licencia del art. 10 (1) del Convenio Europeo permite el establecimiento de **monopolios estatales** en relación a los citados medios de comunicación, ya que dicha cláusula no precisa:

"si un monopole peut être accordé dans ce domaine ou si au contraire plusieurs entreprises concurrentes doivent coexister (190)".

-----  
(189) Vid supra, pág. 146 y ss.

(190) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 3071/67, X c/ Suède, du 7 février 1968, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XI, 1968, pág. 463.

Ni impide que se prohíba la existencia de radios privadas (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4750/71, X c/ Royaume-Uni, du 20 mars 1972, Recueil des Décisions, 40, pág. 30).

Esta afirmación ha sido posteriormente matizada por la propia Comisión Europea, en 1976, asegurando, en torno a la postura mantenida ocho años antes, que no se podía "maintenir purement et simplement ce point de vue sans un nouvel examen (191)".

En 1981 (192), su aproximación deriva a cuestiones mucho más de fondo respecto al alcance del régimen de autorizaciones, no limitándose a discernir el problema de si de él se desprendía o no la posibilidad de instituir un monopolio estatal.

La Comisión Europea sostiene entonces que el Estado que utiliza la cláusula de licencia, instituyendo un sistema de concesiones o incluso un sistema de corte monopolista (193):

**"a une obligation particulière de veiller à ce que les droits garantis par l'article 10 de la Convention [Europea] soient toujours protégés".**

Debe entenderse, a partir de esta opinión, que el régimen de autorizaciones previsto en el art. 10 (1)

-----  
(191) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 6452/74, G.Sacchi c/ Italie, du 12 mars 1976, Décisions et Rapports, 5, pág. 46.

El debate en torno al monopolio público radiotelevisivo ha tenido gran importancia en Italia, a medida en que la Corte Constitucional italiana ha ido paulatinamente limitando su alcance en el campo de las telecomunicaciones.

Vid, su última sentencia al respecto, de 23 de mayo de 1987, núm. 153, en la que se perfilan las grandes líneas de este proceso -tomando como referencia las sentencias núms. 225 y 226 de 1974, núm. 202 de 1976 y núm. 148 de 1981 (En: **Giurisprudenza italiana**", Rivista di Diritto Internazionale, LXX, 1987, 3-4, pág. 915 y ss.).

(192) A partir de los años 80, la tendencia generalizada a la eliminación de los monopolios radiotelevisivos se acentúa en la Europa democrática, en gran medida por la decisiva influencia de los nuevos avances técnicos.

(193) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 9297/81, Association X c/ Suède, du 1 mars 1982, Décisions et Rapports, 28, pág. 209. El resaltado es propio.



del Convenio Europeo, más allá de la polémica sobre la pervivencia de los monopolios públicos, obliga al Estado y a las empresas concesionarias a **garantizar el ejercicio de la libertad de recibir y comunicar información e ideas**, en el sentido que la práctica jurisdiccional impone: con respeto al **pluralismo y la tolerancia** (194).

Igualmente, puede entenderse que el régimen de autorizaciones **no comporta ninguna limitación implícita a esa libertad** -en tanto su utilización exige asegurar su correcto ejercicio; y, por tanto, cualquier injerencia efectuada en virtud del régimen de autorizaciones ha de cumplir los requisitos del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Este razonamiento no cancela del todo algunas dudas en torno a su validez respecto a cuestiones muy puntuales que se han ido planteando en la práctica.

Esto sucede, por ejemplo, en relación a la **libertad de recibir información e ideas transmitidas por vía herziana**, que, si bien es percibida de una manera muy amplia (195), ha sido sometida a ciertas restricciones que podrían derivarse por su configuración de la existencia misma del régimen de autorizaciones (196).

-----  
(194) Vid supra, pág. 135.

(195) Incluyendo las emisiones piratas (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8266/78, X c/ Royaume-Uni, du 4 mai 1978, Décisions et Rapports, 16, pág. 193 y ss.).

(196) Vid, por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8962/80, X et Y c/ Belgique, du 13 mai 1982, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXV, 1982, pág. 92 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 10248/73, A c/ Suisse, du 5 mars 1985, Décisions et Rapports, 41, pág. 141 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 10799/84, Radio X, S, W & A c/ Suisse, du 17 mai 1984, Décisions et Rapports, 37, pág. 237 y ss.

En estos supuestos se restringe, respectivamente, la utilización de un aparato emisor-receptor sin autorización administrativa, de una antena receptora individual y de la transmisión y recepción por cable fuera del radio de 10 kms. autorizado.



En la actitud mantenida por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo durante el procedimiento de verificación de dichas restricciones se advierten dos directrices muy precisas y clarificadoras.

Primero, que a través de las diversas decisiones jurisdiccionales se ha ido dejando claro el principio de que el art. 10 (1) del Convenio Europeo **incluye el derecho a recibir emisiones de esta naturaleza sin injerencia de las autoridades nacionales** (197).

Y, segundo, en relación a las medidas que puedan adoptarse en virtud de la existencia de un régimen de autorizaciones, que la cláusula de licencia prevista en el art. 10 (1) del Convenio Europeo:

"ne soustrait cependant pas les mesures d'autorisation aux **exigences du paragraphe 2** [del art. 10 del Convenio Europeo], sans quoi on aboutirait à un **resultat contraire à l'objet et au but de l'article 10** [del citado Convenio] considéré dans son ensemble (198)".

En consecuencia, cualquier restricción a que se someta la libertad de recibir información e ideas por vía herziana debe ser verificada en función de su adecuación al **párrafo 2 del art. 10 del Convenio Europeo**, independientemente del **régimen jurídico** de la radiodifusión en el Estado que la efectúa.

Idénticas dudas pueden en principio abrigarse en relación a las restricciones del **contenido de las emisiones transmitidas por vía herziana**, en virtud de ese mismo régimen de autorizaciones.

-----  
(197) Vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Rapport du 8 mars 1989, Requête 12726/87, Autronic AG c/ Suisse, Conseil de l'Europe, 1990, pág. 12, pár. 49. Principio que el Tribunal Europeo concreta respecto a la recepción mediante una antena de programas televisivos transfronterizos (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Autronic AG, Arrêt du 22 mai 1990, Série A [en préparation], 178, pág. 47).

(198) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Groppera Radio AG et autres, Arrêt du 28 mars 1990, Série A [en préparation], 173, pár. 61. El resaltado es propio.

Hay que tener en cuenta, como indica FURRER (199), que, de existir un régimen de autorizaciones, la libertad de recibir y comunicar información e ideas:

"est alors garantie par **l'indépendance et l'autonomie** des organismes de radiodiffusion et de télévision titulaires d'une autorisation par rapport aux autorités publiques, notamment le gouvernement, pour tout ce qui concerne la **gestion du service et en particulier les programmes à diffuser**".

En torno al control sobre los programas ejercido por el Estado o por la empresa concesionaria del servicio en su nombre la Comisión Europea ha considerado que:

"la notion de régime d'autorisations implique que, lorsqu'il accorde une autorisation, l'Etat peut soumettre les émissions radiophoniques et télévisées à certaines réglementations (200)".

La propia Comisión Europea, en ese mismo supuesto, vinculó esta posibilidad al art. 10 (2) del Convenio Europeo (201). Lo contrario -que hubiese permitido dejar alguna restricción fuera de su ámbito- sería opuesto al **objeto y fin del art. 10 del Convenio Europeo**, en la medida en que las restricciones a que son sometidos los demás medios de comunicación social en este campo deben adecuarse al párrafo 2 del mismo (202).

-----  
(199) H.P.FURRER, "**La pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe**". En: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, "La circulation des informations et le droit international", XI Colloque de la Société Française pour le Droit International, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg (2, 3, 4 et 6 juillet 1977), Pedone Paris, 1978, pág. 79. El resaltado es propio.

(200) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 4515/70, X et Association Z c/ Royaume-Uni, 12 juillet 1971, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 546.

En especial, en materia **publicitaria**.

Vid infra, pág. 533 y ss.

(201) Ibid.

(202) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 7805/77, Pasteur X et Church of Scientology c/ Suède, du 5 mai 1979, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXII, 1979, pág. 251 y ss.

### 3.2. LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACION DEL CONVENIO EUROPEO.

Los principios interpretativos del Convenio Europeo, regulados en los **arts. 13 al 18 del mismo**, sirven para poder interpretar desde la perspectiva de conjunto del texto convencional el alcance jurídico de los **derechos y obligaciones** asumidos por el Estado, respecto a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el citado Convenio (203).

Los principios interpretativos del Convenio Europeo pueden, de esta forma, incidir, según cuáles sean las directrices que de ellos se desprendan, en la **ampliación del poder discrecional del Estado respecto a los derechos y libertades garantizados en el Convenio Europeo** -y, por tanto, también respecto a la libertad de recibir información e ideas-, a través de una interpretación extensiva de las restricciones a que aquéllos pueden ser sometidos.

No todos los principios interpretativos presentan idénticos problemas.

Así, el **art. 13** del Convenio Europeo (204) plantea la obligación del Estado de velar por la existencia de **recursos internos efectivos** para amparar al individuo cuando los derechos y libertades que le son garantizados por el Convenio Europeo puedan haber sido violados.

Se puede observar cómo, por su formulación, el art. 13 del Convenio Europeo no incide en la determinación del alcance jurídico de las restricciones, sino en la instrumentación de una efectiva protección interna frente a las mismas.

---

(203) Arts. **2 al 12** del Convenio Europeo.

(204) "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".



En este sentido, no influye en la apreciación de la necesidad de las medidas restrictivas adoptadas en virtud del art. 10 (2) del Convenio Europeo.

Otros principios interpretativos del Convenio Europeo, en cambio, sí que pueden repercutir en cierto modo en la amplitud de las restricciones a los derechos y libertades garantizados. Es el caso de los **arts. 14, 15 y 18** del Convenio Europeo.

El **art. 14** del Convenio Europeo, que establece el **principio de no discriminación** (205), no plantea grandes problemas en este sentido, puesto que del mismo se deriva una limitación al poder de restricción de los Estados, en la medida en que puede existir una violación del Convenio Europeo si se aprecia que se ha producido una práctica discriminatoria, aunque la medida restrictiva pudiera haberse reputado como necesaria en el contexto general de la sociedad democrática (206).

El **art. 15** del Convenio Europeo establece una **cláusula derogatoria** (207), para situaciones de **carácter excepcional**. Por tanto, la disponibilidad del Estado sobre los derechos garantizados es amplísima -excepción hecha de aquellos derechos que son considerados por el propio Convenio Europeo como **inderogables** (208); si bien, el mismo resulta inevitable en la medida en que se trata de un **instrumento jurídico para estados de emergencia** y, por tanto, que escapan a la noción de "necesidad" ordinaria de una sociedad democrática (209).

-----  
(205) Vid supra, pág. 305.

(206) Por ello, si bien su verificación se produce en combinación con el artículo que establece el derecho en cuestión, existe una cierta autonomía interpretativa que se manifiesta en la existencia de unos parámetros específicos para apreciar la existencia o no de una práctica discriminatoria (vid supra, pág. 307).

(207) Vid supra, pág. 264.

(208) Vid supra, pág. 263.

(209) Teniendo en cuenta, que de la práctica jurisdiccional se derivan una interpretación muy particularizada del alcance y requisitos que deben converger en tan cualificada "necesidad" (vid supra, pág. 284 y ss.).

En suma, se trata de una excepción, prevista por el propio Convenio Europeo, a los límites del poder de restricción de los derechos garantizados.

El **art. 18** del Convenio Europeo (210), por su parte, impone a las restricciones una condición relativa a su **finalidad**, que tiende, en consecuencia, a restringir en función de las necesidades democráticas su alcance y no a su extensión.

Mucho mayor es la dimensión jurídica de los problemas que en este sentido pueden inducirse de la aplicación de otros dos principios interpretativos del Convenio Europeo respecto al art. 10 del mismo: son los contenidos en el **art. 16** y el **art. 17** del Convenio Europeo; por lo cual su examen merece una atención específica.

#### A.- EL ART. 16 DEL CONVENIO EUROPEO.

El art. 16 del Convenio Europeo establece que:

"Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros".

Se observa, de su lectura, que el art. 16 del Convenio Europeo viene a instituir un **principio interpretativo muy específico**.

En primer término, porque su ámbito de aplicación se refiere únicamente a los derechos garantizados en los **arts. 10 y 11 del Convenio Europeo**, y en relación a otro principio interpretativo del mismo: el **principio de no discriminación** -establecido en el art. 14 del citado Convenio.

En consecuencia, se trata de un principio interpretativo que afecta a la libertad de recibir y comunicar información e ideas.

---

(210) Vid supra, pág. 275.

En segundo término, por la propia especificidad de su **objeto**: las **actividades políticas**. Se permite entonces a los Estados prohibir aquellas actividades relacionadas con la libertad de expresión, libertad de recibir y comunicar información e ideas, libertad de reunión y derecho de asociación llevadas a cabo por los extranjeros y que tengan **naturaleza política**.

El concepto de "actividad política" es muy amplio y abarca una gran diversidad de conductas públicas.

Algunos autores, como FURRER, entienden que esta prohibición no debe incluir cualquier tipo de actividad que puede calificarse de "política" sino solamente aquellas "activités qui peuvent être qualifiées d'ingérence dans les affaires intérieures du pays et celles qui sont susceptibles de compromettre ses relations extérieurs (211)".

Y, en tercer término, por los **sujetos** a los que va dirigida: los **extranjeros**.

Ciñiéndonos a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, se percibe cómo el art. 16 del Convenio Europeo permite una distinción entre los nacionales y los extranjeros residentes, es decir, en razón de la **nacionalidad** -criterio claramente discriminatorio (212).

Es significativa la opinión de OLDE KALTER sobre esta diferenciación y su más que probable origen:

-----  
(211) H.P.FURRER, "La pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe". En: SOCIETE FRANÇAIS POUR LE DROIT INTERNATIONAL, "La circulation des informations...", pág. 76.

Vid la reflexión de BULLINGER sobre esta cuestión en el campo de la **radiodifusión** (M.BULLINGER, "Freedom of expression...", pág. 130 y ss).

(212) Lo que justifica tanto su reserva respecto a la aplicabilidad del art. 14 del Convenio Europeo, como la crítica de algunos autores, por ejemplo PINTO, el cual señala la oposición de este principio interpretativo frente al principio de no discriminación (R.PINTO, "La liberté d'information...", pág. 56).



"Je ne crois donc pas que l'incapacité de voter soit une justification satisfaisante pour empêcher quinconque, y compris les étrangers, d'exercer sa liberté d'expression (213)".

El problema es que, en función de los parámetros expuestos, podría deducirse del art. 16 del Convenio Europeo, y en materia política, una **excepción a la libertad de recibir y comunicar información e ideas de los extranjeros residentes**, cuya garantía quedaría fuera del art. 10 (1) del Convenio Europeo.

Desde otra perspectiva, quizá más acorde con el **objeto** y el **fin** del Convenio Europeo, podría entenderse que el art. 16 del mismo establece un principio interpretativo que permite adoptar unas restricciones específicas que, suponiendo una excepción a la no injerencia preconizada en el párrafo 1 del art. 10 del Convenio Europeo (214), estarían sujetas a la evaluación de su necesidad en función del párrafo 2 del citado artículo, aunque dejando bajo reserva la aplicación del principio de no discriminación (215).

Los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo no han tenido ocasión de pronunciarse al respecto; aunque, en todo caso, la doctrina cree necesaria una **interpretación restrictiva** de este artículo (216).

-----  
(213) Intervención del Sr. C.OLDE KALTER (14.02.1985). En: CONSEIL DE L'EUROPE, "Actes du Sixième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", Séville, 13-16 novembre 1985. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pág. 317.

La ausencia de un **derecho al voto** podría estar en el origen de esta prohibición, aunque los trabajos preparatorios no lo aclaran (vid: CONSEIL DE L'EUROPE: "**Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**", Vol. III, 1976, pág. 238. Es introducido en el Proyecto del Comité de Expertos).

(214) Lo que justifica la referencia al art. 10 del Convenio Europeo.

(215) Ibid, respecto al art. 14 del Convenio Europeo.

(216) Vid, por ejemplo: M.BULLINGER, "**Freedom of expression...**", pág. 98; H.P.FURRER, "**La pratique des Etats...**", pág. 76; R.PINTO, "**La liberté d'information...**", pág. 55; o P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice of the European Convention on Human Rights**", Kluwer Law and Taxations Publishers, Deventer, 1984, pág. 409 y ss.

B.- EL ART. 17 DEL CONVENIO EUROPEO.

El art. 17 del Convenio Europeo establece que:

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

Del art. 17 del Convenio Europeo se deriva el principio de que las disposiciones del Convenio Europeo no deben amparar "actividades tendentes a menoscabar la finalidad propuesta por los Estados Contratantes" (217), es decir, la **garantía de los derechos y libertades fundamentales** que han sido reconocidos en el mismo.

Esta exigencia tiene un **doble destinatario**: por un lado, el **Estado** y, por otro lado, los **individuos** -considerados individual y colectivamente.

En relación al Estado, se deriva la necesidad de que éste no utilice las disposiciones del Convenio Europeo para disminuir o incluso destruir las garantías jurídicas de que gozan los individuos en el ejercicio de esos derechos y libertades.

En relación a los individuos, se deriva una necesidad semejante, que redundará en la posibilidad de que el Estado pueda adoptar **medidas restrictivas** tendentes a evitar que se produzca dicha utilización.

Atendiendo a la finalidad de estas medidas restrictivas, puede decirse que conciernen principalmente a los derechos y libertades reconocidos en los **artículos 8 al 11** del Convenio

---

(217) J.VARELA FEIJOO, "La protección de los Derechos Humanos (Jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos del Hombre)", Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1972, pág. 117.



Europeo, y, en cuanto se trate de situaciones presumiblemente excepcionales, al **art. 15** del mismo (218).

La cuestión es si la verificación de estas restricciones, ya desde la perspectiva de la libertad de recibir y comunicar información e ideas, escapan del ámbito jurídico definido por el art. 10 (2) del Convenio Europeo.

En este sentido, la postura de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo se antoja hasta cierto punto ambigua y poco clarificadora, al haber sido el art. 17 del Convenio Europeo utilizado en ocasiones de **forma separada y autónoma** respecto al art. 10 del mismo (219); y, en otras, como instrumento **auxiliar** para la interpretación del propio art. 10 del Convenio Europeo conforme al contexto y la finalidad del citado Convenio (220).

---

(218) En este sentido, por ejemplo: G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne...", pág. 555; o bien, J.E.S.FAWCETT, "The application of the European Convention on Human Rights", Clarendon Press, Oxford, 1987, Second Edition, pág. 315.

Por tanto, este principio se referiría a la utilización de las denominadas "**libertades públicas**", que permiten la participación del ciudadano en los asuntos políticos y sociales.

(219) En referencia a la disolución del KPD (Partido Comunista Alemán), la Comisión Europea señaló que "l'examen de l'application des paragraphes 2 des articles 9, 10 et 11 ne s'impose pas en l'espèce, en raison de l'existence, dans la Convention [Europea], de la disposition de nature plus générale insérée à l'article 17 [de la misma], ainsi conçu" (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 250/57, Parti Communiste allemand c/ R.F. d'Allemagne, du 20 juillet 1957, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, I, 1957, pág. 224).

(220) En el **caso Engel y otros** (vid supra, pág. 228), el Tribunal Europeo, al tomar en cuenta el art. 17 del Convenio Europeo en combinación con el art. 10 del mismo, significó que dicha posibilidad de violación "ne résiste pas à l'examen, la Cour ayant déjà conclu que lesdites limitations se justifiaient au regard du paragraphe 2 de l'article 10 [del Convenio Europeo]" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, pár. 104).



El problema no es grave, si se advierte el distinto tipo de análisis en ambos casos: de la realización por los individuos de actividades opuestas al art. 17 del Convenio Europeo y de la adopción por el Estado de restricciones más amplias de lo permitido por el Convenio Europeo, de acuerdo con el último párrafo de dicho artículo (221), respectivamente.

Este último párrafo es también indicativo de que las medidas restrictivas no han de sobrepasar los límites marcados por el Convenio Europeo -por ejemplo, los del art. 10 (2) del mismo-, por lo que el art. 17 del Convenio Europeo no puede dar lugar a restricciones que excedan esos límites (222).

-----  
(221) En palabras de COHEN, enjuiciando la labor de la Comisión Europea, desde el momento en que "a estimé qu'une limitation donée était compatible con la Convention [Europea] ou à l'inverse lui était contraire, elle jugue pour le surplus inutile de vérifier si l'article 17 [de la misma] a été enfreint" (G.COHEN-JONATHAN, "La Convention Européenne...", pág. 555).

(222) Aunque así pueda desprenderse de interpretaciones tan extensivas como la decisión de la Comisión Europea sobre la **demanda 250/57**. En ella, se interpretó que el art. 17 del Convenio Europeo tenía por objetivo "la protection du libre fonctionnement des institutions démocratiques" y que, por tanto, y en referencia al KPD, aunque su "activité actuelle serait dirigée vers la conquête du pouvoir uniquement par les moyens constitutionnels (...), il n'en résulterait aucunement une renonciation à ses fins [la dictadura del proletariado]", por lo que se fue declarada inadmisibile (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 250/57, Parti Communiste allemand c/ R.F. d'Allemagne, du 20 juillet 1957, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, I, 1957, págs. 224 y 225).

La práctica jurisdiccional ha ido **restringiendo** este criterio tan amplio -que no tenía en cuenta actividad alguna sino la propia existencia e ideas del KPD-, centrándose en las **actuaciones** que pueden ir en contra del Convenio Europeo (vid: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 8384/78 et 8406/78, J.Glimmerveen et J.Hagenbeek c/ Pays-Bas, du 11 octobre 1979, Décisions et Rapports, 18, pág. 198 y ss. Y: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lawless, Arrêt du 1 juillet 1961, Série A, 1, párs. 6 y 7; Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 22, pár. 103 y ss.).

### 3.3. LA POSIBILIDAD DE LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES IMPLICITAS APLICABLES A LA LIBERTAD DE RECIBIR Y COMUNICAR INFORMACION E IDEAS.

La doctrina de las limitaciones implícitas (223) sostiene que de la propia definición de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo se derivan **ciertas limitaciones** que resultan, en consecuencia, **inherentes** a los mismos.

Estas limitaciones de carácter implícito determinan, en primer lugar, la restricción del alcance jurídico de los derechos y libertades fundamentales previstos en el Convenio Europeo, así como de las posibilidades de su ejercicio.

Y, en segundo lugar, no permiten que las restricciones que su existencia comporta se sometan a los requisitos establecidos en las cláusulas restrictivas presentes en el Convenio Europeo -por ejemplo, la del art. 10 (2) del mismo-, en tanto en cuanto, por ser inherentes al propio derecho o libertad garantizados, no constituyen una **injerencia** en los mismos.

Esta doctrina interpretativa del alcance jurídico de las disposiciones del Convenio Europeo -y, en particular, de aquellas que permiten la restricción de los derechos y libertades que garantizan (224)- ha tenido su reflejo en la **práctica jurisdiccional**, con una especial incidencia en la actuación de la **Comisión Europea**.

La doctrina de las limitaciones implícitas se manifiesta como criterio jurisdiccional aplicable, sobre todo (225), respecto a la verificación de las

-----  
(223) Vid supra, pág. 293 y ss.

(224) Vid supra, pág. 294 y ss.

(225) VAN DIJK y VAN HOOFF señalan, incluso, que esta doctrina ha sido desarrollada específicamente en relación a este tipo de individuos o grupos (P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "Theory and practice...", pág. 422).



restricciones de los derechos y libertades fundamentales previstos en el Convenio Europeo de **personas o grupos de personas** con una **condición jurídica especial** (226), avalada por el propio Derecho interno de los Estados Parte.

Se puede subrayar, en torno al desarrollo jurisdiccional de esta doctrina, la importancia de los problemas relativos a las **personas detenidas o en prisión** en referencia al **derecho al respeto de la correspondencia** -art. 8 del Convenio Europeo- y a la **libertad de recibir y comunicar información e ideas** -art. 10 del Convenio Europeo.

En los primeros años de actividad de la Comisión Europea, ésta se mostró proclive a considerar como injerencias en el sentido del respectivo párrafo 2, de los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo, las restricciones a los derechos de las personas sometidas a privación de libertad (227).

Casi simultáneamente (228), sin embargo, la propia Comisión Europea empezó a desarrollar ante supuestos de hecho similares una práctica tendente a admitir la existencia de limitaciones implícitas en relación a este colectivo de personas.

-----

(226) Vid supra, pág. 299.

(227) En este sentido, por ejemplo, las siguientes decisiones: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 1753/63, X c/ Autriche, du 15 février 1965, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VIII, 1965, pág. 174 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 1760/63, X c/ Autriche, du 23 mai 1966, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, IX, 1966, pág. 166 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 1860/63, X c/ R.F. d'Allemagne, du 15 décembre 1965, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, VIII, 1965, pág. 204 y ss.

(228) Se tiende a considerar como punto inicial la decisión de admisibilidad sobre el **caso De Courcy**, en **1967** (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 2749/66, K.H. De Courcy c/ Royaume-Uni, du 11 juillet 1967, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, X, 1967, pág. 388 y ss.).



De ahí, que un buen número de decisiones de la Comisión Europea al respecto se ponga de manifiesto la utilización de la doctrina de las limitaciones implícitas (229).

El razonamiento de la Comisión Europea es similar en todos los casos. Se parte de la idea de que las **restricciones** del género de las que se plantean en estos supuestos de hecho (230) son **inherentes al estado de detención o prisión**; no constituyendo, por tanto, una injerencia en los derechos de las personas en tal situación, por lo que no cabe hablar de violación de las disposiciones del Convenio Europeo -decidiéndose a continuación la inadmisibilidad de la demanda.

La doctrina de las limitaciones implícitas fue pocos años después **desautorizada** por el **Tribunal Europeo**, que advirtió el peligro que su desarrollo significaba para la garantía de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo (231).

- 
- (229) Vid, por ejemplo: COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 2749/66, K.H.De Courcy c/ Royaume-Uni, du 11 juillet 1967, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, X, 1967, pág. 388 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 2795/66, X c/ R.F. d'Allemagne, du 22 mai 1969, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XII, 1969, pág. 192 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 4101/69, X c/ R.F. d'Allemagne, du 25 mai 1970, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIII, 1970, pág. 720 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 4133/69, X c/ Royaume-Uni, du 13 juillet 1970, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIII, 1970, pág. 780 y ss.; Décision sur la recevabilité de la Requête 4517/70, H.Huber c/ Autriche, du 19 décembre 1970, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIV, 1971, pág. 548 y ss.
- (230) Sobre la correspondencia y el acceso a la información por personas privadas de libertad.
- (231) Como hace notar JACOBS, existe una cierta coincidencia entre la desaprobación de esta doctrina y la utilización de otra doctrina, como la del "**margen de apreciación**", que a primera vista resulta igualmente vaga e imprecisa y, en opinión de dicho autor, también injustificada (F.JACOBS, "**The European Convention on Human Rights**", Clarendon Press, Oxford, 1975, pág. 201).

Así, en 1971, el Tribunal Europeo manifestó con ocasión del **caso De Wilde, Ooms y Versyp** (232), relativo al internamiento de personas consideradas como vagabundos en Bélgica, su rechazo a esta doctrina.

La tesis del Tribunal Europeo fue que la restricción de la correspondencia a los internados (233) era una injerencia en el derecho previsto en el art. 8 (1) del Convenio Europeo (234).

En su sentencia sobre el **caso Golder**, el Tribunal Europeo confirmó esta interpretación, aunque basándose en el tenor literal del **párrafo 2**, del art. 8 del Convenio Europeo.

De su redacción, el Tribunal Europeo extrajo la conclusión de que las posibilidades de restricción en él establecidas eran **exhaustivas**, es decir, que no cabían otras limitaciones que las derivadas de su aplicación.

A partir de esta afirmación, el Tribunal Europeo constató seguidamente que el párrafo 2, del art. 8 del Convenio Europeo no dejaba lugar a la idea de limitaciones implícitas (235).

- 
- (232) Conocido también como el **caso de los vagabundos**.
- (233) Aunque la cuestión esencial planteada fuese la licitud del internamiento desde la perspectiva del art. 5 del Convenio Europeo.
- (234) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire De Wilde, Ooms y Versyp, Arrêt du 18 juin 1971, Série A, 12, pár. 93.  
Sí, en cambio, a un "margen de apreciación" en favor del Estado.
- (235) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Golder, Arrêt du 21 février 1975, Série A, pár. 44.  
En opinión del Tribunal Europeo, por ccontra, se apreció su existencia respecto de aquellos derechos que no estaban sometidos a ninguna limitación expresa en el Convenio Europeo, como el derecho de acceso, previsto en su art 6 (Ibid, pár. 44).  
Entre ambas sentencias, la Comisión Europea tomó alguna decisión en la que seguía aplicando la doctrina de las limitaciones implícitas (COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Décision sur la recevabilité de la Requête 5270/72, X c/ Royaume-Uni, du 8 juillet 1974, Recueil des Décisions, 46, pág. 54).



Hay que efectuar alguna puntualización, no obstante, respecto al alcance de la afirmación del Tribunal Europeo.

Porque, si se analiza el criterio expresado por el Tribunal Europeo, se observa cómo puede ser aplicado a todas aquellas disposiciones -como los arts. 8 al 11 del Convenio Europeo- que determinan expresamente las posibles restricciones a los derechos y libertades fundamentales que garantizan.

Es decir, subsiste la duda de si, en el caso de aquellos **derechos y libertades fundamentales del Convenio Europeo en cuya redacción no se prevé expresamente cuáles son sus posibilidades de restricción**, puede ser aplicable la doctrina de las limitaciones implícitas.

Con carácter general, es posible afirmar que la doctrina de las limitaciones implícitas es opuesta al **fin** y al **objeto** del Convenio Europeo, por cuanto constituye un factor de incertidumbre e inseguridad jurídica dentro del sistema de protección que se ha establecido (236).

En este sentido, el art. 18 del Convenio Europeo (237) es significativo, por cuanto se refiere a la adecuación de las restricciones a aquellas finalidades para las que han sido previstas -no pudiendo existir "finalidades implícitas" tampoco pueden existir limitaciones de esa naturaleza (238).

-----  
(236) En la medida en que puede presuponer que los derechos y libertades fundamentales garantizados en el Convenio Europeo sean limitados en su contenido jurídico sin que exista una disposición expresa en la que se sustente esa restricción.

(237) Vid supra, pág. 275.

(238) En este sentido, por ejemplo: P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice...**", pág. 423.

Podría también tomarse en cuenta el art. 17 del Convenio Europeo al respecto, dado que impide que se restrinjan los derechos y libertades garantizados en el mismo más extensamente de lo que prevén sus propias disposiciones.



Además, y en una esfera más concreta (239), debe advertirse, primero, que esa falta de enumeración expresa es consecuencia de una opción jurídica-política de los redactores del Convenio Europeo, que han preferido en determinados casos obviar la posibilidad de que ciertos derechos sean restringidos.

Y, segundo, que cuando se ha considerado necesario establecer restricciones a los derechos de determinados colectivos o grupos sociales, se ha hecho de forma expresa (240).

A partir de los criterios que se han examinado, cabe preguntarse cuál ha sido la evolución de la práctica jurisdiccional relativa al art. 10 del Convenio Europeo y, en especial, respecto a la **libertad de recibir y comunicar información e ideas**.

Puede ser paradigmático lo sucedido en el **caso Engel y otros** (241). Por un lado, porque la sentencia sobre el mismo data de 1976 -es decir, un año después de la sentencia sobre el **caso Golder**; y, por otro lado, porque se ocupa de un problema relativo a un colectivo social, cuya condición jurídica es especialmente controvertida en las sociedades democráticas: los **miembros de las Fuerzas Armadas**.

La **Comisión Europea** fue muy clara en este aspecto, al afirmar que el Convenio Europeo (242):

---

(239) Vid: P.VAN DIJK y G.VAN HOOFF, "**Theory and practice...**", pág. 423.

(240) Por ejemplo, en el art. 11 del Convenio Europeo impone una restricción específica para la libertad de reunión y el derecho de asociación, respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas, los policías y los funcionarios públicos.

(241) Vid supra, pág. 228.

(242) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 58, pár. 59.

"ne renferme aucune disposition soustrayant à son application certaines catégories de personnes, mais des clauses particulières relatives à des droits et libertés spécifiques (243)".

Aunque, eso sí, la Comisión Europea manifestó que al precisar el contenido del derecho o la libertad a la que se refería la demanda concreta se debía (244):

"tenir compte des circonstances propres au requérant dont il s'agit, ou de la situation spéciale d'une catégorie de personnes dont les griefs devant la Commission sont la conséquence directe de cette situation".

Partiendo de estas premisas, la Comisión Europea consideró que las medidas adoptadas contra los cinco soldados por sus escritos debían considerarse como una **injerencia**, en el sentido del art. 10 (1) del Convenio Europeo (245); y que, por tanto, la cuestión esencial era verificar si esta injerencia estaba justificada -de acuerdo con el párrafo 2 del citado artículo-, siempre teniendo en cuenta las exigencias de la **disciplina militar en una sociedad democrática**.

El criterio de la Comisión Europea es, por consiguiente, el de no aplicar ningún tipo de limitación implícita a los miembros de las Fuerzas Armadas en su libertad de recibir y comunicar información e ideas, apreciando la especial condición jurídica del colectivo.

Con posterioridad, el **Tribunal Europeo** adoptó en su sentencia idéntico punto de partida (246).

-----  
(243) Por ejemplo, las restricciones específicas previstas en el art. 11 (2) del Convenio Europeo (vid supra, pág. 411).

(244) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Rapport du 19 juillet 1974, Requêtes 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5372/72, Cinq soldats néerlandais c/ Pays-Bas. En: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: "Affaire Engel et autres", Série B: Mémoires, Plaidories et Documents, 20, 1978, pág. 59, pár. 62.

(245) Ibid, pág. 79, pár. 158.

(246) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Engel et autres, Arrêt du 8 juin 1976, Série A, 20, pár. 54.

El problema interpretativo suscitado por la existencia de colectivos con una posición jurídica especial en relación a sus derechos, que parecía haberse resuelto a partir de esta decidida actitud de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, está lejos de serlo de una forma definitiva.

Esta afirmación puede efectuarse si se tiene en cuenta la perspectiva adoptada por el **Tribunal Europeo** en sendos supuestos relativos a la aplicación del art. 10 del Convenio Europeo dentro de la **función pública** en Alemania: el **caso Glasenapp** y el **caso Kosiek**.

En ambos casos, la cuestión se centraba en la verificación de la compatibilidad con el art. 10 del Convenio Europeo de la exigencia de efectuar una declaración de reconocimiento de los principios del régimen liberal y democrático, así como de la destitución de los funcionarios públicos por sus actividades políticas extremistas (247) o por efectuar declaraciones públicas concordantes a una formación política de ese signo (248).

La Comisión Europea mantuvo la existencia de una **injerencia** en los derechos de los demandantes, en el sentido del art. 10 (1) del Convenio Europeo (249).

El Tribunal Europeo no se pronunció en idéntico sentido.

Partiendo de que el **derecho al ingreso en la función pública** no está previsto en el Convenio Europeo, el Tribunal Europeo analizó la aplicabilidad del art. 10 del mismo a los supuestos de hecho, teniendo en cuenta,

-----  
(247) En el **caso Kosiek**, militancia en el partido neonazi NPD.

(248) En el **caso Glasenapp**, la coincidencia del demandante con ciertas propuestas educativas del KPD.

(249) COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Rapport du 11 mai 1984, Requête 9228/80, J.Glasenapp c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, pár. 77; Rapport du 11 mai 1984, Requête 9704/82, X c/ R.F. d'Allemagne, Conseil de l'Europe, pár. 70.



primero, que por ser funcionarios públicos los demandantes no estaban privados de la protección del Convenio Europeo (250), y, segundo, que el art. 10 del mismo era aplicable a la situación denunciada (251).

Tomando como referencia el **caso Glasenapp**, a partir de las anteriores constataciones, el Tribunal Europeo indicó que el problema central era el **acceso a la función pública** y que:

"l'autorité n'a pris en considération les opinions et l'attitude de celle-ci que pour apprécier si la requérante présentait **l'une des qualifications personnelles nécessaires pour occuper l'emploi en question** (252)".

Lo que suponía que las medidas adoptadas contra los demandantes **no constituían una injerencia** en los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo.

Esta opinión es criticable, en cuanto reduce el problema de los demandantes a una cuestión relativa a las **condiciones técnicas exigidas para el acceso a la función pública** (253). Con ello, se da mayor relevancia a un derecho no incluido en el Convenio Europeo que a otro derecho reconocido en el mismo (254), olvidando que es la manifestación pública de unas ideas -y precisamente por ello- lo que provoca el cese.

- 
- (250) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Glasenapp, Arrêt du 28 août 1986, Série A, 194, pár. 49; Affaire Kosiek, Arrêt du 28 août 1986, Série A, 195, pár. 35.
- (251) Ibid, respectivamente, pár. 50 y pár. 36.
- (252) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Glasenapp, Arrêt du 28 août 1986, Série A, 194, pár. 53. En idéntico sentido: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Kosiek, Arrêt du 28 août 1986, Série A, 195, pár. 39.
- (253) G.COHEN-JONATHAN, "**La Convention Européenne...**", pág. 454.
- (254) Así, ROLLAND y TAVERNIER indican que, si el centro de la decisión es ese artículo, quizá hubiera sido mejor declarar inadmisibile la demanda, ya que tampoco se produce un análisis del alcance de dichas restricciones respecto a los demandantes (P.ROLLAND y P.TAVERNIER, "**Chronique de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme**", Journal du Droit International, 114, 1987, 3, pág. 794).

Se abre, a partir de este razonamiento, una peligrosa brecha que puede llevar por este camino (255) a la introducción, en forma de condiciones técnicas o requisitos exigibles a los individuos que forman parte de colectivos con un régimen jurídico especial, de **limitaciones implícitas** a los derechos garantizados en el art. 10 del Convenio Europeo.

En relación al conjunto de estos criterios que pueden influir en la aplicación de la libertad de recibir y comunicar información e ideas (256), puede concluirse que si bien, de un **modo general**, la interpretación de los mismos es **satisfactoria** -en tanto se desprende de la práctica jurisdiccional que sus aspectos restrictivos deben verificarse en función del art. 10 (2) del Convenio Europeo-, **persisten ciertas indeterminaciones** que pueden calificarse al menos de **preocupantes**.

En particular, subsiste la indeterminación en torno al alcance jurídico del **art. 16** del Convenio Europeo y sus consecuencias jurídicas; propiciada, sobre todo, por la falta de pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo sobre el mismo (257).

Y, en otro sentido, resulta igualmente preocupante que no se hayan clausurado de forma definitiva por parte de los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo las posibilidades de existencia de **limitaciones implícitas** respecto a los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio Europeo, a pesar de que la tendencia general es favorable en ese sentido.

-----  
(255) Esta línea interpretativa ha recibido continuidad en el **caso Leander** (vid infra, pág. 551).

(256) Vid supra, pág. 336 y ss.

(257) Esto tiene su **aspecto positivo** en la medida en que supone que la aplicación de medidas restrictivas del tenor de las previstas en él no han resultado en el ámbito interno de los Estados especialmente conflictivas. Si bien ello pueda también deberse, todo hay que decirlo, a una falta de conciencia de estos colectivos frente a problemas de esta naturaleza o a la dificultad de poder ejercer sus derechos en el ámbito interno.