

B) CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

AUSTRIA.

EL DERECHO DE LIBERTAD DE REUNIÓN Y DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AUSTRIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Alejandro Torres Gutiérrez.

Profesor Titular de Universidad de Derecho Eclesiástico del Estado.

Departamento de Derecho Público.

Universidad Pública de Navarra.

1. VIOLACIÓN POR AUSTRIA DEL DERECHO DE LIBERTAD DE REUNIÓN: CASO ÖLLINGER CONTRA AUSTRIA, SENTENCIA DEL TEDH DE 29 DE JUNIO DE 2006.

En este asunto el demandante, miembro del Parlamento por el Partido Verde, alega una violación de su derecho a la libertad de reunión, al prohibirle la Dirección de la Policía Federal de Salzburgo, que el Día de Todos los Santos, el 1 de noviembre de 1998, tuviera lugar una reunión en el cementerio municipal de Salzburgo, en frente del monumento conmemorativo de la guerra, para recordar a los judíos de Salzburgo, asesinados por las SS, durante la II Guerra Mundial, coincidiendo en tiempo y lugar con

la de la *Kameradschaft IV*,¹ una asociación que pretendía una vez más honrar a los muertos de las SS en la II Guerra Mundial.

La Dirección de la Policía Federal de Salzburgo, basándose en el artículo 6 de la Ley del Derecho de Reunión, y en el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, prohibió la reunión, sobre la base que la misma podía amenazar el orden y la seguridad públicos. Con la prohibición se pretendía evitar una ofensa a los sentimientos religiosos del público que visitaba el cementerio, pues podría ser considerada como una afrenta irrespetuosa hacia los soldados muertos en ambas guerras mundiales, y por lo tanto como una provocación intolerable. La Dirección de la Policía Federal de Salzburgo hizo constar que la *Kameradschaft IV* era una asociación registrada, cuyos partícipes eran principalmente anteriores miembros de las SS. Durante más de 40 años había conmemorado a los soldados de las SS muertos durante la II Guerra Mundial, congregándose el Día de Todos los Santos, y depositando una corona conmemorativa en frente del memorial de guerra, en el cementerio municipal de Salzburgo. En los últimos años, un cierto número de organizaciones habían organizado campañas de protestas, con el fin de perturbar la ceremonia de conmemoración de la *Kameradschaft IV*. Estas protestas habían conducido a vehementes discusiones con los miembros de la *Kameradschaft IV* y otros visitantes al cementerio y habían precisado la intervención de la policía.

El 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional austriaco rechazó un recurso del demandante, alegando violaciones de sus derechos de libertad de asamblea, libertad de expresión libertad religiosa y no discriminación.

El TEDH se detiene en las alegaciones de las partes sobre si la interferencia fue “necesaria en una sociedad democrática”, en el sentido del artículo 11, § 2. El Tribunal reitera que la noción de

¹ Literalmente: *Camaradería IV*. Una asociación entre cuyas actividades se encuentra la realización de actos en honor de los miembros de los soldados de las SS que murieron en la II Guerra Mundial.

necesidad implica que la interferencia corresponde a una compulsiva necesidad social y, en particular, que sea proporcionada al fin legítimo perseguido.

El TEDH hace constar al comienzo, que el presente caso hace referencia a derechos fundamentales en competencia. El derecho del demandante a la libertad de reunión pacífica y su derecho de libertad de expresión, tienen que ser puestos en justo balance con el derecho de la otra organización a ser protegida contra perturbaciones de su reunión y el derecho de los asistentes al cementerio a la protección de su libertad de manifestar su propia religión.

El Tribunal reitera que el derecho de libertad de asamblea pacífica tal y como es reconocido por el artículo 11, comprende tanto obligaciones positivas como negativas, por parte de los Estados contratantes:

1) El Estado está obligado a abstenerse de interferirse en ese derecho, lo cual se extiende también a una manifestación que pueda molestar u ofender a personas opuestas a las ideas o reclamaciones que la misma pretenda promover. Pero añade que si cada probabilidad de tensión o intercambio acalorado entre grupos opuestos durante una manifestación, fuera suficiente para garantizar su prohibición, la sociedad se encontraría con que estaría siendo privada de la oportunidad de escuchar diferentes puntos de vista.²

2) Por otra parte, los Estados pueden verse obligados, bajo el artículo 11, a tomar medidas positivas en orden a proteger una manifestación legal, frente a contra-manifestantes.³

Volviendo finalmente al artículo 9 del CEDH, relativo al derecho de libertad religiosa, el Tribunal entiende que, aunque quienes opten por ejercer su derecho a manifestar su religión, no pueden esperar razonablemente estar exentos de toda crítica, la responsabilidad del Estado puede estar comprometida, cuando las

² Apartado 36.

³ Apartado 37.

ideas religiosas se encuentran con una oposición o son denegadas de una forma tal que se inhibe a aquellos que profesan tales creencias, del ejercicio de su libertad a tenerlas o expresarlas.

La asamblea del demandante era claramente una contra-manifestación para protestar contra la reunión de la *Kameradschaft IV*, una asociación que indudablemente está compuesta por antiguos miembros de las SS. El demandante pone su énfasis en que el principal fin de la asamblea era recordar al público los crímenes cometidos por las SS, y conmemorar a los judíos de Salzburgo asesinados por ellos. La coincidencia en el tiempo con la ceremonia conmemorativa de la *Kameradschaft IV*, era una parte esencial del mensaje que ellos querían transmitir.⁴

El TEDH entiende que la prohibición incondicional de una contra-manifestación, es una medida de muy largo alcance que requeriría una justificación particular, tanto más cuanto el demandante, siendo un miembro del Parlamento, esencialmente deseaba protestar contra la concentración de la *Kameradschaft IV* y, de este modo, expresar una opinión sobre un tema de interés público.⁵

Queda por examinar si la prohibición estuvo justificada para poder proteger el derecho de los asistentes al cementerio, a manifestar su religión.⁶ El TEDH pone de manifiesto una serie de factores que indican que la prohibición a examen fue desproporcionada respecto al fin perseguido:

1) Primero, la asamblea no iba dirigida contra las creencias de los asistentes al cementerio, o su derecho a manifestarlas.

⁴ Apartado 43.

⁵ Apartado 44.

⁶ El Tribunal Constitucional austriaco se basa en la naturaleza solemne del Día de Todos los Santos, tradicionalmente dedicado a la conmemoración de la muerte y en las perturbaciones experimentadas en años anteriores, como resultado de las disputas entre miembros de la *Kameradschaft IV* y miembros de las contra-manifestaciones.

2) Por otra parte, el demandante esperaba sólo un reducido número de participantes. Los mismos emplearían medios pacíficos y silenciosos de expresar su opinión, portando mensaje conmemorativos, y descartando explícitamente el uso de cánticos o pancartas. De este modo, la deseada asamblea en si misma no habría herido los sentimientos de los asistentes al cementerio.⁷

Las autoridades locales impusieron una prohibición incondicional a la reunión propuesta por el demandante. El Tribunal por lo tanto entiende que se dio demasiado poco peso al interés del demandante en celebrar la deseada asamblea y expresar su protesta contra la reunión de la *Kameradschaft IV*, mientras se daba un demasiado reconocimiento al interés de los asistentes al cementerio a ser protegidos contra unas perturbaciones realmente limitadas.⁸ Por todo ello y teniendo en cuenta estos factores, y a pesar del margen de apreciación del Estado en este campo, el Tribunal entendió que las autoridades austriacas fracasaron a la hora de realizar una ponderación equitativa entre los intereses en juego,⁹ y por lo tanto había existido una violación del artículo 11 de la Convención.

El Juez Lucaides, en su voto particular discrepante entendió sin embargo que la prohibición de la asamblea en este caso, era necesaria para la protección de los derechos y las libertades de terceros, particularmente de las personas visitantes del cementerio para conmemorar el Día de Todos los Santos. Coincidió de este modo con el Tribunal Constitucional austriaco, que en su pronunciamiento previo había incidido en que este día es una importante festividad religiosa y la conmemoración de la muerte es protegida por el artículo 9 de la Convención, que contiene una obligación positiva para el Estado de proteger a las personas que manifiesten su religión contra perturbaciones deliberadas por

⁷ Apartado 47.

⁸ Apartado 49.

⁹ Apartado 50.

parte de terceros.¹⁰ En su opinión, las perturbaciones en el cementerio el Día de Todos los Santos, habrían sido suficientes para justificar la aplicación del límite referido a la “protección de los derechos y libertades de los otros” en las circunstancias concurrentes en el presente caso.

2. RECIENTES CONDENAS A AUSTRIA POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL CEDH: CASOS *KOBENTER Y STANDARD VERLAGS GMBH V. AUSTRIA*, *STANDARD VERLAGS GMBH Y KRAWAGNA-PFEIFER V. AUSTRIA* Y *STANDARD VERLAGS GMBH V. AUSTRIA*, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006, ASUNTO *ÖSTERREICHISCHER RUNDFUNK V. AUSTRIA*, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2006, Y *VERLAGSGRUPPE NEWS GMBH CONTRA AUSTRIA*, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2006.

Por razones de espacio nos centraremos especialmente en el asunto *Verlagsgruppe News GMBH contra Austria*, de 14 de diciembre de 2006, en que el TEDH analiza el secuestro de una revista por la publicación de artículo sobre un proceso por difamación con la reproducción de los extractos de una carta, entrecomillados y en negrita, en los que se hacía referencia a políticos mediante insultos, publicada previamente y de forma íntegra en un periódico.

Este asunto se suma a otras cuatro condenas a Austria por vulneración del artículo 10 del CEDH, derecho a la libertad de expresión, acaecidas en los asuntos *Kobenter y Standard Verlags GMBH v. Austria*, *Standard Verlags GMBH y Krawagna-Pfeifer v. Austria* y *Standard Verlags GMBH v. Austria*, los tres con

¹⁰ El demandante esperaba alrededor de 6 participantes, que llevaría mensajes conmemorativos en sus manos y pegados a sus vestidos. El mismo señaló que no sería usado ningún medio de expresión (tal como cánticos o pancartas), que pudiera ofender la piedad o el orden público. Sin embargo había una evidencia indiscutida que otro miembro del mismo partido que habría organizado la reunión, había rehusado a dar garantía que la reunión propuesta en memoria de los judíos de Salzburgo asesinados, no perturbaría la reunión de la *Kameradschaft IV*.

fecha de 2 de noviembre de 2006, y el caso *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, de 7 de diciembre de 2006, cerrando de este modo un verdadero círculo *horrible* de condenas de la República Federal de Austria ante el TEDH: 5 en menos de 2 meses.

En el asunto *Verlagsgruppe News GMBH contra Austria*, el TEDH entiende que el artículo en cuestión permaneció dentro de los límites del comentario aceptable sobre un procedimiento ante los tribunales, y no se identificaba ni aceptaba el contenido de las afirmaciones de la carta bajo polémica, y consideró que Austria había vulnerado el artículo 10 del CEDH.

La empresa demandante alega que la carta abierta publicada del señor Heller, entra dentro de la protección del artículo 10 del Convenio, por ser parte de un debate en los medios de comunicación relativo a la política de educación y cultural que incluía aspectos políticos fundamentales, incluidas afirmaciones de hecho verídicas, y juicios de valor basados en hechos y dirigidos, entre otras personas, el señor Westenthaler como dirigente político del partido FPÖ. Por lo tanto, la cita de partes de su carta gozaba también de la protección del artículo 10. Sostenía además que el mero hecho de que una afirmación deba ser considerada como un delito en el sentido de la legislación aplicable no implica que una información sobre dicha afirmación suponga *ipso iure* un delito contra el honor de una persona. El texto del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación austriaca no era conforme con los requisitos del artículo 10 del Convenio ya que no proporcionaba protección a una cita correcta.

En este caso, habiendo sopesado cuidadosamente la libertad de expresión y la protección de la reputación de otros, el Tribunal austriaco de segunda instancia estableció ampliamente los argumentos a favor de la aplicación del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación, considerando que la afirmación «espiritualmente depravado» suponía una ofensa y violaba el derecho de la persona afectada a la reputación. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Apelación, el Gobierno afirmó que la cita correcta de un insulto de una persona por otra persona

estaba protegida por el artículo 10 del Convenio y no justificaba el secuestro. En este caso, sin embargo, la empresa demandante no había informado sobre el pendiente procedimiento por difamación de manera neutral, sino que se había identificado con el contenido de las afirmaciones citadas.

El TEDH recuerda que su función no es revisar la legislación y la jurisprudencia *in abstracto*, sino determinar si la manera en la que se han aplicado o han afectado al demandante ha dado lugar a una violación del Convenio.

EL TEDH entiende que existió una injerencia en el derecho de la empresa demandante a la libertad de expresión, tal y como la garantiza el artículo 10.1 del Convenio. De conformidad con su jurisprudencia, el Tribunal examinará si las razones aducidas por los tribunales internos fueron «relevantes y suficientes» y si la injerencia fue proporcionada al fin legítimo perseguido. Al hacerlo, el Tribunal tendrá en cuenta el margen de apreciación de que gozan los tribunales internos.

El TEDH entiende que es de especial importancia en este caso que el artículo no hiciera las afirmaciones objetables sino que ayudara a su divulgación citándolas. En ese momento, las afirmaciones impugnadas ya habían de hecho sido divulgadas ampliamente, ya que otro periódico había publicado la carta abierta del señor Heller algunos meses antes.

El TEDH recuerda además que la obligación de la prensa de divulgar información e ideas sobre todas las cuestiones de interés público se extiende a la información y comentarios de los procesos ante los tribunales. No sólo los medios de comunicación tienen la obligación de divulgar tal información y tales ideas, el público tiene el derecho a recibirlas. Esto es tanto más así cuando, como en este caso, las personas afectadas, conocidos políticos, se han expuesto ellos mismos al examen público.

En estas circunstancias, el TEDH entiende que la reproducción de los extractos impugnados de la carta del señor Heller, no era en sí misma un motivo válido para el secuestro de

la publicación. Por el contrario, debido al hecho de que la publicación de las afirmaciones del señor Heller contribuía a la discusión de un tema de interés público y se refería a conocidos políticos, había que presentar razones particularmente importantes para explicar cualquier castigo a la empresa demandante por ayudar a su divulgación.

El TEDH entiende que en este caso el artículo permaneció dentro de los límites del comentario aceptable sobre un procedimiento ante los tribunales, y señala que el pasaje citado era claramente diferenciable del resto del artículo ya que estaba publicado entre comillas, escrito en cursiva y terminaba con: «fin de la cita» entre paréntesis. En estas circunstancias, el Tribunal no puede aceptar el argumento de que el artículo adoptaba la crítica del señor Heller como propia.

El TEDH entiende que los tribunales internos austriacos restringieron la libertad de expresión de la empresa demandante al basarse en razones que no pueden ser consideradas «relevantes» y «suficientes». Por lo tanto fueron más allá de lo que podría haber supuesto una restricción «necesaria» de la libertad de expresión de la empresa demandante y de este modo había habido una violación del artículo 10 del Convenio.

ANEXO

CASO ÖLLINGER CONTRA AUSTRIA¹¹

Sentencia del TEDH de 29 de junio de 2006

...

3. El demandante alega, en particular, una violación de su derecho a la libertad de reunión. ...

8. El 30 de octubre de 1998, el demandante, que es miembro del Parlamento por el Partido Verde, notificó a la Dirección de la Policía Federal de Salzburgo, conforme al artículo 2 de la Ley del Derecho de Reunión,¹² que el Día de Todos los Santos, el 1 de noviembre de 1998, desde las 9.00 hasta las 13.00, tendría lugar una reunión en el cementerio municipal de Salzburgo, en frente del monumento conmemorativo de la guerra. El mismo hizo constar que esa reunión coincidiría con la de la *Kameradschaft IV*,¹³ que el mismo consideraba ilegal.

9. El propósito de la reunión era conmemorar a los judíos de Salzburgo, asesinados por las SS, durante la II Guerra Mundial. ...

10. El 31 de octubre de 1998, la Dirección de la Policía Federal de Salzburgo, basándose en el artículo 6 de la Ley del Derecho de Reunión, y en el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, prohibió la reunión, sobre la base que la misma podía amenazar el orden y la seguridad públicos. ...

¹¹ Traducción de Alejandro Torres Gutiérrez.

Fuente: Base Datos de Jurisprudencia del TEDH.:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

¹² *Versammlungsgesetz*.

¹³ Literalmente: *Camadería IV*. Una asociación entre cuyas actividades se encuentra la realización de actos en honor de los miembros de los soldados de las SS que murieron en la II Guerra Mundial.

12. La Dirección de la Policía Federal de Salzburgo señaló que la *Kameradschaft IV* era una asociación registrada. Como muchas otras organizaciones, realizaba tradicionalmente una ceremonia conmemorativa en el cementerio de Salzburgo, el Día de Todos los Santos. Tales conmemoraciones eran calificadas como ceremonias populares, en el sentido del artículo 5 de la Ley del Derecho de Reunión, y por lo tanto no requerían de autorización. La perturbación de esta y de otras ceremonias conmemorativas, era como ofender los sentimientos religiosos de los miembros del público que visitaba el cementerio y podrían ser indudablemente consideradas como irrespetuosas respecto a los soldados muertos en ambas guerras mundiales, y por lo tanto como una provocación intolerable. Existía un riesgo de protestas por parte de los visitantes del cementerio, que podían terminar en un conflicto abierto entre ellos y los participantes en la reunión.

13. La Dirección de la Policía Federal de Salzburgo ordenó que cualquier recurso contra su decisión no tendría efecto suspensivo. Consecuentemente, la manifestación no pudo tener lugar.

14. El 17 de agosto de 1999, la Dirección de la Policía Federal de Salzburgo, rechazó una apelación por parte del demandante.

15. La Dirección de la Policía Federal de Salzburgo hizo constar que la *Kameradschaft IV* era una asociación registrada, cuyos partícipes eran principalmente anteriores miembros de las SS. Durante más de 40 años había conmemorado a los soldados de las SS muertos durante la II Guerra Mundial, congregándose el Día de Todos los Santos, y depositando una corona conmemorativa en frente del memorial de guerra, en el cementerio municipal de Salzburgo. En los últimos pocos años, un cierto número de organizaciones habían organizado campañas de protestas, con el fin de perturbar la ceremonia de conmemoración de la *Kameradschaft IV*. Estas protestas habían conducido a vehementes discusiones con los miembros de la *Kameradschaft IV* y otros visitantes al cementerio y habían precisado la intervención de la policía. ...

17. El 13 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional, rechazó un recurso del demandante, alegando violaciones de sus derechos de libertad de asamblea, libertad de expresión libertad religiosa y no discriminación.

B. Valoración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

32. Es una consideración común que la prohibición en el caso concreto constituye una interferencia en el derecho de asamblea pacífica del demandante, que es prescrito por la Ley ...

33. Las alegaciones de las partes se concentran en la cuestión de si la interferencia fue “necesaria en una sociedad democrática”, en el sentido del Artículo 11, § 2. El Tribunal reitera que la noción de necesidad implica que la interferencia corresponde a una compulsiva necesidad social y, en particular, que es proporcionada al fin legítimo perseguido. ...

34. El TEDH hace constar al comienzo, que el presente caso hace referencia a derechos fundamentales en competencia. El derecho del demandante a la libertad de reunión pacífica y su derecho de libertad de expresión, que tienen que ser puestos en justo balance con el derecho de la otra organización a ser protegida contra perturbaciones de su reunión y el derecho de los asistentes al cementerio a la protección de su libertad de manifestar su propia religión.

35. En lo que respecta al derecho de libertad de asamblea pacífica tal y como es reconocido por el artículo 11, el Tribunal reitera que comprende tanto obligaciones positivas como negativas, por parte de los Estados contratantes.

36. Por un lado, el Estado está obligado a abstenerse de interferirse en ese derecho, lo cual se extiende también a una manifestación que pueda molestar u ofender a personas opuestas a las ideas o reclamaciones que la misma pretenda promover. ... Si cada probabilidad de tensión o intercambio acalorado entre grupos opuestos durante una manifestación, fuera suficiente para garantizar su prohibición, la sociedad se encontraría con que

estaría siendo privada de la oportunidad de escuchar diferentes puntos de vista. ...

37. Por otra parte, los Estados pueden verse obligados, bajo el artículo 11, a tomar medidas positivas en orden a proteger una manifestación legal, frente a contra-manifestantes. ...

38. ... La protección de las opiniones y del derecho a expresarlas, es uno de los objetivos de la libertad de asamblea y asociación consagradas en el artículo 11. ...

39. Volviendo finalmente al artículo 9 del CEDH, el Tribunal entiende que, aunque aquellos que opten por ejercer su derecho a manifestar su religión, no pueden esperar razonablemente estar exentos de toda crítica, la responsabilidad del Estado puede estar comprometida, cuando las ideas religiosas se encuentran con una oposición o son denegadas de una forma tal que se inhibe a aquéllos que profesan tales creencias, del ejercicio de su libertad a tenerlas o expresarlas. ...

43. La asamblea del demandante era claramente una contra-manifestación para protestar contra la reunión de la *Kameradschaft IV*, una asociación que indudablemente está compuesta por antiguos miembros de las SS. El demandante pone su énfasis en que el principal fin de la asamblea era recordar al público los crímenes cometidos por las SS, y conmemorar a los judíos de Salzburgo asesinados por ellos. La coincidencia en el tiempo con la ceremonia conmemorativa de la *Kameradschaft IV*, era una parte esencial del mensaje que querían transmitir.

44. Al parecer del TEDH, la prohibición incondicional de una contra-manifestación, es una medida de muy largo alcance que requeriría una justificación particular, tanto más cuanto el demandante, siendo un miembro del Parlamento, esencialmente deseaba protestar contra la concentración de la *Kameradschaft IV* y, de este modo, expresar una opinión sobre un tema de interés público, (véase *mutatis mutandis, Jerusalem contra Austria*, nº 26958/95, § 36, TEDH 201-II). ...

45. Queda fuera de toda duda que el objetivo de proteger la reunión de la *Kameradschaft IV* no otorga suficiente justificación para la prohibición recurrida. ...

46. Por lo tanto, queda por examinar si la prohibición estuvo justificada para poder proteger el derecho de los asistentes al cementerio, a manifestar su religión. El Tribunal Constitucional austriaco se basa en la naturaleza solemne del Día de Todos los Santos, tradicionalmente dedicado a la conmemoración de la muerte, y en las perturbaciones experimentadas en años anteriores, como resultado de las disputas entre miembros de la *Kameradschaft IV* y los participantes en las contra-manifestaciones.

47. Sin embargo, el Tribunal pone de manifiesto una serie de factores que indican que la prohibición a examen fue desproporcionada respecto al fin perseguido. Primero y principalmente, la asamblea no iba dirigida contra las creencias de los asistentes al cementerio, o su derecho a manifestarlas. Por otra parte, el demandante esperaba sólo un reducido número de participantes. Los mismos preveían medios pacíficos y silenciosos de expresar su opinión, concretamente el portar mensaje conmemorativos, y habían descartado explícitamente el uso de cánticos o pancartas. De este modo, la deseada asamblea en sí misma no habría herido los sentimientos de los asistentes al cementerio. Además, aunque las autoridades temían que, como en años anteriores, pudieran tener lugar debates acalorados, no se alegó ningún incidente de violencia que hubiera ocurrido en ocasiones anteriores.

48. En estas circunstancias, el Tribunal no resulta convencido por el argumento del Gobierno austriaco de que permitiendo ambas reuniones, incluso tomando medidas preventivas, tales como asegurar la presencia de la policía con el fin de mantener separadas las dos reuniones, no había una alternativa viable que hubiera preservado el derecho de libertad de asamblea del demandante al mismo tiempo que se hubiera ofrecido un

suficiente grado de protección respecto a los derechos de los asistentes al cementerio.

49. En lugar de esto, las autoridades locales impusieron una prohibición incondicional a la asamblea del demandante. El Tribunal por lo tanto entiende que se dio una infravaloración del interés del demandante de celebrar la deseada asamblea y expresar su protesta contra la reunión de la *Kameradschaft IV*, mientras se daba una excesiva ponderación al interés de los asistentes al cementerio a ser protegidos contra unas perturbaciones realmente limitadas.

50. Teniendo en cuenta estos factores, y a pesar del margen de apreciación del Estado en este campo, el Tribunal entiende que las autoridades austriacas fracasaron a la hora de realizar una ponderación equitativa entre los intereses en juego. ...

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL

1. Sostiene por 6 votos contra 1, que ha existido una violación del artículo 11 de la Convención. ...

VOTO PARTICULAR DEL JUEZ LOUCAIDES

Discrepo con la conclusión de que ha habido una violación del artículo 11 en este caso. Encuentro que la sentencia del Tribunal Constitucional austriaco es en todos los aspectos razonable y conforme con las previsiones del artículo 11 de la Convención. En particular encuentro que la prohibición de la asamblea en este caso, era necesaria para la protección de los derechos y las libertades de terceros, especialmente de las personas visitantes del cementerio para conmemorar el Día de Todos los Santos. Como fue correctamente advertido por el Tribunal Constitucional austriaco, este día es una importante festividad religiosa y la conmemoración de la muerte es protegida por el artículo 9 de la Convención, que contiene una obligación positiva para el Estado de proteger a las personas que manifiesten su religión contra perturbaciones deliberadas por parte de terceros. ...

El demandante esperaba alrededor de 6 participantes, que llevarían mensajes conmemorativos en sus manos y pegados a sus vestidos. El mismo señaló que no sería usado ningún medio de expresión (tal como cánticos o pancartas), que pudiera ofender la piedad o el orden público. Sin embargo había una evidencia indiscutida de que otro miembro del mismo partido que habría organizado la reunión, había rehusado a dar garantía de que la reunión propuesta en memoria de los judíos de Salzburgo asesinados, no perturbaría la reunión de la *Kameradschaft IV*. ...

Todas las personas civilizadas coinciden en que los nazis y sus SS fueron una parte horrible de la historia de la humanidad. El Holocausto y otros crímenes aborrecibles contra los judíos y otras pueblos recibieron la condena de todo el mundo, y millones de personas murieron para salvar a la humanidad de este azote. Sin embargo, insisto en que hay un tiempo y lugar para cada manifestación política, o reunión que conlleve perturbaciones a expensas de los derechos de terceros. ...

La asamblea habría tenido el resultado inevitable de interferirse con los derechos de los asistentes al cementerio, y esto era conocido por los participantes en ella. Incluso aunque no fuera su principal objetivo, el resultado habría sido el mismo. ...

Los participantes habrían formado un grupo organizado de personas compartiendo el mismo objetivo de confrontación con la *Kameradschaft IV*. Por lo tanto, el pequeño número de miembros de este grupo, no habría cambiado el hecho de que una perturbación cierta habría sido inevitablemente causada en el cementerio a costa de los derechos de otros. ...

En cualquier acontecimiento, uno no puede excluir razonablemente la posibilidad que un acalorado debate, pudiera desembocar en violentos incidentes. ...

En cualquier caso, limitado o no, las perturbaciones en el cementerio el Día de Todos los Santos, habrían sido suficientes para justificar la aplicación del límite referido a la “protección de

los derechos y libertades de los otros” en las circunstancias concurrentes en el presente caso. ...

Aunque personalmente soy remiso a invocar el “margen de apreciación”, salvo en casos excepcionales, la referencia a este concepto por parte de la mayoría en el contexto del presente caso no parece haber sido pertinente, en tanto en cuanto estimo que han sustituido su propia valoración de las circunstancias del caso, en lugar de las del Tribunal Constitucional, no dejando nada a un posterior margen de apreciación.

Por todas estas razones entiendo que no ha habido violación del artículo 11 de la Convención en este caso.

**CASO VERLAGSGRUPPE NEWS GMBH CONTRA
AUSTRIA¹⁴**

Sentencia del TEDH de 14 de diciembre de 2006

...

1. El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 76918/2001) presentada ante el Tribunal contra la República de Austria en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio») por Verlagsgruppe News GmbH («la empresa demandante») el 23 de octubre de 2001. ...

3. La empresa demandante alega que se violaron sus derechos en virtud del artículo 10 del Convenio. ...

Hechos.

I. Las circunstancias del caso.

7. La empresa demandante es la propietaria y editora de la revista semanal *News* y tiene su sede en Viena.

A. Antecedentes del caso.

8. En junio de 2000, el concejal de Asuntos Culturales, el señor Marboe, autorizó la actuación del señor Schlingensief «*Container Action*» durante el Festival Internacional de Viena. La puesta en escena tuvo lugar en un contenedor en el que los actores figuraban como solicitantes de asilo en Austria que eran sucesivamente votados para ser expulsados por el público. Esta *Container Action* fue severamente criticada por el público, entre otros, por miembros del Partido de la Libertad de Austria, (FPÖ).

¹⁴ Fuentes:

1) Base Datos de Jurisprudencia del TEDH:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

2) Westlaw:

www.westlaw.es

9. El 30 de junio de 2000, el periódico *Kurier* publicó una carta abierta al señor Marboe escrita por el artista austriaco André Heller, en la que agradecía y felicitaba al señor Marboe por haber permitido la actuación del señor Schlingensief. Un pasaje de dicha carta decía:

«... No se debe esperar que los Haiders, Böhmdorfers, Westenthalers, Riess-Passers, Mölzers, y de cualquier otra forma que esos espiritualmente depravados advenedizos políticos y sus diversos animadores de cervecería puedan llamarse, puedan tener la menor conciencia de cuan molestos, ruines y frecuentemente absurdos son...».

10. Posteriormente, los políticos del FPÖ citados en esta carta; excepto el señor Mölzer, presentaron una querrela por difamación contra el señor Heller, que retiraron más tarde.

11. El 7 de septiembre de 2000, la empresa demandante publicó el siguiente artículo en la página 46 de su número 36/00:

«Demanda judicial contra André Heller

Grandes del FPÖ demandan al artista crítico André Heller. No son “espiritualmente depravados”, sostienen.

Böhmdorfer demanda a Heller. No está solo: Jörg Haider, Peter Westenthaler y Susanne Riess-Passer han lanzado un poderoso ataque contra André Heller con la ayuda de la firma de abogados Böhmdorfer-Gheneff Rechtsanwälte KEG.

La razón es que el artista André Heller, un crítico del Gobierno, escribió una “carta abierta” en el *Kurier* prodigando alabanzas al concejal de asuntos culturales de Viena, Peter Marboe (ÖVP). Poco después de esto, sin embargo, Peter Marboe permitió que el provocador contenedor de Schlingensief fuera instalado fuera de la Opera de Viena como un espectáculo del Festival Internacional, a pesar de la agria oposición del *Kronen Zeitung*, un furioso FPÖ de Viena y del Ministro de Justicia, Dieter Böhmdorfer, que le amenazó con demandarle.

André Heller escribió entonces en el *Kurier*: “... *No se puede esperar que los Haiders, Böhmdorfers, Westenthalers, Riess-*

Passers, Mölzers, y de cualquier otra forma que esos espiritualmente depravados advenedizos políticos y sus diversos animadores de cervecería puedan llamarse, puedan tener la menor conciencia de cuan molestos, ruines y frecuentemente absurdos son" (fin de la cita). Böhmdorfer & Co. no aguantarán esta humillación. Han dado instrucciones a Böhmdorfer-Gheneff KEG, con quien el Ministro de Justicia rompió sus vínculos en marzo, presentar una demanda judicial contra el señor Heller.

"Ruines". En la demanda se afirma que las alegaciones hechas en la carta del señor Heller son *"inciertas"* y que la *"acusación no sustanciada"* de que Böhmdorfer & Co. eran *"ruines"* suponía *"lo que parece ser un absolutamente clásico caso de difamación en el sentido del Código Penal"* Lo mismo se aplicaba a la expresión *"espiritualmente depravados advenedizos políticos"*.

Huberta Gheneff-Fürst, actualmente la única socia de la firma de abogados a la que el actual Ministro de Justicia aun pertenecía hace seis meses, pide para André Heller *"un castigo proporcionado a su culpabilidad"* como la persona responsable de la calumnia engañosa.

Última parada Maurer. Como ha sucedido en otros casos similares, André Heller pudo ser absuelto de difamación en primera instancia ya que un artista realmente debería tener el derecho de expresar una fuerte crítica. Pero en jurisdicción de última instancia el Juez Ernest Maurer, conocido como simpatizante del FPÖ, pudo entrar en la trama. Ernest Maurer fue nombrado para la Junta Directiva de la Corporación de Radiodifusión Austriaca por el FPÖ, y eso crea al menos una apariencia de parcialidad.

Sospecha. Incluso la Presidenta de la Asociación de Jueces, Barbara Helige, está de alguna manera asombrada por la señora Gheneff-Fürst, especialmente ya que la abogado insiste en mantener el "Böhmdorfer" en el nombre de la firma legal: "Si un antiguo socio del actual Ministro de Justicia sigue subrayando lo

importante que es para el nombre de Böhmdorfer aparecer en el membrete de la firma legal, el observador no informado sospechará que hay algo político detrás de ello”.

Efectivamente».

Sobre el artículo se publicaba una foto mostrando al señor Westenthaler entre el señor Haider y el señor Böhmdorfer.

B. Procedimiento de secuestro.

12. El señor Westenthaler, uno de los políticos del FPÖ afectados, presentó una solicitud de secuestro del número de la empresa demandante 36/00 de 7 de septiembre de 2000.

13. El 9 de octubre de 2000, el Tribunal Regional de St. Pölten, tras haber celebrado una audiencia, admitió esta solicitud en virtud del artículo 33.2 de la Ley de Medios de Comunicación y ordenó a la empresa demandante pagar las costas.

14. El Tribunal señalaba en su razonamiento que el pasaje citado consistía en juicios de valor que insultaban al querellante en el sentido del artículo 115 del Código Penal. El hecho de que el artículo simplemente citara las afirmaciones impugnadas y hubiera informado de manera neutral sobre la crítica en cuestión era irrelevante para el procedimiento en virtud del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación. A la vista del artículo 10 del Convenio, el Tribunal, sin embargo, expresó sus dudas en cuanto a la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación ya que no concede protección de una cita correcta del pasaje incriminado de que se trate en un procedimiento por difamación pendiente. Así, en opinión del Tribunal, serían prácticamente imposibles una información y una crítica extensas sobre un procedimiento por difamación pendiente.

15. La empresa demandante recurrió, alegando que el secuestro vulneró su derecho a la libertad de expresión en virtud del artículo 10 del Convenio.

16. El 4 de abril de 2001, el Tribunal de Apelación de Viena confirmó en esencia la decisión del Tribunal Regional. El Tribunal señalaba en primer lugar que el artículo mostraba, por su

apariciencia y estructura, que no pretendía ser una información neutral. El Tribunal se refería a este respecto a las repetidas indirectas al señor Böhmdorfer, a las alusiones a las motivaciones políticas y al mal uso de las demandas y al pasaje relativo al resultado de la demanda por difamación pendiente ante el Tribunal de Apelación, que expresaba en particular que un artista debería tener derecho a la crítica aguda. El Tribunal señalaba además que el pasaje en cuestión debía ser analizado a la vista del artículo en conjunto. A este respecto, el Tribunal entendía que el estilo informativo utilizado era típico de *News*, esto es, que utilizaba una especial disposición, realzando ciertas palabras en negrita o cursiva y añadiendo fotografías etc., lo que tendía a influir inconscientemente en el lector. La primera parte del artículo, incluyendo el pasaje aludido, aun podía ser considerado como una información objetiva si se tomaba aisladamente. Sin embargo, el subtítulo del siguiente pasaje, la palabra «**ruines**» escrita en negrita, captaba la vista del lector y centraba su atención en una dirección ambigua, incriminando al querellante. Incluso si el siguiente pasaje trataba simplemente del contenido de la querrela, transmitía al lector que el querellante era de hecho ruin ya que algunas de las palabras estaban subrayadas en cursiva y por ello alcanzaban una importancia independiente. El Tribunal concluía que el artículo no se limitaba a una cita objetiva. El Tribunal de primera instancia había clasificado falsamente el artículo como una información sobre un procedimiento ante los tribunales ya que tal información presumía la existencia de juicios ante los tribunales mientras que en el presente caso solamente había habido una querrela del Fiscal. Al sopesar los intereses en conflicto, como el derecho a la libertad de expresión de la empresa demandante por un lado, y el interés del querellante a no ser difamado, por otro, el Tribunal se inclinaba a favor de este último. Señalaba que incluso aceptando que existiera un interés público en el tema en cuestión, la alegación contra el querellante, esto es, que tenía un carácter ruin sin haber aportado ninguna base de hecho para dicha afirmación, le difamaba en el sentido del artículo 111 del Código Penal y era una información

sin valor para el debate público. Por lo tanto, excedía los límites de la crítica legal en virtud del artículo 10 del Convenio. Por ello, la injerencia en el derecho de la empresa demandante a la libertad de expresión, esto es el secuestro de la publicación en cuestión, era necesaria y también proporcionada al fin perseguido. Tanto más cuanto que el secuestro se refería en general únicamente a cuestiones antiguas sin relación con la actualidad presente y simplemente con un interés histórico.

17. Finalmente, el Tribunal de Apelación no compartía la preocupación del Tribunal Regional en cuanto a la posible inconstitucionalidad del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación. El Tribunal señaló que, de todos modos, el criterio establecido en virtud del artículo 10 del Convenio tenía que ser considerado al valorar si la afirmación se refería o no a un delito establecido en el sentido del artículo 111 del Código Penal.

...

II. Legislación interna aplicable.

19. El artículo 111 del Código Penal dispone:

«1. El que de manera que pueda ser percibida por un tercero acusare a otro de poseer un carácter despreciable o una actitud o un comportamiento contrarios al honor o a la moralidad y de tal naturaleza que le hicieren despreciable o rebajaren en su consideración pública, será castigado con una pena de prisión que no exceda los seis meses o con una multa...

2. El que cometiere este delito en un documento impreso, por radiodifusión o de otra manera de tal modo que hiciera la difamación accesible a un amplio sector del público, será castigado con una pena de prisión que no excederá el plazo de un año o con una multa...».

20. El artículo 115 del Código Penal dispone:

«1. El que, en público o en presencia de otras personas, insultare, se burlare, maltratare o amenazare con maltratar a un tercero, será castigado con una pena de prisión que no exceda los tres meses o

con una multa... a menos que fuere castigado a una pena superior en virtud de otra disposición...».

21. Una sanción específica dispuesta por la Ley de Medios de Comunicación es el secuestro de la publicación afectada (artículo 33). El secuestro puede ser ordenado además de cualquier sanción normal en virtud del Código Penal (artículo 33.1).

22. El secuestro puede también ser ordenado por un llamado procedimiento «objetivo» separado para la supresión de una publicación, como dispone el artículo 33.2 de la Ley de Medios de Comunicación, ...

Fundamentos de derecho.

I. Sobre la violación del artículo 10 del Convenio.

23. La empresa demandante se queja, en virtud del artículo 10 del Convenio, de que la decisión de los tribunales austriacos ordenando el secuestro de su publicación núm. 36/00 de 7 de septiembre de 2000 vulneró su derecho a la libertad de expresión.

El artículo 10, en sus pasajes aplicables dispone:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras

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

A. Alegaciones de las partes.

24. La empresa demandante alega que la carta abierta del señor Heller entra en la protección del artículo 10 del Convenio. Era parte de un debate en los medios de comunicación relativo a la política de educación y cultural que incluía aspectos políticos fundamentales, incluidas afirmaciones de hecho verídicas y juicios de valor basados en hechos y dirigidos, entre otras personas, el señor Westenthaler como dirigente político del partido FPÖ. Por lo tanto, la cita de partes de su carta gozaba también de la protección del artículo 10. Además, la empresa demandante no hizo afirmaciones objetables sino que se limitó a cuidadosas citas. Como el procedimiento penal contra el señor Heller estaba entonces pendiente, esta información era de interés público. La estructura y el sentido del artículo en cuestión era neutral. La información sobre un procedimiento pendiente ante los tribunales podía ser sólo informativa si también se mencionaba el tema de dicho procedimiento. Los tribunales internos habían interpretado el artículo en cuestión y la posibilidad de la empresa demandante de justificar la cita de las afirmaciones impugnadas de manera estricta y en violación del artículo 10 del Convenio. El mero hecho de que una afirmación deba ser considerada como un delito en el sentido de la legislación aplicable no implica que una información sobre dicha afirmación suponga *ipso iure* un delito contra el honor de una persona. El texto del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación no era conforme con los requisitos del artículo 10 del Convenio ya que no proporcionaba protección a una cita correcta. La medida en cuestión constituía un castigo cuya naturaleza permanecía invariable independientemente de la gravedad de sus consecuencias. Había sufrido perjuicio material debido a la orden de secuestro.

25. El Gobierno alega que según la «jurisprudencia sobre citas» de los tribunales austriacos, la publicación de una afirmación que satisfaga la definición de un delito puede llevar a sanciones contra el medio de comunicación afectado a menos que exista una razón objetiva, como por ejemplo, la protección de un derecho

básico, que justifique tal afirmación. En este caso, habiendo sopesado cuidadosamente la libertad de expresión y la protección de la reputación de otros, el Tribunal de segunda instancia estableció ampliamente los argumentos a favor de la aplicación del artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación. Consideró acertadamente que la afirmación «espiritualmente depravado» suponía una ofensa y violaba el derecho de la persona afectada a su reputación. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Apelación, el Gobierno afirmó que la cita correcta de un insulto de una persona por otra persona estaba protegida por el artículo 10 del Convenio y no justificaba el secuestro. En este caso, sin embargo, la empresa demandante no había informado sobre el procedimiento pendiente por difamación de manera neutral, sino que se había identificado con el contenido de las afirmaciones citadas. El Gobierno se refiere a este respecto a la conclusión del Tribunal de Apelación en cuanto a la estructura y estilo del artículo y, más concretamente, al subtítulo del artículo cuyo sentido entre líneas, en su opinión, traía implícita una acusación de ser «espiritualmente depravado». El derecho de una víctima sería casi completamente nulo sin una adecuada protección contra los abusos de las citas, si un medio fuera libre para publicar además la difamación hecha por terceras personas. La empresa demandante no había sido privada de la posibilidad de informar al público sobre el hecho de que estuviera pendiente un procedimiento penal contra el señor Heller. Finalmente, el secuestro era principalmente una medida de salvaguarda que contenía elementos de castigo menor. Aparece proporcionado ya que la mayoría de los temas de la revista semanal, de alguna manera, ya habían sido publicados. La empresa demandante no había sustanciado suficientemente el supuesto daño resultante del secuestro.

B. Valoración del Tribunal.

26. El Tribunal recuerda que su función no es revisar la legislación y la jurisprudencia *in abstracto*, sino determinar si la manera en la que se han aplicado o han afectado al demandante

ha dado lugar a una violación del Convenio (véase *Karhuvaara e Iltalehti contra Finlandia* [PROV 2005\ 27047], núm. 53678/2000, ap. 49, TEDH 2004-X, con más referencias). Para valorar si ha habido violación del artículo 10 del Convenio, el Tribunal examinará el punto de vista del razonamiento adoptado por el Tribunal de segunda instancia que ordenó el secuestro ya que entendió que los intereses del señor Westenthaler eran de más peso que los de la empresa demandante en su derecho a la libertad de expresión.

27. El Tribunal entiende, y las partes están de acuerdo, en que existió una injerencia en el derecho de la empresa demandante a la libertad de expresión, tal y como la garantiza el artículo 10.1 del Convenio. La injerencia en cuestión tenía su base legal en el artículo 33 de la Ley de Medios de Comunicación y perseguía el fin legítimo de proteger la reputación y los derechos ajenos.

28. Los argumentos de las partes se concentran en la necesidad de la injerencia. El Tribunal se refiere a los principios generales relativos a la libertad de prensa y a la cuestión de la valoración de la necesidad de una injerencia en esa libertad, como se indica en el sumario de su jurisprudencia en el asunto *Fresoz y Loire contra Francia* (TEDH 1999\ 3) ([GS], núm. 29183/1995, p. 45, TEDH 1999-I). De conformidad con su jurisprudencia, el Tribunal examinará si las razones aducidas por los tribunales internos fueron «relevantes y suficientes» y si la injerencia fue proporcionada al fin legítimo perseguido. Al hacerlo, el Tribunal tendrá en cuenta el margen de apreciación de que gozan los tribunales internos.

29. En este caso, el artículo en cuestión incluía extractos de la carta del señor Heller llamando a algunos políticos del FPÖ, entre ellos al señor Westenthaler, «espiritualmente depravados advenedizos políticos» que «[no] tienen la menor conciencia de cuan molestos, ruines y frecuentemente absurdos son». Los tribunales internos ordenaron el secuestro porque consideraban que estas afirmaciones suponían insultos y difamación. El Tribunal de segunda instancia, a diferencia del de primera

instancia, alegó que el secuestro era necesario porque el artículo había adoptado, por lo menos en parte, el contenido de una cita.

30. El Tribunal señala que las afirmaciones relativas entre otros al señor Westenthaler pueden ciertamente ser consideradas polémicas. Sin embargo, el Tribunal entiende que es de especial importancia en este caso que el artículo no hiciera las afirmaciones objetables sino que ayudara a su divulgación citándolas. En ese momento, las afirmaciones impugnadas ya habían de hecho sido divulgadas ampliamente ya que otro periódico había publicado la carta abierta del señor Heller algunos meses antes. La empresa demandante citó la carta en el contexto de su reportaje sobre el procedimiento por difamación pendiente contra el señor Heller que, afectando por un lado a varios políticos del FPÖ y por otro a un famoso artista que los criticaba públicamente, era ciertamente un tema de interés Público. El Tribunal recuerda además que la obligación de la prensa de divulgar información e ideas sobre todas las cuestiones de interés público se extiende a la información y comentarios de los procesos ante los tribunales (véase, *mutatis mutandis*, *News Verlags GmbH & Co.KG contra Austria* [TEDH 2000\ 2], núm. 31457/1996, ap. 56, TEDH 2000-I, con más referencias). No sólo los medios de comunicación tienen la obligación de divulgar tal información y tales ideas, el público tiene el derecho a recibirlas. Esto es tanto más así cuando, como en este caso, las personas afectadas, conocidos políticos, se han expuesto ellos mismos al examen público (véase, *mutatis mutandis*, *Scharsach y News Verlagsgesellschaft contra Austria* [PROV 2004\ 73137], núm. 39394/1998, ap. 38, TEDH 2003-XI). El Tribunal apoya los argumentos de la empresa demandante y del Tribunal de primera instancia de que una información extensa sobre el procedimiento por difamación en cuestión habría quedado considerablemente reducida sin la posibilidad de informar a los lectores sobre el verdadero objeto del procedimiento.

31. En estas circunstancias, el Tribunal no puede concluir que la reproducción de los extractos impugnados de la carta del señor

Heller fuera en sí misma un motivo válido para el secuestro en cuestión (véase, *mutatis mutandis*, Sentencia *Sunday Times contra el Reino Unido* [TEDH 1991\ 50] [núm. 2] de 26 noviembre 1991, serie A núm. 217, ap. 55). Por el contrario, debido al hecho de que la publicación de las afirmaciones del señor Heller contribuía a la discusión de un tema de interés público y se refería a conocidos políticos, había que presentar razones particularmente importantes para explicar cualquier castigo a la empresa demandante por ayudar a su divulgación (véase, *mutatis mutandis*, *Thoma contra Luxemburgo* [TEDH 2001\ 240], núm. 38432/1997, ap. 62, TEDH 2001-III, con más referencias).

32. El Tribunal de segunda instancia entendió que a la información del artículo le faltaba neutralidad y se refirió a este respecto a las repetidas indirectas al Ministro de Justicia, señor Böhmdorfer, cuya anterior firma de abogados representaba a los querellantes en el procedimiento por difamación, a las alusiones del artículo a las motivaciones políticas de las demandas judiciales y a su pasaje relativo al resultado del procedimiento por difamación ante el Tribunal de segunda instancia, que en particular, expresaba que un artista debería tener derecho a realizar críticas agudas. Señalaba además que el pasaje citado tenía que ser analizado a la vista del artículo en su conjunto. Mientras la primera parte del artículo, incluido el pasaje en cuestión, podía ser considerado como una información objetiva si se tomaba aisladamente, el siguiente párrafo, especialmente su disposición, sugería al lector que el señor Westenthaler, como afirmaba el pasaje citado, era en efecto ruin.

33. El Tribunal no encuentra que estas fueran «razones particularmente poderosas» en el sentido de la citada jurisprudencia. Ciertamente es verdad que el artículo en cuestión reflejaba una visión bastante crítica del procedimiento por difamación. Esto en sí mismo no puede, sin embargo, justificar la conclusión de que el artículo identificaba y adoptaba el contenido de las afirmaciones impugnadas del pasaje citado. A este respecto, el Tribunal recuerda que un requisito general para que

los periodistas se distancien sistemática y formalmente del contenido de una cita que pueda insultar o provocar a otros o dañar su reputación no es compatible con el papel de la prensa de proporcionar información sobre acontecimientos de actualidad, opiniones e ideas (véase *Thoma contra Luxemburgo* [TEDH 2991\ 240], anteriormente citada, ap. 64). El Tribunal entiende que en este caso el artículo permaneció dentro de los límites del comentario aceptable sobre un procedimiento ante los tribunales.

34. Volviendo al resto de los argumentos del Tribunal de segunda instancia, el Tribunal señala que el párrafo que seguía al pasaje citado incluía extractos del texto de la demanda judicial que discutían precisamente el pasaje impugnado. Este párrafo estaba encabezado por una de las palabras posteriormente citadas, la palabra «ruines» publicada entre comillas y en negrita. El Tribunal no encuentra que esta forma de presentación sugiera ningún mensaje más allá de la cita del texto real de la afirmación del señor Heller y de la posterior demanda judicial.

35. En todo caso, el Tribunal señala que el pasaje citado era claramente diferenciable del resto del artículo ya que estaba publicado entre comillas, escrito en cursiva y terminaba con: «fin de la cita» entre paréntesis. En el artículo o en sus encabezamientos no se hacía ningún comentario más sobre el carácter del señor Westenthaler. En estas circunstancias, el Tribunal no puede aceptar el argumento de que el artículo adoptaba la crítica del señor Heller como propia.

36. Así, los tribunales internos restringieron la libertad de expresión de la empresa demandante al basarse en razones que no pueden ser consideradas «relevantes» y «suficientes». Por lo tanto fueron más allá de lo que podría haber supuesto una restricción «necesaria» de la libertad de expresión de la empresa demandante. El argumento del Gobierno en cuanto a la naturaleza imitada de la injerencia no es por lo tanto decisivo.

37. Por lo tanto ha habido una violación del artículo 10 del Convenio.

II. Aplicación del artículo 41 del Convenio.

38. El artículo 41 del Convenio dispone:

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa». ...

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD

1º *Declara* que ha habido violación del artículo 10 del Convenio;

...

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ SEÑOR JEBENS

Estoy de acuerdo con la mayoría en que el secuestro del número del 7 de septiembre de 2000 de la revista semanal *News* supuso una violación del artículo 10 del Convenio. Sin embargo, no comparto el razonamiento de la mayoría sobre dos puntos que discutiré a continuación.

En primer lugar, la única razón justificable para concluir una violación del artículo 10 en este caso es, en mi opinión, el hecho de que la empresa demandante hubiera citado la afirmación previamente expresada por el señor Heller en su reportaje sobre un procedimiento pendiente por difamación en su contra. Ello es así, porque la jurisprudencia del Tribunal deja traslucir que la posición privilegiada de los periódicos está basada en «la contribución de la prensa a la discusión de temas de interés general» (Sentencia *Jersild contra Dinamarca* de 23 septiembre 1994 [TEDH 1994\ 36], serie A núm. 298, ap. 35). Por lo tanto, si las afirmaciones censurables del artículo del periódico *Kurier* no estaban protegidas por el artículo 10, ni el hecho de que la revista no las hubiera hecho sino que hubiera «ayudado a su divulgación al citarlas», ni el hecho de que las afirmaciones hubieran «sido ya ampliamente difundidas», como alega la mayoría en el apartado 30, son en mi opinión relevantes en relación con el artículo 10. Al subrayar estos elementos de hecho, la mayoría va más allá de lo

que en mi opinión es necesario para proteger el papel de la prensa.

En segundo lugar, en relación con el punto de vista crítico de la cobertura de *News* en cuanto al procedimiento por difamación, me gustaría clarificar otra cosa en cuanto a mi opinión. Estoy de acuerdo con la mayoría en que «el artículo permaneció dentro de los límites del comentario aceptable sobre un procedimiento ante los tribunales», como afirma en el apartado 33. Sin embargo, se debe tener en cuenta a este respecto la naturaleza de las afirmaciones. Al evaluar la cobertura de *News* del procedimiento por difamación contra el señor Heller, en mi opinión es importante que las afirmaciones que fueron citadas en el artículo eran juicios de valor negativos, no alegaciones falsas de hechos. Ello es así porque se debe asumir que la visión bastante crítica del periódico del procedimiento por difamación no creó un daño adicional a las personas descritas, de manera contraria a la situación si las frases citadas hubieran contenido alegaciones de hechos. Diferenciar entre diferentes tipos de alegaciones a este respecto es en mi opinión totalmente consistente con el papel de la prensa de proporcionar información, como se describe en la sentencia *Thoma contra Luxemburgo*, anteriormente citada, ap. 64.

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ SEÑOR HERNDL.

El propósito de esta opinión concordante es destacar dos puntos.

1. En el apartado 30 de la sentencia, el Tribunal subraya el hecho de que el artículo incriminado publicado en la revista semanal NEWS del 7 de septiembre de 2000 «no hiciera las afirmaciones objetables por sí mismo sino que ayudara a su divulgación citándolas».

Cuando se publicó el núm. 36/2000 de NEWS, las afirmaciones impugnadas habían sido ampliamente divulgadas ya que otro periódico había publicado la «carta abierta» del señor Heller varios meses antes. Por lo tanto, y en línea con la

jurisprudencia del Tribunal (véase la Sentencia *Observer y Guardian contra el Reino Unido* [TEDH 1991\ 51] de 26 noviembre 1991, serie A, núm. 216, ap. 33 y sig.; y Sentencia *Weber contra Suiza* [TEDH 1990\ 13] de 22 mayo 1990, serie A, núm. 177, ap. 22: la información en cuestión ya había pasado a ser «del dominio público»), la reproducción de los extractos impugnados de la «carta abierta» en el marco de un artículo publicado por NEWS no puede ser considerada como un motivo válido para las decisiones de los tribunales austriacos en cuanto al secuestro del número 36/2000. Era ciertamente una violación del artículo 10 del Convenio.

2. El contenido de la «carta abierta» del señor Heller, sin embargo, y la elección de las palabras incriminadas no debería ser fácilmente calificado como un sencillo juicio de valor criticando como lo hace a algunos políticos. La fraseología utilizada por el autor estaba destinada aparente y principalmente a insultar a esas personas, y como tal, como un insulto personal redactado en palabras rebajantes como «seelenhygienisch heruntergekommen» (espiritualmente depravado) y «niederträchtig» (ruin), no debería gozar de la protección del artículo 10 del Convenio. Como los Jueces Matscher y Thór Vilhjálmsson afirmaron en su opinión disidente en el asunto *Oberschlick* (núm. 2), «un insulto nunca puede ser un juicio de valor» (Sentencia *Oberschlick contra Austria* [TEDH 1997\ 41] (núm. 2) de 1 julio 1997, *Repertorio de sentencias y resoluciones* 1997-IV, pg. 1279). Además, en ese caso el Tribunal tuvo cuidado en vincular su opinión sobre la proporcionalidad (o más bien la falta de proporcionalidad) de la reacción a la palabra insultante «Trottel» (idiota) con la indignación deliberadamente desatada por el discurso de un político (*loc. cit.* ap. 34). ¿Habría dicho lo mismo el Tribunal sí, como en este caso, las palabras insultantes hubieran estado contenidas en una «carta abierta» felicitando a la autoridad competente por haber permitido la ejecución de acciones de alguna manera espectaculares que hubieran sido severamente criticadas por el público? (apartado 8 *supra*).

