

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 70. Segundo trimestre 2003**

**García San José, Daniel Ignacio**

Profesor de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales. Universidad de Sevilla

**SIGNIFICADO Y ALCANCE JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1)**

Estudios

Serie: *Constitucional*

**VOCES:** DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTADES FUNDAMENTALES. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DERECHOS HUMANOS. UNION EUROPEA.

**ÍNDICE**

I. Significado del derecho a la intimidad en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950

1. Un derecho identificable en la esfera íntima de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio

2. El derecho a la intimidad como límite al ejercicio de otros derechos

II. Alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema de garantía instituido en el Convenio europeo

1. Interpretación y protección del derecho a la intimidad a la luz del modelo europeo de sociedad democrática

2. La intimidad como factor regulador del margen de apreciación de los Estados en el control de las injerencias permitidas en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio

**TEXTO**

**I. SIGNIFICADO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950**

Los sistemas que suelen proponerse para trazar los límites del derecho a la intimidad frente a otros derechos y, de modo particular, al derecho a la vida privada, sistemas subjetivo, espacial y objetivo,

respectivamente (2), difícilmente pueden ser traspuestos, sin más, al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante «el Convenio europeo» (3)), por el hecho de que a nivel europeo se utiliza el concepto de «vida privada» en un sentido más amplio y sustitutivo del término «intimidad». La distinción entre ambos términos existiría, sin embargo, en opinión de REBOLLO DELGADO, gracias a la adopción por el Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante «el Tribunal europeo») de la teoría de las esferas. En virtud de esta teoría existe un ámbito de la persona en el que se desenvuelve lo que ésta no quiere dar a conocer a otras. Una segunda esfera lo constituyen aquellos aspectos que comparte en un ámbito un poco más genérico, pero en sí reducido, como la familia o los amigos. Finalmente, la tercera esfera estaría integrada por aquello que la sociedad puede conocer de una persona o lo que ésta quiere que conozcan de ella en su relación social. Así, sólo el primer ámbito o esfera se identificaría con la intimidad mientras que los restantes aludirían a la vida privada (4).

Debe recordarse el deseo expreso por parte de los redactores del Convenio europeo, de utilizar una terminología genérica al enunciar algunos de los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la pretensión de que tales derechos debían ser concretados por los órganos garantes de este sistema: la Comisión y el Tribunal europeos (5). En este sentido, la teoría de las esferas y la solución que permite alcanzar su aplicación en los ordenamientos jurídicos internos no me parece un método completamente fiable de aproximación al derecho a la intimidad en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos si no va acompañado del conocimiento de la lógica interna de este sistema, y en particular, si no toma en consideración la relevancia que el modelo europeo de sociedad democrática tiene en la interpretación y aplicación de los derechos y libertades protegidos en el mismo. De esta cuestión me ocupó en las páginas siguientes, aunque sucintamente, a los efectos del presente estudio (6).

Así pues, el contenido y alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema europeo de protección de derechos humanos no puede ser aprehendido aplicando los sistemas subjetivo, espacial y objetivo, como tampoco sólo a la luz de la teoría de las esferas. Es preciso tener en cuenta, además, el hecho de que el Tribunal europeo procede a concretar el derecho a la intimidad, por una parte, considerando el margen de apreciación que disponen los Estados parte en el Convenio para cumplir sus obligaciones en el mismo (7) y, por otra parte, asumiendo como signo distintivo del Convenio europeo su carácter de instrumento vivo, lo cual exige interpretarlo y aplicarlo considerando tres factores: las condiciones de vida actuales, el principio del efecto útil de los derechos protegidos y el modelo europeo de sociedad democrática. De los tres, este último factor es el que, en mi opinión, permite dar un perfil exacto del contenido y alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema del Convenio y, por tanto, requerirá un análisis específico en el epígrafe II (Alcance jurídico del derecho a la intimidad en el sistema de garantía instituido en el Convenio).

En consecuencia, en el sistema del Convenio europeo se aprecian algunos aspectos del derecho a la intimidad que pueden constatarse igualmente en el ordenamiento jurídico de los Estados que participan en el mismo, pero las singularidades propias de este sistema, en mi opinión, caracterizan el contenido de este derecho con una doble dimensión. De una parte, el derecho a la intimidad no aparece como un derecho autónomo sino como un aspecto esencial, irreductible, de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada, familiar, al domicilio y al secreto de la correspondencia). El Tribunal europeo ha tomado en consideración tal dimensión de estos derechos, de modo particular, al considerar la justificación en una sociedad democrática de la necesidad y proporcionalidad de las injerencias de las autoridades públicas en el disfrute de éstos (8).

De otra parte, el derecho a la intimidad sí aparece configurado como un derecho autónomo que, aunque no reflejado expresamente en el enunciado del Convenio, encuentra su protección en el derecho al respeto de la vida privada, enunciado en el artículo 8. Desde esta segunda dimensión, el derecho a la inti-

midad no aparece como un núcleo duro de este derecho, sino como un aspecto independiente del mismo: el derecho al honor, a la reputación y a la imagen que los demás tienen de uno. A diferencia de la dimensión anterior, ésta ha sido concretada por el Tribunal europeo en su jurisprudencia como límite al ejercicio de otros derechos protegidos en el sistema del Convenio, en particular, el derecho a la libertad de expresión y de información reconocido en el artículo 10 del Convenio (9).

1. Un derecho identificable con la esfera íntima de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio

Como ha escrito CABEZUELO ARENAS, al referirse a la distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada, «estamos ante realidades que presentan matices diferentes. La intimidad constituye, indiscutiblemente la realidad más intensa del ser humano más aún que la vida privada, que la engloba y absorbe». «En este sentido -señala esta autora-, existen vivencias que por su esencia o naturaleza participan de la primera, sin que puedan quedar comprendidas junto a otras de menor trascendencia en la generalidad de lo privado» (10).

Una aproximación similar a la descrita por CABEZUELO ARENAS es la seguida por el Tribunal europeo para concretar el derecho a la intimidad ausente en el enunciado en el texto del artículo 8 del Convenio -que sí recoge expresamente el derecho a la vida privada (11). Se trata, como se ha indicado, de un círculo esencial que estaría, en opinión de este órgano jurisdiccional, en el corazón mismo de los derechos reconocidos en esta disposición. En este sentido, desde esta primera perspectiva sería más correcto referirse al aspecto íntimo del derecho a la vida privada, familiar, del domicilio y del secreto de la correspondencia, que a un derecho autónomo al respeto de la intimidad, términos éstos más exactos para referirnos a una segunda perspectiva que analizamos en el epígrafe siguiente (I.2.: El derecho a la intimidad como límite al ejercicio de otros derechos).

Así, en primer lugar, el aspecto íntimo del derecho al respeto de la vida privada lo constituye la vida sexual considerada por el Tribunal europeo como «uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona» en sentencias clásicas como las dictadas el 22 de octubre de 1981 y el 26 de octubre de 1988, en los casos *Dudgeon* y *Norris*, respectivamente. En ambas sentencias el Tribunal declaró la responsabilidad de Irlanda al no considerar necesaria en una sociedad democrática de conformidad con el párrafo segundo del artículo 8 del Convenio una legislación que sancionaba penalmente la práctica de relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por adultos en privado (12). Con posterioridad, el Tribunal ha mantenido el mismo criterio, en un contexto más amplio, en los casos *Lustig-Prean* y *Beckett*, y *Smith* y *Grady*. En ambas sentencias dictadas el 27 de septiembre de 1999 contra Reino Unido, el Tribunal europeo decidió por unanimidad que había habido una violación del artículo 8 del Convenio imputable al Reino Unido por la normativa relativa a la homosexualidad en el ejército, en virtud de la cual se realizaron unas investigaciones sobre los hábitos sexuales de los demandantes, todos ellos homosexuales, que condujeron a su expulsión de este cuerpo armado. Sin embargo, esta línea de interpretación judicial parece haber sido recientemente contradicha por la reciente sentencia de 26 de febrero de 2002 en el caso *Fretté* contra Francia (sentencia de 26/2/2002), relativo a la negativa a considerar una solicitud de adopción de un particular por el solo hecho de que éste reconoció su orientación homosexual. La Sala del Tribunal europeo decidió por cuatro votos contra tres que no había habido violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 8, considerando, como recoge en el párrafo 41 de la sentencia, que en un caso como el presente en el que las delicadas cuestiones planteadas afectan a asuntos en los que apenas existen opiniones comunes entre los Estados miembros del Consejo de Europa y donde, de manera general, el Derecho parece atravesar una fase de transición, es preciso dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado que están en contacto directo y permanente con las fuerzas vivas del país y,

así pues, en mejor posición que una jurisdicción internacional para evaluar las sensibilidades y el contexto locales.

A diferencia de la línea jurisprudencial principalmente seguida por el Tribunal europeo con respecto a aspectos tan íntimos de la vida privada de una persona como es su orientación sexual, en los casos relativos a transexuales, a pesar de estar igualmente en juego un aspecto íntimo de la vida privada de una persona, el margen de apreciación nacional es muy amplio al constatar el Tribunal europeo las amplias divergencias que en cuanto a su regulación se dan en los Estados partes en el Convenio europeo (13). Al menos así ha sido hasta las recientes sentencias de 11 de julio de 2002 en los casos *Christine Goodwin e I.*, ambos contra Reino Unido. Mediante un ejercicio de activismo judicial la Gran Sala del Tribunal europeo decidió, por unanimidad, la responsabilidad del Estado demandado por la violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y 12 (derecho a contraer matrimonio) del Convenio, motivada en la negativa de las autoridades del Reino Unido a modificar el sistema de registro civil en el que sólo consta el sexo de la persona en el momento de nacimiento. En ambas sentencias se produce un cambio con respecto a la jurisprudencia anterior relativa a los transexuales, justificada hasta entonces como se ha dicho, en el amplio margen de apreciación que los Estados parte en el Convenio debían tener en esta materia tan controvertida. En efecto, ahora señala el Tribunal europeo en el párrafo 90 de su sentencia en el caso *Goodwin*, que en el terreno del artículo 8 del Convenio, donde la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías de esta disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, incluyendo el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano. En el siglo XXI la facultad para los transexuales de disfrutar plenamente, frente a sus conciudadanos, del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, no habría de ser considerado como una cuestión controvertida que exija tiempo para que sean considerados los problemas en juego con mayor claridad. El Tribunal ha reiterado desde 1986 y, últimamente, en 1998, la importancia de examinar de manera permanente la necesidad de medidas jurídicas apropiadas, con respecto a la evolución de la ciencia y de la sociedad, pero el Estado demandado no ha hecho nada al respecto. Considerando cuanto antecede, el Tribunal estima que el Estado demandado ya no puede seguir invocando su margen de apreciación en la materia, salvo en lo que concierne a los medios que deben ponerse en práctica para asegurar el reconocimiento del derecho protegido en el Convenio. El Tribunal concluyó que la noción de justo equilibrio, inherente al Convenio, hacía inclinar la balanza a favor de la demandante. Hubo, así pues, una falta de respeto del derecho de la demandante a su vida privada en violación del artículo 8 (14).

El aspecto íntimo del derecho al respeto de la vida familiar aparece cuando está en juego los lazos familiares en una relación padre-hijo, que corren el riesgo de verse afectados cuando, en procedimientos de tutela, guarda o custodia de menores a cargo de instituciones públicas, no se establece un adecuado régimen de visitas. La jurisprudencia del Tribunal al respecto demuestra la importancia de no romper estos vínculos que están en el corazón mismo de la vida familiar (15). Así, en cuanto al régimen de visitas de padres a hijos, pueden verse la recientes sentencias del Tribunal europeo en los casos *Sahin c. Alemania*, *Sommerfeld c. Alemania* y *Hoffman c. Alemania* (sentencias de 11/10/2001, Sala, por cinco votos contra dos, violación del art. 8 en *Sahin* y *Sommerfeld* y no violación en *Hoffmann*). En conexión con medidas de retirada de custodia de hijos: casos *Buchberger c. Austria* (sentencia de 20/12/2001, Sala, por unanimidad, violación). *Kutzner c. Alemania* (sentencia de 26/2/2002, Sala, por unanimidad, violación). *P.C. y S. c. Reino Unido* (sentencia de 16/7/2002, Sala, por unanimidad, violación). Asimismo, cuando un menor quiere conocer su verdadera identidad y el único medio para ello es una prueba de ADN de su presunto progenitor, cuando éste se niega a ello y no se prevé en el ordenamiento jurídico ningún otro medio que permita a una autoridad independiente decidir sobre la cuestión de la paternidad en un breve plazo: *Mikulic c. Croacia* (sentencia de 7/2/2002, Sala, por unanimidad, violación art. 8 del Convenio).

El derecho al respeto del domicilio también conoce un aspecto íntimo puesto de manifiesto por el Tribunal europeo en aquellos casos relativos a registros secretos que no cuentan con las debidas garantías contra el abuso y cuando está en juego un uso del domicilio básico para el particular, como es el de servirle de lugar de descanso nocturno. Ejemplo de la primera situación pueden citarse los pronunciamientos de 20 de julio de 1998, en el caso Valenzuela Contreras c. España; de 25 de octubre de 2001, en el caso P.G. y J. H. contra Reino Unido; de 16 de abril de 2002, en el caso Stés Colas Est y otros contra Francia que viene a confirmar la sentencia de 4 de mayo de 2000 en el caso Rotaru contra Rumania; y de 16 de julio de 2002 en el caso Armstrong c. Reino Unido, relativos a escuchas secretas en el domicilio y a registros en el lugar de trabajo realizados bajo la cobertura de una legislación que no ofrecía garantías suficientes contra el abuso por parte de las autoridades en su facultad discrecional. Asimismo, la reciente sentencia de 18 de mayo de 2003 en el caso Prado Bugallo c. España en la que, por unanimidad, este órgano decidió que había habido una violación del artículo 8 del Convenio a consecuencia del procedimiento de escuchas secretas al que había sido sometido el demandante en el transcurso de una acción de lucha contra el narcotráfico en Galicia. En su razonamiento el Tribunal europeo recordó cómo en el caso Valenzuela Contreras contra España apreció la existencia de una violación de esta disposición dado que el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad en el momento de los hechos, el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en esta materia (16). Aun cuando el caso Prado Bugallo c. España se diferencia de aquél en cuanto a las mejoras introducidas por la Ley Orgánica 4/1988 en cuanto a las modalidades de control de la realización de escuchas secretas, en opinión del Tribunal europeo, las garantías introducidas en virtud de esta Ley no respondían, sin embargo, a todas las exigencias derivadas de su jurisprudencia (notablemente de las sentencias dictadas en los casos Kruslim y Huvig, ambos contra Francia). Exigencias que se refieren a la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, a la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y a las condiciones del establecimiento de resúmenes verbales consignando las conversaciones interceptadas, tarea que es dejada a la competencia exclusiva de la Secretaría del Tribunal. Estas insuficiencias concernían igualmente a las precauciones que debían tomarse para comunicar intactas y completas las escuchas realizadas a los fines de un eventual control por el juez y la defensa. La Ley Orgánica 4/1988 no contenía ninguna disposición a este respecto (17). En consecuencia, el Tribunal europeo constató que a la luz de estas lagunas, y a pesar de haber sido paliadas en parte por la jurisprudencia -en particular, del Tribunal Supremo-, España era responsable de una violación del artículo 8 del Convenio.

En cuanto a la segunda situación descrita, un aspecto íntimo del derecho al respeto del domicilio lo ha resaltado el Tribunal europeo en su sentencia de 2 de octubre de 2001, en el caso Hatton y otros contra Reino Unido, relativo a ruidos nocturnos. Frente a anteriores sentencias relativas a injerencias en el derecho al respeto del domicilio causadas por injerencias medioambientales (humos, olores y ruidos) (18), en su sentencia en el caso Hatton y otros, el Tribunal distingue un tipo calificado de injerencia en este derecho: cuando se afecta al descanso nocturno (19).

En cuarto y último lugar, el aspecto íntimo del derecho al secreto de la correspondencia lo ha deducido el Tribunal europeo a partir de un tipo cualificado de ésta, la correspondencia de personas privadas de libertad, en dos supuestos: tratándose de una relación epistolar mantenida entre un recluso y su abogado (20), de un lado, y cuando la correspondencia de un recluso tenía por destinatario a los órganos garantes del sistema del Convenio, la Comisión y el Tribunal europeos (21). Entre los ejemplos de reciente jurisprudencia relativa a la interceptación de correspondencia de reclusos dictada por el Tribunal europeo en 2002 pueden citarse los casos A.B. c. Países Bajos (sentencia de 29/1/2002, Sala, por unanimidad, violación); Puzinas c. Lituania (sentencia de 14/3/2002, Sala, por unanimidad, violación); y William Faulkner c. Reino Unido (sentencia de 4/6/2002, Sala, por unanimidad, violación).

## 2. El derecho a la intimidad como límite al ejercicio de otros derechos

Como ha indicado la profesora DELMAS-MARTY, los derechos y libertades reconocidos en el Convenio europeo y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo, no se benefician del mismo grado de protección (22). Mientras que algunos de ellos no son susceptibles de sufrir derogación o restricción en su ejercicio en ningún supuesto (23), otros derechos, como los reconocidos en el artículo 8 del Convenio -derechos a la vida privada y familiar, al respeto del domicilio y al secreto de la correspondencia- además de poder ser derogados en circunstancias excepcionales, están reconocidos en el Convenio europeo en unos términos que permiten a las autoridades de los Estados partes restringir su ejercicio en circunstancias normales, esto es, en todos los supuestos en los que no juegue el artículo 15 del Convenio europeo.

La injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este grupo de derechos está sujeta al control por parte del Tribunal europeo del cumplimiento de las condiciones previstas en el párrafo segundo común a los artículos 8 a 11 del Convenio y en el artículo 2 del Protocolo Adicional n.º 4: la injerencia ha de tener una base legal, perseguir un fin legítimo -de los enumerados con carácter exhaustivo- y, por último, ha de tratarse de una medida necesaria en una sociedad democrática.

Para el Tribunal europeo el requisito de la base legal de la injerencia no es una mera formalidad sino una exigencia de un Estado de Derecho. Una ley debe caracterizarse, en este sentido, por las notas de previsibilidad, publicidad y accesibilidad (24), no en abstracto, sino a la luz de las exigencias contra el riesgo de arbitrariedad por parte de las autoridades cuando interfieran en los derechos de los particulares. Así, el Tribunal europeo ha reiterado en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el ámbito del artículo 8 del Convenio, que cuando una norma interna de un Estado parte autoriza a las autoridades públicas adoptar medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones, dicha norma debe emplear términos suficientemente claros para que no quede la menor duda de las circunstancias contempladas y las condiciones permitidas para tomar tales medidas de carácter secreto y ello para que el particular que está sufriendo esa injerencia o pueda sufrirla en el futuro, goce en todo momento de una protección adecuada contra la arbitrariedad y un uso abusivo (25).

El segundo requisito previsto para que una injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio sea compatible con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes es la persecución de uno de los fines legítimos enumerados con carácter exhaustivo en el párrafo segundo común a esos artículos, aunque con un tenor muy amplio (26). La protección de los derechos y las libertades de los demás figura en todas las disposiciones que prevén injerencias en el ejercicio de los derechos reconocidos. De este modo, el derecho a la intimidad, y dentro de él, los derechos a la reputación y a la imagen que se desea que los demás tengan de uno, opera como límite al ejercicio de otros derechos, de modo especial, a los derechos a la libertad de expresión y de información protegidos en el artículo 10 del Convenio.

Con carácter previo al análisis de las relaciones del derecho a la intimidad y los derechos a la libertad de expresión y de información en el sistema del Convenio europeo, es preciso referirse al tercer y último requisito de legitimación de la injerencia: ésta ha de ser calificada por el Tribunal europeo como una medida necesaria en una sociedad democrática. En el texto del Convenio no se aprecia una distinción entre este tercer requisito y el anterior (27), sin embargo, desde sus primeros pronunciamientos la Comisión y el Tribunal europeos dedicaron un análisis por separado de los fines legítimos y de la cláusula «necesario en una sociedad democrática» (28), lo cual ya apunta al hecho de que la relación que el Tribunal europeo pueda establecer entre el derecho a la intimidad, como límite de otros derechos y viceversa, va a estar condicionado por el modelo europeo de sociedad europea al que me referiré más adelante.

Así, en un plano abstracto, puede afirmarse que la necesidad en una sociedad democrática de una injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos exige que el Tribunal europeo constatare la existencia,

de un lado, de una necesidad social imperiosa (y no una mera conveniencia o un criterio de oportunidad), y, de otro lado, que verifique la proporcionalidad de dicha injerencia al fin legítimo perseguido. Esto es, que en las circunstancias concretas del caso no se haya sometido al particular a un perjuicio más allá de lo estrictamente necesario, lo cual implica, a su vez, la inexistencia de otros medios más respetuosos con los derechos de los particulares a través de los cuales alcanzar el fin perseguido con la injerencia.

En la práctica, sin embargo, el Tribunal europeo procede a examinar esta doble exigencia implícita en la cláusula «necesario en una sociedad democrática» a través de la aportación, por parte de las autoridades nacionales, de razones que justifiquen la necesidad de la injerencia y la convicción de éstas de que el fin perseguido sólo podía alcanzarse de la forma escogida. En ocasiones, el Tribunal europeo se contenta con el carácter «relevante» de estas razones, mientras que otras veces se preocupa de indagar si existen razones «suficientes» para la injerencia en cuestión. Con independencia del margen de apreciación nacional reconocido a los estados partes, la jurisprudencia del Tribunal europeo pone de manifiesto que la protección del derecho a la intimidad exige razones suficientes, esto es, convincentes, cuando está confrontado con la libertad de expresión y de información sobre cuestiones de interés general, entendido éste en un sentido muy amplio sobre todo si se realiza en un contexto periodístico. La preferencia de las «razones suficientes» sobre las «razones relevantes» se traduce en un control reforzado por parte de este órgano de las injerencias en los derechos reconocidos en el artículo 10 del Convenio europeo para proteger la reputación, al honor y a la imagen de una persona, debido al hecho, ya indicado, del relevante papel que en una efectiva sociedad democrática desempeña la libertad de expresión y de información (29). Del análisis de estas dos líneas jurisprudenciales, activistas y restrictivas, seguidas por el Tribunal europeo con relación de la protección del derecho a la intimidad en el sistema del Convenio, se ocupa el epígrafe siguiente.

## II. ALCANCE JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA DE GARANTÍA INSTITUIDO EN EL CONVENIO EUROPEO

Como se ha indicado antes, el carácter de instrumento vivo del Convenio europeo exige interpretarlo y aplicarlo considerando tres factores: las condiciones de vida actuales, el principio del efecto útil de los derechos protegidos y el modelo europeo de sociedad democrática. Las condiciones de vida actuales son muy distintas a las que se daban en las sociedades europeas de hace cincuenta años. Entonces prevalecía una concepción tradicional y restrictiva de la vida privada -y del derecho a la intimidad- que duró hasta mediados de los años setenta en la jurisprudencia del Tribunal europeo como «una zona reservada del individuo protegida tras los muros de la confidencialidad» (30). A partir de entonces, dicha concepción ha dado paso a una noción más contemporánea que extiende la vida privada a todos los comportamientos por los que el individuo busca las vías de su desarrollo en los límites que la ley permita (31). En este sentido puede verse el parágrafo 29 de la sentencia del Tribunal europeo de 16 de diciembre de 1992, en el caso Niemietz c. Alemania:

«El Tribunal no considera posible ni necesario tratar de definir de manera exhaustiva la noción de “vida privada”. De todos modos, sería demasiado restrictivo limitarla a un “círculo íntimo” en el que cada uno pueda conducir su vida personal a su manera y del que se excluye por completo al mundo exterior. El respeto de la vida privada debe también englobar, en una cierta medida, el derecho de un individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes».

En consecuencia, las formas de injerencia en el disfrute de este derecho y la necesidad de protegerlo frente a esas nuevas amenazas, ha hecho que el Tribunal europeo adopte una interpretación teleológica y dinámica del artículo 8 del Convenio.

Así se ha visto en el epígrafe anterior, por ejemplo, al mencionar la sentencia de 16 de abril de 2002 en

el caso Stés Colas Est y otros contra Francia, confirmando la importante sentencia de 4 de mayo de 2000, en el caso Rotaru contra Rumanía, en la que el Tribunal europeo dio un paso adelante en su anterior jurisprudencia relativa a las interceptaciones de comunicaciones telefónicas realizadas desde un local profesional (32). En efecto, en su jurisprudencia anterior a la sentencia dictada en el caso Rotaru, el Tribunal europeo había tomado en consideración para la aplicación del artículo 8 del Convenio el carácter privado de esas llamadas telefónicas así como el carácter confidencial de los datos de los particulares. Sin embargo, en el caso Rotaru contra Rumanía estos datos dejan de ser relevantes en el análisis del Tribunal europeo. Como señala DE SCHUTTER en su comentario a esta sentencia, lo novedoso de la misma es que la aplicabilidad del artículo 8 del Convenio la va a deducir el Tribunal del mero hecho de que se ha dado un tratamiento de datos de carácter personal, sin que le importe determinar si esos datos afectan a actividades del individuo respecto de los que éste ha consentido o no su publicidad (33).

Esta interpretación dinámica seguida por el Tribunal europeo con relación a los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio es coherente con el principio del efecto útil y el modelo europeo de sociedad democrática que han de regir cualquier interpretación y aplicación del Convenio europeo (34). Ahora bien, puesto que éste no contiene en su articulado una definición de la sociedad democrática ni se refiere a sus caracteres, han tenido que ser la Comisión y el Tribunal europeos, a través de sus pronunciamientos, los que han concretado dicho paradigma de sociedad.

Del análisis de la jurisprudencia de estos órganos se deduce que éste es un concepto dinámico que se define teleológicamente -en razón a los fines a los que apunta: una sociedad pluralista, tolerante y con espíritu de apertura-, pero también instrumentalmente, en función de los modos de alcanzar esos fines: garantizando de modo efectivo las libertades públicas, no de forma absoluta sino sujetas a aquellas limitaciones estrictamente necesarias para la consecución de tales fines. Se constata, igualmente, tras dicho análisis, el hecho de que algunos de los derechos reconocidos en el Convenio, como la libertad de expresión y la libertad de prensa, son considerados más indispensables que otros, en el sentido de que sin su protección no sería concebible una efectiva sociedad democrática (35).

## 1. Interpretación y protección del derecho a la intimidad

a la luz del modelo europeo de sociedad democrática

«La prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática. Aunque no debe sobrepasar ciertos límites, en particular respecto de la reputación y los derechos de otros, su deber es, sin embargo, impartir -de una manera coherente con sus obligaciones y responsabilidades- informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés público». El texto entrecomillado se corresponde al párrafo 40 de la sentencia del Tribunal europeo de 26 de febrero de 2002, en el caso Dichand y otros c. Austria, aunque aparece presente, una y otra vez, entre los principios generales relativos a los límites a la libertad de expresión en una sociedad democrática. En este mismo sentido ha señalado el Tribunal además que

«hay escaso margen bajo el artículo 10.2 del Convenio para restricciones a discursos políticos o a debates sobre cuestiones de interés público. Más aún, los límites de la crítica aceptable son más amplios con respecto a un político actuando en su capacidad pública que en relación a un individuo privado, ya que el primero inevitable y conscientemente se expone al atento escrutinio de cada palabra y gesto que hace por parte de los periodistas y el público en general y debe desplegar un mayor grado de tolerancia. Un político ciertamente tiene derecho a tener protegida su reputación, incluso cuando no está actuando en su capacidad privada, pero los requisitos de esa protección tienen que ser sobrepesados con los intereses de una discusión abierta sobre cuestiones políticas (36)».

Nótese que el Tribunal europeo advierte que una persona pública debe tolerar un grado de crítica mayor que otra privada, en particular si se trata de un político. Un político ciertamente tiene el derecho a



ver protegida su reputación incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ser contrapesados con los intereses de la libre discusión sobre cuestiones políticas (37). Así lo ha reiterado el Tribunal europeo, una vez más, recientemente en su sentencia de 26 de mayo de 2002 en el caso *Krone Verlag GmbH & Co. contra Austria* (parágrafo 35), de especial importancia por la referencia que contiene a la «inmersión en la vida pública» como factor determinante del grado de protección que una persona merece en su derecho a la intimidad frente a la libertad de la prensa informando sobre cuestiones de interés general. En el caso los tribunales austriacos habían prohibido al demandante publicar la foto de un político junto a los artículos en los que se denunciaba que estaría cobrando ilegalmente varios sueldos, entendiendo que el demandante no tenía ningún interés legítimo en publicar su foto ya que ésta no tenía valor informativo per se y dicha identificación perjudicaba los intereses del político en cuestión. Sin embargo, el Tribunal europeo señaló en el parágrafo 37 de su sentencia en el caso que:

«(...) Tiene poca importancia si una determinada persona (o su fotografía) es de hecho conocida por el público. Lo que cuenta es si esa persona ha entrado en la esfera pública. Este es el caso de un político a resultas de su función pública... de una persona que participa en un debate público... de una asociación que actúa en un ámbito de interés público... o de una persona que es sospechosa de haber cometido delitos de naturaleza política que atraen la atención del público... En consideración a la posición del Sr. Posch como un político, no hay duda de que había entrado en la esfera pública y tenía que soportar las consecuencias de ello. Así pues, no hay razón válida por la que prohibir al demandante publicar su foto. A este respecto el Tribunal concede particular importancia al hecho de que las fotografías publicadas no revelaban ningún detalle de su vida privada».

En un contexto de debate público sobre cuestiones de interés general, la prensa, cuya misión esencial en una sociedad democrática es la de informar y formar a la opinión pública, puede recurrir a una cierta dosis de exageración e, incluso, de provocación (38). Los términos empleados por el Tribunal europeo en su sentencia de 25 de julio de 2001, en el caso *Perna c. Italia* son concluyentes:

«En cuanto a los términos empleados por el demandante, la utilización simbólica de la expresión “juramento de obediencia” era ciertamente fuerte, pero debe recordarse a este respecto que la libertad periodística comprende el posible recurso a una cierta dosis de exageración o, incluso, de provocación. Además, si bien el Tribunal no aprobaría el tono polémico, casi agresivo de los periodistas, debe recordar que, además del contenido de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión» (39).

La consecuencia inevitable de este enfoque no puede ser otra que «tratándose de manifestaciones realizadas por particulares a la prensa, el interés general en permitir un debate público, incluso cuando implica el uso de palabras que ofenden o chocan, pesa en tales circunstancias más que el fin legítimo de proteger la reputación de otros» (40).

Esta última afirmación requiere un comentario más detenido para que no dé lugar a mal interpretaciones. Como recuerda CABEZUELO ARENAS, dos son las notas que han de estar presentes a la hora de estimar que la incursión en el derecho a la intimidad está plenamente legitimada: de un lado la veracidad de lo expuesto y, de otro, el interés general que presenta lo transmitido (41). Esta aproximación a las injerencias en el derecho a la intimidad es formalmente compartida por el Tribunal europeo que ha señalado que aun cuando es necesario garantizar la libertad de información a fin de propiciar un libre debate, fundamental en una sociedad democrática, esta libertad no es de naturaleza ilimitada. Es obvio que bajo el ejercicio de la misma no pueden realizarse manifestaciones públicas de hechos que no están respaldados por ninguna evidencia prima facie, como tampoco alegaciones difamatorias contra personas o instituciones (42). Sin embargo, en la práctica se aprecia que para el Tribunal europeo tanto o más relevante que la veracidad de los hechos sobre los que se informa, es la buena o mala fe con la que lo hace el informador. Esta afirmación se comprueba al constatar qué considera el Tribunal europeo que son «hechos sin

respaldo fáctico» y «alegaciones difamatorias».

En lo que a hechos sin respaldo fáctico se refiere, habiendo conectado el derecho de la prensa a informar con el derecho de la opinión pública a estar debidamente informado (43), el Tribunal europeo exige lo que en principio resulta obvio: que el informador se informe y no invente las noticias que da (44). En este sentido, el término debidamente no sólo aludiría a una información sin restricciones (suficiente información) sino, además, a una determinada calidad de ésta (correctamente informado), lo cual significa que si es relevante la veracidad de los hechos sobre los que se informa, también lo es la buena fe con la que lo hace el informador.

Así se deduce de la reiterada jurisprudencia del Tribunal europeo: por ejemplo, tratándose de manifestaciones realizadas por una persona pública, como es el caso de un político (sentencia de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España* (45)), o por periodistas (sentencia de 21 de enero de 1999, caso *Fressoz y Roire c. Francia* (46) y sentencia de 20 de mayo de 1999, caso *Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega* (47)). La trascendencia de esta estrecha conexión entre veracidad de los hechos y buena fe del que informa reside en el riesgo de que el Tribunal europeo proceda a identificar como sinónimos ambas exigencias, utilizadas con carácter general, en el contexto de la distinción entre los hechos y los juicios de valor.

En efecto, el Tribunal europeo ha recordado, en este sentido, que la labor de la prensa no es sólo la de informar. Ésta también contribuye a formar a la opinión pública, por lo que la libertad de expresión debe incluir, además, los juicios de valor (48). Por su propia naturaleza, los juicios de valor no admiten la prueba de su veracidad (excepto *veritatis*) por lo que el criterio a utilizar por el Tribunal europeo en tales supuestos será valorar la existencia de un respaldo fáctico a la información concernida y la buena o mala fe del que expresa un juicio de valor (49). Si constata buena fe en el informador que realiza un juicio de valor, una injerencia de las autoridades públicas sustentada sobre la base de la imposibilidad legal o material de probar la veracidad del mismo, para proteger la imagen o la reputación de otras personas o instituciones, será declarada incompatible con el Convenio casi con toda seguridad. Señaló, en este sentido, el Tribunal europeo en su sentencia de 12 de octubre de 2001, en el caso *Feldek c. Eslovaquia*:

«Cuando una afirmación constituye un juicio de valor, la proporcionalidad de una injerencia puede depender de que exista una suficiente base fáctica para la manifestación litigiosa, ya que incluso un juicio de valor sin ninguna base fáctica para apoyarlo puede resultar excesiva» (50).

Base fáctica pero, igualmente, buena fe en el periodista, como elementos del análisis del Tribunal europeo en juicios de valor:

«La manifestación del demandante contenía términos ofensivos («harsh») pero tenían una base fáctica en su trasfondo. Nada sugiere que no hubiera sido hecha de buena fe...» (51). (La cursiva es añadida).

Ahora bien, en ocasiones pudiera pensarse que el Tribunal europeo no delimita suficientemente la afirmación de hechos y la formulación de juicios de valor, con lo que la exigencia de la buena fe, pensada en principio sólo respecto de los juicios de valor, se estaría aplicando a las informaciones de hechos, de las que ha de exigirse su veracidad. En algunas sentencias recientes, esta exigencia de veracidad parece pasar a un segundo plano en el análisis del Tribunal relegada por la actitud correcta o incorrecta del informador, o simplemente desaparece.

Un ejemplo lo aporta la sentencia de 20 de mayo de 1999 en el caso *Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega*. El origen del caso se encuentra en una serie de artículos publicados por el semanario *Bladet Tromso* en los que se acusaba a parte de la tripulación de un pesquero, el *Harmoni*, de practicar la caza de focas en zonas prohibidas así como de arrancarles la piel estando algunas de ellas aún con vida. Los periodistas autores de los artículos se basaban únicamente en la existencia de un informe oficial, aunque inédito, redactado por un inspector del Ministerio de pesca noruego, el informe *Lindberg*, que se había negado a hacerlo público. La tripulación del *Harmoni* entabló un procedimiento penal por difamación contra el semanario y contra su redactor jefe, *Stensaas*, siendo condenados en el mismo a indemnizar a cada uno

de los diecisiete marineros con una suma de once mil coronas.

Deducida una demanda contra Noruega por presunta violación del artículo 10 del Convenio, el Tribunal europeo así la estimó, por trece votos contra siete, sobre la base de la buena fe de los periodistas (parágrafo 63 de la sentencia). Aun cuando no aportaron pruebas de la veracidad de sus graves afirmaciones, el Tribunal europeo recordó el dato de que las autoridades nacionales no habían cuestionado la veracidad del informe Lindberg, limitándose a no hacerlo público (parágrafo 71 de la sentencia) y afirmó que los periodistas pueden apoyarse en informes oficiales sin tener que llevar a cabo investigaciones independientes (parágrafo 68 de la sentencia).

La conclusión que pudiera extraerse de sentencias como la dictada por el Tribunal europeo en el caso *Bladet Tronso y Stensaas* es que hechos con respaldo fáctico pueden ser, en la práctica, hechos sobre los cuales se apoyen de buena fe los periodistas en la convicción personal de que son ciertos y sin que sea necesario constatar la veracidad de los mismos, cuando se trate de una cuestión de interés general sobre la que el público tenga derecho a estar informado (52). Sin embargo, debe reconocerse que esta conclusión se induce de algunos pronunciamientos del Tribunal europeo pero no ha sido defendida como principio rector en su análisis de las injerencias permitidas en la libertad de expresión. En este sentido puede citarse la sentencia de 25 de julio de 2001, en el caso *Perna* contra Italia.

Los hechos que motivaron la demanda del particular, periodista de profesión, fueron un artículo de prensa en los que criticaba a un alto magistrado italiano, que militaba en el partido Comunista. En su artículo afirmaba que el magistrado en cuestión había hecho «un triple juramento de obediencia»: a Dios, a la Ley y a la calle *Botteghe Oscure* (sede del antiguo Partido comunista). Asimismo, imputaba a dicho magistrado su participación en una presunta estrategia de conquista de los juzgados de diversas ciudades y la utilización de un «arrepentido», *Buscetta*, para perseguir al antiguo dirigente italiano *Andreotti*. Denunciado por difamación fue condenado tanto por una como por otra afirmación, siendo confirmada la sentencia en apelación. Al pronunciarse el Tribunal europeo sobre la compatibilidad con el Convenio europeo de dicha condena en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandante, analiza por separado ambas manifestaciones y así, respecto de la primera afirma que:

«A los ojos del Tribunal, la frase en cuestión tenía un sentido esencialmente simbólico y se analiza como una opinión crítica a propósito de la militancia política del magistrado *Caselli* en el antiguo Partido Comunista (...) Es cierto que tal expresión (juramento de obediencia) indicaba una dependencia respecto de las directivas de un partido político. Sin embargo, ahí está, precisamente el sentido de la crítica. En consecuencia, el Tribunal debe verificar que tal crítica realizada a través de una expresión fuerte y simbólica, se concilia con el respeto de las reglas de la profesión periodística, al que está sometido el ejercicio de la libertad de expresión garantizado en el artículo 10. El Tribunal señala que la crítica dirigida al magistrado *Caselli* se apoyaba sobre una base fáctica no controvertida, a saber, su militancia política en el partido comunista... La utilización simbólica del «juramento de obediencia» era ciertamente fuerte, pero debe recordarse a este respecto, que la libertad periodística comprende el posible recurso a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación... En estas condiciones, la expresión crítica del demandante contra la militancia política del magistrado *Caselli*, fundada sobre una base fáctica sólida y no controvertida, no se considera excesiva» (53).

Por el contrario, señala respecto de la segunda manifestación por la que fue condenado por difamación:

«Las afirmaciones del demandante relativas a la participación del magistrado *Caselli* en una presunta estrategia de conquista de los juzgados de varias ciudades y la utilización del «arrepentido» *Buscetta* para perseguir al Sr. *Andreotti*, se analizan, de modo evidente, como una atribución de hechos precisos al Sr. *Caselli*. Así pues, no se beneficiarían de la protección del artículo 10 más que si se apoyaran sobre una base fáctica, tanto más considerando la gravedad de tales acusaciones. En efecto, se trataba de alegaciones susceptibles de ser probadas. Sin embargo, el artículo en cuestión no invocaba ningún elemento ni

citaba ninguna fuente de información de naturaleza susceptible de corroborar estas alegaciones. Además, en el transcurso del proceso, el demandante no ha facilitado ningún elemento de prueba preciso en apoyo de estas mismas afirmaciones... Estas afirmaciones, que comportan acusaciones muy graves lanzadas contra un magistrado, han excedido los límites de la crítica admisible en la medida en que estaban desprovistas de base fáctica» (54).

En cuanto a las «alegaciones difamatorias», es otra exigencia de quien ejerce su libertad de expresión, inclusive los periodistas, no difamar, pero aquí también, como en la cuestión anterior relativa al respaldo de las afirmaciones sobre hechos ciertos, podrían encontrarse indicios que apuntan a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal europeo en los últimos años, en el sentido de restringir los supuestos en que se reconoce que unas determinadas manifestaciones puedan ser consideradas difamatorias.

1990 parece configurarse como la mejor fecha simbólica en la que situar el inicio de este cambio jurisprudencial. En efecto, el año anterior el Tribunal europeo dictó dos importantes sentencias: de 22 de febrero, en el caso Barfod c. Dinamarca, y de 20 de noviembre, en el caso Markt Intern Verlag y Klaus Beerman c. Alemania.

Los hechos que motivaron el caso Barfod, brevemente expuestos, son la publicación por parte del demandante de un artículo en una revista a raíz de una sentencia dictada en su contra por el Tribunal Superior de Groenlandia y confirmada por el Tribunal de Apelación de Dinamarca Oriental. En dicho artículo cuestionaba la imparcialidad de dos de los tres miembros del Tribunal Superior de Groenlandia, que no eran jueces de carrera sino funcionarios del Gobierno autónomo de Groenlandia, y su capacidad para resolver en procedimientos entablados contra la Administración de la que dependían. A consecuencia de su artículo fue condenado a una multa por difamación de autoridades públicas, sanción ésta que consideraba como una injerencia incompatible con su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del Convenio y que fundamentó su demanda ante los órganos de Estrasburgo.

Estaba en juego un debate público de interés general sobre el funcionamiento del Poder Judicial en el Gobierno autónomo de Groenlandia, pese a lo cual el Tribunal, acertadamente en mi opinión, realizó una distinción entre las críticas que pueden dirigirse contra una determinada composición de un tribunal, y aquellas que tienen por objeto a los magistrados en persona que lo componen. Desde esta perspectiva, decidió que la condena por difamación impuesta al señor Barfod no suponía una violación del artículo 10 del Convenio porque éste podía haber discutido la composición de dicho órgano judicial sin necesidad de atacar directamente a los dos jueces personalmente. Entendía el Tribunal europeo, en consecuencia, que la injerencia sufrida por el demandante no perseguía limitar la libertad de censurar públicamente la composición de un tribunal sino proteger el honor de dos jueces que podía verse seriamente afectado a causa de las graves acusaciones lanzadas por el demandante (55).

Similar aproximación sigue el Tribunal europeo en el caso Markt Intern Verlag y Klaus Berman contra Alemania relativo a una editorial, Markt Intern, responsable de la edición semanal de un boletín dirigido a pequeños y medianos comerciantes en el sector de droguería y productos de belleza. En uno de esos boletines apareció publicado un artículo relativo a la experiencia sufrida por la propietaria de una droguería que tras adquirir por correspondencia unos artículos de belleza de una empresa líder en el sector, intentó sin éxito devolverlos a los pocos días y recuperar su dinero, como figuraba en las condiciones de compra por correo. En boletines sucesivos, Markt Intern solicitó de sus lectores que le hicieran saber si habían pasado por una situación similar en sus relaciones con esa empresa líder en cosméticos, a fin de constatar si lo denunciado era un hecho aislado o una práctica habitual. Contrariada, la empresa concernida solicitó y obtuvo del Tribunal Regional de Amburgo un interdicto provisional por el que se prohibía a Markt Intern publicar más noticias sobre el tema. Recurrida esta medida no sólo fue confirmada con carácter permanente sino que además se impuso una multa a los periodistas de Markt Intern, sanción que fue casada en última instancia por el Tribunal Federal de Justicia.

De nuevo estamos, en las circunstancias del caso, en un contexto de debate público sobre cuestiones de interés general (prácticas comerciales ilícitas que afectan a un sector de la población dedicada al comercio al por menor de productos de belleza). Pese a ello, el Tribunal europeo -aunque esta vez gracias al voto de calidad de su presidente que dirimió un empate de nueve votos contra nueve- entendió que la sanción impuesta a los periodistas no infringía su derecho a la libertad de expresión tal como se reconoce en el artículo 10 del Convenio. Resulta de especial interés repetir, lo que en mi opinión constituye el «canto del cisne» del Tribunal europeo en lo que respecta a la protección del derecho a la intimidad frente a la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general:

«Sin embargo, incluso la publicación de asuntos que son ciertos y que describen hechos reales puede, bajo ciertas circunstancias, estar prohibido: la obligación de respetar la privacidad de otros o el deber de respetar la confidencialidad de ciertas informaciones comerciales son ejemplos. Además, una correcta información puede estar, y a menudo así ocurre, calificada con remarcos adicionales, con juicios de valor, con suposiciones, e incluso, con insinuaciones» (56).

A partir de entonces, el Tribunal europeo ha adoptado una aproximación distinta que alcanza su máximo exponente en la sentencia de 23 de septiembre de 1994, en el caso *Jersild c. Dinamarca*, de la que, a título ejemplificativo, extraemos su parágrafo 31 en donde puede leerse que:

«No corresponde al Tribunal (europeo) ni tampoco a los tribunales nacionales sustituir a la prensa para decir qué técnica de resumen deben adoptar los periodistas. A este respecto el Tribunal recuerda que, además del contenido de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege su modo de expresión».

Ejemplos de esta nueva orientación jurisprudencial del Tribunal europeo son la sentencia de 23 de mayo de 1991, en el caso *Oberschlick c. Austria*, en la que por dieciséis votos contra tres, este órgano constato la violación del artículo 10 del Convenio en un caso relativo a la condena por difamación impuesta a un periodista a raíz del artículo publicado bajo la forma de una querrela criminal planteada contra un político y que justificó el Tribunal europeo señalando que «en la forma de una querrela criminal, un significativo número de lectores estaban inducidos a creer que una acción pública había sido iniciada contra el Sr. Gabher-Meyer o incluso que ya había sido condenado (...) Sin embargo, en vista a la importancia de la cuestión en lid, no puede decirse que el Sr. Oberschlick haya excedido los límites de la libertad de expresión al escoger esta particular forma» (57).

Igualmente, la sentencia del Tribunal europeo de 25 de junio de 1992, en el caso *Thorgeirson c. Islandia*, relativo a una condena por difamación impuesta a un particular a consecuencia de los términos empleados contra agentes de la policía de Reikiavik en unos artículos periodísticos en los que criticaba la brutalidad policial de esta ciudad. El Tribunal, por ocho votos contra uno estimó que dicha condena constituía una injerencia incompatible con el artículo 10 del Convenio al considerar que: «la finalidad principal de sus artículos no era menoscabar la reputación de la policía, sino reclamar una investigación independiente e imparcial de las alegaciones de brutalidad policial... Se referían, pues, a una cuestión seria de interés público... Teniendo en cuenta su finalidad... no puede considerarse que el lenguaje utilizado fuera excesivo... El Tribunal considera que la sentencia y condena eran susceptibles de desalentar la libre discusión sobre temas de interés general» (58).

Otras sentencias más recientes, como las de 24 de febrero y de 1 de julio de 1997, en los casos *De Haes y Gijssels c. Bélgica* (59) y *Oberschlick c. Austria* (n.º 2) (60), respectivamente; las de 21 de enero y de 28 de octubre de 1999, en los casos *Fressoz y Roire c. Francia* y *Dalban c. Rumanía*, respectivamente, y la sentencia de 29 de febrero de 2000, en el caso *Fuentes Bobo c. España*, confirman, en mi opinión, el cambio jurisprudencial apuntado.

El caso *Fuentes Bobo* contra España es paradigmático en este sentido. Siendo trabajador del ente público TVE, participó como invitado en un programa de radio de una emisora privada en el que se refirió a

sus empleadores con términos muy duros, a consecuencia de lo cual es sometido a un procedimiento disciplinario que culmina en su despido. El Tribunal Social n.º 4 de Madrid declaró su despido nulo por estimarlo improcedente pero, recurrido el fallo por TVE ante el tribunal Superior de Justicia de Madrid, este órgano lo revocó calificando el despido como conforme a los artículos 54.2.c) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Recurrió luego en amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la violación del artículo 20 de la Carta Magna pero su recurso fue desestimado al entender el Alto Tribunal que, más que la información divulgada, el modo en que lo había hecho, utilizando unos términos gravemente ofensivos, vejatorios e insultantes para sus superiores, habían determinado su despido. Finalmente, llegado el caso a conocimiento del Tribunal europeo, este órgano, por cinco votos contra dos, estimó contraria al artículo 10 del Convenio la sanción impuesta al Sr. Fuentes Bobo para proteger el honor y la reputación de sus empleadores.

Aunque el Tribunal europeo reconoció que los términos empleados eran ofensivos y justificaban, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 10 del Convenio, una sanción para proteger los derechos de los demás, había que tener en cuenta que «las declaraciones litigiosas se enmarcaban en el contexto particular de un conflicto de trabajo que enfrentaba al demandante con sus empleadores a raíz de la suspensión de la emisión de la que era responsable, acompañado de un amplio debate público concerniente a cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública. Las manifestaciones litigiosas han tenido lugar en el marco de debates públicos y apasionados sobre presuntas anomalías en la gestión de TVE, servicio público de la radiotelevisión española» (61).

Sin embargo, al igual que se ha indicado con respecto a los «hechos sin respaldo fáctico», tratándose de las alegaciones difamatorias, el Tribunal europeo tampoco ha asumido como principio rector una tolerancia sin límite por parte de personas privadas o públicas cuando su honor o reputación es atacada por manifestaciones expresadas en un contexto de debate público sobre cuestiones de interés general. Un reciente ejemplo ilustrativo a este respecto lo da la reciente sentencia de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría contra España.

Los hechos del caso, sucintamente expuestos son los siguientes. El demandante, de nacionalidad española y antiguo funcionario del Banco de España se quejaba de su despido de esta institución atribuido, según él, al contenido de una carta que envió al subdirector general de esta institución y en la que denunciaba graves irregularidades en la tramitación de un procedimiento sancionador en su contra, y de las que hacía responsable nominalmente a otros altos funcionarios del Banco de España y a su director. Entendía que su despido era una injerencia en su derecho a la libertad de expresión que no se justificaba en una sociedad democrática por no ser proporcionada al fin legítimo perseguido: proteger la reputación y honorabilidad de personas e instituciones. Claramente estableció un paralelismo entre su caso y el caso Fuentes Bobo contra España, antes referido.

Para el Tribunal hubiera sido relativamente fácil dar la razón al demandante sobre la base de la precedente sentencia en el caso Fuentes Bobo. Sin embargo, acertadamente en mi opinión, no se prestó a una fácil remisión a dicho caso sino que estableció serias diferencias entre aquél y el presente caso. Así, sin cuestionar que el artículo 10, además del contenido de la ideas e informaciones expresadas protege también su modo de expresión, afirma que «conviene tener en cuenta el equilibrio a respetar entre los diversos intereses en juego» (62). En las circunstancias del caso, dicho equilibrio fue respetado por las autoridades nacionales quienes justificaron su expulsión al estimar que el demandante había excedido los límites razonables del derecho de crítica. Se fundaron en diversas razones que el Tribunal europeo hace suyas: la gravedad de las afirmaciones lanzadas por el demandante, sin pruebas, contra los responsables del Banco de España, incluido su gobernador general; el que se trataba de una carta y no manifestaciones irreflexivas aportadas en el transcurso de una entrevista en directo en la radio, y los especiales deberes de reserva que incumben a los funcionarios (63). Son razones claramente suficientes para justificar la propor-

cionalidad de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, por lo cual, puede quedar la duda de si realmente era necesario para el Tribunal europeo insistir en que en el presente caso las acusaciones del demandante

«no se inscribirían en el marco de un determinado debate público concerniente a cuestiones de interés general relativas a la gestión del banco nacional, materia en la que, subraya este Tribunal, las restricciones a la libertad de expresión reclaman una interpretación estrecha» (64).

O, por el contrario se trata de una mera aportación para remarcar aún más la diferencia con el caso Fuentes Bobo. De no ser esto segundo, parecería criticable el pretender que en una cuestión de interés general se justificara lanzar graves acusaciones contra personas e instituciones sin necesidad de aportar pruebas que las fundamenten (65). Con independencia del contexto en el que una información o manifestación se realiza, comparto la convicción de que

«el ejercicio de la libertad de expresión comporta deberes y responsabilidades... El ejercicio de la libertad de expresión y de recibir o comunicar informaciones o ideas puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, constituyendo éstas, medidas necesarias en una sociedad democrática... Los Estados pueden adoptar medidas, inclusive las de derecho penal, destinadas a reaccionar de manera apropiada y sin exceso; es decir, de conformidad con las exigencias del Convenio, frente a las acusaciones difamatorias desprovistas de fundamento en los hechos o formuladas de mala fe» (66).

Resulta cuando menos paradójico constatar las veces que el Tribunal alude a los «deberes y responsabilidades» de los periodistas al tiempo que considera éstos en un sentido realmente vago al reconducirlos a una obligación general de comportamiento «de buena fe». Sin embargo la reciente sentencia de 7 de mayo de 2002 en el caso *McVicar c. Reino Unido* es significativa en este sentido al aportar ejemplos de cuándo no se ha respetado dicha obligación. En los hechos del caso está la condena impuesta por un jurado (diez votos contra dos) en un proceso por difamación entablado contra un periodista que acusó sin pruebas a un famoso atleta británico, el Sr. Christie, de consumir drogas prohibidas con las que habría logrado sus éxitos competitivos. El Tribunal europeo, tras recordar que el artículo 10 no garantiza una libertad de expresión completamente sin restricciones, incluso tratándose de la prensa cubriendo asuntos de gran interés público, y precisar que «bajo los términos del párrafo segundo del artículo, el ejercicio de esta libertad plantea “deberes y responsabilidades” que son susceptibles de tener significado cuando, como en el presente caso, está en juego una cuestión de ataques a la reputación de individuos privados y a un perjuicio en los derechos de otros» (párrafo 73 de la sentencia), entendió que las restricciones impuestas por las autoridades inglesas al periodista en su derecho a la libertad de expresión estaban justificadas en una sociedad democrática para la defensa de los derechos de otros (en concreto, la reputación y los derechos del Sr. Christie). La razón para ello la encontró el Tribunal europeo en el hecho de que el periodista no comprobó la veracidad de las informaciones que sus fuentes le facilitaron, procediendo a publicarlas sin más, existiendo varios factores que desde una «deontología periodística» le obligaban a hacerlo, por ejemplo, el hecho de que sus alegaciones se apoyaban únicamente en pruebas circunstanciales (párrafo 86 de la sentencia).

Con la excepción de la reciente sentencia de 7 de mayo de 2002 en el mencionado caso *McVicar c. Reino Unido*, lo cierto es que es posible constatar una deriva del Tribunal europeo en relación con el artículo 10 del Convenio, explicable quizás, considerando la incorporación al sistema del Convenio europeo de Estados de Centro y Este de Europa. El Tribunal europeo está compuesto por un colegio de jueces, uno de cada nacionalidad de los Estados parte o por una persona de otra nacionalidad de su libre designación, y así, algunos jueces provenientes de estos países, que han estado privados hasta no hace mucho de la libertad de expresión, confieren un gran peso a ésta en el sistema de garantía previsto el Convenio europeo (67). Sin embargo, no pueden ocultarse los riesgos que conlleva «blindar» el derecho a la libertad de

expresión y de información, en particular, de la prensa. A título de ejemplo, puede citarse la sentencia de 29 de marzo de 2001, en el caso Thoma contra Luxemburgo, en el que por unanimidad el Tribunal europeo decidió que la condena simbólica de un franco de multa impuesta a un periodista que citó a un colega de profesión que había escrito un artículo en el que «según una fuente de confianza» todos los funcionarios del Ministerio de Bosques y Aguas luxemburgués, excepto uno solo, eran corruptibles. Al no haberse distanciado de la opinión del autor de este artículo, las autoridades nacionales consideraron que la hacía suya y, por lo tanto, justificaron la demanda por difamación entablada en su contra para proteger la reputación y los derechos, incluido el derecho a la presunción de inocencia de los ingenieros y guardas forestales del Gran Ducado, y que culminó en la referida condena simbólica. En opinión del Tribunal, se trataba de imputaciones serias, sin fundamento pero formuladas en un contexto de debate sobre un problema de interés general (parágrafos 57 y 58 de la sentencia). Recuerda que sancionar a un periodista por haber ayudado a la difusión de declaraciones que emanan de un tercero obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa a la discusión sobre problemas de interés general y no se concebiría sin razones particularmente serias (parágrafo 62). Razones que no se darían en el presente caso. En opinión del Tribunal, «exigir de manera general que los periodistas se distancien sistemática y formalmente del contenido de una cita que pudiera insultar a terceros, provocarles o atacar a su honor, no se concilia con la función de la prensa de informar sobre hechos, opiniones e ideas que tienen curso en un momento dado» (parágrafo 64 de la sentencia).

2. La intimidad como factor regulador del margen apreciación de los Estados en el control las injerencias permitidas en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio

A la luz del modelo europeo de sociedad democrática, el Tribunal europeo interpreta el derecho a la intimidad, de un modo coherente con la lógica activista y de autolimitación judicial subyacente a toda su jurisprudencia (68): autolimitación judicial en primer lugar, cuando el derecho a la intimidad se ve confrontado con el ejercicio de otros derechos que, como la libertad de expresión «constituye(n) uno de los fundamentos esenciales de (la sociedad democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres» (69).

Activismo judicial, en segundo lugar, cuando el derecho a la intimidad sufre ataques que no se justifican por no ser esenciales para la salvaguardia de este modelo de sociedad, tal es el caso de la intromisiones en relación con la vida sexual de una persona. Activismo judicial, igualmente, tratándose de injerencias que, justificadas, por ejemplo, en la seguridad nacional, no se realizan tomando las medidas necesarias para prevenir y sancionar su arbitrariedad, como ocurre con las medidas de escucha secreta de telecomunicaciones, pues estaríamos entonces en un Estado policial, antítesis del modelo europeo de sociedad democrática (70).

Así pues, la jurisprudencia del Tribunal europeo pone de manifiesto que, tratándose de injerencias en el derecho a la intimidad, entendido no como el derecho a la imagen, al honor y a la reputación, sino como un núcleo duro de los derechos a la vida privada, familiar, al respeto del domicilio y al secreto de la correspondencia, las autoridades nacionales deben justificar suficiente y convincentemente la necesidad social imperiosa y la proporcionalidad de tal medida (71).

Los derechos al respeto de la vida privada y familiar, al domicilio y al secreto de la correspondencia no figuran, en principio, entre los derechos indispensables en una efectiva sociedad democrática. Sin embargo, el derecho a la intimidad sí se beneficia de un plus de protección con respecto a los tipos genéricos de los derechos a los que está estrechamente conectado, por ejemplo la vida sexual dentro de la vida privada, las visitas de un padre a su hijo dentro de la vida familiar, el descanso nocturno dentro del respeto a la integridad del domicilio, o la necesidad de prever suficientes garantías contra el abuso tratándose de



escuchas secretas o la interceptación de correspondencia de personas privadas de libertad. En este sentido, la intimidad opera como un factor reductor del margen de apreciación de los Estados en el control convencional de las injerencias permitidas en el disfrute de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio (72).

Así se refleja en el grado de control que el Tribunal europeo realiza sobre las injerencias de los Estados partes en el ejercicio de los derechos y libertades en los artículos que así las prevean, como, por ejemplo, el artículo 8 del Convenio. Los Estados cuentan con un margen de apreciación cuando valoran si una medida restrictiva del disfrute de algunos de estos derechos (por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o a la privacidad de las comunicaciones personales) es necesaria para alcanzar un determinado fin legítimo, alguno de los enunciados en el párrafo segundo de esta disposición (73). Cuando un particular deduce una demanda ante el Tribunal en la que se queja de ser víctima de una violación de los derechos reconocidos en el párrafo primero del artículo 8, este órgano examinará los requisitos previstos en su párrafo segundo: que la injerencia tenga una base legal, para alguna de las finalidades enunciadas taxativamente y sea una medida necesaria en una sociedad democrática, esto es, una injerencia proporcional al objetivo perseguido.

El examen por parte del Tribunal del cumplimiento de estos requisitos se hace a la luz del margen de apreciación nacional reconocido a las autoridades del Estado, siendo éste más o menos extenso en función de una serie de factores. Uno de ellos, la naturaleza del derecho en juego y su importancia para el particular, ha sido utilizado por el Tribunal para aplicar un control reforzado de las injerencias en el disfrute de los derechos recogidos en el artículo 8 del Convenio si éstas afectan a un aspecto íntimo de la persona. Cuando así sucede, con independencia de que el derecho convencional de referencia sea el derecho al respeto de la vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, se perfila un núcleo duro, correspondiente a la esfera íntima de una persona. Este núcleo íntimo puede ser objeto de una medida restrictiva, si bien ésta debe estar especialmente justificada no sólo con razones relevantes sino, además, suficientes. La mayor parte de las veces, el Tribunal europeo encuentra difícilmente justificable una injerencia en la esfera íntima de los derechos enunciados en el artículo 8 del Convenio.

Por el contrario, como se ha analizado en el epígrafe anterior, para el Tribunal europeo los derechos a la imagen, a la reputación, al respeto de la privacidad, que en principio operan como límite al derecho a la libertad de expresión en virtud de la cláusula «la protección de los derechos de los demás» presente al final del párrafo segundo común a los artículos 8 a 11 del Convenio, en la práctica reciben un menor grado de protección, de manera notoriamente evidente. En lo que respecta al derecho a la intimidad confrontado con informaciones o expresiones que se enmarcan en un contexto de debate público, bien por la relevancia pública de la persona concernida (por ejemplo, un político) o por tratarse de un tema de interés general (por ejemplo, la inmigración, la sanidad pública, etc.), el mensaje del Tribunal europeo es claro al respecto: resulta de la máxima importancia no desmotivar a los miembros del público, por miedo a sanciones penales o de otro tipo, de expresar sus opiniones sobre cuestiones de interés público. Por este motivo, el Tribunal europeo se autolimita y señala que «debe dar prueba de la mayor cautela cuando (...) las medidas tomadas o las sanciones impuestas por la autoridad nacional son de naturaleza susceptible de disuadir a la prensa de participar en la discusión de problemas que responden a un interés general legítimo» (74).

Ahora bien, el justo equilibrio que debe respetarse en una sociedad democrática, entre la libertad de informar y de opinar sobre cuestiones de interés general, que puede exigir en determinados supuestos el empleo de un vocabulario ofensivo o, cuando menos, provocativo, y los derechos a la imagen, la reputación o la vida privada de instituciones o personas que sufren estos términos se quiebra cuando, de un lado, no van acompañados de un respaldo fáctico mayor o menor a la luz del contexto del caso -en particular la mayor o menor relevancia pública del tema y la gravedad de los términos empleados-, o cuando su autor

los utiliza con mala fe (75).

De este enfoque seguido por el Tribunal europeo lo que resulta, en mi opinión, particularmente criticable, es la dejación que, en numerosas ocasiones, este órgano hace en los propios periodistas y no en las autoridades públicas encargadas de velar por la protección de los derechos de los demás, el estimar «de buena fe» cuándo es o no necesario una cierta dosis de exageración para provocar un debate público sobre una cuestión de interés general. Afirmaciones del Tribunal europeo en el sentido de que la libertad de expresión «cubre no sólo el contenido de las ideas e informaciones expresadas sino también su modo de expresión» (76), u otras como la de que «no corresponde al Tribunal europeo ni tampoco a los tribunales nacionales sustituir a la prensa para decir qué técnica de resumen deben adoptar los periodistas» (77). Este hecho ha llevado a autores como COHEN-JONATHAN a expresar su temor -que no me parece exagerado- a que el Tribunal europeo parece dispuesto a consagrar una libertad periodística absoluta (78). Como advierte otra autora, PEYROU-PISTOULE, de seguir el Tribunal europeo equiparando el insulto a la crítica admisible, el «perro guardián» (chien de garde), como ha calificado a la prensa en una sociedad democrática, puede convertirse en un «perro asesino» (chien méchant) que, incontrolable, termine devorando a su dueño (79).

## NOTAS

(1) Deseo mostrar mi agradecimiento al Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD) por la beca recibida durante el verano de 2002 para una estancia de investigación en Alemania, así como al Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, especialmente a su director Prof. Wolfrum por sus facilidades durante mi estancia en Heidelberg con ocasión del presente estudio.

(2) GARCÍA SAN MIGUEL, L.: «El derecho a la intimidad», en Diccionario crítico de los Derechos Humanos I, SORIANO DÍAZ, R., ALARCÓN CABRERA, C., y MORA MOLINA, J. (coords.) Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2000, Págs. 260 y 261. Como recuerda este autor, el sistema subjetivo distingue entre personas públicas y privadas, entendiendo las primeras a aquellas que ocupan o tratan de ocupar un cargo político o funcional (public officials en la terminología anglosajona), o bien, personas que gracias a los medios de comunicación, tienen capacidad para influir en los asuntos públicos (public persons). En virtud del criterio espacial, privado sería todo lo que el individuo realiza en su casa (las relaciones con la familia y amigos, la vida sexual, el aseo), la conversación telefónica, la carta y la reunión en un reservado. En cambio, tendría el carácter público todo lo que sucede en espacios abiertos y de uso común, como por ejemplo, en la calle. Por último, el criterio objetivo, aplicado a las conductas, permite reconocer como pública a aquella que una persona realiza al servicio de los demás (un obispo, un banquero, un profesor, etc.), mientras que privada sería aquella conducta destinada a satisfacer las necesidades propias, como la comida, el aseo, la relación entre amigos y con la pareja, etc.

(3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 -España lo firmó el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979)-. Objeto de sucesivas modificaciones, la última de las cuales ha sido la introducida por el Protocolo Adicional n.º 11, de 11 de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998 -ratificado por España el 28 de noviembre de 1996 (BOE de 26 de junio de 1998; corrección de errores: BOE de 17 de septiembre de 1998)-. Sobre el mismo, por todos, véase: CARRILLO SALCEDO, J. A.: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2003.

(4) REBOLLO DELGADO, L.: El derecho fundamental a la intimidad. Dykinson, Madrid, 2000, Pág. 224.

(5) CARRILLO SALCEDO, J.A.: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, op. cit., Pág. 25.

(6) Para un análisis más exhaustivo me remito a mi trabajo *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, en particular, véase el Capítulo I: El modelo de sociedad democrática enunciado en el Convenio, Págs. 35 a 65.

(7) Que el Tribunal europeo justifica en el hecho de que «por su directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades nacionales están en mejor posición que el juez internacional para dar su opinión sobre... la “necesidad” de una injerencia o sanción». Parágrafo 48 de la sentencia del Tribunal de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Handyside c. Reino Unido*.

(8) Como apuntan JANIS, KAY y BRADLEY, «la privacidad (privacy) en su sentido más obvio denota la capacidad de mantener cierta información en secreto. El Estado tiene una constante necesidad de obtener, supervisar y evaluar información. La principal (aguda) confrontación de estas tendencias en conflicto se produce en la investigación y persecución de delitos criminales. Al insistir el artículo 8 en el respeto de la vida privada, del hogar y de la correspondencia, parece limitar la investigación de las autoridades públicas hasta un mínimo irreductible que supondría la intimidad (intimacy)». JANIS M., KAY R., y BRADLEY A.: *European Human Rights Law. Texts and Materials*. 2nd Edition, Oxford University Press, 2000, London, pág. 300.

(9) Artículo 10.1: «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 injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa». Sobre el tema me remito a mi trabajo: «La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos: un análisis crítico», *Revista del Poder Judicial*, 2000, n.º 57, Págs. 13 a 30.

(10) CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Derecho a la Intimidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 36.

(11) Artículo 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. (...)».

(12) Parágrafo 52 de la sentencia en el caso *Dudgeon* y parágrafo 46 de la sentencia en el caso *Norris*. Más recientemente, sentencia de 31 de julio de 2000, caso *ADT c. Reino Unido*. A diferencia de otros casos relativos a la condena de actos homosexuales consentidos entre adultos realizados en privado, en los que se trataba de relaciones entre dos personas, en el caso *ADT* la legislación en defensa de la moralidad pública había sido aplicada a un varón que practicaba el sexo con un grupo de varones. Además, a diferencia de los casos *Dudgeon* y *Norris*, el demandante en el caso *ADT* recogía en vídeo dichos actos, aunque no se probó ante las autoridades nacionales que su finalidad fuera su distribución pública. A pesar de estas diferencias, el Tribunal europeo reconoció un reducido margen de apreciación a las autoridades británicas para injerirse en un aspecto tan íntimo de la vida privada del demandante y entendió que las razones que se aportaban para justificarla no eran suficientes (parágrafo 37 de la sentencia).

(13) Véase, al respecto: OVEY, C.: «The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention», *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, pág. 11.

(14) En cuanto a la queja relativa al artículo 12 del Convenio y el margen de apreciación nacional, el Tribunal europeo afirmó, en los párrafos 100 a 104 de esta misma sentencia, que, ciertamente, el artículo 12 contempla expresamente el derecho para un hombre y una mujer a casarse, pero no está convencido de que pueda continuar admitiéndose, hoy día, que estos términos implican que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos. Desde la adopción del Convenio, la institución del matrimonio ha cambiado profundamente por la evolución de la sociedad y el progreso de la medicina, y los adelantos de la medicina y de la ciencia han supuesto cambios radicales en el campo del transexualismo. El Tribunal considera artificial afirmar que las personas que han sufrido una operación de cambio de sexo no

se han visto privadas del derecho a contraer matrimonio porque, legalmente, pueden desposar a una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo. En las circunstancias del presente caso, la demandante lleva una vida de mujer y sólo desea casarse con un hombre, posibilidad que le es negada. Así pues, puede quejarse de una injerencia en la esencia misma del derecho a contraer matrimonio. Si bien el número de países que autorizan el matrimonio de transexuales bajo su nueva identidad es inferior al número de Estados que reconocen dicho cambio de sexo, el Tribunal no está convencido de que esto impida rebatir la tesis según la cual los Estados parte deban poder regular por completo esta cuestión en el marco de su margen de apreciación. Ello llevaría a concluir que el abanico de opciones abiertas a un Estado parte puede llegar hasta prohibir en la práctica el derecho a contraer matrimonio. El Tribunal no ve ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados en todas las circunstancias de su derecho a casarse por lo que concluye que ha habido violación del artículo 12 del Convenio.

(15) Véase, entre otras, la sentencia de 25 de enero de 2000, en el caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía; la sentencia de 12 de julio de 2001, en el caso K. y T. contra Finlandia, así como las sentencias de 11 de octubre de 2001, en los casos Sahin, Sommerfeld y Hoffmann, los tres contra Alemania, que vienen a confirmar la aproximación tradicional de los órganos del Convenio europeo a la relación padre-hijo.

(16) Parágrafo 61 de la sentencia del Tribunal Europeo de 30 de julio de 1998, en el caso Valenzuela Contreras c. España.

(17) Parágrafo 30 de la Sentencia de 18 de mayo de 2003 en el caso Prado Bugallo c. España.

(18) Sentencias de 21 de febrero de 1990, en el caso Powell y Rayner c. Reino Unido; sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el caso López Ostra c. España, y sentencia de 19 de febrero de 1998, en el caso Guerra y otras c. Italia.

(19) Véase, en particular, el párrafo 106 de la sentencia de 2 de octubre de 2001, caso Hatton y otros c. Reino Unido..

(20) Así, sentencias del Tribunal europeo de 20 de junio de 2000, en el caso Foxley c. Reino Unido; de 21 de diciembre de 2000, en el caso Rinzivillo c. Italia; y de 5 de julio de 2001, en el caso Erdem c. Alemania, que continúan la línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal en 1975 en su sentencia en el caso Golder contra Reino Unido.

(21) Sentencias de 23 de septiembre de 1998, en el caso Petra c. Rumanía, y de 24 de julio de 2001, en el caso Valasinas c. Lituania, confirman similar continuidad en lo que respecta a la necesidad de respetar la confidencialidad de este tipo cualificado de correspondencia.

(22) DELMAS-MARTY, M. (ed.): *Raisonner la raison d'État: vers une Europe des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 1989, Paris, págs. 11 y ss.

(23) Se trata de los derechos enunciados en los artículos 2 -salvo para el supuesto de muertes resultantes de actos lícitos de guerra-, 3, 4.1 y 7 del Convenio, así como en el artículo 4 del Protocolo Adicional n.º 4, en el artículo 4 del Protocolo Adicional n.º 7, en el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 12 y en el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 13 (aún no en vigor estos dos últimos).

(24) Caso Sunday Times c. Reino Unido, sentencia de 26 de abril de 1979, pará. 49. Caso McLeod c. Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998, pará. 41.

(25) Caso Klass y otros contra Alemania, sentencia de 6 de septiembre de 1978, parás. 42 y 49. Más recientemente: caso Halford c. Reino Unido, sentencia de 25 de junio de 1997, pará. 49. Caso Petra c. Rumanía, sentencia de 23 de septiembre de 1998, pará. 37. Caso Amann c. Suiza, sentencia de 16 de febrero de 2000, parás. 62 y 80.

(26) Así, por ejemplo, tratándose de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio, su ejercicio puede ser restringido por motivos de seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral y la protección

de los derechos y las libertades de los demás.

(27) «Una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para...» (art. 8.2); «medidas necesarias, en una sociedad democrática, para...» (art. 10.2).

(28) Para profundizar sobre el significado y alcance jurídico de esta cláusula puede verse mi estudio: Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI, op. cit., capítulos II a IV, Págs. 67 a 172.

(29) Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal europeo de 29 de marzo de 2001, en el caso Thoma c. Luxemburgo, par. 48; de 25 de julio de 2001, en el caso Perna c. Italia, par. 38; de 12 de octubre de 2001, en el caso Feldek c. Eslovaquia, par. 73; y de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría c. España, par. 34.

(30) DE SCHUTTER, O.: «Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel», Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme, 2001, n.º 45, pág. 154.

(31) Ibídem, Pág. 157.

(32) Véase, entre otras, las sentencias de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, párs. 66 y 67; sentencia de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido, par. 45; y sentencia de 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza, par. 50.

(33) DE SCHUTTER, O.: «Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel», op. cit., pág. 165.

(34) Como ha recordado el Tribunal europeo en numerosas ocasiones. A título de ejemplo, sentencia de 7 de julio de 1989, caso Soering c. Reino Unido, par. 89.

(35) Como señaló el Tribunal europeo en su sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el caso Handyside c. Reino Unido (par. 49), y reiterado desde entonces -a título de ejemplo, en su reciente sentencia de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría contra España-: «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Bajo reserva del párrafo segundo, ésta vale no sólo para las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o como indiferentes, sino también para aquellas que molestan, chocan o inquietan. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una "sociedad democrática"». Par. 34. a) de la sentencia.

(36) Parágrafo 39 de la sentencia de 26 de febrero de 2002 en el caso Dichand y otros c. Austria. Véase igualmente, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal europeo de 12 de octubre de 2001, en el caso Feldek c. Eslovaquia, par. 74. En la misma línea véanse las sentencias de 8 de junio de 1986, en el caso Lingens c. Austria, par. 42; sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick c. Austria, par. 59; y sentencia de 9 de junio de 1998, en el caso Incal c. Turquía, par. 54. Además de a políticos, el Tribunal europeo se ha referido a jueces y magistrados (sentencia de 25 de julio de 2001, caso Perna c. Italia, par. 41) y a funcionarios que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales (sentencia de 29 de marzo de 2001, caso Thoma c. Luxemburgo, par. 47).

(37) Sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick c. Austria, par. 59. Ejemplos de lo que sería un exceso de la prensa en su crítica a un político los da a sensu contrario, el Tribunal europeo en su sentencia de 28 de septiembre de 1999, en el caso Dalban c. Rumanía (par. 59): la atribución de hechos completamente falsos, que sirvieran para alimentar una campaña difamatoria y que trataran sobre aspectos de su vida privada.

(38) Véase, entre otras muchas, la sentencia de 28 de septiembre de 1999 (par. 49), en el caso Dalban c. Rumanía, en la que por unanimidad, el Tribunal europeo decidió que Rumanía era responsable de una violación del artículo 10 del Convenio a consecuencia de la condena por difamación impuesta al propietario de un periódico a consecuencia de unas informaciones sobre el presunto fraude financiero

cometido en una empresa de titularidad pública, y en las que calificaba duramente la actitud del representante del Estado en el Consejo de Administración de ésta.

(39) Parágrafo 42 de la sentencia de 25 de julio de 2001 en el caso Perna c. Italia..

(40) Caso Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega, sentencia de 20 de mayo de 1999, pará. 59. Igualmente, caso Nilsen Johnsen c. Noruega, sentencia de 25 de noviembre de 1999, pará. 52; y caso Fuentes Bobo c. España, sentencia de 22 de febrero de 2000, pará. 48.

(41) CABEZUELO ARENAS, A. L.: Derecho a la intimidad, op. cit., Pág. 134.

(42) Caso Lehideux e Isorni c. Francia, sentencia de 23 de septiembre de 1998, pará. 52.

(43) Sentencia de 11 de enero de 2000, caso News Verlag GmbH y CoKG c. Austria, pará. 56.

(44) O como señala el profesor MARTÍN-RETORTILLO, que la información que dan los periodistas sea veraz y no voraz. MARTÍN-RETORTILLO, L.: La Europa de los Derechos Humanos, Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1998, Pág. 384.

(45) Parágrafo 46 de la sentencia de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España: «No deja de resultar lícito para las autoridades competentes del Estado la adopción, en su condición de garantes del orden público, de medidas, incluso penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva contra acusaciones difamatorias, desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe».

(46) Parágrafo 54 de la sentencia de 21 de enero de 1999, caso Fressoz y Roire c. Francia.

(47) Parágrafo 65 de la sentencia de 20 de mayo de 1999, caso Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega: «La garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas en cuanto a la información sobre cuestiones de interés general está condicionada a que los periodistas actúen de buena fe de manera que faciliten informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto de la deontología periodista».

(48) Sentencia del Tribunal europeo de 12 de octubre de 2001, caso Feldek c. Eslovaquia.

(49) A título de ejemplo, entre otras muchas véanse: sentencia de 27 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, pará. 42. Sentencia de 28 de septiembre de 1999, caso Dalban c. Rumanía, pará. 49. Más recientemente, sentencia de 25 de junio de 2002 en el caso Colombani y otros c. Francia, párrafos 65 y 66.

(50) Parágrafo 76 de la sentencia de 12 de octubre de 2001 en el caso Feldek c. Eslovaquia.

(51) Parágrafo 84 de la sentencia de 12 de octubre de 2001 en el caso Feldek c. Eslovaquia.

(52) Véase, por ejemplo, el parágrafo 86 de la sentencia del Tribunal europeo de 12 de octubre de 2001 en el caso Feldek c. Eslovaquia: «Con respecto a las razones invocadas por el Tribunal de Casación, el Tribunal europeo no puede aceptar la proposición como principio, de que un juicio de valor sólo puede ser considerado como tal si va acompañado por los hechos sobre los cuales ese juicio está basado. La necesidad de un vínculo entre un juicio de valor y su apoyo en hechos puede variar de un caso a otro, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada uno». Más recientemente, el parágrafo 65 de la sentencia de 25 de junio de 2002, en el caso Colombani y otros c. Francia: «... Para el Tribunal, cuando la prensa contribuye a un debate público sobre cuestiones que suscitan una preocupación legítima, debe, en principio, poder apoyarse sobre informes oficiales sin tener que emprender investigaciones independientes».

(53) Párrafos 40 a 43 de la sentencia de 25 de julio de 2001 en el caso Perna c. Italia.

(54) Párrafos 44 y 45 de la sentencia de 25 de julio de 2001 en el caso Perna c. Italia.

(55) Parágrafo 29 y siguientes de la sentencia de 22 de febrero de 1999 en el caso Barfod c. Dinamarca.

(56) Parágrafo 35 de la sentencia de 20 de noviembre de 1989, en el caso Markt Intern Verlag y Klaus Beerman c. Alemania.

(57) Parágrafo 63 de la sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick c. Austria.

(58) Párrafos 66 a 68 de la sentencia de 25 de junio de 1992, caso Thorgerison c. Islandia.

(59) Parágrafo 46 de la sentencia de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica: «La libertad de expresión de la prensa comprende la posibilidad del recurso a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación».

(60) Parágrafo 34 de la sentencia de 1 de julio de 1997, caso Oberschlick c. Austria (n.º 2): «Es cierto que llamar a un político “idiota” en público puede ofenderle. En el presente caso, la palabra no parece desproporcionada... Debe recordarse que el artículo 10 protege no sólo el contenido de las ideas e informaciones expresadas sino la forma en que lo son».

(61) Parágrafo 48 de la sentencia de 29 de febrero de 2000, en el caso Fuentes Bobo c. España.

(62) Parágrafo 39 de la sentencia de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría c. España.

(63) Parágrafos 40 a 42 de la sentencia de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría c. España.

(64) Parágrafo 38 de la sentencia de 14 de marzo de 2002, en el caso Diego Nafría c. España.

(65) Además, se contradiría con el sentido de la sentencia de 27 de junio de 2000, en el caso Constantinescu c. Rumanía, relativo a la condena por difamación impuesta a un sindicalista por la afirmación con la que se refirió a las antiguas gestoras de un sindicato de enseñanza que estaban siendo juzgadas por la distracción de bienes de la organización. En concreto, empleó el término «delapidatori», que traducido equivale a receptadores, sin que el proceso en curso hubiera concluido con una condena de éstas por receptación de bienes. El término era claramente ofensivo y el Tribunal europeo no tuvo ningún problema en señalar que «era del todo posible para el demandante formular sus críticas y contribuir así a una libre discusión pública sobre problemas sindicales, sin emplear el término «receptoras» (parágrafo 74 de la sentencia). En consecuencia, «el interés legítimo del Estado de proteger la reputación de las tres profesoras (antiguas gestoras del sindicato) no entraba en conflicto con el interés del demandante de contribuir al debate antes mencionado. El Tribunal europeo está, pues, convencido de que los motivos invocados por las autoridades nacionales eran “relevantes y suficientes” a los fines del párrafo segundo del artículo 10» (parágrafos 75 y 76 de la sentencia).

(66) Voto separado concordante del juez CARRILLO SALCEDO en la sentencia del Tribunal europeo de 23 de abril de 1992, en el caso Castells c. España.

(67) CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme», Manuel sur les organisations internationales de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, 2.ª ed., pág. 288.

(68) MAHONEY, P.: «Judicial activism and judicial self-restraint: two sides of the same coin», Human Rights Law Journal, 1990, vol. 11, pág. 88.

(69) Caso Handyside c. Reino Unido, sentencia de 7 de diciembre de 1976, par. 49.

(70) Opinión de la Comisión europea de derechos humanos de 5 de noviembre de 1969, caso Griego, par. 394.

(71) Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI, op. cit., Págs. 83 a 91.

(72) Vid. infra la jurisprudencia citada en el epígrafe I.1. «Un derecho identificable con la esfera íntima de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio».

(73) Estos fines son la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y las libertades de los demás.

(74) Caso Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega, sentencia de 20 de mayo de 1999, par. 64.

(75) Véase en este sentido, por ejemplo, el parágrafo 33 de la sentencia de 1 de julio de 1997, en el caso Oberschlick c. Austria (n.º 2) y el parágrafo 62 de la sentencia de 20 de mayo de 1999, caso Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega.

(76) Parágrafo 42 de la sentencia de 25 de julio de 2001, caso Perna c. Italia.

(77) Parágrafo 31 de la sentencia de 23 de septiembre de 1994, caso Jersild c. Dinamarca.

(78) COHEN-JONATHAN, G.: «Discrimination raciale et liberté d'expression», Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1995, vol. 7, n.º 1-3, pág. 8.

(79) PEYROU-PISTOULE, S.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos de 1 de julio de 1997 en el caso Oberschlick c. Austria (n.º 2)», Revue Trimestrielle des droits de l'homme, n.º 35, 1998, Pág. 603.