

3. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PROHIBICIÓN DE DIFUNDIR DURANTE EL PERÍODO DE LIBERTAD CONDICIONAL TODA OBRA RELATIVA A LOS DELITOS DE TERRORISMO POR LOS CUALES EL AUTOR FUE CONDENADO, ASÍ COMO ABSTENERSE DE INTERVENIR EN PÚBLICO

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2015. ASUNTO BIDART C. FRANCIA N° 52363/11

MYRNA VILLEGAS DÍAZ*
Universidad de Chile

I. EL CASO

El solicitante, ex líder de *Iparetarrak*¹, organización separatista vasca, fue detenido en 1988 y condenado a dos cadenas perpetuas y otros años de prisión por su participación en diversos delitos de terrorismo. Tales fueron: asociación ilícita y conspiración para delinquir, asesinato de dos agentes civiles y asesinato de un gendarme, complicidad en asesinato consumado y en tentativa de asesinato, además de robo con arma de fuego. En 2007 la Cámara de Ejecución de sentencias de la Corte de Apelaciones de París le concedió el beneficio de libertad condicional. El juez de ejecución de penas había impuesto determinadas medidas de asistencia y control, de las descritas en la ley, cuya duración sería de 7 años.

A los pocos meses de encontrarse gozando del beneficio, el solicitante asistió a una manifestación pacífica de apoyo a presos vascos que se realizó delante de la prisión de Agen, prestando declaración a los medios de comunicación en dicho contexto.

A raíz de estos hechos, el Tribunal de Ejecución de Sentencias de París decidió, mediante fallo de 14 de mayo de 2008, imponer como obligación adicional a las medidas de asistencia y control ya impuestas: (1) el no asistir a establecimientos penitenciarios para manifestar su apoyo a personas detenidas por actos de terro-

* Trabajo realizado en el marco del proyecto FONDECYT REGULAR N° 1140040, “Terrorismo y democracia. Bases para un concepto jurídico de terrorismo en el derecho penal chileno y examen de núcleos problemáticos en su actual regulación”, del cual su autora es investigadora responsable.

¹ Iparetarrak era la rama francesa de ETA.

rismo o en favor de asociaciones o movimientos que cometan o hayan cometido actos de terrorismo, (2) abstenerse de difundir toda obra o trabajo audiovisual del cual hubiese sido autor o coautor en todo o parte, relacionada con los delitos que él habría cometido, y (3) abstenerse de toda intervención pública relativa a los delitos cometidos.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación de París mediante fallo de 2 de octubre de 2008, pero dejada sin efecto por la Sala Penal del Tribunal de Casación mediante sentencia de 10 de junio de 2009, argumentando que el Tribunal de Ejecución de Sentencias de París no era competente para modificar las obligaciones de la libertad condicional, pues ella correspondía al juez de ejecución de penas.

Posteriormente y mediante sentencia de 28 de junio de 2010, el juez de ejecución de penas decidió imponer al solicitante la obligación contenida en el art. 132-45 16° del Código Penal, esto es, la de abstenerse de difundir toda obra o producción audiovisual de la que hubiere sido autor en todo o parte, relacionada con los delitos por los cuales había sido condenado, así como la de abstenerse de toda intervención pública relativa a los delitos cometidos, esto es, no podía hablar públicamente de ello. En esta decisión tuvo en cuenta lo señalado por la Corte de Apelaciones en 2007, quien habría descrito al solicitante como una persona respetuosa y tranquila, dedicado la mayor parte del tiempo a escribir su memoria, que se desconoce el contenido de dicha memoria, pero puede deducirse que ella haría referencia a los hechos por los cuales fue condenado, y que el solicitante intentaría publicarla y hacer declaraciones sobre tales hechos.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación de París el 31 de agosto de 2010, haciendo hincapié en que esta obligación “*se limita a prohibir todo comentario o apología de los crímenes cometidos*”, y que “*no es una medida desproporcionada a la luz de la necesidad de salvaguardar el orden público y en modo alguno prohíbe a Philippe Bidart expresar sus convicciones políticas*”. Mediante sentencia de 30 de marzo de 2011, la Sala Penal del Tribunal de Casación desestimó el recurso presentado por el solicitante, considerando que el Tribunal de Apelación había aplicado correctamente el artículo 132-45 16° del Código Penal.

El solicitante recurrió al TEDH por cuanto estima que la restricción impuesta atenta contra la libertad de expresión consagrada en el art. 10 del CEDH, que dispone:

Art. 10. Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas

de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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

2. DOCTRINA

La libertad de expresión es uno de los derechos que la jurisprudencia del TEDH ha relevado como parte de las bases de la sociedad democrática². Este derecho se extiende a toda forma de difusión e incluye al autor, al editor y a la empresa difusora (caso *Öztürk v. Turkey*, de 28 de septiembre de 1999). Este derecho puede ser objeto de restricciones conforme cumpla con ciertos criterios fijados por el TEDH en su jurisprudencia³:

(1) Principio de legalidad: las limitaciones a la libertad de expresión deben estar establecidas en la ley (*Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979).

(2) Protección de derechos a terceros: puede limitarse para proteger a terceros, especialmente a víctimas. Se ha adoptado este criterio en relación a intentos de justificación del holocausto (*Garaudi v. France* de 24 junio 2003).

(3) Necesidad y proporcionalidad: las restricciones deben ser justificadas, no debiendo confundirse lo “necesario” con lo “indispensable”, aunque tampoco con “razonable o deseable” (*Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979). Debe tratarse de una necesidad social apremiante, conectada con la tolerancia en cuanto deber fundamental en un estado democrático.

(4) Seguridad nacional: el TEDH admite restricciones en casos de conductas de apología y exaltación del terrorismo (*Hogefeld v. Germany* de 20 enero 2000).

(5) Estado de excepción: puede restringirse la libertad de expresión en estos casos, siendo admitida en virtud del art. 15 de la Convención (*Lawless v. Ireland* de 1 junio 1971).

² GARRO CARRERA, Ena, La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo, en DE LA CUESTA, José Luis y MUÑAGORRI, Ignacio (editores.), Aplicación de la normativa antiterrorista, (Donostia, 2009), p. 357.

³ *Ibidem*.

3. LA DECISIÓN DEL TEDH

El TEDH declaró que no había vulneración a la libertad de expresión por parte del gobierno francés, por cuanto la medida impuesta cumplía con el principio de legalidad, al estar expresamente prevista en el Código Penal como una de las medidas que facultativamente se podrían imponer al solicitante, y que cumplía con los principios de necesidad, basado en la conmoción social que habían causado los hechos por los cuales el solicitante había sido condenado, las posibilidades de limitar la libertad de expresión en Europa a causa del terrorismo, lo que a su vez permitía considerar la medida como proporcionada.

4. COMENTARIO

Es interesante destacar las alegaciones de las partes a efectos de poder valorar la decisión del TEDH. El solicitante argumentó que con dicha medida se afectaba su libertad de expresión, por cuanto era innecesaria y desproporcionada. Innecesaria pues al momento de otorgársele la libertad condicional, el juez de ejecución de penas no le había impuesto estas restricciones atendiendo a su buen comportamiento. La medida solo fue impuesta después, a raíz de un acto que no implicaba hacer apología de los crímenes cometidos, lo que evidenciaba su carácter desproporcionado. El solicitante sostuvo que esta medida por su discrecionalidad y amplitud conducía a prohibirle expresar cualquier opinión sobre la situación política actual en la País Vasco, pues los delitos por los cuales fue condenado fueron cometidos en ese contexto.

El gobierno francés aceptó que restringía la libertad de expresión del solicitante, pero que esta restricción era legal al estar contemplada expresamente en el Código Penal, y que cumplía con lo señalado en el párrafo segundo del art. 10 del CEDH por cuanto se trataba del mantenimiento del orden y seguridad públicos, proteger derechos de terceros y prevenir la comisión de delitos similares. Hizo hincapié en que el solicitante de libertad condicional había suscitado fuertes emociones a nivel local, no solo por los delitos cometidos en el pasado, sino también porque a su liberación emitió un discurso en euskera declarando que su alegría de estar en libertad no era plena por cuanto Francia no reconocía al País Vasco. Luego, unos meses más tarde, habría participado en una manifestación de apoyo a presos vascos, en la cual él declaró que la situación de los presos vascos era injusta y que debían ser liberados. Por tanto, según el gobierno, había que evitar cualquier acto o comentario susceptible de ofender a las familias de las víctimas y/o nuevas infracciones.

Señaló que la medida había sido impuesta al solicitante después de su participación en esa manifestación y que en la aplicación de esta medida la jurisdicción interna pudo usar su poder de apreciación, observando en el solicitante un

comportamiento poco compatible con su reinserción y naturalmente expuesto a riesgos de reincidencia, además de causar problemas al orden público. Pues el solicitante ocupaba un particular e importante lugar en la organización terrorista vasca, y en razón de sus dichos era necesario tomar las precauciones para que otros no vieran en sus palabras y su comportamiento un llamado a nuevas manifestaciones de violencia.

En cuanto a la proporcionalidad, señala que la medida impuesta no es desproporcionada por cuanto el Código Penal establece una limitación a la medida, pues ella debe adoptarse en el caso de condenados por delitos graves. La restricción se había realizado en el contexto específico de una libertad condicional, como una medida de individualización de la pena, permitiendo la puesta en libertad de un preso condenado por delitos graves, para facilitar su reinserción social.

El TEDH corrobora que la restricción impuesta tenía base legal (art. 731 del Código de Procedimiento Penal y 132-45 16 del Código Penal). Otorga relevancia a los objetivos enumerados por el gobierno francés para imponerla (mantenimiento de la seguridad pública, defensa del orden, prevención del delito y protección de la honra o los derechos de otros) y constata que las jurisdicciones internas tienen como limitación para el empleo de esta restricción la necesidad de salvaguarda del orden público. En este sentido, tiene en consideración que el solicitante, ex líder de *Iparetarrak* y condenado por asesinatos, entre otros delitos, despertaba una fuerte conmoción tanto a nivel de la localidad como entre familiares de las víctimas (protección de derechos de terceros). Asimismo, toma nota de que la medida haya sido adoptada después de que hubiese aparecido públicamente en una manifestación en apoyo a presos vascos. El TEDH entiende que en este contexto las autoridades judiciales hayan temido una posible reincidencia por parte del solicitante, y admite entonces, a la vista de la situación del País Vasco, que la restricción impuesta perseguía uno de los objetivos enumerados en el art. 10 de la convención, esto es, la defensa del orden y la prevención del delito.

Realiza una reflexión sobre la “necesidad” de la medida, a la luz de otros casos, y señala que ella debe interpretarse en el sentido de “necesidad social convincente”, y que en ello cada Estado tiene un margen discrecional de apreciación. Las medidas que se tomen, especialmente cuando se hace en el marco de la lucha contra el terrorismo, deben tener en cuenta las circunstancias del caso y el margen de apreciación que tiene cada Estado debe buscar un justo equilibrio entre el derecho fundamental de la libertad de expresión y el derecho legítimo de una sociedad democrática de protegerse contra los ataques terroristas. Las restricciones que el art. 10 permite a la libertad de expresión son de aquellas que implican un peligro mayor para las sociedades democráticas, lo cual es aplicable también a aquellos casos en los que se trata de un daño solo potencial.

La Corte lamenta que en su fundamentación el juez de ejecución de penas no haya hecho referencia a un escrito u obra en particular, sino que a una potencia-

lidad: que tuviera intenciones de publicar sus memorias y hacer declaraciones sobre los hechos por los cuales fue condenado. También consideró lamentable que los tribunales nacionales no hayan hecho ninguna valoración en torno al equilibrio de intereses en juego y al riesgo real de alteración del orden público.

Sin embargo, a su juicio, la medida había sido bien adoptada por cuanto tiene limitaciones tanto en cuanto al tiempo de duración como en cuanto a su objeto, pues lo que se le prohíbe es emitir comentarios o dar justificación de los delitos cometidos por él, conservando el solicitante la posibilidad de expresarse sobre la cuestión vasca en la medida en que ésta no se refiere estrictamente a los delitos por los cuales fue condenado. Así las cosas, y considerando que la medida impuesta no es una restricción total a la libertad de expresión, decide que no se vulneró el art. 10 de la Convención.

Llama la atención en este fallo un cierto eufemismo en la argumentación. De un lado, lamenta que no se haya realizado, por parte de las autoridades francesas, un debido ejercicio de fundamentación para justificar la adopción de la medida, lo cual conduce inevitablemente a cuestionar la necesidad de la misma. Sin embargo, el TEDH la considera necesaria. Por otro lado, interpretar la medida como restringida únicamente a que el sujeto se le prohíba justificar los delitos por los cuales fue condenado tiene dos lecturas, una positiva y otra negativa. La primera es interpretar lo indicado por el TEDH como la posibilidad del requirente de expresarse libremente sobre la situación del País Vasco y sobre la situación de los presos, incluidos medios de comunicación, siempre que no haga referencia a los delitos por los cuales él fue condenado. Luego, no podría prohibírsele que asista a una manifestación pacífica de apoyo a los presos y que emita declaraciones en su favor, en la medida en que no se está refiriendo a los delitos que el cometió.

La segunda lectura es que esta restricción de no referirse únicamente a los delitos por los cuales fue condenado, en la práctica parece carecer de posibilidades reales de materialización, pues es superfluo pretender que el solicitante pudiera publicar sus memorias o dar entrevistas, o hacer comentarios en público sobre el conflicto vasco francés sin hacer referencia a los delitos que se cometen en su contexto, incluidos los propios, por cuanto ellos forman parte del conflicto, fueron la parte más grave del mismo.

En este sentido, llama también la atención que el Estado francés argumente que otorgó la libertad condicional para facilitar la reinserción social del condenado, y al mismo tiempo pretenda impedir al sujeto expresar “su parte de la historia”, o su mirada acerca del conflicto vasco-francés, pues los delitos cometidos se enmarcan dentro del mismo. Así las cosas, la reinserción adquiere un carácter manifiestamente inocuizador.

El fallo del TEDH tiene un razonamiento legalmente correcto, pues la medida había sido legalmente adoptada (y probablemente el problema lo plantea la existencia misma de la citada disposición en el Código Penal francés), pero político-

criminally inconveniente y que pudo morigerarse al ponderar la “necesidad” de la medida impuesta, por cuanto es allí donde se encontraba el margen de discrecionalidad.

Político-criminalmente inadecuada por cuanto la prohibición resulta compleja en la actual situación, en donde se ha comprobado que la única forma de acabar con el terrorismo es mediante una política de negociación y diálogo. El fin de ETA no lo debemos a la eficacia de las medidas policiales y judiciales, sino a la confrontación de posiciones en el plano político e ideológico, campo en el cual dicha organización fue perdiendo paulatinamente un espacio social que antes le era favorable, lo que la empujó a un proceso de negociación hasta ahora exitoso. Lo mismo sucedió con el IRA y el Acuerdo de Stormont.

Prohibiciones como las que se impusieron en este caso van paulatinamente empujando a los sujetos hacia la ilegalidad. Si el solicitante no puede en este contexto, a 2015, explicar su parte de la historia, por qué sucedió lo que sucedió, cuáles fueron las motivaciones que lo llevaron a delinquir, es imposible que se confronten las posiciones. Hay un corte en el diálogo democrático que impide cualquier posibilidad de éxito en la erradicación del terrorismo y en la reinserción social de los condenados, pues en ésta no se trata de que el sujeto deba hacer suyos los valores de una sociedad que probablemente repudia, sino que simplemente lleve en el futuro una vida sin cometer delitos. Y esto no queda claro ni en los argumentos del Estado francés, así como tampoco en los de la sentencia del TEDH.