

## CAPÍTULO QUINTO

### ANÁLISIS DE CASO

#### I. NOTAS INICIALES

En la discusión internacional en torno a las supuestas debilidades del principio de proporcionalidad, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Instituto Otto Preminger*<sup>155</sup> es un ejemplo abordado con frecuencia. Contra ello, el siguiente análisis de este asunto habrá de ilustrar los argumentos desarrollados arriba ante un caso concreto, y así poner en claro las fortalezas del principio de proporcionalidad.<sup>156</sup>

En el caso mencionado, una organización sin fines de lucro llamada “Instituto Otto Preminger” tenía una sala de cine artístico en la ciudad de Innsbruck, y anunció seis proyecciones de la película “Concilio de amor” (*Liebeskonzil*).<sup>\*</sup> Ésta contenía escenas críticas sobre Dios, Jesús y la Virgen María, quien se unía con el Diablo y castigaba con sífilis a la humanidad. Apoyadas en regulaciones nacionales, las autoridades austriacas incautaron el filme; entonces, la organización hizo valer una violación al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reza:

---

<sup>155</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, núm. 13470/87, fondo, 20 de septiembre de 1994.

<sup>156</sup> Para una discusión de esta sentencia véase, también, Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 7.

<sup>\*</sup> Werner Schroeter, República Federal de Alemania, 1982; título en inglés: *The Council of Love*. Para mayor información sobre este filme véase la Internet Movie Database en <http://imdb.to/1usH7F3> (N. del T.).

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a... restricciones... previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para... la protección de... los derechos ajenos...\*

La incautación de la película incuestionablemente representó una intervención en la libertad de expresión del instituto actor, consagrado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este aspecto, se suscita en primer lugar la cuestión de si la incautación pudo estar justificada según el artículo 10.2 de dicho instrumento. Que tal medida estuviera legalmente prevista condujo de manera determinante a plantear si persiguió un fin legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la incautación estaba justificada conforme al referido artículo 10.2 del Convenio de Roma. Para ello se indagó primeramente si la incautación persiguió un fin legítimo en el sentido de este precepto. La mayoría de seis jueces decidió que la medida persiguió el fin legítimo de proteger los derechos de otros, puesto que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos\*\* tutela los sentimien-

---

\* En alemán y abreviado en el original. Este texto y otros provenientes del mencionado Convenio Europeo, incluidos aquí, corresponden a su versión en español difundida por el mismo Tribunal de Estrasburgo en <http://bit.ly/1e7XFxw>. Considérese que, como advierte dicha traducción española, sólo son auténticas las versiones inglesa y francesa de este instrumento (N. del T.).

\*\* “1. Toda persona tiene derecho a la libertad... de religión; este derecho implica la libertad... de manifestar su religión... individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión... no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas

tos religiosos de la población.<sup>157</sup> A decir verdad, la referida disposición no protege a los creyentes ante toda crítica;<sup>158</sup> no obstante, en casos extremos, el Estado lleva a cuentas la responsabilidad de proteger los sentimientos religiosos.<sup>159</sup> En este caso, la provocativa representación de objetos de culto pudo agravar los sentimientos religiosos de la población.<sup>160</sup>

Una minoría de tres jueces argumentó en contra que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no abarca completamente la tutela de los sentimientos religiosos.<sup>161</sup> Indicó que más bien, por el contrario, dicho precepto contiene un derecho a expresar opiniones críticas en relación con las creencias ajenas.<sup>162</sup> Y señaló que la intervención podría igualmente justificarse para proteger el carácter democrático de la sociedad ante ataques a la reputación de agrupaciones religiosas.<sup>163</sup>

Inmediatamente después, el Tribunal tuvo que examinar, conforme al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si la incautación era necesaria en una sociedad democrática. La mayoría de sus integrantes juzgó que la medida había sido necesaria para mantener el orden público, ya que el filme representaba un ataque a la religión.<sup>164</sup> Las precauciones del cine en verdad alcanzaron a evitar molestias injustas a los sentimientos religiosos de la población. De acuerdo con ellas: cinco de las seis funciones tuvieron lugar hasta las diez de la noche; un folleto informativo dio cuenta del contenido de la película; se prohibió la entrada a menores de diecisiete años; el público al que se di-

---

necesarias, en una sociedad democrática, para... la protección de los derechos o las libertades de los demás” (N. del T.).

<sup>157</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 48.

<sup>158</sup> *Ibidem*, § 47.

<sup>159</sup> *Idem*.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 6.

<sup>162</sup> *Idem*.

<sup>163</sup> *Idem*.

<sup>164</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 52.

rigió tenía interés en el arte, y fue requerida una cuota de acceso. Estas precauciones fueron a su parecer insuficientes puesto que el filme había sido anunciado con gran alcance, y con ello fue conocido públicamente;<sup>165</sup> además, una ponderación de los intereses en conflicto daba por resultado que la incautación fue proporcional en sentido estricto;<sup>166</sup> y que las autoridades nacionales no habían traspasado su margen de apreciación.<sup>167</sup>

Una minoría de tres jueces argumentó en contra que el cine adoptó medidas suficientes para dar a las personas religiosamente sensibles la posibilidad de mantenerse lejos de la película.<sup>168</sup> Expresó que el cine limitó las molestias potenciales del filme, tanto como ello podía razonablemente esperarse.<sup>169</sup> Por consiguiente, opinó que la incautación era desproporcionada.<sup>170</sup>

No es convincente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tampoco la opinión de los tres jueces disidentes. El tribunal aplicó equivocadamente el principio de proporcionalidad en múltiples aspectos. Por eso, en lo sucesivo analizaremos de nuevo el caso, considerando las premisas establecidas arriba; con ello se mostrará que la correcta aplicación del principio de proporcionalidad puede mejorar decisivamente la racionalidad y la comprensibilidad de las sentencias judiciales, y cómo lo hace.

### III. FIN LEGÍTIMO

Una medida que interviene en el derecho a la libre expresión puede estar justificada conforme al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros, si sirve a la protección de

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, § 54.

<sup>166</sup> *Ibidem*, § 55.

<sup>167</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>168</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 9.

<sup>169</sup> *Idem*.

<sup>170</sup> *Ibidem*, § 11.

un derecho ajeno. El Estado no puede elegir libremente los fines legítimos para justificar una intervención en el artículo 10 de dicho tratado. Esta técnica de regulación es coherente con el modelo iusfundamental que defendemos en este trabajo, en el cual sólo propósitos con estatus *constitucional* pueden restringir los derechos fundamentales.<sup>171</sup>

Según la opinión de la mayoría de los jueces, el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende la tutela de los sentimientos religiosos de la población, y la incautación justamente sirvió para protegerlos.<sup>172</sup> Una minoría de jueces argumentó en contra que los sentimientos religiosos no estarían protegidos por la mencionada disposición.<sup>173</sup>

Entonces, resulta decisiva para la cuestión de si la incautación sirvió a un fin legítimo la relativa a si el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende la protección de los sentimientos religiosos de la población. Para esto tiene que determinarse la extensión de dicho precepto. No incluyéndose dichos sentimientos en el ámbito de protección del artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habría una definición tendencialmente estrecha. Las desventajas de tales definiciones ya fueron establecidas,<sup>174</sup> y pueden precisarse de nuevo para el presente caso.

La exclusión de los sentimientos religiosos por la minoría de jueces sufre de una pobreza de fundamentos; los jueces sencillamente decidieron que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no comprende un derecho a la protección de los sentimientos religiosos.<sup>175</sup> Falta por completo justificación para lo anterior; se negó de esta manera la protección iusfundamental sin argumentación sustantiva; las consideraciones para

---

<sup>171</sup> Véase *supra*, capítulo primero, apartado II.

<sup>172</sup> *Supra*, nota 157.

<sup>173</sup> *Supra*, nota 161.

<sup>174</sup> *Supra*, capítulo cuarto, apartado II.

<sup>175</sup> *Supra*, nota 161: “such a right cannot be derived from the right to freedom of religion”.

la desprotección (*Nichtschutz*) no fueron expuestas, y por lo tanto no son comprensibles. Así, se eludió la carga de la argumentación para negar la protección, lo que favorece la arbitrariedad judicial.

Además, no son convincentes todas las razones que pueden aducirse para la desprotección de los sentimientos religiosos. Tsakyrakis más o menos argumentó en su análisis de la sentencia que los sentimientos religiosos simplemente no ameritan protección iusfundamental:

Religious feelings are not “worthy of being included in the ambit of a right”.<sup>176</sup>

The definition must rely “on broader conceptions of... how an alleged right must fit with other rights recognized in the convention”.<sup>177</sup>

An “analysis of the content of the right that is more closely attuned to its moral point would yield priorities between rights and interests”.<sup>178</sup>

Estas declaraciones no tienen cabida en el plano de la apertura del ámbito de protección. Abordan consideraciones que habrían estado colocadas en el marco de una ponderación; sólo en éste puede justificarse qué tan importantes tendrían que ser y cómo deberían jerarquizarse los sentimientos religiosos en comparación con otros derechos; en ese marco, los derechos de que se habla estarían clara y comprensiblemente contrapuestos. Las consideraciones son por consiguiente desplazadas en el aspecto estructural:

---

<sup>176</sup> Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 480 (“Los sentimientos religiosos no son «dignos de ser incluidos en el ámbito de un derecho»”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

<sup>177</sup> *Idem* (“La definición debe basarse en concepciones más amplias de... cómo un derecho invocado tiene que ajustarse con otros derechos reconocidos en la convención”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

<sup>178</sup> Tsakyrakis, réplica, *cit.*, nota 21, p. 308 (“Un «análisis del contenido del derecho que estuviera en consonancia más próxima con su punto moral, abandonaría las prioridades entre derechos e intereses»”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

en el plano del ámbito de protección, que se determina mediante interpretación textual, se hacen consideraciones ponderativas. En este sentido, la argumentación tampoco es comprensible, ya que en gran medida se realiza de manera oculta.

Una interpretación amplia del derecho que se desprende del artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos habría, por el contrario, resultado en que los sentimientos religiosos estarían protegidos por lo menos *prima facie*. Las razones para su desprotección iusfundamental definitiva habrían entonces tenido que exponerse abierta y comprensiblemente en el marco de la ponderación. Ante las ventajas<sup>179</sup> asociadas a las definiciones amplias, los sentimientos religiosos por consiguiente están al menos *prima facie* protegidos en virtud de la referida disposición. Con ello, sí persiguió la incautación del filme, contra la opinión de la minoría de jueces, un fin legítimo también en el sentido del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir, proteger los derechos de sujetos diferentes al instituto actor.

#### IV. IDONEIDAD

El tribunal no se ocupó expresamente de la cuestión de si la incautación de la película fue idónea para proteger los sentimientos religiosos. No obstante, es evidente que tal fue el caso. A la vista de su contenido, la proyección del filme habría podido agravar los sentimientos religiosos, y la incautación impidió las proyecciones que estaban planeadas. Entonces, dicha medida fue idónea para proteger los sentimientos religiosos de la población.

#### V. NECESIDAD

La cuestión de la necesidad de la incautación fue muy disputada en el seno del tribunal. Sobre ella se debatió si las precauciones

---

<sup>179</sup> Véase *supra*, nota 174.

que el cine tomó con el fin de evitar molestias podían verse como medios más benignos para lograr el fin legítimo. En opinión de la mayoría de los jueces no fue este el caso, ya que la película se anunció muy ampliamente, y en consecuencia fue suficientemente conocida.<sup>180</sup> Una minoría de jueces argumentó en contra que, a la vista de las precauciones de que se trató, el cine limitó las molestias para otros tanto como razonablemente pudo esperarse.<sup>181</sup>

En este punto el tribunal examinó la cuestión de la necesidad sólo incompletamente, ya que una medida adoptada es innecesaria únicamente cuando hay una más benigna y a la vez igualmente idónea para lograr el fin legítimo.<sup>182</sup> Indudablemente, las precauciones que en el caso tomó el cine fueron otras medidas más benignas que la incautación del filme; empero, no fueron igualmente idóneas para proteger los sentimientos religiosos de la población. La incautación impidió desde el principio que la película se proyectara; con ello, prácticamente no existió peligro de que las personas fueran vulneradas en sus sentimientos religiosos, el cual habría sido mayor si el filme hubiera sido proyectado considerando las precauciones tomadas por el cine. Éstas fueron para ello más benignas que la incautación; sin embargo, no fueron igualmente idóneas para proteger los sentimientos religiosos de la población. Por tanto, la incautación de la película fue necesaria.

---

<sup>180</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 54.

<sup>181</sup> Véase *supra*, nota 168.

<sup>182</sup> Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 102; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 94; Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 299; Kumm, “The Idea of Socratic Contestation...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 148-149 (En el original alemán de su citada obra, Alexy refiere un pasaje del tribunal de Karlsruhe que, siguiendo la versión española indicada, en realidad significa: “el fin no puede alcanzarse igual de bien (*ebenso gut*), de otra manera que afecte menos al individuo” [BVerfGE 38, 281 <302>] [N. del T.]).

## VI. PONDERACIÓN

1. *Ponderación incorrecta*

En consecuencia, es decisivo que la incautación fuera proporcional en sentido estricto. De la mano de una ponderación, aquí debe proponerse un justo equilibrio entre los derechos contendientes. La mayoría y la minoría de los jueces aparentaron (*vorgeben*) ponderar: la primera opinó que era indispensable un *weighing up* de los intereses en conflicto;<sup>183</sup> la segunda argumentó que la incautación era —*on balance*— desproporcionada.<sup>184</sup> Pero de hecho en ambos casos no se ponderó, o se hizo defectuosamente.

La mayoría de los jueces tuvo la incautación por proporcionada, porque las autoridades austriacas no habían transgredido su correspondiente margen de apreciación;<sup>185</sup> sin embargo, no se efectuó una ponderación. El margen de apreciación que queda a los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos se usa más bien como argumento para eludir una ponderación sustantiva; pero es imposible abstenerse por completo de ponderar invocando los márgenes; con corrección, un margen sólo puede ser uno epistémico en el marco de la ponderación o uno estructural resultante de la misma.<sup>186</sup> Por ende, hay que dar la razón a la crítica de la decisión en el sentido de que el resultado del caso se apoya sobre el correspondiente margen, pero no sobre una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.<sup>187</sup> Aparte de esto, el proceder del Tribunal Europeo de Derechos

<sup>183</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 55.

<sup>184</sup> Véase *supra*, nota 170.

<sup>185</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 56.

<sup>186</sup> Sobre ambas clases de ponderación véase Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, p. 5. También *cf.* Klatt, Matthias, “Schutzpflichten in der Europäischen Konvention für Menschenrechte”, en *idem* (ed.), *op. cit.*, nota 37, pp. 34-61.

<sup>187</sup> Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 303.

Humanos se halla en ostensible contradicción con sus propias aseveraciones de que las medidas estatales requerían en el caso un control estricto.<sup>188</sup>

También la minoría de los jueces ponderó defectuosamente. Confundió los niveles de los exámenes de necesidad y de ponderación. Argumentó que las medidas eran innecesarias de haber medios más benignos disponibles, y que la incautación no era proporcional *stricto sensu* porque hubo tales medios.<sup>189</sup>

Así, ni la mayoría ni la minoría de los jueces ponderaron correctamente; ambas omitieron una argumentación sustancial en el marco de la ponderación.<sup>190</sup> Sin embargo, esta práctica de decisión y justificación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como parcialmente se ha afirmado, no pone en entredicho la eficiencia de la ponderación en sí,<sup>191</sup> ya que una defectuosa aplicación del principio de proporcionalidad no puede imputarse al método mismo.<sup>192</sup>

## 2. Ponderación correcta (dimensión negativa/deber de respeto)

A la vista del considerable déficit de justificación de esta decisión del Tribunal de Estrasburgo, es válido examinar qué resultado se habría obtenido con una correcta ponderación. Es determinante que la importancia de la persecución del fin legítimo pueda o no justificar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental del actor.<sup>193</sup> Aquí debe tenerse cuidado de no considerar el peso abstracto de los derechos que colisionaron en el caso, pues tienen uno igualmente importante en el sentido

---

<sup>188</sup> *Otto-Preminger-Institut*, *cit.*, nota 155, § 50.

<sup>189</sup> Véase *supra*, nota 170.

<sup>190</sup> Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 482.

<sup>191</sup> En este sentido, *idem*.

<sup>192</sup> Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 302.

<sup>193</sup> Como indica la primera ley de la ponderación. *Cfr.* Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 146; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 138.

referido, o sea, desvinculado de circunstancias concretas; esto se desprende de diversas afirmaciones del Tribunal:

...freedom of expression constitutes one of the... essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of everyone.<sup>194</sup>

...freedom of... religion... is one of the foundations of a “democratic society”... one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life.<sup>195</sup>

Comenzaremos entonces nuestro análisis indagando qué tan intensa fue en el caso concreto la intervención en el derecho fundamental a la libre expresión, lo cual requiere una justificación externa que inevitablemente contiene fundamentos morales.<sup>196</sup> Habiendo sido incautada la película, entonces ya no se le pudo proyectar; además, la incautación no estuvo local ni temporalmente limitada; en este sentido, la incautación representó una intervención grave. Lo que es más interesante, el tribunal no se ocupó expresamente de la clasificación de la intensidad de la intervención; nada más constató que hubo una.<sup>197</sup> Mediante lo anterior, se hace claro que las ponderaciones correctas mejoran la racionalidad de la decisión, al impeler al operador jurídico a reparar abierta y comprensiblemente en todas las consideraciones relevantes.

En el siguiente paso ha de examinarse qué tan importante fue la persecución del fin legítimo. En esto queremos enfatizar

---

<sup>194</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 49 (“la libertad de expresión constituye uno de los... fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

<sup>195</sup> *Ibidem*, § 47 (“la libertad de... religión... es uno de los fundamentos de una «sociedad democrática» [...] uno de los elementos más vitales que se dirigen a erigir la identidad de los creyentes y su concepción de la vida”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.])

<sup>196</sup> Véase *supra*, capítulo segundo, § IV.

<sup>197</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 43.

una vez más que el peso abstracto de los sentimientos religiosos puede quedar fuera de consideración, porque a la libertad de expresión corresponde abstractamente un mismo peso. Por eso resulta decisivo qué tan importante fue la protección de los sentimientos religiosos de la población; esto requiere nuevamente una justificación externa que contenga fundamentos morales.<sup>198</sup> De las explicaciones del Tribunal se desprende que la tutela de los sentimientos religiosos fue considerada importante; la mayoría de los jueces argumentó que la película fue promocionada muy ampliamente, por lo cual su contenido fue públicamente conocido en cierta medida, y en ella las planeadas proyecciones del filme habrían podido vulnerar los sentimientos religiosos de la población.<sup>199</sup>

Esta argumentación no es convincente. Más bien, con la minoría de los jueces, ha de remitirse a una serie de circunstancias contrarias a adjudicar en el presente caso una importancia alta a la persecución del fin legítimo.<sup>200</sup> En total siete argumentos (externos) hablan a favor de que la protección de los sentimientos religiosos de la población no era en esta ocasión especialmente importante.

En primer lugar, una película que se muestra en un cine artístico se dirige más bien sólo a un pequeño grupo de personas interesadas en filmes experimentales, y no contrariamente al público amplio; en tal medida, desde el principio sólo un grupo relativamente reducido de personas pudo ser agraviado en sus sentimientos religiosos. En segundo lugar, el folleto informativo comprendió bastantes indicaciones sobre el contenido religiosamente crítico de la película; los espectadores potenciales estuvieron por lo tanto advertidos. En tercer lugar, por solamente anunciar dicho contenido, el mencionado folleto no pudo lesionar los sentimientos religiosos de sus destinatarios. En cuarto lugar, se impidió una atención indeseada fijándose en hora avanzada cinco de

---

<sup>198</sup> Véase *supra*, nota 196.

<sup>199</sup> Véase *supra*, nota 180.

<sup>200</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 9-11.

las seis proyecciones, a las diez de la noche. En quinto lugar, el cine requirió una tarifa de entrada; lo anterior garantizó que los espectadores se arriesgaran libre y conscientemente a que se vulneraran sus sentimientos religiosos. En sexto lugar, se excluyó de las funciones a personas menores de diecisiete años. En séptimo lugar, la película no impedía a los creyentes vivir o actuar según su fe; ellos no fueron obligados a ver el filme ni se les confrontó forzosamente con él. La película se anunció principalmente a los miembros del instituto responsable, un pequeño grupo de personas abiertas e interesadas en el arte. Como resultado, en el caso concreto no fue entonces especialmente importante proteger los sentimientos religiosos de la población; las circunstancias en todo caso estaban por que se les otorgara una importancia media, si es que no incluso una leve.

En consecuencia, la incautación de la película no fue proporcionada en sentido estricto. Por un lado, hubo una intervención grave en el derecho a la libre expresión; por el otro, no fue particularmente importante proteger los sentimientos religiosos de la población a la vista de las precauciones del cine. La importancia de perseguir el fin legítimo no pudo entonces justificar la intensidad de la intervención efectuada. Como expuso la minoría de los jueces, la incautación del filme en este caso sólo habría estado justificada si “the behavior concerned reaches so high a level of abuse, and comes so close to a denial of the freedom of religion of others, as to forfeit for itself the right to be tolerated by society”.<sup>201</sup>

En otras palabras: sólo de haber sido muy alta, la importancia de la persecución del fin legítimo habría justificado la grave

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, § 7 (“[La necesidad de una acción represiva que importe una prohibición completa del ejercicio de la libertad de expresión, no puede aceptarse más que si] la conducta incriminada (*incriminée*) alcanza un nivel tan alto de abuso [o insulto], y se aproxima tanto a una denegación (*dénégation*) de la libertad de religión de otro, que pierde por sí misma el derecho a ser tolerada por la sociedad”; en inglés en el original; traducción mía, realizada también a partir de la igualmente auténtica versión francesa de la resolución y de su citado voto minoritario [N. del T.]).

intervención en el derecho de la institución actora. Ya que la importancia de perseguir el fin legítimo en realidad únicamente se colocó en un nivel inferior de la escala triádica, la incautación de la película violó el derecho a la libre expresión que prevé el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### 3. Ponderación correcta (*dimensión positiva/deber de protección*)

Hasta ahora analizamos el caso desde la perspectiva del derecho negativo a que no se restrinja la libertad de expresión, conforme al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso, el fin legítimo de la incautación realmente consistió en la realización de un derecho positivo, o sea, en la realización del derecho a la protección de los sentimientos religiosos según el artículo 9o. del referido instrumento: “The manner in which religious beliefs and doctrines are opposed... may engage the responsibility of the State... a State may legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain form of conduct”.<sup>202</sup>

Por consiguiente, también se brinda un análisis del caso desde la perspectiva del derecho a una acción positiva (*positives Recht*); para esto tenemos que efectuar un cambio de perspectiva. Hasta el momento se ha indagado desde la óptica del derecho a una abstención (*negatives Recht*) si la importancia de perseguir el fin legítimo puede justificar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión.

En cambio, desde dicha perspectiva de acción positiva tienen que considerarse otros puntos de vista. Por ejemplo: no sería proporcionada en sentido estricto una medida positiva de protección

---

<sup>202</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 47. (“[I]a manera en que las creencias y doctrinas religiosas son objeto de oposición... puede comprometer la responsabilidad del Estado... un Estado legítimamente puede considerar necesario tomar medidas con miras a reprimir cierta forma de conducta”; en inglés en el original; traducción mía realizada de la manera indicada en la nota anterior [N. del T.]).

que interviniera con mucha gravedad en el derecho del actor, pero que sólo en escasa medida protegiera los sentimientos religiosos de la población. Esta reflexión muestra que en el análisis del caso desde la perspectiva del derecho a una acción positiva, y a diferencia del efectuado desde la del derecho a una abstención, pueden relacionarse no solamente dos sino tres puntos de vista: la intensidad de la intervención en el derecho del actor, el grado de protección de los sentimientos religiosos de la población, al igual que la intensidad de la intervención en éstos mediante la adopción de otra medida menos protectora.<sup>203</sup>

No se había discutido hasta ahora el punto de vista mencionado en último lugar; y asimismo, al momento es apenas conocido en la doctrina; se le podría denominar “intensidad de la intervención por desprotección”.\* Este valor expresa qué consecuencias tiene la renuncia a una determinada medida de protección, realizada a favor de otra, menos protectora de la satisfacción del derecho a una acción positiva. El instrumento metódico decisivo en el examen de proporcionalidad de una medida de protección consiste entonces en preguntar qué grado de desprotección representaría la renuncia a ella, efectuada a favor de otra menos protectora.

Para precisar lo anterior, deben distinguirse en el caso tres medidas de protección imaginables: en primer lugar, pudo ha-

---

<sup>203</sup> Sobre el análisis del principio de proporcionalidad con los derechos de protección, comprensivamente véase Klatt, *op. cit.*, nota 186, pp. 691-718.

\* A partir del caso *Aborto II* que resolvió el Tribunal Constitucional Federal el 28 de mayo de 1993, la dogmática alemana ha usado con mayor frecuencia un concepto prácticamente ausente en la literatura previa: la “prohibición de deficiencia (*Untermäßverbot*)”, correspondiente al mandato de adoptar medidas mínimamente suficientes para hacer efectivo un derecho fundamental y funcional el deber de protección (*Schutzpflicht*) a su respecto, en particular cuando entra en conflicto con otros intereses. Véanse BVerfGE 88, 203 (253-255); Michael, Lothar y Morlok, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 303-305, y Calliess, Christian, “Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect”, en Pünder y Waldhoff (eds.), *op. cit.*, nota 43, pp. 33 y 34 (N. del T.).

berse incautado la película como en efecto hicieron las autoridades austriacas; en segundo lugar, pudo haber tenido lugar la proyección del filme con las precauciones que el cine había tomado; y en tercer lugar, pudo haberse permitido dicha proyección en el programa nocturno tardío, sin mayores restricciones. Es decisiva la cuestión de cuál de las tres medidas de protección era proporcional *stricto sensu*, ya que combinaba mejor los mencionados tres puntos de vista que debían considerarse.

La primera de tales medidas, la incautación de la película, representaba una intervención grave en el derecho del actor a la libre expresión,<sup>204</sup> y al mismo tiempo protegía de manera efectiva los sentimientos religiosos de la población, al impedir completamente la proyección del filme. No obstante, el aumento del menoscabo de los sentimientos religiosos de la población habría sido comparativamente reducido si se hubiera adoptado la siguiente de las posibles medidas de protección, que era sólo algo menos protectora.

Esta consideración muestra lo siguiente: la renuncia a la incautación significaba sólo un grado relativamente escaso de desprotección para el derecho a una acción positiva. De ahí que la primera medida imaginable, la incautación, no haya sido proporcionada en sentido estricto; ella intervino de manera más grave en el derecho del actor, mientras que su cambio por una medida menos protectora habría significado sólo un mínimo incremento del menoscabo de los sentimientos religiosos que debían protegerse. Precisamente a esto se refirieron los jueces disidentes:

The need for repressive action amounting to complete prevention of the exercise of freedom of expression can only be accepted if the behavior concerned reaches so high a level of abuse, and comes so close to a denial of the freedom of religion of others, as to forfeit for itself the right to be tolerated by society.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Véase el análisis efectuado *supra*, nota 195.

<sup>205</sup> *Supra*, nota 201. “La necesidad de una acción represiva que impida por completo el ejercicio de la libertad de expresión sólo podría aceptarse si la con-

La tercera medida de protección imaginable, la proyección de la película en una representación tardía sin mayores restricciones, interviene sólo levemente en el derecho del actor; pero al mismo tiempo comprende sólo una reducida protección para los sentimientos religiosos de la población, ya que es cierto que el filme se proyectaría tarde, pero sin precauciones tutelares adicionales. Además, significaba la aplicación de una cuarta medida, aún menos protectora, un alto detrimento de los sentimientos religiosos de la población: la renuncia a esta tercera medida originaba por consiguiente un alto grado de desprotección para el derecho a una acción positiva; por ello, la tercera medida tampoco era proporcional *stricto sensu*. La renuncia a una tercera medida de protección, acompañada de la aplicación de una cuarta menos protectora, originaba una grave desprotección, mientras que habría a la vez sólo una intervención más leve en el derecho del actor.

También la segunda medida de protección, la autorización de la proyección de la película bajo las amplias precauciones que adoptó el cine, interviene en el derecho del actor; empero, la intervención es mucho menos intensa que una incautación. Por otro lado, la protección de los sentimientos religiosos no es a decir verdad tan efectiva como incautar el filme, aunque sí más que una proyección con menos restricciones. Al mismo tiempo, la aplicación de una medida menos protectora, como por ejemplo la tercera señalada, no habría conducido a un elevado ascenso del perjuicio a los sentimientos religiosos, y con ello tampoco a una alta desprotección. Resulta por tanto que la tercera medida de protección era la única proporcionada en sentido estricto; aunque sin una justificación elaborada, los jueces que se apartaron de la decisión mayoritaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también reconocieron lo anterior: “The Austrian

---

ducta relativa alcanzara un nivel tan alto de abuso, y se aproximara tanto a una negación de la libertad religiosa de otros, como para perder por sí misma el derecho a ser tolerada por la sociedad”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]

authorities thus had available to them, and actually made use of, a possibility less restrictive than seizure of the film to prevent any unwarranted offence”.<sup>206</sup>

Debe admitirse que para analizarlo, se simplificó el caso discutido. Pueden pensarse medidas de protección adicionales que aquí no se discutieron; éstas habrían elevado la complejidad de nuestro estudio. Además, el análisis integral depende también de la justificación externa de los valores y jerarquizaciones que deben considerarse en la ponderación, o sea, de argumentos prácticos generales. Esta justificación externa podría contener cuestiones estimativas difíciles y complicadas, y nuevamente ascendería la complejidad del análisis. Sin embargo, es cometido de los tribunales exponer precisamente el tipo de justificaciones internas y externas que mostramos aquí, al tener que decidir sobre la posible vulneración de un derecho de protección.

## VII. NOTA FINAL

Nuestro análisis demostró que los problemas del caso pueden ser resueltos satisfactoriamente con la aplicación del principio de proporcionalidad. Éste tiene un efecto que estructura y racionaliza la argumentación jurídica. Las consideraciones que concierne a la necesidad y a la ponderación, que el tribunal confundió, pueden tratarse separada y abiertamente. Con lo anterior se eleva la racionalidad, la comprensibilidad y la justicia de la decisión.

---

<sup>206</sup> *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 10 (“Las autoridades austriacas tuvieron así a su disposición, y efectivamente hicieron uso de, una posibilidad menos restrictiva que la incautación de la película para impedir cualquier ofensa no garantizada”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]”).