

# **Una virtual denegación de justicia: STEDH de 1 de septiembre de 2022, caso Ines de Pracomtal v. Francia y Fundación Jérôme Lejeune v. Francia, recurso núm. 34701/17 y 35133/17**

A virtual denial of Justice: ECHR, 1 september 2022, case Ines de Pracomtal v. France and Foundation Jérôme Lejeune v. France, Application n.º 34701/17 and 35133/17

Fecha de recepción del artículo: 22/11/2022

Fecha de aceptación y versión final: 02/12/2022

Sumario: I. STDH, ASUNTO INÉS DE PRACOMTAL Y OTROS CONTRA FRANCIA.—II. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN ANTECEDENTE DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2.1. Introducción: Consideraciones metodológicas.—2.2. Resumen y comentario de los razonamientos sobre el fondo del caso.—2.2.1. Consideraciones sobre el fondo.—2.2.1.1. Sobre la noción de “víctima”.—2.2.1.2. En cuanto a los “daños” presuntamente sufridos por los recurrentes.—2.2.2. Consideraciones procesales.—III. CONCLUSIONES.

## **I. STDH, ASUNTO INÉS DE PRACOMTAL Y OTROS CONTRA FRANCIA**

### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>**

#### *Sección Quinta*

#### **RESOLUCIÓN**

Recurso 34.701/17 y 35.133/17 - Ines de Pracomtal contra Francia y Fundación Jérôme Lejeune contra Francia.

---

\* Letrado de las Cortes Generales.

<sup>1</sup> Traducción realizada por Mariano Daranas Peláez de la versión literal de la sentencia publicada en la página web [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\],%22respondent%22:\[%22FRA%22\],%22document-collectionid%22:\[%22DECISIONS%22\],%22itemid%22:\[%22001-219149%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22FRE%22],%22respondent%22:[%22FRA%22],%22document-collectionid%22:[%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-219149%22]}) consultada el 21 de noviembre de 2022.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), reunido en Sala el 7 de julio de 2022 compuesta por:

- Stéphanie Mourou-Viström, Presidenta,
- Ivana Jelic y Mattias Guyomar, jueces,
- Martina Keller, secretaria adjunta de sección.

#### A LA VISTA DE:

- Los recursos interpuestos contra la REPÚBLICA FRANCESA, dirigidos a este Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por los recurrentes cuyos nombres y datos figuran en el cuadro anexo (“los recurrentes”), en las fechas indicadas en el mismo;
- La decisión de poner en conocimiento del Gobierno francés (“el Gobierno”), representado por su agente don F. Alabrune, Director de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Europa y Asuntos Exteriores, la demanda basada en el artículo 10.º del Convenio, y de declarar no admisibles a trámite los demás recursos, y las alegaciones de las partes;

Después de haber deliberado, dicta la siguiente RESOLUCIÓN

#### OBJETO DEL CASO

1. Los recursos traen causa del acuerdo del Consejo Superior de lo Audiovisual (“CSA”) de comunicar a varias cadenas de televisión autoras de la difusión de un vídeo de sensibilización de trisomía 21 durante unas secuencias publicitarias, que las normas vigentes no permitían la inserción de dicho vídeo dentro de aquel apartado publicitario, y de pedirles que procuraran en lo sucesivo respetar dichas normas en lo relativo a las modalidades de difusión de mensajes análogos. Los recurrentes invocan el artículo 10.º del Convenio.

2. Con motivo de la jornada mundial de la trisomía 21 que tuvo lugar el 21 de marzo de 2014, una organización no gubernamental italiana elaboró un vídeo de sensibilización en cooperación con otras organizaciones no gubernamentales, entre ellas la segunda recurrente. En ese vídeo, titulado “Dear Future Mom” (“Querida futura mamá”) aparecían niños, adolescentes y jóvenes adultos trisómicos, entre ellos la primera recurrente, dirigiéndose a una mujer embarazada que acababa de enterarse de que estaba esperando un niño afectado de trisomía 21, y diciéndole, para tranquilizarla, que su niño podría hacer varias cosas, que su educación iba a ser

quizás difícil, como la de cualquier otro niño, pero que era posible educar a un hijo trisómico y vivir con él.

3. Se retransmitió una versión francesa, abreviación de la inicial, por las pantallas publicitarias de las tres cadenas de televisión francesa entre el 22 de marzo y el 21 de abril de 2014.

4. Tras las retransmisiones de estos mensajes, el CSA, convertido el 1.º de enero de 2022 en la Autoridad de Regulación de la Comunicación Audiovisual y Numérica, recibió dos quejas de telespectadoras, tras lo cual acordó en su Pleno de 25 de junio de 2014 la resolución que consta en el acta de la reunión:

“(El Consejo) considera, por un lado, que el mensaje no constituye publicidad en el sentido del artículo 2.º del Decreto de 27 de marzo de 1992 y, por otro, que por su tono más bien persuasivo y por el hecho de que se dirige a una futura madre, surge sobre su finalidad una aparente ambigüedad que no suscita adhesión espontánea y consensual. Tampoco puede, pues, ser considerado como mensaje de interés general en el sentido del artículo 14 del decreto de referencia, aunque que se haya retransmitido a título gracieable y que no se podía, en consecuencia, insertarlo en el marco de las secciones publicitarias. Por todo ello el Consejo estima, en el marco de la lucha contra la estigmatización de las personas impedidas, que el mensaje habría podido tener su valor con motivo de la Jornada Mundial de la Trisomía 21, con una difusión mejor centrada y contextualizada, en el marco principalmente de unas emisiones propiamente dichas”.

“El Consejo acuerda dirigir un correo a las cadenas (televisivas en cuestión) para invitarlas a que en lo sucesivo ejerzan vigilancia sobre el modo de retransmisión de los mensajes susceptibles de causar controversia y a que contesten en este sentido a los reclamantes”.

5. El 17 de julio de 2014 el CSA envió un correo a las cadenas de televisión interesadas para notificarles que el vídeo objeto del litigio no se podía considerar como mensaje de interés general y que no podía, por lo tanto, insertarse en el marco de emisiones publicitarias y para invitarles a que “en lo sucesivo vigilen el modo de difusión de mensajes susceptibles de causar controversia”.

6. Con fecha 25 de julio de 2014 el CSA publicó su resolución de 25 de junio de 2014 en su página de Internet y el 31 del mismo mes un comunicado que contenía entre otros los siguientes extremos:

“En relación con el mensaje “Querida futura mamá”, que pone el acento en las posibilidades que se ofrecen gracias a sus allegados a los niños trisómicos, este Consejo no ha pretendido en absoluto coartar su difusión por televisión, y constata efectivamente que brinda un punto de vista positivo sobre la vida de los jóvenes trisómicos y alienta a la sociedad a obrar por su inserción y su desarrollo”.

“El Consejo ha observado, sin embargo, a la vista de varias quejas, que el mensaje era susceptible de causar problemas de conciencia a mujeres que, dentro del respeto a la ley, habían hecho otras opciones de vida personal, y se ha limitado a deducir que en consecuencia no era procedente la inserción en el marco de secciones publicitarias”.

7. El primer recurrente interpuso ante el Consejo un recurso por abuso de poder que pedía se anularan la resolución del CSA de 25 de junio de 2014 y el comunicado de 31 de julio de 2014. El segundo recurrente interpuso ante el Tribunal Administrativo de París una reclamación en la que pedía la condena del CSA a la reparación de los perjuicios que el recurrente estimaba haber sufrido.

8. Por acuerdo de 10 de noviembre de 2016 el Consejo de Estado dispuso la acumulación de las dos reclamaciones, considerando la conexión entre ellas, y admitió a trámite el recurso por abuso de poder dirigido contra la resolución y el comunicado de prensa del CSA, observando que, si bien no habían surtido efecto jurídico, sí habían tenido por “objeto influir de modo significativo en el comportamiento de los servicios de televisión, invitándoles a evitar que se procediera en el futuro a nuevas difusiones del mensaje controvertido o a la difusión de mensajes análogos en el marco de secuencias publicitarias”.

9. Sobre la cuestión de fondo el Consejo de Estado estimó que al limitarse a indicar que la difusión del mensaje litigioso en el marco de secuencias publicitarias era inapropiada, el CSA no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes y desestimó en consecuencia ambos recursos.

10. El 24 de febrero de 2017 el segundo recurrente solicitó a varias cadenas de televisión francesas que difundieran de nuevo el vídeo clip litigioso con motivo de la jornada mundial de la trisomía 21 que iba a celebrarse el 21 de marzo siguiente, pero sólo una contestó, alegando que si bien había aceptado difundir la vídeo-película en 2014, no podía satisfacer la petición porque “ya no había sitio para spots graciables en las franjas temporales solicitadas”. El segundo recurrente no impugnó esta negativa ante las jurisdicciones internas.

11. Los recurrentes sostienen, invocando el artículo 10.º del Convenio, que constituía un atentado a su libertad de expresión el acuerdo del CSA de dirigir un correo a las cadenas de televisión que habían difundido el vídeo litigioso para recordarles la normativa aplicable y pedirles que “vigilen en el futuro las modalidades de difusión de los mensajes susceptibles de suscitar controversia”.

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL

12. Por la semejanza de los recursos el Tribunal estima procedente examinarlos conjuntamente en una resolución única.

13. El Tribunal advierte que el Gobierno no ha suscitado excepción de inadmisibilidad a trámite, especialmente en lo que atañe a la cualidad de víctimas de los recurrentes. Recuerda, sin embargo, que la cuestión de la cualidad de víctima “sí afecta a su competencia propia, por lo que puede examinarla de oficio y en cualquier momento de las actuaciones (ver entre otros *Satakunnan Markkinapöytä Oy y Samedia Oy contra Finlandia* (GC & 93, 27 de junio de 2017, y *Dimo Dimov y otros contra Bulgaria*, n.º 30044/10, pfo. 52, de 7 de julio de 2020)”.

14. El Tribunal recuerda asimismo que interpreta de modo autónomo la noción de víctima, independientemente de las nociones nacionales como la de interés o la de legitimación activa (*Sanles Sanles contra España* (diciembre), n.º 48.335/99, TEDH, 2000-I), incluso cuando se ha de tener en cuenta el hecho de que el recurrente ha sido parte del procedimiento nacional (*McIluff - contra Malta*, GC, 1.1705/06, pfo. 48, TEDH 2009).

15. Según jurisprudencia constante del Tribunal el artículo 34 del Convenio no permite el recurso *in abstracto* contra violaciones del Convenio. Este no reconoce en efecto la *actio popularis*, lo que significa que un recurrente no puede quejarse de una disposición de derecho interno, de una práctica nacional o de un acto oficial simplemente porque le parezca que está infringiendo el Convenio. De ello se deduce que para poder presentar reclamación al amparo del artículo 34, una persona debe poder demostrar que ha “sufrido directamente los efectos” de la medida litigiosa. En este sentido hace falta que la medida dé lugar a indicios razonables y convincentes de la probabilidad de que se produzca una violación en lo que le afecte personalmente, sin que basten simples sospechas o conjeturas (*Centre de ressource juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contra Rumanía*, GC, n.º 4.784/08, pfo. 101, TEDH 2014 y las referencias ya citadas).

16. En el caso de autos los recurrentes alegan que la resolución del CSA de dirigir un correo a las cadenas de televisión que habían retransmitido el vídeo en cuestión, así como la publicación de esa resolución y del comunicado de prensa de 31 de julio de 2014 en su página de Internet, constituían una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Este Tribunal constata que se difundió efectivamente el vídeo litigioso en las secciones de publicidad de tres cadenas francesas de televisión durante todo el tiempo inicialmente previsto, es decir durante un mes entre el 22 de marzo y el 21 de abril de 2014 (*vide supra* pfo. 3). Sólo con posterioridad a esa difusión intervinieron las autoridades nacionales ante las referidas cadenas de televisión para pedirles que “vigilen en el futuro las modalidades de difusión de mensajes susceptibles de causar controversia”.

17. Sin perjuicio de apreciar que los recurrentes han podido efectivamente impugnar la resolución y el comunicado de prensa del CSA ante el Consejo de Estado, el cual admitió que ambos actos podían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder, este Tribunal hace hincapié en que la noción de víctima en el sentido del artículo 34 del

Convenio reviste un carácter autónomo. Dadas las circunstancias del caso, estima que a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos por el solo hecho de la resolución y del comunicado controvertido sobre su derecho a la libertad de expresión, esta circunstancia no es suficiente para acreditar la cualidad de víctima de los recurrentes en el sentido del artículo 34 del Convenio.

18. Es cierto que, como él mismo alega, el segundo recurrente, tras haber solicitado en 2017 una nueva difusión del vídeo litigioso, recibió respuesta negativa de una de las cadenas televisivas que lo habían difundido en 2014, aduciendo la ausencia de “lugar para los spots gratiables en los períodos solicitados”. Pero aun cuando se pueda razonablemente admitir la existencia de un nexo entre esa negativa y las resoluciones del CSA, este Tribunal constata que la negativa fue producto de una resolución distinta, adoptada por otra persona jurídica, y que en todo caso el segundo recurrente no la impugnó ante las jurisdicciones nacionales (*vide supra* pfo. 10).

19. En conclusión este Tribunal estima que en lo relativo a la resolución y al comunicado del CSA, que por su propia naturaleza no surtieron efecto sobre la difusión del vídeo litigioso en marzo y abril de 2014, los recurrentes no pueden declararse víctimas en el sentido del artículo 34 del Convenio, y que en consecuencia sus pedimentos son incompatibles *ratione personae* con lo dispuesto por el Convenio en su artículo 35.3.a) y deben ser declarados inadmisibles a trámite en virtud del artículo 35.4.

Por todo lo que antecede, este Tribunal, pronunciándose por unanimidad,

RESUELVE acumular los dos recursos y declara inadmisibles a trámite ambos recursos.

Hecho en francés y comunicado por escrito el 1.º de septiembre de 2022.

Martina Keller

Stéphanie Mourou-Vikström

Secretaria adjunta

Presidenta

## II. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN ANTECEDENTE DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### 2.1. Introducción: Consideraciones metodológicas

Prescindimos para mayor comodidad del lector de resumir los hechos, las alegaciones de los recurrentes y las vicisitudes procesales de ambos recursos ante la jurisdicción nacional francesa primero y finalmente ante la europea (en lo sucesivo “el TEDH” o simplemente “el Tribunal”), y nos limitamos al análisis de la “Posición del Tribunal”, desarrollada en los párrafos 12 al 19 no sin hacer antes unas observaciones sobre el método seguido por el órgano decisor.

Se advierte que contra el orden convencional en las decisiones judiciales (por no decir dialécticamente obligado) el Tribunal ha entrado directamente en la cuestión de fondo, es decir si los recurrentes sufrieron una restricción injustificada de su libertad de expresión y podían por tanto considerarse “víctimas” en el sentido del artículo 34 del Convenio, y ha abordado sólo al final (párrafos 17, 18 y 19) la cuestión específicamente procesal de si habían agotado debidamente las instancias jurisdiccionales francesas y estaban legitimados para dirigirse al Tribunal Europeo. En otras palabras, la resolución ha pospuesto la constatación de lo que siempre se exige como requisito formal, si se nos admite la expresión, a saber la legitimación procesal de los interesados, con independencia de si tenían razón sobre el fondo. Señalemos por último que se han reunido, mejor dicho acumulado, en un breve párrafo, el 19 final y por este orden una desestimación por razones sustantivas y la inadmisión por causas procesales.

A la vista de lo que antecede, nos vemos obligados, al menos para mayor comodidad del lector, a seguir el orden de los alegatos, primero los de fondo y al final los de forma o trámite, dedicando la Sección II siguiente a los primeros y una breve Sección III a los segundos.

### 2.2. Resumen y comentario de los razonamientos sobre el fondo del caso

#### 2.2.1. Consideraciones sobre el fondo

El primer y sustantivo argumento del Tribunal es que no se puede reconocer a los recurrentes la cualidad de “víctimas” en el sentido del artículo 34 del Convenio. Se dice en efecto (párrafo 14) que el Tribunal “interpreta de modo autónomo la noción de víctima independientemente de las nociones nacionales...”, y se precisa a continuación (párrafo 15) que, según jurisprudencia constante del propio Tribunal (sólo se cita, por cierto, un caso del año 2014), el artículo

citado “no permite el recurso *in abstracto* contra violaciones del Convenio” y que por lo tanto nadie puede reclamar ante la jurisdicción europea contra un acto o una práctica nacional simplemente porque el interesado crea que existe infracción del Convenio; es necesario que el interesado demuestre que “ha sufrido directamente los efectos” de la medida impugnada. En el caso de autos el órgano juzgador considera (pfo. 17 *in fine*) que la resolución y el comunicado de prensa del CSA, que los recurrentes estiman limitativos de su libertad de expresión, no constituyen base suficiente “para acreditar la cualidad de víctima de los recurrentes en el sentido del artículo 34 del Convenio”.

En segundo lugar, si bien en íntima relación con el concepto de víctima, el Tribunal niega (pfos. 15, 16 y 17, especialmente el 16) que los hechos denunciados hayan constituido una violación de la libertad de expresión; en otras palabras, niega que se haya causado daño alguno a los recurrentes por el CSA francés. A pesar de que la resolución agrupa, casi hasta confundirlos en uno solo, entrambos argumentos, la negación de la cualidad de víctima y de la de daño o perjuicio, los examinamos por separado y por el mismo orden para mayor claridad.

#### 2.2.1.1. Sobre la noción de “víctima”

Entendemos que la interpretación “autónoma” del concepto de “víctima” por el Tribunal (sin que se esboce siquiera una directriz u orientación general) no se puede sustentar sin más en el artículo 34 (que, por cierto, no se transcribe), el cual dice:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos” (sigue un segundo inciso que no afecta a la esencia del precepto).

En este precepto es esencial, a nuestro juicio, la palabra “considerar”, es decir, es suficiente, para que la reclamación sea admisible a trámite, que el recurrente “crea” (el término que utiliza precisamente el Tribunal) ser víctima de una violación de las libertades fundamentales consagrados en el Convenio. Aquí son palmariamente sinónimos los verbos “crea” y “considere”. Nótese, en efecto, que el artículo 34 no exige al recurrente probar o demostrar previamente haber “sufrido directamente los efectos” de la medida impugnada; basta, repetimos, que se alegue una presunta infracción del Convenio, para que el Tribunal tenga que admitir la demanda y enjuiciarla en cuanto al fondo mediante el debido procedimiento contradictorio en el que el reclamante pueda y deba presentar las pruebas pertinentes. Entonces, es decir cuando se haya entrado en el fondo y no antes, es cuando el Tribunal podrá hacer uso de su presunta facultad de interpretación “autónoma” de la noción de “víctima”.



A mayor abundamiento y desde una perspectiva estrictamente lógica, por encima de cualquier disposición legislativa o convenio internacional, rechazamos como cuestión de principio que ningún tribunal, sea cual fuere su rango y jurisdicción, nacional o supranacional, pueda arrogarse la facultad de interpretar de modo “autónomo”, es decir a su antojo, arbitrariamente, un concepto no ya de derecho común, sino, si se nos permite la expresión, de sentido común, como es el de “víctima” (sin perjuicio de que en cada caso el órgano juzgador pueda matizar según la cuantía o intensidad del daño sufrido por la parte demandante).

Se nos podría objetar teóricamente desde la perspectiva del órgano juzgador que, en todos los ordenamientos nacionales, así como en las jurisdicciones internacionales, existe la figura de la admisión a trámite de la demanda para evitar recursos frívolos, temerarios o carentes de la más elemental concreción o bien por manifiesta incompetencia del tribunal *ratione materiae*. Pero se trata de casos excepcionales de incompetencia manifiesta del tribunal ante el que se reclama, de ausencia flagrante de concreción de los hechos o actos objeto de demanda o bien de imposibilidad manifiesta de encaje o inclusión de esos hechos en el ordenamiento presuntamente conculcado. En la mayoría de los casos el demandante cumple los tres requisitos: que el tribunal sea competente, que los hechos sean reales y precisos y que la pretensión del demandante esté amparada o reconocida por la legislación vigente.

Es meridiano que el demandante tiene que alegar ante un tribunal nacional competente unos hechos o actos presuntamente ilícitos y haber sufrido daños precisamente como consecuencia de esos hechos, sin que en el momento inicial quepa exigir pruebas detalladas. Pues bien, en el caso que nos ocupa, los dos recurrentes habían cumplido perfectamente los tres requisitos: por un lado se dirigían al tribunal internacional específicamente instituido por el Convenio para examinar el objeto de la reclamación, y por otro hacían constar como actos recurridos la resolución y el subsiguiente comunicado de CSA, así como el daño o perjuicio que implicaba para la causa que defendían la imposibilidad de proseguir sus emisiones, como consecuencia más que probable del veto que suponían la resolución y el comunicado. El propio TEDH reconoce (pfo. 17, primer inciso) que el Consejo de Estado francés había admitido que “ambos actos podían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder”. Bien es cierto que a continuación el Tribunal insiste en el “carácter autónomo” de la noción de “víctima” en el sentido del artículo 34 del Convenio (nuevamente sin la más somera indicación de lo que pueda significar esa presunta autonomía).

Por lo que antecede, y más aún por la afirmación tajante del órgano juzgador (pfo. 17 citado, *in fine*) de que no hay base suficiente para acreditar la cualidad de víctima dadas “las circunstancias del caso” y “a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos por el solo hecho de la resolución y del comunicado”, nos vemos inexcusablemente obligados a interpretar en los párrafos

siguientes, siempre en el marco del caso, la noción, de “daños” que, como se advierte, el TEDH vincula a la de “víctima”.

#### 2.2.1.2. En cuanto a los “daños” presuntamente sufridos por los recurrentes

Se trata palmariamente de si procede o no calificar como daños o perjuicios el veto de difusión televisiva presuntamente impuesto a los recurrentes por la resolución y el comunicado del CSA. Bien es cierto que el artículo 34 del Convenio no habla literalmente de daños ni de perjuicios (sólo de “violación” de derechos) y que la sentencia de autos sólo emplea la palabra “efectos” de la medida impugnada, pero preferimos emplear un término tradicional y bien arraigado en la legislación y la jurisprudencia. De este punto tratan no ya breve sino sumariamente los párrafos 15, 16 y algo más el 17 de la resolución del TEDH.

Señalemos en primer lugar que el Tribunal sostiene (pfo. 15) que para presentar una reclamación al amparo del artículo 34, el recurrente debe poder demostrar que ha “sufrido directamente los efectos” de la medida litigiosa y que hace falta, por lo tanto, “que la medida dé lugar a indicios razonables y convincentes... sin que basten simples sospechas o conjeturas”. Pero también reconoce el Tribunal (pfo. 17) que el propio Consejo de Estado francés (órgano de última instancia en lo contencioso-administrativo) “admitió que ambos actos” (la resolución y el comunicado de prensa) “podrían, en cuanto a la materia, ser objeto de recurso por abuso de poder”. Sin embargo esto no le ha parecido suficiente al órgano juzgador, el cual añade que “dadas las circunstancias del caso y a falta de otros elementos que habrían podido aportar los recurrentes sobre los efectos directa y personalmente sufridos... sobre su derecho a la libertad de expresión” por el solo hecho de la resolución y del comunicado, no procede acreditar la cualidad de “víctima... en el sentido del artículo 34 del Convenio”.

Debemos admitir objetivamente que es difícil para cualquier órgano jurisdiccional, tratándose de derechos no económicos o materiales sino morales, precisar la noción de “efecto” (por seguir la terminología de la sentencia), es decir la restricción o limitación de la libertad de expresión de los recurrentes como consecuencia de la resolución y del subsiguiente comunicado. Y entendemos, por tanto, que la sentencia haga hincapié sobre la necesidad de demostrar la “probabilidad” de una violación que haya afectado personalmente al reclamante. Sobre esta base jurídica (incluso moralmente) obligada nos proponemos analizar si en el caso de autos se ha probado suficientemente o no la presunta violación.

Recordemos que el Tribunal no exige prueba en sentido propio de que la medida impugnada haya afectado directa y personalmente a los recurrentes; sólo habla de “probabilidad”. Por esta razón sorprende que, aun habiendo

admitido implícitamente el Consejo de Estado francés esta probabilidad al dictaminar que podría haber abuso de poder *ratione materiae*, es decir justamente en cuanto a la resolución y el comunicado del CSA, el órgano europeo determine, como queda transcrito, que a falta de otros elementos, no se acredita la “cualidad de víctima de los recurrentes”.

Es verdad que el Consejo de Estado sentenció (*vide* pfo. 9) que al prohibir las inserciones gratuitas de los recurrentes en franjas o espacios televisivos estrictamente publicitarios, el CSA “no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes”, por lo que desestimó los dos recursos. Pero esto no constituye argumento concluyente para la inadmisión a trámite por el TEDH, en primer lugar porque el Consejo de Estado no negó en rigor la existencia de atentado a la libertad de expresión, antes bien la reconoció implícitamente al decir que no había conculcado “de forma desproporcionada” dicha libertad, y en segundo lugar porque el TEDH, precisamente por su facultad que tanto invoca de interpretar autónomamente el concepto de “víctima”, habría podido optar por la conclusión contraria, es decir, que sí había existido violación, siquiera leve o a pequeña escala, de la libertad de expresión de los recurrentes, tanto más cuanto que el Tribunal, debe en casos dudosos, pronunciarse a favor de los recurrentes.

Siempre en materia de “probabilidad”, abundando en el término que utiliza la sentencia, señalemos que el propio Tribunal reconoce hacia el final de su exposición (pfo. 18) que se podría “razonablemente admitir la existencia de un nexo” entre, por una parte, la resolución y el comunicado del CSA en 2014 y, por otra, la negativa en 2017 de una de las cadenas que habían difundido el mensaje litigioso tres años antes a difundirlo de nuevo a petición del segundo recurrente, pero añade al final que la negativa “fue producto de una resolución distinta, adoptada por otra persona jurídica y que además no fue impugnada ante las autoridades nacionales”. A esto cabe contestar en primer lugar que se ha reconocido, cuando menos implícitamente, una probabilidad de violación de derechos basada en “indicios racionales y convincentes” (pfo. 15), y en segundo lugar los dos recurrentes, no sólo el segundo, quienes recurrieron inicialmente (el primero ante el Consejo de Estado, el segundo ante el Tribunal Administrativo de París). Es meridiana, pues, la probabilidad, por no decir la certeza, de una relación causa-efecto entre la actuación del CSA y la negativa de la referida cadena televisiva.

Queda por analizar una última cuestión en la materia, la de la mayor o menor proporcionalidad (o ausencia de proporcionalidad) entre, por una parte, los efectos causados por la resolución y el comunicado del CSA y la consecuente actitud negativa de varias cadenas de televisión (*vide supra* pfos. 8, 10 y el citado 18) y por otra, la medida o extensión en que había podido quedar coartada la posibilidad para los recurrentes de seguir difundiendo su mensaje por el conjunto de programas o sectores televisivos teóricamente utilizables; dicho de otro modo, si la imposibilidad para los recurrentes de seguir emitiendo su mensaje en las franjas o espacios publicitarios suponía

o no una proporción significativa del total de espacios franjas de televisión teóricamente utilizables o disponibles.

En este punto hubo un pronunciamiento categórico del Consejo de Estado (pfo.9): al ser inapropiada la difusión del mensaje en espacios estrictamente publicitarios, el CSA no había atentado de forma desproporcionada a la libertad de expresión de los recurrentes. El Tribunal, por su parte, parece hacer suya, al menos implícitamente, esta decisión, al no discutir siquiera el concepto de proporcionalidad. A primera vista se podría, por tanto, concluir que, por tratarse de un solo caso de negativa, no se demostró desproporción alguna en la limitación a la libertad de expresión de los recurrentes.

Afirmación contundente, pero no concluyente. Nos parece simplista aceptarla de plano, pues no se sustenta en datos amplios o generales de la que podríamos llamar oferta de la comunicación audiovisual ni en estudios serios y solventes. Dicho con más precisión, no sabemos qué otras posibilidades tenía el segundo recurrente (por extensión los dos) de difundir su mensaje modo gratuito o graciable. Es cierto que son varias las cadenas de televisión que operan en Francia como en cualquier país europeo, pero ni todas tienen la misma capacidad de audiencia ni todas admiten necesariamente la inserción gratuita de mensajes no publicitarios (también es cierto que no consta que el segundo recurrente hiciera alegaciones en este sentido, habiendo podido hacerlo).

En conclusión, no se ha probado más allá de toda duda que la negativa de una emisora determinada fuese un “atentado desproporcionado” a la libertad de expresión del segundo apelante, pero tampoco se ha demostrado palmaria-mente lo contrario. En este punto nos reafirmamos en nuestra posición por la manifiesta analogía, por no decir identidad, del objeto y motivos de una y otro recurso, de que en caso de duda el Tribunal puede, más aún debe, fallar que sí ha existido violación, siquiera en pequeña escala, de la libertad de expresión de la parte actora.

Hasta aquí las consideraciones de fondo. Pasemos ahora a los argumentos del Tribunal en el plano estrictamente procesal.

### 2.2.2. Consideraciones procesales

Ante todo, nos parece correcta la resolución del Tribunal de acumular desde el primer momento los dos recursos en un procedimiento único, como ya había hecho el Consejo de Estado francés (*vide supra* pfo. 8), por la manifiesta identidad de los hechos y motivos invocados.

Es también correcto inadmitir el recurso del segundo apelante, pero sólo por el motivo señalado en el pfo. 18 *in fine*, a saber, que el segundo recurrente no impugnó ante las jurisdicciones nacionales la negativa en 2017 de una de las cadenas televisivas a retransmitir de nuevo el mensaje que habían difundido el mensaje en 2014. No parece en cambio argumento válido añadir que

la negativa no apelada fue adoptada por una persona jurídica, la cadena de televisión, distinta del CSA. Esto es cierto, pero a nuestro juicio intrascendente desde la perspectiva del TEDH, para el cual bastaba el hecho de que no se había agotado la vía de recurso ante la jurisdicción nacional competente (art. 35.3 del Convenio).

Nos permitimos observar que el Tribunal habría podido, más aún habría debido, admitir a trámite el primer recurso, que sí había agotado las instancias nacionales (como reconoce implícitamente la sentencia al no mencionarlo siquiera).

Con esto damos por finalizada la exposición y pasamos a las

### III. CONCLUSIONES

Primera.- Ha sido ajustada a derecho, según el citado artículo 35.3 del Convenio, la inadmisión del segundo recurso, no así la del primero, que sí cumplía los requisitos de dicha cláusula, y que, por lo tanto, habría debido ser acogido procesalmente y examinado en cuanto al fondo.

Segunda.- Rechazamos categóricamente que el Tribunal pueda interpretar no ya autónoma, sino “independientemente” la noción de “víctima” a que se refiere el artículo 34 del Convenio el cual establece sin lugar a dudas que tiene derecho a acudir al TEDH quienquiera “se considere” víctima de una violación de sus derechos o libertades. Con todos los respetos a la jurisdicción europea, su interpretación de la noción de “víctima” en el caso de autos para inadmitir al menos el primero de los recursos equivale a una denegación de justicia.

Tercera.- Se ha demostrado que los dos recurrentes, como consecuencia de la resolución y el comunicado del CSA en 2014 vieron cerrada la posibilidad de seguir difundiendo sus mensajes graciablos por las cadenas de televisión que antes no habían tenido inconveniente en abrirles sus espacios, es decir, que hubo una limitación o restricción efectiva de libertad de expresión.

Cuarta.- En cuanto al alcance o gravedad de la referida restricción, no se ha probado que tuviese lugar en una escala “desproporcionada”, por seguir los términos del Consejo de Estado y del TEDH, ya que sólo se cita un caso de negativa de difusión en 2017, pero tampoco se ha razonado suficientemente lo contrario. El hecho mismo de que los recurrentes no volvieran a instar la difusión de sus mensajes hasta 2017 parece indicar que sí estaba surtiendo efecto en un grado significativo la presión del CSA sobre las cadenas de televisión.

Quinta.- Aun admitiendo que no ha habido desproporción, sí es palmario, pues ninguna de las partes procesales lo ha negado, que la resolución y el comunicado del CSA coartaron la libertad de expresión de los recurrentes, y que se ha cometido como mínimo una violación de los derechos

del segundo recurrente en 2017. Pues bien, es suficiente que haya un solo acto, un solo caso, por pequeño, episódico o incidental que pueda parecer, para que se pueda (es más se deba) declarar la existencia de una restricción injustificada de la libertad de expresión, más aún en este caso, en el que la declaración no produce consecuencia penal ni obligación de compensación de daños o perjuicios.

Sexta.-\_Al negarse a entrar en el fondo del asunto el TEDH ha desdenado una buena oportunidad de precisar el concepto de restricción de la libertad de expresión y, sin que esto suponga juzgar sus intenciones o su visión general de la materia, ha cometido, consciente o inconscientemente, una denegación de justicia, al menos por lo que se refiere al primer recurrente.