

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, de 24 mayo 1988 (TEDH 1988\8)

Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos
Demanda núm. 10737/1984.

LIBERTAD DE EXPRESION: Expresiones artísticas: lienzos controvertidos que representan con crudeza las relaciones sexuales, en especial entre hombres y animales: sanción de multa y secuestro de los lienzos: estas medidas, que son "sanciones" o "restricciones", no se oponen al Convenio por el mero hecho de que afecten a la libertad de expresión, ya que el ejercicio de ésta puede limitarse en las condiciones previstas en el segundo apartado del art. 10: los tribunales suizos actuaron conforme a derecho al considerar "necesario" para la protección de la moral el secuestro de los lienzos litigiosos: violación inexistente del art. 10 del Convenio.

Demanda de ciudadanos suizos contra Suiza presentada ante la Comisión el 22-7-1983. por vulneración del art. 10 del Convenio, contra la sentencia que les condenó a una multa y al secuestro de los lienzos objeto del litigio: inexistencia. Desestimación de la demanda.

Texto:

En el asunto Müller y otros,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos, constituido, conforme al artículo 43 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio") y a los artículos aplicables de su Reglamento, en una Sala compuesta por los siguientes Jueces: Señores R. Ryssdal, Presidente; J. Cremona, Bindschedler-Robert, Vincent Evans, R. Bernhardt, A. Spielmann, J. de Meyer, y por los señores M. A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto.

Después de haber deliberado en privado los días 27 de enero y 27 y 28 de abril de 1988,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

PROCEDIMIENTO

1 El asunto se sometió al Tribunal por la Comisión europea de Derechos Humanos ("la Comisión") y el Gobierno de la Confederación Suiza ("el Gobierno") los días 12 de diciembre de 1986 y 25 de febrero de 1987, respectivamente, dentro del plazo de tres meses establecido en los artículos 32.1 y 47 del Convenio. Tiene su origen en la demanda núm. 10737/1984, dirigida contra Suiza y presentada ante la Comisión el 22 de julio de 1983, en virtud del artículo 25, por nueve ciudadanos suizos, los señores Josef Felix Müller, Charles Descloux, Michel Gremaud, Paul Jacquat, Jean Pythoud,

Genevieve Renevey, Michel Ritter, Jacques Sidler y Walter Tschopp y por un ciudadano canadiense, el señor Christophe von Imhoff.

La demanda de la Comisión remite a los artículos 44 y 48 y a la declaración suiza de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46), y la del Gobierno a los artículos 45, 47 y 48. Su objeto es obtener una decisión sobre si los hechos enjuiciados revelan un incumplimiento del Estado demandado de las exigencias del artículo 10.

2 Los demandantes en respuesta a la invitación prevista en el artículo 33.3.d) del Reglamento expresaron su deseo de intervenir en el proceso y designaron a su abogado (art. 30).

3 La Sala a constituir comprendía como miembros de pleno derecho a la señora D. Bindschedler-Robert, Juez elegido por su nacionalidad suiza (art. 43 del Convenio), y al señor R. Ryssdal, Presidente del Tribunal [art. 21.3.b) del Reglamento]. El 3 de febrero de 1987, el Presidente designó por sorteo ante el Secretario a los cinco miembros restantes, a saber los señores J. Cremona y J. Pinheiro Farinha, Sir Vincent Evans, y los señores R. Bernhardt y A. Spielmann (art. 43, in fine del Convenio y 21.4 del Reglamento). Posteriormente, el suplente señor J. de Meyer sustituyó al señor Pinheiro Farinha (arts. 22.1 y 24.1 del Reglamento).

4 El señor Ryssdal, en su condición de Presidente de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), consultó por medio del Secretario Adjunto al agente del Gobierno, al delegado de la Comisión y al abogado de los demandantes sobre la necesidad del procedimiento escrito (art. 37.1). Con arreglo a las Providencias dictadas en consecuencia se recibieron en Secretaría los siguientes documentos:

El 1 de junio de 1987, el informe de los demandantes, escrito en alemán como consecuencia de la autorización del Presidente (art. 27.3); el 30 de julio, el informe del Gobierno.

Mediante carta de 12 de octubre, el secretario de la Comisión informó al del Tribunal que el delegado expondría su opinión en la audiencia.

5 El 23 de octubre de 1987, el Presidente, después de consultar por medio del secretario adjunto al agente del Gobierno, al delegado de la Comisión y al abogado de los demandantes fijó el 25 de enero de 1988 como fecha de apertura del juicio oral (art. 38).

6 El Tribunal, con fecha 30 de noviembre, acordó examinar los cuadros controvertidos de Josef Felix Müller, tal como lo había propuesto el Gobierno. (art. 40.1). Se presentaron a puerta cerrada y en presencia de los comparecientes el 25 de enero de 1988, antes de que empezaran los debates.

Entre tanto, los días 2 y 4 de diciembre de 1987, el Secretario recibió algunos documentos procedentes de la Comisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el Presidente. Del 11 de enero al 8 de abril de 1988, el Gobierno

y los Demandantes aportaron otros.

7 La audiencia se celebró públicamente en la fecha señalada, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. El Tribunal celebró con anterioridad una reunión preparatoria.

Comparecieron:

- Por el Gobierno: el señor O. Jacot- Guillarmod, Jefe del Servicio de Asuntos Internacionales del Departamento Federal de Justicia, agente; el señor P. Zappelli, Juez cantonal del Cantón de Friburgo, el señor B. Münger, Departamento federal de Justicia, abogados;

- Por la Comisión: el señor H. Vandenberghe, delegado;

- Por los demandantes: el señor P. Rechsteiner, abogado.

El Tribunal escuchó los alegatos y las contestaciones a sus preguntas de los señores Sacot-Guillarmod, en nombre del Gobierno; Vandenberghe, en el de la Comisión, y Rechsteiner, en el de los demandantes.

HECHOS

I LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

8 El primer Demandante, Josef Felix Müller, nacido en 1955, es pintor, y vive en Saint-Gall. Los nueve restantes son:

Charles Descloux, nacido en 1939, crítico de arte, domiciliado en Friburgo;

Michel Gremaud, nacido en 1944, profesor de dibujo, domiciliado en Guin, Garmiswil;

Christophe von Imhoff, nacido en 1939, restaurador de cuadros, domiciliado en Belfaux;

Paul Jacquat, nacido en 1940, empleado de Banca, domiciliado en Belfaux;

Jean Pythoud, nacido en 1925, Arquitecto, domiciliado en Friburgo;

Genevieve Renevey, nacida en 1946, animadora, domiciliada en Villars-sur Glane;

Michel Ritter, nacido en 1949, artista, domiciliado en Montagny-la-Ville;

Jacques Sidler, nacido en 1946, fotógrafo, domiciliado en Vuisternens-en-Ogoz; Walter Tschopp, nacido en 1950, profesor auxiliar, domiciliado en Friburgo.

9 Josef Felix Müller ha expuesto sus obras, solo o con otros artistas, en muchas ocasiones, sobre todo a partir de 1981, tanto en salas privadas como en museos en Suiza o en el extranjero.

Con el apoyo del Servicio federal de Cultura, participó en 1984 en la Bienal de Sydney, en Australia, como representante de Suiza. En el transcurso de los años ha obtenido varios premios y ha vendido sus cuadros a museos como el "Kunsthalle" de Zurich.

10 En 1981, los nueve Demandantes últimamente mencionados organizaron en un edificio destinado a su demolición, el antiguo gran Seminario de Friburgo, una exposición de arte contemporáneo. Denominada "Fri-Art 81", formaba parte de la celebración del 500 aniversario de la incorporación del Cantón de Friburgo a la Confederación Suiza. Los organizadores habían invitado a participar a varios artistas; cada uno podía invitar a otro de su elección. Los artistas podían usar libremente el espacio que se les reservaba. Sus producciones, realizadas sobre el terreno a partir del mes de agosto de 1981, debían retirarse al clausurarse la exposición el 18 de octubre del mismo año.

11 Josef Felix Müller, invitado por uno de los artistas, pintó en tres noches tres cuadros muy grandes (de 3,11 m. X 2,24; 2,97 X 1,98 y 3,74 X 2,20), titulados "Drei Nachte, drei Bilder" (tres noches, tres cuadros). Fueron expuestos desde la apertura, el 21 de agosto de 1981. La exposición se anunció en la prensa y mediante carteles, y podía visitarse sin tener que pagar la entrada. El catálogo, impreso para la víspera de la inauguración, contenía una reproducción fotográfica.

12 El 4 de septiembre, día de la inauguración, el Fiscal General del Cantón de Friburgo informó al Juez de Instrucción que los mencionados cuadros parecían incidir en el artículo 204 del Código Penal suizo, que prohíbe las publicaciones obscenas y ordena que se destruyan (apartado 20 infra). Además, uno de ellos podía infringir la libertad de creencias y cultos a tenor del 261 del mismo Código.

En opinión del Gobierno, la actuación del Fiscal General se debía a un padre de familia como consecuencia de la fuerte reacción de su hija menor ante los tres lienzos; algunos días antes, otro visitante había tirado al suelo, pisoteado y chafado uno de ellos.

13 El Juez de Instrucción, presente en el lugar de los hechos el 4 de septiembre, junto con su secretario y varios agentes de policía, ordenó retirar y aprehender los cuadros controvertidos; y diez días después acordó su secuestro. El 30 de septiembre, la Sala de acusación desestimó un recurso interpuesto contra dicha resolución.

El Juez instructor, después de interrogar a los diez demandantes los días 10, 15 y 17 de septiembre y 6 de noviembre de 1981, elevó las actuaciones emplazando a aquéllos ante el Tribunal de lo penal del Distrito de Sarine.

14 El 24 de febrero de 1982, el tribunal condenó a cada Demandante por publicaciones obscenas (art. 204.1 del Código Penal), a una multa de 300 francos suizos (FS), que se cancelaría en el Registro de antecedentes penales transcurrido un año, pero les absolvió de la acusación de ataque a la libertad de creencias y de cultos (art. 261). Resolvió además entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón de Friburgo para que los conservara. En la vista de 24 de febrero, se oyó al señor Jean-Christophe Ammann, conservador del "Kunsthalle" de Basilea sobre las condiciones artísticas de Josef Felix Müller.

El tribunal puntualizaba, ante todo, en su fallo, que "la obscenidad, a tenor del artículo 204 del CP (Código Penal), es un concepto jurídico indeterminado que debe ser aclarado por medio de la interpretación, teniendo en cuenta el sentido y el propósito de la norma y su posición en la ley y en el ordenamiento jurídico en general". Después de referirse a la jurisprudencia del Tribunal federal en esta materia, decía especialmente:

"En este caso, aunque es cierto que las tres obras de Müller no excitan sexualmente a una persona de sensibilidad normal, provocan por lo menos repugnancia. La impresión de conjunto que producen es que las personas representadas dan libre paso a su lujuria e incluso a su perversión. Unas imágenes así -sodomía, felación, bestialidad, erección- se oponen evidentemente a la concepción moral de la gran mayoría de los ciudadanos. Aunque es verdad que hay que tener en cuenta la evolución de las costumbres, incluso cuando da paso a una degradación, aquí se trata más bien de una revolución. No es necesario comentar las obras secuestradas: basta mirarlas para darse cuenta, sin acudir a otros motivos, de su vulgaridad.

...

Tampoco se puede exigir a una persona de sensibilidad normal que, superando la imagen, la intérprete prescindiendo de lo que realmente ve. Supondría esto que, en sus visitas a las exposiciones, le acompañara una serie de especialistas en cuestiones sexuales, psicólogos, profesores de Arte o etnólogos, para que se le explicara que lo que él vio era en realidad lo que creyó equivocadamente ver.

Por último, las comparaciones con las obras de Miguel Angel y de J. Bosch son especiosas. Aparte de que no hay en ellas representaciones de la clase de las de Müller, no es posible la comparación con colecciones de la historia del Arte o de la Cultura en las que la sexualidad tiene asiento..., pero sin caer en la grosería. Incluso cuando persigue una finalidad artística, la sexualidad grosera no merece ser protegida... Tampoco pueden admitirse las comparaciones con civilizaciones ajenas a la occidental."

Sobre la posible destrucción de los cuadros, en aplicación del apartado 3 del artículo 204 (apartado 20 infra), el tribunal dijo lo siguiente:

"Aunque con vacilaciones, el tribunal no ordenará que se destruyan los tres lienzos.

El valor artístico de las tres obras expuestas en Friburgo no es tan evidente como supone el testigo Ammann, quien, sin embargo, dijo que los lienzos que Müller exponía en Basilea eran más exigentes. El tribunal no discrepa en esto. Müller es, sin duda, un artista con algunos logros, especialmente en la composición y en los colores, aunque las obras secuestradas en Friburgo parecen algo chapuceras.

No obstante, el tribunal, respetuoso con la opinión del crítico de arte, aun sin compartirla, y haciendo suyas las consideraciones pertinentes del Tribunal federal en la Sentencia Rey (ATF 89 IV 136 y sig.), entiende que para retirar del público en general los tres lienzos, para destruirlos, basta con enviarlos a un Museo cuyo conservador sólo podrá ponerlos a disposición de un grupo limitado de especialistas serios, interesados no en la representación ofensiva desde el punto de vista de la moral sexual, sino únicamente en el aspecto artístico y cultural de las obras. El Museo de Arte y de Historia del Cantón de Friburgo ofrece las debidas garantías para evitar cualquier nueva violación del artículo 204 del Código Penal. Los tres cuadros confiscados se depositarán en él."

15 Todos los Demandantes recurrieron en casación el 24 de febrero de 1982; discutían especialmente la interpretación del tribunal de instancia sobre la inmoralidad de los lienzos de que se trataba. Por ejemplo, el objeto obsceno - decía Josef Felix Müller en su informe del 16 de mayo de 1982 - pretendía directamente excitar las pasiones sexuales y ésta debía ser su finalidad, con el propósito fundamental de halagar los instintos más bajos del hombre o por espíritu de lucro. Ahora bien, nunca ocurría así "cuando en primer lugar se trataba de una búsqueda artística o científica"

16 La Sección de casación penal del Tribunal cantonal de Friburgo desestimó los recursos el 26 de abril de 1982.

Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal federal; reconoció que "en el pasado reciente, y todavía actualmente, las concepciones generales de la sociedad sobre la moral y las costumbres, que varían según las épocas y los lugares, han evolucionado de forma que las cosas se ven de manera más objetiva y natural". El Tribunal de lo penal debía tener en cuenta este cambio, pero esto no suponía una pasividad total que dejara sin posible aplicación el artículo 204 del Código Penal.

En cuanto a las obras de arte, no gozan en sí de una regulación privilegiada. A lo sumo, pueden librarse de su destrucción a pesar de su carácter obsceno. No por ello queda su autor fuera del alcance del artículo 204, "ya que este precepto legal, en su totalidad, tiene la finalidad de proteger la moral pública, incluso en el ámbito de las bellas artes". Siendo así, el tribunal no tenía por qué resolver la cuestión de si los cuadros controvertidos eran el resultado "de preocupaciones artísticas, incluso si la intención era una cosa y su realización otra".

El tribunal, de acuerdo con el de instancia, comprobó que los lienzos de Josef Felix Müller provocaban "aversión y repugnancia":

"No se trata de una evocación, más o menos discreta, de la sexualidad, sobre un tema o una determinada representación. Es la sexualidad puesta en primer plano y expresada no por la unión de un hombre y de una mujer, sino por imágenes vulgares de sodomía, felación entre hombres, bestialidad, falos erectos y masturbación. La sexualidad es el factor predominante, por no decir exclusivo, de los tres cuadros, y no desvirtúan esta apreciación ni las explicaciones de los recurrentes ni las consideraciones en apariencia eruditas, pero nada convincentes, del testigo Ammann. Si se quiere entrar en detalles, por desagradables que sean, sólo en un lienzo se cuentan por lo menos ocho penes en erección. Todas las personas pintadas están completamente desnudas y una de ellas en relaciones sexuales al mismo tiempo con dos varones también y con un animal. Este personaje, arrodillado, no solamente sodomiza a un animal sino que mantiene el sexo erecto de dicho animal en la garganta de otro. Además se deja acariciar la parte baja de la espalda, es decir, el trasero por un hombre cuyo miembro en erección es dirigido por otro hombre hacia la boca del primero. En cuanto al animal sodomizado, dirige su lengua al trasero de un hombre cuyo miembro también está en erección. Incluso la lengua de los animales (sobre todo en el lienzo mayor) tiene una forma y una presentación que se asemeja más a una verga. Se presenta la sexualidad con los rasgos más groseros y vulgares, sin ningún motivo y sin que sea la consecuencia de una idea que impregne la obra. Hay que señalar, por último, que los lienzos controvertidos son de gran formato... de suerte que la vulgaridad y la grosería resultan aún más hirientes.

Tampoco comparte el tribunal la opinión de los recurrentes sobre el simbolismo que atribuyen a estos cuadros. Las cosas se han de apreciar como se ven, con los efectos que producen en quien las contempla, y no mediante una abstracción que no tiene ninguna relación con la imagen o que la hace desaparecer. Además, lo importante no es el sentimiento que expresan o que pretenden expresar los autores, sino el efecto que causa objetivamente la imagen en el espectador...

En cuanto a la intención y a la conciencia de la obscenidad, no se ha discutido especialmente en el recurso y, ciertamente, no podían discutirse. Sobre todo, el autor sabe que una publicación es obscena cuando conoce que se refiere al campo sexual y que cualquier alusión al mismo, por escrito o mediante la imagen, puede herir profundamente, según la concepción generalmente admitida, el sentimiento natural de la decencia y del decoro de los lectores y espectadores medios. Esto es, evidentemente, el caso de autos, teniendo también en cuenta lo que se dijo en la vista... Varios acusados confesaron, en efecto, que habían quedado impresionados por los lienzos. Hay que señalar que incluso una persona insensible a lo obsceno puede darse cuenta de la perturbación que puede causar a otra. Tal

(3) Hemos suavizado la traducción de los párrafos precedentes y omitido la de varios de los que siguen, por razones obvias.

como puso de manifiesto el Tribunal de instancia, los acusados actuaron, por lo menos, con negligencia.

Por último, carece de importancia que obras parecidas se hayan expuesto en otros sitios. Esto no afecta a que los lienzos de que se trata sean obscenos, como ha reconocido, conforme a Derecho, el Tribunal de instancia (...).

17 El 18 de junio de 1982, los Demandantes interpusieron ante el Tribunal federal un recurso de nulidad. Pedían la anulación de la Sentencia de 26 abril y la devolución de los autos para su absolución o, en su defecto, la simple restitución de los lienzos secuestrados.

Según ellos, el Tribunal de Casación había interpretado erróneamente el artículo 204 del Código Penal sin tener en cuenta especialmente el alcance de la libertad de expresión artística que garantiza, entre otras, el artículo 10 del Convenio. El señor Ammann uno de los peritos en arte moderno más eminentes confirmó que se trataba de obras notables. Por otra parte, otros cuadros de Josef Felix Müller, del mismo género, se habían expuesto en febrero de 1982 en Basilea y a nadie se le ocurrió considerarlos obscenos.

En cuanto a la "publicación" de objetos obscenos prohibida por el artículo 204 del Código Penal, era un concepto relativo. Se debía poder exhibir en una exposición cuadros que, presentados en público, incidían en el artículo citado; los que se interesan por el arte deben tener ocasión de descubrir todas las tendencias, del arte contemporáneo. El visitante de una exhibición como la "Fri-Art 81", dedicada al arte actual, espera encontrarse con obras modernas, quizá incomprensibles. Si no le gustaban los lienzos controvertidos, podía apartar los ojos y pasar de largo, sin necesidad de la protección del Derecho Penal. No es misión de los tribunales de justicia la de censurar indirectamente las bellas artes. Una interpretación restrictiva de artículo 204 que tuviera en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión artística y dejara ir los aficionados al arte el trabajo de decidir por sí mismos lo que quisieran ver, conduciría a la absolución de los demandantes.

Sólo se podía decretar el secuestro de los cuadros controvertidos si amenazaban el orden público hasta tal extremo que no pudiese justificarse su devolución cuestión no examinada por el Tribunal de Casación. Como los cuadros se habían expuesto abiertamente durante diez días sin suscitar ninguna protesta, es difícil justificar la existencia de semejante peligro. Ciertamente, Josef Felix Müller no presentará próximamente sus lienzos en Friburgo. En cambio, podían exhibirse sin ningún problema en otros sitios, como lo demostraba su exposición de febrero de 1982 en Basilea. En consecuencia, era desproporcionado privarle de ellos.

18 La Sección de Casación penal del Tribunal federal desestimó el recurso el 26 de enero de 1983, por los siguientes fundamentos:

"Según la jurisprudencia establecida, es obsceno en el sentido del artículo 204 del Código Penal el objetivo que hiere de manera difícilmente admisible la

decencia sexual, el efecto de lo obsceno puede ser la excitación de los instintos sexuales de una persona de reacciones normales o bien un sentimiento de desagrado de rechazo... Para apreciar si el objeto o la obra so. obscenos, el Juez debe resolver si la impresión de cozo junto que produce hiere las concepciones morales d una persona de sensibilidad normal...

Los lienzos enjuiciados presentan una orgía de actos sexuales contra natura (sodomía, bestialidad, etc.), representados de manera grosera y en formato grande; y pueden herir brutalmente la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal. La libertad artística, invocada por el recurrente, no justifica en el caso de autos una apreciación distinta.

El contenido y el alcance de las libertades constitucionales se determina en función de la legislación federal en vigor. Así sucede especialmente con la libertad de prensa, la libertad de opinión y la libertad artística; con arreglo al artículo 113 de la Constitución federal, el Tribunal federal está vinculado por los textos legales federales... En el campo de la creación artística, ha entendido que la obra de arte no disfruta en sí de un status especial... Sin embargo, no es obscena la obra en que el artista alcanza a representar temas de carácter sexual confiriéndoles una forma estética tal que el factor hiriente se difumina hasta el extremo de no ser el predominante... Para llegar a una decisión, el Tribunal de lo penal no necesita ver las cosas como un crítico de arte - lo cual, con frecuencia, no es conveniente -, pero tiene que apreciar si la obra es de tal naturaleza que puede herir al visitante desprevenido.

La opinión de los peritos sobre el valor artístico de la obra enjuiciada no tiene, por tanto, importancia en esta fase; en cambio, podrá tenerla en la elección de la medida que hay que tomar para evitar nuevas infracciones (destrucción o secuestro del objeto; art. 204.3 del Código Penal...).

El Tribunal del Cantón ha examinado debidamente los cuadros de que se trata desde el punto de vista predominantemente estético. Teniendo en cuenta, especialmente, el número de aberraciones sexuales representadas en cada cuadro (se ven, por ejemplo, ocho miembros en erección en uno de los lienzos) ha considerado que la sexualidad en su forma más hiriente aparecía en primer plano y era el factor dominante, por no decir exclusivo, de los objetos enjuiciados. La Sección de Casación del Tribunal federal llega a la misma conclusión. La impresión de conjunto que suscitan los lienzos de Müller puede herir las, concepciones morales de la persona de sensibilidad normal. El Tribunal Cantonal, al comprobar el carácter obsceno de dichos objetos no ha violado, pues, el Derecho federal.

Los recurrentes sostienen también que falta la publicidad, elemento constitutivo de la infracción. Se equivocan al considerarlo así. Las pinturas obscenas se podían ver en una exposición abierta al público y anunciada por carteles y por la prensa. No se limitó la entrada a "Fri-Art 81", por ejemplo, estableciendo un límite de edad. Dadas, pues, estas circunstancias, hay que entender que los lienzos controvertidos podían contemplarse por un número indeterminado de personas, que es lo que caracteriza la publicidad exigida por el artículo 204 del Código Penal..."

Finalmente, la Sección de casación penal del Tribunal federal declaró inadmisibile la petición subsidiaria de devolución de los lienzos, por no haberse planteado previamente ante los Tribunales cantonales.

19 El tribunal de lo penal del distrito de Sarina, al que acudió Josef Felix Müller el 29 de junio de 1987, decretó la devolución de los cuadros el 20 de enero de 1988.

El tribunal, entendiendo que se le pedía en definitiva que volviera a considerar la medida de secuestro que había tomado en 1982, examinó la posibilidad de mantenerla en vigor "transcurridos casi ocho años".

Partiendo de esto, basó su resolución en los siguientes fundamentos:

"En derecho suizo, el secuestro es una medida cautelar de naturaleza real. Así resulta del texto legal que incluye al artículo 58 entre "otras medidas", título marginal de los artículos 57 a 62 del Código Penal y no en las penas accesorias previstas en los artículos 51 a 56 del mismo Código...

No se discute que el secuestro de objetos o de valores puede afectar gravemente a los derechos patrimoniales. Debe ser proporcionado, y por ello estará justificada una medida más suave cuando sea suficiente para la finalidad pretendida. Sin embargo, el secuestro continúa siendo la regla general y sólo se prescindirá del mismo en el supuesto de que una norma menos rigurosa permita alcanzar el objetivo deseado... En este caso, cuando se decretó en 1982 el secuestro, la destrucción de los lienzos era la regla general (art. 204.3 del Código Penal). El tribunal se decidió, explicando los motivos, por una medida más benigna... que cumplía, respetando el principio de la proporcionalidad, la finalidad cautelar perseguida... La medida en sí sólo debe permanecer en vigor mientras se cumplen las condiciones legales...

Ciertamente, el Código no prevé ni el levantamiento ni la modificación posterior de una medida decretada con arreglo al artículo 58 del mismo. El legislador probablemente no pensó en esta cuestión en aquellas fechas, mientras que preveía que se pudieran volver a examinar de oficio medidas mucho más graves, como las que limitan la libertad personal (artículos 42 a 44 del Código Penal). Lo dicho no supone que la revocación o modificación de la medida sea totalmente legal. Por el contrario, el Tribunal federal ha admitido que se debe dejar de aplicar una medida cuando las circunstancias que la justificaron desaparecen...

De acuerdo con lo dicho, se puede levantar o modificar el secuestro de una obra de arte, bien si el objeto secuestrado no ofrece ya peligro y no se justifica, por tanto, ninguna medida cautelar, bien si con otra menos severa se puede conseguir la garantía necesaria (Sentencia del Tribunal de apelación de la ciudad de Basilea de 19 agosto 1980, en el caso Fahrner)..

Las sentencias dictadas sobre la libertad de expresión y su alcance se refieren con frecuencia al artículo 10, apartados 1 y 2 (del Convenio).

En este campo, en efecto, las sentencias de los órganos del Convenio tienen una directa influencia en el ordenamiento legal suizo, en el sentido de fortalecer las libertades individuales y las garantías judiciales...

En el caso de autos, en que el Demandante ha utilizado la posibilidad de pedir la devolución de sus cuadros, el tribunal tiene que examinar si los motivos que llevaron en su día a secuestrarlos, y por tanto a restringir la libertad de expresión de J. F. Müller, subsisten todavía.

Mientras que en 1982 la medida restrictiva era necesaria en una sociedad democrática y... estaba justificada para amparar y proteger la moral y los derechos de los demás, el tribunal opina, no sin alguna vacilación - es cierto -, que hoy puede dejarse sin efecto; la medida - es necesario puntualizarlo - no era ilimitada, sino solamente indeterminada en su duración, lo cual dejaba abierta la posibilidad de que se pidiera que se volviera a examinar.

Cree el tribunal que la medida cautelar ha cumplido ya su misión, que consistía en evitar que los lienzos se expusieran en público sin ninguna precaución. A este respecto, los propios condenados reconocieron que los cuadros podrían impresionar al público. Desde el momento en que la medida ha cumplido su finalidad, no hay motivo para mantenerla todavía en vigor.

En consecuencia, el artista tiene derecho a que se le devuelvan las obras.

Además, sería inútil someter la devolución a algunas condiciones. Si J. F. Müller decidiera exponer de nuevo en otro sitio los tres lienzos, sabe que se arriesgaría a una nueva actuación judicial en el ámbito del artículo 204 del Código Penal.

Finalmente, parece que en 1982 J. F. Müller quiso intencionadamente, exponiendo tres lienzos provocativos en un antiguo seminario, atraer la atención sobre él y sobre los organizadores. Después se ha dado a conocer por obras más importantes, al decir de un crítico de arte en 1982. Al haber alcanzado alguna fama no necesitará caer en la vulgaridad. En cualquier caso, no hay ningún motivo para suponer que utilizará los cuadros en el futuro para atacar la sensibilidad moral de los demás.

.."

Josef Felix Müller recuperó los lienzos en marzo de 1988.

II LEGISLACIÓN INTERNA APLICABLE

20 El artículo 204 del Código Penal suizo dispone:

"1. El que fabricare o tuviere en su poder escritos, imágenes, películas u otros objetos obscenos para comerciar con ellos, distribuirlos o exponerlos en público,

el que, para los fines indicados, importare, transportare o exportare dichos objetos o los pusiere en circulación de cualquier manera,

el que comerciare con ellos, pública o clandestinamente, o los distribuyere o expusiere en público o se dedicare a arrendarlos,

el que anunciare o hiciere saber por cualquier medio, para facilitar la circulación o el comercio prohibidos, que una persona se dedica a cualquiera de las actividades punibles antes definidas,

el que anunciare o hiciere saber cómo y de quién pueden conseguirse dichos objetos, directa o indirectamente,

será castigado con prisión o con multa.

2. El que entregare o exhibiere dichos objetos a una persona menor de dieciocho años será castigado con prisión o multa.

El tribunal ordenará la destrucción de los objetos."

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal federal, son obscenos los objetos u obras que hieren de manera difícilmente admisible la decencia sexual; sus efectos pueden ser una excitación de los instintos sexuales de una persona de reacciones normales o un sentimiento de desagrado o rechazo (Sentencias del Tribunal federal suizo, ATF, vol. 83, 1957, VI parte, págs. 19 a 23; vol. 86, 1960, IV parte, págs. 19 a 25; vol. 87, 1961, IV parte, págs. 73 a 85); la "publicación" de dichos objetos consiste en que estén al alcance de un número determinado de personas.

21 El Tribunal federal, con referencia al apartado 3 del artículo 204, ha puntualizado desde 1963 que si un objeto ofrece un interés cultural cierto basta para considerarlo destruido que se retire del público en general.

En su Sentencia de 10 mayo 1963, en el caso Rey contra el Ministerio Fiscal del Cantón de Valais (ATF, vol. 89, 1963, IV parte, págs. 133 a 140), subrayó especialmente "que el legislador, al ordenar la destrucción, pensaba solamente en el caso más frecuente: la publicación de objetos totalmente pornográficos". Como "la destrucción es una medida, no una pena", "debe limitarse a lo necesario para alcanzar la finalidad pretendida". "proteger la moral pública". El tribunal continuaba así:

"Dicho de otra manera, la destrucción, tal como la prevé el artículo 204.3 del Código Penal, debe asegurar la protección de la moral pública, sin superar lo que justifica esta exigencia.

En el caso más frecuente - el de las publicaciones pornográficas, sin ningún valor artístico, literario o científico - la destrucción tiene que ser material y definitiva. La exigencia no se debe sólo a la falta de cualquier valor cultural, sino también porque, por lo general, es el único procedimiento para proteger al

público, de manera suficiente y definitiva, de los peligros que suscitan los objetos secuestrados...

La cuestión se plantea de forma completamente distinta cuando el objeto, como sucede en este caso, es una obra de arte poco menos que insustituible. Se produce entonces una colisión entre dos intereses opuestos, ambos importantes desde el punto de vista de la civilización de que es parte Suiza: el interés moral y el interés cultural. En caso, así, el Legislador y el Juez deben encontrar el medio de armonizarlos. El tribunal ha considerado ya que, al aplicar el artículo 204, hay que tener en cuenta al mismo tiempo que también la creación artística está sujeta a algunas limitaciones impuestas por la moral pública, pero que, no obstante, debe seguir siendo libre...

Es misión, por tanto, del órgano judicial examinar en cada caso y a la vista de todas las circunstancias si es indispensable la destrucción material del objeto o si es suficiente una medida más suave. Por consiguiente, se respetará el mandato terminante del artículo 204.3 cuando se ordene la destrucción material del objeto obsceno que carezca de cualquier valor cultural y también cuando, por tenerlo, se tomen medidas para retirarlo del público en general y permitir tan sólo que lo contemplen un número limitado de especialistas acreditados...

Si se toman estas precauciones, el artículo 204 no será aplicable a los objetos en sí obscenos, pero de verdadero interés cultural. Hay que distinguir, también, estos objetos de los simplemente pornográficos. El interés cultural atribuido a un objeto no elimina, ciertamente, su carácter obsceno; pero obliga al Juez a averiguar con especial cuidado qué medidas son indispensables para sustraerlo del público en general, aunque permitiendo que lo vean un número determinado de aficionados auténticos; de esta manera se cumplirán las exigencias del artículo 204.3 del Código Penal, que, como ya se ha puesto de manifiesto, prevé la destrucción como una medida cuyos efectos deben ser proporcionados a la finalidad que se pretende..."

Se trataba en aquel caso de siete relieves de marfil y de treinta estampas del arte antiguo japonés; el tribunal entendió que para "destruirlos" bastaba con enviarlos a un museo.

22 Antes que el tribunal de lo penal del distrito de la Sarine (apartado 19 supra), el Tribunal de apelación de la ciudad de Basilea había levantado ya una medida de secuestro decretada en aplicación del Código Penal. En Sentencia de 29 agosto 1980, a la que, por otra parte, se refiere el Tribunal del Distrito, el de apelación estimó una demanda para que se devolviera a los herederos del pintor Kurt Fahrner un cuadro secuestrado en 1960 como consecuencia de la condena del interesado por ataque a la libertad de creencias y de cultos (art. 261 del Código Penal).

El Tribunal de apelación señaló especialmente que, como el secuestro "implica siempre un ataque al derecho de propiedad del interesado, es admisible alguna restricción y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad,

la medida se debe limitar a lo indispensable para asegurar lo que se pretende". Y añadió a lo dicho:

"Se ha de respetar especialmente este principio en los casos en que el objeto que se debe secuestrar, por su carácter único es de difícil o imposible sustitución. Por tanto, el principio se aplica más estrictamente a una obra de arte (por ejemplo, a una pintura), que a un arma utilizada para cometer el delito... Por último, teniendo en cuenta su naturaleza cautelar, la medida sólo continuará en vigor en tanto que se cumplan las condiciones legales..."

De acuerdo con lo dicho, "el secuestro de una obra de arte puede dejarse sin efecto o modificarse posteriormente, bien porque el objeto intervenido ya no sea peligroso, con lo cual no se requiere ninguna medida a este respecto, bien porque se pueda cumplir la necesaria finalidad cautelar con otra más benigna ". En aquel caso, los argumentos del Tribunal de apelación fueron los siguientes:

"Para apreciar la cuestión según los criterios actuales, las dos partes coinciden con el tribunal en que las concepciones sociales sobre la falta de pudor, la inmoralidad, la indecencia, las ofensas a la religión, etcétera, han cambiado mucho a lo largo de los veinte últimos años y se han vuelto claramente más libres. Aunque el cuadro secuestrado puede, indudablemente, herir todavía la sensibilidad religiosa de muchas personas, hay que desechar cualquier temor de que su exposición en un lugar público o privado sea un peligro para la paz religiosa y pueda afectar a la seguridad pública, a la moral o al orden público, en el sentido del artículo 58 del Código Penal..."

La existencia de un peligro así depende principalmente de las manos en que pueda caer el objeto intervenido... En el caso de autos, la exposición del cuadro en un museo no suscita evidentemente ningún reparo en la actualidad en relación al artículo 58 del Código Penal. Incluso si se devolviera el cuadro sin ninguna condición, la posibilidad de un abuso sería mínima, porque Fahrner, que quiso intencionadamente mediante una exposición provocativa llamar la atención sobre su arte, sus ideas y su obra, falleció entre tanto. En cuanto a los Demandantes, no hay ningún motivo para suponer que se proponen utilizar el cuadro para herir los sentimientos religiosos de los demás. En cualquier caso, el cuadro no se presta para su utilización con esa finalidad (art. 261 del Código Penal) lo suficientemente para mantener el secuestro decretado en 1960... Cualquier peligro de esta clase que resulte del cuadro no es hoy tan grave que justifique una acción con arreglo al artículo 58 del Código Penal. Ni tampoco hay ninguna razón para entregar el cuadro a una colección científica, por ejemplo, a un museo, para proteger al público y a la moral. Se debe levantar el secuestro y devolver incondicionalmente la obra a los Demandantes, estimando así su petición principal".

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

23 Los Demandantes apelaron a la Comisión el 22 de julio de 1983 "demanda núm. 10737/1984". Con invocación del artículo 10 del Convenio, impugnaban la sentencia que les condenó a una multa ("condena") y el secuestro de los cuadros objeto del litigio.

24 La Comisión admitió a trámite la demanda el 6 de diciembre de 1985.

En su informe de 8 de octubre de 1986 (art. 31), apreció una infracción del artículo 10 en cuanto al secuestro de los lienzos (once votos contra tres); no así en la sentencia condenatoria (unanimidad). El texto de su dictamen y de la opinión disidente de la que se acompaña figura anexo a la presente sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL

25 El Gobierno, en la vista de 25 de enero de 1988, solicitó al Tribunal que "declarara que en este caso no se violó el artículo 10 del Convenio en la condena imponiendo a los demandantes la pena de multa ni en el secuestro... de los cuadros del primer demandante".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

26 En opinión de los demandantes, su condena y el secuestro de los lienzos litigiosos han violado el artículo 10 del Convenio, redactado en los términos siguientes:

"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 las 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.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá someterse a determinadas 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."

El Gobierno rechaza esta apreciación. La Comisión la rechaza también respecto a la primera medida impugnada, pero la acepta en cuanto a la segunda.

27 Los Demandantes ejercitaron sin oposición su derecho a la libertad de expresión: el primero de ellos, creando y después exponiendo las obras de que se trata; y los nueve restantes proporcionándole la ocasión de exhibirlas públicamente en la "Fri-Art 81", organizada por ellos.

Es indudable que el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística controvertida se incluya en su ámbito de aplicación; pero no distingue entre las diversas formas de expresión. Como los comparecientes reconocen,

comprende la libertad de expresión artística especialmente en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas - que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza. Si fuera necesario, confirmaría el acierto de esta interpretación el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 10, puesto que las actividades de las "empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión" entran en el ámbito artístico. Por su parte, el artículo 19.2 del Convenio internacional sobre los Derechos civiles y políticos, que incluye expresamente dentro de la libertad de expresión las informaciones e ideas "de forma artística", demuestra que dicho concepto de libertad es lo suficientemente amplio para abarcar la expresión artística.

28 Es claro que los Demandantes sufrieron "una injerencia de las autoridades públicas" en el ejercicio de su libertad de expresión, primero por la sentencia condenándoles, pronunciada por el Tribunal Penal del Distrito de la Sarine el 24 de febrero de 1982, confirmada por el Tribunal Cantonal de Friburgo el 26 de abril del mismo año y, después, por el Tribunal Federal el 26 de enero de 1983 (apartados 14, 16 y 18 supra); y, segundo, por el secuestro de los lienzos, decretado a la vez y levantado posteriormente (apartado 19 supra).

Estas medidas, que son "sanciones" o "restricciones", no se oponen al Convenio por el mero hecho de que afecten a la libertad de expresión, ya que el ejercicio de ésta puede limitarse en las condiciones previstas en el segundo apartado del artículo. Por consiguiente, las dos medidas impugnadas no infringirán el artículo 10 si estaban "previstas por la ley", perseguían una o varias de las finalidades legítimas a que se refiere el apartado 2, y eran "necesarias en una sociedad democrática" para alcanzar aquéllas.

El Tribunal, como lo hizo la Comisión, examinará desde este punto de vista la sentencia que condenó a los Demandantes y, después, el secuestro de los cuadros.

I La condena de los demandantes

1 Prevista por la ley

29 Para los demandantes, los términos del artículo 204 del Código Penal suizo son demasiado vagos, en especial el adjetivo "obsceno", para que las personas puedan regular su conducta; y, en consecuencia, ni el artista ni los organizadores de la exposición pudieron prever que cometían un delito. El Gobierno y la Comisión no comparten esta opinión.

Según la jurisprudencia del Tribunal, la naturaleza "previsible" es una de las exigencias de la frase "previstas por la ley" del artículo 10.2 del Convenio. Sólo se puede calificar como "ley" una norma que se exprese con la suficiente precisión para que el ciudadano pueda - en su caso, debidamente asesorado - prever, hasta un extremo razonable, dadas las circunstancias, las consecuencias de un determinado acto [Sentencia Olsson de 24 marzo 1988 (TEDH 1988, 2), serie A, núm. 130, pág. 30, ap. 61, a)]. Sin embargo, el

Tribunal ha señalado ya la imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que los datos cambian según la evolución de las concepciones de la Sociedad (Sentencia Barthold de 25 marzo 1985 (TEDH 1985, 3), serie A, núm. 90 pág. 22, ap. 47). Muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos (véase, especialmente, la citada Sentencia Olsson, ibidem) Los preceptos del Derecho Penal en materia de actos deshonestos se incluyen en esta clase.

En el caso de autos, interesa también señalar la existencia de una reiterada jurisprudencia del tribunal Federal sobre la "publicación" de objetos "obscenos" (apartado 20 supra). Estas resoluciones, publicadas y que por tanto, podían conocerse, eran seguidas por los Tribunales inferiores, y completaban los términos literales del artículo 204 del Código Penal. Por consiguiente, la condena de los Demandantes estaba "prevista por la ley", en el sentido del artículo 10.2 del Convenio

2 La legitimidad del fin perseguido

30 Alega el Gobierno que la injerencia impugnada pretendía proteger la moral y los derechos ajenos. Sobre el último punto, invoca sobre todo la reacción de un padre de familia y de su hija, visitantes ch la "Fri-Art. 81" (apartado 12 supra).

Reconoce el Tribunal que el artículo 204 del Código Penal suizo se propone proteger la moral pública; y ni hay ninguna razón para suponer que, al aplicarlo a caso de autos, los tribunales suizos hayan pretendido alcanzar otros fines ajenos al Convenio. Además, como lo ha destacado la Comisión, hay un lazo natural entre la defensa de la moralidad y la de los derechos ajenos.

Por tanto, la condena de los Demandantes perseguí; una finalidad legítima en relación al artículo 10.2.

3 Necesaria "en una sociedad democrática"

31 Los comparecientes centran sus respectivos razonamientos en una cuestión: si la injerencia enjuiciada era "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar la finalidad que se ha mencionado antes.

En opinión de los demandantes, la libertad de expresión artística tiene tanta importancia que la prohibición de una obra o la condena de su autor afecta la misma sustancia del derecho garantizado por el artículo 10 e implica consecuencias funestas para una sociedad democrática. Es indudable que los cuadros impugnados reflejaban una concepción de la sexualidad que no se ajustaba a la moral imperante en la sociedad actual; pero, según los Demandantes, se debía tener en cuenta su significado simbólico puesto que se trataba de obras de arte. La libertad de expresión artística quedaría sin contenido si lienzos como éstos de Josef Felix Müller no se pudieran exhibir

ante el público interesado por las artes con ocasión de una exposición dedicada al arte moderno con nuevas experiencias.

Por el contrario, según el Gobierno, la injerencia ex necesaria a la vista, especialmente, del asunto objeto de los cuadros y de las singulares circunstancias de su exhibición.

La Comisión, por análogos motivos, y prescindiendo de cualquier consideración estética o simbólica, entendió que los tribunales competentes pudieron calificar razonablemente los lienzos como obscenos y declarar a los Demandantes culpables de una infracción del artículo 204 del Código Penal.

32 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, el adjetivo "necesaria" que se emplea en el artículo 10.2, supone una "necesidad o exigencia social imperiosa" (véase la reciente Sentencia Lingens de 8 julio 1986 (TEDH 1986, 8), serie A, núm. 103, pág. 25, ap. 39). Los Estados Contratantes disfrutaban de algún margen de apreciación para resolver si existe dicha necesidad, pero con él corre parejas la fiscalización europea que se extiende al mismo tiempo a la legislación y a las resoluciones que la aplican, incluso cuando proceden de un tribunal independiente (*ibidem*). El Tribunal tiene, por tanto, competencia para resolver en definitiva si una "restricción" o "sanción" está de acuerdo con la libertad de expresión que protege el artículo 10 (*ibidem*).

Al ejercitar esta facultad fiscalizadora, no se limita a examinar aisladamente las resoluciones judiciales impugnadas; debe considerarlas a la vista del conjunto del asunto, incluyendo los lienzos en cuestión y las circunstancias en que se exhibieron. Tiene que determinar si la injerencia fue "proporcionada a la legítima finalidad perseguida", y si las razones aducidas por los tribunales suizos para justificarla fueron "pertinentes y suficientes" (véase la misma Sentencia, pág. 26, ap. 40).

33 A este respecto, reitera el Tribunal que la libertad de expresión, garantizada por el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de la persona. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, no sólo es aplicable a las "informaciones" o a las "ideas" bien recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que se oponen, hieren o perturban al Estado o a cualquier parte del pueblo. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto sin los cuales no hay "sociedad democrática" (Sentencia Handyside de 7 diciembre 1976 (TEDH 1976, 6), serie A, núm. 24, pág. 23, ap. 49). Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática. De donde se deduce la obligación que tiene el Estado de no invadir indebidamente su libertad de expresión.

34 Ciertamente, el artista y los que promueven sus obras no están libres de las posibles limitaciones que regula el apartado 2 del artículo 10. Quienquiera que ejercita su libertad de expresión asume, en efecto, según los propios términos de este apartado, "deberes y responsabilidades", su alcance

dependerá de su situación y de los medios que utilice (véase, *mutatis mutandis*, la citada *Sengencia Handyside*, pág. 23, ap. 49). El Tribunal, al considerar si la sanción impugnada era necesaria en una sociedad democrática, no puede perder de vista este aspecto de la cuestión.

35 La sentencia que, basada en el artículo 204 del Código Penal suizo, condenó a los demandantes pretendía proteger la moral. Ahora bien, tanto en la actualidad como en la fecha de la *Sentencia Handyside*, que se ha citado antes (pág. 22, ap. 48), no es posible encontrar en el ordenamiento legal y social de los distintos Estados Contratantes una concepción uniforme de la moral. La idea que tienen de ella y de sus exigencias varía en el tiempo y en el espacio, sobre todo en nuestra época, caracterizada por una profunda evolución de las opiniones en esta materia. Las autoridades estatales, debido a sus directas y constantes relaciones con la realidad vivida de su país, están en principio en mejores condiciones que el Tribunal Internacional para pronunciarse tanto sobre el exacto contenido de tales exigencias como sobre la "necesidad" de una "restricción" o de una "sanción" para atenderlas.

36 En este caso, hay que subrayar que los lienzos controvertidos representan con crudeza las relaciones sexuales, en especial entre hombres y animales, tal como lo han apreciado los tribunales suizos a nivel cantonal, en primera instancia y en casación, y después a nivel federal (apartados 14, 16 y 18 *supra*). Se pintaron los cuadros sobre el terreno - de acuerdo con el propósito de que la exhibición fuera espontánea - y el público en general pudo verlos, ya que los organizadores no fijaron un precio para entrar ni establecieron ningún límite de edad. Se trataba de una exposición abierta, sin ninguna restricción, a todo el público y que pretendía atraerlo.

Reconoce el Tribunal - como lo hicieron los tribunales antes citados - que las concepciones de la moral sexual han cambiado estos últimos años. No obstante, después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos "de naturaleza susceptible de herir brutalmente", por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus formas más crudas, "la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal" (apartado 18 *supra*). Los tribunales suizos, teniendo en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les dejaba el artículo 10.2, tenían derecho a considerar "necesaria" para la protección de la moral la imposición a los Demandantes de una multa por la publicación de objetos obscenos.

Los Demandantes alegan que la exhibición de los cuadros no suscitó ninguna protesta pública y que la prensa, en conjunto, le fue favorable. Parece también que Josef Felix Müller exhibió obras del mismo estila en otros lugares de Suiza y del extranjero, antes y después de la "Fri-Art 81" (apartado 9, anterior). Esto no obsta a que la condena de los Demandantes en Friburgo, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, respondiera a una auténtica necesidad social, como lo afirmaron sustancialmente los tres tribunales suizos que conocieron de estos autos.

37 En conclusión, la medida impugnada no infringió el artículo 10 del Convenio.

II El secuestro de los lienzos

1 "Prevista por la ley"

38 En opinión de los Demandantes, el secuestro de los cuadros no estaba previsto por la ley, ya que se oponía a los términos claros e inequívocos del artículo 204.3 del Código Penal, que dispone que se destruyan los objetos considerados obscenos.

El Gobierno y la Comisión se refieren acertadamente a la evolución de la jurisprudencia sobre este precepto desde la Sentencia que el Tribunal federal dictó en el caso Rey, el 10 de mayo de 1963; desde entonces cuando un objeto obsceno tiene interés desde el punto de vista cultural y es difícil o imposible sustituirlo, como, por ejemplo, en el caso de un cuadro, es suficiente para dar por cumplido el artículo 204.3 del Código Penal, tomar cualesquiera medidas que el tribunal considere esenciales para retirarlo de la vista del público en general (apartado 21 supra). En 1982, se consideraba el secuestro como el procedimiento adecuado a estos efectos y se empleaba, por lo general, para dicha finalidad. Esta jurisprudencia, de fácil conocimiento por el público y seguida por los tribunales inferiores, mitigó el rigor del 204.3. Por consiguiente, la medida impugnada estaba "prevista por la ley" en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

2 La legitimidad de la finalidad perseguida

39 El secuestro de los cuadros - los comparecientes coinciden en este extremo - se proponía proteger la moral pública, impidiendo la reincidencia en el delito imputado a los Demandantes. La finalidad perseguida era, por tanto, legítima a la vista del artículo 10.2.

3 Necesaria "en una sociedad democrática"

40 También aquí, la argumentación fundamental de los comparecientes se refiere a la "necesidad" de la injerencia.

Los Demandantes consideran desproporcionado el secuestro en relación con la finalidad pretendida. A su entender, los tribunales competentes podían haber escogido una medida menos draconiana o, para proteger los derechos humanos, haber renunciado a imponerla. En realidad, las autoridades de Friburgo impusieron su concepción de la moral a todo el país, algo inadmisibles, contradictorio y opuesto al Convenio si se tiene en cuenta la notoria división de opiniones en esta materia.

El Gobierno rechaza esta argumentación. Los tribunales suizos, al prescindir de la solución drástica de destruir los lienzos, se habían limitado al mínimo necesario. El levantamiento del secuestro, decretado el 20 de enero de 1988, pero que el primer Demandante pudo pedir antes, demostraba

claramente que no se había violado el principio de la proporcionalidad; era, precisamente, su mejor representación.

Por su parte, la Comisión consideró el secuestro desproporcionado con el fin legítimo perseguido. En su opinión, los órganos judiciales no tenían la suficiente facultad para ponderar los intereses opuestos implicados y establecer medidas menos severas que el secuestro por tiempo indeterminado.

41 A pesar de la aparente rigidez de los términos del artículo 204 del Código Penal, la jurisprudencia del Tribunal Federal reconoce que un tribunal que compruebe el carácter, obsceno de determinados objetos puede decretar el secuestro en lugar de la destrucción. Como así se hizo en el caso de autos, hay que examinar la medida en relación con el artículo 10.2 del Convenio.

42 Un principio de Derecho, común en los Estados contratantes, permite secuestrar "las cosas cuyo uso se ha considerado ilícito y peligroso para el interés público" (véase, mutatis mutandis, la Sentencia ya citada, en el caso Handyside (TEDH 1976, 6), pág. 30, ap. 63). En este caso la finalidad era proteger a la sociedad contra la reincidencia.

43 La condena de los Demandantes respondía a una auténtica necesidad social, a la vista del artículo 10.2 del Convenio (apartado 36 supra). Las mismas razones que la justificaron son también aplicables, en opinión del Tribunal, al secuestro que, a la vez, se decretó.

Es indudable que, como los Demandantes y la Comisión destacan con insistencia, se plantea un problema singular cuando, como en este caso, se decreta el secuestro de un cuadro, es decir, de un objeto único; como consecuencia de la medida cautelar, el autor no puede hacer uso de su obra por ningún procedimiento. De esta manera, Josef Felix Müller perdió, especialmente, la posibilidad de mostrar sus cuadros en sitios en que las exigencias de la protección de la moral se consideran menos estrictas que en Friburgo.

Sin embargo, se debe recordar que, de acuerdo con una jurisprudencia que se remonta a la Sentencia dictada en el caso Fahrner en 1980, aplicada después en el caso presente (apartados 19 y 22 supra), e) propietario afectado puede pedir al tribunal competente del Cantón que levante o modifique el secuestro si el objeto no supone ya un peligro o si es suficiente otra medida menos drástica para proteger la moral pública. En su resolución de 20 de enero de 1988, el Tribunal penal del Distrito de la Sarine precisó que el secuestro decretado al principio "no era ilimitado, sino solamente indeterminado, lo que dejaba abierta la puerta a una petición de nuevo examen" (apartado 19 supra) Estimó la demanda de Josef Felix Müller por el motivo de que "la medida cautelar había cumplido ya su misión: evitar que tales lienzos se volvieran a exponer en público sin tomar ninguna precaución" (ibidem).

Verdad es que se privó al interesado de sus obras durante casi ocho años, pero nada le impedía pedir ante la devolución; la jurisprudencia aplicable a este punto del Tribunal de apelación de Basilea era pública y de fácil acceso

y, además, el propio agente del Gobierno llamó la atención sobre esto en la audiencia de 6 de diciembre de 1985 ante la Comisión. No hay ningún otro dato en el expediente que permita suponer que una petición de esta naturaleza habría fracasado.

En consecuencia, y si se tiene en cuenta el margen de apreciación de que disfrutaban, los tribunales suizo actuaron conforme a Derecho al considerar "necesario" para la protección de la moral el secuestro de los lienzos litigiosos.

44 En conclusión, la medida impugnada no violó el artículo 10 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS EL TRIBUNAL,

1 Declara, por seis votos contra uno, que la condena de los Demandantes no violó el artículo 10 del Convenio;

2 Declara, por cinco votos contra dos, que el secuestro de los cuadros tampoco violó dicho precepto.

Hecha en francés y en inglés, y leída en audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos en Estrasburgo, el 24 de mayo de 1988. Firmado: Rolv Ryssdal, Presidente; Marc-André Eissen, Secretario

Se adjuntan a la presente sentencia, conforme a los artículos 51.2 del Convenio y 52.2 del Reglamento, las siguientes opiniones:

Opinión disidente discrepante del señor Spielmann;

Opinión parcialmente concordante y parcialmente disidente, del señor De Meyer. Rubricado: R. R. Rubricado: M.-A. E.

OPINIÓN DISIDENTE DISCREPANTE DEL JUEZ SEÑOR SPIELMANN

1 En su opinión individual, el señor H. Danelius, de la Comisión, decía, entre otras cosas, lo siguiente:

"En mi opinión, la Comisión debía haber examinado si las dos medidas (multa y secuestro) violaban conjuntamente el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio, y mi contestación a esta pregunta habría sido afirmativa."

2 Estoy de acuerdo con este planteamiento de la cuestión lo mismo que me uno totalmente al señor Danelius cuando dice:

"En cuanto a las multas impuestas al primer Demandante y a los demás por la exhibición de los tres cuadros de Friburgo, el problema me parece más complejo, puesto que cabe preguntarse si en la sociedad moderna es necesario realmente sancionar tales expresiones de la creación artística, aunque algunos las consideren desagradables o hasta repugnantes."

3 Por el contrario, no estoy de acuerdo con la siguiente conclusión del señor Danelius:

"Aunque he votado en este punto de acuerdo con los demás miembros de la Comisión, se ha debido a mi deseo de ajustarme a la jurisprudencia del Tribunal europeo, especialmente en el caso Handyside. El Tribunal subrayó entonces que no se puede deducir del Derecho interno de los distintos Estados contratantes una concepción uniforme de la moral y que sus exigencias varían en el tiempo y en el espacio, especialmente en la época actual, caracterizada por la rápida y profunda evolución de las opiniones en la materia. Añadía el Tribunal que, debido a su relación directa y continua con las fuerzas vivas del respectivo país, las autoridades estatales están, en principio, en mejores condiciones que el Tribunal internacional para pronunciarse sobre el exacto contenido de estas exigencias."

4 En efecto, entiendo que en pura lógica es difícil considerar que las "multas" impuestas se ajustaban a las exigencias del artículo 10 del Convenio y, de otra parte, estar de acuerdo con la Comisión en que "el secuestro" de los cuadros no cumplía dichas exigencias.

5 En mi opinión no se pueden separar las dos cuestiones. Una de dos, o se ha violado el Convenio tanto con la imposición de las multas como con el secuestro decretado, o no se ha violado con ninguna de dichas medidas.

6 En cuanto a mi parecer, entiendo que se violó el artículo 10 del Convenio. Expondré esta opinión sin hacer ninguna distinción entre las multas impuestas y el secuestro decretado.

7.A Previstas por la Ley

Estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría del Tribunal de que las condenas impuestas y la medida cautelar del secuestro estaban previstas por la Ley.

8.B La legitimidad de la finalidad perseguida

No tengo ningún motivo para dudar de que las indicadas resoluciones pretendían una finalidad legítima en relación con el artículo 10.2 del Convenio.

9.C Necesaria en una sociedad democrática

La mayoría del Tribunal reconoce "que las concepciones de la moral sexual han cambiado en los últimos años. No obstante, después de examinar los lienzos litigiosos, el Tribunal encuentra razonable que los tribunales competentes hayan considerado que podían herir brutalmente, por el relieve dado a la sexualidad en algunas de sus formas más crudas, la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal". Además, "la exposición estaba abierta sin restricción a todo el público y pretendía atraerlo". "Si se tienen en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les deja el artículo 10.2 (los

tribunales suizos) actuaban conforme a Derecho al considerar necesaria para la protección de la moral la imposición de una multa a los Demandantes por publicaciones obscenas."

En cuanto al secuestro de los cuadros enjuiciados, la mayoría del Tribunal considera también que "los tribunales suizos, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponían, actuaban con arreglo a Derecho al estimar necesario, para la protección de la moral, el secuestro de los lienzos litigiosos".

10 No comparto estas opiniones por las razones que expongo a continuación:

a) Relatividad del concepto de "obscenidad"

Hay muchos ejemplos, tanto en el campo de la prensa y de la literatura como en el de la pintura, que deben aconsejarnos la mayor prudencia en esta materia. La libertad de expresión es la regla y las injerencias estatales deben seguir siendo una excepción y justificarse en forma.

Por ejemplo, en 1857, Flaubert fue acusado por su última novela: "Madame Bovary".

El mismo año, exactamente el 20 de agosto de 1857, Carlos Baudelaire y sus editores tuvieron que comparecer ante el Tribunal de lo Penal del Sena. El objeto era la obra "Las Flores del Mal".

En las circunstancias del presente caso no estará de más recordar dicho procedimiento (véase el Anexo).

En mi opinión, los Estados contratantes deberían tener más en cuenta la "relatividad" de los valores en el ámbito de la expresión de las ideas.

Aunque se puede entender que las autoridades estatales están, en principio, en mejores condiciones que el Tribunal internacional para pronunciarse sobre el exacto contenido de las exigencias del artículo 10 del Convenio, no se puede admitir que en la "Europa de los Estados" el Estado afectado deje a los Cantones o a los Municipios la apreciación de que se trata.

Si así sucediera, es evidente que el Tribunal internacional no podría apreciar nunca ninguna violación del citado artículo 10. Su segundo párrafo se aplicaría siempre.

b) El "margen de apreciación" de las autoridades nacionales

No es necesario recordar, a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal.

Creo, sin embargo, que en relación a este concepto hay límites. Si no fuera así, muchas de las garantías establecidas por el Convenio correrían el peligro de quedarse en letra muerta, por lo menos de hecho.

Además, se debe recordar que todo lo que es exagerado puede convertirse, a la larga o a la corta, en insignificante.

Como se señala después, no creo que el concepto del "margen de apreciación" justificase las resoluciones de las autoridades suizas, puesto que las medidas tomadas no eran en absoluto necesarias en una sociedad democrática.

c) El criterio de la "necesidad"

Para llegar a la conclusión de que las resoluciones indicadas no eran en absoluto necesarias en una sociedad democrática, utilizaré los dos argumentos siguientes:

1. Las autoridades suizas, aunque condenaron a los demandantes en un proceso penal, no decretaron "la destrucción" de los lienzos enjuiciados a pesar de la existencia de un precepto formal en su Código Penal.

2. Aunque las autoridades competentes decretaron el secuestro de los cuadros de que se trata, en 1988 acordaron su devolución.

Dicho de otra manera, ¿se puede sostener seriamente que lo "necesario" en 1982 ya no lo era en 1988 o que lo que, sin duda, no era necesario en 1988 lo había sido en 1982?

No comprendo un razonamiento así.

11 En estas circunstancias, llego a la conclusión de que se violó el artículo 10 del Convenio tanto en la imposición de las multas como en el secuestro de los cuadros, aunque luego se devolvieran.