

## CAPÍTULO TERCERO

### SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no prevé expresamente el secreto de las fuentes de información periodística, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo consideró incluido en el artículo 10, CEDH, en los casos *Goodwin vs. Reino Unido*, *Des Haes y Gijssels vs. Bélgica*, *Fressoz y Roire vs. Francia*, *Özgür Gündem, Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*; *Ernest vs. Bélgica* y *Tillack vs. Bélgica*, y le dio expresa protección.

También varias recomendaciones de órganos de la Unión Europea han indicado a los otros órganos de la UE y a los países miembros la necesidad de proteger el secreto periodístico y de respetar la jurisprudencia del TEDH.

#### I. UTILIDAD DEL ESTUDIO PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

Las decisiones del TEDH son muy valiosas en sí mismas, y en todos los casos le han dado amplia tutela al secreto periodístico.

Por cierto, existen algunas diferencias, en materia de libertad de expresión, entre las normas previstas en la CEDH y las establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, que pueden ser sintetizadas en cuatro puntos: 1) la CEDH no prohíbe la censura; la CIDH establece una prohibición casi absoluta de censura; 2) la CEDH admite injerencias de autoridades públicas, si esas injerencias tienen determinados fundamentos y requisitos; la CADH no las tolera; 3) la CEDH establece un extenso catálogo de razones para restringir la libertad de expresión y fundar esas injerencias; 4) la CEDH no prevé expresamente el derecho de buscar información, a diferencia de la CADH, que sí lo prevé, aunque ninguna de las dos menciona expresamente el secreto de las fuentes de información periodística.

Pero, de todos modos, el estudio de la CEDH permitirá llegar más adelante a conclusiones importantes en nuestro propio ordenamiento, que se inscribe en el ámbito de la CADH, pues esta última convención garantiza la libertad de prensa en mayor medida que la europea.

Es decir, recurrimos al estudio de la jurisprudencia del TEDH por un doble motivo: por un lado, porque analizamos el tratamiento que se dio al tema de las fuentes periodísticas en diversos países europeos —el lector, en esta edición, encontrará esos desarrollos en el apéndice digital— y el estudio no estaría completo sin entender la posición del tribunal europeo; y, por el otro, porque la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana consideran valioso el procedimiento. Por eso, debe comenzarse por un procedimiento de comparación, no sólo literal, sino contextual, para determinar si existe una protección equivalente.<sup>216</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha comparado el artículo 10 de la Convención Europea con el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, llegando a la conclusión de que una comparación del artículo 13 con las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas. En el mismo sentido, en su Informe sobre el Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, la Comisión IDH reconoció el valor de la jurisprudencia europea como herramienta útil para la interpretación del derecho a la libertad de expresión garantizado en el sistema interamericano. Específicamente, cuando se trata de la cuestión de las situaciones de emergencia que pudieran constituir excepciones a la prohibición de la censura previa garantizadas por el artículo 13.2 de la Convención Americana, la Comisión IDH se refirió a la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos para demostrar el alto rigor de escrutinio que debe aplicarse a toda censura previa. Volveremos sobre esto en el capítulo siguiente.

Es decir, la gran consideración que la Convención Americana otorga al derecho a la libertad de expresión en relación con la Convención Europea

<sup>216</sup> Corte IDH, OC. 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Colegiación obligatoria de los periodistas.

torna imperativo que las normas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Europea sean entendidas como normas mínimas que requiere el derecho a la libertad de expresión, pero nunca como una limitación al goce de una mayor protección de la libertad de expresión. Este enfoque es coherente con la opinión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la aplicabilidad simultánea de los tratados internacionales.

En primer lugar, se exponen las características centrales del sistema de la CEDH respecto del artículo 10 y los límites de las restricciones admisibles, para luego pasar a analizar las sentencias dictadas por el TEDH en los casos citados.

## II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ARTÍCULO 10, CEDH<sup>217</sup>

El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad de información en el artículo 10:

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, 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.

<sup>217</sup> Sobre la comparación del tratamiento que hacen la CEDH y la CADH en materia de libertad de prensa, véase el próximo capítulo. Pero básicamente hay que remarcar dos diferencias fundamentales: la primera, la CEDH permite la censura, mientras que en la CADH la prohibición de censura es casi absoluta y, la segunda, la CEDH no protege expresamente la búsqueda de información, aunque el TEDH sí ha considerado implícita esa protección, mientras que la CADH sí se pronuncia expresamente a favor de la protección de la búsqueda de información.

## III. JURISPRUDENCIA E INTERPRETACIÓN DEL TEDH

Veamos, primero, cuáles son los estándares elaborados por el TEDH sobre distintos aspectos de la libertad de expresión, para tan sólo luego analizar el asunto vinculado con el secreto periodístico.

*Opiniones y hechos.* El TEDH distingue entre la libertad de expresión e información, diferencia entre opiniones y hechos; aplica el principio de veracidad sólo a la libertad de información y sostiene que para los juicios de valor, la obligación de prueba es imposible de cumplir, y constituye un atentado a libertad de opinión;<sup>218</sup> reconoce universalmente ambos derechos, pero hace hincapié, en cuanto a su ejercicio, por la situación subjetiva del individuo —a los representantes políticos y a los profesionales de la información se les reconoce con gran amplitud, pero otros colectivos, como militares y policías, deben soportar un mayor grado de restricción—; admite la amplitud de la crítica política, y aplica el principio de proporcionalidad a la hora de analizar la necesidad de la injerencia.

*Una libertad individual y política.* Para la CEDH y para el derecho europeo, la libertad de expresión tiene un doble significado. Por un lado, conforma el *status libertatis* de la persona, cuyo fin es la protección de ámbito de autonomía personal, y nace indisolublemente unida a las libertades de conciencia o de opinión, pues para su real efectividad es condición *sine qua non* de que opiniones, ideas, pensamientos o informaciones puedan ser exteriorizados.<sup>219</sup> Por el otro, se entiende que la libertad de palabra no se agota allí, sino que se convierte primariamente en la garantía de una institución social, pública, la opinión pública libre, donde surgen las mayorías sociales y electorales que permiten funcionar al Estado mismo. Es decir, la libertad de expresión tiene dos dimensiones: subjetiva y objetiva. Así, el interés que subyace a las libertades de palabra no es sólo, ni primariamente, el interés del individuo en poder comunicar a los demás sus propias ideas y opiniones, sino es ante todo el interés público, el hacer posible la existencia y funcionamiento efectivo del orden vinculante de convivencia. En reiteradas oportunidades el TEDH puso de re-

<sup>218</sup> Stedh, Jerusalem vs. Austria, 27 de febrero de 2000, p. 33.

<sup>219</sup> Catalá i Bas, Alexandre H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, p. 75. Véase también Freixes San Juan, Teresa, *Libertades informativas e integración europea*, Madrid, Colex, 1996.

lieve el carácter esencial que reviste esta *super liberté*,<sup>220</sup> la libertad de expresión e información en una sociedad democrática. Así lo entendió el TEDH cuando dijo<sup>221</sup> que la libertad de información es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la sociedad democrática.<sup>222</sup>

*Tolera restricciones limitadas.* Hay que tener en cuenta que el TEDH le ha reconocido un alcance particular a esta garantía (la libertad de expresión), pues si bien señala que el mecanismo de protección establecido por la Convención es subsidiario del sistema de garantías establecido por cada Estado nacional (porque la Convención deja a cada Estado la tarea de asegurar en primer lugar los derechos y libertades que reconoce), el TEDH sostiene que el artículo 10 no les brinda a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación.<sup>223</sup> En efecto, aquella tesis de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de la libertad de expresión, no significa vaciar de contenido los derechos que entran en conflicto con esa libertad, pero sí permite interpretar que los límites a tal libertad de expresión serán aplicados conforme con un escrutinio estricto, según surge de esos mismos casos citados.

*Protege todo tipo de mensajes.* El TEDH sostiene que el artículo 10 ampara todo tipo de mensajes, independientemente de su contenido, por lo cual protege no sólo los mensajes de contenido político, sino también los que tienen características comerciales, publicitarias, artísticas o profesionales, y los mensajes de interés general.<sup>224</sup>

<sup>220</sup> Favoreu, Louis y Philip, LoVc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7a. éd., Sirey, Éditions Dalloz, 1993, pp. 589 y ss.

<sup>221</sup> Case of Handyside vs. The United Kingdom, 07/12/1976. Richard Handyside, propietario de la firma Stage 1, publicó *The Little Red Schoolbook*, un libro destinado a jóvenes alumnos que contenía escenas de sexo, frente al cual la justicia inglesa prohibió su difusión y ordenó el secuestro de ejemplares.

<sup>222</sup> Caso Handyside, párrafo 49: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las demandas de pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.

<sup>223</sup> Esta afirmación fue reiterada en las sentencias Sunday Times (par. 65); Ligens (par. 41), y Sunday Times, entre otros muchos.

<sup>224</sup> Lo que protege el tribunal no es sólo el discurso político, sino el debate sobre cuestiones de interés general. En sTEDH, Thorgerir Thorgerirson (Thorgerir Thorgerirson vs. Iceland, 25/06/1992), el tribunal dijo (párrafo 61) que no hay razón para distinguir en-

Esto, sin embargo, como veremos luego, no significa que no haya diferencias entre esos tipos de mensajes. En aquellos casos en que las críticas estuvieron enfocadas a la actuación de los poderes públicos, el TEDH puso de relieve que la libertad de expresión e información alcanza su punto máximo, pues es esencial en una sociedad democrática que la sociedad esté informada o pueda opinar sobre cuestiones de interés general. En ese sentido, el TEDH le dio amparo a las críticas contra la actuación de cargos públicos;<sup>225</sup> instituciones del Estado (Poder Ejecutivo;<sup>226</sup> Poder Judicial;<sup>227</sup>) información sobre los servicios secretos,<sup>228</sup> la violencia terrorista,<sup>229</sup> el mundo laboral,<sup>230</sup> actuaciones particulares que inciden directamente en la esfera de lo público,<sup>231</sup> o la opinión de los políticos sobre asuntos de interés público.<sup>232</sup>

tre el debate político del debate sobre cualquier otra cuestión de interés público, a la hora de analizar las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión e información en el sentido de que el primero goza de mayor amplitud que el segundo. “El Tribunal comprueba que nada en su jurisprudencia permite distinguir de la manera sugerida por el Gobierno entre debate político y la discusión de otros problemas de interés general (párrafo 64)”. Ni siquiera es indispensable que los hechos se enmarquen en un contexto de un debate público abierto, pues simplemente es necesario que el asunto sea de interés general aunque no se haya suscitado debate alguno todavía (sTEDH Bergens, 2 de mayo de 2000, sobre las quejas de determinados pacientes contra la calidad de servicios del cirujano no es cuestión de orden privada, sino de interés público general para toda la comunidad). Tal como señala Catalá i Bas, *op. cit.*, p. 168, el exacto sentido del caso Thorgeir Thorgeirson es que todas las cuestiones que afecten asuntos de interés general le son aplicables los mismos principios; es decir, la libertad de expresión e información ha de gozar de amplios márgenes en su ejercicio, lo que exige que los límites han de ser aplicados e interpretados en forma estricta. Sin embargo, no en todas las cuestiones dichos márgenes, amplios ya de por sí, tienen la misma extensión: esta amplitud puede variar en su extensión de acuerdo sobre la materia sobre la que se opina o informa o del límite que entre en juego, lo que repercute además en la mayor o mejor amplitud del margen de apreciación de las autoridades nacionales para precisar la necesidad de la injerencia.

<sup>225</sup> STEDH Lingens.

<sup>226</sup> STEDH Piermont, 27 de marzo 1995.

<sup>227</sup> STEDH Barford, 22 febrero 1989.

<sup>228</sup> STEDH Sunday Times, 26 noviembre de 1991.

<sup>229</sup> STEDH Zana 25 nov 1997.

<sup>230</sup> STEDH Fressoz y Roire, 21 enero 1999.

<sup>231</sup> STEDH Bladet Tromps, 20 mayo 1999.

<sup>232</sup> STEDH Bowman, 19 febrero 1998; STEDH, Jerusalem vs. Austria, del 27 de febrero de 2001. Dice Albanese, Susana: “La complejidad cultural y la universalidad de los derechos”, *Jurisprudencia Argentina*, 26/4/2006, que los funcionarios y quienes llevan a cabo funciones consultivas sobre políticas públicas viven y deben aceptar que viven en

*Carácter prevalente de la libertad de expresión.* Como una consecuencia de ese razonamiento, el TEDH afirma el carácter prevalente de la libertad de expresión. Este carácter preferencial de las libertades de expresión y de información cobrará todo su sentido cuando aquéllas son ejercidas por profesionales de la comunicación o por representantes políticos en asuntos de indudable interés público, en cuyo caso el TEDH lleva a cabo un escrupuloso examen de la necesidad de la injerencia, aplicando de forma rigurosa la doctrina de los límites.

En otras palabras, la libertad citada constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática,<sup>233</sup> y goza de carácter preferente en la medida en que cumplen su misión de permitir la existencia de la opinión pública<sup>234</sup> y el debate amplio de las acciones de

una casa de cristal donde todos los ciudadanos, máxime los miembros de la oposición, pueden examinar sus acciones, sus capacidades vinculadas a la gestión pública cotidianamente; el examen es sinónimo de vida sana para la República; el debate beneficia a todos y constituye un símbolo de nociones mínimas de democracia; si se limita el debate mediante denuncias hacia el que lo estimula, los cristales de la supuesta casa cuando menos se opacan y toda la sociedad resulta ensombrecida.

<sup>233</sup> STEDH, *Jerusalem vs. Austria*. Véase Albanese, Susana, *op. cit.*, 26/4/2006.

<sup>234</sup> En España se nota cierto matiz, cierto retroceso respecto de esa doctrina, que también fue expuesta por el TCE en la sentencia STC 172/1990, caso del accidente de aviación-Diario 16. En efecto, en la STC 336/1993, del 15 de noviembre, caso de los insultos al alcalde Ormaechea, se matiza el sentido que ha de darse al carácter preferencial del derecho al rechazar la terminología de aquella sentencia anterior, que hablaba de jerarquía institucional. En la sentencia de 1993 se dice que el carácter prevalente de que disfruta el derecho no significa una posición jerárquica superior, y se recuerda que sólo goza de ese carácter cuando su ejercicio se desenvuelve dentro del ámbito constitucional señalado, que no es otro que el de garantizar una opinión pública libre. Y agrega: “En segundo término, no cabe olvidar que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente, aunque no jerárquica, que respecto al consagrado en el artículo 18.1 CE ocupan los derechos a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE”. Lo mismo se dice en la sentencia STC 297/2000, del 11 de diciembre, donde se dice que el derecho al honor posee el mismo rango constitucional que la libertad de expresión, debiendo soportar una injerencia en la medida en que la opinión o noticia tenga interés público. En la práctica, una primera lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español pareciera sugerir que se inclina por la ponderación de los derechos en conflicto y deja en segundo plano el enfoque institucional. Pero, en rigor, no es así, porque este aparente cambio de posición se produce cuando la libertad de expresión entra en conflicto con la intimidad o el honor. Pero la doctrina de la posición prevalente se mantuvo incólume en aquellos casos que tuvieron por objeto asuntos de verdadero interés público o general. Si bien no es objeto de esta parte del trabajo entrar en la discusión acerca de si la libertad de información tiene una posición jerárquica, prefe-

gobierno,<sup>235</sup> por lo cual la Corte reafirmó que “hay pequeño margen, bajo el amparo del artículo 10.2 de la Convención, para restricciones del discurso político o para el debate de cuestiones de interés público”.<sup>236</sup>

*Los límites de la crítica permisible son más amplios con relación al gobierno que en relación con un ciudadano particular.* En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben ser objeto de un escrutinio estricto no sólo del Poder Legislativo o de las autoridades judiciales, sino también de la opinión pública,<sup>237</sup> y el margen nacional de apreciación está circunscrito por los intereses de una sociedad democrática de permitir que la prensa ejerza su papel vital de custodio público, divulgando informaciones sobre asuntos de grave preocupación pública.<sup>238</sup>

*Sujeto emisor y receptor.* El TEDH, a la hora de darle contorno a esta libertad, tuvo en cuenta el sujeto emisor y el sujeto destinatario de las críticas.

En cuanto a quiénes son personajes públicos, mencionó a los representantes políticos,<sup>239</sup> a quienes tienen cargos públicos en instituciones o empresas públicas,<sup>240</sup> jueces o fiscales,<sup>241</sup> funcionarios,<sup>242</sup> personas so-

rente o idéntica respecto de otros derechos, en España, como en otros países, se da esa discusión. Martínez Sospedra sostiene que “el valor preferencial de la libertad de expresión no supone prevalencia absoluta de la libertad de información respecto de otros derechos fundamentales, y en particular, respecto del derecho al honor y a la intimidad. Simplemente acarrea una posición más fuerte o una mayor eficacia, la hora de proceder al *balancing*, a la ponderación de los intereses en conflicto en caso de que entren en concurso el derecho a la información y aquellos” (*Libertades públicas*, p. 273). Una posición distinta al *balancing* sostiene Muñoz Machado (*Libertad de prensa*, p. 150). La técnica del *balancing* ha de utilizarse sólo en aquellos casos en que la libertad de expresión no ha disfrutado de esta posición preferente, sino que está a la par con el derecho o interés general que la limita. El método del *balancing* es inevitable cuando se trata de resolver una colisión entre derechos constitucionales situados en posición equiparable, pero no cuando se maneja un derecho colocado en posición de preferencia. Sólo más allá de ese ámbito de preferencia, en los casos en que la información, por tratarse, por ejemplo, de sujetos privados, no resulte especialmente protegida, el contrapeso y la apreciación de las circunstancias del caso será el método resolutorio del conflicto”.

<sup>235</sup> Case of Sürek vs. Turkey N 3, 8/07/ 1999.

<sup>236</sup> Wingrove vs. the United Kingdom judgment of 25 November 1996, Reports 1996-V, p. 1957, § 58.

<sup>237</sup> Surek, párrafo 37.

<sup>238</sup> STEDH, Bergens Tidende y otros vs. Noruega, 2 de mayo de 2000.

<sup>239</sup> Lingens, 1996.

<sup>240</sup> Fuentes Bobo, 2000.

<sup>241</sup> Barford, 22 febrero 1989.

<sup>242</sup> Janowski, 21 enero 1999.

cialmente relevantes o que persiguen notoriedad pública,<sup>243</sup> o personas que no tienen relevancia pública, pero que se ven involucradas en un asunto de interés general.<sup>244</sup> Aunque todos ellos deben soportar alguna cuota de sacrificio de sus derechos individuales, no todos los deben soportar en el mismo grado. Desde el punto de vista del colectivo al que pertenece quien se expresa, la jurisprudencia del TEDH demuestra que los profesionales de la información han disfrutado de una situación privilegiada o, al menos, de especial consideración en el ejercicio de esta libertad, en comparación con otros colectivos (militares, policías, etcétera).

El TEDH remarcó el carácter esencial de la libertad de expresión e información en un sistema democrático, que, en cuanto ayuda a configurar una opinión pública libre, cobra especial dimensión cuando es ejercido por medios de comunicación,<sup>245</sup> y le da protección a los medios y periodistas en lo referente a informaciones sobre cuestiones de interés general. Pero dicha garantía del artículo 10, CEDH, queda subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe,<sup>246</sup> lo que consiente cierto margen de exageración o, incluso, de provocación,<sup>247</sup> permisible en el ámbito de la libertad de prensa, en tanto la información no sea inexacta.<sup>248</sup> “Estos principios tienen especial relevancia para la prensa”,<sup>249</sup> dijo. En suma, la inter-

<sup>243</sup> Fayed, 21 septiembre 1994.

<sup>244</sup> Fressoz y Roire.

<sup>245</sup> STEDH, Handyside, y STEDH, Sunday Times.

<sup>246</sup> STEDH, Radio France vs. Francia, del 30 de marzo de 2004, párrafo 37.

<sup>247</sup> STEDH, Bladet Tromso y Stensaas, sentencia del 20 de mayo de 1999.

<sup>248</sup> STEDH, Radio France vs. Francia, del 30 de marzo de 2004. Esta sentencia condena a Radio France y a un periodista de la emisora porque difundieron, en forma de boletín reiterado 62 veces en pocas horas, un extracto de una entrevista que al poco tiempo publicaría la revista *Le Point*, sobre un supuesto colaboracionista nazi: para el TEDH, el tema fue de interés general, pero fundamentó la condena en dos argumentos centrales: por un lado, si bien la radio citó la fuente, el boletín no resumía fielmente la entrevista y, además, contenía inexactitudes; por el otro, y esto sí es un aspecto delicado del fallo, para el TEDH, los periodistas, para exonerarse de responsabilidad, no les basta con citar la fuente (*Le Point*) ni siquiera alegar que se tomó la información de tres despachos de prensa (AFP, AP y Reuter) que se hacían eco del artículo de *Le Point*, pues Radio France no realizó un trabajo de investigación o de comprobación y ni siquiera de control de la información.

<sup>249</sup> *Sunday Times*, par. 65. La STEDH *Sunday Times*, la número 24 en la lista del TEDH, no era la primera que abordaba la libertad de expresión, aunque sí fue la primera que dio la razón al recurrente. Al respecto, véase el trabajo del catedrático de la Universidad Complutense, Retortillo Blaquer, Lorenzo Martín, “La necesaria diligencia de los pe-

pretación que en líneas generales se desprende del artículo 10 del Convenio Europeo parece otorgar una primacía muy importante a la protección de la actividad desarrollada por los medios de comunicación.

Se privilegia de este modo la posición jurídica de aquellas personas, físicas o jurídicas, cuya actividad principal constituye un ejercicio sistemático de la libertad de expresión. El TEDH puso de relieve que este derecho adquiere una importancia trascendental cuando es ejercido por los medios de comunicación en la medida en que es una de las mejores maneras para conocer y juzgar el comportamiento de los cargos públicos.<sup>250</sup> “La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio”.<sup>251</sup> Y afirma que la prensa desempeña un papel indispensable de perro guardián.<sup>252</sup>

#### IV. RESTRICCIONES ADMISIBLES

Ahora bien, como dijimos anteriormente, la CEDH admite que los Estados dispongan medidas para tener injerencia en la libertad de expresión. Pero no cualquier injerencia es admisible. En efecto, la medida de injerencia en la libertad de expresión, para ser admisible, ha de estar justificada por una necesidad social imperiosa, que ha de probarse de manera concluyente, responder a alguno de los límites recogidos en el artículo 10, segundo párrafo, que han de ser interpretados en forma estricta y ser proporcional al objetivo pretendido, pues así lo exige la sociedad democrática.

Las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación en su conmisericordia sobre si se da una necesidad social para la restricción.<sup>253</sup>

riodistas, STEDH del 30 de marzo de 2004 en el caso *radio France vs. Francia*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 165, septiembre-diciembre de 2004, p. 137.

<sup>250</sup> Lingens. También STEDH, Sunday Times de 1991.

<sup>251</sup> Lingens, párrafo 42.

<sup>252</sup> STEDH Goodwin.

<sup>253</sup> STEDH Régimen de la lengua en la educación en Bélgica, sentencia del 23 de junio de 1969. En este sentido, véase el artículo de la constitucionalista de la Universidad Autónoma de Barcelona, Freixes Sanjuan, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, año 7, núm. 15, mayo-agosto de 2003.

Pero dicho margen se encuentra sujeto al interés de una sociedad democrática en mantener una prensa libre. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 10 CEDH, cualquier injerencia en el derecho a la libertad de expresión ha de estar prevista en la ley, y a ha de ser necesaria en una sociedad democrática para garantizar algunos de los fines que dicho párrafo recoge. Es decir, la legitimidad de los límites está sujeta a tres requisitos: debe estar prevista en la ley, ser necesaria para el sistema democrático y respetar la finalidad.

El esquema de pensamiento que sigue el TEDH para analizar si la medida cuestionada en una causa que tiene a estudio se compadece con el CEDH es, en primer lugar, investigar si la medida está prevista en la ley. Si lo está, el TEDH pasa a examinar si la medida restrictiva perseguía alguna de las finalidades legítimas señaladas en el precepto y, en caso afirmativo, si la misma era necesaria en una sociedad democrática.

- a) *Injerencia prevista en la ley.* A los efectos de tener en cuenta qué entiende por ley, el TEDH dijo que es sinónimo, no de ley en sentido formal, sino de derecho interno,<sup>254</sup> incluido el derecho no escrito o consuetudinario,<sup>255</sup> la jurisprudencia,<sup>256</sup> e incluso las normas deontológicas.<sup>257</sup> Es decir, debe entenderse ley en sentido material y no formal.
- b) *Necesidad en la sociedad democrática.* Necesaria no es sinónimo de indispensable o de absolutamente necesario, pero tampoco tiene

<sup>254</sup> Kruslin, del 24 abril 1990. En el caso Sunday Times, el TEDH dijo que no toda norma puede ser considerada ley, sino sólo la norma expresada con suficiente precisión para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta y pueda ser capaz, en su caso, recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la medida razonable que permitan las circunstancias, que pueda producir un acto determinado.

<sup>255</sup> STEDH, Sunday Times, con referencia al ordenamiento inglés. De esta forma, se puede considerar como una medida de injerencia prevista en la ley el *contempt of court*, que no está consagrado legislativamente, sino que es una creación jurisprudencial del *common law*.

<sup>256</sup> STEDH, Huvig, del 24 de abril de 1990. En STEDH Radio France vs. Francia, del 30 de marzo de 2004, el TEDH convalidó la sanción que impuso el Tribunal Constitucional Francés a Radio France de publicar una nota aclaratoria dando cuenta de la condena a dos periodistas, porque si bien no hay norma jurídica que permita sustentar tal condena, es habitual que los tribunales franceses impongan esa reparación, como derivada de la previsión genérica del Código Civil de reparar los daños causados.

<sup>257</sup> En STEDH, Bathold; STEDH, Código Deontológico del Colegio de Veterinarios y STEDH, Casado Coca fue considerada ley, en los términos del CEDH, el código deontológico de un colegio profesional.

la flexibilidad de términos como admisible, normal, útil, razonable u oportuno.<sup>258</sup> Necesaria significa que la injerencia ha de corresponder especialmente a una necesidad social imperiosa —una necesidad social suficientemente acuciante para contrarrestar el interés público de la libertad de expresión—<sup>259</sup> y ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida, que ha de ser alguna de las finalidades previstas en el propio precepto. A la hora de examinar si la medida litigiosa cumple con el requisito de la necesidad, el TEDH realiza una doble operación:

- Analiza, por un lado, si la acción está justificada por una necesidad social imperiosa. Cuando la restricción recae sobre la libertad de expresión, el TEDH, en el caso *Fressoz*, estableció que la “necesidad” de cualquier injerencia en la libertad de expresión ha de ser establecida de modo concluyente, y
- También analiza si la injerencia es proporcionada al fin legítimo perseguido, que debe ser alguno de los previstos en el artículo 10. Este requisito de proporcionalidad, de lo que el TEDH hace un examen rigurosamente escrupuloso,<sup>260</sup> también exige la utilización del medio menos lesivo para la obtención del fin legítimo.<sup>261</sup> La Corte sostuvo en esta sentencia que si bien es lícito recurrir a la vía penal para perseguir determinados excesos, los más graves, en todo caso ha de hacerse un uso moderado de dicha vía sobre todo si existen otros mecanismos para responder a dichos excesos. Cuando la injerencia se refiere a la libertad de expresión e información, el TEDH tiene dicho que carácter esencial para una sociedad democrática reviste esa libertad exige que, se demuestre, sin lugar a duda alguna, que las restricciones aplicadas eran estrictamente necesarias, conforme con “el más escrupuloso examen”.<sup>262</sup>

En este sentido, el TEDH sostuvo que:

<sup>258</sup> STEDH, *Handyside*, del 7 de diciembre de 1976.

<sup>259</sup> TEDH, *Sunday Times*, de 1979; STEDH, *Perna vs. Italy*, sentencia del 15 de julio de 2001, párrafo 38.

<sup>260</sup> STEDH, *Radio France vs. Francia*, del 30 de marzo de 2004, párrafo 34.

<sup>261</sup> STEDH, *Castells*, 23 abril 1992.

<sup>262</sup> STEDH, *Sunday Times*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 51; también STEDH, *Word*, del 29 de agosto de 1997, párrafo 13.

...en el ámbito del debate político, una condena de este tipo amenaza con disuadir a los periodistas de participar en la discusión pública de cuestiones que interesan a la vida de la sociedad. Por sí misma puede dificultar el cumplimiento de la misión informativa y fiscalizadora de la prensa.<sup>263</sup>

Y en otra sentencia explicó, en términos generales aplicables a toda persona, que hay que evitar que los ciudadanos se desanimen, por el temor a sanciones penales o de otra naturaleza, y desistan de opinar sobre tales temas.<sup>264</sup>

- c) *Finalidad de la medida*. La medida impugnada, para pasar el test del TEDH, debió haber sido adoptada para cumplir con alguna de las finalidades previstas en el artículo 10, CEDH. El problema que presenta este punto es la propia redacción del artículo 10, CEDH, que contiene una lista extensa y confusa de límites al ejercicio de la libertad de tal extensión, por lo que para el gobierno es relativamente fácil ubicar la medida litigiosa en alguno de ellos. El carácter amplio de los términos en las que está concebido el artículo 10, CEDH, hace que difícilmente se pueda encontrar una hipótesis de que, por lo menos formalmente, no se cumpla ninguno de ellos, porque cualquier medida encuadra en tal enunciado de fines. El TEDH, ha admitido a los gobiernos nacionales un margen de apreciación más amplio para tomar injerencias cuando se trata de la preservación de derechos colectivos —seguridad nacional, integridad pública, defensa del orden, prevención del crimen, protección de la salud, autoridad e imparcialidad del Poder Judicial— que cuando se trata de la protección de derechos individuales, como la protección de la reputación.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> STEDH, Lingens, párrafo 44.

<sup>264</sup> STEDH, Barford, párrafo 29. También se hace referencia a la necesidad de evitar el efecto disuasorio en STC 297/2000, 11 diciembre (caso del constructor y el telegrama de Sevilla) y 110/2000, 5 de mayo (senador rompepepinos). En este último caso se dice que “la reacción frente a una extralimitación del derecho de informar no puede producir, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasivo o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada”. También STEDH, Barford vs. Noruega, 22 de febrero de 1989.

<sup>265</sup> Catalá i Bas, Alexandre H., *op. cit.*, p. 303, citando también a Lambert, Pierre, “Les restrictions à la liberté de la presse”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 26, 1996.

El TEDH también afirmó que una de las finalidades fundamentales perseguidas por los Estados que firmaron la CEDH es la defensa de la democracia, en cuya base se encuentran la tolerancia y el pluralismo.

Por eso resolvió que el hecho de que un proyecto político sea incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado turco no lo convierte en incompatible con las reglas democráticas, y que pertenece a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, siempre y cuando los mismos no supongan un ataque a la democracia misma,<sup>266</sup> pero el TEDH descartó el amparo de aquella formación política de cuya actuación se deduzca su verdadera intención de derrocar a la democracia e implantar un régimen contrario a los derechos humanos,<sup>267</sup> pues nadie puede prevalerse de la Convención para destruir los derechos y libertades reconocidos en ellas,<sup>268</sup> de modo que la justificación de una política pro nazi —afirmando que no existieron campos de exterminio durante el holocausto— no estaría beneficiada por la protección del artículo 10, y existe una categoría de hechos históricos claramente establecidos, como el holocausto, respecto a los cuales su negación o su revisión se vería sustraída por el artículo 17 de la protección del artículo 10.<sup>269</sup> En cambio, la crítica es admisible, y la condena de un periodista viola la libertad de expresión cuando el artículo —en el que el periodista e historiador criticó la encíclica *Esplendor de la Verdad* del papa Juan Pablo II— no contesta la realidad de los hechos históricos claramente establecidos, y se trata de una reflexión sobre las diversas causas posibles de la exterminación de los judíos en Europa.<sup>270</sup> Del mismo modo, el simple hecho de que durante un programa de TV en vivo, un dirigente de una secta conocida por sus ideas no conformistas en Tur-

<sup>266</sup> STEDH, Partido Socialista Turco, 25 de mayo de 1998, conceptos reiterados luego en de la libertad y de la democracia, del 8 de diciembre de 1999; STEDH, Partido de la Prosperidad vs. Turquía, del 31 de julio de 2001.

<sup>267</sup> STEDH, Partido de la Prosperidad vs. Turquía, del 31 de julio de 2001, declaró legítima la disolución que decretó el TC de Turquía respecto de ese partido, que pretendía un sistema de discriminación jurídica basada en creencias, aplicar la ley islámica (Sharia) a la comunidad musulmana y decretar la guerra santa (Yihad).

<sup>268</sup> STEDH, Garaudy vs. Francia, 24 de junio de 2003; véase Albanese, Susana, *op. cit.*, *Jurisprudencia Argentina*, 26/4/2006.

<sup>269</sup> STEDH, Garaudy vs. Francia, 24 de junio de 2003.

<sup>270</sup> STEDH, Giniewski vs. Francia, 31 de enero de 2006.

quía haya defendido la *charia* (ley islámica) sin incitar a la violencia para establecerla, no puede pasar por un discurso de odio.<sup>271</sup>

## V. LA LIBERTAD DE INVESTIGAR. EL SECRETO DE LA FUENTE

Una vez que estudiamos cuáles son los conceptos generales que maneja la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho a la información, comencemos a aproximarnos a nuestro objeto de estudio. El citado artículo 10 CEDH habla de la libertad de recibir y comunicar información. Pero omite un tercer elemento: la libertad de investigar.

Es evidente que la libertad de informar presupone la libertad de obtener información. Por lo tanto, como no cabe información, y mucho menos información veraz, sin previa búsqueda y obtención de la misma, se sigue que la libertad de investigar forma parte del contenido esencial de aquella libertad.<sup>272</sup>

La omisión respondería a un “silencio intencionado”,<sup>273</sup> porque los redactores del Convenio Europeo conocían los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas para la redacción de un pacto de los derechos del hombre. Y, segundo, porque con ocasión de los trabajos preparatorios, una de las alternativas de redacción del Convenio Europeo presentadas al Comité de Ministros del Consejo de Europa planteaba la inclusión expresa del término *rechercher*. Sin embargo, se considera<sup>274</sup> que el silencio del artículo 10 no puede excluir del campo de aplicación

<sup>271</sup> STEDH, *Musulm Gunduz vs. Turquía*, 14 de junio de 2004, párrafo 51. Además, en el debate, que se desarrolló en términos encendidos, Gunduz fue contrastado con opiniones contrarias, y el periodista no perseguía un fin racista. Albanese, Susana, *op. cit.*, JA. 26/4/2006, sostiene que esta es una de las más cristalinas líneas doctrinarias ensayadas por el TEDH, y surge en su consecuencia que, cuando una persona es invitada a exponer su posición en un medio de comunicación masivo a sabiendas de su posición pública en la sociedad en que vive y desarrolla sus actividades y se enciende el discurso, no se puede luego enrostrar, juzgar y sancionar esa posición en función de los términos empleados, pues si no fuera así las palabras, al ser medidas por la autoridad, dejarían de ser espontáneas, provocando la medición interior antes de su expresión pública, es decir, la autocensura.

<sup>272</sup> Martínez Sospedra, Manuel, *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo, CEU, vol. I, 1993.

<sup>273</sup> Catalá i Bas, Alexandre H., *op. cit.*, p. 134.

<sup>274</sup> Citando a Pinto, Roger, *La liberté d'information*, p. 96; y a Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention Européenne*, p. 451.

de la libertad de expresión la búsqueda de información, pues suprimir la libertad de buscar informaciones e ideas es, evidentemente, paralizar el derecho de recibirlas y de comunicarlas.

En esa línea de pensamiento, el TEDH siempre se mostró *pro communicatione*, en el sentido de favorecer el ejercicio de ese derecho, lo que logra, como vimos anteriormente, interpretando en forma estricta aquellas pautas que suponen un obstáculo al acceso a la información.<sup>275</sup> Así se lo deduce de varias sentencias del TEDH,<sup>276</sup> en las que protegió la divulgación de documentos confidenciales que, traspasando el secreto, habían llegado a manos de los periodistas, y concluyó que las medidas adoptadas contra la divulgación de tales informaciones, secuestro de publicación y retirada del mercado no habían sido medidas proporcionadas en una sociedad democrática una vez ponderadas todas las circunstancias concurrentes. Del mismo modo, también surge de las sentencias en las que amparó a periodistas que habían divulgado determinados hechos sometidos a secreto de sumario.<sup>277</sup> Por cierto, el TEDH también dijo que del derecho a recibir información no se deriva un derecho del ciudadano a acceder a los archivos en los que figuran almacenados sus datos,<sup>278</sup> ni obliga al gobierno a comunicárselos.<sup>279</sup> A la hora de pronunciarse sobre el secreto de las fuentes de información periodísticas, el TEDH sí ha reconocido el secreto profesional, íntimamente ligado con el derecho a investigar. Así lo hizo a partir de la sentencia Goodwin, de 1996, hasta el caso Tillack, la última relevada en esta tesis, de noviembre de 2007, en la que el tribunal advirtió su importancia para los profesionales de la información, de tal suerte que de no existir sería imposible que la libertad de información desempeñara el esencial papel que tiene asignado en una sociedad democrática.

<sup>275</sup> Catalá i Bas, Alexandre H., *op. cit.*, p. 135.

<sup>276</sup> Observer et Guardian, 1991 y Vereniging Wesskbal, 9/02/1995.

<sup>277</sup> Weber del 22 de mayo de 1990, YSTDH Roy y Malaurie, del 3 de octubre de 2000.

<sup>278</sup> STDH, Leander, 1987.

<sup>279</sup> Catalá i Bas, Alexandre H., *op. cit.*, p. 137. Ahora bien, haciendo uso de la doctrina de las obligaciones positivas, el TEDH concluyó que la negativa de la administración a facilitar los datos personales que obraban en su poder suponía una vulneración del artículo 8o. CEDH, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar. De ellos se deduce que el TEDH ha rechazado extender la libertad de recibir informaciones al derecho de buscar informaciones, y que el juez europeo no consagra un derecho general de acceso a informaciones de carácter personal, y no obliga a ningún Estado a entregarlas.

## VI. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE SECRETO PERIODÍSTICO

Veamos, ahora, los casos en los que el TEDH consideró el secreto periodístico. Pero anticipamos que el TEDH considera, con afirmaciones claras y concluyentes, que el secreto periodístico cae dentro de la protección que garantiza el artículo 10 de la Convención, y que incluye no sólo la protección de la fuente, sino también de los materiales y de los domicilios.

### 1. *El caso Goodwin vs. United Kingdom*<sup>280</sup>

William Goodwin era un periodista de la revista de negocios *The Engineer*, que el 2 de noviembre de 1989 recibió un llamado telefónico de una fuente que le suministró datos sobre los problemas financieros que atravesaba la compañía Tetra. Antes de publicar la información, el periodista se comunicó con la empresa para corroborarla. La compañía consideró que la información provenía de un proyecto confidencial que había sido hurtado.

Cinco días después, el juez Hoffman, miembro de la High Court of Justice (Chancery Division), dictó una medida cautelar (*injunction*), prohibiendo la publicación de cualquier información vinculada con el plan comentado. Y siete días más tarde ordenó a los editores y al periodista, bajo la sección 10 de la Contempt of Court Act 1981, que revelara antes de una determinada fecha sus notas sobre la conversación telefónica, y que identificara a la fuente. El magistrado fundamentó la decisión de revelar la fuente en que “era necesario en interés de la justicia”. Además, sostuvo que había evidencia de que la empresa

...había sufrido un perjuicio por el robo de información confidencial y que podría sufrir serio daño comercial por la eventual publicación en el futuro próximo. Es cierto que la fuente quizá no haya sido la persona que sustrajo el archivo. Quizá haya obtenido la información de segunda mano, aunque ello es menos probable. En cualquier caso la información es sensitiva y confidencial... El demandante intenta iniciar proceso contra la fuente para recobrar el documento, obtener una medida cautelar para evitar futuras publicaciones y daños por las cosas. Pero no puede obtener ninguno de esos

<sup>280</sup> STEDH, *Goodwin vs. United Kingdom*, sentencia del 27 de octubre de 1996. Está transcrita en el apéndice A.

remedios porque no sabe a quien demandar. En estas circunstancias del caso, pienso que la revelación es necesaria en interés de la justicia.

Por su parte, la publicación sostuvo que el interés público requería de la publicación de la información confidencial, particularmente teniendo en cuenta que los resultados que previamente había publicado la empresa mostraban que había tenido un desempeño próspero, y el público tenía derecho a saber que estaba experimentando problemas.

En primera instancia, los argumentos de la publicación fueron rechazados. Y la Cámara de Apelaciones, cuando se pronunció confirmando la decisión del tribunal inferior, hizo un test de *balancing*, poniendo, por un lado, el interés general en mantener el secreto de las fuentes periodísticas, que es la razón por la que se sancionó la sección 10 del Comtempt of Court Act y, por otro lado, un caso particular en el que la revelación es necesaria en interés de la justicia. Si esos intereses permanecen solos,<sup>281</sup> se debe revelar la fuente. Distinto sería si hubiera alguna razón adicional para mantener la confidencialidad de la fuente, como por ejemplo si los accionistas estuvieran siendo mantenidos en la ignorancia a la hora de tomar decisiones. Pero en este caso no hay nada para añadir a cada parte de la ecuación. El interés público general en mantener el secreto periodístico existe, pero los hechos del caso no le agregan nada.

El tribunal también ordenó a Goodwin que revelara sus datos periodísticos para poder acceder al conocimiento de su fuente informativa.

La decisión fue confirmada por la Cámara de los Lores, que consideró que la publicidad podría acarrear serios daños para la empresa y la subsistencia de sus empleados, frente a otras empresas contratistas y proveedores, pues se iba a difundir un plan societario de refinanciamiento cuando las negociaciones todavía no estaban concluidas. Por otra parte, tales daños sólo se podrían evitar mediante la identificación de la fuente, ya sea porque ella misma había sido la autora del hurto, o porque resultaba un medio idóneo para individualizar al autor del hurto y permitirle a la empresa recuperar su información confidencial y el castigo del autor de tal hecho ilícito.

Goodwin, no obstante, se negó a revelar sus notas y el tribunal lo condenó por desacato al pago de una multa de 5,000 libras.

<sup>281</sup> Párrafo 17.

El caso finalmente llegó a la CEDH, que sostuvo que se había violado el artículo 10 CEDH.

EL TEDH entendió que la intimación judicial a divulgar la fuente, la multa impuesta y el hecho de que le periodista fue enviado a juicio por desacato (*contempt of Court*), infracción que prevé incluso la pena de prisión, son medidas que constituyen una “injerencia” en la libertad de expresión —algo que ninguna de las partes discutía— y que esa injerencia estaba “prevista en la ley”,<sup>282</sup> y que perseguía uno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2 (la protección de los derechos de un tercero).

Pero el TEDH entendió que la injerencia, aun siendo prevista en la ley y teniendo fines legítimos, no era necesaria para la sociedad democrática.

En primer lugar, el TEDH rescató la trascendencia que reviste el secreto profesional:

La protección de las fuentes informativas es una de las piezas angulares de la libertad de prensa como se deduce de las leyes y códigos deontológicos en vigor en un gran número de Estados contratantes y como lo afirman, por otra parte, diversos instrumentos internacionales sobre las libertades informativas (veáse Resolución sobre las libertades periodísticas y los derechos humanos adoptada en la 4a. conferencia ministerial europea sobre la política de comunicación de masas, Praga 7 y 8 de diciembre de 1994. La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa no podría desempeñar bien su papel indispensable de perro guardián y su aptitud para suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. A la vista de la importancia que reviste la protección de las fuentes informativas para la libertad de prensa en una sociedad democrática y del efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad puede provocar una orden de divulgación, tal medida no puede conciliarse con el artículo 10 del Convenio salvo que se justifique por un imperativo preponderante de interés público.<sup>283</sup>

<sup>282</sup> El periodista había dicho que si bien el derecho local establecía la protección de las fuentes, la excepción del derecho doméstico permitía exigir la divulgación en interés de la justicia, excepción esta última que no era suficientemente precisa, y sí era suficientemente amplia como para permitirle al periodista predecir qué comportamiento tomarán los jueces en cada caso. El TEDH entendió que la ley local no tenía la amplitud que invocaba el periodista, y que la jurisprudencia era una protección suficiente contra la arbitrariedad de las autoridades.

<sup>283</sup> STEDH, Goodwin, párrafo 39.

Sobre el criterio de escrutinio para analizar la necesidad de la restricción y haciendo alusión al interés preponderante que tiene la libertad de prensa, el TEDH dijo que

...la necesidad de cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser establecida de manera convincente... pero el poder de apreciación nacional choca con el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa. Asimismo, conviene acordar un gran peso a este interés cuando se trata de determinar como lo exige el artículo 10.2 si la restricción era proporcionada al fin legítimo perseguido. En suma, las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requirieron por parte del Tribunal un examen sumamente escrupuloso.<sup>284</sup>

Y estimó que “las razones invocadas por la autoridad nacional no fueron ni relevantes ni suficientes”.<sup>285</sup>

Una empresa comercial tiene una razón legítima para desenmascarar a un empleado desleal, pero ella no es suficiente para configurar esa necesidad social apremiante ni sobrepasar el interés público en la protección de la fuente periodística. No existe una razonable relación de proporcionalidad entre el fin legítimo perseguido con la medida y el medio elegido para alcanzarlo, porque la restricción que la orden irroga en el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser considerada como necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos de la empresa comercial. Al respecto, el TEDH sostuvo que

...para establecer la necesidad de la divulgación (de una fuente) no basta en sí mismo con que una parte deseosa de obtenerla se limite a mostrar que, de no existir tal medida, ella no podrá ejercer el derecho protegido por la ley, ni evitar el perjuicio que la amenaza como consecuencia de la violación de la ley. La Corte recuerda que las consideraciones que las instituciones de la Convención deben tener en cuenta para ejercer su control en el marco del artículo 10.2 hacen inclinar la balanza de los intereses a favor de la defensa de la libertad de prensa en una sociedad democrática. En el caso, la Corte no estima que los intereses de Tetra... sean suficientes ni siquiera acumulados para prevalecer sobre el interés público capital, constituido por la protección de la fuente del periodista.<sup>286</sup>

<sup>284</sup> STEDH, Goodwin, párrafo 40.

<sup>285</sup> *Idem*.

<sup>286</sup> *Ibidem*, párrafo 45.

Sin embargo, en este caso hay que tener en cuenta un punto que relativiza la importancia de la doctrina del TEDH en cuanto a su trascendencia para el sistema interamericano de derechos humanos: la CEDH no prohíbe la censura previa, y el TEDH basó su decisión en que la justicia inglesa había dictado una orden judicial de no publicar la información que perjudicaba a Tetra, orden que se venía cumpliendo. El TEDH concluyó que la orden de revelar la fuente y la multa no eran necesarias, porque, teniendo en cuenta todo el caso, había previamente entendido que “la amenaza de perjuicio comercial que pendía sobre Tetra habría sido por ende en gran parte neutralizado gracias a la interdicción (de publicar), por lo que la restricción suplementaria que entrañaba sobre la libertad de prensa no se encontraba plenamente justificada por motivos suficientes”.<sup>287</sup>

Este aspecto lo pone especialmente de relieve el juez De Meyer en su voto concurrente, en el cual sostiene que si bien concluye con la mayoría que “la orden de requerirle al demandante revelar su fuente y la multa impuesta por rehusarse a hacerlo violan su derecho a la libertad de expresión”,<sup>288</sup> inmediatamente a continuación “observa que también lo hace (violar la libertad de expresión) la previa medida de prohibición impuesta a la publicación de la información, porque es una inaceptable forma de censura previa”.<sup>289</sup>

Por eso, no es seguro que el TEDH hubiera llegado a una sentencia protectoria de la fuente de información si la información perjudicial para la empresa sí hubiera sido difundida. Además, no se aceptó que la garantía tenga un carácter absoluto, y se aplicó el test de balanceo. Así, la solución consagra una zona gris, intermedia, donde en función de los valores subjetivos del magistrado judicial que le toca intervenir se decidirá, en cada caso, si corresponde o no tutelar el secreto periodístico. La solución puede parecer razonable, pero trae aparejada una peligrosa inseguridad jurídica<sup>290</sup> para la prensa.

<sup>287</sup> STEDH, Goodwin.

<sup>288</sup> STEDH, Goodwin, párrafo 1 del voto concurrente del juez De Meyer.

<sup>289</sup> STEDH, Goodwin, párrafo 1 del voto concurrente del juez De Meyer. El magistrado también recuerda su disidencia en ese aspecto en la STEDH *Observer and Guardian v Reino Unido*, del 26 de noviembre de 1991.

<sup>290</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abledo-Perrot, 2002, p. 359.

## 2. *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*<sup>291</sup>

En el caso *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*, el TEDH consideró el asunto del secreto de las fuentes sólo tangencialmente, y consideró “legítima la preocupación de los periodistas de no arriesgar a comprometer sus fuentes de información, depositando ellos mismos los documentos de que se trata”.<sup>292</sup>

El caso se había originado en una serie de cinco notas publicada por los periodistas *De Haes y Gijssels* en el semanario belga *Humo*, en la que criticaron a varios jueces del Tribunal de Amberes por no haber sido imparciales en un juicio de divorcio en el que entregaron la guarda de unos niños a un padre cuya ex mujer había imputado de cometer incesto. Los artículos sostenían que los jueces y el padre de los niños pertenecían al mismo ambiente social y tenían amigos en común. Demandados por los jueces, la justicia belga condenó a los periodistas a pagar a cada uno de los actores una indemnización, por daño moral, de un franco belga.

En este caso, los periodistas no fueron citados como testigos, sino como imputados.

Durante esa causa promovida por los jueces, los periodistas pidieron a la justicia belga que requiriera a la Fiscalía de Amberes que remitiera a la causa las piezas del expediente donde se había sustanciado la denuncia por incesto, de las que surgían claramente pruebas, incluidos los informes de expertos, sobre la comisión del hecho. Pero la Corte de Apelaciones rechazó la solicitud y sostuvo que el hecho de que los periodistas no aportaran ellos mismos esa documentación y la falta de cita de la fuente indicaba que ellos no habían contado con todos los datos necesarios al momento de elaborar sus notas, lo que demostraba su mala fe.

Los periodistas llevaron el caso al TEDH, que no resolvió la causa aplicando el artículo 10 CEDH, sino el artículo 6.1, de igualdad de armas, aceptó el argumento de los periodistas, que habían planteado que la decisión de no haber presentado ellos mismos las piezas procesales que solicitaban a la justicia apuntaba a preservar el secreto de sus fuentes de información.

En el párrafo 55, el TEDH dijo:

<sup>291</sup> STEDH, *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*, sentencia del 24 de febrero de 1997.

<sup>292</sup> STEDH, *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*, párrafo 55.

El Tribunal no comparte la opinión de la Corte de Apelaciones de Bruselas según la cual la demanda de producción de piezas demostraría la falta de seriedad con la que los señores De Haes y Gijssels habrían redactado sus artículos. Estima, en efecto, legítima la preocupación de los periodistas de no arriesgar a comprometer sus fuentes de información, depositando ellos mismos los documentos de que se trata (véase, *mutatis mutandi* la sentencia Goodwin, párr. 45). Por lo demás, dichos artículos contenían tal cantidad de detalles relativos a la suerte de los niños y a los resultados de los exámenes médicos practicados sobre ellos que no podía razonablemente suponerse, sin otra forma de examen, que sus autores no habían dispuesto, al menos, de algunas informaciones pertinentes en la materia.

El profesor Vaandhoof<sup>293</sup> considera que este fallo autoriza a proteger la fuente no sólo cuando el periodista es un testigo, sino que está imputado de difamación. Bajo la protección del artículo 6o. de la Convención, las cortes nacionales no pueden rechazar un pedido del periodista acusado de presentar evidencia alternativa distinta a la revelación de la fuente de información, si esa evidencia alternativa para probar las afirmaciones del periodista es asequible a la justicia.<sup>294</sup>

### 3. *Fressoz y Roire vs. Francia*<sup>295</sup>

Este caso también tiene una vinculación tan sólo tangencial con la fuente de la información, y el TEDH no dejó en claro si la protección de la fuente puede cubrir la información que debía permanecer reservada en virtud de un secreto establecido por el Estado o cuando dicha información fue revelada por un funcionario infiel que violó la ley.

El semanario satírico *Le Canard Enchaîné*, entonces bajo la dirección de Fressoz, a través de una serie de notas firmadas por Roire, uno de los periodistas de planta, reveló en 1989<sup>296</sup> que Jacques Calvet, presidente de la empresa automotriz Peugeot, se había concedido un aumento de su sueldo

<sup>293</sup> Vaandhoof, Dirk, *The protection of journalistic sources under fire?*, march 2005. Este trabajo del profesor de la Ghent University se halla publicado en <http://www.ifj-europe.org/docs/POS-Voorhoof2005.doc>.

<sup>294</sup> ECourtHR, 24 February 1997, De Haes and Gijssels vs. Belgium, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>295</sup> STEDH, *Fressoz y Roire vs. Francia*, sentencia del 21 de enero de 1999. El texto completo está en el apéndice A. El caso es similar al caso Bonelli, resuelto en la Argentina por la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

<sup>296</sup> STEDH, *Fressoz y Roire vs. Francia*, párrafos 9 y 10 describen los hechos.

del 45.9 por ciento, a la vez que, desde hacía dos años, venía rechazando un aumento de las remuneraciones de sus empleados. El semanario reproducía una copia de las declaraciones juradas de ingresos del Ejecutivo. Esto motivó una demanda ante la justicia correccional, no directamente vinculada por revelación del secreto de la fuente, sino supuesta receptación de informaciones cubiertas por el secreto fiscal, provenientes de una violación de secretos y receptación de fotocopias de declaraciones de impuestos hurtadas, provenientes de una violación de secretos cometida por un funcionario no identificado.

El Tribunal de Apelaciones de París condenó a los periodistas a pagar distintas multas por ese delito de receptación de documentación secreta y a pagarle al presidente de Peugeot una indemnización de un franco por daño moral y diez mil francos por costas y expensas. La Corte de Casación dejó firme la sentencia, y los periodistas llevaron el caso al TEDH, denunciando violación del artículo 10, CEDH.

El TEDH coincidió en que la condena constituía una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, que tal injerencia estaba prevista en la ley (el Código Procesal francés) y que sus fines fueron legítimos (impedir divulgación de informaciones confidenciales), pero también sostuvo que la restricción no era necesaria en una sociedad democrática.

La Corte reitera los principios fundamentales de su jurisprudencia sobre el artículo 10. 1) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, aplicable no sólo a información o ideas que son favorablemente recibidas, sino también a aquellas que ofenden y chocan. Esas son demandas de pluralismo, tolerancia y amplitud sin las cuales no hay sociedad democrática (véase el caso *Handyside*...). 2) la prensa juega un rol esencial en la sociedad democrática. Aún cuando su tarea no puede traspasar ciertos límites, en particular el respeto a la reputación y derechos de los demás y la necesidad de no revelar información confidencial, su tarea es impartir información e ideas sobre todas las materias de interés público... Además, la libertad periodística también cubre posibles recursos a cierto grado de exageración o de provocación (véase *Prager and Oberschlick vs. Austria*, del 26 de abril de 1995). Como materia de principio general, la necesidad o cualquier restricción a la libertad de expresión debe estar convincentemente establecida. Es en primer lugar a las autoridades nacionales a las que le corresponde evaluar si ayuna necesidad social imperiosa para la restricción y, en ello, gozan de cierto margen de apreciación. Pero, en lo concerniente a la prensa, el margen nacional de aprecia-

ción está circunscrito por el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre...<sup>297</sup>

Para el TEDH, la restricción no era necesaria en una sociedad democrática. Destacó que se trataba de informaciones sobre un tema de interés público actual,<sup>298</sup> en el marco de un conflicto social, que junto con el derecho de la prensa de difundir informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público se agregaba el derecho del público de recibir las; por ende, la injerencia en estos derechos sólo sería conciliable con él si se justificaba en un imperativo preponderante de interés público. El TEDH evaluó que la finalidad de la injerencia no estaba justificada, por cuanto se perseguía la protección del secreto fiscal, pero en el sistema francés ese interés no subsistía en tanto las informaciones sobre ingresos eran accesibles al público, pues cualquier persona podía consultar los salarios de los contribuyentes en la oficina local; mientras que la publicación de las declaraciones de impuestos estaba prohibida, la información de los ingresos no lo estaba. De ese modo, la protección de esas informaciones no constituía un interés preponderante.

Si, como lo admite el Gobierno, las informaciones sobre el monto de los ingresos anuales del señor Calvet eran lícitas, y su divulgación estaba autorizada, la condena de los peticionarios por haber publicado simplemente el soporte, a saber, las declaraciones de impuestos, no podría estar justificada en relación al artículo 10 este artículo, por esencia, deja a cargo de los periodistas decidir si es o no necesario reproducir el soporte de sus informaciones para dar base a su credibilidad. Este protege el derecho de los periodistas a comunicar sus cuestiones de interés general, en tanto se expresen de buena fe, sobre la base de hechos exactos y provean informaciones fiables y precisas en el marco del respeto de la ética periodista (véase las sentencias Goodwin...)<sup>299</sup>.

La sentencia sólo se vincula tangencialmente con el secreto de las fuentes de información, pero plantea una de las aristas del tema que no es objeto central de este trabajo: en el caso el TEDH admitió que los periodistas podrían ser autores del delito de receptación de información secreta, y

<sup>297</sup> STEDH, *Fressoz y Roire vs. Francia*, párrafo 45.

<sup>298</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

<sup>299</sup> *Ibidem*, párrafo 54.

aunque en el caso no los consideró responsables, porque parte de esa información no era secreta, cabría preguntarse si hubiera resuelto lo mismo si la información sobre nivel salarial también hubiera sido secreta y no de acceso público. En otras palabras, el TEDH deja la duda si el secreto de la fuente periodística puede cubrir la responsabilidad por la publicación protegida por algún secreto estatal o información de origen ilícito.

#### 4. Caso *Özgür Gündem*<sup>300</sup>

La primera decisión en la que se abordó este problema fue el caso del periódico de Estambul, *Ozgür Gündem vs. Turquía* (2000). El TEDH estimó desproporcionada la medida consistente en “requisar los archivos, la documentación y la biblioteca del periódico”.

Por orden del tribunal de Seguridad del Estado de Estambul, la policía registró los locales de la agencia prokurda de prensa *Dicle*, y después detuvo a dieciséis periodistas y empleados. Según los abogados de *Dicle*, la policía considera a los periodistas sospechosos de mantener relaciones con el Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), rebautizado como Kongra-Gel, y estaría buscando “material prohibido”, en el marco de la preparación de la Cumbre de la OTAN, que tendrá lugar en Estambul el 28 y 29 de junio. A su vez, a tres periodistas del diario prokurdo *Ülke-de Özgür Gündem*, Hüsnüye Tekin, Deniz Boyraz y Baki Gül, llegados para cubrir la operación policial en la agencia *Dicle*, se les aplicó la residencia vigilada. La policía antiterrorista registró también los locales de los medios prokurdos *Özgür Halk* y *Genc Bakis*, y detuvo a seis empleados. En el transcurso de los diferentes registros, la policía incautó numerosos documentos pertenecientes a los periodistas, así como libros y disquetes. Al final de la tarde del 8 de junio, la policía sólo dejó en libertad a Hatice Özbaris, de la agencia *Dicle*. Las restantes personas continúan detenidas.

No se consideraron como justificaciones de esa intervención ninguna de las alegadas por el gobierno turco: ni que se encontraran durante el registro de las dependencias del periódico armas, municiones, máscaras de gas, inyecciones, un recibo en nombre de una organización armada, el carnet de identidad de un soldado fallecido, etcétera, ni que no se pudiera demostrar relación alguna entre cuarenta de los ciento siete detenidos en

<sup>300</sup> STEDH, caso *Özgür Gündem vs. Turquía*, de 2000.

la sede del periódico y la propia empresa de comunicación, ni el hecho de que el director del periódico y una redactora ya hubieran sido condenados con anterioridad por colaboración con banda armada.

De todas formas, en la decisión tomada por el TEDH se alude genéricamente a una vulneración de la libertad de expresión, sin que se mencione nada en relación con el riesgo de desprotección que tales medidas suponían con relación a la identidad de posibles fuentes de informaciones.

### 5. *Caso Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*<sup>301</sup>

En este caso, la CEDH consideró que el allanamiento de los domicilios de un periodista o de su abogada, para buscar identificar a la fuente de la información, viola el derecho del periodista a conservar su fuente, implícito en el artículo 10 CEDH.

Roemen es un periodista, y Schmit, su abogada, cuyos domicilios fueron allanados por la justicia de Luxemburgo.

En 1998, Roemen, periodista de un periódico de Luxemburgo, publicó un artículo en el que daba cuenta de que un ministro del gobierno acababa de ser condenado a una multa administrativa por fraude fiscal en la liquidación del impuesto a las ganancias. Si bien la condena impuesta al ministro no estaba firme, y el procedimiento administrativo era secreto, la información era exacta. Pero el ministro demandó al diario y al periodista, en sede civil y penal. En sede civil, la pretensión fue rechazada, y se entendió que el periodista ejerció dentro de los límites del ejercicio de la libertad de prensa. Pero en sede penal se volvió a plantear el tema del caso *Fressoz y Roire vs. Francia*, pero con una circunstancia mucho más grave: el allanamiento de los domicilios del periodista.

En efecto, el fiscal imputó a Roemen del delito de receptación que habría cometido al aprovechar el fruto de la violación del secreto fiscal, cometido por autor anónimo que violó el secreto profesional que pesaba sobre él. Pero, además, a pedido del fiscal, el juez de instrucción emitió órdenes de allanamiento y registros del periódico, así como también del domicilio de Roemen y en cualquier otro domicilio donde pudiera encontrarse, así como en los vehículos que le pertenecieran o utilizara. El objetivo era conseguir documentos relacionados con el secreto fiscal, pero el

<sup>301</sup> STEDH, *Roemen and Schmit vs. Luxembourg*, sentencia del 25 de febrero de 2003.

material no fue hallado. El juez también ordenó el allanamiento de la abogada defensora del periodista, la letrada Schmit, donde se encontró una carta de fecha posterior a la nota publicada por Roemen. La carta había sido dirigida por el director de la administración fiscal al primer ministro, y tenía un sello de confidencial. Pero el periodista dijo que la carta le había sido remitida anónimamente al periodista, y éste se la dio a su abogada Schmit.

Roemen planteó ante el TEDH que se había violado su derecho a guardar la fuente, que a su criterio derivaba del artículo 10, CEDH.

El TEDH, en forma aún más categórica que en el considerando 45 del caso Goodwin y, por supuesto, mucho más que en el considerando 39 del caso Fressoz y Roire, en el considerando 46 del caso Roemen y Schmit, dice:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías a acordar a la prensa revisten una importancia particular. La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría encontrarse en inferiores condiciones de desempeñar su rol indispensable de perro guardián y su aptitud para suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. Dada la importancia que la protección de las fuentes periodísticas reviste para la libertad de prensa en una sociedad democrática, semejante medida no podría conciliarse con el artículo 10 de la Convención, a menos que la misma se justifique por un imperativo preponderante de interés público. Las limitaciones impuestas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas exigen por parte de la Corte un examen muy escrupuloso. La Corte no tiene por tarea, cuando ejerce su control substituirse a las jurisdicciones internas, sino verificar, desde el ángulo del artículo 10, decisiones que éstas han tomado en virtud de su poder de apreciación. Por ello, la Corte debe considerar la injerencia litigiosa a la luz de la totalidad del caso, para determinar si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla resultan pertinentes y suficientes.<sup>302</sup>

Aquí, nuevamente el TEDH sostiene que la medida restrictiva se debe someter a un examen sumamente escrupuloso, sólo justificable por un imperativo preponderante de interés público.

<sup>302</sup> *Ibidem*, párrafo 46.

El TEDH consideró que el allanamiento en los domicilios de Roemen constituyó una injerencia en los derechos del artículo 10 CEDH, caracterizada por la finalidad de identificar al autor de una violación de secretos y, por ende, a la fuente periodística. Así, sostuvo:

En el presente caso, la Corte estima que los allanamientos en el domicilio y en los locales profesiones del peticionario deben analizarse indiscutiblemente como una injerencia de sus derechos garantizados por el párrafo 1 del artículo 10. En efecto, esas medidas estaban dirigidas a determinar qué funcionarios de la administración fiscal estaban implicados en el tratamiento del expediente relativo a la condena del ministro a la multa fiscal. A este respecto, la Corte es de la opinión que la ausencia de resultado en los allanamientos no priva a estos últimos de su objeto, a saber, encontrar al autor de una violación del secreto profesional y por lo tanto, de la fuente del periodista (*Goodwin vs. Reino Unido*, antes citado, párrafos 39 y 40).<sup>303</sup>

A continuación examinó si esa injerencia estaba prevista en la ley, si su fin era legítimo y si la medida de injerencia era justificable por un interés público preponderante, a la luz de un examen sumamente escrupuloso.

Del fallo surge que la injerencia estaba efectivamente prevista en el código procesal,<sup>304</sup> y que el fin era legítimo, pues apuntaba a la “defensa del orden y prevención de los delitos”.<sup>305</sup>

La cuestión preponderante es la de saber si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tal fin. Corresponde pues determinar si la injerencia correspondía a una necesidad social imperiosa, si era proporcionada a un fin legítimo perseguido y si los motivos provistos por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes.<sup>306</sup>

Luego, la Corte determina que los allanamientos se vincularon específicamente con la actividad del periodista como tal, es decir, en ejercicio de su profesión, por lo cual cualquier medida de injerencia debe ser evaluada frente al artículo 10, CEDH y al derecho a proteger la fuente:

<sup>303</sup> *Ibidem*, párrafo 47.

<sup>304</sup> *Ibidem*, párrafo 49.

<sup>305</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

<sup>306</sup> *Ibidem*, párrafo 51.

La Corte advierte, de entrada, que en la especie los allanamientos litigiosos no fueron ejecutados para la investigación de una infracción que el peticionario habría cometido fuera de sus funciones de periodista. Por el contrario, ellos tenían por fin la investigación de los autores potenciales de una violación del secreto profesional y de la eventual ilegalidad subsecuente cometida por el peticionario en ejercicio de sus funciones. Las medidas caen de este modo, sin lugar a dudas, en el dominio de la protección de las fuentes periodísticas.<sup>307</sup>

La CEDH también evaluó si el asunto era de interés general:

La Corte toma nota de que en su artículo periodístico el peticionario publicó un hecho establecido, relativo a una sanción fiscal dictada contra un ministro por una decisión del director de administración fiscal. No tiene dudas de que, de este modo, aquél ha discutido un tema de interés general y una injerencia no sería conciliable con el artículo 10 de la Convención a menos que se justifique por un imperativo preponderante de interés público (Fressoz y Roire, *vs.* Francia).<sup>308</sup>

La CEDH también tuvo en cuenta que el allanamiento fue una medida que se tomó sin haber dispuesto previamente otras medidas alternativas, es decir, sin sujeción a un criterio de subsidiaridad, aunque deja abierta la puerta para que el gobierno, en otro caso, pueda demostrar que esa medida de injerencia era la única disponible:

...los allanamientos contra el peticionario (Roemen) se practicaron poco tiempo después de este requerimiento (fiscal); por el contrario, sólo ulteriormente fueron ejecutadas medidas de instrucción respecto de los funcionarios de la administración fiscal.<sup>309</sup>

La Corte adhiere a la afirmación del peticionario, no contradicha por otra parte por el Gobierno, según la cual otras medidas distintas de los allanamientos contra el peticionario (por ejemplo, interrogatorios a los funcionarios de la administración fiscal) habrían podido permitir al juez instructor investigar a los eventuales autores de las infracciones indicadas en el requerimiento del ministerio público. No obstante es forzoso constatar que el Gobierno omite demostrar que, a falta de allanamiento en los locales del

<sup>307</sup> *Ibidem*, párrafo 52.

<sup>308</sup> *Ibidem*, párrafo 54.

<sup>309</sup> *Ibidem*, párrafo 55.

primer peticionario, las autoridades nacionales no habrían estado en condiciones de investigar primero la existencia de una eventual violación de secreto profesional y luego, la de una eventual receptación del resultado de tal violación.<sup>310</sup>

Y tiene en cuenta la gravedad de la medida:

Según la opinión de la Corte, el presente caso se distingue en un punto fundamental del caso Goodwin. En este último, una orden de divulgación intimó al periodista a revelar la identidad de su informante, mientras que en la especie se realizaron allanamientos en el domicilio y en el lugar de trabajo del primer peticionario (el periodista). La Corte juzga que los allanamientos que tenían por objeto describir la fuente del periodista —aún cuando no arrojasen ningún resultado— constituyen un acto más grave que una intimación de divulgación de la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, provistos de una orden de allanamiento, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo, tienen poderes de investigación muy amplios, dado que tienen, por definición, acceso a toda la documentación poseída por el periodista. La Corte no puede sino recordar que las limitaciones establecidas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas exigen por parte de la Corte un examen muy escrupuloso (ver fallo Goodwin, párrafo 40), estima de este modo que los allanamientos practicados respecto del primer peticionario tenían un efecto de mayores consecuencias sobre la protección de las fuentes que en el caso Goodwin.<sup>311</sup>

En vista de todo lo que precede, la Corte arriba a la conclusión de que el gobierno no demostró que el balance de los intereses aquí presentes, la protección de las fuentes por un lado, y la prevención y represión de las infracciones, por el otro lado, haya sido preservado. A este respecto, la Corte recuerda que

...las consideraciones que las instituciones de la Convención deben tener en cuenta para ejercer su control en el ámbito del párrafo 2 del artículo 10, hacen inclinar el balance de los intereses a favor del de la defensa de la libertad de prensa en una sociedad democrático (ver fallo Goodwin, párrafo 45).<sup>312</sup>

<sup>310</sup> *Ibidem*, párrafo 56.

<sup>311</sup> *Ibidem*, párrafo 57.

<sup>312</sup> *Ibidem*, párrafo 58.

La Corte considera así que los motivos invocados por las jurisdicciones nacionales pueden por cierto ser considerados pertinentes, pero no suficientes para justificar los allanamientos en los locales del peticionario,<sup>313</sup> y concluye que las medidas litigiosas deben ser consideradas desproporcionadas y que han violado el derecho del primer peticionario a la libertad de expresión reconocido por el artículo 10 CEDH.<sup>314</sup>

La CEDH también evaluó como injustificado el allanamiento realizado en el estudio jurídico, domicilio de Schmit, abogada de Roemen, que en el caso se la identifica como segunda peticionaria, y tiene especialmente en cuenta su impacto sobre el artículo 10 CEDH.

A continuación y sobre todo, la Corte estima que el fin del allanamiento conducía finalmente a develar la fuente del periodista, por intermedio de su abogada. De este modo, el allanamiento en el estudio jurídico de la segunda peticionaria ha repercutido en los derechos garantizados al primer peticionario por el artículo 10 de la Convención. La Corte juzga además que la requisita en el estudio jurídico de la peticionaria fue desproporcionada en relación con el fin perseguido, teniendo especialmente en cuenta la celeridad con la cual ésta se efectuó.<sup>315</sup>

## 6. *El caso Ernst y otros vs. Bélgica*<sup>316</sup>

El mismo criterio jurisprudencial sobre allanamientos, como medida para descubrir la fuente de la información, fue mantenido por la CEDH en el caso *Ernst and Others vs. Belgium*. El TEDH constató que se violó el artículo 10 CEDH.

El caso tiene un resultado positivo, pero tiene otro punto que es oscuro. El primero es el que acabamos de ver: la CEDH protege las fuentes de información periodísticas bajo el paraguas del artículo 10 CEDH. El punto oscuro, en cambio, es que aun cuando los periodistas no fueron investigados por la justicia belga por receptación de información secreta, la CEDH, en un obiter, sostuvo que los periodistas que redactan artículos sobre procesos en trámite deben velar por no traspasar los límites fijados a los fines

<sup>313</sup> *Ibidem*, párrafo 59.

<sup>314</sup> *Ibidem*, párrafo 60.

<sup>315</sup> STEDH, Roemen y Schmit, párrafo 71.

<sup>316</sup> STEDH, Ernst y otros vs. Bélgica, del 15 de julio de 2003.

de la buena administración de justicia,<sup>317</sup> y no descartó que pudieran ser objeto de investigación por receptación del fruto de la violación de secretos cometida por un funcionario con obligación de guardarlo.<sup>318</sup>

Los hechos habían sido los siguientes: los actores eran cuatro belgas: Martine Ernst, un periodista de Radio Télévision de la Communauté Française de Belgique (R.T.B.F.); Alain Guillaume y René Haquin, periodistas del diario *Le Soir*, y Philippe Brewaeys, periodista del semanario *Le Soir Illustré*.

En junio de 1995, una comitiva policial, actuando bajo instrucciones del juez designado por el Tribunal de Apelaciones de Bruselas, para investigar filtraciones a la prensa sobre casos penales sensibles (el caso del asesinato de André Cools, ministro de Estado y ex titular del Partido Socialista, que fue muerto en LiPge, en 1991) llevó a cabo allanamientos en las oficinas de esos medios y en los domicilios particulares de los periodistas. Participaron 160 policías y se secuestraron documentos. Los periodistas no fueron perseguidos criminalmente, aunque debieron soportar los allanamientos. Quienes sí fueron perseguidos criminalmente fueron los miembros del ministerio público de la LiPge Court of Appeal, por ruptura de confidencialidad.

Los actores alegaron que los allanamientos violaban el artículo 10 CEDH y que, además, no estaban alcanzados por la obligación de guardar el secreto de la instrucción, que sí pesa sobre los magistrados.

La CEDH recordó sus criterios sobre la libertad de prensa en una sociedad democrática expuestos en los casos anteriores (Goodwin, Roemen), y concluyó que los allanamientos constituyeron una interferencia al derecho de los actores a la libertad de expresión.

La interferencia estaba prescrita en el código procesal, y tendía a un fin legítimo, pues tendía a garantizar la buena marcha de una investigación penal y a proteger la autoridad y la imparcialidad de la justicia.<sup>319</sup> Pero la Corte entendió que buscaba que no se publicara información recibida por los periodistas en confidencialidad, para proteger la reputación de terceros y para mantener la autoridad del tribunal.

La Corte, sin embargo, señaló que el gobierno belga no estableció en qué manera los actores estuvieron involucrados en los hechos o qué me-

<sup>317</sup> Ernst and Others vs. Belgium, párrafo 100.

<sup>318</sup> *Ibidem*, párrafo 102.

<sup>319</sup> *Ibidem*, párrafo 98.

didadas habían sido dispuestas directamente contra los miembros del servicio legal estatal sospechado de haber filtrado la información. Reiteró que los allanamientos que tenían por fin descubrir las fuentes de información de los periodistas constituyen un acto más grave que una intimación a revelar la identidad de la fuente,<sup>320</sup> y cuestionó que el gobierno no demostró que sin los allanamientos a gran escala a los domicilios de los medios y de los periodistas las autoridades habrían sido incapaces de establecer qué funcionarios estuvieron involucrados en la violación del secreto profesional con filtraciones de información al periodismo.

Por otra parte, la Corte reiteró que las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren de un cuidadoso escrutinio por la Corte. Por lo tanto, por más que las razones alegadas por las autoridades belgas (se refiere a la orden del tribunal que dispuso las medidas) fueran relevantes, esas razones no eran suficientes para justificar los allanamientos a gran escala y el gobierno no demostró un balance equitativo entre los intereses en conflicto.

Sobre esto dijo: “Las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta por las instituciones de la Convención para ejercer su control en el terreno del párrafo 2 del artículo 10 de la Convención hacen inclinar la balanza de los intereses en juego a favor del de la defensa de la libertad de prensa en una sociedad democrática”.<sup>321</sup>

Nuevamente, aunque reconoce el margen de apreciación nacional, el tribunal europeo se inclinó por reafirmar que el margen se restringía por el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa, lo que conducía a acordar un gran peso a este interés al momento del examen de la proporcionalidad de las restricciones.<sup>322</sup>

### 7. *El caso Craxi II vs. Italia (2003)*

El TEDH reconoció que si con la filtración de esos datos secretos se lesiona el derecho a la vida privada de un sujeto, el Estado tiene, al menos, la obligación positiva de iniciar una investigación para determinar las posibles responsabilidades de los filtradores. Aunque, como señaló el juez Zagrebelsky en su opinión disidente a esta sentencia, ello puede re-

<sup>320</sup> *Ibidem*, párrafo 67.

<sup>321</sup> *Ibidem*, párrafo 104.

<sup>322</sup> STEDH, *Ernst and Others vs. Belgium*, párrafo 93.

sultar imposible jurídicamente si, además, ha de protegerse el derecho de los periodistas al secreto profesional.

#### 8. *Caso Tillack vs. Bélgica*<sup>323</sup>

En este caso se analizó que un periodista del semanario alemán *Stern* había pagado una suma elevada de dinero a un funcionario europeo, que le suministró información confidencial bajo reserva de la fuente. El tribunal, incluso en esas circunstancias, dio protección al secreto periodístico. Es interesante señalar el párrafo 65 de la sentencia, que muestra la alta consideración que tiene el TEDH para el secreto periodístico, aun cuando las fuentes pudieran ser consideradas ilícitas: “La Corte sostiene que el derecho de los periodistas a mantener en reserva sus fuentes no será considerado un simple privilegio que le será acordado o retirado en función de la licitud o ilicitud de sus fuentes, sino un verdadero atributo del derecho a la información, a tratar con la más grande circunspección”.

### VII. PROTECCIÓN DE OTROS ÓRGANOS EUROPEOS

El secreto periodístico también recibió reconocimiento y protección por otros órganos de la Unión Europea.

En efecto, a lo largo de los quince años<sup>324</sup> se dictaron varias resoluciones al respecto.

#### 1. *Consejo de Europa. Recomendación R 1003 (1993), 44a. sesión ordinaria*

En la resolución 1003, la Asamblea del Consejo de Europa sancionó una serie de principios del periodismo que estima que deben ser aplicados de forma armónica en todos los Estados miembros.<sup>325</sup> Si bien son principios éticos, cuando se refiere al secreto periodístico, se hace una consideración legal, pues en su párrafo 14 dice:

<sup>323</sup> STEDH, *Tillack vs. Belgique*, 27 de noviembre de 2007.

<sup>324</sup> <http://www.ifj-europe.org/default.asp?index=1787&Language=EN>.

<sup>325</sup> CastellB, Joan C., *La cláusula de conciencia periodística*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 136.

En función de dichas exigencias, hay que reforzar las garantías de libertad de expresión de los periodistas, que son los transmisores de la información. Por tanto, hay que definir la naturaleza jurídica de la cláusula de conciencia y del secreto profesional, armonizando las disposiciones nacionales a fin de poderlas aplicar en el marco más amplio del espacio democrático europeo.

2. *Conferencia ministerial sobre política de medios de comunicación. Resolución número 2 (Praga, 1994)*

Para esta resolución, el secreto de las fuentes periodísticas es un requisito previo para la libertad de expresión y de información “para permitirle a los periodistas contribuir en el mantenimiento y desarrollo de una genuina democracia”.<sup>326</sup>

3. *Consejo de Europa. Recomendación R (2000) 7 del Comité de Ministros de Europa*<sup>327</sup>

El nombre exacto es Recomendación (2000) 7 del Comité de Ministros de Europa a los Estados miembros sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes. Allí estableció siete principios dirigidos a asegurar el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, y recomendó a los Estados la adopción de medidas en su orden jurídico interno y en las prácticas domésticas.

El Consejo de Europa, desde hace bastantes años, ya venía prestando una especial atención al tema del secreto profesional en el marco de la problemática jurídica de los medios de comunicación de masas. Incluso se había llegado ya a dar una definición conceptual de la institución en el documento B (73), del 18 de octubre de 1973. Pero fue debido al impacto que tuvo la sentencia del TEDH en el caso Goodwin, en 1996, acerca de que la protección de la fuente es una libertad garantizada por el Convenio, que el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó, en el 2000, una recomendación más concreta y elaborada sobre la cues-

<sup>326</sup> Resolución núm. 2, Libertad periodística y derechos humanos, 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy, The Media in a Democratic Society, Prague, 7-8 de diciembre de 1994, DH-MM (2000) 4, pp. 39-42.

<sup>327</sup> Aprobada el 8 de marzo en la 701st reunión de Ministros.

ción destinada a los gobiernos de los Estados miembros de este órgano internacional. Estos principios deben ser considerados las normas mínimas necesarias para el respeto de este derecho, aunque, en tanto cada país no proceda a su incorporación al derecho interno, los mismos carecen de fuerza jurídica vinculante, si bien no ha de desdeñarse su importante valor interpretativo.

En los fundamentos de la recomendación se invoca el “derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 de la Convención”; el hecho de que “la libertad de expresión y de información constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y el desarrollo de cada individuo, como fue expresado en la Declaración de Libertad de Expresión y de información de 1982”; teniendo en cuenta “la necesidad para las sociedades democráticas de asegurar adecuados medios para promover el desarrollo de una prensa libre, independiente y pluralista”, que “es el prerequisite fundamental del derecho del público a ser informado sobre asuntos de interés público”; “convencidos de que la protección de las fuentes de información periodística constituye una condición básica para el trabajo periodístico y la libertad así como para la libertad de los medios”; “teniendo en cuenta que muchos periodistas expresaron en códigos profesionales de conducta su obligación a no revelar sus fuentes de información confidencial” y que ese derecho “ya ha sido reconocido por la legislación de algunos estados miembros”.

En función de esos fundamentos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Implementar en su derecho doméstico y en prácticas los principios de esta recomendación.
2. Difundir ampliamente esta recomendación y sus principios.
3. Llamar en particular la atención de las autoridades públicas, policiales y judiciales, así como hacerlo accesible a periodistas, los medios y organizaciones profesionales.

Asimismo, estableció algunas definiciones para el propósito de delimitar el ámbito de aplicación de la Recomendación:

1. “Periodista”, es cualquier persona física o jurídica que regular o profesionalmente está vinculada con la recolección o difusión de información al público por cualquier medio de comunicación.

2. Información es cualquier afirmación o hecho, opinión o idea en forma de texto, sonido y/imagen.
3. “Fuente”, es cualquier persona que provea información a un periodista.
4. “Información identificadora de una fuente” significa información que pueda conducir a su identificación, su nombre y datos personales, su voz, su imagen, las circunstancias de adquisición de la información por la fuente, el contenido de la información provista por la fuente al periodista y que no fue publicada y los datos personales del periodista y sus empleados vinculados con el trabajo profesional.

Los siete principios de la Recomendación tienden a asegurar el derecho de los periodistas a no revelar la fuente de información:

#### Principio 1:

Derecho del periodista a no revelar la fuente: la ley interna y la práctica de cada Estado debe proveer explícita y clara protección al derecho del periodista a no revelar información que pueda conducir a identificar la fuente en concordancia con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y los principios allí establecidos, que deben ser considerados estándares mínimos para el respeto de este derecho.

#### Principio 2:

Derecho de otras personas a no revelar la fuente: Otras personas que, por su relación profesional con periodistas, adquieran conocimiento de información que pueda conducir a identificar la fuente, sea que estén vinculadas con el proceso de recolección, editorial, o de difusión de la información, igualmente deberán estar protegidas bajo los principios señalados.

#### Principio 3:

Límites al derecho a no revelar la fuente: a) el derecho a no revelar información identificando la fuente no debe estar sometido a otras restricciones que no sean las que surgen del artículo 10, párrafo 2, de la Convención. En la determinación acerca de si un interés legítimo en la revelación cae en la órbita del párrafo 2 del artículo 10 de la Convención sobrepasando el

interés público en no revelar información identificatoria de la fuente, las autoridades competentes de cada estado deberán prestar particular consideración a la importancia del derecho a no revelar la fuente y a la preeminencia dada al mismo en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y sólo podrán ordenar la revelación si, bajo el párrafo b, existe un preponderante imperativo de interés público y las circunstancias son de una naturaleza suficientemente vital y seria; b) la revelación de la información reveladora de la fuente no debería considerarse necesaria excepto que se establezca convincentemente que: *i.* no existen medidas alternativas razonables —distintas a la de revelar la fuente— o que ellas han sido agotadas por las personas o autoridades públicas que buscan la revelación de la información y *ii.* Que el interés público en la revelación claramente sobrepase el interés público en la no revelación, teniendo en mente —para probar la necesidad de la revelación— que: se pruebe un imperativo preponderante de la necesidad de la revelación; las circunstancias son de una naturaleza suficientemente vital y seria, la necesidad de la revelación responda a una necesidad social apremiante y el margen de apreciación de que disponen los estados miembros en apreciar esa necesidad quede bajo la supervisión de la Corte Europea de Derechos Humanos; c) los requerimientos arriba expuestos deben respetarse en cualquier etapa del procedimiento en el que se invoque el derecho a no revelar la fuente.

A los efectos de este principio, señala el profesor Vaandhoof que para evaluar si el legítimo interés en la revelación de la información pesa más que el interés público en no revelar la fuente, hay que tener en cuenta un interés preponderante en la revelación; que las circunstancias sean suficientemente vitales y de naturaleza seria, la necesidad de la revelación responda a una necesidad social imperiosa y que los Estados miembros se muevan dentro de cierto margen de apreciación en la determinación de su necesidad, margen que queda bajo supervisión de la Corte Europea.

#### Principio 4:

Evidencia alternativa a las fuentes periodísticas: en procedimientos legales contra periodistas fundados en una alegada violación al honor o reputación de una persona, las autoridades competentes, a fin de establecer la verdad de esas alegaciones —hechas por el periodista— deberán examinar toda prueba que tengan a su disposición de acuerdo con el derecho procesal nacional y no podrán requerir a ese efecto al periodista, a este fin, la divulgación de la información que identifica a la fuente.

Esto merece una consideración especial. En todo procedimiento legal contra un periodista con ocasión de un pretendido ataque al honor o a la reputación de una persona, las autoridades competentes deberían, para determinar la veracidad de lo publicado, examinar toda prueba a su disposición en aplicación de la legislación procesal interna, y no debería poder requerir, a estos fines, la divulgación por un periodista de las informaciones que identificasen la fuente.

#### Principio 5:

Condiciones relativas a la revelación: La legitimación activa para iniciar cualquier acción por las autoridades tendiente a la búsqueda de información confidencial reveladora de la fuente sólo puede ser presentada por personas o autoridades públicas que tengan interés directo legítimo en la revelación; el periodista deberá ser informado por las autoridades competentes de su derecho a no revelar información identificatoria de la fuente así como de los límites de su derecho antes de que se le pida la revelación de la información; sanciones contra un periodista por no revelar información identificatoria de la fuente solo pueden ser impuestas por autoridades judiciales mediante un procedimiento judicial que garantice una audiencia de defensa para el periodista, de acuerdo con el artículo 60. de la Convención; los periodistas deberán tener el derecho a que otra autoridad judicial revise las sanciones que se le impongan por no revelar la información identificatoria de la fuente; cuando los periodistas respondan a requerimiento u orden de revelar la información identificatoria de la fuente, las autoridades competentes deberán considerar la aplicación de medidas para limitar que se difunda esa información, por ejemplo excluyendo al público de la revelación con debido respeto al artículo 60. de la Convención, cuando sea relevante, y respetando ellos mismos la confidencialidad de los datos revelados.

#### Principio 6:

Intercepción de comunicaciones, vigilancia, requisas judiciales y secuestros: a) las siguientes medidas no deberán ser aplicadas si el propósito es circunvalar el derecho de los periodistas, bajo los términos de estos principios, a no revelar la información identificatoria de la fuente: *i.* intercepción, órdenes o acciones concernientes a comunicaciones o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores; *ii.* vigilancia, órdenes o acciones concernientes a periodistas, sus contactos o empleadores o *iii.* ór-

denes de requisas o secuestro o acciones concernientes a aspectos públicos o privados, sus pertenencias o correspondencia de los periodistas o de sus empleadores o datos relativos a su trabajo profesional; b) cuando la información identificatoria de la fuente ha sido adecuadamente obtenida por la policía o autoridades judiciales por cualquiera de las acciones anteriores, deberán tomarse medidas para prevenir el subsecuente uso de esa información como evidencia ante las cortes, salvo que la revelación puede ser justificada bajo el principio 3 —es decir, se puede usar la información hallada casualmente, pero si se respeta el principio 3—.

Las anteriores son medidas complementarias de protección de las fuentes.

#### Principio 7:

Protección contra la autoincriminación: Los principios establecidos anteriormente en ninguna forma podrán limitar las leyes nacionales que protejan contra la autoincriminación en procedimientos criminales, y los periodistas —aún cuando fuese procedente una orden de divulgación— deberán, tanto como las leyes lo permitan, gozar de dicha protección en consideración con la revelación de la fuente de información.

#### 4. *Recomendación 1589 (2003) 113 Libertad de expresión en Europa*

Pero en la prensa europea, la situación de la prensa no siempre es fácil. Por eso, el Parlamento Europeo, en el debate del 28 de enero de 2003, decidió “recordar” su recomendación 1506 (2001) sobre libertad de expresión e información en los medios de comunicación de Europa, para ejercer presión política y moral sobre los gobiernos que violan la libertad de expresión, y recomendó al Consejo de Europa continuar monitoreando de cerca el estado de la libertad de prensa.

La Asamblea señala que muchos problemas persisten, con serias violaciones a esa libertad; violencia para intimidar a periodistas de investigación (por ejemplo, en Rusia); encarcelamiento (Bielorrusia, Rusia, Turquía), demandas por difamación; acoso legal con demandas y multas altamente desproporcionadas; censura (Ucrania); problemas que también se plantean cuando se usa la guerra contra el terrorismo como excusa para fundamentar restricciones (Rusia), y muchas restricciones en países de Europa occidental.

En medio de una larga enumeración de violaciones, la Asamblea señala que en ciertos países de Europa occidental las cortes continúan violando el derecho del periodista a proteger sus fuentes de información a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>328</sup>

Asimismo, el organismo también solicitó al Comité de Ministros que urja a los Estados miembros a:

...ii. Liberar a todos los periodistas encarcelados por su trabajo legítimo y abolir la legislación que somete a la libertad de expresión periodística en objeto de persecución penal... vii. Incorporar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el campo de la libertad de expresión en la legislación doméstica de cada país y asegurar el entrenamiento apropiado de los jueces... ix. Abstenerse de adoptar restricciones innecesarias a la libertad de información bajo la forma de lucha contra el terrorismo, respetando el artículo 10 de la Convención.

#### VIII. LAS FUENTES Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), encargado de la persecución de los responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en ese conflicto de los Balcanes, llamó a reporteros de guerra para testificar a favor o en contra de los inculpados, y en 2002 también fue motivo para que se volviera a considerar la importancia del secreto periodístico.

El asunto Jonathan Randal tuvo lugar en 2002. En uno de los asuntos que se desarrollan en el seno del TPIY (Fiscalía *vs.* Radoslav Brdjanin y Momit Talic), la sala de primera instancia llamó a declarar al periodista Jonathan Randal, con la finalidad de que ratificara la veracidad de una entrevista que en su momento realizó al primero de los encausados citados, el cual negaba la exactitud de las afirmaciones que el periodista puso en su boca (por ejemplo, el encausado hablaba en la entrevista de fomentar en Banja Luka “los exilios voluntarios para crear un espacio limpio”). Ello resultaba bastante trascendente en el desarrollo del proceso, dado que si las afirmaciones manifestadas ante el periodista resultaran veraces, la acusación formulada de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, encontrarían una fundada base probatoria. Si bien muchos perio-

<sup>328</sup> Recomendación, punto 10.

distas británicos o albanokosovares no habían puesto ninguna objeción para acudir a declarar ante el TPIY, Randal, con el respaldo de numerosos medios de comunicación y prestigiosas asociaciones de periodistas, se negó a acudir. Argumentó que ello vulneraría su credibilidad, pondría en peligro el trabajo de otros corresponsales de guerra y chocaría con la debida protección que merecen sus fuentes de información.

Para ello recurrió ante la Sala de Apelación del propio tribunal, la orden de comparecencia. La Sala de Apelaciones del TPIY anuló dicha orden por entenderla insuficientemente justificada. A su juicio, para que ello fuera jurídicamente posible se tendrían que cumplir dos condiciones. Primera, demostrar que el testimonio solicitado presenta un interés directo y de una particular importancia para una cuestión fundamental del asunto concreto. Segunda, probar que este testimonio no puede razonablemente ser obtenido a través de otra fuente. Nada impediría a la sala de instancia del TPIY volver a llamar a declarar al periodista si ambas condiciones se cumplieran. Aunque para algunos esto resulta sumamente difícil, pues la segunda condición exigiría aportar la prueba de algo negativo, lo que es casi imposible demostrar en la práctica.