

ESTUDIO SOBRE EL CIERRE DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Prof. Dr. John A.E. Vervaele

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Utrecht. Holanda

I. El cierre de medios de comunicación en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

- A. El cierre de medios de comunicación y libertad de expresión (art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos).
1. La libertad de expresión no es cualquier derecho humano en la CEDH. Es un derecho humano al servicio de otras libertades y otros derechos humanos en una sociedad democrática. Gracias a la libertad de expresión el público es informado sobre la *res publica*. La relaciones entre libertad de expresión, pluralismo y reglas básicas en una sociedad democrática fueron explicadas de manera exhaustiva por la Corte CEDH en la decisión *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* y en la decisión *Refay Partisi and Others (Welfare Party) v. Turkey*: “*The protection of opinions and the freedom to express them within the meaning of Article 10 of the Convention is one of the objectives of the freedoms of assembly and association enshrined in Article 11. That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy*”¹¹⁴.
 2. La libertad de expresión no es un derecho absoluto, al ser un derecho humano que puede ser restringido. En otras palabras, el derecho a la libertad puede ser objeto de restricciones para proteger otros derechos humanos u otras necesidades de la sociedad, como por ejemplo el orden público.
 3. Sin embargo, cuando se trata de los medios de comunicación, la Corte subraya siempre “*the essential function the press fulfils in a democratic society*.”

¹¹⁴ Judgment *Refay Partisi and Others (Welfare Party) v. Turkey*, par. 88.

Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest”.

La libertad del debate político es el núcleo central de la democracia¹¹⁵.

La libertad de expresión de parlamentarios o de políticos necesita una protección especial¹¹⁶.

4. Lo anteriormente dicho tiene como consecuencia que las excepciones a la libertad de expresión “*must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established*”¹¹⁷.
5. Esto no quiere decir que no haya límites a la libertad de expresión en los medios de comunicación. En el juicio *Refay Partisi and Others (Welfare Party) v. Turkey*, la Corte ha subrayado la importancia del respeto a los principios básicos de la democracia: “*it necessarily follows that a political party whose leaders incite violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy cannot lay claim to the Convention’s protection against penalties imposed on those grounds*”. También en el caso *Müslüm Gündüz v. Turkey* la Corte subraya “*que la tolerance et le respect de l’égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d’une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu’en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir, toutes les formes d’expression qui progagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l’intolérance*” (par. 40). Esto no significa que la Corte tenga que elegir entre libertad y seguridad!! La Corte “*is faced not with a choice between two conflicting principles but with the principle of freedom of*

¹¹⁵ Judgment *Rekvenyi v. Hungary*, par. 26 and Judgment *Feldek v. Slovakia*.

¹¹⁶ Judgment *Jerusalem v. Austria*.

¹¹⁷ Judgment *The Observer and Guardian*, par. 59.

*expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted”*¹¹⁸.

6. Sin embargo, esto no incluye que se pueda imponer a sospechosos o imputados cualquier medida preventiva o cautelar, bien lo contrario. La regla de la restrictividad de las excepciones a la libertad de expresión se aplica aún más cuando se trata de restricciones preventivas o cautelares a la libertad de publicación. Las restricciones preventivas o cautelares no son en sí prohibidas o incompatibles con el art. 10 CEDH, pero son sometidas a una supervisión más estricta por parte de la Corte CEDH, incluso si son temporales *“they may deprive the information to be published from all its interests”*¹¹⁹.
7. Por este motivo la ley tiene que indicar claramente y de manera precisa cuándo y cómo se pueden limitar de manera preventiva o cautelar las publicaciones. A *fortiori* es así cuando la medida preventiva o cautelar tiene como consecuencia la prohibición total de un medio de comunicación – aunque ésta sea temporal¹²⁰.
8. La jurisprudencia de la Corte muestra que la intervención preventiva o cautelar por parte del Estado en materia de medios de comunicación está sometida a criterios muy estrictos: *“The dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially the case as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interests”*¹²¹. En el caso *Incal v. Turkey* la Corte consideró la radical naturaleza de la interferencia, en combinación con el carácter preventivo, una violación del art. 10 CEDH. La disolución de un partido de manera preventiva, cautelar a causa de sus publicaciones ha sido considerado por la Corte como una medida desproporcionada en el caso *Dicle and Others v. Turkey*. Para ordenar la disolución de un partido vinculado a actividades de medios de comunicación tienen que haber motivos muy graves según la Corte.

¹¹⁸ Judgment Sunday Times, par. 65.

¹¹⁹ Judgments The Observer and Guardian and The Sunday Times (no 2), par. 53 and par. 51, respectively; judgment 17 July 2001, Association Ekin v. France, par. 56.

¹²⁰ Judgment of 14 March 2002, Gaweda, par. 40 and Judgment VGT Verein Tierfabriken v. Switzerland, par 66.

¹²¹ Judgment The Observer and Guardian, par. 59-60 and Judgment Sunday Times no 2.

9. Criterios de evaluación de la restricción:
- LEGALIDAD, previsto por la ley, incluyendo previsibilidad.
 - LEGITIMIDAD, correspondiendo con los motivos de excepción a la libertad en el art. 10 (2) CEDH, concretizado en el contexto y motivado.
 - NECESIDAD, necesario en una sociedad democrática.
- Si la medida corresponde a ‘*a pression social need*’.
- Si la medida es PROPORCIONAL al objetivo legítimo.
- Si la motivación dada por el gobierno es relevante y suficiente.

Es muy importante tener en cuenta:

- Si se trata de medios de comunicación o no.
- Las consecuencias de la restricción.
- La proporcionalidad de la medida para lograr proteger el objetivo legítimo.

En este caso es importante analizar el balance entre la extensión de la medida cautelar, su proporcionalidad y la gravedad de los hechos delictivos sospechados o imputados¹²².

- B. El cierre de medios de comunicación, proceso justo y libertad de expresión (art. 6 y art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos).
10. No hay duda de que medidas de investigación policial, de investigación judicial, cautelares o preventivas, que hacen parte de la instrucción penal pueden violar el art. 10 CEDH, sin ser en sí una violación del art. 6 CEDH. En el juicio del caso *Ernst and Others v. Belgium* la Corte juzgó que los registros y embargos no violaban el art. 6 CEDH, pero que eran desproporcionados en relación con el art 10 CEDH.
11. Por otro lado, el aspecto particular de la protección de la libertad de expresión y particularmente de los medios de comunicación pueden exigir una diligencia especial por parte del Estado para aclarar los hechos y llegar a un juicio

¹²² Ver Judgment Sunday Times no 1. v. United Kingdom.

definitivo. En el caso *Association Ekin v. France* la Corte, al juzgar la prohibición de un libro en relación con el art. 6 CEDH, toma en cuenta para constatar una violación del art. 6 CEDH que el recurrente “*a tout de meme dû attendre plus de neuf ans avant d’obtenir une decision definitive. A l’evidence, la durée de cette procedure a, dans une grande mesure, privé d’efficacité pratique le contrôle juridictionnel dans un domaine où l’enjeu du litige demandait précisément une célérité accrue dans la conduite de la procedure (...) En conclusion, la Cour estime que le contrôle juridictionnel existant en matière d’interdiction administrative de publications ne reunit pas des garanties suffisantes pour éviter les abus*” (par. 61). Más interesante es aún el caso *Alithia Publishing Company v. Cyprus*. La Corte consideró que “*expeditious proceedings were necessary in the present case, in order to prevent the applicants – a newspaper and its editor in chief – from remaining in a state of protracted uncertainty in a libel case, which could have prejudicial effects on the reputation, credibility and circulation of the newspaper*” (par. 37.)

12. En el caso que se nos somete a valoración – esto es, el cierre de los medios de comunicación EGIN, EGIN IRRATIA y EUSKALDUNON EGUNKARIA- los problemas surgen por el cierre de los medios de comunicación resultado de la aplicación como medida cautelar de la consecuencia accesoria prevista por el art. 129 CP. No hay duda, estas medidas cautelares consisten en una clara ingerencia en la libertad de expresión, la libertad de publicación y la libertad de información. Estas ingerencias son compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos a condición que sean previstas por la ley y necesarias en una sociedad democrática. En primer lugar dudas sobre la previsibilidad y legalidad de estas medidas cautelares en relación con medios de prensa. No se trata en estos asuntos de medidas cautelares en relación con patrimonio o bienes ilícitos o sociedades penalmente condenadas por actividades ilícitas, sino de cierre de medios de comunicación sospechados. Las dudas consisten en la **constitucionalidad, legalidad y previsibilidad** de estas medidas cautelares:
 - a. La Constitución Española de 1978 sólo habilita la suspensión del derecho a libertad de información y de expresión en supuestos de estado de excepción o de sitio (art. 55.1) y no en los casos de terrorismo (art.

55.2). La falta de habilitación constitucional del cierre de medios de comunicación fue ratificada ya por el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987, la cual entendió que la medida de cierre provisional del medio de difusión prevista por la L.O. 9/1984 para casos de terrorismo supondría una limitación del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, o una suspensión de los mismos, algo para lo que el legislador no está habilitado por el art. 55.2 de la Constitución: *“El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y banda armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica (...) equivale a una auténtica suspensión del derecho (...) lo que refuerza la idea de que aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el art. 55.2. de la Constitución”*¹²³.

En el auto de Julio de 1998 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, que ordena las medidas cautelares en contra de los medios de comunicación, es muy consciente de la jurisprudencia constitucional:

“(...) No obstante lo anterior¹²⁴, en el caso que nos ocupa la suspensión de actividades y la clausura de establecimientos que se considera es tan compatible con este derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución como pueda serlo la misma prisión provisional con relación al artículo 17 de la Constitución. La justificación constitucional de esta medida no tiene por qué basarse exclusivamente en fundamentos inmanentes al proceso penal, pero sin duda siempre debe contar con una justificación de este tipo junto con otras – posibles y legítimas constitucionalmente – ajenas o transcendentales al proceso penal. Estas razones existen y ya han sido expuestas: con la suspensión se trata de garantizar, por una parte, el recto desenvolvimiento del proceso penal (impidiendo la continuación de la realización de actividades al servicio de una organización

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16.12.1987, parágrafo 12.

¹²⁴ El auto refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16.12.1987

*terrorista) y viene amparada en la aplicación estrictamente constitucional de las facultades que el Código Penal atribuye al Instructor atendiendo a los artículos 127, 129 y 520 sin que le vengan forzosamente impuestas por solicitud de cualquiera de las acusaciones. Luego es evidente que la suspensión tiene “**incidencia en el buen fin del proceso**”, ya no aparece mediatizada por previas resoluciones del Tribunal Constitucional que obedecieron en su día a un recurso de inconstitucionalidad, frente a la medida tomada en estas diligencias judicialmente sopesada y puntualmente adoptada frente a la cual, además de los recursos previstos en la ley de procedimiento penal, cabrá, en su caso, no el recurso de inconstitucionalidad sino el de amparo¹²⁵”.*

Sin embargo, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional no se centra en las cuestiones claves del problema. Los arts. 127, 129 y 520 CP no prevén en su formulaciones claramente y de manera previsible que estas medidas se puedan aplicar a medios de comunicación. En segundo lugar, el hecho que estas medidas cautelares forman parte del arsenal procesal y que tienen incidencia en el buen fin del proceso y que pueden evitar la comisión de delitos no son argumentos en sí suficientes para lograr la constitucionalidad de las medidas o su compatibilidad con la Convención Europea de Derechos Humanos. Quedan dudas sobre la legalidad y la constitucionalidad de las medidas y sobre todo, tanto de la jurisprudencia como de la literatura académica, resultan dudas sobre la previsibilidad de las medidas. La regla de la restrictividad de las excepciones a la libertad de expresión se aplica aún más cuando se trata de restricciones preventivas o cautelares a la libertad de publicación. La ley aquí no indica claramente y de manera precisa si las medidas cautelares se aplican también a medios de comunicación. Visto el grado de la ingerencia las dudas de previsibilidad legal son en sí un argumento de violación del derecho de libertad de expresión y información.

¹²⁵ Extracto del párrafo quinto.

- b. El segundo punto es la **necesidad** de estas medidas en una sociedad democrática y su **proporcionalidad**. El Tribunal Constitucional, en su sentencia ya mencionada, trató explícitamente este aspecto:

”Por otro lado, en este caso concreto, aun si no se entendiera como suspensión singular del derecho a la libertad de expresión e información, el art. 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 de la Constitución. En efecto, no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información. La previsión legal contenida en el art. 21.1 es, también desde esta perspectiva, contraria al art. 20 de la Constitución¹²⁶”.

Es sorprendente que el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional en el auto mencionado no analice este aspecto y no considere necesario proceder a esta adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego.

La ponderación se tiene que hacer aquí a dos niveles: en relación con el tiempo y en relación con el impacto. En relación con el tiempo, está claro que las medidas cautelares en juego se imponen antes de la condena y

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16.12.1987, apartado 12.

antes de la acusación formal. Se trata de restricciones preventivas durante la fase de la investigación. El hecho de que sean temporales no tiene como consecuencia que no haya una supervisión muy estricta de parte de la Corte CEDH, visto que pueden privar al público de su derecho de información. En este caso las medidas cautelares fueron impuestas por un periodo de 5 años, lo que resultó en el cierre de hecho de los medios de comunicación y la imposibilidad económica de resucitarles tras su cierre. No está excluido que estas medidas fueron necesarias y proporcionadas a la luz de la gravedad de las sospechas y pruebas. Sin embargo, el auto de cierre no contiene esta preponderación. En segundo lugar, es sorprendente que estas medidas sean impuestas durante tanto tiempo. En tercer lugar, el hecho que la fiscalía de la Audiencia Nacional pida y obtenga del Juzgado de Instrucción en 2005 el sobreseimiento : *“Esta investigación no llega a buen Puerto y así es, expresamente, reconocido por el propio instructor, aceptando que no se ha logrado acreditar ni que el periódico sea fuente de financiación de ETA, ni que sea instrumento de blanqueo de capitales ilícitos procedentes de la banda (...) Dejando sentado que no existen pruebas evidentes de los hechos (...) En consecuencia, el Fiscal se muestra conforme con el auto de conclusión del sumario y no concurriendo indicio o elementos suficientemente sólidos y unívocamente incriminatorios desde criterios de lógica y razonabilidad que permitan fundamentar con carácter provisional una acusación (...) procede acordar el sobreseimiento provisional del art. 641.1 y 20 de la ley procesal penal, dejando sin efecto su procesamiento, y cuantas medidas cautelares personales y reales se hayan acordado en este procedimiento*¹²⁷. Combinando con el impacto de las medidas, siendo un cierre completo de medios de comunicación, no hay duda sobre la desproporcionalidad de las medidas, que pueden ser calificadas como no necesarias en una sociedad democrática.

¹²⁷ Petición de sobreseimiento, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección primera, 21/05, Juzgado de Instrucción no 6.

Tampoco la Audiencia Nacional, Sección Tercera, Sala de lo Penal en la sentencia condenatoria en el asunto¹²⁸ consideró necesario proceder a la adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego. La Audiencia Nacional estimó que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no constituyen penas, que estén desvinculadas del principio de personalidad o de culpabilidad y tienen el objetivo de poner fin a la actividad delictiva¹²⁹.

- C. El cierre de medios de comunicación, las medidas cautelares de embargo y el cierre provisional (art.1 del Protocolo nº 1 y art. 6).
13. Uno de los medios más contundentes en la lucha contra la criminalidad paradigmática (criminalidad organizada, terrorismo) es el arsenal creciente de posibilidades procesales (penales) en el ámbito de la investigación judicial y financiera centrada en el botín, el embargo y la confiscación del patrimonio criminal. Estas nuevas posibilidades han sido utilizadas recientemente en la lucha contra la financiación del terrorismo. En este caso se trata muchas veces de un embargo del *instrumentum sceleris*, embargo de hecho (y a mi modo de ver también *de iure*) una sanción propia.
14. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia es decepcionante. En los asuntos Air Canada,¹³⁰ Agosi,¹³¹ Welch,¹³² la Corte, en líneas generales, se niega a considerar el embargo o la medida cautelar como una sanción. El embargo, según el TEDH, no significa la cesión de la propiedad, sino que supone una limitación temporal de su uso, con el propósito de evitar que el *instrumentum sceleris* sea utilizado para seguir cometiendo el crimen del que se sospecha. Al realizar el embargo, los Estados disponen, siempre según la TEDH, de un amplio margen de apreciación para evaluar razonablemente los intereses en juego (como por ejemplo la lucha contra el terrorismo).

¹²⁸ Rollo de Sala 27/02 Sumario 18/98 Juzgado central Cinco, SENTENCIA Núm. 73, 19/12/2007.

¹²⁹ Apartados 1005-1008.

¹³⁰ Air Canada c. el Reino Unido, TEDH, 5 de mayo 1995.

¹³¹ Agosi c. el Reino Unido, TEDH, 24 octubre 1986.

¹³² Welch c. el Reino Unido, TEDH, 9 febrero 1995.

15. Existe una línea de defensa muy interesante, pero minoritaria en la TEDH, que se puede leer en las opiniones disidentes del magistrado Pekkanen y de los magistrados Martens y Russo en el asunto Air Canada. Los magistrados se fijan, *inter alia*, en las amplias competencias discrecionales de la Aduana inglesa que, en lo referente al embargo y a las medidas que se derivan del mismo, son de hecho ilimitadas. Pekkanen se pregunta si este marco legal satisface la condición de previsibilidad tal como es exigida por la jurisprudencia del TEDH. Considera que no es el caso ya que en el marco de este tipo de amplias competencias discrecionales es necesario que el procedimiento de apelación corresponda a una instancia judicial dotada de plena competencia. El hecho de que en este caso la intervención judicial en el Reino Unido se limite a una actividad de simple control, significa que no se trata de una apelación y que hay incompatibilidad con el art. 1 del Protocolo y con el art. 6 CEDH.

16. El segundo párrafo del art. 1 deja a las autoridades nacionales un poder discrecional casi absoluto para imponer restricciones del uso de la propiedad para la protección del interés general. Los Estados tienen un enorme margen de apreciación para valorar el interés general (*‘as it deems necessary’*). Sin embargo tiene que haber una relación de proporcionalidad y la TEDH aplica un test de balance justo: *“Under the second paragraph of Article 1 of Protocol No 1, the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for he purpose. However, as this provision is to be construed in the light of the general principle enunciated in the first sentence of the first paragraph, there must exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized. In striking the fair balance thereby required between the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights, the authorities enjoy a wide margin of appreciation”*.¹³³

17. Vista la flexibilidad del criterio de la *“reasonable relationship of proportionality”* y el amplio margen de apreciación, el TEDH no concluirá

¹³³ Asunto Allan Jacobson, TEDH, 25 Octubre 1989, par. 52.

fácilmente que no hay un balance justo. Sólo lo aceptará si el aplicante “*has to bear an individual and excessive burden*”.

D. Disolución de partidos políticos a la luz del art. 11 CEDH (libertad de asociación).

18. La Corte CEDH tiene un enfoque muy restrictivo sobre la necesidad de restricciones de la libertad de asociación de partidos políticos. La jurisprudencia ha sido elaborada en los siguientes casos turcos: el caso *The United Communist Party of Turkey*, el caso *Socialist Party*, el caso *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)* y el caso *Refasi Partisi*. Lo interesante es que en los casos *The United Communist Party of Turkey* y en el caso *Socialist Party* la Corte no considera que se puedan restringir sus actividades por promover cambios, incluyendo cambios que afectan a la estructura del Estado, pero a condición de que sean cambios compatibles con los principios fundamentales y democráticos. Justamente por este último motivo la Corte consideró justificado en el caso *Refasi Partisi* el rechazo al registro como partido, por el hecho de que había “*a pressing social need*” para la restricción. La Corte examinó este criterio siguiendo este esquema: ‘*1/whether the risk to democracy was sufficiently imminent; 2/ whether the acts and speeches of the leaders of the party under consideration, on the basis of which the party’s freedom of association had been restricted, could be imputed to the party itself y 3/ whether the acts and speeches imputable to the party constituted a whole, which gave a clear picture of the model of society advocated by the party, and whether this model was compatible with the concept of a democratic society*”.

II. El cierre de medios de comunicación en relación con el derecho procesal penal holandés

19. El Código procesal penal holandés prevé una reglamentación detallada del embargo y de las medidas cautelares sobre los bienes. El art. 134 indica que el embargo se tiene que fundar en

- La necesidad para garantizar las pruebas;

- La necesidad para garantizar el decomiso del botín de la criminalidad;
 - La necesidad para aplicar las sanciones patrimoniales.
20. El Código procesal penal holandés no prevé medidas cautelares o provisionales de cierre de empresas y menos de medios de comunicación. Estas medidas están sólo previstas en el Código de delitos económicos. Se prevé el cierre parcial o total, pero temporal, de empresas y limitado a delitos económicos. Sería imposible en el caso de financiación de terrorismo, o terrorismo.
21. La clausura temporal como medida cautelar penal, tal y como está prevista en el art. 129 del Código penal de España sería en Holanda impensable e inaceptable en el caso de los medios de comunicación.
22. Sin embargo, el secreto profesional de periodistas no es un secreto absoluto. En caso de que haya sospechas de criminalidad grave del periodista y de su medio de comunicación, el secreto profesional del periodista puede perder su vigencia como privilegio en ese asunto en concreto. Siempre y cuando se trate de un asunto en el que el periodista y/o su medio de comunicación sean sospechosos o estén imputados.