

Luis M. García (Argentina) *

La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación

Introducción

Esta exposición sobre el secreto de las fuentes periodísticas no tiene pretensiones monográficas. Su origen se remonta a una intervención del autor en el marco de un programa teórico-práctico dirigido a jueces y otros colaboradores de la administración de justicia¹ que tenía dos ejes: por un lado, la jurisprudencia sobre la cuestión de los tribunales internos de la República Argentina, y por otro, la capacidad de rendimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es parte,² y la de los estándares de sus órganos de aplicación o interpretación en punto a la protección de las fuentes. También se dio cuenta allí de la utilidad auxiliar de los estándares emanados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Limitaciones propias del espacio disponible explican que en el presente texto, que tiene como base sustancial aquella exposición pública, sólo me ocupe de la pre-

* Profesor adjunto del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado a cargo de la materia Derechos Humanos y Proceso Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal, Universidad Austral, Buenos Aires. Profesor invitado a cargo de la materia Derechos Humanos y Proceso Penal, Carrera de Especialización en Derecho Penal, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. Juez de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, Buenos Aires.

¹ Seminario de actualización en Derecho Internacional-Derechos Humanos, organizado por la Escuela de Capacitación Judicial, Superior Tribunal de Justicia del Chubut, y auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, que tuvo lugar en Rawson los días 10 y 11 de marzo de 2003.

² Cf. el artículo 75, inciso 22, de la CN.

sentación desde la óptica de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares establecidos o en curso de elaboración, y prescindir de la mirada del derecho interno.³ Las mismas limitaciones explican también que en esta exposición haya prescindido de una presentación exhaustiva de todos los aspectos jurídico-políticos de la libertad de prensa, y que me haya limitado a las menciones indispensables para la comprensión del problema que constituye su objeto.

I. El alcance de la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Prácticamente todos los instrumentos regionales y universales de derechos humanos incluyen a la libertad de expresión entre los derechos civiles y políticos. Sin embargo, su configuración no es concebida de modo idéntico en cada uno de ellos. Se refieren a este derecho el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADyDH), el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), el artículo 10 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos del Hombre de 1950 (CEDH), el artículo 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— de 1969 (CADH), el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 (CADHyP) y el artículo 13 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (DDN).

1. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en el PIDCP*

Atendiendo a la característica de esta publicación y su ámbito de difusión, aparece pleno de sentido prestar atención preferente a los instrumentos universales y regionales de aplicación en las Américas. Sin perjuicio de ello, más tarde se dará cuenta del estado de la cuestión en el marco regional europeo a la luz de las disposiciones normativas y la jurisprudencia sobre el CEDH.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene hoy en día su base normativa en múltiples instrumentos generales y temáticos. El derecho a la libertad de expresión aparece reconocido en los dos instrumentos normativos generales del sistema, a saber: la DADyDH⁴ y la CADH. El artículo IV de la DADyDH declara:

³ Para una introducción sobre el estado de la cuestión en la República Argentina véase: Gregorio Badeni, *Tratado de libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002, pp. 342-359; Javier De Luca, *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; y también mi trabajo "Sobre la protección de las fuentes periodísticas. A propósito del caso del TEDH 'Roemen y Schmit c. Luxemburgo': una contribución a la relectura del caso 'Catan'", en *La Ley*, 2003-E, pp. 659/699.

⁴ Sobre el carácter normativo y obligatorio de la DADyDH para los Estados que forman parte de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), véase Corte IDH, OC n° 10/89, sentencia de 14 de julio de 1989, serie A, n° 10, § 45; y también Fabián Omar Salvioli, "El aporte de la

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Por su parte, el artículo 13 de la CADH establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que rige en prácticamente todos los Estados del continente americano, establece:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos”, en *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, Buenos Aires, n° 5, 1999, pp. 13 y ss., y Grace Nacimiento, *Die Amerikanische Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1995, pp. 54 y ss.

- a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Estas disposiciones no se ocupan de modo separado de la libertad de prensa o de la periodística en general; sin embargo, la expresión por la prensa escrita, audiovisual o electrónica no es sino uno de los medios posibles de expresión protegida comprendidos en el término “cualquier otro procedimiento de su elección”.

Una rápida lectura de las disposiciones arriba transcriptas pone en evidencia que, más allá de los términos amplios en los que está concebida la libertad de expresión y de prensa, no hay ninguna previsión expresa que proteja las fuentes de información periodística.

Intentaré sin embargo mostrar cómo la protección de las fuentes es interpretada como inherente a la libertad del periodista profesional. Partiré para ello de la exposición de la cuestión según la interpretación de los órganos del sistema interamericano.⁵

A. *Los actos comprendidos en el derecho a la libre expresión*

La Corte IDH se pronunció por primera vez sobre la interpretación del artículo 13 CADH en su opinión consultiva sobre “La Colegiación obligatoria de periodistas”.⁶ Entre las preguntas sometidas a la Corte se le pedía su opinión sobre el alcance y cobertura del derecho de libertad de expresión del pensamiento y de información y cuáles son las limitaciones permisibles conforme a los artículos 13 y 29 de la Convención.

La Corte IDH señaló que, según el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. De esas tres actividades cubiertas por el derecho a la libertad de expresión dedujo la existencia de una “doble dimensión” del derecho, a la vez individual y social. Esa doble dimensión consiste, según la Corte IDH, en que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también,

⁵ En el texto se presta atención —en particular— a los criterios de la Corte y Comisión interamericanas, en la medida en que el material del sistema interamericano es comparativamente más rico que el del Comité de Derechos Humanos. Éste ha emitido el Comentario General n° 10 sobre el artículo 19 del PIDCP, que por su generalidad ha sido calificado como débil y decepcionante, y apenas algo más que una reiteración del texto del artículo 19; cf. Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 461, n° 11.5. En el ejercicio de la competencia que le asigna al HRC el Protocolo Facultativo al PIDCP, tampoco se encuentran, salvo excepciones, abordajes comparables a los del sistema interamericano; sin embargo, como ejemplo de abordaje sistemático y exhaustivo del artículo 19, compárese com. n° 736/1997 *Malcolm Ross v. Canadá* (1996), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997.

⁶ OC n° 5/85, cit., sentencia de 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5.

por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁷

En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Destacó la Corte IDH que, cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier [...] procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al *status* de quienes se dediquen profesionalmente a ella.⁸

Por su parte, en su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias: “Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.⁹

Son de destacar, en resumen, los tres actos comprendidos en la libertad de expresión (buscar, recibir y difundir informaciones e ideas),¹⁰ y sus dimensiones individual y social. En segundo lugar, que una restricción a las posibilidades de divulgación representa un límite al derecho de expresarse, y esto no puede desconectarse del derecho de prensa y del derecho profesional de prensa.

B. *La censura y otras restricciones a la libertad de expresión*

La censura es probablemente la forma más tradicional, y por lo regular la más directa, de restricción de la libertad de expresión. Respecto de ella la CADH es terminan-

⁷ OC n° 5/85, cit., § 30. En términos sustancialmente análogos, más tarde, Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, n° 73, §§ 64 y ss.; y caso *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C: Resoluciones y Sentencias, n° 74, § 146 y ss.; esta concepción es seguida por la Comisión IDH, a partir de su informe n° 11/96, caso 11.230, *Martorell, Francisco vs. Chile*, informe de 3 de mayo de 1996, en *Informe anual 1996*, § 53.

⁸ OC n° 5/85, cit., § 31. Compárese *La última tentación de Cristo*, cit., § 65; *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 147.

⁹ OC n° 5/85, cit., § 32. Ídem, *La última tentación de Cristo*, cit., § 66; y *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 148.

¹⁰ En sentido sustancialmente análogo también el artículo 19 del PIDCP. Véanse las diferencias con el artículo 10 del CEDH, *infra* 2.3.

te: “el ejercicio del derecho [...] no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores”. En esto la CADH se distingue de los textos de los artículos 19 del PIDCyP, 10 del CEDH y 9 de la CADHyP, que no sólo prevén un régimen de responsabilidad *ex post*, sino que también toleran restricciones anteriores a la difusión de la expresión, aunque, por cierto, bajo presupuestos bastante estrictos.¹¹

En cualquier caso, en el marco de la CADH no hay una proscripción absoluta de censura, pues de ella surgen tres supuestos en los que, en mayor o menor medida, son admitidos actos de censura previa. En épocas de normalidad la CADH admite la posibilidad de ciertas restricciones de acceso a los espectáculos públicos con fines de protección moral de la infancia y la adolescencia —artículo 13.4—,¹² restricciones que, más allá de los eufemismos, constituyen verdaderos actos de censura.¹³ En cualquier tiempo la misma Convención impone la prohibición por ley de toda propaganda en favor de la guerra y de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o acciones análogas por motivo de raza, color, religión, idioma y origen nacional —artículo 13.5—,¹⁴ prohibición pues que consiste

¹¹ La Corte IDH ha calificado de esta diferencia como “intencional” y ha declarado que las disposiciones de la CADH fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas. Cf. OC n° 5/85, § 50.

¹² Véanse también el artículo 17, inciso *e*, de la CDN, según el cual los Estados Partes “promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”.

¹³ Alex Muñoz Wilson, en *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*, colección Más Derecho, n° 2, Di Placido-Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002, pp. 97 y ss, esp. p. 123, discute que en este caso se trate de una verdadera censura, pues no se restringe preventivamente la circulación de informaciones e ideas sino que sólo se perseguiría proteger a ciertos sectores vulnerables —la niñez— del efecto nocivo de ciertas informaciones o ideas. Esta visión transpira un apego a la idea de que sólo constituiría censura la restricción preventiva de la “circulación” o “difusión”; sin embargo, también es calificable de censura la restricción preventiva de “acceso” o “recepción” de informaciones o ideas al alcance de la generalidad, que afecta a un grupo de ciertas características, por ejemplo, la niñez.

¹⁴ El término del artículo 13.5, “estará prohibida por la ley”, indica que en estos casos la censura no sería contraria a la CADH; no ha sido sin embargo esa la visión de la Comisión IDH, en su informe n° 11/96, caso 11.230, *Martorell, Francisco vs. Chile*, cit., § 56, ha entendido que la prohibición de censura previa es “absoluta” y que la única excepción permitida es la del artículo 13.5. Compárense la recomendación general n° 15-42/1993 del Comité para la eliminación de la discriminación racial; también, *mutatis mutandi* en el marco del artículo 20.2 del PIDCP, HRC, com. n° 104/1981, *J. R. T. and the W. G. Party v. Canadá*, UN Doc. Supp. n° 40 (A/38/40) at 231 (1983), § 8, donde afirmó que la comunicación de ideas racistas en cuanto constituya apología del odio racial o religioso no sólo no está protegida por el Pacto, sino que es de hecho incompatible con sus provisiones; en ese entendimiento declaró el HRC que Canadá tenía según el artículo 20.2 la *obligación de prohibirlas*. Véase de modo más general Régis de Gouttes, “À propos du conflit entre le droit à la liberté d’expression et le droit à la protection contre le racisme”, en AA.VV., *Mélanges en Hommage à Luis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 251 y ss., esp. p. 260; y compárense Gullco, Hernán, “La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, en Eduardo Bertoni, Alberto Bovino, Francisco Guariglia y Hernán Gullco, *Libertad de prensa y derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 37 y ss., con argumentos basados en estándares sobre

en una severa restricción previa a la expresión y difusión del pensamiento.¹⁵ En tercer lugar, en estados de emergencia, bajo escrutinio estricto de los presupuestos sentados en el artículo 27, es en principio posible la censura de informaciones.¹⁶

Ahora bien, surge con claridad del texto convencional que, fuera del caso de proscripción de la censura previa, no son necesariamente contrarias a la Convención otras restricciones a los medios de comunicación, o, en general, de la libertad de expresarse, que no constituyan censura. Al contrario, el mismo artículo 13.2 la CADH prevé la posibilidad de restricciones mediante el establecimiento de sistemas legales de responsabilidad ulterior a la publicación. Sin embargo, las restricciones están sujetas a los siguientes requisitos:

- a. Deben estar expresamente fijadas por la ley, lo que se relaciona con la regla general del artículo 30. La Corte IDH ha leído en el artículo 13.2 la exigencia de que la ley debe definir las conductas que conducen a responsabilidad, y las causales son taxativas.¹⁷
- b. Deben perseguir fines legítimos; en el caso, los únicos fines legítimos son los enumerados en las letras *a* y *b* del artículo 13.2, y no son susceptibles de ser ampliados por comparación con otros instrumentos.¹⁸
- c. La restricción debe aparecer como “necesaria” para asegurar los mencionados fines, donde *necesario* no es sinónimo de *indispensable*, pero tampoco lo es de lo meramente *útil*, *razonable* u *oportuno*. La Corte, siguiendo al TEDH, ha advertido que debe tratarse de una “necesidad social imperiosa”;¹⁹ por otra parte, que la restricción tiene que relacionarse con las necesi-

el “peligro claro y actual” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que no ofrece un sentido posible al mandato “estará prohibida por la ley”.

¹⁵ Eduardo A. Bertoni, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53, admite sin rodeos que la prohibición del artículo 13.5 de la CADH implica censura.

¹⁶ Señala Ariel Dulitzky (“La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en <http://www.derechos.org/vii/dulitzky.html>) que en esos casos “la juridicidad de la censura previa dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarde la censura previa con dicha emergencia”.

¹⁷ Cf. OC n° 5/85, cit., §§ 35, 39. Compárese Jaime Ordóñez, “Periodismo, derechos humanos y control del poder político. Una aproximación teórica”, en Jaime Ordóñez (ed.), *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, p. 19, quien sostiene la tesis de que el objeto de la información es toda la realidad social, en su sentido más amplio y genérico, de suerte tal que “todo es informable salvo lo que expresamente prohíba la ley” y que debe partirse de la “presunción [...] de que *absolutamente todo es informable* y, por ello, las restricciones a la información [...] deberán venir o bien de la inhibición del sujeto informante, bien de la sanción posterior al hecho indebidamente informado” (el resaltado pertenece al original).

¹⁸ OC n° 5/85, cit., § 36, 39, 40, 51 y 52.

¹⁹ OC n° 5/85, cit., § 39, sobre el principio de proporcionalidad y el criterio de necesidad en una sociedad democrática en general, véase mi trabajo “El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”, en Luis M. García (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 156 y ss., y en el marco

dades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas, conexión que la Corte ha inferido de la relación de la libertad de expresión con los artículos 29.d de la CADH y XXVIII de la DADyDH.²⁰ En términos de la misma Corte IDH, “las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.²¹

Paralelamente, se observa que el Comité de Derechos Humanos ha seguido una línea de interpretación semejante a la de la Corte IDH en algunas comunicaciones individuales a tenor del Protocolo Facultativo anexo al PIDCP, exigiendo previsión de ley, finalidades legítimas de la restricción y necesidad de ésta en una sociedad democrática.²²

C. *La dificultad de definir el concepto de censura para distinguirlo de otras clases de restricciones*

Está en general fuera de discusión que el *control preventivo* de lo que se difunde o de lo que se recibe, según se mire desde la dimensión del emisor o del receptor, constituyen en cualquier caso actos de censura incompatibles con la CADH,²³ salvo en los tres supuestos en los que ella misma lo autorizaría. Pero, puesto que la libertad de expresión no consiste solamente en la de difundir y recibir ideas e informaciones de toda índole, sino también en el derecho de buscarlas, es de preguntarse si deberían calificarse también como actos de censura los que restrinjan la búsqueda de informaciones. A ese respecto, el artículo 13.1 de la CADH presenta una construcción sintáctica que conduce a algunas dudas en cuanto a la interpretación de la frase final que se refiere a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole “*sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”.

européo Marc-André Eissen, “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en Luis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: Commentaire article par article*, 2^a ed., Economica, París, 1999, pp. 66 y ss.; y del mismo autor, “The principle of proportionality in the Case-law of the European Court of Human Rights”, en R. St. J. McDonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pp. 125 y ss.

²⁰ OC n° 5/85, cit., 42, 44. Sobre el valor instrumental de la libertad de expresión para el sistema democrático, en especial de su faceta de acceso a la información, véase Ordóñez, o. cit., pp. 29-32.

²¹ OC n° 5/85, cit., § 44.

²² Compárense com. n° 550/1993, *Robert Faurisson v. Francia* (1996), UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993, § 9.4 y ss.; com. n° 736/1997, *Malcolm Ross v. Canadá*, (1996), UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, § 11 y ss.

²³ Así, claramente, la Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 39, y caso *La última tentación de Cristo*, cit., § 65/71. Compárense en el orden interno argentino, Corte Suprema, *Fallos*, 217:145.

¿Tolera la CADH medidas de control o restricción preventivas a la búsqueda de informaciones? ¿O sólo son compatibles con ésta las responsabilidades ulteriores a la actividad de búsqueda que puedan considerarse ilegales o abusivas? Una interpretación según el objeto y fin del tratado impone partir de un enfoque no restrictivo, de tal manera que abarque a las tres clases de acciones. Así, calificada doctrina entiende a la libertad de expresión como el derecho de toda persona “de seleccionar el *procedimiento* a través del cual *buscará*, recibirá o difundirá” las ideas o informaciones,²⁴ libertad de elección que no podría estar sujeta a límites previos.²⁵

Sin embargo, una interpretación tan amplia llevaría admitir una libertad de elegir *cualquier procedimiento de búsqueda* de informaciones, amplitud que no parece compatible con una interpretación contextual, por los resultados a los que lleva. En efecto, el artículo 13.2 de la CADH establece que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. Si bien la responsabilidad ulterior, y en su caso el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, pueden proveer, por lo general, una protección en principio efectiva de los derechos o intereses enumerados en el artículo 13.2, letras *a* y *b*, de la CADH, es empero dudosa su capacidad de protección o reparación cuando se trata de las actividades de búsqueda ilegal o abusiva de ideas o informaciones.

En primer lugar, debería responderse si *toda* información del Estado debería ser de libre acceso a la generalidad, o si parte de ella podría ser sujeta a restricciones previas, i. e. censurada, y en su caso sobre qué presupuestos.

También es problemático el marco de acceso a informaciones o datos en poder de particulares mediante actividades ilegales de búsqueda o investigación, y la calificación que merecerían las medidas de defensa contra actos de ese tipo indeseados o no consentidos. Por ejemplo, la autodefensa privada, o la acción de policía preventiva estatal, tendientes a impedir actos tales como la sustracción de un documento privado, la invasión domiciliaria, o la intrusión en una base de datos o en alguna clase de comunicación interpersonal, mientras los atentados o intrusiones todavía se hallan en curso, difícilmente podrían ser calificados como “censura previa” prohibida por la CADH. La cuestión es más problemática una vez que la actividad intrusiva ha cesado y de lo que se trata es del aprovechamiento o utilización de las informaciones obtenidas o ideas conocidas por esas vías, para tomarlas en cuenta o hacerlas objeto, a su vez, de una expresión protegida por la CADH. Creo que en este punto la definición

²⁴ Cf. Carlos M. Ayala Corao, “El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores”, en *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Talca, Talca, Chile, año 6, n° 1, 2000, p. 34. Análogamente, Juan Carlos Hitters (*Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 179, § 108) lo entiende como “derecho a buscar y tomar información por el medio que se desee”.

²⁵ Así Ordóñez (o. cit., pp. 12 y ss., esp. p. 21) entiende, en el marco del artículo 19 de la DUDH, que la facultad de investigar comprende la de “acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de obtener éstas sin límite general alguno”.

de “censura previa” no ha alcanzado suficiente desarrollo, ni doctrinal ni jurisprudencial; en otras palabras, no hay todavía una contestación segura a la pregunta de si debe calificarse de “censura” a cualquier restricción a la libertad de “buscar” informaciones o ideas.²⁶

Cualquiera sea la respuesta, una definición de censura en este campo no puede prescindir de la definición de los límites del derecho de acceso a la información.²⁷ Más adelante se verá la influencia de una toma de posición en punto al objeto central de este trabajo.

Por ahora basta señalar que la Corte IDH se ha referido al derecho de “utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”, y ha aludido a que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento, pero no ha reconocido todavía de manera expresa la existencia un derecho a buscar informaciones o ideas por cualquier procedimiento,²⁸ esto es, sin límites previos.

D. *La CADH y las restricciones indirectas a la libertad de expresión.*

Los deberes de respeto y protección de las actividades de búsqueda de informaciones y de las fuentes periodísticas

En punto a la calificación de un acto estatal como censura o restricción deben evitarse criterios reduccionistas limitados a las meras interdicciones directas de difusión o distribución de informaciones o ideas. Así la Corte IDH ha destacado que el artículo 13.2 de la CADH también debe interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que, a diferencia del CEDH y del PIDCP, es explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos [...] encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.²⁹

²⁶ Véase la discusión en el Tercer Comité de Redacción del PIDCyP, con relación al artículo 19.2 del PIDCP, donde se advirtió sobre el riesgo de incitar a los periodistas a actividades de investigación “desvergonzadamente irrestrictas”. La moción presentada en ese Comité para reemplazar el verbo *buscar* (*to seek*) por *recolectar* (*to gather*), además de poco fructífera para zanjar la cuestión, no tuvo éxito, y en ese ámbito se entendió que la autorización de restricciones del artículo 19.3 proveería de suficiente prevención contra los abusos. Cf. Marc J. Bossuyt, *Guide to the travaux préparatoires on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 384; ídem Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Engel, Kehl am Rhein-Estrasburgo-Arlington, 1993, p. 343, n° 15. Este autor entiende que el derecho a buscar información se limita a la “información accesible a la generalidad” y que es discutible la cuestión de si la prensa tiene un derecho *privilegiado* para buscar informaciones más allá de lo que es accesible a la generalidad y sostiene que, bajo ciertas condiciones, serían admisibles algunas restricciones a la libertad de buscar información “en el interés de los derechos de otro”; íbidem, p. 354, n° 42.

²⁷ Compárese en el orden interno Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1986, tomo I, p. 273, que califica de “censura” a las restricciones arbitrarias al acceso a las fuentes de información; esta calificación no aparece ya en la segunda edición de la obra (Buenos Aires, 1993, p. 407); en sentido análogo Ricardo Haro, “Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y

La Corte IDH ha visto con realismo que no sólo los controles o prohibiciones previas, sino también otros procedimientos, condicionan al control gubernamental la expresión o difusión de informaciones y ha advertido que también pueden resultar restricciones ilegítimas de condicionamientos indirectos puestos a la búsqueda y recepción de informaciones.³⁰

Sobre esto, en el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte IDH ha enunciado un principio que hasta ese momento no estaba insinuado: la libertad de expresión no se reduce a la satisfacción de una obligación de respeto, sino que fundamenta obligaciones positivas del Estado, obligaciones de protección y garantías de independencia y de acceso a diversidad de fuentes. Allí, después de destacar el papel que desempeñan los medios de comunicación en una sociedad democrática, como verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones, sentenció:

Es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.³¹

En consecuencia, aunque la Corte IDH todavía no se ha visto confrontada con la pregunta acerca del secreto de las fuentes de información periodística, de sus afirmaciones en el caso *Ivcher Bronstein* sobre la necesidad de protección y garantías de independencia podría desarrollarse el fundamento de un derecho al secreto de identidad de las fuentes periodísticas, de la existencia de obligaciones estatales de garantizar ese derecho, y del derecho a no ser compelido por las autoridades estatales, sin justificación pertinente y suficiente, a revelar la identidad de las fuentes periodísticas. En efecto, puesto que los actos estatales tendientes a develar las fuentes mencionadas constituyen un serio obstáculo a la búsqueda y recepción de informaciones o

jurisprudencia de Argentina”, en *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Talca, Chile, año 6, n° 1, 2000, pp. 75 y ss., esp. p. 78.

²⁸ Véase Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 31. De acuerdo con las reservas que se formulan en el texto, debería ser sometida a una discusión más exhaustiva la observación general y sin distinciones del relator especial para la libertad de expresión de la Comisión IDH, que parece entender que *cualquier* disposición penal que castigase el recurso periodístico a grabaciones o registros subrepticios de comunicaciones de funcionarios públicos sería *siempre* un atentado a la libertad de expresión; así, en su “Informe especial del relator sobre la libertad de expresión”, en CIDH, *Informe Anual 1998*, capítulo III.

²⁹ OC n° 5/85, cit., § 47.

³⁰ Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 55. Véase también *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 162/164, donde la Corte IDH ha considerado como restricciones indirectas contrarias al artículo 13 de la CADH la cancelación de la ciudadanía por opción del accionista mayoritario, presidente y director editorial de un canal de televisión, su separación del control del canal, y la remoción de ciertos periodistas de un programa.

³¹ Corte IDH, *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 149/150.

ideas, pues la revelación de la identidad de la fuente muchas veces pone en riesgo la subsistencia o disponibilidad de ésta,³² tales actos deberían ser calificados de injerencias o restricciones indirectas en los derechos del artículo 13 de la CADH y, por ende, sujetos a las condiciones antes mencionadas de legalidad, taxatividad, legitimidad de fines y necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad), aplicables a cualquier clase de restricciones.

E. La preeminencia del derecho a la libertad de expresión e información y su peso en el juicio de proporcionalidad de sus restricciones

Finalmente, no basta invocar la legitimidad de los fines que permitirían una restricción al derecho a la libertad de expresión e información, enumerados en el artículo 13.2 de la CADH. Atento a su especial naturaleza, en el momento de la ponderación de los intereses en conflicto debe partirse de la presunción de preeminencia del derecho a la libertad de expresión, pues no es un mero derecho subjetivo individual, sino uno que integra el orden público en el marco de una sociedad democrática.

Así ha dicho la Corte IDH:

El mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.³³

Esa posición preeminente³⁴ es clara en cuanto se establece la relación de la libertad de expresión, en su dimensión social, con los principios de una sociedad democrática. Al decir de la Corte IDH:

³² Cf. Enrique Cáceres Nieto (“El secreto profesional de los periodistas”, en Jorge Carpizo, Miguel Carbonell, *Derecho a la información y derechos humanos*, UNAM, México, 2000, pp. 447 y ss., esp. p. 477), quien sostiene que el secreto profesional de los periodistas constituye una condición necesaria para que el flujo de información veraz por parte de sus informantes no se vea obstaculizado, que a su vez éste es requisito para que el derecho a comunicar información pueda ejercitarse libremente y dicho ejercicio es condición para la operatividad del derecho a recibir información; de allí concluye que el derecho a conservar en secreto la identidad de las fuentes constituye un derecho instrumental de la libertad de expresión protegida en la CADH.

³³ Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 69. En sentido sustancialmente análogo Corte IDH, *Bronstein, Ivcher vs. Perú*, cit., § 151.

³⁴ Ayala Corao (o. y l. cit., pp. 42 y 52) la llama “prevalencia relativa del derecho”; María Belén Franchini, Rodrigo Freire Méndez y Santiago Martínez, en su introducción a AA.VV., *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*, cit., pp. 21 y ss., esp. p. 24, hablan de “*status especial* que en caso de colisión con otros derechos salvo excepciones le permite prevalecer”. Compárense, en el marco del PIDCP, las reservas en el Comité de Derechos Humanos, en ocasión de la redacción del comentario general sobre el artículo 19, a la moción para incluir la frase: “Este es un derecho cuyo goce efectivo es esencial para posibilitar a los individuos que ellos mismos puedan asegurarse el goce de otros derechos protegidos en el Pacto”. La moción fue observada con el argumento de que esta frase llevaba a establecer una jerarquía de derechos que no existía en el Pacto. Cf.

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.³⁵

2. *El secreto de las fuentes periodísticas como vía de protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en el PIDCP*

Antes he enunciado que, en el marco interamericano, los artículos 13.1 y 13.3 de la CADH garantizan la libertad de buscar informaciones y conminan que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, [...] o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, y de allí he tratado de mostrar que el derecho al secreto de la identidad de las fuentes de información periodística podría inferirse directamente del artículo 13 de la CADH, en tanto exigir al periodista que revele su fuente de información constituiría un medio indirecto de restringir el derecho protegido en el artículo 13.1.³⁶

A. *El reconocimiento del derecho por la Comisión IDH o sus órganos*

Si bien no ha habido hasta ahora ninguna decisión en un caso contencioso del sistema interamericano que trate expresamente la cuestión de la reserva de las fuentes periodísticas con relación al artículo 13 de la CADH,³⁷ el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes aparece reconocido en algunos documentos de la Comisión Interamericana.

McGoldrick, o. cit., p. 461, n° 11.5, quien concluye que probablemente el Comité no estuvo dispuesto a acordarle a la libertad de expresión la posición preeminente que se le asigna en el derecho constitucional de los Estados Unidos.

³⁵ Compárese también Corte IDH, *La última tentación de Cristo*, cit., § 68.

³⁶ Ha seguido esa línea de fundamentación en la doctrina interna argentina Miguel Ángel Ekmedjian, “La muerte del cisne y la reserva de las fuentes de la información periodística”, *ED* 153-281, pp. 278-283, nota al fallo *D.*, V.A., de la CApel. Crim. y Correc., Bahía Blanca, 29 de abril de 1993.

³⁷ Al redactarse este texto la Comisión IDH había declarado admisible la petición 12.085, inf. n° 1/2001, caso *Townsend Diez-Canseco y otros c. Perú*, de 19 de enero de 2001 (*Informe anual 2000*), en la cual, entre otras violaciones, se alegó que la intervención sistemática de las comunicaciones telefónicas de varios periodistas violaba el derecho a la libertad de expresión. Aunque los peticionarios no invocaron expresamente un secreto de las fuentes periodísticas, no puede descartarse que la cuestión aparezca en la decisión sobre el fondo, en la medida en que una vigilancia encubierta sistemática pone en peligro la reserva sobre la identidad de las fuentes.

El reconocimiento más específico de fuente interamericana se encuentra en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones,³⁸ cuyo principio n° 8 establece:

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.³⁹

En la exposición de motivos de la Declaración, ha aclarado la Comisión IDH que entiende que se trata de un derecho del “comunicador social” de no revelar las fuentes ni información y documentación que ha recibido en confianza o como parte de su labor de investigación. Es decir, la reserva puede ser invocada no sólo respecto de la fuente, sino de la información misma. En punto a la primera, aclara que constituye un mero derecho y no un deber jurídico de reserva.⁴⁰ La Comisión IDH comparte la fundamentación tradicional en el sentido de que la reserva permite “reunir y difundir información que de otra forma, sin guardar el secreto de las fuentes, no podría conocerse”, y de su valor instrumental en tanto el anonimato de la fuente permite evitar las posibles represalias que podrían derivar del hecho de haber revelado la información.⁴¹

En diversos informes del relator especial para la libertad de expresión ante la Comisión IDH aparece, además, de modo recurrente, la preocupación por la necesidad de protección del secreto de las fuentes periodísticas, ya sea advirtiendo respecto de leyes generales que obligan a la revelación de las fuentes,⁴² o sobre el allanamiento y secuestro de material de emisoras de televisión que servirían a tal fin,⁴³ o sobre el secuestro de filmaciones y cintas de video de agencias noticiosas,⁴⁴ o sobre la detención de una periodista después de haber sido declarada culpable del delito de desacato por haberse rehusado a entregar a un tribunal notas y videos que podrían revelar sus fuentes de información,⁴⁵ o respecto de orden emitida para obtener los registros de llamadas telefónicas de un periodista con el fin de identificar la fuente de su artículo.⁴⁶

³⁸ Véase CIDH, “Informe del relator especial para la libertad de expresión”, en *Informe anual 2000*, documento en <www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InformeAnual/InfAnRel00/CapII2000.htm>.

³⁹ Su fuente es el principio n° 3 de la Declaración de Chapultepec. Compárese, por su analogía sustancial, el principio n° 6 de los Principios de Lima y el informe del relator especial de las Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, señor Bid Hussain, presentado en el año 2001, Doc. UN E./CN.4/2001/64, § 10 y Anexo II.

⁴⁰ “Informe del Relator Especial para la libertad de Expresión”, cit., § 36.

⁴¹ *Ibidem*, § 37.

⁴² CIDH, “Informe del relator especial para la libertad de expresión”, en *Informe anual 1998*, capítulo III, y capítulo V, “Consideraciones finales y recomendaciones”.

⁴³ “Informe del Relator Especial para la libertad de Expresión”, 2000, cit., capítulo IV, § 103.

⁴⁴ *Ibidem*, capítulo IV, § 176-177.

⁴⁵ Véase CIDH, “Informe del relator especial para la libertad de expresión”, en *Informe anual 2001*, capítulo II, doc. en <www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InformeAnual/InfAnRel01/CapII2001.htm>, § 108.

⁴⁶ *Ibidem*, § 110.

También a raíz del alud de “legislación antiterrorista” desatado desde el atentado del 11 de septiembre de 2001 en las Twin Towers en Nueva York, el monumental informe especial de la Comisión IDH se ha ocupado de la cuestión del secreto de las fuentes periodísticas, en el que reiteró la visión adelantada en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en punto a que la libertad de expresión abarca el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes, a no revelar información o documentación que haya sido recibida en confianza y su fundamento instrumental y utilitario, y que éste no constituye un deber de confidencialidad sino un derecho.⁴⁷ En su informe, la Comisión ha admitido la posibilidad de restricciones a la libertad de prensa, tales como la limitación al derecho de los periodistas a la protección de sus fuentes,⁴⁸ señalando que no toda restricción será necesariamente contraria a la Convención Interamericana. Según su concepción, en ciertas condiciones ese derecho podría ser legítimamente restringido, aun fuera de un estado de emergencia, bajo la exigencia de una “razonable” proporcionalidad entre la injerencia y los fines perseguidos.⁴⁹

B. Resultado intermedio: el reconocimiento del derecho y la necesidad de previsión de ley para su restricción, bajo escrutinio estricto de proporcionalidad

Ahora bien, si el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas es un derecho que se puede inferir de los artículos 13 de la CADH y 19 del PIDCyP, toda actividad gubernamental dirigida a indagar o conocer la identidad de esas fuentes es por definición una restricción o limitación a ese derecho.

Se sabe, por lo que disponen los artículos 13.2 de la CADH y 19.3 del PIDCyP, que toda restricción a la libertad de expresión debe estar “prevista por la ley”, donde, al menos en el marco del sistema interamericano, ésta debe ser una ley formal adoptada por el Poder Legislativo de acuerdo con lo establecido en la Constitución.⁵⁰ Adicionalmente, la ley sólo puede proveer de autoridad a restricciones que persigan alguno de los fines legítimos del artículo 13.2 de la CADH, y en tanto esas restricciones aparezcan necesarias en una sociedad democrática, lo que exige un estricto escrutinio de proporcionalidad.

Paralelamente, en cuanto respecta al PIDCyP, los Principios de Siracusa postulan que “[t]odas las limitaciones a un derecho reconocido por el Pacto serán establecidas por la ley y serán compatibles con los objetivos y propósitos del Pacto”, que las leyes “serán claras y accesibles” y “ofrecerán salvaguardias adecuadas y recursos

⁴⁷ *Ibíd.*, § 279-280, donde la Comisión IDH recogió la doctrina de la sentencia del TEDH en el caso *Goodwin v. Reino Unido* (en *Reports and Decisions*, 1996-II, que se reseña más adelante).

⁴⁸ *Ibíd.*, § 311.

⁴⁹ *Ibíd.*, § 326.

⁵⁰ Corte IDH, OC n° 6/86, sentencia de 9 de mayo de 1986, serie A, n° 6, § 22.

eficaces contra la imposición o aplicación ilegal o abusiva de limitaciones”, y también que estarán sujetas a criterios de proporcionalidad.⁵¹

De tal suerte, sea en el marco de la CADH, sea en el del PIDCP, para que la actividad de las autoridades de un Estado dirigida a indagar la identidad de las fuentes periodísticas sea aún compatible con sus respectivas disposiciones, se requiere en el orden interno una ley que satisfaga los criterios anteriores y que determine en qué casos y en qué condiciones es posible obligar a un periodista a revelar sus fuentes o indagar éstas sin su concurso voluntario. La ley también debería regular las salvaguardas legales contra la arbitrariedad.

Si tal ley no existiese, una orden judicial de divulgación o una indagación de la fuente periodística no estarán en concordancia con los instrumentos internacionales antes citados. No es dudoso, pues, que si los Estados pretenden restringir el derecho a la reserva de las fuentes periodísticas, les concierne un claro deber de legislar al respecto.⁵² Consecuente con ese abordaje, el principio de previsión de ley (reserva de ley) juega un papel sustancial en el respeto y la garantía del ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de restringir ese derecho mediante órdenes de divulgación o indagación de la identidad de las fuentes periodísticas.

3. *La libertad de expresión en la CEDH según la jurisprudencia del TEDH*

El artículo 10 de la Convención dispone lo siguiente:

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, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En la sentencia dictada en el caso *Handyside c. Reino Unido*,⁵³ que constituye ya un lugar de cita común en toda jurisprudencia del TEDH que tenga por eje una

⁵¹ ONU, Doc. E/CN.4/1985/4, principios n°s 5, 17 y 18.

⁵² Véase que en el contexto de la discusión sobre la censura de espectáculos la Corte IDH, al dictar sentencia en el caso *La última tentación de Cristo*, cit., § 85, abordó, en conexión con los deberes de garantía del artículo 2.2 de la CADH, la cuestión de las obligaciones positivas, en particular las de expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de las garantías previstas en la Convención. Véase también Corte IDH, OC n° 13/93, sentencia de 16 de julio de 1993, serie A, n° 13, § 26; y OC n° 14/94, sentencia de 9 de diciembre de 1994, serie A, n° 14, § 37.

⁵³ TEDH, sentencia de 7.12.1976, serie A, vol. 24. Una traducción disponible en Bertoni, Bovino, Guariglia y Gullco, o. cit., pp. 211 y ss.

cuestión de libertad de expresión, ese Tribunal dijo que, según los principios propios de una sociedad democrática:

[...] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de todos los hombres. [...] Esta es aplicable no sólo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan al Estado o a un sector de su población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay *sociedad democrática* [...].⁵⁴

Esta concepción del derecho abarca las dos bases teóricas para la protección de la libertad de expresión: su carácter de parte esencial en el desarrollo de los procesos políticos democráticos y su necesidad para la realización individual.⁵⁵ Por otro lado, la protección de la expresión no depende de sus contenidos,⁵⁶ salvo las excepciones del artículo 17 del CEDH en cuanto sean aplicables al discurso de odio racial o religioso, que en todo caso están sujetas también a criterios de proporcionalidad en relación con el artículo 10.2.⁵⁷

En el marco europeo, el derecho a la libertad de expresión está concebido como libertad de recibir y difundir (“comunicar”) informaciones e ideas de toda índole. A diferencia de los artículos 19.2 del PIDCyP y 13.1 de la CADH, el artículo 10.1 del CEDH no enuncia expresamente la libertad de “buscar” informaciones como uno de los actos comprendidos en aquél; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia del TEDH consideran ese derecho a buscar informaciones tácitamente incluido en el artículo 10.1.⁵⁸

La Convención prohíbe la injerencia de autoridades públicas en este derecho; sin embargo, esta prohibición no es absoluta, pues, según advierte, su ejercicio “entraña deberes y responsabilidades” y por ende puede estar sujeto a varios controles estatales, de diferente naturaleza,⁵⁹ entre ellos actos de censura previa,⁶⁰ lo que incluye interdictos judiciales de comunicación o divulgación.⁶¹

⁵⁴ *Ibidem*, § 49 (traducción del autor).

⁵⁵ David J. Harris, Michael O’Boyle y Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres-Dublin-Edimburgo, 1995, p. 373; Frédéric Sudre (*Droit international et européen des droits de l’homme*, 5ª ed., PUF, París, 2001, p. 296) lo llama derecho individual y al mismo tiempo “colectivo” o “de la convivencia”.

⁵⁶ Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 377; Sudre, o. cit., p. 299.

⁵⁷ Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 374. Sobre esto, más exhaustivo De Gouttes, o. cit., pp. 251 y ss.

⁵⁸ Así, por ejemplo, Gérard Cohen-Jonathan, comentario al artículo 10 del CEDH, en Pettiti, Decaux e Imbert (dirs.), o. cit., p. 374; Jochen Abr. Frowein, en Frowein y Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., Engel, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1996, p. 390, nº 11; Luis Jimena Quesada, *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 255.

⁵⁹ Donna Gommien, David Harris y Leo Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996, p. 274.

⁶⁰ Censura que como regla no está expresamente prohibida, pero sí sujeta a la carga estricta de demostrar su necesidad en una sociedad democrática. Cf. por primera vez el TEDH, en *The Observer*

El artículo 10.2 del CEDH provee un amplio catálogo de razones para restringir la libertad de expresión, pero requiere que la restricción esté prevista por la ley doméstica y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de alguno de los fines legítimos admitidos en esa disposición. De esos términos se ha tomado frecuentemente el TEDH para realizar un examen de la existencia de una base legal para la restricción, de la legitimidad de los fines perseguidos, de la necesidad de recurrir a la limitación y, en su caso, de la proporcionalidad entre fines y consecuencias de la restricción.⁶² Al entender la libertad de prensa como uno de los aspectos de la libertad de expresión, el TEDH le ha reconocido, aunque no un valor absoluto, un peso relevante o preponderante al momento de ese examen de proporcionalidad.⁶³

En el texto del CEDH no hay ninguna disposición expresa que incluya dentro de la libertad de prensa el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas. Sin embargo, el TEDH lo ha inferido del artículo 10 del CEDH en los términos que a continuación se explican.

4. *El case-law del TEDH en punto al secreto de las fuentes periodísticas*

A. *Caso Goodwin c. Reino Unido*⁶⁴

Éste es probablemente el primer caso en el que el TEDH fue llamado expresamente a pronunciarse sobre la existencia y alcances de un derecho al secreto de las fuentes de información periodística como derivación del derecho general de libertad de expresión.

y *The Guardian vs. Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991, serie A, vol. 216, § 60; véase también Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 387; Cohen-Jonathan, l. cit., p. 387; Frowein, l. cit., p. 397, n° 22; Sudre, o. cit., p. 299.

⁶¹ Así, p. ej., en los casos *The Observer y The Guardian vs. Reino Unido*, cit., § 60; *Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, sentencia de 20 de septiembre de 1994, serie A., vol. 295-A, esp. § 56; *Wingrove v. Reino Unido*, sentencia de 25 de noviembre de 1996, *Recueil* 1996-V, § 58. En el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, serie A, vol. 30, en el que se trataba de un interdicto judicial que impedía a un periódico difundir crónicas sobre las tratativas de un arreglo judicial de reparaciones que había suscitado interés público, con el fin alegado del Gobierno de obrar en el interés de la justicia, el TEDH consideró injustificada la injerencia pero no condenó en general como contraria a la Convención una prohibición de publicación. Compárese también la sentencia *Vereniging Weekblad Bluf! vs. Países Bajos*, sentencia 9 de febrero de 1995, serie A, vol. 306, en el que se consideró desproporcionado el allanamiento y secuestro de una tirada de un periódico que estaba a punto de publicar un informe sobre actividades del servicio secreto holandés BVD.

⁶² Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 373, y esp. pp. 391 y ss.; Frowein, l. cit., p. 397, nros. 22 y ss.

⁶³ Aunque aquí diferenciadamente según se trate de expresiones en el marco del debate político, o en cuestiones de interés público, o de expresiones de otra clase; Cf. Cohen-Jonathan, l. cit., pp. 401 y ss.; Harris, Boyle y Warbrick, o. cit., p. 397; Frowein, l. cit., p. 400, n° 26; Sudre, o. cit., p. 302.

⁶⁴ TEDH, Gran Cámara, (petición n° 17488/90), sentencia de 27 de marzo de 1996, *Recueil* 1996-II. Un examen detallado del caso en Alexis Guedj, *La protection des sources journalistiques*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 64-92.

*Los hechos del caso*⁶⁵

El señor William Goodwin había recibido de un informante —bajo promesa de confidencialidad de su identidad— datos sobre la inestable situación financiera de la empresa Tetra Ltd., y sobre un proyecto de desarrollo por el que estaba buscando obtener un préstamo, proyecto del que sólo existían ocho ejemplares. Para chequear la información el periodista había llamado a la sociedad Tetra. Antes de que el periodista llegara a publicar ningún artículo sobre el tema, la empresa, enterada de la fuga, obtuvo de un juez varias órdenes: a) una de interdicción general de publicación de toda información que proviniese del plan de desarrollo; b) una intimación al editor a presentar las notas escritas por el periodista en ocasión de la conversación telefónica con su informante, notas que revelaban la identidad de éste. El editor no acató la segunda, por lo que el juez dispuso: c) una intimación al periodista para que comunicara al informante una orden judicial de restitución del documento sustraído; d) una intimación al periodista a presentar sus notas, para permitir conocer la identidad del informante y habilitar a Tetra para iniciar un procedimiento contra él, dirigido a recuperar el documento sustraído, a obtener una interdicción de toda otra publicación y a la reparación de daños e intereses.

Apelada la decisión por el periodista, la Cámara de Apelaciones sostuvo la decisión del juez, intimando a Goodwin a poner a disposición de Tetra sus notas, y revocó el resto de las intimaciones. La Cámara de los Lores confirmó a su vez esta decisión argumentando que el interés público sobre la información prevalecía sobre el interés privado de proteger la confidencialidad. Mientras tanto, el periodista había sido remitido a juicio por desacato o desobediencia a un tribunal de justicia (*contempt of Court*), infracción pasible de las penas alternativas de multa indeterminada o prisión de hasta dos años. Una vez que la Cámara de los Lores dictó su decisión, el tribunal que conocía de la infracción lo condenó a una multa de £ 5.000.

La cuestión resuelta por el TEDH

El periodista se quejó de que la intimación a divulgar la identidad de su informante, y la multa impuesta por desobediencia al tribunal, constituían una violación del artículo 10 del CEDH.

El TEDH consideró que esas medidas constituían una injerencia en el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10.1 del CEDH, lo que no estaba discutido ni por el requirente ni por el Gobierno,⁶⁶ y que esa injerencia estaba prevista por la ley.⁶⁷

⁶⁵ Según los § 11/27 de la sentencia.

⁶⁶ Cf. § 28.

⁶⁷ Este punto había sido discutido por el periodista que alegó que, si bien el derecho local establecía la protección de las fuentes, la excepción del derecho interno que permitía decidir la divulgación “en el interés de la justicia” no era suficientemente precisa ni previsible. El TEDH examinó la ley doméstica a la luz de la jurisprudencia local y concluyó que la ley no tenía la latitud que invocaba el requirente y que la jurisprudencia daba suficiente protección contra la arbitrariedad; cf. § 29-34.

Por otra parte, el TEDH concluyó que la injerencia perseguía uno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2 del CEDH, a saber, “la protección de los derechos de un tercero”, en el caso, los de la sociedad Tetra.⁶⁸

El punto central de la decisión del TEDH giró en torno a la pregunta sobre si las injerencias eran necesarias en una sociedad democrática (principio de necesidad y proporcionalidad). El periodista había alegado que sólo podía ser obligado a revelar sus fuentes si estaban amenazados intereses públicos o privados “vitales”, que la empresa ya había obtenido una interdicción contra el editor, impidiendo cualquier publicación, y que las informaciones eran de actualidad y de interés para clientes, e inversores del mercado de programas informáticos, mercado en el que operaba Tetra. El Gobierno había fundado el interés en la protección de los derechos de Tetra y en la identificación del informante, que probablemente era el autor de la sustracción del documento del plan confidencial de desarrollo. Según éste, la prerrogativa del periodista de mantener en secreto sus fuentes no lo autorizaba a proteger una fuente que había dado prueba, al menos, de mala fe.

El TEDH dijo:

39. El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías que deben acordársele revisten una importancia particular (véase especialmente la reciente sentencia *Jersild c. Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994, serie A n° 298, p. 23, par. 31).

La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como surge de los códigos de deontología en vigor en numerosos Estados contratantes, y como lo confirman además varios instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas [véase especialmente la Resolución sobre las libertades periodísticas y los derechos del hombre, adoptada en la 4ª Conferencia ministerial europea sobre la política de las comunicaciones de masa, (Praga, 7-8 de diciembre de 1994), y la Resolución del Parlamento europeo sobre la no divulgación de las fuentes periodísticas de 18 de enero de 1994, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades europeas n° C 44/34]. 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 para desempeñar su rol indispensable de “perro guardián” y su aptitud de suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. Habida cuenta de la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, y del efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que puede producir una orden de divulgación, semejante medida sólo podría conciliarse con el artículo 10 (artículo 10) de la Convención, si se encuentra justificada por un imperativo preponderante de interés público.

Conviene tener en cuenta estas consideraciones para aplicar a los hechos de la causa el criterio de la necesidad en una sociedad democrática previsto en el párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2).

⁶⁸ El Gobierno había afirmado también que la divulgación servía a la prevención de infracciones penales, pero el TEDH, sentado lo anterior, no consideró necesario examinar este punto; cf. § 35.

40. De manera general, la “necesidad” de cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe ser establecida de manera convincente (véase sentencia *Sunday Times c. Reino Unido* [nº2], de 26 de noviembre de 1991, serie A nº 217, pp. 28-29, párr. 50, donde están expuestos los grandes principios que rigen la aplicación del criterio de “necesidad”). Por cierto, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una “necesidad social imperiosa” susceptible de justificar esta restricción, ejercicio para el cual ellas gozan de un cierto margen de apreciación. En el caso, no obstante, 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 párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2), si la restricción era proporcionada al fin legítimo perseguido. En resumen, las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren por parte del Tribunal de un examen sumamente escrupuloso.

El Tribunal no tiene como cometido, cuando ejerce su control, el sustituirse a las jurisdicciones internas, sino verificar, a la luz del artículo 10 (artículo 10) las 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”.⁶⁹

Algunos puntos merecen destacarse de este abordaje del TEDH: 1) la libertad de expresión es esencial a una sociedad democrática y por ende necesita de garantías especiales; 2) la protección de las fuentes de información periodística no tiene sólo origen deontológico sino jurídico; 3) su justificación es utilitaria y tiende a facilitar el rol del periodismo en una sociedad democrática; 4) la excepción al secreto de las fuentes sólo se justifica por un imperativo preponderante de interés público; 5) en esta materia, a diferencia de otras, las autoridades no gozan de un gran margen de apreciación pues tal margen chocaría con el interés social en la libertad de prensa; 6) como punto de partida es éste el interés preponderante al comenzar la ponderación de la proporcionalidad; y 7) al aplicar los principios invocados debe examinarse “la totalidad del caso” para determinar si los motivos de la restricción eran pertinentes y suficientes.

En el caso *Goodwin* el TEDH estimó que la orden de divulgación constituía una injerencia “prevista por la ley”;⁷⁰ sin embargo, no llegó a la conclusión de que las injerencias hubiesen estado justificadas. Tuvo en cuenta, examinando la “totalidad del caso”, que los fines de protección de los derechos de Tetra se alcanzaban en gran parte con la interdicción de publicación dirigida al editor, interdicción que había

⁶⁹ Cf. I. cit., § 39-40. Aquí y en adelante todos las traducciones de los pasajes citados son del autor de la versión oficial en francés.

⁷⁰ Crítico sobre este aspecto de la decisión del TEDH, Guedj, o. cit., pp. 81 y 87-92, en la medida en que “el interés de la justicia” que justificaría la orden de divulgación es un término muy lato e impreciso que no permite determinar cuáles serían los intereses concretos que lo justificarían. En un intento de solución amistosa el Gobierno no aceptó la propuesta de que se reformara la ley doméstica estableciendo que una orden de divulgación sólo procedería si ella fuese necesaria “en el interés de la justicia a fin de determinar la culpabilidad o la inocencia en el curso de un proceso penal importante”.

quedado firme y tenido éxito pues se había notificado a todos los periódicos británicos. De tal suerte, “un aspecto capital de la amenaza de perjuicio comercial que pendía sobre Tetra había sido por ende en gran parte neutralizado gracias a la interdicción”, y “siendo así, [...] en la medida en que la medida tenía por fin reforzar la interdicción, la restricción suplementaria que entrañaba sobre la libertad de prensa no se encontraba justificada por motivos suficientes a la luz del párrafo 2 del artículo 10” de la CEDH.⁷¹

El TEDH examinó si podía haber otros motivos que ofreciesen una justificación suficiente. Ponderó así la necesidad de la sociedad comercial de conocer la identidad del informante para evitar que siguiese divulgándose el plan de desarrollo, mediante una nueva interdicción contra el informante. También calificó como motivo legítimo de la sociedad comercial el fin de desenmascarar a un eventual asalariado o colaborador desleal, para poner fin a su contrato y hacer frente al riesgo de nuevas intrusionas en los locales de la sociedad.⁷² Sobre el punto el TEDH dijo:

45. Se trata allí incuestionablemente de motivos pertinentes. Sin embargo, tal como las jurisdicciones internas lo han reconocido, para establecer la necesidad de la divulgación, no basta, en sí mismo, con que una parte, deseosa de obtener la divulgación de la identidad de una fuente, 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 penalizada por la ley (párrafo 18 *ut supra*). En este sentido, la Corte recuerda que las consideraciones que las instituciones de la Convención deben tener en cuenta para ejercer su control en el marco del párrafo 2 del artículo 10 (artículo 10-2) hacen inclinar la balanza de los intereses a favor de la defensa de la libertad de prensa en una sociedad democrática (párrafos 39 y 40 *ut supra*). En el caso, la Corte no estima que los intereses de Tetra —eliminar, encarando un procedimiento contra la fuente, el otro aspecto de la amenaza del perjuicio a su respecto, representado por la difusión de informaciones confidenciales por otras vías distintas de la prensa, obtener reparación de daños y perjuicios y desenmascarar a un asalariado o colaborador desleal— sean suficientes, ni siquiera acumulados, para prevalecer sobre el interés público capital, constituido por la protección de la fuente del periodista aquí peticionario. Así, la Corte no considera que los otros objetivos de la orden de divulgación, juzgados independientemente de los criterios de la Convención, constituyan un imperativo preponderante de interés público.⁷³

Concluyó el TEDH que la orden de divulgación no representaba un medio razonablemente proporcionado a la persecución del fin legítimo pretendido, y que por tanto la intimación a divulgar la fuente y la multa impuesta por negarse a obedecerla violaron el artículo 10 del CEDH.

⁷¹ Cf. § 42. Compárese sin embargo la opinión disidente común de los jueces Ryssdal, Bernhardt, Thor Vilhjalmsón, Matscher, Walsch, Freeland y Baka, en cuanto a que la interdicción a los periódicos no era idónea para impedir al informante del periodista la difusión de las informaciones litigiosas a los clientes y competidores de la empresa Tetra.

⁷² Cf. § 43-44.

⁷³ Cf. § 46.

El caso *Goodwin* es un ejemplo interesante, en sus principios, de cómo podría encararse una excepción al derecho a la reserva de la identidad de las fuentes de información periodística, desde el punto de vista de la finalidad y proporcionalidad de las restricciones.⁷⁴ Sin embargo, ofrece un flanco débil como fuente de estándares para el sistema de protección interamericano. En efecto, el punto central de la preponderancia en el examen concreto del TEDH estuvo basado en el hecho de que el sistema europeo no proscribía la censura previa (la interdicción de publicación). El caso *Goodwin* debe ser leído en su contexto. Un juez había ya emitido una interdicción de publicación al editor, que había sido comunicada a “todos” los periódicos británicos; dado ello, la mayoría del TEDH estimó que las ventajas adicionales de una intimación al periodista a revelar la fuente eran desproporcionadas a la restricción que acarrearía.⁷⁵ Es de preguntarse si el TEDH, aun sobre la base de los mismos principios, habría llegado al mismo resultado de ponderación en un sistema de prohibición general de la censura previa, como el del artículo 13 de la CADH.

B. *El caso De Haes y Gijssels c. Bélgica*⁷⁶

Aquí se trató de la protección de las fuentes de información periodística sólo de manera incidental, en relación con la prueba de la verdad de afirmaciones lesivas para el honor de magistrados y el acceso a documentación de un expediente judicial regido por el secreto de la instrucción.

*Los hechos del caso*⁷⁷

Leo De Haes y Hugo Gijssels, respectivamente redactor y periodista del semanario belga *Humo*, habían publicado cinco artículos en los que criticaban en términos virulentos a cuatro magistrados del Tribunal de Amberes, insinuando parcialidad en la entrega de la guarda de un niño al padre, quien había sido denunciado por su esposa por incesto y sevicias sobre los hijos. La denuncia había sido archivada, y la

⁷⁴ Cf. Guedj, o. cit., p. 89, que tomando la línea del abogado de Goodwin, pone en duda la satisfacción del principio de subsidiariedad como presupuesto de la proporcionalidad, en la medida en que la empresa Tetra en ningún momento había emprendido una investigación seria para detectar el origen de la fuga, y se había dedicado por completo a la promoción del proceso contra el periodista, a fin de conocer el nombre del informador.

⁷⁵ Nótese sin embargo la disidencia en este punto del juez de Meyer, quien calificó al interdicto judicial como “una forma inaceptable de censura previa” y que “aun en ausencia de una tal interdicción, la orden de revelación y la multa consiguiente no tendrían en absoluto carácter legítimo”; agregó que “la protección de las fuentes periodísticas reviste una importancia a tal punto crucial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión que no debe evidentemente estar permitido derogarlo, salvo, puede ser, en circunstancias excepcionales que no se presentan en la especie”.

⁷⁶ TEDH, (petición n° 19983/92), sentencia de 21 de febrero de 1997, Recueil 1997-I; también en *Révue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1998, n° 35, con observación crítica de Patrick de Fontbressin, “Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge”, pp. 581 y ss.

⁷⁷ Según el relato de los § 14 a 18 de la sentencia.

esposa, acusada de difamación ante un tribunal correccional que la había absuelto antes de la aparición de los artículos. En los términos de esos artículos la parcialidad se insinuaba por las afinidades ideológicas y políticas entre los jueces y el padre, y sus vínculos con una organización de extrema derecha (Vlaamse Militantes Orde).

Estas publicaciones dieron origen, entre otras, a una acción civil por daños y perjuicios a resultas de la cual el redactor y los periodistas fueron condenados a pagar daño moral y a hacerse cargo de la publicación de la sentencia.

Durante el procedimiento de primera instancia, y ante la Corte de Apelaciones de Bruselas, el redactor y el periodista habían pedido reiteradamente que se requiriese al fiscal general de Amberes la remisión de todas las piezas del expediente iniciado por la denuncia de incesto y sevicias, o al menos las de las declaraciones de los profesores y expertos que habían opinado sobre la verosimilitud de los relatos de los niños sobre la existencia de los hechos. Ese ofrecimiento de prueba no fue admitido en ninguna instancia. Al resolver sobre la responsabilidad civil de los periodistas, la Corte de Apelaciones argumentó que la petición ponía en evidencia que éstos habían escrito un artículo que ensuciaba el honor de los magistrados sin disponer de todos los datos necesarios al respecto, lo que demostraba su mala fe. Además, la Corte de Apelaciones —entre muchas otras argumentaciones— les reprochó que en los artículos no se había hecho en absoluto ninguna indicación seria y objetiva, y que no se había citado el lugar de donde surgiría que las acusaciones contra los magistrados tuviesen algún fondo de verdad; en otras palabras, la falta de cita de la fuente era un punto de base relevante para la atribución de responsabilidad.

La Corte de Casación rechazó el recurso interpuesto contra esta sentencia. Entre los motivos de casación los periodistas se habían quejado del rechazo de la prueba ofrecida, argumentando la necesidad de tener en cuenta el expediente completo de la denuncia por incesto y sevicias.

La cuestión decidida por el TEDH

Ante el TEDH los periodistas se quejaron, entre otros puntos, de una violación al artículo 10 del CEDH. Sostuvieron que sus artículos se inscribían en el marco de un debate público, que había tenido eco en otros periódicos, sobre el incesto en Flandes y sobre la manera en que los magistrados abordaban este problema. Alegaron que antes de redactarlos habrían llevado a cabo investigaciones suficientes y pedido la opinión de varios expertos, y que el hecho de que no hubiesen presentado estos elementos en el juicio tendía únicamente a su voluntad de no divulgar sus fuentes de información.⁷⁸

La cuestión no fue expresamente examinada por el TEDH en el marco del artículo 10 del CEDH, como sostenían los peticionarios, sino al abordar la queja por

⁷⁸ Cf. § 34.

violación de la garantía de igualdad de armas (artículo 6.1 del CEDH). Allí el TEDH dijo:

55. A este respecto, 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 mutandis*, la sentencia Goodwin antes citada, p. 502, párr. 45). Por lo demás, dichos artículos contenían tal cantidad de detalles relativos a la suerte de los niños X 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.⁷⁹

El TEDH concluyó así que había habido violación al principio de igualdad de armas porque el rechazo de las pruebas ofrecidas había puesto a los periodistas en una situación de neta desventaja frente a los jueces demandantes.⁸⁰

Este caso muestra las relaciones existentes entre dos problemas distintos: la garantía de la libertad de expresión, y la cita de las fuentes para descartar la autoría de la calumnia o difamación o, en su caso, para probar la buena fe del periodista y la verosimilitud de la información.⁸¹

C. *El caso Fressoz y Roire c. Francia*⁸²

En el caso *Fressoz y Roire* tampoco se trató específicamente de las fuentes periodísticas; sin embargo, ofrece algunos aspectos de interés sobre la calidad u origen de la fuente en punto a la posibilidad de perseguir a un periodista por encubrimiento cuando recibe documentos obtenidos mediante la comisión de un delito de hurto o de violación de secreto profesional.

*Los hechos del caso*⁸³

El señor Fressoz era director del semanario *Le Canard Enchaîné*, el señor Roire era un periodista que trabajaba para el semanario. Bajo la supervisión del primero, el señor Roire publicó un artículo relacionado con los reclamos de aumentos de salarios de los empleados de la fábrica Peugeot, en el que daba a conocer que, mientras que el

⁷⁹ Traducción del autor del original de la sentencia en francés.

⁸⁰ Cf. § 58.

⁸¹ Un examen más exhaustivo de esta cuestión en mi trabajo "Sobre la protección de las fuentes periodísticas", cit. *supra*, nota 3.

⁸² TEDH, Gran Cámara (petición n° 29183/95), sentencia de 21 de enero de 1999, *Recueil* 1999-I; también en HRLJ 1999, vol. 20, n° 7/11, pp. 303-311; *Journal du Droit International*, 2000, tomo 127, n° 1; extracto en *RUDH* 1999, vol. 11, n° 1/3, pp. 10-13; disponible una traducción en español en revista *Responsabilidad Civil y Seguros*, t. 2000, La Ley, Buenos Aires, pp. 1164/1177.

⁸³ Según el relato de los § 8 a 24 de la sentencia. Un examen más detallado del desarrollo de este caso en el proceso doméstico en Guedj, o. cit., pp. 177-190.

presidente de la empresa había rechazado un aumento general de salarios a los empleados, él mismo, en los últimos dos años, se había mejorado su propio sueldo en un 45,9 %. En el artículo se informó sobre la evolución de los salarios del presidente y sus empleados; en un cuadro se reprodujo la copia de tres declaraciones juradas de ingresos a los fines impositivos indicando las sumas percibidas por el presidente.

El periodista y el director del semanario habían sido denunciados penalmente y demandados civilmente por la reproducción facsimilar de esas declaraciones juradas, lo que motivó la remisión a juicio ante el tribunal correccional por los cargos alternativos de receptación de informaciones cubiertas por el secreto fiscal, provenientes de una violación de secretos por parte de un funcionario de impuestos no identificado, y de receptación de fotocopias de declaraciones de impuestos provenientes de un hurto. Ambos fueron absueltos por un tribunal correccional de París porque no se habían podido probar las infracciones principales de hurto y violación de secreto profesional, lo que impedía establecer los cargos de receptación del producto de aquéllas. Pero esa decisión fue revocada por un tribunal de apelaciones de París, que los condenó a distintas multas por receptación de las fotocopias de las declaraciones de impuestos provenientes de una violación de secreto profesional por un funcionario fiscal no identificado, y a pagarle al presidente de la empresa daño moral, costas y expensas. La Corte de Casación rechazó los recursos impuestos por los interesados contra las condenas.

La cuestión decidida por el TEDH

Los condenados Fressoz y Roire sostuvieron que la condena pronunciada contra ellos por el Tribunal de Apelaciones lesionaba su derecho a la libertad de expresión según el artículo 10 del CEDH.

El TEDH partió de considerar que los peticionarios tenían como profesión difundir informaciones y que habían sido condenados como consecuencia de la publicación de documentos. El TEDH entendió que la condena constituía una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión; que esta injerencia estaba prevista por la ley, en el caso, en el artículo 406 del Código Penal francés y en el artículo 103 del Código de Procedimientos Fiscales; y que los fines eran legítimos, tales por caso, el de protección de los derechos de otro y el de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.⁸⁴

El TEDH reiteró su doctrina anterior sobre el papel eminente que la prensa desempeña en una sociedad democrática, pero advirtió que tenía límites en los siguientes términos:

[...] la prensa juega un rol eminente en una sociedad democrática: si bien no debe franquear ciertos límites, que se ciñen en particular a la protección de la reputación y a

⁸⁴ Cf. § 41-43.

los derechos de otros, así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales, le incumbe sin embargo comunicar, respetando sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general.⁸⁵

Sin embargo, el TEDH concluyó que la restricción no era “necesaria en una sociedad democrática”. En este aspecto destacó que se trataba de informaciones sobre un tema de interés público actual, en el cuadro 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 a recibirlas; por ende, una injerencia en esos derechos previstos en el artículo 10 del CEDH sólo sería conciliable con él si se justificaba en un imperativo “preponderante” de interés público. Después de subrayar que los periodistas, en principio, no pueden verse desligados de respetar las leyes penales del derecho común invocando la protección que ofrece el artículo 10, señaló que, en todo caso, también las finalidades de las leyes penales debían ofrecer una justificación pertinente y suficiente a la injerencia. Concluyó que esa justificación no estaba presente en el caso, pues, si bien se perseguía la protección del secreto fiscal, según el sistema doméstico ese interés no subsistía en tanto el contenido de las informaciones sobre ingresos era accesible al público, pues cualquier persona podría consultar los salarios de los contribuyentes en la oficina local; mientras que la publicación de las declaraciones de impuestos estaba prohibida, la de las informaciones contenidas en ellas en punto a los ingresos, no. De tal suerte, la protección de esas informaciones confidenciales no constituía un imperativo preponderante.⁸⁶ Sobre esto dijo el TEDH que, si las informaciones sobre el monto de los ingresos del presidente de la empresa eran lícitas y su divulgación estaba autorizada, la condena por el solo hecho de publicar el soporte de la información —las declaraciones de impuestos— no podría estar justificada.

El caso Fressoz y Roire presenta aristas no suficientemente aclaradas por el TEDH. En particular, la cuestión central que transpiraba en el caso era: si los periodistas pueden ser hechos penalmente responsables de sacar provecho de informaciones que han sido obtenidas por sus informantes de modo delictivo⁸⁷ —según la hipótesis del caso, por haberse sustraído las declaraciones juradas depositadas en la administración fiscal para obtener copias o por haberse copiado clandestinamente y entregado presuntivamente por un funcionario público que tenía el deber de mantenerlas confidenciales—. Los cargos de receptación de los resultados de una violación de secretos reposaban en el hecho de que se habría aprovechado de una información que, en su origen, se presumía había sido obtenida mediante la comisión de un delito.

⁸⁵ Traducción del autor del original de la sentencia en francés. En adelante las traducciones de los pasajes citados corresponden a la misma fuente.

⁸⁶ Cf. § 50-53.

⁸⁷ Véase *mutatis mutandi* Guedj, o. cit., p. 194, nota 605, que se interroga no sobre la responsabilidad penal, sino sobre si la protección de las fuentes periodísticas debe cubrir las fuentes de información “ilícitas” cuando éstas son el resultado de una infracción penal como la violación de secretos.

El TEDH parece admitir que en principio no habría objeción a la responsabilidad penal de los periodistas por el delito de “receptación”. En particular porque en dos párrafos sostiene que la prensa “no debe franquear ciertos límites que se ciñen en particular a la protección de la reputación y a los derechos de otros, *así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales*”,⁸⁸ y que “los periodistas no podrían en principio, por la protección que les ofrece el artículo 10, desligarse de su deber de respetar las leyes penales de derecho común”.⁸⁹ El TEDH no ahonda sobre la cuestión, y resuelve por una vía oblicua, porque considera demostrado en el caso que el contenido de las informaciones no se refería a datos susceptibles de ser calificados como “confidenciales”, sino a informaciones sobre ingresos salariales que, según la ley y la jurisprudencia internas, debían ser de acceso público para cualquier ciudadano.⁹⁰ Si bien la publicación de las declaraciones de impuestos seguía estando prohibida, las informaciones sobre los salarios no eran secretas según la ley nacional. Entonces, la protección de las informaciones bajo régimen de confidencialidad no constituía un imperativo preponderante al momento de evaluar la proporcionalidad de la injerencia.⁹¹

No avanzó sin embargo el TEDH en la hipótesis contraria. ¿Sería todavía conforme al artículo 10 del CEDH una condena por receptación de informaciones producto de una violación de secretos cuando la confidencialidad sí estuviese justificada con motivos pertinentes y suficientes? La respuesta no puede prescindir de un problema central de la libertad de expresión: ¿la libertad de buscar informaciones está restringida a la búsqueda por vías lícitas o cubre también con inmunidad a la recepción a sabiendas del producto de delitos cometidos para procurárselas? En otras palabras, la respuesta hace a la definición del derecho de acceso a las fuentes de información, y sus límites.

Adicionalmente, una respuesta afirmativa a la posibilidad de persecución penal por receptación plantea otros interrogantes, tales como el de la definición legal misma de la receptación, que generalmente tiene por objeto cosas o documentos y no meras informaciones, en su caso, la necesidad de establecer fehacientemente que la cosa ha sido recibida de alguien que la obtuvo mediante la comisión de un delito o violando un secreto profesional cuya guarda le incumbe, seguidamente que se establezca el conocimiento del periodista sobre ese origen con base en elementos objeti-

⁸⁸ Cf. § 45, antes transcrito.

⁸⁹ Cf. § 52.

⁹⁰ Con agudeza se pregunta Marion Jacquemin (*La protection des sources journalistiques*, CFPJ, París-Montpellier, 2000, p. 95) cuál habría sido la decisión de tratarse de informaciones que deberían estar clausuradas al acceso público.

⁹¹ Nótese que el TEDH ha tenido una mirada que sólo enfocó las relaciones entre el secreto fiscal y la vida privada de los contribuyentes; no examinó, sin embargo, que la violación de secreto fiscal podría constituir también un atentado contra otros bienes jurídicos relacionados con el buen servicio de los funcionarios públicos.

vos suficientes y no meras presunciones de receptación, que serían contrarias al principio de inocencia.

*D. El caso Roemen y Schmit c. Luxemburgo*⁹²

En esta decisión, que mantiene en general la doctrina del precedente *Goodwin*, el TEDH se ha pronunciado además sobre la incompatibilidad de medios indirectos de investigación de las fuentes periodísticas con el artículo 10 del CEDH.

*Los hechos del caso*⁹³

En julio de 1998 el señor Roemen, periodista, había publicado en un periódico de Luxemburgo un artículo en el que censuraba la conducta de un ministro del Gobierno que acababa de ser condenado a una multa administrativa por fraude fiscal a la ley sobre el impuesto al valor agregado.

La información era básicamente cierta: pocos días antes de la publicación, el director de la administración fiscal había multado al ministro en un procedimiento administrativo que, según la ley doméstica, era secreto; sin embargo, la condena no estaba firme y había sido apelada unos días después de la publicación. Un año más tarde la condena fue revocada por un tribunal de distrito.

A consecuencia del artículo publicado se iniciaron dos procesos judiciales contra el señor Roemen. Inmediatamente de la publicación el ministro demandó civilmente al periodista y a su diario por daños y perjuicios. La acción civil fue rechazada con fundamento en el ejercicio de la libertad de prensa.

Paralelamente, a raíz de una denuncia presentada por el ministro, un fiscal formuló un requerimiento de instrucción ante el juez competente que proponía dos objetos de investigación: a) el delito de receptación que habría cometido el señor Roemen al haber aprovechado de una violación de secreto profesional; y b) la violación de secreto profesional que habrían cometido personas no identificadas de la administración al proveer al periodista la información de la sentencia no firme, o acceso al expediente.

A pedido del fiscal, el juez de instrucción emitió órdenes de allanamiento y registro a ser ejecutadas en el domicilio de Roemen, en sus dependencias y en cualquier otro domicilio donde éste pudiera encontrarse, así como en los vehículos que le perteneciesen o que utilizase. También ordenó el allanamiento y registro de los locales del periódico donde trabajaba. Las dos órdenes tenían por objeto buscar documentos relacionados con el procedimiento fiscal cuyo secreto habría sido violado. Las inspecciones fueron infructuosas y no se halló ningún documento digno de secuestro.

⁹² TEDH, 4ª sección (petición n° 51772/99), sentencia de 25 de febrero de 2003. Una traducción íntegra de la sentencia de Silvia De Napoli, en *La Ley*, 2003-E, p.659.

⁹³ Véanse en detalle los § 9 a 39 de la sentencia.

Dos recursos de nulidad que Roemen dedujo contra las órdenes de allanamiento fueron desestimados. Los jueces consideraron que no había habido violación al artículo 10 del CEDH, pues los allanamientos ordenados para recoger pruebas y establecer la verdad no afectaban la libertad de expresión ni la libertad de prensa. Las apelaciones del periodista contra esa decisión fueron rechazadas.

El mismo día en que los allanamientos en el domicilio y el periódico fracasaron, el juez de instrucción había ordenado el allanamiento del estudio de la abogada del periodista, señora Schmit. Allí se encontró y secuestró una carta, de fecha posterior al artículo periodístico, dirigida por el director de la administración fiscal al primer ministro, que tenía adjunto un volante de confidencialidad, carta que según los requerentes había sido enviada anónimamente al periódico en el que trabajaba el señor Roemen y que éste había entregado inmediatamente a su abogada.

La orden de allanamiento y el acto de su ejecución también fueron impugnados de nulidad por la abogada, que tuvo éxito parcial, porque el tribunal de distrito consideró que en la ejecución del allanamiento la policía judicial no había respetado la ley doméstica y había omitido hacer constar en las actas las observaciones del representante de la corporación de abogados presente en el acto. A raíz de la decisión la carta secuestrada fue restituida.

La carta permaneció poco tiempo en poder de la abogada, pues el mismo día de su restitución el juez de instrucción ordenó un nuevo allanamiento y así obtuvo nuevamente su secuestro. El nuevo recurso de nulidad de la abogada Schmit, por violación del estudio jurídico y del secreto entre el abogado y su cliente, no tuvo éxito en ninguna de las dos instancias en que fue intentado.

Aparentemente, después de estos actos de investigación se ordenó el allanamiento del domicilio de un funcionario de la administración fiscal y la confección de un listado de recuento (*réperage*) de los llamados telefónicos entrantes y salientes de al menos dos miembros del Partido Socialista, al que pertenecía el primero.

Tres años después de los allanamientos, el señor Roemen fue llamado por el juez de instrucción a declarar por la imputación de “receptación del objeto de la violación de secreto profesional”. Sin embargo, la imputación fue anulada y el proceso finalmente fue archivado a su respecto.

La cuestión decidida por el TEDH

El señor Roemen se quejó ante el TEDH de que los distintos allanamientos habían lesionado su derecho a guardar silencio sobre sus fuentes de información, derecho que, sostuvo, derivaba del artículo 10 del CEDH.

El TEDH consideró, remitiéndose al caso *Goodwin*, que el derecho a la protección de las fuentes periodísticas se infería del artículo 10 del CEDH.⁹⁴ En la concepción del TEDH, la protección que debía inferirse del artículo 10 a favor del secreto de

⁹⁴ Compárese § 46 y su remisión al fallo *Goodwin*, cit., § 39-40, párrafos transcritos más arriba.

las fuentes periodísticas no era absoluta, y las excepcionales limitaciones a la confidencialidad sólo podrían estar justificadas por un “imperativo preponderante de interés público” y requerían un examen estricto o “sumamente escrupuloso”. El TEDH puso nuevamente en balance las restricciones bajo criterios de proporcionalidad.

Seguidamente entendió que los allanamientos en el domicilio y locales profesionales del señor Roemen constituían una injerencia en los derechos garantizados en el artículo 10.1 del CEDH, y que el hecho de que las inspecciones no hubiesen arrojado ningún resultado no le quitaba el carácter a la injerencia, caracterizada por la finalidad de identificar al autor de una violación de secretos y, por ende, a la fuente periodística.⁹⁵

Como segundo paso, examinó si las injerencias (los allanamientos) estaban previstas por la ley, si perseguían un fin legítimo y si eran necesarias en una sociedad democrática. En otras palabras, se refirió a su legalidad, a la legitimidad de los fines y su proporcionalidad. A la luz del Código de Instrucción Criminal luxemburgués el TEDH no encontró indicios para poner en cuestión la legalidad de la injerencia. En segundo lugar, encontró que ésta perseguía uno de los fines legítimos enumerados en el artículo 10.2 del CEDH: el de “defensa del orden público y la prevención de los delitos”.⁹⁶ Al momento de examinar si la injerencia resultaba “necesaria en una sociedad democrática”, el TEDH partió de considerar que se trató de una investigación de un hecho que el señor Roemen habría conocido en su actividad de periodista, y que en consecuencia las medidas caían bajo el dominio de protección de las fuentes periodísticas.⁹⁷ Confrontó con ello que se trató de una información periodística sobre una sanción fiscal a un ministro impuesta por el director de la administración fiscal —por ende, de un tema de interés general— y sostuvo que una injerencia sólo se conciliaría con el artículo 10 del CEDH si se justificase por un imperativo de interés público preponderante.⁹⁸

Así, abordó el examen de proporcionalidad teniendo en cuenta el subprincipio de subsidiariedad. Valoró que los allanamientos fueron ordenados respecto del periodista de modo prácticamente inmediato, mientras que los allanamientos respecto de otros funcionarios de la administración se habían ordenado mucho más tarde, que no se había intentado recoger la misma información por otras vías, y que el Gobierno no había demostrado que, sin recurrir a los allanamientos, las autoridades domésticas no habrían estado en condiciones de investigar los hechos.⁹⁹

Por otro lado, en punto a la magnitud de la injerencia, sostuvo que la inspección en el domicilio y el local profesional del periodista era mucho más grave para la

⁹⁵ Cf. § 47.

⁹⁶ Cf. § 48-50.

⁹⁷ Cf. § 52.

⁹⁸ Cf. § 54.

⁹⁹ Cf. § 55-56.

libertad de prensa que una simple orden de revelación. Es interesante destacar sobre este punto el pasaje en el que desarrolla el argumento:

57. En 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 informador, en tanto que en este caso se practicaron allanamientos en el domicilio y en el lugar de trabajo del primer peticionario. La Corte juzga que los allanamientos que tienen por objeto descubrir la fuente del periodista —aun cuando éstos no arrojen resultado alguno— constituyen un acto más grave que una intimación a divulgar la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, munidos de una orden de allanamiento, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo tienen poderes de investigación muy amplios, de suerte que, por definición, tienen acceso a toda la documentación poseída por el periodista. La Corte, que no puede sino recordar que “las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren por parte de la Corte un examen sumamente escrupuloso” (ver fallo *Goodwin* antes citado, § 40), estima de este modo que los allanamientos practicados respecto del primer peticionario tenían un efecto con más consecuencias aún sobre la protección de las fuentes que en el caso *Goodwin*.¹⁰⁰

El TEDH concluyó que los motivos invocados por las jurisdicciones nacionales para justificar los allanamientos —persecución de los delitos— podían ser considerados “pertinentes”, pero no “suficientes”, y que en consecuencia había habido violación al artículo 10 del Convenio.

Por otra parte, el TEDH también consideró la queja de la otra peticionaria, señora Schmit, en punto a la alegada violación del artículo 8 del CEDH, a raíz de la orden de allanamiento sobre su despacho de abogada. El TEDH concluyó que el mandato de allanamiento había sido redactado por el juez de instrucción en términos que daban poderes amplios a los investigadores y, sobre todo, que el fin del allanamiento conducía finalmente a revelar la fuente del periodista por intermedio de su abogada. Así, el allanamiento del estudio de la señora Schmit repercutió sobre los derechos garantizados al señor Roemen por el artículo 10 del CEDH. Finalmente, concluyó que la inspección y secuestro en el estudio fueron desproporcionados con relación al fin perseguido, en vista, especialmente, de la celeridad con que fueron efectuados.¹⁰¹

El razonamiento es un tanto confuso, porque remite a las consideraciones de la sentencia sobre los agravios del señor Roemen, invocando analogía, pero no explica cómo se construye esta analogía. Se trataba en el caso de la queja por una injerencia desproporcionada en la vida privada, y se concluye que era desproporcionada porque buscaba un resultado que constituía una injerencia en el derecho del periodista bajo el artículo 10 del CEDH.

Es de destacar, finalmente, que en este caso el TEDH no abordó la cuestión sobre la posibilidad de perseguir a los periodistas por aprovechar de la violación de

¹⁰⁰ Sigo la traducción citada en nota 92.

¹⁰¹ Cf. § 70-72.

un secreto. El señor Roemen no se había quejado de ello expresamente ante el TEDH, probablemente porque finalmente la imputación penal había sido archivada.

*E. El caso Ernst y otros c. Bélgica*¹⁰²

En este caso se ha mantenido en general la doctrina desarrollada en el precedente *Roemen*, en punto a allanamientos y secuestros de documentación como medidas indirectas de investigación de las fuentes periodísticas y a su compatibilidad con las garantías de la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH.

*Los hechos del caso*¹⁰³

A raíz de diversas fugas de información durante la instrucción del sumario en varias causas de notoriedad pública, recogidas por la prensa, el Ministerio Público de Lieja requirió la investigación de probables violaciones del secreto del sumario, que se sospechaba habrían podido cometer algunos magistrados del Ministerio Público. Al día siguiente de tomar intervención en el caso, el juez competente libró órdenes de allanamiento a ejecutarse en los domicilios de varios periodistas y en las respectivas redacciones, “al efecto de buscar y secuestrar todo documento y objeto útil a la instrucción”. En ejecución de ellas, ese mismo día una brigada especial procedió simultáneamente al allanamiento y al secuestro de documentos en los locales de tres periódicos belgas —*De Morgen*, *Le Soir* y *Le Soir Illustré*— y en una estación de radio y televisión (RTBF). La visita de los locales profesionales se limitó a los escritorios de los peticionarios y respecto de dos de ellos se sumó la requisa de sus vehículos. El mismo día la brigada inspeccionó también los respectivos domicilios de los peticionarios.

En el curso de los ocho allanamientos la brigada secuestró numerosos documentos, así como disquetes de informática y copias de los discos duros de las computadoras de los periodistas. Algunos documentos fueron restituidos a sus propietarios porque no aparecían vinculados a la investigación; otros permanecían en poder de la autoridad judicial al momento de la sentencia del TEDH.

Los peticionarios no fueron informados del proceso, en el que no aparecían ni como prevenidos ni como partes civiles. La operación no derivó en ninguna inculpación contra ellos.

Una denuncia que los peticionarios formularon, con constitución de partes civiles, contra los funcionarios públicos, oficiales de justicia o de policía, alegando que los allanamientos masivos habían desconocido groseramente el secreto de las fuentes de información de los periodistas, en infracción al artículo 10 del CEDH, así como al artículo 8, no prosperó por decisión de Corte de Casación de Bruselas, que decidió que no había habido instancia hábil del Ministerio Público para promover la acción, lo que llevó al archivo del caso.

¹⁰² TEDH, 2ª sección (petición n° 33400/96), sentencia de 15 de julio de 2003.

¹⁰³ Hechos según los § 11-18, 25 y de la sentencia.

Una acción de daños y perjuicios iniciada en 1995 por los mismos peticionarios, con causa en las perquisiciones tachadas de ilegales, tampoco había progresado hasta que el TEDH se pronunció.

La cuestión llevada ante el TEDH

Entre las diversas cuestiones llevadas por los peticionarios ante el TEDH, éstos se quejaron de una violación del artículo 10 del CEDH, pues sostenían que los allanamientos masivos y los secuestros constituían una injerencia incalificable de las autoridades belgas en el ejercicio de la libertad de expresión.

Según los peticionarios, las órdenes del instructor no tenían la precisión requerida por la Convención, en particular porque los lugares indicados en las órdenes estaban descritos de manera vaga. Agregaron que la injerencia no perseguiría ningún fin legítimo, y en cuanto a su proporcionalidad el Estado belga no habría explicado la conexión de los peticionarios con las personas que eventualmente podrían haber sido imputadas de violación de secreto profesional. Al respecto señalaron que no eran ni imputados ni partes civiles del proceso, que no estaban obligados por el secreto de la instrucción, a diferencia de los miembros del Ministerio Público y de los encargados de la instrucción, y que no habrían cometido infracción alguna al difundir al público informaciones provistas legítimamente sobre expedientes en trámite. Además, ninguno de los peticionarios había intervenido en los artículos vinculados con las fugas de informaciones.

Por otra parte, se quejaron de que el número de objetos y de documentos secuestrados era considerable, al punto de que las medidas parecían tener por fin impedirles efectuar su trabajo e intimidar a sus fuentes de información. Además, parecía que el magistrado instructor había usado sus facultades para “salir de pesca”, es decir, para investigar crímenes y delitos cuya existencia no era aún conocida. Tampoco habría demostrado el Estado la incidencia que las medidas podrían haber tenido para identificar a las fuentes de la fuga de informaciones. En resumen, la injerencia no respondería a una necesidad social imperiosa y sería desproporcionada respecto de los fines perseguidos.

En su sentencia el TEDH recordó su concepción acerca de la posición de la libertad de expresión en una sociedad democrática y de la protección de las fuentes periodísticas para asegurar la libertad de prensa según las sentencias *Goodwin c. Reino Unido* y *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*. Recordó que el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa conduce a acordar un gran peso a este interés al momento del examen de la proporcionalidad de las restricciones.¹⁰⁴

El TEDH consideró que los allanamientos constituían injerencias en el derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH, que estas injerencias estaban previstas por la ley, entendida ésta como “el texto en vigor tal como ha sido interpre-

¹⁰⁴ Cf. § 93, con cita de *Goodwin c. Reino Unido*, cit., § 40 y de *Worm c. Austria*, sentencia de 29 de agosto de 1997, *Recueil* 1997-V, p. 1551, § 47.

tado por las jurisdicciones competentes”, en el caso, el Código de Instrucción Criminal,¹⁰⁵ y que perseguían un fin legítimo.¹⁰⁶ Declaró que una injerencia que se deriva del secreto de la instrucción tiende a garantizar la buena marcha de una investigación y, por consiguiente, a proteger la autoridad y la imparcialidad del poder judicial,¹⁰⁷ y que en el caso tal era la finalidad, junto con la de impedir la divulgación de informaciones confidenciales y la protección de la reputación de otros.

Al momento de efectuar el examen de proporcionalidad de las injerencias el TEDH concluyó que las injerencias no estaban justificadas. Sostuvo que “los periodistas que redactan artículos sobre procesos en curso deben velar por no traspasar los límites fijados a los fines de una buena administración de justicia y respetar el derecho de la persona enjuiciada a ser presumida inocente”,¹⁰⁸ pero que en el caso no se había alegado en ningún momento que los peticionarios hubiesen redactado algún artículo de prensa sobre los procesos tenidos en cuenta por el procurador general al requerir la investigación de las fugas, que contuviese informaciones secretas. En la medida en que no se les imputaba ninguna infracción, debía deducirse que la finalidad era la de recoger objetos de prueba útiles a la investigación de la verdad, la identificación de los potenciales autores de las fugas en el ámbito del Ministerio Público y eventualmente un procedimiento por violación del secreto de la instrucción aprovechado por los periodistas, lo que caía bajo el dominio de la protección de las fuentes periodísticas. Reiteró además la advertencia del caso *Roemen* en punto a que la ausencia de resultado aparente de los allanamientos y secuestros no borra su objeto, a saber, la identificación de los responsables de las fugas, es decir, de las fuentes de información de los periodistas.

Por otra parte, el TEDH se manifestó “shockeado” por el carácter masivo de los allanamientos —ocho perquisiciones simultáneas—, la participación de 160 policías, su urgencia —apenas dos días después de la remisión de la causa a la instrucción y uno siguiente a la designación del instructor—. Paralelamente señaló que el Estado no había presentado motivos suficientes para justificar la elección de los peticionarios como objeto de las perquisiciones, y en particular no había indicado cómo éstos estarían involucrados, mediata o inmediatamente, en las infracciones del caso. Tampoco habría provisto informaciones sobre eventuales medidas de instrucción que podrían haberse ejecutado directamente entre los magistrados susceptibles de haber

¹⁰⁵ No se hizo cargo, sin embargo, de la queja de los requirentes en cuanto a la latitud con la que podía ordenarse un allanamiento según ese código.

¹⁰⁶ Tampoco se hizo cargo de la alegación de arbitrariedad del instructor, a quien se le imputaba una excursión de pesca, aunque más tarde, al examinar la queja desde la óptica del derecho a la vida privada —artículo 8 del CEDH—, consideró bajo el ángulo de la proporcionalidad la falta de limitaciones al objeto de la búsqueda, cf. § 116.

¹⁰⁷ Cf. § 98, con cita de *Weber c. Suiza*, sentencia de 22 de mayo de 1990, serie A, n° 177, § 45.

¹⁰⁸ Cf. § 100, con cita de *Worm c. Austria*, cit., § 50, y de *Du Roy et Malaurie c. Francia*, sentencia de 3 de octubre de 2000, CEDH, 2000-X, § 34.

violado el secreto profesional.¹⁰⁹ Destacó además el TEDH que el Gobierno había omitido demostrar que, en ausencia de los allanamientos y secuestros litigiosos, las autoridades nacionales no habrían estado en condiciones de investigar la existencia de una eventual violación del secreto profesional, y en su caso de la comisión por los peticionarios de receptación de informaciones provenientes de una violación de secretos.¹¹⁰ Se infiere de este abordaje el papel que tiene el principio de subsidiariedad al examinar la proporcionalidad de las injerencias.

Finalmente, como lo había dicho ya en el caso *Roemen*, el TEDH reiteró que los allanamientos que tenían por objeto descubrir las fuentes de información de los periodistas constituyen —aunque no arrojen resultados— un acto aún más grave que una intimación a revelar la identidad de la fuente, porque los investigadores, munidos de las órdenes de allanamiento, abordaron a los periodistas en sus domicilios y en sus lugares de trabajo, con poderes de investigación muy amplios, de suerte tal que tenían acceso a toda su documentación.¹¹¹

Concluyó en suma que el Gobierno no había demostrado la existencia de un balance equitativo entre los intereses en conflicto. Así, aunque los fines invocados para las injerencias eran pertinentes, no eran suficientes para justificarlas, y los allanamientos y secuestros habían sido desproporcionados a los fines legítimos perseguidos.¹¹²

En el caso *Ernst*, el TEDH ha aplicado los criterios desarrollados en su jurisprudencia anterior, y en particular los todavía recientes de *Roemen*. Es curioso, sin embargo, que al momento de examinar si existía una necesidad social imperiosa que justificara la injerencia, en este caso, a diferencia de otros, no se haya asignado ningún papel a la naturaleza o gravedad de la infracción investigada.

Por otro lado, se observa que, aunque el TEDH no rechaza expresamente la afirmación, presentada por los peticionarios, de que los periodistas no son sujetos del deber de guardar secreto sobre la instrucción o de colaborar a mantenerlo, cierto pasaje da lugar a inferir lo contrario: “los periodistas que redactan artículos sobre procesos en curso deben velar por no traspasar los límites fijados a los fines de una buena administración de justicia y a respetar el derecho de la persona enjuiciada a ser presumida inocente”.¹¹³ Al contrario, el TEDH ni siquiera descarta de manera expresa que eventualmente puedan ser considerados autores de la violación de secretos.¹¹⁴ Por otra parte, algunos de los interrogantes planteados a raíz del caso *Fressoz* pare-

¹⁰⁹ Cf. § 101.

¹¹⁰ Cf. § 102.

¹¹¹ Cf. § 103.

¹¹² Cf. § 104-105.

¹¹³ Cf. § 100.

¹¹⁴ El § 101 de la sentencia, leído *a contrario sensu*, da lugar a pensar que la decisión habría sido distinta si el Gobierno hubiese demostrado que los peticionarios estaban involucrados mediata o inmediatamente en las infracciones.

cen encontrar respuesta: el TEDH no objeta de principio que un periodista pueda ser perseguido penalmente como autor de receptación del producto de una violación de secreto profesional. Ello se extrae de dos pasajes: a) en cuanto reprocha al Estado que en momento alguno alegó que hubiesen redactado algún artículo de prensa que contuviese informaciones secretas sobre los procesos,¹¹⁵ y b) en cuanto no cuestionó el derecho del Estado a investigar la existencia de una eventual violación del secreto profesional y, en su caso, de la comisión por los peticionarios de receptación de informaciones provenientes de una violación de secretos.¹¹⁶

II. Un balance provisional

1. *Los estándares internacionales y los límites de la comparación*

En los capítulos anteriores he tratado de presentar las disposiciones de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y la protección que ellas asignan a la libertad de prensa. En ninguna se alude expresamente a la protección o reserva de la identidad de las fuentes periodísticas; sin embargo, este derecho puede ser inferido de la garantía privilegiada de la libertad de prensa como una de las manifestaciones de la libertad de expresión, en particular por su valor instrumental para facilitar el acceso y la difusión de informaciones en una sociedad democrática.

Aunque en el sistema interamericano no ha habido hasta ahora ningún pronunciamiento en casos contenciosos donde se trate de la protección de la identidad de las fuentes periodísticas, muchos documentos emanados de los órganos del sistema señalan la predisposición a un reconocimiento de ese derecho.

También he tratado de presentar los estándares elaborados o en curso de elaboración por el TEDH. En ellos aparecen abordadas más cuestiones de detalle que las que aparecían hasta ahora insinuadas en el sistema interamericano.¹¹⁷

Sin embargo, es necesaria una advertencia. El recurso a la jurisprudencia de un órgano de aplicación de un instrumento internacional elaborada en la interpretación de un tratado de derechos humanos de su competencia, para interpretar otro tratado distinto, es pleno de sentido como instrumento auxiliar de interpretación, pero sólo resulta lícito en la medida en que exista “equivalencia en lo esencial” entre las nor-

¹¹⁵ Cf. § 100.

¹¹⁶ Cf. § 102.

¹¹⁷ Adicionalmente, en el ámbito europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado la recomendación R (2000)7, “Recommandation sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d’information”, texto en *RUDH*, diciembre de 2000, vol. 12, n° 10-12, pp. 460-462. No puedo ocuparme aquí en detalle de este documento, que se hace eco de la jurisprudencia del TEDH. Para una consideración más detallada remito a mi trabajo “Sobre la protección de las fuentes periodísticas”, cit. en nota 3.

mas cuya interpretación se busca.¹¹⁸ A ese fin, la Corte IDH no ha entendido la equivalencia como “literalidad”, y ha sostenido que el recurso a la jurisprudencia extraña es todavía permitido cuando, a pesar de diferencias terminológicas sensibles entre normas particulares, éstas se enmarcan en un sistema normativo en el que las diferencias de términos pierden sentido.¹¹⁹ A tal efecto debe comenzarse por un procedimiento de comparación,¹²⁰ no sólo literal sino contextual,¹²¹ y a partir de allí establecer la existencia de una equivalencia normativa. Así, cuando se trata de “importar” precedentes europeos como criterios de interpretación de la Convención Americana, el límite de ese procedimiento estará dado por la equivalencia en términos de “protección equivalente”, de suerte tal que una interpretación de otro instrumento internacional que ofrece una protección menor —es decir, un contenido sustancial más estrecho de los derechos o un número mayor de casos en que se autoriza su restricción— no sólo deja de ser *útil*, sino que además es abiertamente contraria al texto de la Convención Americana a la luz de lo que establece el artículo 29.

Como se ha visto, los puntos de equivalencia normativa en el campo de la protección de la libertad de expresión son sólo parciales cuando se comparan el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con los artículos 13 de la CADH y el artículo 19 del PIDCyP. Esto no puede ser olvidado al momento de examinar la capacidad de rendimiento de los estándares elaborados en torno al primero.¹²² Entre esas disposiciones hay muchas diferencias, pero de entre ellas, en cuanto al tema de esta contribución concierne, las diferencias son sustanciales: en punto a la prohibición de censura o controles preventivos que sólo se encuentra en el artículo 13.2 de la CADH y no en los demás instrumentos normativos; en punto a la exigencia de que toda restricción a la libertad debe estar prevista en la ley, que, aunque la previsión de ley es común a los tres instrumentos citados en el marco del sistema interamericano, no se satisface con cualquier disposición de carácter general sino que se exige ley formal según la interpretación que la Corte IDH ha sentado a partir de la opinión consultiva n° 6/86;¹²³ y en punto a los fines legítimos que autorizarían una restric-

¹¹⁸ Corte IDH, caso *Genie Lacayo*, sentencia 29 de enero de 1997, serie C, n° 30, § 77. Sobre el funcionamiento práctico véanse mis trabajos: “La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso *Zenzerovich*: una oportunidad perdida”, *LL* 1999-F, p. 223, y “El derecho internacional de los derechos humanos”, cit., pp. 113 y ss.

¹¹⁹ Cf. Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 44, 45.

¹²⁰ Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 43.

¹²¹ Corte IDH, OC n° 5/85, cit., § 44.

¹²² En el sentido del texto, con especial referencia a los artículos 10 del CEDH, 19 del PIDCyP y 13 de la CADH, véase Ariel Dulitzky, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *LL* 1996-D, 1677, esp. p. 1680.

¹²³ Compárese TEDH, casos *Sunday Times vs. Reino Unido*, serie A, vol. 30, § 48, y *Kruslin vs. Francia*, serie A, vol. 176-A, § 29.

ción, pues en el sistema europeo se admiten más supuestos que los que se enuncian en los artículos 13 de la CADH y 19 del PIDCyP.¹²⁴

Hecha esta advertencia, he prescindido en lo sustancial de una discusión de la cuestión según un determinado orden jurídico nacional, con la finalidad de presentar estándares comunes que puedan servir para la confrontación crítica de cualquier sistema nacional con las exigencias del sistema de protección internacional de derechos humanos en el que un Estado dado sea parte. La preferencia por una visión americana en el sentido más lato de la palabra no tiene un sustrato regionalista contrario a las aspiraciones de universalidad del derecho internacional de los derechos humanos, sino que se enmarca sencillamente en el espectro de difusión predominantemente americano que presumo tendrá su publicación.

2. *Las órdenes de revelación o la indagación de la identidad de las fuentes como injerencias en el ejercicio de la libertad de prensa*

He tratado de mostrar que las actividades estatales que imponen a los periodistas la revelación de sus fuentes, o que indagan sobre ellas con prescindencia de la colaboración de aquéllos, constituyen una limitación seria a las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad de prensa como manifestación de la libertad de expresión. En esa idea, he presentado un ensayo de fundamentación dogmática del reconocimiento de ese derecho con base normativa en la prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión.

Si la libertad de expresión puede estar sujeta a ciertas restricciones cuyo alcance es diferente según el instrumento internacional de derechos humanos de que se trate, del mismo modo el secreto de la identidad de las fuentes periodísticas no puede ser considerado absoluto, pero sus restricciones deberán satisfacer en ese caso los mismos requisitos que cualquier otra restricción a la libertad de expresión,¹²⁵ en particular, previsión de ley, finalidad legítima y necesidad de la restricción para satisfacer esa finalidad, que deberá ser sopesada estrictamente a la luz de las necesidades de una sociedad democrática, lo que impone partir de la presunción de que el interés en la libertad de expresión es preva-
leciente sobre otros que se le opongan, y es carga del Estado demostrar en cada caso concreto si hay razones pertinentes y suficientes para que otro interés prevalezca sobre aquélla. En el balance de proporcionalidad debe prestarse también atención a la disponibilidad de otras medidas alternativas menos intrusivas.

La protección “de los derechos o de la reputación” de otros, o la de “la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas” son los únicos fines legítimos que

¹²⁴ Compárese el artículo 10 del CEDH que admite restricciones para proteger “la integridad territorial” o para “impedir la divulgación de informaciones confidenciales” o para “garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹²⁵ En particular véase Comisión IDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, cit., § 311 y 326.

podrían invocarse para una restricción ulterior a la libertad de expresión según el artículo 13.2 de la CADH, que en esto coincide con el artículo 19.3 del PIDCP; pero estas finalidades legítimas no son comodines o cheques en blanco, sino que en cada caso se exige demostrar, con arreglo a las circunstancias concretas de ese caso, por qué esos intereses deben prevalecer sobre el de la protección de la libertad de expresión, por caso, sobre el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas.

Se suele argumentar que la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas debería ceder en causas penales. Esta proposición concebida de modo tan genérico prescinde de la demostración de la necesidad y de la proporcionalidad de la injerencia. Por cierto, la averiguación y persecución de los delitos podría encuadrar dentro de la finalidad de protección del orden público, pero con ello no basta. Si la libertad de expresión corresponde al orden público primario de una sociedad democrática, la mera constatación de fines o necesidades de orden público es insuficiente por sí sola para justificar una indagación de la identidad de las fuentes periodísticas. Ello a punto tal que ni siquiera las necesidades de hacer frente a acciones terroristas pueden constituir justificación para legislación de excepción que autorice genéricamente tales limitaciones a la libertad de expresión, salvo que se satisfagan criterios de necesidad y proporcionalidad con arreglo a las circunstancias concretas, pues, si bien los Estados tienen el derecho y aun el deber de defenderse contra el crimen internacional del terrorismo, sólo están autorizados a hacerlo en el marco de sus normas internas que deben adecuarse a los compromisos internacionales que emanan, entre otras fuentes, de los tratados de derechos humanos.

Las órdenes de divulgación o los mandatos a comparecer como testigo son las formas más comunes de afectar el derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas, pero este derecho puede verse afectado también por otras vías, tales como las sanciones civiles o penales por no revelar las fuentes, las diligencias de investigación tales como registros de domicilios, locales y automóviles de los periodistas, y el secuestro de archivos, documentos y materiales de trabajo, o la investigación de las comunicaciones emitidas desde o recibidas a través de las líneas telefónicas que se presume son usadas por los periodistas, en la medida en que esas indagaciones busquen la determinación de la identidad de una fuente de informaciones del periodista. Es relevante destacar que estos medios de la indagación de la fuente pueden resultar, según su modo de ejecución, más intrusivos que la simple orden de revelar la fuente o la citación a testificar, por lo cual el examen de necesidad y proporcionalidad debe ser aún más estricto en estos casos, y en especial teniendo en cuenta el material sensible que constituye su objeto, que la injerencia no pierde el carácter de tal porque la indagación no dé resultado alguno (casos *Roemen* y *Schmit y Ernst*).

Por cierto, los instrumentos internacionales de derechos humanos examinados no permiten fundar un deber jurídico de confidencialidad entre el periodista y su fuente sino simplemente un derecho renunciabile de este último.

3. *Algunos puntos necesitados de ulterior desarrollo de los estándares*

Existen múltiples puntos que necesitarían de un estudio y desarrollo más exhaustivos. A simple título de ejemplo podrían mencionarse el de la definición de los sujetos que pueden invocar el secreto de la identidad de las fuentes, y frente a quién, los datos que caen bajo la protección del secreto periodístico, la definición de criterios seguros de proporcionalidad, la responsabilidad por la recepción y el aprovechamiento de informaciones que se sabe han sido obtenidas mediante la comisión de un delito y las relaciones entre secreto de las fuentes y las garantías del proceso equitativo y contra la autoincriminación en procesos penales.

En cuanto a quién puede invocar este derecho, no hay todavía un desarrollo seguro, aunque, entendido éste como un derecho profesional, se insinúan tendencias a reconocerlo sólo a los periodistas profesionales. No es seguro, sin embargo, que esta limitación sea correcta desde una perspectiva democrática, y menos seguros son aún los criterios sobre cuya base debería calificarse a un periodista como “profesional”. En general los instrumentos aluden simplemente al “periodista”, por excepción se refieren al “comunicador social”,¹²⁶ pero alguna jurisprudencia se ha ocupado de reconocer cierta protección incluso a los directores responsables (caso *Fressoz y Roire*) y los redactores (caso *De Haes y Gijssels*).¹²⁷

Otro punto necesitado de esclarecimiento es si este derecho puede ser ejercido sólo contra las autoridades estatales o si, y en qué medida, puede también oponerlo el periodista frente a los dueños, directores responsables o redactores de la empresa periodística. La respuesta dependerá en parte sustancial de la construcción del sistema de imputación de responsabilidad ulterior por lo que se publica.

En otro orden, en general se acuerda que lo protegido es la identidad de la fuente y no lo informado por ésta, que por definición aparece como destinado a ser difundido y es el móvil de la actuación de la fuente. Es claro que otros datos, procedimientos, hechos históricos o soportes deberían ser protegidos en tanto llevasen o pudieran llevar a la identificación de la fuente; ello reposa en la concepción de que la revelación de la identidad de la fuente podría conducir a la frustración de la recolección de informaciones en el futuro. Sin embargo, se insinúa que las informaciones mismas, mientras no hayan sido publicadas, gozarían de inmunidad de indagación por las autoridades públicas; algunos documentos reconocen la protección de la identidad de la fuente y asimismo de “apuntes y archivos personales y profesionales”,¹²⁸ pero no

¹²⁶ Así Comisión IDH, artículo 8, de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

¹²⁷ Cf. recomendación R (2000) 7, cit., principio 2, que comprende a los periodistas que realicen tareas eventuales y en general a los miembros y colaboradores de la empresa periodística, o la de la empresa editora.

¹²⁸ Así, artículo 8 de la Declaración de principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Comisión IDH.

es claro si se los protege en sí mismos con independencia de su fuente o sólo en la medida en que su divulgación lleve a la identificación de la fuente.¹²⁹

En cuanto concierne al examen de proporcionalidad y balance de intereses, está pendiente aún la definición de criterios más exhaustivos. En primer lugar, porque la jurisprudencia del TEDH no puede ser trasladada acríticamente como instrumento auxiliar de la interpretación de la CADH, en la medida en que se ha elaborado sobre el presupuesto de que medidas de censura previa no son necesariamente contrarias a la CEDH, y serían sin embargo prohibidas en el sistema de la CADH. Por otro lado, en el balance de intereses se han confrontado la libertad de expresión con derechos civiles o patrimoniales de otros (casos *Goodwin* y *Fressoz y Roire*), sin una consideración más particularizada de qué derechos civiles o patrimoniales se trataba. El Comité de Ministros del Consejo de Europa parece haber sido más restrictivo al sugerir que sólo debería permitirse una indagación de las fuentes en presencia un imperativo preponderante de interés público y si las circunstancias presentan un carácter suficientemente vital y grave.¹³⁰

En otro orden de cosas, un periodista puede estar sujeto a responsabilidad penal por lo que publica, en la medida en que esa responsabilidad ulterior a la publicación satisfaga los recaudos de los instrumentos internacionales aplicables, esto es, los artículos 13.2 de la CADH, 19.3 del PIDCP y 10.2 del CEDH. El punto más oscuro y necesitado de esclarecimiento es empero el de si puede imputarse responsabilidad penal a un periodista por aprovechar informaciones que sabe cabalmente que han sido obtenidas mediante la comisión de un delito. La posibilidad de perseguir a un periodista por encubrimiento o receptación cuando recibe documentos obtenidos mediante la comisión de un delito de hurto o de violación de secreto profesional transpiraba en algunos de los casos antes reseñados (*Goodwin* y *Fressoz y Roire*, *Roemen* y *Schmit y Ernst*); además, son también imaginables otras vías ilegales de obtención de informaciones. Sin embargo, la cuestión no aparece hasta ahora examinada en todas sus facetas. Lo cierto es que, si el periodista pudiera legítimamente ser perseguido penalmente por ello, entonces el foco se desplaza a otro punto; no se trataría ya del derecho profesional a callar sobre la fuente, sino de un derecho general de todo sujeto actual o eventual de una acusación penal: el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o a colaborar con la acusación.

¹²⁹ Cf. definiciones y principio n° 6 de la recomendación R (2000) 7, cit.

¹³⁰ Recomendación R (2000) 7, principio 3.a. Se dice en la exposición de motivos que se deberían considerar como fines legítimos que predominan sobre la libertad de prensa los que se dirijan “a la protección de la vida humana”, “la prevención de un delito grave” o “la defensa, en el marco de un proceso judicial, de una persona acusada o condenada por haber cometido un delito grave”, y siempre que se satisfagan los criterios del principio 3.b. Se entiende como “delitos graves” al asesinato, el homicidio, las lesiones graves, los crímenes contra la seguridad nacional, o la “gran criminalidad organizada” y que la prevención de tales infracciones podría eventualmente justificar la revelación de las fuentes. Cf. l. cit., § 38-40.

Llego así a la última de las cuestiones que he enunciado en este ítem: está pendiente todavía una definición más clara de las relaciones entre el secreto de las fuentes y las garantías del proceso equitativo y contra la autoincriminación en procesos penales. Si un periodista es imputado de un delito contra el honor, cometido en el ejercicio de su actividad de prensa, la acusación debe probar los presupuestos objetivos y subjetivos de su responsabilidad penal, y ésta no debe ser establecida sobre la base de su “omisión” o defecto de revelación de sus fuentes.¹³¹ Y, en general, si el periodista es llamado a revelar la fuente en un procedimiento en el que está en riesgo su propia incriminación por la participación en un delito de cualquier naturaleza, el privilegio contra la autoincriminación puede ser invocado independientemente de que concurren las razones pertinentes y suficientes que justificarían una orden de divulgación de la fuente.¹³²

4. *La ley, único medio legítimo de definición de los presupuestos de restricción del derecho a la reserva de la identidad de las fuentes periodísticas: una tarea pendiente*

Toda restricción a la libertad de expresión debe estar “prevista por la ley” y, al menos en el marco del sistema interamericano, es necesaria una ley formal adoptada por el Poder Legislativo de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Ahora bien, ya sea en el marco de la CADH, sea en el del PIDCP, para que la actividad de las autoridades de un Estado dirigida a indagar la identidad de las fuentes periodísticas sea aún compatible con sus respectivas disposiciones, se requiere en el orden doméstico una ley que satisfaga los criterios citados en II.2, que despeje las dudas enunciadas en II.3 y que determine en qué casos y bajo qué condiciones es posible obligar a un periodista a revelar sus fuentes o indagar éstas sin su concurso voluntario. La ley también debería regular las salvaguardas legales contra la arbitrariedad. Mientras esa tarea esté pendiente en cada uno de los Estados que conforman los respectivos sistemas de protección de los derechos humanos, ni la jurisprudencia más prudente pondrá a esos Estados a salvo de su responsabilidad internacional por violación de la libertad de expresión, en su vertiente de la libertad de prensa.

¹³¹ Cf. caso *De Haes y Gijssels*, cit., y recomendación R (2000) 7, cit., principios 4 y 7. Sobre esta misma problemática en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina, bajo el estándar del “reporte fiel” y la cita de la fuente, me ocupo más exhaustivamente en mi trabajo “Sobre la protección de las fuentes periodísticas”, cit. en nota 3.

¹³² Cf. Recomendación R (2000) 7, cit., principio 7, y § 61 de su exposición de motivos. No se trata aquí ya de las irradiaciones de la libertad de expresión sino de las garantías mínimas de cualquier imputado de una infracción penal.