

CLAUSURA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN VASCOS (EGIN, EGIN IRRATIA y EUSKALDUNON EGUNKARIA)

JOSE LUIS DE LA CUESTA / IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA
(Dirección)

Investigadoras:
IZASKUN ORBEGOZO ORONOZ
ANA ISABEL PÉREZ MACHÍO
LAURA PEGO OTERO



Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua
UPV/EHU
Donostia-San Sebastián, julio de 2008



INDICE

PRESENTACIÓN	3
SEGUIMIENTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE CIERRE DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN VASCOS: INFORME-RESUMEN, Prof. Dr. Ignacio Muñagorri / Izaskun Orbegozo	8
Introducción	9
Primera parte. Caso EGIN	12
1. Hasta la conclusión del sumario.....	12
2. Alzamiento condicional de la suspensión y clausura	20
3. Recurso de amparo constitucional.....	23
Segunda parte: Caso EUSKALDUNON EGUNKARIA	26
Tercera parte: sobre la aplicación “cautelar” del artículo 129 CP	33
1. Artículo 129 CP.....	33
2. Opiniones doctrinales sobre el caso	34
INFORMES DE EXPERTOS	42
Die Pressefreiheit des Art. 10 EMRK – unter Berücksichtigung des Abweichens im Notstandsfall gem. Art. 15 EMRK, Prof. Dr. Kai Ambos	43
Abkürzungsverzeichnis	44
I. Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK betroffen?	45
II. Eingriff in den Schutzbereich?	46
III. Rechtfertigung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK?	47
IV. Abweichen im Notstandsfall nach Art. 15 Abs. 1 EMRK.....	48
Anhang	57
La libertad de prensa según el Art. 10 CEDH – tomando en cuenta posibles derogaciones en caso de urgencia conforme al art. 15 CEDH, Prof. Dr. Kai Ambos (trad. Prof. Dra. A.I.Pérez Machío)	59
I. Sumario	59
II. El dictamen parte de los siguientes hechos	60
III. Problema legal a resolver.....	60
III. 1. Ámbito de aplicación del artículo 10.1 CEDH	60
III. 2 ¿Intromisión en el ámbito de aplicación?	60
III. 3 Justificación a partir del artículo 10.2 CEDH	61
III. 4 Aplicación del artículo 15.1 CEDH en supuestos de Estado de emergencia. 62	
Sobre los presupuestos del registro judicial, Prof. Dr. J.L.Gómez Colomer	68
I. El acto procesal penal de investigación de entrada y registro en lugar cerrado a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia.-.....	68
II. La aplicación de las leyes procesales en los registros de EGIN y EUSKALDUNON EGUNKARIA.-.....	74
III. La estrategia sustantiva y procesal de la defensa.-.....	87
IV. Conclusiones.-.....	102
Anexo: Selección bibliográfica.-.....	104
Informe – Prof. Dr. Massimo Pavarini	107
Informe del Prof. Dr. Massimo Pavarini (trad. Prof. Dr.I.Muñagorri)	112
El cierre de varios medios de comunicación en el País Vasco (EGIN, EGIN IRRATIA y EUSKALDUNON EGUNKARIA) desde la óptica del derecho constitucional norteamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Prof. Dr. Luis Salas Calero	116

<u>Asuntos a tratar</u>	118
<u>Preguntas a responder</u>	119
Estudio sobre el cierre de medios de comunicación, Prof. Dr. John A.E. Vervaele	137
<u>I. El cierre de medios de comunicación en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)</u>	137
<u>II. El cierre de medios de comunicación en relación con el derecho procesal penal holandés</u>	148
CONCLUSIONES GENERALES	150
REFERENCIAS DOCUMENTALES	154

PRESENTACIÓN

1. El día 14 de julio de 1998 fue acordada cautelarmente la clausura y suspensión de actividades de EGIN y EGIN IRRATIA por un Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. En un solo acto judicial quedó cerrado un medio de comunicación en plena democracia pero no a resultas de una sentencia firme sino en fase de instrucción. Años más tarde, el 19 de febrero de 2003, se repite la escena, con distintos destinatarios, al acordarse igualmente la clausura y precinto temporal preventivo del periódico EUSKALDUNON EGUNKARIA, así como de su sede social, redacción y todas sus sedes y oficinas, locales o establecimientos, suspendiéndose asimismo todas sus actividades. Hoy en día cuando han transcurrido más de nueve años desde el cierre de EGIN y más de cuatro años desde el de EUSKALDUNON EGUNKARIA aún estamos esperando la sentencia firme que pudiera establecer una primera fase indispensable de verdad judicial en la que se hubiera practicado la prueba y hubiera podido desplegarse el derecho de defensa con todas las garantías. Sólo entonces –con sentencia- la versión de los hechos y la imputación de delitos en un Estado democrático adquieren unas dosis de certidumbre suficientes para destruir la presunción de inocencia y, en su caso, desplegar las correspondientes penas e incluso medidas tan graves –y extremas- como el cierre de medios de comunicación. Pero, sin embargo, lo verdaderamente singular de estos supuestos, y es necesario volverlo a subrayar, es que dicho cierre –definitivo e irreversible en sus efectos- se ha producido como medida cautelar: antes de sentencia firme ninguna.

La introducción a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debido a su fecha de redacción a finales del Siglo XIX, señala una metáfora gráfica para describir las diversas fases del procedimiento judicial. En concreto, al referirse a la fase de instrucción o investigación indica que el delincuente con su actividad criminal da un zarpazo que coge desprevenido y sin defensa al Estado y que, para compensar esa ventaja inicial de quien golpea primero, la instrucción consolida una posición objetivamente dominante frente a la defensa para facilitar y hacer posible y efectivo el descubrimiento del delito y su autor. Posición que sólo en la fase del juicio propiamente dicha revertirá nuevamente a

una de equilibrio e igualdad de armas con la incorporación en plenitud de todas las garantías de un juicio imparcial y justo.

Este breve recordatorio de lo que es la instrucción debe hacernos caer en la cuenta, sobre todo a quienes no somos juristas, de que el cierre de un periódico en los términos en que se ha producido, por mucho que sea una medida teóricamente cautelar y transitoria, en realidad es de una gravedad extrema. Y eso si fuera realmente transitoria. Pero es que en el caso que nos ocupa se convierte rápidamente en una pena de muerte para los periódicos en cuestión porque el proyecto empresarial se desmorona. Con la agravante además de que la instrucción se alarga durante tantísimo tiempo –años– pugnando con el derecho a un proceso justo sin dilaciones indebidas. Lo que es medida cautelar, por tanto, se convierte materialmente en una pena adelantada que consolida una situación de cierre sin que hayan podido esgrimirse ni contrastarse con igualdad de armas las versiones de acusación y defensa y, en definitiva, sin las garantías adecuadas.

Esta realidad de dilación del procedimiento o de medidas cautelares desproporcionadas no es, desgraciadamente, novedosa ni exclusiva de estos procesos que van a ser objeto de análisis pero sí lo es la singularidad de que afectan a cierres de medios de comunicación que, a nadie se le escapa, no compromete derechos individuales sin más, sino que afecta al núcleo esencial, a la médula espinal, de cualquier democracia. Estamos hablando de la libertad de expresión, de información y de prensa. Y de sus límites.

Probablemente por estas razones prestigiosos penalistas como, por ejemplo, GIMBERNAT, ya avanzaban de forma inusualmente contundente y en medios de comunicación públicos, su juicio de inconstitucionalidad sobre un tal cierre cautelar por vulneración del artículo 20 de la Constitución española. Y es que este cierre cautelar supone, como ya dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987 de 16 de diciembre, una limitación real y efectiva de la libertad de expresión y de información que no parece estar prevista de ninguna de las maneras por el texto constitucional.

2. La gravedad de las cuestiones expuestas y la singularidad del caso son las que nos llevaron, desde la Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco a organizar unas jornadas cuyo objetivo

principal era impulsar un debate crítico y profundamente democrático sobre –y hasta qué punto- se está produciendo una redistribución legítima –o ilegítima- de los límites de las libertades de expresión y de información. E insisto, de los límites en abstracto de dichas libertades porque nadie debe llevarse a engaño: a pesar de que en el caso concreto de los cierres de EGIN o EGUNKARIA los delitos imputados eran de terrorismo, los efectos de la vía interpretativa que están detrás de la aplicación de la medida cautelar de cierre o suspensión también pueden llegar a desplegarse en otros muchos casos con el efecto de un reajuste restrictivo, un recorte general y en todo regla, de los espacios de libertad que terminarán por afectar a otros ámbitos de actividad. Ámbitos, por cierto, que no son difíciles de imaginar para lo que deben traerse a colación recientes polémicas sobre, por ejemplo, el papel de la corona en el Estado español y sobre los límites de la crítica a dicha institución.

3. A la hora de buscar referentes sobre cuáles son los límites de dichas libertades es indispensable girar la cabeza al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y su rica jurisprudencia en la materia que durante decenios se ha venido ocupando de este delicado asunto. Pero más allá de nuestro ámbito de cultura europea más próximo, también es interesante comparar dicha evolución con la emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos o del sistema interamericano de derechos humanos. Y resulta interesante esta comparación de jurisprudencias no por un prurito de erudición. Representan la síntesis de decenios de discusiones en las que se ha tendido a establecer equilibrios sólidos entre la persecución del delito y el peligro de la censura injustificada; entre la eficacia y la tendencia al abuso de poder frente al enemigo del Estado; entre la asignación de responsabilidad por delitos y la tentación de eliminar al disidente político. Este tipo de tensiones bien podrían tildarse de estructurales e inherentes. No nos las hemos inventado en Euskadi ni somos los únicos que las padecemos. Es por tanto, a nuestro juicio, enriquecedor traer a nuestra sociedad la experiencia internacional y sus recorridos por los mismos problemas que hoy –y aquí- nos ocupan.

4. Para ello la Dirección de Derechos Humanos diseñó un sistema de información y de promoción de la discusión pública en torno a la clausura de los medios de comunicación que no pretende sustituir la actividad judicial sino que, con pleno respeto a la misma, busca promocionar un sano debate democrático sobre la libertad de información como

consecuencia del ejercicio de la responsabilidad pública en la promoción –y fortalecimiento- de una opinión pública informada y alerta. Por tanto, en cumplimiento, en primer lugar, de las medidas contempladas en el Plan de Paz y Convivencia aprobado por el Gobierno Vasco en mayo de 2006 y, en segundo lugar, para dar satisfacción al Plan de Acción en defensa y promoción de los Derechos civiles y políticos presentado en Junio de 2007, se encargó un primer informe técnico sobre la historia jurídica de los procesos judiciales en que se han producido los cierres cautelares aludidos. Dicho informe no pretendía ser valorativo, sino un recopilatorio de la evolución de dichos procesos –de enorme complejidad- con la intención de poder tener una base solvente sobre la que articular la discusión en dos niveles: uno en el nivel de expertos en derecho y, otro segundo, en el nivel de la discusión pública.

Dicho informe fue encargado desde la Dirección de Derechos Humanos al Instituto Vasco de Criminología, como organismo independiente y de solvencia contrastada, que, una vez entregado y culminado, y debido a su enorme extensión, fue debidamente sintetizado y resumido para su remisión a los expertos internacionales en la materia. Antes de asistir a la Jornadas, por tanto, los expertos estuvieron trabajando y sacando sus propias conclusiones que el 5 de noviembre de 2007 –en plenario- pusieron en común.

En las Jornadas, cuyas conclusiones y ponencias aquí se publican, se procuró reunir a expertos del tema central que nos ocupa pero además con perfiles complementarios de tal manera que haya expertos internacionales pero también conocedores de nuestra realidad; que puedan contrastarse las tendencias europeas con las americanas pero garantizando un conocimiento preciso del caso EGIN-EGUNKARIA y del ordenamiento jurídico-español para evitar cualquier distorsión por omisión informativa. En definitiva, el propósito fue que sea la voz de la ciencia jurídica, en su nivel más autorizado, la que contribuyera a racionalizar un debate que vaya más allá del trazo grueso político que, en demasiadas ocasiones, bien poco aporta.

5. De forma paralela al panel de expertos juristas las Jornadas buscaron potenciar el debate desde el ámbito de los profesionales de los medios de comunicación. No por reiterado es menos verdadero que la prensa es un elemento fundamental para una democracia sana. Sin ella y sin un ejercicio responsable e independiente de su función

desaparecen los contrapoderes al Estado y se asoma, por otra dirección, el riesgo de una opinión pública vulnerable, débil, que por carecer de base crítica –que nunca de madurez- pueda llegar a resultar estafada y manipulada. Son dichos profesionales, además, los primeros afectados por una reordenación de los límites de la libertad de prensa y de expresión. Para ello se contó con ponentes y voces que desde fuera, en espejo, avivaran el debate y establecieran puntos de contraste eficaces.

6. Quisiera solamente terminar con una última reflexión. El Departamento de Justicia de un Gobierno –en este caso el vasco- debe promocionar la cultura de los derechos humanos y, muy especialmente, aquella parte que tiene que ver con la conciencia nítida de las garantías indispensables que deben asistir a cualquier ciudadano. Y aquí el debate principal es el de la calidad democrática. No caben cortinas de humo que pretendan incluir a toda iniciativa, por igual, en inconfesables luchas de poderes del Estado. La lógica tensión entre poderes –ejecutivo, legislativo, judicial- no encuentran campo legítimo en materia de promoción y difusión de la cultura de los derechos humanos. Es nuestra responsabilidad su impulso y la aspiración a que se despliegue ésta con el máximo nivel de exigencia posible. Y esa es una labor sin fin: los principios de justicia, igualdad, proporcionalidad...son eso principios: el inicio de un camino que se va dotando de contenido real mucho más allá de un entendimiento formal –y autoritario- de obediencia ciega a la ley. La ley debe ser obedecida, cómo no, pero ésta y su administración deben informarse y debatirse en la plaza pública porque todos queremos una democracia mejor, siempre mejorable y entre todos formamos esa voluntad general, esa soberanía popular que constituye el núcleo originario de legitimación de todo el sistema. Este es el espíritu no partidista, sino puramente institucional que guía la organización y objetivos de la Jornada cuyos resultados y materiales ahora van a ver la luz. Jornada que culmina todo un proceso de información y divulgación de un problema crítico, grave y que ahora, depende de todos nosotros que obtenga un recorrido máximo.

Eskerrik asko.

Jon-M. LANDA GOROSTIZA
Director de Derechos Humanos
Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social
Gobierno Vasco

SEGUIMIENTO DE LAS DECISIONES
JUDICIALES DE CIERRE DE MEDIOS DE
COMUNICACIÓN VASCOS:
Informe-resumen

Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía / Izaskun Orbegozo Oronoz

INTRODUCCIÓN

Las decisiones judiciales de cierre de medios de comunicación vascos, en el caso de Egin, se sustentaban en los documentos incautados en Bidart (Francia) en 1992. En ellos se describía el denominado “Proyecto Udaletxe” que recogía la estrategia del entramado ETA-KAS y en el que el diario Egin y la Sociedad Orain S.A constituían un instrumento de la organización ETA. En base a ello, el 15 de Julio de 1998, se acordó la entrada y registro en la sede de las sociedades mercantiles Orain S.A., Ardatza S.A. y Hernani Imprimategia S.A., a fin de intervenir los soportes informáticos, documentales o cualquier otro efectos, instrumentos, armas y objetos relacionados con las actividades delictivas investigadas.

Además, en base en el artículo 129 1º a) y c) y 2º del Código Penal, se ordenó la clausura de las sociedades Orain S.A., Ardatza S.A. y Hernani Imprimategia S.A., así como la de todos sus establecimientos y locales; también se suspendieron todas las actividades de las mismas. Egin y la radio Egin IRRATIA, quedaron clausurados y precintados todos sus locales y en deposito, a disposición del Juzgado, todos los bienes, elementos y enseres, de su titularidad o uso hasta que se les diera el destino legal correspondiente.

En relación con el diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, el 19 de febrero de 2003, se acordó la entrada y registro en la sede de Egunkaria S.A. por presunto delito de pertenencia y colaboración con la organización terrorista ETA, a fin de localizar y aprehender los objetos, vestigios o instrumentos, documentos, efectos o cualquier otro elemento probatorio que pudiera encontrarse en dicho lugar y guardase relación con el delito objeto de investigación, así como en su caso, para proceder a la localización y detención de persona/s relacionadas con el referido delito objeto de la investigación. En la misma fecha se dictó, la clausura y precinto temporal preventivo del diario Euskaldon Egunkaria así como su sede social, redacción y todas sus sedes y oficinas, locales y establecimientos.

Tras la brevísima reseña anterior, la “historia judicial” que se recoge en el presente Informe-resumen se centra en la “clausura” y “suspensión de actividades” de medios de comunicación por la aplicación cautelar, “durante la tramitación de la causa”, de las previsiones contenidas en el artículo 129 del Código Penal. Para la debida interpretación de estas previsiones resulta, en todo caso, necesario recoger los hechos, y la fundamentación jurídica, en los que judicialmente se ha sustentado su aplicación.

El presente Informe-resumen se divide en tres partes:

La **Primera parte** se centra en el Caso EGIN y, en primer término, recoge, de manera abreviada, los documentos judiciales desde la incoación de las Diligencias Previas nº 77/97 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, Auto de 15 (14) de julio de 1998, acordando cautelarmente la “clausura” y la “suspensión de actividades” de EGIN y EGIN IRRATIA, hasta la conclusión del Sumario 18/98 al que dieron lugar dichas Diligencias Previas.

A continuación, también de modo abreviado, se recopilan los documentos judiciales desde que se concluye el Sumario 18/98 (anteriores Diligencias Previas 77/97) y se eleva el mismo a la Sala Tercera de la Audiencia Nacional, Rollo de Sala nº 27/02, hasta el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional de 30 de diciembre de 2003. Debe indicarse que, si bien el Sumario 18/98 finalizó su fase de juicio oral el día 9 de marzo de 2007, la Sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional es de fecha 19 de diciembre de 2007. Se hará referencia a dicha Sentencia, en lo que atañe a la aplicación del artículo 129 del C.P. en la QUINTA PARTE de este Informe-Resumen.

Finalmente se repasa el Recurso de Amparo Constitucional de 30 de diciembre de 2003 y la Resolución del Tribunal Constitucional, acordando por unanimidad no admitir el Recurso, de fecha 6 de julio de 2005.

La **Segunda parte** se refiere a las medidas de “clausura y precinto temporal preventivo” del periódico EUSKALDUNON EGUNKARIA desde la fecha en que se acordó (19 febrero 2003) por el Juzgado Central de la Audiencia Nacional nº 6, hasta el

escrito de la Fiscalía de 14 de diciembre de 2006 por el que “el Fiscal interesa el sobreseimiento del procedimiento (...) al considerar que no existen suficientes elementos incriminatorios para estimar acreditada la perpetración del delito de integración en organización terrorista y/o asociación ilícita, y para atribuir alguno de los procesados su participación en el mismo”.

La **Tercera parte** contiene una muy breve exposición comentada del artículo 129 del Código Penal en relación con su aplicación cautelar a los medios de comunicación afectados.

PRIMERA PARTE: CASO EGIN

1. Hasta la conclusión del Sumario

Diligencias previas

En el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se incoaron Diligencias Previas nº 77/97 por presuntos delitos de integración y colaboración con banda armada que, posteriormente, dieron lugar al Sumario 18/98, en cuya Pieza Principal se dictan las Resoluciones a las que se irá haciendo referencia.

Entrada y registro

En el marco de la investigación judicial y mediante sendos Autos de 15 de julio de 1998 (fecha posteriormente rectificada debido a error informático, dejando establecida su expedición el 14 de julio de 1998), el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó la entrada y registro en la sede de las mercantiles ORAIN S.A., ARDATZA S.A. y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A., a fin de intervenir los soportes informáticos, documentales o cualquier otro efecto, instrumentos, armas y objetos relacionados con las actividades delictivas investigadas.

Clausura y suspensión cautelar

Asimismo, el Magistrado-Instructor en aplicación del artículo 129.1º a), c) y 2º del Código Penal, acordó en el apartado 4 de la parte dispositiva de los Autos: “Ordenar la clausura de las sociedades ORAIN S.A., ARDATZA S.A. y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A., así como las de todos sus establecimientos y locales; así mismo, suspender todas las actividades de las mismas y, por tanto, la clausura del Diario EGIN y de la Radio EGIN IRRATIA, quedando precintados todos los locales y en depósito, a disposición del Juzgado, todos los bienes y enseres de su titularidad o uso, hasta tanto se les dé el destino legal correspondiente”.

Hechos:

- En marzo de 1992, se interviene documentación a la “cúpula” de ETA en Bidart (Francia). De la misma se desprende la existencia de una estrategia basada en la cohesión e instrumentalización de KAS (Coordinadora Abertzale Socialista) a través de un sistema de codirección política de subordinación (“codirección subordinada”) de KAS a ETA que permite el control sobre los distintos órganos que integran el denominado Movimiento Nacional de Liberación Vasco (MLNV) para la obtención de la “Alternativa Democrática para Euskal Herria”, en la que confluyen los denominados frentes “institucional”, el de “masas” y el “militar” con la subordinación del primero a los dos segundos.
- Asimismo se desprende la ejecución de un plan denominado “Proyecto Udaletxe”, en el que se incluye el diseño y desarrollo de las fórmulas económicas ideadas por KAS-ETA para hacer factible los objetivos perseguidos por la codirección subordinada.
- Dentro de este entramado aparece con un carácter preferente la empresa ORAIN S.A., editora del Diario EGIN, así como de la Radio EGIN IRRATIA, como instrumentos económicos operativos de la organización, y de difusión de los planteamientos de la estrategia y elementos esenciales para el control de todo el movimiento.
- En la documentación intervenida a ETA (...) se constata la identificación con claves secretas de estas entidades (...) evidenciando una sumisión absoluta hacia ETA, a la que se rinde cuenta de todas las actividades y actuaciones para la ejecución de una descapitalización de ORAIN S.A., a favor de otra empresa instrumental de la organización, ARDATZA S.A., cuyos Consejos de Administración actúan de común acuerdo al estar integrados por las mismas personas casi en su totalidad y con el fin de evitar que se hiciera efectiva la deuda con la Seguridad Social (superior a los 500 millones de pesetas).
- Así mismo, se rinden cuentas por el Consejo de Administración a ETA de todas las incidencias que se producen en el periódico, y se le piden directrices para designar al Director.

- En el desenvolvimiento de la estrategia que se desarrolla concretamente a través de las entidades ORAIN S.A., EGIN y EGIN IRRATIA, las empresas de publicidad LEMA 2000, HERNANI IMPRIMATEGIA y ARDATZA S.A. intervienen activamente en las fechas durante las cuales se pone en marcha y se desenvuelve y mantiene aquella estrategia -que implica también la descapitalización a la que luego se hará mención-, los componentes de los Consejos de Administración respectivos entre 1993 y la actualidad, en concreto (12 personas mencionadas en los Autos).
- De lo actuado se desprende que todos los anteriores (las 12 personas mencionadas en los Autos), como miembros de los respectivos Consejos de Administración, intervienen desde sus respectivas responsabilidades en todas y cada una de las operaciones realizadas por las mercantiles citadas, en cumplimiento de una estrategia global previamente diseñada por la organización terrorista KAS-ETA en la que se integran. Pero, además de la participación en la estrategia general, también han participado en la aplicación concreta consistente en producir la descapitalización mediante ventas ficticias en todos los activos de ORAIN S.A. a ARDATZA S.A. y de éstas a ERIGANE S.L., que daría la cobertura final como tercero aparente de buena fe blindando la operación. Todo ello desde 1993 y 1997, respectivamente en perjuicio de la Seguridad Social a la que adeudaba ORAIN S.A. 550.745.544 pesetas, y a quien se impide de esta forma cobrar su deuda. De toda la operación se da cuenta cumplida y pormenorizada información a la Dirección en el exterior de ETA.

Fundamentos

Los Autos recogen que los hechos que se relatan podían ser constitutivos de:

- Integración en organización terrorista, arts. 516 y 516 .2ª Código Penal.
- Colaboración económica con organización terrorista, art. 575 CP.
- Colaboración genérica con organización terrorista, art. 576 CP.
- Alzamiento de bienes, art. 257 CP.
- Blanqueo de capitales, art. 301 CP.
- Delito fiscal, art. 305 CP en relación con los Arts. 174, 174 bis del CP derogado.

De los hechos serían responsables y, en su caso imputados (se recogen los mismos 12 nombres de los miembros de los Consejos de Administración) “por cuanto todos ellos en una u otra medida, la que se determinará en esta causa, han participado y/o participarán presuntamente en alguna de las actividades que se describen en los hechos y desvelan su vinculación a la organización KAS-ETA”.

A la vista de las causa que motivan el registro de las mercantiles ARDATZA S.A., ORAIN S.A., editora de EGIN, la filial EGIN IRRATIA y las entidades LEMA 2000 y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A. se comprueba que tanto la primera como la segunda y las dos últimas, así como el diario y radio EGIN son meros instrumentos que la organización terrorista KAS-ETA tiene para conseguir los fines delictivos que persigue, a la vez, tal como consta en la causa, forman parte del entramado económico-financiero diseñado en la reunión “Proyecto Udaletxe” de 1992.

Asimismo, EGIN constituye de hecho el único bien que ORAIN S.A. y ARDATZA S.A. pretenden proteger con el alzamiento de bienes detectado, a la vez que queda sometido EGIN, en el marco de la estrategia global, a la clara dirección de ETA, que marca pautas y directrices, facilitando claves secretas y directas de comunicación, recibiendo información e impartiendo instrucciones sobre los cargos a designar y la suerte financiera de la entidad.

Asimismo, la organización terrorista utiliza EGIN como medio de coordinación y publicación de claves para sus “comandos” en el interior, a través del “Apartado Merkatus” en el periódico, o de la Sección de “Agurraks” del mismo. Todos estos elementos, tras el hallazgo de la documentación que obra en la causa y su estudio, quedan constatados y acreditan que el diario y la radio del mismo nombre son un simple instrumento más para conseguir el mismo fin que, con diferentes medios, persigue el aparato militar de ETA-KAS.

Decisión Judicial

“En todo caso queda claro que este mecanismo no puede permanecer activo, después de las investigaciones realizadas en la causa, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13, 299 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en

relación con el artículo 127 y 129 1º a) y c) y 2º del Código Penal y para prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, procede acordar la clausura de las empresas, sus locales y establecimientos con carácter temporal o definitivo, así como la suspensión de la actividad de la sociedad ORAIN S.A., el diario EGIN, la radio EGIN IRRATIA, LEMA 2000, HERNANI IMPRIMATEGIA S.A. y ARDATZA S.A.”.

Precinto y audiencia de titulares cara a la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 CP

El segundo de los Autos de 15 de julio de 1998 en el Procedimiento: *Diligencias Previas 77/97 por el Delito: Colaboración con banda armada*, es relativo al precinto y a la preceptiva audiencia de los titulares o de sus representantes legales, previa a la imposición de las consecuencias previstas en el artículo 129 del Código Penal.

Hechos

Se recoge un único Hecho en el que consta que en el día 14 de julio de 1998 se ha acordado la medida cautelar consistente en la clausura cautelar y suspensión de actividades de las empresas ORAIN S.A., EGIN, EGIN IRRATIA, LEMA 2.000, HERNANI IMPRIMATEGIA S.A. y ARDATZA S.A.

Fundamentos

Se recoge un único Fundamento: “La audiencia de la que trata el inciso primero del artículo 129 del Código Penal habrá de ser previa a la ejecución y materialización de la medida pero, en todo caso, posterior a la notificación de la misma cuando el sumario se halla secreto y el interesado detenido e incomunicado ya que de otro modo sería absurda e inefectiva la medida al trascender previamente la intención del instructor.

Por tanto es preciso conjugar los intereses en juego y practicar la audiencia antes de que se haga efectiva la medida cautelar mediante su anotación en los Registros

correspondientes; mientras tanto, las Empresas y locales quedarán debidamente precintados, tal y como se ordenó tras las practicas de los registros correspondientes”.

Decisión judicial

Citar al Administrador Unico de ORAIN S.A. (Editora de EGIN y EGIN IRRATIA) (...) para practicar la audiencia del artículo 129 del Código Penal, una vez que se alce su incomunicación y previa notificación completa del Auto de fecha 14 de julio de 1998.

Citar a los Administradores Únicos de ARDATZA S.A. (...) y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A. (...) una vez que se alcen las incomunicaciones de los detenidos señalándose, por tanto, la misma para el próximo día 20 de julio de 1998, a las 10 horas de la mañana, para practicar la audiencia del artículo 129 del Código Penal.

Que queden precintadas e inmovilizadas las Entidades de las Empresas citadas hasta la practica de la audiencia y la ratificación de la medida.

Una vez practicada la mencionada audiencia, se dé curso de la clausura y suspensión adoptadas a los Registros correspondientes y organismos en los cuales deba constar, así como a Entidades bancarias y de crédito.

Ratificación y medidas complementarias

Mediante Auto de 21.7.1998, el Juzgado ratifica los Autos de fecha 14.7.1998 en lo que se refiere al punto 4 de “ordenar la clausura,...suspender todas las actividades”, ampliando las medidas de clausura temporal y suspensión de actividades a ERIGANE S.L con igual alcance.

Asimismo adopta una serie de medidas complementarias como son las siguientes:

-Designar tres personas como Administradores Judiciales.

- Dejar en suspenso todos los poderes de los órganos de representación de las empresas, función que asumirán los Administradores una vez nombrados.
- Comunicar la clausura y suspensión a los Organismos, Instituciones y Registros Oficiales a los efectos de su anotación preventiva.
- Ratificar el bloqueo de cuentas y depósitos.
- Acordar el embargo de todos los bienes muebles e inmuebles y cuantos saldos tuvieran en cuentas bancarias.
- Acordar la peritación de todos los bienes intervenidos con enumeración de sus cargas.

Desestimación del recurso de queja y modificación de las medidas cautelares

Por Auto de 11.1.1999 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictado en el Recurso de Queja nº 74/98, se acordó desestimar éste pero modificando el Auto de 21.7.1998 del Instructor en el sentido de que “las medidas de clausura de empresas y suspensión de actividades tendrán una duración de seis meses contados desde el 31 de agosto de 1998, sin perjuicio de que antes del 1 de marzo de 1999, valorando la necesidad y proporcionalidad del mantenimiento de las medidas, puedan ser prorrogadas por un plazo igual, a virtud de resolución motivada y sin poder nunca superar el máximo legal de duración de cinco años”.

Prórroga de las medidas de clausura y suspensión

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado Central de Instrucción nº 5, mediante Auto de 26.2.1999 acuerda “prorrogar las medidas de clausura de empresas y suspensión de actividades a que se refieren los Autos de 15.7.1998 y 21.7.1998 de este Juzgado y Auto de Sala (Sección Cuarta) de 11. 1. 1999, por plazo de SEIS MESES, que expirarán el primero de septiembre de 1999, sin perjuicio de que antes de esa fecha, valorando la necesidad y proporcionalidad del mantenimiento de las medidas puedan ser prorrogadas a virtud de resolución motivada por un plazo igual y sin sobrepasar el máximo legal de duración de cinco años.”

Alzamiento de la suspensión de actividades del grupo ORAIN, manteniendo la administración judicial de las empresas y demás medidas cautelares

Por Auto de 6 de agosto de 1999 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acuerda:

-ALZAR la suspensión de actividades del grupo empresarial ORAIN S.A. y que se concentran en la confección, edición, impresión y publicación del diario EGIN y emisiones de EGIN IRRATIA a partir del 1 de octubre de 1999, con lo cual se prorroga el Auto de 26 de febrero de 1999 por treinta días.

-La materialización de la reanudación de la actividad editorial o radiofónica deberá acompañarse de un informe económico-financiero del administrador judicial que asegure la viabilidad y protección de los intereses que pesan sobre los bienes y efectos intervenidos, en dicho ámbito económico-financiero.

Asimismo, en el apartado 2 de la parte dispositiva, se acordaba mantener las medidas de administración judicial de las empresas y demás medidas cautelares adoptadas por el plazo de seis meses, hasta el 1 de marzo del año 2000, sin perjuicio de alzamiento previo o prórroga posterior, según proceda.

Conclusiones del Administrador Judicial

En el Informe del Administrador Judicial de 1.10.1999 presentado ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se establecen las siguientes conclusiones:

La imposible reanudación de la actividad económica de las empresas intervenidas, en los términos anteriormente referidos y su situación de déficit patrimonial, configuran el supuesto contemplado en el art. 874 del Código de Comercio que determina la necesidad de realizar el patrimonio de las empresas intervenidas a fin de repartir el importe entre los acreedores en proporción a sus créditos.

Resulta necesario, a juicio de esta Administración Judicial, poner en conocimiento de los juzgados del domicilio de las empresas intervenidas la situación de quiebra en que se encuentran a los efectos de iniciar el correspondiente procedimiento concursal.

Inicio de los procedimientos concursales oportunos

Dando traslado del Informe del Administrador Judicial, el Ministerio Fiscal, en escrito de 5, 10, 1999 dirigido al Instructor afirma:

Procede iniciar los procedimientos concursales oportunos para garantizar los derechos de los acreedores de las empresas afectadas y por ello autorizar al Administrador Judicial a los efectos procedentes.

Por Auto de 13.10.1999, el Juzgado Central de Instrucción nº 5, vistos el Informe del Administrador Judicial y el dictamen del Ministerio Fiscal, acuerda:

- Citar al Administrador Judicial para el día 18, 10, 99 a las 10 horas para ratificación del Informe con citación de las partes.
- Autorizar al Administrador Judicial para que adopte las medidas precisas e inste a las acciones que correspondan a los fines reflejados en el Informe de 1 de octubre de 1999.

Con fecha 18 de octubre de 1999 el Administrador Judicial presenta escrito ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el que, a la vista de las conclusiones de su Informe de 1 de octubre de 1999, interesa la designación de un Abogado del Estado a los efectos que asuma la dirección y representación letrada de la Administración Judicial de las empresas intervenidas.

Prórroga de las medidas

Mediante sucesivos Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de fechas 1.3.2000, 25.7.2000, 25.1.2001, 18.7.01, se acuerda prorrogar las medidas que se recogen en el Auto de 6 de agosto de 1999, reiterándose en Auto de 24.12.2001 que las medidas de embargo de bienes y derechos, prohibiciones de disponer y demás medidas cautelares siguen subsistentes desde su adopción hasta la actualidad y, por tanto, incluidas también en el Auto de 18.7.01.

2. Alzamiento condicional de la suspensión y clausura

1. Concluido el Sumario 18/98 (anteriores Diligencias Previas nº 77/97) y elevado el mismo a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante escrito del representante legal de los afectados de 8 de julio de 2003, se interesó el alzamiento total y extinción de las consecuencias accesorias del art. 129.2 CP, al estar próximo el cumplimiento del plazo máximo de vigencia de las mismas (cinco años) y, en concreto, el alzamiento total y extinción de las medidas de clausura temporal de las empresas, sus locales y establecimientos y de suspensión de sus actividades, con la adopción de aquellas otras complementarias que fueran necesarias para su ejecución.

2. Por Auto de 14 de julio de 2003 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió la solicitud de la representación de los afectados en los términos siguientes:

- Se ratifica el alzamiento de la suspensión de actividades del Grupo Orain (formado por Orain S.A., Ardatza, S.A., Hernani Imprimategia, Erigane, Publicidad Lema 2000, EGIN y EGIN Irratia), tal como venía acordado en Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de fecha 6 de agosto de 1999, por lo que dicho Grupo podrá, en lo sucesivo, reanudar sus actividades.
- Al mismo tiempo, no habiéndose cumplido las obligaciones de pago de deudas que derivaban del Informe emitido por el Administrador Judicial sobre la viabilidad económica del Grupo, se condiciona ese alzamiento al cumplimiento de dichas obligaciones tal y como venía acordado por Auto de 6 de agosto de 1999, por lo que la reanudación de la actividad sólo tendrá lugar previo pago de las deudas pendientes del Grupo.
- Se acuerda que el Administrador judicial emita nuevo Informe al objeto de facultar a la Sala para la revisión de la medida acordada.
- Se alza la clausura de los locales del Grupo Orain.

Para adoptar esta decisión la Sala recuerda como antecedente el Auto de 6 de agosto de 1999, dictado por el Instructor, y la justifica en los siguientes términos:

3. Por Auto de fecha 6 de agosto de 1999 el Juzgado acordó alzar la suspensión de las actividades del Grupo ORAIN, relativas a la confección, edición, impresión y

publicación del Diario EGIN y las emisiones radiofónicas de EGIN IRRATIA a partir del 1 de octubre de 1999. Esta reanudación de la actividad empresarial, editorial y radiofónica, quedaba sometida a la siguiente condición:

Se realizará un informe económico-financiero por parte del Administrador Judicial, en el que se explicarían las medidas a tomar para asegurar la viabilidad y protección de los intereses que pesan sobre los bienes y efectos intervenidos, y una vez adoptadas y ejecutadas estas medidas, sería posible reanudar la actividad del Grupo.

Tras ello, en el Fundamento de derecho segundo, motiva la razón de su decisión:

- Efectivamente dicho informe fue emitido, y de su contenido se desprendería que era imprescindible el pago de determinadas deudas para la viabilidad de la empresa, de tal forma que si no se realizaban esos pagos no era posible materializar el alza de la suspensión de actividades.
- El impago referido ha determinado que, a pesar de estaralzada en resolución judicial la suspensión de actividades del Grupo ORAIN, no se haya materializado en la práctica; y esto ha tenido lugar por acontecimientos ajenos a la actividad jurisdiccional, pues si se hubieran realizado oportunamente los pagos de las deudas pendientes del Grupo ORAIN, las actividades del Grupo podrían haber quedado reanudadas desde el 1 de octubre de 1999.
- Según consta en la causa a través del informe emitido por el Administrador Judicial, la deuda pendiente de pago del Grupo ORAIN asciende a 31 de diciembre de 2002 a 8.517.981,28 Euros, sin que hasta la fecha se haya hecho efectivo el pago de la citada deuda.
- Desde este punto de vista, no puede admitirse la alegación de las defensas en el sentido de que ha transcurrido el plazo de cinco años previsto en el artículo 129.2 del Código Penal, porque dicho plazo quedó interrumpido por virtud de la resolución judicial comentada, que es de fecha 6 de agosto de 1999. De esta forma, la suspensión de actividad del Grupo ORAIN ha tenido lugar sola y exclusivamente desde el 14 de julio de 1998 hasta el 6 de agosto de 1999, es decir, durante poco menos de trece meses, tiempo considerablemente inferior al plazo de cinco años establecido en el citado precepto.
- En consecuencia, no procede sino mantener la suspensión de actividades del Grupo ORAIN en los términos acordados en el Juzgado Central de Instrucción,

sin perjuicio de que por el Administrador Judicial, y para mayor garantía de los acusados y responsabilidades civiles, se vuelva e emitir informe ante esta Sala sobre la viabilidad de las actividades empresariales del Grupo ORAIN, en el que se hagan constar las deudas pendientes y, una vez hecho, la Sala vuelva a pronunciarse al respecto.

4. Recurso de Súplica de 18 de diciembre de 2003 de la representación legal de los afectados contra el Auto de 14 de julio de 2003 reiterando la pretensión de alzamiento total y extinción de la medida de suspensión de actividades de las empresas ORAIN, S.A., ARDATZA, S.A., ERIGANE, S.L., y HERNANI IMPRIMATEGIA, S.A.

5. Auto de fecha 19 de noviembre de 2003 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se acuerda desestimar el Recurso de Súplica, confirmando, en todos sus extremos, el Auto de 14 de julio de 2003, señalando que esta última resolución “ratifica el alzamiento de la suspensión de actividades del Grupo, lo que no impide que dicha actividad se someta a condición, de ahí que, mientras no se cumplan las condiciones establecidas, deban permanecer sin actividad”, considerando que lo planteado por los afectados en el recurso “son cuestiones interpretativas” y entendiendo que “el plazo de cinco años no ha vencido...y que, por supuesto no se ha vulnerado ningún derecho constitucional”.

3. Recurso de amparo constitucional

3.1 En fecha 30 de diciembre de 2003 la representación de ORAIN S.A, ARDATZA S.A., y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A., formula RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL, motivado en la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información del artículo 20.1, apartados a) y d) de la Constitución Española, en relación con el artículo 10,1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 que proclama el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

En particular en el Recurso de Amparo se solicita:

- Reconocer el derecho de los recurrentes a la libertad de expresión e información, restableciendo la integridad de tales derechos.
- Declarar la nulidad de los Autos de 14 de julio de 2003 y 19 de noviembre de 2003, dictados por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Rollo de Sala 27/02 dimanante del Sumario 18/98 (Pieza Principal) del Juzgado Central de Instrucción nº 5, en cuanto disponen el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de actividades de las recurrentes imposibilitando la confección, edición, impresión y publicación del Diario EGIN y la emisiones radiofónicas de EGIN IRRATIA.

3.2. Inadmisión del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional el 6 de julio de 2005 acuerda por unanimidad inadmitir el Recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 50.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Entiende el TC, en contra de lo sostenido por los recurrentes, que “la medida, acordada por Auto de 14 de julio de 1998, se alzó mediante el Auto de 6 de agosto de 1999, con efectos desde el 1 de octubre de 1999, sin que el alzamiento se haya sometido a condición alguna. Lo que se somete a condición, en el marco de la administración judicial a las que estaban sometidas las empresas, es la reanudación de la actividad. Y la reanudación de la actividad no se ha producido por razones estrictamente económicas ligadas a la situación de quiebra en que se encontraba el grupo empresarial, como se desprende del informe del administrador judicial emitido el día 1 de octubre de 1999. Y es en este contexto – y no como condición para el alzamiento de la medida cautelar de suspensión de actividades, alterando la finalidad constitucionalmente legítima – en el que las resoluciones recurridas hacen referencia al pago de las deudas pendientes para poder reanudar la actividad, remitiéndose a lo establecido en el Auto de 6 de agosto de 1999.

La parte dispositiva de este Auto es inequívoca en este sentido, como se desprende de su mera lectura. A la vista de lo cual, el Auto de 14 de julio de 2003 también diferencia entre el alzamiento de la medida cautelar de suspensión de actividades (que ratifica y entiende acordado por el Auto de 6 de agosto de 1999, destacando que la duración de la medida ha sido claramente inferior a cinco años), la reanudación de la actividad (que es lo que se condiciona al pago de las deudas y al cumplimiento de las obligaciones económicas que se derivan del informe del administrador judicial, en los términos acordados por el Auto de 6 de agosto de 1999, al que se remite) y la medida de administración judicial que también mantiene.

Tampoco cabe apreciar defectos de motivación constitucionalmente relevantes en las resoluciones recurridas, pues de la lectura de las mismas conjuntamente con el Auto de 6 de agosto de 1999 (al que expresamente se remiten) se desprende con suficiente claridad todo lo anteriormente expuesto y, por tanto la *ratio discendi* de la desestimación de las pretensiones (SSTC 116/1998, 165/1999): que la medida cautelar restrictiva del derecho fundamental invocado se alzó en un momento muy anterior al cumplimiento del plazo máximo legalmente establecido”.

SEGUNDA PARTE: CASO EUSKALDUNON EGUNKARIA

Entrada y registro

Por Auto de 19.02.2003 del Juzgado Central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 216/2001 se autoriza la entrada y registro en la sede-oficina de EGUNKARIA S.A. por presunto delito de pertenencia o colaboración con la organización terrorista ETA, a fin de localizar y aprehender los objetos, vestigios, instrumentos, documentos, efectos o cualquier otro elemento que pueda encontrarse en dicho lugar y guarde relación con el delito objeto de investigación, y/o en su caso, para proceder a la localización y detención de persona/as relacionadas con el referido delito objeto de la investigación.

Clausura y precinto temporal preventivo

Por Auto de 19.02.2003 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, Diligencias Previas 216/2001, se acuerda la medida de clausura y precinto temporal preventivo del periódico EUSKALDUNON EGUNKARIA, así como de su sede social, redacción y todas sus sedes y oficinas, locales o establecimientos, suspendiéndose asimismo todas sus actividades.

Esta decisión tiene su origen en un Informe (9/2001) presentado el 7 de junio de 2001 ante la Fiscalía de la Audiencia Nacional por la Unidad Especial nº 1 de la Guardia Civil, en el que se establece la presunta vinculación de un entramado empresarial con la financiación de la banda terrorista ETA.

Dicha decisión de clausura temporal y suspensión de actividades se adopta al amparo del art. 129 del Código Penal en relación con el art. 520 del Código Penal.

Fundamentación.

Se señala en el Auto que de los Informes mencionados pueden extraerse suficientes datos que avalan que EGUNKARIA S.A. fue creada, financiada y dirigida

por ETA, teniendo un lugar en las estructuras de la banda y unos enlaces determinados para recibir las directrices de la misma y poder obtener información.

Se establece que el Diario EUSKALDUNON EGUNKARIA cumple dos funciones:

- Es un instrumento que la banda terrorista ETA utiliza para la difusión de la cultura y lengua vasca.
- Y también para la difusión e ideología y propaganda de la izquierda abertzale.
- Ambas funciones tiene como fin último prostituir la lengua y la cultura vasca haciéndolas propias y exclusivas, para la exaltación de un hecho diferencial imprescindible para su proyecto revolucionario, como reconoce ETA en la documentación intervenida y en los informes presentados.

También se señala que la organización ETA nombró los dos directores del mencionado Diario.

Decisiones Judiciales.

Medida de clausura y precinto temporal preventivo del periódico EUSKADUNON EGUNKARIA, así como de su sede social, redacción y de todas sus sedes y oficinas, locales o establecimientos. En el supuesto que parte de la actividad desarrollada por el periódico, impresión, rotativas, almacenes, red de distribución etc., no se encuentren en sus sedes y sea desarrollada por mercantiles contratadas para esa labor por el referido periódico o la mercantil EGUNKARIA S.A., habrá de comunicarse formalmente a las mismas que a partir del día 20 de febrero de 2003 han de cesar en la labor desarrollada respecto al citado periódico, con la advertencia de comisión de un delito de desobediencias a resolución judicial en el caso de que hagan caso omiso a dicho requerimiento de cese de actividades.

Se convoca la audiencia prevista en el artículo 129 del CP en el término máximo de diez días a contar desde el 20 de febrero de 2003, donde resolverá contradictoriamente sobre la clausura temporal y la suspensión de actividades del periódico EUSKALDUNON EGUNKARIA.

Recurso de reforma

Recurso de Reforma de 24.02.2003, Diligencias Previas 216/2001, contra los Autos de fecha de 19 de febrero de 2003, al entender que no se ajustan a derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 787.1 en relación con los arts. 216 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se solicita:

- Nulidad absoluta de los Autos de 19 de febrero de 2003 que acuerda la clausura, cierre, precinto temporal preventivo y suspensión de actividades de EGUNKARIA S.A. y EUSKALDUNON EGUNKARIA.
- Alzamiento de todas las medidas acordadas en los citados Autos respecto de la empresa EGUNKARIA S.A. y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA.
- Nulidad de todas las actuaciones que sean consecuencia directa o indirecta de los Autos que acuerdan la medida cautelar recurrida.

Denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial

Denuncia de 24.02.2003 ante el Consejo General del Poder Judicial respecto a la actuación del Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

Motivos. A través de una nota de prensa, en la tarde-noche del día 20 de febrero de 2003, conjunta entre el Ministerio de Interior y el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 6, se ha producido una quiebra del principio de separación de poderes y que, en el caso del órgano judicial, se ha producido además mediante la vulneración del precepto que prohíbe la revelación de hechos o noticias de las que han tenido conocimiento durante la instrucción de las Diligencias Previas 216/2001.

Además, pudiera ser constitutiva de un caso de falta grave del art. 418.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Auto desestimatorio del recurso de reforma. Clausura temporal y suspensión de actividades

Auto de 10.03.2003, Diligencias previas 216/2001, que desestima el Recurso de Reforma.

Auto de 10.03.2003 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, Diligencias previas 216/2001 por el que se acuerda :

- La clausura temporal por seis meses de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A. y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos.
- Suspender sus actividades por seis meses, quedando precintados los referidos locales y sus sedes, y en depósito a disposición del Juzgado todos los bienes, elementos y enseres de su titularidad o uso.
- Se ratifican cuantas órdenes de bloqueo, embargo, prohibición de disponer, inmovilización u otra medida cautelar real se hayan adoptado con relación a las citadas mercantiles y periódico.
- Se acuerda la suspensión temporal por seis meses de los poderes de los órganos de las referidas mercantiles, lo que se comunicará a los Registros Mercantiles correspondientes para su constancia, salvo que en los extremos relativos a la defensa jurídica de sus intereses y pretensiones, al objeto de no causar indefensión a las mismas.
- La medida atenderá a la fijación de la misma con un plazo temporal estricto: seis meses a contar desde el 20 de febrero de 2003 inclusive, que necesariamente habrá de ser revisada, con audiencia de los afectados y del Ministerio Fiscal, en el último mes de dicho periodo, salvo que se adopte su alzamiento con anterioridad, una vez desaparecida la razón jurídica de las medidas cautelares adoptadas.

Recurso de Reforma de 13.03.2003, Diligencias Previas 216/2001 contra Auto de 10 de marzo de 2003 para que estimándolo se dicte resolución por la que se revoque el mismo y se dejen sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

Auto de 9.04.2003, Diligencias Previas 216/2001 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 que desestima el Recurso de Reforma interpuesto contra el Auto de 10 de marzo de

2003 de clausura temporal de seis meses de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A., y del periódico EUSKALDUNON EGUNKARIA.

Prórroga de la clausura temporal y suspensión de actividades

Auto de 16.07.2003 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, Diligencias previas 216/2001, por el que se dispone:

- Prorrogar la clausura temporal por seis meses más de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A., y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos, así como suspender sus actividades por seis meses mas quedando precintados los referidos locales y sedes, y en depósito a disposición del Juzgado todos los bienes, elementos y enseres de su titularidad o uso; ratificándose cuantas órdenes de bloqueo, embargo, prohibición de disponer, inmovilización u otra medida cautelar real adoptadas con relación a las citadas mercantiles y periódico hasta la actualidad; se mantiene la suspensión temporal por seis meses más de los poderes de los órganos de administración de las referidas mercantiles, por lo que se comunicará la prórroga a los Registros Mercantiles correspondientes para su constancia, salvo los extremos relativos a la defensa jurídica de sus intereses y pretensiones, al objeto de no causar indefensión a los mismos.
- Esta medida de prórroga se fija con un plazo temporal estricto: seis meses, a contar desde el 20 de agosto de 2003 y hasta el 20 de febrero de 2004 inclusive, y habrá de ser revisada necesariamente, con audiencia de los afectados y del Ministerio Fiscal, en el último mes de dicho periodo, salvo que se adopte el alzamiento con anterioridad, una vez desaparecida la razón jurídica de las medidas cautelares adoptadas.

Auto de 3.11.2003, del Juzgado Central de Instrucción n ° 6, Diligencias previas 216/2001, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 16 de julio de 2003 que acordaba prorrogar la clausura temporal por seis meses mas de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A., y del diario EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos, así como suspender sus actividades por seis meses mas y otras medidas complementarias a las anteriores.

Escrito de la defensa de protesta y queja formal por la falta de notificación de la resolución

Escrito de la defensa de protesta y queja formal de 2.10.2006, Diligencias previas 216/2001, a los efectos legales pertinentes por la falta de notificación de la resolución (o resoluciones) que acuerdan medidas restrictivas y limitadoras del derecho a la libertad de expresión y de información, así como por la indefensión que genera la imposibilidad de impugnarlas, para que se ordene su inmediata notificación a la representación legal de EGUNKARIA S.A., y con lo demás que en derecho proceda.

Escrito del Ministerio Fiscal interesando el sobreseimiento del procedimiento

Escrito del Fiscal, Juzgado de Instrucción nº 6, Sumario ordinario nº 44/04, de 14 de diciembre de 2006, por el que se *“interesa el sobreseimiento del procedimiento (...) al considerar que no existen suficientes elementos incriminatorios para estimar acreditada la perpetración del delito de integración en organización terrorista y/o asociación ilícita, y para atribuir a alguno de los procesados su participación en el mismo”*.

En la Calificación Jurídica de los Hechos, C 3, se recoge *“Por tanto, no estando acreditado que el periódico EGUNKARIA hubiera servido para financiar a la banda terrorista ETA o para blanquear capitales procedentes de la misma; no constando que el diario EGUNKARIA, y tampoco los procesados, hubieran servido a los fines de la banda terrorista ETA; no constando que los procesados hayan legitimado las acciones terroristas o hayan exculpado o minimizado el significado antidemocrático y de violación de derechos fundamentales que conlleva la actuación de esa banda, lo cual podía haberse hecho de modo incluso implícito pero con actos concluyentes; no constando que los procesados hayan prestado alguna ayuda ni específica ni genérica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo: resulta improcedente abrir el juicio oral.*

En consecuencia el Fiscal se muestra conforme con el Auto de conclusión del Sumario y no concurriendo indicios o elementos suficientemente sólidos y unívocamente incriminatorios desde criterios de lógica y razonabilidad que permitan fundamentar con carácter provisional una acusación por pertenencia a organización terrorista (...) y atribuir un ilícito criminal de semejante naturaleza a los procesados, procede acordar el sobreseimiento provisional (...), dejando sin efecto su procesamiento y cuantas medidas cautelares personales y reales se hayan acordado en este procedimiento”.

Como se ve, el escrito del Fiscal no hace referencia, en particular, a las medidas cautelares tomadas en su momento, febrero 2003, que afectaron negativamente a derechos fundamentales.

TERCERA PARTE: Sobre la aplicación “cautelar” del artículo 129 del Código Penal

1. Artículo 129 CP

Dispone el artículo 129 del Código Penal:

1. El Juez o Tribunal en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de las empresas, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de las empresas para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

2. Opiniones doctrinales sobre el caso

La clausura “cautelar” y la suspensión de actividades del diario EGIN y de la emisora de radio EGIN IRRATIA fueron objeto, en su momento de opiniones doctrinales recogidas, en parte, en sendos escritos de la defensa.

Así, el penalista E. GIMBERNAT, en un artículo publicado en el Diario “El Mundo” el 27 de julio de 1998, calificó la medida de inconstitucional al entender que vulneraba el artículo 20 de la Constitución Española que garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión, derecho que sólo puede ser derogado durante una situación de estado de excepción o de sitio, previstos en el artículo 55.1 CE y, cabe añadir, no está amparado por el artículo 55.2 CE. Entendía además este autor que dicha medida es incompatible con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, que declaraba inconstitucional el artículo 21 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, contra la actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de Desarrollo del Artículo 55.2 CE. El Tribunal Constitucional apreció, en ese caso, la inconstitucionalidad del precepto citado por vulnerar el artículo 20 CE, ya que la “clausura de un medio de comunicación significa una suspensión de los derechos reconocidos en el mencionado artículo”.

En relación con la citada STC, **el Juzgado Central de Instrucción nº. 5** recogió en el Auto de 21 de julio de 1998 que:

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

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

Por último, que no implica una medida restrictiva a la Libertad de Expresión sino que incide en la incautación judicial de instrumentos idóneos para la ejecución de un delito extremadamente grave, se comprueba porque en ningún caso se toma como respuesta a un artículo de opinión; y en la práctica, de forma inmediata a la adopción de la medida, ha aparecido una nueva publicación de semejante contenido editorial, utilizando para ello medios materiales diferentes de los intervenidos a las empresas a cuyos miembros se les imputa el delito de integración o pertenencia a organización terrorista. Respecto de esta editora no se ha tomado medida alguna en tanto en cuanto no han aparecido datos, hasta el momento, que así lo justifiquen.

Nótese que el razonamiento del Instructor no se acomoda en ningún momento a la argumentación constitucional de la STC 199/1987. En él, se desatienden los bienes jurídicos, derechos fundamentales, afectados, con una aplicación mecánica o autónoma de los preceptos penales y de los objetivos procesales sin analizar, para este caso en el que se tratan de medios de comunicación social, su armonización constitucional.

Con posterioridad, la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007, se pronuncia sobre la aplicación de estas medidas señalando que:

“para decidir si se aplican o no estas medidas, y en caso positivo cuál de ellas se debe imponer es necesario ponderar adecuadamente dos factores: - La necesidad de poner fin a la actividad delictiva. – Evitar que el perjuicio lo

sufren sujetos que no han tenido que ver con dicha acción delictiva. En el caso que nos ocupa la actividad punible consiste en determinadas estructuras mercantiles o asociativas al servicio último de una organización terrorista como es ETA; Y el perjuicio por su aplicación lo sufre la propia organización ETA”.

En dicho razonamiento no se interesa, como puede verse, cual es la actividad de dichas “estructuras mercantiles o asociativas”, esto es, la comunicación social por medio de un diario y una emisora de radio, de modo que los perjudicados, también inmediatos, son los lectores y los oyentes, además de afectarse negativamente a un soporte sustancial del pluralismo democrático. Tampoco se ponderan, por tanto, los bienes jurídicos en juego de cara, precisamente, a justificar la “necesidad” y la “afectación a terceros que nada tienen que ver con la actividad delictiva”, desatendiendo así los razonamientos de la STC 199/1987 de 16 de diciembre, en relación con los criterios de proporcionalidad y de conformidad constitucional de las medidas cautelares.

Como comenta ECHARRI CASAS en su libro *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias* (2003, pág. 204), bajo el epígrafe “Posible inconstitucionalidad de la clausura de los medios de comunicación”, sólo será posible el cierre de un medio de comunicación sobre la base del artículo 55.1 CE en relación con la declaración del estado de excepción o de sitio, en cuyo caso se pueden suspender los derechos del artículo 20 CE, previsión constitucional desarrollada por la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que autoriza a “suspender todo tipo de publicaciones” tanto en el supuesto de estado de excepción (art. 21) como de sitio (art. 32.2). Y añade este último autor que “llama la atención, además, acerca de la fase procesal (durante la instrucción) en la que se acordó aquélla, en la cual todavía no se había destruido la presunción de inocencia”.

En particular, la STC 199/1987 de 16 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 12, recogía que “*El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas (...) aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho que resulta carente de la habilitación contenida en el artículo 55.2 de la*

Constitución. (...) pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información”.

Retomando la opinión de E.GIMBERNAT, éste expone que “no es lo mismo cerrar una frutería o el tivvivo de una verbena que un medio de comunicación social, porque mientras que la CE no se ocupa para nada de las tiendas de comestibles ni de las atracciones de feria, sí lo hace, en cambio, de la libertad de expresión, por lo que no puede hablarse de “aplicación estrictamente constitucional” de las facultades atribuidas por el art. 129 CP, cuando no se tiene en cuenta que la aplicación del artículo 129 CP es complementaria a la del artículo 20 CE que no admite, como medida cautelar, la clausura del medio, sino sólo el secuestro de ejemplares”.

El constitucionalista M. CARRILLO, en un artículo de opinión publicado en el diario “El País” el 11 de agosto de 1998, comentaba: “Ahora bien, una vez llevada a cabo la misma, conviene no olvidar que el sustrato material de la actividad reprimida – la actividad empresarial con fines espurios – es y sigue siendo un medio de comunicación de incidencia modesta en la sociedad vasca. Pero esto no es lo relevante; sí lo es, por el contrario, que a través suyo se expresa una corriente de opinión (por llamarlo de alguna manera) que el estado democrático al que combate no puede permitirse el lujo (valga la paradoja) de excluirla y ésta es la parte deslindable de la estructura empresarial. Una parte que, siempre que no vuelvan a delinquir, no se puede desechar la oportunidad de seguir conociéndola, aunque sea la expresión de fundamentalismo más reaccionario contra la libertad y la razón; el pluralismo también es eso. Por ello sería razonable y proporcional a la finalidad perseguida que la medida cautelar – fruto de la proporcionalidad que la caracteriza – fuese levantada en el plazo más breve posible. Lo que fue necesario en un primer momento no tiene que serlo en cualquiera”. Como puede comprobarse en la relación documental anteriormente expuesta, la clausura cautelar del diario EGIN y de la radio EGIN IRRATIA agotó los cinco años máximos previstos en el art. 129 CP, desde el 14 de julio de 1998 a 14 de julio de 2003; sin embargo, la suspensión de actividades,alzada en su momento, no

pudo materializarse al condicionarse, en el momento del alzamiento, al pago por los afectados de las deudas de las empresas recogidas en el Informe del Administrador Judicial.

El artículo 129 CP exige, en su primer párrafo, como una cuestión previa a la potestativa imposición de las “consecuencias accesorias”, en este caso a título de “medidas cautelares”, la “*previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales*”. Como se ha podido ver, en Auto de 15 de julio de 1998, se decide por el Instructor dar audiencia a los Administradores Únicos de las empresas afectadas “una vez se alcen las incomunicaciones de los detenidos, señalándose, por tanto, la misma para el próximo 20 de julio de 1998”. En su Fundamento Jurídico Único se señala que

“la audiencia...habrá de ser previa a la ejecución y materialización de las medidas pero, en todo caso, posterior a la notificación de la misma, cuando el sumario se halla secreto y el interesado detenido e incomunicado ya que, de otro modo, sería absurda e inefectiva la medida al trascender previamente la intención del Instructor... Practicar la audiencia antes de que se haga efectiva la medida cautelar mediante su anotación en los Registros correspondientes, mientras tanto las empresas y locales quedarán debidamente precintados, tal como se ordenó tras las prácticas de los registros correspondientes”.

Tal razonamiento para el retraso de la “previa audiencia”, cuando la “clausura” ya se había adoptado, en razón del secreto del sumario y de la detención incomunicada de los afectados, deberá ser contrastado con las previsiones legales de restricción de derechos durante la incomunicación, en relación con la preceptiva previsión de la audiencia previa del artículo 129.1 CP, que no incluye ningún supuesto de excepción como señala el Instructor. En relación con el supuesto de incomunicación, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 527 recoge:

“El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520 con las siguientes modificaciones:

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.*
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado b) del número 2.*

c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6”.

De esta manera, la incomunicación hacia el exterior del detenido “incomunicado” impide cualquier información a un familiar o persona que desee, al estarle vedada, ni a través del Abogado de oficio con el que se le prohíbe la entrevista “reservada (...) al término de la práctica de la diligencia en que haya intervenido”.

Por las anteriores previsiones legales restrictivas de derechos en casos de incomunicación, cabe cuestionar el retraso de la “audiencia previa” prevista en el artículo 129 CP. El razonamiento del Juez Instructor de que la audiencia se realizase “en todo caso posterior a la notificación de la misma, cuando el sumario se halla secreto y el detenido incomunicado, ya que, de otro modo sería absurda e inefectiva la intención del instructor”, deberá ser contemplado a la vista de las restricciones legalmente previstas de modo cerrado para los supuestos de incomunicación que están articuladas y se establecen para crear una barrera que impida la comunicación con el exterior del espacio de privación de libertad, de modo que sea imposible “comunicar”, al menos verbalmente, cualquier información por las personas detenidas e incomunicadas. En todo caso, el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no acoge esa previsión de exceptuar la preceptiva “audiencia previa” como una de las consecuencias de la situación de detención incomunicada. El secreto del sumario tampoco debería impedir el cumplimiento de la audiencia previa dada la detención incomunicada y prolongada de los afectados.

Posteriormente la Sentencia de la Sala tercera de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 sobre el sumario 18/98, se refiere a la preceptiva exigencia de “audiencia previa” a la imposición de las “consecuencias” del artículo 129 CP, en este caso “durante la tramitación de la causa”, y señala:

“Si la medida viene impuesta sobre una entidad de personalidad jurídica (sociedades y fundaciones) parece lógico entender que el precepto exige la audiencia de los titulares de la persona jurídica, o bien de sus representantes legales; y sus representantes legales son los administradores, titulares de la gestión social y representantes de la sociedad. En un elevado número de supuestos del caso que nos ocupa

ellos son precisamente los autores del delito por lo que al estar personados no necesitan audiencia”.

Singular afirmación que supone, por una parte, una directa inaplicación de la preceptiva previsión del artículo 129.1 CP y, por otra, una negación o violación manifiesta del significado garantista de la “previa audiencia”, distinta a la mera personación en el procedimiento, en relación con las medidas a acordar, cierre de los medios de comunicación, y los derechos de los afectados. Según el razonamiento de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, se vaciaría de contenido la previsión del art. 129. 1 CP en todos los casos en que las “consecuencias jurídicas” que acoge se aplicasen junto a la pena principal, supuesto inaceptable, y aún mas inaceptable cuando se exige, también, para los casos de aplicación cautelar.

Si se han planteado cuestiones problemáticas en relación a la aplicación, en este caso “cautelar”, de las “consecuencias” del artículo 129 CP, cabe plantear otras cuestiones que se presentan al inicio de la Instrucción como presupuesto de la aplicación cautelar del art. 129 CP. Se trata de la atribución a los inculpados, y empresas que representan, del delito de colaboración o integración en banda armada con base en una “coautoría subordinada” de ellos en o con la banda terrorista ETA y de una instrumentalización directa de las empresas en la actividad terrorista. Cabe plantearse que la imputación a título de “coautoría subordinada” de los responsables de las empresas tiene difícil encaje con el contenido material de la coautoría o autoría conjunta en cuanto dominio conjunto del hecho, en este caso, terrorista. Esta dificultad de justificación material de la responsabilidad personal se vincula directamente con la valoración que pueda merecer la aplicación cautelar del artículo 129 CP, porque mas allá de que el *fumus bonis iuris*, entendido en el terreno procesal penal no como mera apariencia sino como la imputación razonada del hecho punible, pueda reducirse a un mero e insuficiente *fumus*, la consideración de la medida “cautelar” como excepcional, proporcional y solamente aplicable cuando sea estrictamente necesaria, puede ser, por lo que se ha comentado, razonablemente cuestionada en base a los criterios previos en los que la Instrucción ha sustentado la imputación, tanto objetiva como personal. Similares comentarios pueden hacerse de los pronunciamientos de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de diciembre de 2007.

A lo anteriormente señalado cabe añadir que la aplicación de las consecuencias accesorias tiene su fundamento, como ha señalado B. DEL ROSAL BLANCO en su trabajo sobre “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español” (2001, pág.50), en la peligrosidad objetiva de la entidad, en este caso medios de expresión e información, como presupuesto autónomo e independiente respecto a la sanción que se le pueda imponer al que cometió el delito, en este caso delito, aún inexistente con base en el derecho fundamental a la “presunción de inocencia”, de integración o colaboración terrorista. De manera que la aptitud o idoneidad de la estructura empresarial para cometer hechos delictivos en el futuro, debía también haberse razonado de manera suficiente y diferenciada de la posible responsabilidad penal de los posibles autores, y más cuando la aplicación de esas “consecuencias jurídicas” fue “cautelar”.

BIBLIOGRAFIA

CARRILLO, M, (1998), “A propósito de la clausura de EGIN”, en El País, 11 de agosto.

DEL ROSAL BLANCO, B., (2001), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal Español”, en *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 50.

ECHARRI CASAS, F. J., (2003), *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona.

GIMBERNAT ORDEIG, E., (1998), “Sobre el cierre de EGIN”, en El Mundo, 27 de julio.

INFORMES DE EXPERTOS

**DIE PRESSEFREIHEIT DES ART. 10 EMRK - UNTER
BERÜCKSICHTIGUNG DES ABWEICHENS IM
NOTSTANDSFALL GEM. ART. 15 EMRK**

Gutachten im Auftrag der Dirección de Derechos Humanos del Departamento de
Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, vermittelt durch das Instituto
Vasco de Criminología

Prof. Dr. Kai Ambos
Universidad de Göttingen

Zusammenfassung

Die Schließung der in Rede stehenden Presseorgane verstößt gegen Art. 10 EMRK. Art. 10 schützt die Pressefreiheit als Bestandteil der allgemeinen Meinungsfreiheit. Dieser Schutz erstreckt sich auf Autoren, Verlage und Medienunternehmen. Die Schließungen erweisen sich als *präventive Meinungskontrolle*, die besonderer Rechtfertigung bedarf. Die Schließungen lassen sich nicht auf eine Rechtsgrundlage stützen, insbesondere nicht auf *Art. 129 CP*, da dessen Anwendungsbereich mangels Verweisungsnorm (Art. 520 CP) nicht eröffnet ist. Außerdem setzt Art. 129 als Nebenfolge (Nebenstrafe) die Verhängung der Hauptstrafe und ein Anhörung voraus; an beiden fehlt es (noch). Eine Rechtfertigung aufgrund Art. 15 EMRK kommt (wohl) nicht in Betracht. Zwar kann im Lichte vergleichbarer Rechtsprechung und des den Mitgliedsstaaten gewährten Beurteilungsspielraums („margin of appreciation“) eine Notstandslage vertretbar angenommen werden und es stehen den Maßnahmen auch keine sonstige völkerrechtlichen Verpflichtungen entgegen, doch erscheinen die Maßnahmen *nicht* als *unbedingt erforderlich* („en la estricta medida en que lo exija la situación“). Zum einen wären das fundamentale Recht der Pressefreiheit *weniger einschränkende Maßnahmen* denkbar gewesen, zum andern erscheinen die Maßnahmen, soweit ersichtlich, im Lichte der Bedeutung dieses Rechts und der Schwere der Eingriffe als *unverhältnismäßig*.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
bzw.	beziehungsweise
CP	Código Penal (spanisches Strafgesetzbuch)
d.h.	das heißt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) in der Fassung vom 17.05.2002
ETA	Euskadi Ta Azkatasuna (baskische Terrororganisation)
et al.	et alteri (und andere)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
IRA	Irish Republican Army
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
Kap.	Kapitel
lit.	litera (Buchstabe)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
No.	Application number (Aktenzeichen des EGMR)
o.	oben/obige
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
para.	Paragraph (Abschnitt in den Urteilen des EGMR)
PKK	Partiya Karkeren Kurdistan (Arbeiterpartei Kurdistans)
Rn./Rn	Randnummer/n
S.	Satz
stRspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
v.	versus (gegen)
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

Die Meinung weicht von den folgenden Tatsachen ab:

In Spanien wurden durch richterliche Anordnung mehrere baskische Presseorgane (u.a. zwei Zeitungen EGIN und EUSKALDUNON EGUNKARIA sowie der Radiosender EGIN IRRATIA) geschlossen¹. Wegen bestimmter pro-baskischer Äußerungen in den veröffentlichten Nachrichten war der Verdacht entstanden, beide Presseinstitutionen würden mit der Terrororganisation ETA kooperieren. Die Anordnung der Schließung erfolgte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in beiden Fällen ohne vorherige Anhörung der Inhaber des Presseunternehmens und jeweils für einen befristeten Zeitraum von fünf Jahren. Das Strafverfahren gegen die Mitarbeiter von EGIN und EGIN IRRATIA wurde am 19.12.2007 mit der Verurteilung aller Angeklagter abgeschlossen²; das Strafverfahren gegen die Mitarbeiter von EGUNKARIA ist noch nicht abgeschlossen.

Gesetzliches Problem aufzulösung

Verstoßen die Schließungen gegen Art. 10 EMRK und verletzen (deshalb) die Europäische Menschenrechtskonvention („EMRK“)?

I. Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK betroffen?

Art. 10 EMRK schützt – ebenso wie Art. 19 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte („IPbPR“) – die Pressefreiheit nicht ausdrücklich, sondern nur als Bestandteil der allgemeinen Meinungsfreiheit. Diese wird natürlichen und juristischen Personen garantiert, auch im Wirtschaftsverkehr³. Geschützt werden alle Formen der Meinungsäußerung in den Printmedien, im Hörfunk und im Fernsehen. Art. 10 EMRK

¹ Vgl. insbesondere Juzgado Central de Instrucción no. 5, Audiencia Nacional, Madrid, autor del 21 de julio de 1998, Procedimiento: Diligencias previas 77/97, delito: colaboración banda armada y otros.

² Audiencia Nacional, Sección Tercera, Sentencia del 19 de diciembre de 2007, no. 73, sumario 18/98.

³ markt intern Verlag GmbH und Klaus Beermann v. Deutschland, Urteil vom 20.11.1989 (No. 10572/83), EuGRZ 1996, 302, para. 25-26.

schützt Tatsachenäußerungen und Werturteile ohne Rücksicht auf deren Inhalt, d. h. auch Meinungsäußerungen, die verletzen, schockieren oder beunruhigen⁴, auch dann, wenn sie teilweise dem Inhalt oder der Wortwahl nach inakzeptabel sind⁵. Geschützt wird nicht nur der Autor selbst, sondern auch der Verleger bzw. das Medienunternehmen als Ganzes⁶.

Der Schutzbereich des Art. 10 EMRK ist damit im vorliegenden Fall ohne weiteres betroffen.

II. Eingriff in den Schutzbereich?

Durch die gerichtlich angeordneten Schließungen wurde in den Schutzbereich des Art. 10 EMRK eingegriffen, da die Medienunternehmen bis auf weiteres gehindert sind, ihre Meinungen zu äußern. Da der Eingriff vor allem darauf gerichtet zu sein scheint, geplante Meinungsäußerungen der Institutionen von vornherein zu unterbinden, handelt es sich um eine *präventive Meinungskontrolle*, die einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellt, weil sie die öffentliche Meinungsbildung zu bestimmten Fragen bereits im Keim zu ersticken droht⁷. Die mit einer präventiven Meinungskontrolle einhergehenden Beschränkungen bedürfen einer *besonders sorgfältigen Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen*, insbesondere bei Eingriffen im Bereich der Presse, weil Nachrichten ein verderbliches Gut darstellen und somit selbst geringfügige Verzögerungen in der Veröffentlichung sie leicht ihres Informationswertes berauben können⁸.

⁴ Oberschlick v. Österreich, Urteil vom 01.07.1997 (No. 20834/92), NJW 1999, 1321, para. 29.

⁵ Güneri et al. v. Türkei, Urteil vom 12.07.2005 (No. 42853/98), para. 76.

⁶ Öztürk v. Türkei, Urteil vom 28.09.1999 (No. 22479/93), para. 49.

⁷ Grote-Grote/Wenzel, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 18, Rn. 62.

⁸ Grote-Grote/Wenzel, o. Fn. 7, Kap. 18, Rn. 62.

III. Rechtfertigung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK?

Ein Eingriff in die von Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte Meinungs- bzw. Pressefreiheit ist konventionswidrig, es sei denn, er ist „gesetzlich vorgesehen“, verfolgt eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten berechtigten Ziele und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“, um diese Ziele zu erreichen⁹. Vorliegend bestehen schon erhebliche Zweifel am Vorhandensein einer gesetzlichen *Ermächtigungsgrundlage*.

Gemäß Art. 129 Abs. 1 lit. a) des spanischen Código Penal („CP“) darf der Richter oder das Gericht in den gesetzlich vorgesehenen Fällen nach Anhörung der Rechtsinhaber oder ihrer gesetzlichen Vertreter die bis zu fünf Jahren befristete oder endgültige Schließung des Unternehmens verhängen.

Im vorliegenden Fall ist bereits das Vorliegen einer *Verweisungsnorm* und damit die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 129 Abs. 1 CP zweifelhaft. Im Zusammenhang mit terroristischen Vereinigungen dient **Art. 520 CP** als Verweisungsnorm, der jedoch nur in den Fällen des Art. 515 CP einschlägig ist, d. h. bei Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Organisation. Soweit ersichtlich besteht *in casu* nach dem Stand der Ermittlungen lediglich die Vermutung einer nach Art. 575, 576 CP strafbaren finanziellen, ideellen oder sonstigen Hilfeleistung bzw. Kollaboration der Presseunternehmen mit der ETA. Art. 520 ist damit nicht anwendbar und der Anwendungsbereich von Art. 129 nicht eröffnet.

Im Hinblick auf Art. 129 CP ist zunächst festzustellen, dass es sich dabei um eine *Nebenfolge*, keine Strafe handelt, die Verhängung der Maßnahme also keine Hauptstrafe, sondern nur die Identifizierung der evtl. Verantwortlichen voraussetzt¹⁰. Im Übrigen berechtigt Art. 129 Abs. 2 den Untersuchungsrichter, auch während der Bearbeitung der Sache, d.h. im laufenden Ermittlungsverfahren, die befristete Schließung anzuordnen, jedoch entbindet diese Vorschrift nicht von der Pflicht zur *Anhörung*, die vorliegend nicht durchgeführt wurde. Ein Verzicht auf das

⁹ So die stRspr. des EGMR, zuletzt Guja v. Moldawien, Urteil vom 12.02.2008 (No. 14277/04), para. 56; Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 10 Rn. 26.

¹⁰ Vgl. Audiencia Nacional, o. Fn. 2, p. 1006: “resulta posible la imposición de consecuencias accesorias, sin que exista condena penal (...) siempre y cuando haya sido posible delimitar quien o quienes fueron las personas físicas que llevaron a cabo las conductas sancionadas penalmente.” (subrayado en el original).

Anhörungserfordernis kommt auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Gefahrenverzugs in Betracht, denn dieser wäre nur dann zu bejahen, wenn durch die Anhörung der Zweck der Maßnahme gefährdet würde. Dies wäre etwa der Fall bei der Anordnung einer Durchsuchung der Verlagsräume zur Sicherung von Beweismitteln, die bei vorheriger Anhörung möglicherweise hätten beseitigt werden können. Der Zweck der Schließung des Unternehmens besteht jedoch kraft ausdrücklicher Regelung in Art. 129 Abs. 3 darin, der Fortsetzung der deliktischen Tätigkeit und deren Folgen vorzubeugen. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser präventive Zweck der Maßnahme durch eine vorherige Anhörung gefährdet werden könnte.

Nach alledem entsprechen die angeordneten Schließungen nicht den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 10 EMRK. Der Verstoß gegen Art. 10 EMRK könnte aber *gerechtfertigt* sein, wenn die spanische Regierung unter den engen Voraussetzungen des Art. 15 EMRK von der Konventionsgarantie der Meinungsfreiheit abweichen durfte.

IV. Abweichen im Notstandsfall nach Art. 15 Abs. 1 EMRK

Bei der Pressefreiheit handelt es sich nicht um ein sogenanntes notstandsfestes Recht, wie sich aus dem Umkehrschluss des Art. 15 Abs. 2 EMRK¹¹ ergibt, so dass ein Abweichen von der Konventionsverpflichtung grundsätzlich möglich ist. Voraussetzung für ein gerechtfertigtes Handeln nach Art. 15 Abs. 1 EMRK ist, dass das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht wird. In der Rechtsfolge dürfen sodann nur solche Maßnahmen getroffen werden, welche die Lage unbedingt erfordern und nicht im Widerspruch zu sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Konventionsstaates stehen, insbesondere zu dem Erfordernis der amtlichen Verkündung des Notstandes nach Art. 4 IPbpR. *In casu* ist nur die erste Einschränkung (unbedingte Erforderlichkeit) relevant.

¹¹ Danach erlaubt Art. 15 Abs. 1 “ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1.) y 7”, nur die genannten Menschenrechte sind also notstandsfest.

1. Vorliegen eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht

a) Allgemeines

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR und Konkretisierung durch die EKMR ist insoweit erforderlich, dass der Notstand, d. h. eine außergewöhnliche Krise oder Notstandssituation, gegenwärtig ist oder unmittelbar bevorsteht. Er muss Auswirkungen auf das gesamte Staatsvolk haben und eine Bedrohung für das alltägliche Gemeinschaftsleben darstellen. Der Ausnahmecharakter muss derart sein, dass nach der Konvention zulässige, normale Maßnahmen oder Beschränkungen *eindeutig* unzureichend sind, um die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Ordnung zu gewährleisten¹².

Der EGMR räumt dem Konventionsstaat bei der Entscheidung, ob ein öffentlicher Notstand vorliegt, einen weiten *Beurteilungsspielraum* („margin of appreciation“) ein¹³. Grund hierfür ist, dass die staatlichen Behörden naturgemäß fortlaufend und unmittelbar mit den jeweiligen nationalen Verhältnissen und drängenden Bedürfnissen des Augenblicks konfrontiert werden und deshalb grundsätzlich besser in der Lage sind, über das Bestehen eines Notstandes zu befinden als weit entfernte internationale Richter¹⁴. Im Vergleich zu der in Art. 10 Abs. 2 EMRK erwähnten „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“ („medidas necesarias, en una sociedad democrática“) ist der bei Art. 15 Abs. 1 eingeräumte Beurteilungsspielraum, zumindest im Hinblick auf das Vorliegen eines Notstandes, besonders weit¹⁵. Der EGMR hat in seiner bisherigen Praxis die Berufung auf den Notstand immer akzeptiert, während die Kommission im *Griechenland*-Fall eine Notstandslage verneint hat¹⁶.

b) Rechtsprechung zu vergleichbaren Fällen bewaffneter Gewalt und Anwendung auf die Situation ETA-Spanien

¹² Lawless v. Irland (No.3), Urteil vom 01.07.1961 (No. 332/57), para. 28-29; Irland v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 18.01.1978 (No. 5310/71), EuGRZ 1979, 149, para. 205; Brannigan et al. v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 25.05.1993 (No. 14553/89), para. 47; Aksoy v. Türkei, Urteil vom 18.12.1996 (No. 100/1995/606/694), para. 69-70.

¹³ Vgl. z.B. Irland v. Vereinigtes Königreich, o. Fn. 12, para. 207; Brannigan et al. v. Vereinigtes Königreich, o. Fn. 12, para. 43.

¹⁴ Irland v. Vereinigtes Königreich, o. Fn. 12, para. 207.

¹⁵ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rnn. 12, 13.

¹⁶ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 17. Bisher haben überhaupt erst Griechenland, Irland, die Türkei, das Vereinigte Königreich, Albanien und Frankreich von Art. 15 EMRK Gebrauch gemacht, und zwar überwiegend, um einzelne Verfahrensgarantien aus Art. 5 und 6 EMRK außer Kraft zu setzen, vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 2 Rn. 8.

Im vorliegenden Fall geht es um die Bedrohung des spanischen Staates durch die baskische Terrororganisation ETA. Es liegt deshalb nahe, die Rechtsprechung des EGMR zu Fällen vergleichend heranzuziehen, in denen Konventionsstaaten als *Reaktion auf nationale bewaffnete Gewalt* durch terroristische Vereinigungen, namentlich durch die irische IRA und die kurdische PKK, eine Erklärung nach Art. 15 Abs. 3 EMRK abgegeben haben.

- In seiner Grundsatzentscheidung vom 1.7.1961, *Lawless/Irland*, hat der EGMR eine Notstandssituation in Irland bejaht, weil die IRA als geheime Untergrundarmee auf dem Hoheitsgebiet der Republik Irland konventionswidrige, insbesondere gewalttätige Aktivitäten verübte, um ihre Zwecke, nämlich die Bekämpfung der britischen Herrschaft in den Provinzen von Nordirland, zu erreichen. Der EGMR berücksichtigte dabei u. a., dass die IRA auch außerhalb des irischen Hoheitsgebietes, vor allem im Vereinigten Königreich agierte (und somit ernsthaft die nachbarschaftlichen Beziehungen der beiden Staaten gefährdete) sowie die stetige und sogar ansteigende Anzahl der terroristischen Anschläge¹⁷.
- Im späteren Fall *Irland/Vereinigtes Königreich* bejahte der EGMR ohne weitere Ausführungen, dass sich die sechs nordirischen Grafschaften im Notstand befanden¹⁸.
- Im Fall *Brannigan and McBride/Vereinigtes Königreich* hatte der EGMR unter Einbeziehung seiner Erkenntnisse aus den vorhergehenden Verfahren keinen Zweifel am Vorliegen einer Notstandssituation. Er begründete diese mit dem Ausmaß und dem Einfluss der terroristischen Gewalt in Nordirland und anderen Orten im Vereinigten Königreich. Der Gerichtshof führte aus, dass es zwischen 1972 und 1992 mehr als dreitausend Todesopfer der IRA allein in Nordirland gegeben habe. Seit Beginn des bewaffneten Kampfes der IRA seien alleine in Nordirland über 35.000 Menschen verletzt worden, und der organisierte Terrorismus sei weiter gewachsen¹⁹.
- Im Hinblick auf das Vorliegen einer Notstandssituation in der Türkei aufgrund der terroristischen Aktivitäten der PKK ist der Fall *Aksoy/Türkei* wegweisend.

¹⁷ *Lawless v. Irland (No.3)*, o. Fn. 12, para. 28.

¹⁸ *Irland v. Vereinigtes Königreich*, o. Fn. 12, para. 205.

¹⁹ *Brannigan et al. v. Vereinigtes Königreich*, o. Fn. 12, para. 12.

Hier bejahte der Gerichtshof den öffentlichen Notstand unter Bezug auf das Ausmaß und den Einfluss der von der PKK verübten Gewalt in der südöstlichen Türkei. Er führte aus, dass es seit etwa 1985 im Südosten der Türkei zu ernsthaften Ausschreitungen zwischen den nationalen Sicherheitskräften und den Mitgliedern der PKK gekommen sei, bei denen nach Regierungsangaben nicht nur 3.884 Sicherheitskräfte, sondern auch über 4.000 Zivilisten ums Leben gekommen seien²⁰. In seinen späteren Entscheidungen zur PKK verwies der EGMR darauf, dass es seit seiner *Aksoy*-Entscheidung zu keinen wesentlichen Veränderungen im Südosten der Türkei gekommen sei, so dass ein öffentlicher Notstand weiterhin zu bejahen sei²¹.

Über einen Fall des Art. 15 EMRK im Zusammenhang mit der ETA hatte der EGMR bislang nicht zu entscheiden, doch hatte er sich schon mehrfach mit der konflikträchtigen Situation im Baskenland zu befassen.

- Im Fall *Castells/Spanien* bemerkte der Gerichtshof, dass sich seit 1977 ein Klima der Unsicherheit im Baskenland eingestellt habe²².
- Im Fall *Association Ekin/Frankreich* stellte der EGMR mit Blick auf die vorherrschende Situation im Baskenland fest, dass die von dem Konventionssaat ergriffene Maßnahme das legitime Ziel verfolge, die Ordnung aufrecht zu erhalten und Straftaten zu verhüten²³.
- Weiterführend für eine Bewertung der ETA-Aktivitäten war der Fall *Association of the victims of terrorism/Spanien*, der jedoch vom EGMR nicht zur Entscheidung zugelassen wurde, weil die Beschwerdeführer nicht selbst einer Straftat angeklagt worden waren und deshalb a limine eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 EMRK nicht in Betracht kam. Gleichwohl äußerte der EGMR - unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des spanischen Tribunal Supremo zu den Wesensmerkmalen der ETA -, dass er sich der ernsten Lage bewusst sei²⁴

²⁰ *Aksoy v. Türkei*, o. Fn. 12, para. 8. Die insoweit festgestellte Lage im Südosten der Türkei wurde ebenso im Fall *Zana/Türkei* als tragende Hintergrundinformation vorangestellt, vgl. *Zana v. Türkei*, Urteil vom 25.11.1997 (No. 69/1996/688/880), para. 10-11.

²¹ *Demir et al. v. Türkei*, Urteil vom 23.09.1998 (No. 71/1997/855/1062-1064), para. 45; *Sakik et al. v. Türkei*, Urteil vom 26.11.1997 (No. 87/1996/706/898-903), para. 38-39.

²² *Castells v. Spanien*, Urteil vom 23.04.1992 (No. 11798/85), ÖJZ 1992, 803, para. 40.

²³ *Association Ekin v. Frankreich*, Urteil vom 17.07.2001 (No. 39288/98), para. 48.

²⁴ *Association of the victims of terrorism v. Spanien*, Entscheidung vom 29.03.2001 (No. 54102/00).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung und dem im Rahmen von Art. 15 EMRK gewährten weiten Beurteilungsspielraum *erscheint seine Anwendung im Zusammen-hang mit dem bewaffneten Kampf der ETA vertretbar*. Die ETA ist in allen Provinzen des Baskenlandes, im sonstigen Gebiet Spaniens und in Frankreich aktiv, so dass die spanisch-französischen Beziehungen betroffen sind. Zwar lassen sich aus der Dauer des bewaffneten Kampfes - die im Jahre 1959 gegründete ETA war schon ab Anfang der 60er Jahre als Gegner des Franco-Regimes aktiv²⁵ - im Hinblick auf das Vorliegen einer Notstandssituation *per se* keine Folgerungen ableiten²⁶, doch ist das Ausmaß und der Einfluss der terroristischen Aktivitäten zu berücksichtigen. Die *Guardia Civil* berichtet, dass zwischen 1968 und 2003 insgesamt 817 Menschen von der ETA getötet wurden, darunter 339 Zivilisten²⁷. Verglichen mit den Opfern der IRA und der PKK mag diese Zahl zwar gering erscheinen, doch kommt es neben der Zahl der Todesopfer vor allem auch auf die Häufigkeit der verübten Anschläge und der sich daraus ergebenden Bedrohungssituation an. Im Hinblick auf die jüngste Entwicklung ist schließlich zu berücksichtigen, dass die ETA ihren im März 2006 verkündeten „permanenten Waffenstillstand“ durch einen Sprengstoffanschlag auf dem Madrider Flughafen Barajas in Madrid noch im gleichen Jahr gebrochen hat²⁸ und am 5.6.2007 ihre Waffenruhe endgültig für beendet erklärte und ankündigte, den bewaffneten Kampf „an allen Fronten“ wieder aufzunehmen²⁹.

2. Unbedingtes Erfordernis der von Art. 10 EMRK abweichenden Maßnahme

Die Staaten dürfen in Abweichung von ihren Verpflichtungen aus der Konvention nur solche Maßnahmen ergreifen, die aufgrund der Lage *unbedingt* erforderlich sind. Die Maßnahmen müssen

- *geeignet* sein, die konkrete Gefahrensituation zu verringern oder zu beseitigen;

²⁵ Vgl. <http://www.el-mundo.es/eta/historia/index.html>.

²⁶ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 19.

²⁷ Guardia Civil, <http://www.guardiacivil.org/terrorismo/acciones/estadistica07.jsp>.

²⁸ Vgl. <http://www.el-mundo.es/eta/atentados/2006.html>.

²⁹ Frankfurter Allgemeine Zeitung: *Eta kündigt „permanenten Waffenstillstand“ auf*, Webedition v. 5.6.2007

(<http://www.faz.net/s/RubDDBDABB9457A437BAA85A49C26FB23A0/Doc~EBCA8A5D01FBF44EE9BF3B6A9ED8E7E3E~ATpl~Ecommon~Scontent.html>).

- *erforderlich* sein, d.h. es dürfen keine weniger einschneidenden, gleich geeigneten Mittel zur Verfügung stehen, um die Gefahr abzuwenden;
- im Lichte einer umfassenden Abwägung als *verhältnismäßig* erscheinen³⁰.

Der EGMR berücksichtigt die tatsächlichen Verhältnisse und die Natur der Rechte, von denen abgewichen wird, ebenso wie die Dauer des Notstandes und die Umstände, die ihn verursacht haben³¹. Der Gerichtshof billigt den staatlichen Behörden auch insoweit einen weiten Beurteilungsspielraum zu³². Gleichwohl ist zwischen dem Beurteilungsspielraum bezüglich des Vorliegens eines Notstandes und demjenigen bezüglich der erforderlichen Maßnahmen zu unterscheiden³³; letzterer ist weniger weitreichend. Dies folgt aus dem Wortlaut von Art. 15 EMRK, denn die Formulierung „soweit es die Lage *unbedingt* erfordert“ („en la *estricta* medida en que lo exija la situación“) stellt höhere Anforderungen als die für die Notstandslage relevante Formulierung „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ („medidas necesarias, en una sociedad democrática“, Art. 10“) ³⁴. Überdies spricht auch der Charakter des Art. 15 EMRK als Ausnahmevorschrift für ein restriktives Verständnis des Beurteilungsspielraums³⁵.

a) Geeignetheit

Die angeordneten Schließungen der Zeitung und des Fernsehsenders erscheinen zumindest geeignet, um einer Fortsetzung von Äußerungen pro ETA und deren Folgen vorzubeugen und somit die konkrete Gefahrensituation wenigstens zu mildern.

b) Erforderlichkeit

Fraglich ist aber, ob die ergriffenen Maßnahmen erforderlich waren. Insofern wäre es nämlich - als weniger einschneidender Eingriff - denkbar gewesen, einzelne Berichterstattungen - solche mit pro-ETA Inhalt, oder auch Berichte über die ETA insgesamt - zu verbieten. Diese inhaltliche Einschränkung hätte zwar die Wirkung einer Zensur, stellt aber im Vergleich zu der Schließung ein milderes Mittel dar. Dieses wäre

³⁰ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 21-23.

³¹ Meyer-Ladewig, o. Fn. 9, Art. 15 Rn. 6.

³² Irland v. Vereinigtes Königreich, o. Fn. 12, para. 207.

³³ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 13.

³⁴ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 13, unter Berufung u.a. auf das Sondervotum Martens zum Urteil Brannigan et al. v. Vereinigtes Königreich, o. Fn. 12, para. 2-4.

³⁵ Grote-Krieger, o. Fn. 7, Kap. 8, Rn. 13.

auch grundsätzlich zulässig gewesen, da Art. 10 Abs. 1 EMRK – anders als Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG – die Zensur nicht von vornherein untersagt³⁶.

c) Verhältnismäßigkeit

Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ist zunächst die *grundlegende Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit* für eine funktionierende Demokratie zu beachten, denn eine demokratische Gesellschaft verlangt Pluralismus, Toleranz, Aufgeschlossenheit und eine offene Geisteshaltung³⁷. Es ist die originäre Aufgabe der Presse, Informationen und Ideen über Angelegenheiten öffentlichen Interesses zu verbreiten, um dem Recht der Öffentlichkeit, solche Informationen zu empfangen, Genüge zu tun³⁸. Dabei kommt der Presse auch die Aufgabe öffentlicher Kontrolle als „public watchdog“ zu³⁹. Vor diesem Hintergrund haben staatliche Behörden *Kritik hinzunehmen*, selbst wenn sie als provozierend oder beleidigend angesehen werden kann. Die Grenzen zulässiger Kritik sind in Bezug auf die Regierung weiter gezogen als in Bezug auf eine Privatperson oder einen Politiker⁴⁰. So sah der Gerichtshof im Fall *Castells/Spanien* eine Verletzung des Art. 10 EMRK darin, dass der Beschwerdeführer wegen Beleidigung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, nachdem er in Bezug auf die ETA geäußert hatte, dass diese in völliger Straffreiheit operierte und die Regierung hierfür die Verantwortung trage⁴¹.

Andererseits ist die Ausübung der Pressefreiheit auch mit Pflichten und Verantwortung verbunden, wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 EMRK ergibt. So haben Berufsjournalisten die Grenzen zu beachten, die zum Schutz lebenswichtiger staatlicher Interessen, wie der nationalen Sicherheit oder der territorialen Integrität gegen die Drohung mit Gewalt oder der Aufrechterhaltung der Ordnung oder

³⁶ Grote-Grote/Wenzel, o. Fn. 7, Kap. 18, Rn. 62.

³⁷ *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 07.12.1976 (No. 5493/72), EuGRZ 1977, 38, para. 49; *Fressoz et al. v. Frankreich*, Urteil vom 21.01.1999 (No. 29183/95), NJW 1999, 1315, para. 45.

³⁸ *Rumyana Ivanova v. Bulgarien*, Urteil vom 14.02.2008 (No. 36207/03), para. 58.

³⁹ *Observer and Guardian v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 26.11.1991 (No. 13585/88), EuGRZ 1995, 16, para. 59; *Thorgeir Thorgeirson v. Island*, Urteil vom 25.06.1992 (No. 13778/88), ÖJZ 1992, 810, para. 63; zuletzt *Rumyana Ivanova v. Bulgarien*, o. Fn. 38, para. 58.

⁴⁰ *Castells v. Spanien*, o. Fn. 22, para. 46; *Baskaya et al. v. Türkei*, Urteil vom 08.07.1999 (No. 23536/94), NJW 2001, 1995, para. 62.

⁴¹ *Castells v. Spanien*, o. Fn. 22, para. 48-50.

Verbrechensverhütung⁴², bestehen. Die Presse hat daher besondere Vorsicht walten zu lassen, wenn es um Gewaltinhalte geht (etwa Aufrufe zur Gewalt gegen den Staat), um *nicht zum Instrument zur Verbreitung von Hasspredigten zu werden*⁴³.

In den Fällen *Sener/Türkei* und *Baskaya u. Okcuoglu/Türkei* bekundete der EGMR zwar Verständnis für die Sorge der türkischen Behörden, dass sich durch die verbreiteten Äußerungen die Sicherheitslage in der Region verschlechtern könnte, doch bejahte er in beiden Fällen einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK. Die verwendeten Begriffe müssten immer in ihrem Gesamtzusammenhang gesehen werden. Im Fall *Sener/Türkei* erschien zwar der Ton bestimmter Formulierungen aggressiv, doch habe der veröffentlichte Artikel in seiner Gesamtheit die Gewalttätigkeit nicht glorifiziert und auch nicht zu Hass und Rache aufgerufen, sondern nur das Kurdenproblem analysiert⁴⁴. Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Auslegung des Inhaltes der Äußerungen, insbesondere im Lichte der Situation im Konfliktgebiet (Südosten der Türkei) und unter Berücksichtigung verschiedener Auslegungsmöglichkeiten, betonte der EGMR vor allem im Fall *Zana/Türkei*, wobei im Ergebnis eine Verletzung von Art. 10 EMRK verneint wurde⁴⁵.

Ein wesentliches Kriterium zur Bewertung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist auch die *Schwere des Eingriffs*, vor allem die Art und das Ausmaß der Sanktion, die der Konventionssaat im Hinblick auf die fragliche Meinungsäußerung verhängt hat⁴⁶.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den *vorliegenden Fall* ist mangels genauer Angaben über den Inhalt der Berichte bzw. Programme der betroffenen Medien schwierig. Wenn man aufgrund der vorliegenden Informationen unterstellt, dass es sich zwar um pro-baskische, nicht aber die Aktivitäten und Ziele der ETA befürwortende oder propagierende Äußerungen handelte, dass jedenfalls nicht direkt zur Gewalt

⁴² *Sener v. Türkei*, Urteil vom 18.07.2000 (No. 26680/95), ÖJZ 2001, 696, para. 41-42. Vgl. auch *Karakoyun und Turan v. Türkei*, Urteil vom 11.12.2007 (No. 18482/03), para. 25, in dem der EGMR im Hinblick auf PKK bezogene Presseartikel betont, dass die nationalen Gerichte berechtigt sind, (verhältnismäßige) Maßnahmen zum Schutze lebenswichtiger staatlicher Interessen zu ergreifen.

⁴³ *Sener v. Türkei*, o. Fn. 42, para. 42.

⁴⁴ *Sener v. Türkei*, o. Fn. 42, para. 45. Ähnlich bejahte der EGMR im Fall *Karakoyun und Turan v. Türkei*, o. Fn. 42 eine Verletzung des Art. 10, da es sich - obwohl einige Passagen negativ und im Unterton feindselig gegenüber dem türkischen Staat gewesen seien - nicht um Hasspredigten gehandelt habe und nicht zu Gewalt oder zum Widerstand gegen die Armee aufgerufen wurde (para. 30).

⁴⁵ *Zana v. Türkei*, o. Fn. 20, para. 56-62.

⁴⁶ *Sener v. Türkei*, o. Fn. 42, para. 39; *Karakoyun und Turan v. Türkei*, o. Fn. 42, para. 31.

aufgerufen wurde, erscheint die *Verhältnismäßigkeit* der Maßnahmen *problematisch*. Für eine endgültige Beurteilung ist die Art des Mediums, die Funkweite des Fernsehsenders, die Auflage, der Erscheinungsmodus und das Vertriebsgebiet der Zeitung zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die angeordnete Dauer der Schließungen ist in die Abwägung einzubeziehen, dass diese zwar auf einen Zeitraum von fünf Jahren befristet sind, diese aber, aufgrund der Schnelllebigkeit des Nachrichtengeschäftes und insbesondere wegen des wirtschaftlichen Planungsbedürfnisses von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, de facto wie eine *endgültige Schließung* wirkt. Nicht nachvollziehbar ist überdies, dass in einem laufenden Ermittlungsverfahren eine derart lange Schließung verfügt wurde, anstatt die Dauer zumindest auf die voraussichtliche Dauer des Strafverfahrens zu beschränken.

Nach alledem dürften die Maßnahmen *nicht mehr als verhältnismäßig* einzustufen sein. Diese Beurteilung entspricht auch derjenigen des spanischen Verfassungsgerichts, das schon im Jahre 1987 die von dem damaligen Art. 21 (1) LOPJ 9/1984⁴⁷ vorgesehene „cierre provisional o definitivo de medios de comunicación“ im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 20 spanische Verfassung) für offensichtlich unverhältnismäßig gehalten⁴⁸ und Art. 21 für verfassungswidrig erklärt hat.

⁴⁷ La norma establece que «admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad, estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento».

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional No. 199/1987 (pleno 2ª), 16 de diciembre, para 12: “... el art. 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 de la Constitución”.

ANHANG

Zitierte Rechtsprechung

- Aksoy v. Türkei, Urteil vom 18.12.1996 (No. 100/1995/606/694).
- Association Ekin v. Frankreich, Urteil vom 17.07.2001 (No. 39288/98).
- Association of the victims of terrorism v. Spanien, Entscheidung v. 29.03.2001 (No. 54102/00).
- Baskaya et al. v. Türkei, Urteil vom 08.07.1999 (No. 23536/94), NJW 2001, 1995.
- Brannigan and McBride v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 25.05.1993 (No. 14553/89).
- Castells v. Spanien, Urteil vom 23.04.1992 (No.11798/85), ÖJZ 1992, 803.
- Demir et al. v. Türkei, Urteil vom 23.09.1998 (No. 71/1997/855/1062-1064).
- Fressoz et al. v. Frankreich, Urteil vom 21.01.1999 (No. 29183/95), NJW 1999, 1315.
- Guja v. Moldawien, Urteil vom 12.02.2008 (No. 14277/04).
- Güneri et al. v. Türkei, Urteil vom 12.07.2005 (No. 42853/98).
- Handyside v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 07.12.1976 (No. 5493/72), EuGRZ 1977, 38.
- Irland v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 18.01.1978 (No. 5310/71), EuGRZ 1979, 149.
- Karakoyun und Turan v. Türkei, Urteil vom 11.12.2007 (No. 18482/03).
- Lawless v. Irland (No. 3), Urteil vom 01.07.1961 (No. 332/57).
- markt intern Verlag GmbH und Klaus Beermann v. Deutschland, Urteil vom 20.11.1989 (No. 10572/83), EuGRZ 1996, 302.
- Oberschlick v. Österreich, Urteil vom 01.07.1997 (No. 20834/92), NJW 1999, 1321.
- Observer and Guardian v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 26.11.1991 (No. 13585/88), EuGRZ 1995, 16.
- Öztürk v. Türkei, Urteil vom 28.09.1999 (No. 22479/93).
- Rumyana Ivanova v. Bulgarien, Urteil vom 14.02.2008 (No. 36207/03).
- Sakik et al. v. Türkei, Urteil vom 26.11.1997 (No. 87/1996/706/898-903).
- Sener v. Türkei, Urteil vom 18.07.2000 (No. 26680/95), ÖJZ 2001, 696.
- Thorgeir Thorgeirson v. Island, Urteil vom 25.06.1992 (No. 13778/88), ÖJZ 1992, 810.
- Zana v. Türkei, Urteil vom 25.11.1997 (No. 69/1996/688/880).

Zitierte Literatur

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008.

Grote, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006 (zit. Grote-Bearbeiter).

Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 2. Aufl. 2006.

LA LIBERTAD DE PRENSA SEGÚN EL ART. 10 CEDH - TOMANDO EN CUENTA POSIBLES DEROGACIONES EN CASO DE URGENCIA SEGÚN EL ART. 15 CEDH*

Dictamen por encargo de la Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco a través del Instituto Vasco de Criminología.

Prof. Dr. Kai Ambos

Universidad de Göttingen

Göttingen, marzo de 2008 (versión actualizada sobre la versión original del 15 de octubre de 2007)

I. SUMARIO

El cierre de medios de comunicación constituye una decisión contraria a las disposiciones del art. 10 CEDH. El artículo 10 mencionado protege la libertad de prensa en cuanto elemento integrante del concepto “libertad de opinión”. Esta protección se extiende tanto a los autores, como a los editores y a los medios de comunicación específicamente. La clausura es el resultado de un control preventivo que precisa de una especial fundamentación jurídica. El cierre de medios de comunicación carece de fundamento desde la perspectiva del artículo 129 CP, cuyo ámbito de aplicación requiere además de la imposición de una pena principal, la superación del trámite de audiencia previa a los titulares o representantes legales.

La única posibilidad de suspender o restringir los derechos y libertades reconocidos en el artículo 10 CEDH consiste en el recurso al artículo 15 de idéntico cuerpo legal, que permite la limitación de los mismos en los supuestos de Estado de excepción, debiendo ser adoptadas, en estos casos, sólo las medidas adecuadas y necesarias requeridas por la concreta situación de excepción. Por lo que se refiere a la libertad de prensa, la existencia de medidas limitadoras de la misma tropieza con el principio de proporcionalidad.

* Traducción resumida por Ana I. Pérez Machío, Profa. Dra. Derecho Penal e Investigadora del IVAC/KREI.

II. EL DICTAMEN PARTE DE LOS SIGUIENTES HECHOS

En España varios autos judiciales decretan el cierre de diversos medios de comunicación vascos (los periódicos EGIN y EGUNKARIA y la emisora de radio EGIN Irratia) por presunta colaboración con la organización terrorista ETA. El cierre se efectúa sin audiencia previa de los representantes legales y se impone por un período de tiempo de 5 años. Hay que destacar que ha concluido el juicio contra los trabajadores de EGIN y EGIN IRRATIA con la sentencia condenatoria de todos los procesados (19/12/2007). El procedimiento contra EGUNKARIA aún no ha finalizado.

III. PROBLEMA LEGAL A RESOLVER

La cuestión radica en determinar si dicho cierre es contrario a las previsiones del artículo 10 CEDH y si lesiona la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

III. 1. Ámbito de aplicación del artículo 10.1 CEDH

Al igual que el artículo 19 PIDCP, el artículo 10 CEDH no protege de forma explícita la libertad de prensa, sino en cuanto elemento esencial de la libertad de pensamiento. Ésta se garantiza tanto a la persona física como a las personas jurídicas. La protección se extiende a todas las formas de manifestación: prensa escrita, radio y televisión.

El artículo 10 CEDH protege todas las manifestaciones y opiniones sin límite alguno, también aquellas que resulten lesivas y escandalosas. Dicha tutela se hace extensiva tanto a los autores como al propio editor.

III. 2 ¿Intromisión en el ámbito de aplicación?

El auto judicial de cierre constituye una intromisión en el artículo 10 CEDH, puesto que dicha clausura implica una afectación directa a la libertad de pensamiento y

una forma de control preventivo de las opiniones. Si bien la libertad de opinión puede ser objeto de limitaciones, dichas restricciones requieren de una fundamentación jurídica que sea acorde con las disposiciones del artículo 10 CEDH.

III. 3 Justificación a partir del artículo 10.2 CEDH

Según el contenido normativo del artículo 10.2 CEDH, las libertades y derechos reconocidos en su número 1 pueden ser sometidas a restricciones o limitaciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para el logro de unos determinados objetivos, esto es, seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, 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.

Por lo que respecta al supuesto de cierre de medios de comunicación vascos, la necesidad de que dichas limitaciones o restricciones estén contempladas en una norma con rango de ley (“previstas en la ley”) parece inicialmente relacionar al artículo 10.2 CEDH con el 129.1.a) del CP, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El Juez o Tribunal en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años”.

Atendido el contenido del artículo 129 CP, su aplicación está condicionada a la existencia de una Norma que así lo prevea de manera expresa. En relación con las organizaciones terroristas dicha norma de remisión se concreta en el artículo 520 CP, cuyo contenido se remite a los supuestos del artículo 515 CP para la aplicación de las medidas del artículo 129 CP, esto es, en casos en los que exista la sospecha de que una

asociación colabora con una organización terrorista (arts. 575 y 576 CP), o de que promueve el odio o de que sus miembros pertenecen a organizaciones terroristas y especialmente, en aquellos supuestos en los que la asociación permite la financiación del grupo terrorista, es entonces cuando se podrá proceder a la aplicación de alguna de las consecuencias del artículo 129 CP, previa disolución de la asociación ilícita, en cuanto pena principal.

En el sentido destacado, hay que mencionar que las medidas previstas en el artículo 129 son consecuencias accesorias y no penas; su imposición no implica ninguna pena principal sino sólo la identificación de la eventual responsabilidad. Por lo demás el artículo 129.2 faculta al Juez Instructor para que disponga la clausura temporal durante la tramitación de la causa; no obstante esta disposición no contiene textualmente obligación alguna de cumplimiento del trámite de audiencia previa, que en el caso de cierre de medios de comunicación vascos no ha sido ejecutado. No se puede justificar la renuncia al trámite de audiencia en atención a que se podría desvirtuar la finalidad de la norma –máxime si se tiene en cuenta que el objetivo del cierre de medios, según el contenido del artículo 129.3 CP, se orienta a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma-. Esta situación únicamente sería posible en el supuesto de que peligrase alguno de los medios de prueba, no siendo así, carece de fundamento jurídico la renuncia a dicho trámite.

A la luz de lo manifestado, no parece que el cierre ordenado sea acorde a las exigencias del artículo 10 CEDH. La única alternativa pasa por entender que el cierre de EGIN y EGUNKARIA responde a las exigencias del artículo 15 de idéntico cuerpo legal.

III. 4 Aplicación del artículo 15.1 CEDH en supuestos de Estado de emergencia

A diferencia de lo contemplado en el artículo 15.2 , la libertad de prensa puede, en los supuestos de Estado de emergencia, apartarse de las obligaciones convencionales de

reconocimiento de derechos, tal y como exige su número 1, en caso de guerra, o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.

1. Estado de emergencia que amenace la vida de la nación

a) Introducción

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Estado de emergencia es una situación de crisis excepcional que afecta directamente al Estado de Derecho y representa una amenaza para la vida en sociedad. Su carácter excepcional implica la limitación de libertades y derechos con la finalidad de garantizar el orden público y la paz social.

En estos supuestos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concede al Estado parte afectado un margen de discrecionalidad a la hora de determinar la existencia de una situación de emergencia que implique una limitación de derechos. Así sucedió, por ejemplo, en el caso Griego, en el que el Tribunal Europeo calificó el supuesto de Estado de excepción, mientras que la Comisión negó la existencia de tal situación.

b) La jurisprudencia en casos de violencia armada y su aplicación en el supuesto ETA-España

En la actualidad, por lo que respecta al Estado Español, existe una amenaza directa al Estado por parte de la organización terrorista ETA.

Antes de analizar el caso vasco se incluye una revisión de supuestos similares de violencia armada, en los que el TEDH admite la aplicación del artículo 15.2 CEDH y, por consiguiente, acepta la limitación de derechos y libertades que dichos Estados de excepción implicaron. Se trata del supuesto del IRA y el caso kurdo del PKK.

1) En su resolución de 1/VII/1961 el TEDH reconoce la existencia de un Estado de excepción, porque el IRA, en cuanto organización criminal armada, perpetraba actividades armadas en la República de Irlanda. Posteriormente asume la existencia de más de 3000 víctimas de muerte en manos del IRA entre 1972 y 1992.

2) Situación similar se produce en la resolución dictada con motivo del caso Aksoy/Turquía, en el que el TEDH reconoce la existencia de una situación de Estado de emergencia habida cuenta de la situación de violencia continuada provocada por el PKK.

Aunque el TEDH no se ha pronunciado recientemente sobre el caso vasco, lo cierto es que a lo largo de la historia ha emitido algunos pronunciamientos al respecto:

- En el caso Castells/España el Tribunal reconoce la existencia de un clima de inseguridad existente ya desde 1971.
- En el caso Asociación EKIN/Francia el TEDH constata la situación de violencia vivida en el País Vasco, y considera legítimo y prioritario el mantenimiento del orden público y la prevención del terrorismo.
- En el supuesto Asociación de víctimas de terrorismo/España, el TEDH no llega al fondo del asunto, puesto que la cuestión a dilucidar se centra en el respeto por el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente del artículo 6 CEDH. Sin embargo, los pronunciamientos del TEDH –en relación con la jurisprudencia del TS español- destacan la situación de grave peligro que representa la organización terrorista ETA.

Los casos mencionados se conectan dentro del ámbito del artículo 15 CEDH con la lucha armada de ETA. Organización activa desde comienzos de los años 60, como opositora al régimen de Franco en un momento de Estado de excepción, el objetivo de la organización terrorista se aleja sobremedida de lo que implica en la actualidad su lucha armada. Según informa la Guardia Civil, ETA ha matado entre 1968 y 2003 a unas 817 personas, 339 civiles entre todas ellas. Comparadas con las víctimas del IRA y del PKK parece un número bajo, pero a ello hay que añadir la cifra de los “amenazados”. Finalmente cabe destacar que ETA ha roto el “alto el fuego” anunciado en marzo de 2006, tras un atentado bomba en el aeropuerto de Barajas.

2. Requisitos necesarios para apartarse de las normas del artículo 10 CEDH

Los Estados tienen que adoptar en el ámbito de sus obligaciones convencionales sólo algunas normas que son fundamento de la situación de excepcionalidad adoptada. Las normas objeto de aplicación deben constar de los siguientes rasgos:

- Apropriadas para reducir o eliminar la concreta situación de peligro.
- Necesarias. No debe disponerse de medios menos lesivos o más apropiados para evitar la situación de peligro.

En este sentido, a la hora de conceder al Estado afectado un margen de discrecionalidad, el Tribunal tiene en cuenta la relación y la naturaleza de los derechos afectados, la duración del Estado de emergencia y las circunstancias que lo provocan.

Sin embargo, el margen de discrecionalidad del Estado para la adopción de las concretas medidas debe ser proporcional a la situación de emergencia existente.

Desde esta perspectiva, las limitaciones que se pueden adoptar bajo el tenor literal del artículo 15 CEDH -“en la estricta medida en que lo exija la situación”- requieren mayores requisitos que la formulación prevista para las restricciones contempladas en el artículo 10 -“medidas necesarias en una sociedad democrática”-.

a) Idoneidad

Los cierres autorizados de periódicos y televisiones deben ser, cuanto menos, apropiados para prevenir la continuación de manifestaciones pro ETA y sus consecuencias, y al mismo tiempo para mitigar la concreta situación de peligro.

b) Necesidad

La cuestión radica en determinar si las medidas adoptadas son necesarias. Expresamente se persigue prohibir cualquier reportaje con contenido pro ETA o sobre ETA en su conjunto. Esta limitación implica consecuentemente una medida de censura que representa, inicialmente, la medida menos lesiva. La censura no está prohibida en el artículo 10.1 CEDH.

c) Proporcionalidad

En relación con la proporcionalidad de la medida, en primer lugar hay que tener en cuenta que el fundamento de la libertad de pensamiento y de prensa en una sociedad democrática reside sobre la base una sociedad que reclama pluralismo, tolerancia, sinceridad y una mentalidad abierta. La finalidad originaria de la prensa consiste en difundir informaciones e ideas sobre asuntos de interés público y, consecuentemente, el derecho del público a recibir una información veraz. Ahí se encuentra también la función del control público.

Por otra parte, el ejercicio de la libertad de prensa también implica una serie de obligaciones y responsabilidades que surgen como consecuencia del contenido del artículo 10.2 CEDH. Así los periodistas, dentro del ejercicio de la libertad de prensa, deben respetar los límites impuestos a dicha libertad de prensa, garantizando el respeto a los intereses estatales vitales a la seguridad nacional, contra la amenaza de violencia o el mantenimiento del orden público y la prevención del delito.

La prensa debe tomar especiales precauciones en relación con la información de contenido violento para no convertirse en un instrumento de divulgación de odio.

En los casos *Sener/Turkey*, *Baskaya* y *Okcoglu/Turkey* el TEDH entendía la preocupación de las autoridades turcas por la existencia de determinadas manifestaciones que podían lesionar la situación de seguridad existente en la región. Sin embargo, también destacó que estos casos implicaban una lesión del artículo 10 CEDH. Las expresiones y manifestaciones siempre deben ser entendidas desde una perspectiva global e integral y, en el caso *Sener/Turkey*, aunque determinadas expresiones resultaban inicialmente agresivas, lo cierto es que en su totalidad no implicaban una exaltación de la violencia, ni reclamo alguno al odio. La necesidad de clarificar cuidadosamente el contenido de las concretas declaraciones emitidas en la concreta región conflictiva (Sudeste de Turquía) y el hecho de que implicaran interpretaciones muy diversas llevó al TEDH a determinar que en el caso *Zana/Turkey* se estaba produciendo una violación del artículo 10 CEDH.

Especial importancia adquiere la proporcionalidad entre la libertad de prensa y el cierre de medios de comunicación. Para la valoración de la proporcionalidad hay que tener en cuenta la clase y el tipo de sanción que el Estado ha impuesto y la específica naturaleza de la opinión vertida.

La aplicación de esta clase de criterios no resulta una tarea fácil, atendida la ausencia de información exacta sobre el contenido de los informes o de los programas de los medios de comunicación afectados. Desde esta perspectiva, la proporcionalidad de la medida de cierre es problemática cuando los fundamentos de la misma se subordinan a meras manifestaciones pro-vascas, pero no se relaciona con la existencia de actividades que objetivamente representan una manifestación directa de cualquier forma de violencia de ETA.

Con respecto a la duración de la medida de cierre, la proporcionalidad gira en torno a la limitación de la misma, puesto que no se trata de una medida ilimitada. Sin embargo, el período de cinco años parece excesivo y no es comprensible que en las diligencias preliminares se ordenara un cierre tan largo, en lugar de de limitar su duración.

En última instancia, corresponderá al TC el pronunciamiento sobre esta medida de cierre de medios de comunicación que ya en 1987 la consideró contraria a la libertad de expresión y de prensa contenida en el artículo 20.1 CE.

SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL REGISTRO JUDICIAL DE SEDES DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaume I de Castellón (España)

SUMARIO:

I. El acto procesal penal de investigación de entrada y registro en lugar cerrado a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia: **a)** Requisitos; **b)** Práctica.- **II.** La aplicación de las leyes procesales penales en los registros de EGIN y EUSKALDUNON EGUNKARIA: **a)** El cumplimiento de los requisitos constitucionales; **b)** El cumplimiento de los requisitos de legalidad ordinaria.- **III.** La estrategia sustantiva y procesal de la defensa: **a)** Clausura inconstitucional por vulnerar el art. 20 CE; **b)** Inaplicabilidad del art. 129 CP; **c)** Indefensión por secreto de las actuaciones.- **IV.** Conclusiones.- **Anexo:** Selección bibliográfica.

I. El acto procesal penal de investigación de entrada y registro en lugar cerrado a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia.-

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado se regula en los arts. 545 a 572 LECRIM. En general, la entrada y registro en lugar cerrado es el acto de investigación consistente en la penetración en un determinado recinto aislado del exterior, con la finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación, o la propia persona del procesado (v. arts. 546 y 550 LECRIM). Son dos diligencias en una, pero íntimamente unidas, pues se entra en el lugar cerrado para registrarlo. Y cumple dos fines claramente diferenciados: Asegurar pruebas y piezas de convicción (pruebas físicas) para que estén a disposición de las partes (sobre las que previamente habrán preparado su acusación y defensa) y del órgano jurisdiccional el día del juicio oral, y detener al presunto culpable que se sospecha que se encuentra dentro del domicilio.

En un sentido especial (tratándose de domicilios) supone la limitación del derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio, justificada por el cumplimiento de determinados fines del proceso penal. El art. 18.2 CE dispone que «el domicilio es

inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

A) Requisitos

Para que el acto de entrada y registro en lugar cerrado se verifique de acuerdo con la ley deben concurrir determinados requisitos. Téngase en cuenta que la entrada y registro sin atenerse a estas condiciones puede constituir delito (arts. 202 a 204 y 534 CP).

Se consideran supuestos especiales de entrada y registro los que afectan o tienen lugar en caso de estado de excepción (LO 4/1981, de 1 de junio), de delito flagrante, de delitos de terrorismo, o de entradas y registros efectuados por la Policía sin orden judicial persiguiendo a delincuentes sospechosos de haber cometido delitos muy graves (art. 553 LECRIM).

Como acto de investigación procesal penal la entrada y registro ha de ser precedida por determinados requisitos, que, a su vez, pueden ser generales o especiales, según la cualidad del lugar cerrado en el que haya de entrarse.

Véanse sobre ello con carácter particular, entre otras muchas, las SS TC 341/1993, de 18 de noviembre; 309/1994, de 21 de noviembre; 126/1995, de 25 de julio; 133/1995, de 25 de septiembre; 94/1996, de 28 de mayo; 228/1997, de 16 de diciembre y 94/1999, de 31 de mayo; además de las SS TS de 31 de enero de 1994, RA 596; de 19 de septiembre de 1994, RA 6996; de 6 de noviembre de 1995, RA 8015; de 6 de febrero de 1996, RA 912; de 27 de octubre de 1999, RA 7590; y de 10 de noviembre de 2000, RA 8802.

a) *Presupuestos generales*: Son que se tengan indicios de que en el lugar se encuentra el imputado, o de que hay efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación (art. 546 y art. 550 LECRIM, en lo que le afecta de la remisión); y auto del Juez de Instrucción acordando la práctica del acto (arts. 564, II, y 566, I LECRIM).

El auto es la forma que ha de adoptar la resolución del Juez, pero no siempre resulta necesario, puesto que el registro y previa entrada pueden efectuarse mediando sólo consentimiento o autorización de la persona interesada, como veremos con base en el fundamento constitucional antes indicado.

b) *Presupuestos especiales*: Hay que distinguir entre edificios o lugares públicos oficiales, no oficiales, religiosos, de particulares y asimilados, o cualificados por normativa internacional.

Realmente los importantes son los domicilios de particulares, esto es, el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia. Para éstos los presupuestos son: 1) Consentimiento del interesado, conforme se previene en el art. 18.2 CE (art. 550 LECRIM), el cual puede presumirse si no alega derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 551 LECRIM); 2) Si se niega, sólo puede procederse a la entrada, notificándose en el acto o dentro de las 24 horas siguientes el auto motivado, que deberá contener las circunstancias del art. 558 (arts. 550 «in fine» y 566 LECRIM).

El concepto de domicilio al que se refiere el art. 18.2 CE se extiende tanto al de las personas físicas como al de las personas jurídicas (S TC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3º). Posteriormente la propia jurisprudencia lo ha ampliado indicando que es domicilio a los efectos de la diligencia de entrada y registro, entre otros lugares, las sedes de algunas asociaciones (v.gr., de partidos políticos), los despachos profesionales (v.gr., de abogados), y las sedes de los medios de comunicación (SS TC 144/1987, de 23 de septiembre; 211/1992, de 30 de noviembre; y 171/1997, de 14 de octubre). En el caso específico de los medios de comunicación se fundamenta porque en sus sedes se desarrollan los derechos a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información. Se resuelve así jurisprudencialmente un tema conflictivo, pues no era hasta entonces nada claro que la protección se debiera extender también, por ejemplo, a una sociedad anónima.

El presupuesto fundamental, pues, es el de la resolución judicial motivada. De la doctrina constitucional se desprende claramente que en la resolución el Juez de Instrucción debe manifestar, escueta o ampliamente, que la decisión adoptada responde

a determinados hechos punibles que deben ser investigados en un proceso penal incoado, de manera que el auto debe expresar en base a qué razones considera necesario el Juez de Instrucción la entrada y registro en el domicilio (v. S TC 176/1988, de 4 de octubre; y S TS de 23 de junio de 1992, RA 5831).

Al tratarse de la limitación de un derecho fundamental, el presupuesto constitucional es el principio de exclusividad jurisdiccional. La limitación del derecho sólo puede acordarse por un Juez y, con fines de investigación penal, ha de existir proceso penal incoado.

La determinación en casos muy particulares, además de lo indicado antes, de lo que deba entenderse por domicilio no siempre está clara y ha dado lugar a una profusa jurisprudencia que ha atendido a las habitaciones de hotel (sí es domicilio), a los vehículos (con distinción entre simples automóviles y caravanas, SS TS de 19 de julio de 1993, RA 6149; de 11 de febrero de 1994, RA 691; de 17 de enero de 1997, RA 56; y de 29 de enero de 2001, RA 405), a los departamentos del tren, a los camarotes de los buques, etc. Ver los razonamientos de la STC 10/2002, de 17 de enero, que declara la inconstitucionalidad del art. 557 LECRIM.

B) Práctica

La LECRIM establece en cuanto a la ejecución de esta medida las siguientes normas:

a) Medidas de aseguramiento del acto: Acordada la entrada y registro, se han de adoptar las medidas adecuadas para que no se frustre el fin del acto, es decir, medidas que tiendan a evitar la fuga de la persona buscada o la sustracción de los objetos que se buscan.

Estas medidas deben adoptarse:

1ª) Antes de que empiece la práctica del acto («medidas del vigilancia», art. 567 LECRIM).

2ª) Cuando se suspenda temporalmente la práctica del acto, de acuerdo con los presupuestos de los arts. 570 y 571 LECRIM (expiración del día y no consentimiento del interesado, salvo en el supuesto de los arts. 546 y 550), las medidas a adoptar consisten en cerrar y sellar el local o los muebles aún no registrados, previniéndose a los que se hallasen en el lugar de que no levanten los sellos ni violenten las cerraduras, bajo la responsabilidad que establece el art. 365 CP (art. 570 LECRIM).

b) *Órganos y personas que intervienen en su práctica:*

1º) Competente para decretar y realizar la entrada y registro es el Juez, quien puede encomendar determinadas actividades materiales a las autoridades o agentes de la Policía Judicial (art. 563, I LECRIM).

2º) Según el art. 569 LECRIM, reformado primero por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y después por la Ley 22/1995, de 17 de julio, deben presenciar el acto del registro las siguientes personas: 1) El Secretario judicial, que puede ser sustituido, si así lo autoriza el Juez, por quien legalmente puede sustituirlo, debiendo documentarse posteriormente el acto (art. 569, IV; S TS 29 enero 1991, RA 455); 2) El interesado y, subsidiariamente, la persona que le represente. Si no quiere concurrir y no nombrase representante, se hará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si no la hubiere, a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. Si el interesado es el imputado, y está disponible (v.gr., por estar detenido), debe concurrir igualmente según la jurisprudencia, aunque no su abogado (S TS 14 noviembre 1992, RA 9661).

La resistencia de estas personas a presenciar el registro puede dar lugar a la responsabilidad por delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556 LECRIM).

c) *Forma de practicar el acto:* La forma de practicar la entrada y registro en cada caso concreto es un problema de técnica de investigación, que debe resolverse según las circunstancias del caso, pero la LECRIM da unas normas generales a tener en cuenta:

1ª) Cumplidos los requisitos previos a la entrada, puede procederse a efectuarla incluso con el auxilio de la fuerza (art. 568 LECRIM).

2ª) Deben evitarse las inspecciones inútiles, procurando no importunar al interesado más de lo necesario, adoptándose precauciones para no comprometer su reputación, y respetando sus secretos si no interesan a la instrucción (art. 552 LECRIM).

3ª) El Juez recogerá los instrumentos y efectos del delito, los libros, papeles y demás cosas de interés para el sumario. Los libros y papeles serán foliados, sellados y rubricados por los que hubieran asistido al registro (art. 574 LECRIM).

d) *Hora de la diligencia*: Influye la circunstancia de ser de día o de noche cuando el registro se practique en edificios públicos o en domicilios:

1º) Tratándose de edificios o lugares públicos, el registro puede practicarse, indistintamente, durante el día o durante la noche (art. 546 LECRIM).

2º) Tratándose de domicilios, la entrada se realizará de día y sólo puede efectuarse durante la noche si lo hace necesario la urgencia del caso (arts. 184.1 LOPJ y 550 LECRIM). En los casos normales, si llega la noche antes de la terminación del registro, éste deberá suspenderse, salvo que el interesado o su representante consientan la continuación o la haga necesaria la urgencia (art. 570, I LECRIM). Por último, la circunstancia de que pueda practicarse o continuarse de noche ha de expresarse en el auto (art. 558 LECRIM).

e) *Documentación del acto*: El Secretario extenderá diligencia de la entrada y registro en lugar cerrado, la cual contendrá los siguientes extremos: 1) Personas que hubieren practicado el registro; 2) Personas que lo hubieren presenciado; 3) Incidentes ocurridos; 4) Horas en que empezó y terminó; 5) Relación del registro por el orden en que se hizo; y 6) Los resultados obtenidos (art. 572 LECRIM). El acta correspondiente será firmada por todos los concurrentes (art. 569, IV LECRIM).

Si no hubieran aparecido las personas u objetos buscados ni otros indicios sospechosos, se expedirá certificación del acta a la parte interesada si la reclamase (art. 569, VI LECRIM).

En resumen, pues, podemos reflejar la existencia de unos requisitos constitucionales y otros de legalidad ordinaria para que la entrada y registro sea válida y sus frutos puedan utilizarse en el proceso, a la hora de precisar el análisis del caso concreto en el apartado siguiente.

II. La aplicación de las leyes procesales en los registros de EGIN y EUSKALDUNON EGUNKARIA.-

La diligencia de entrada y registro en las dependencias del diario EGIN es la clave procesal de este caso, al igual que en el del cierre de EUSKALDUNON EGUNKARIA, porque si se hubiera acordado vulnerando un precepto constitucional, todas las actuaciones procesales que siguen después habrían sido declaradas nulas y probablemente la acusación se habría quedado sin ni una sola prueba para poder llevar el proceso adelante.

Ello obliga a analizar dicho auto con el detenimiento que permite la extensión concedida, diseccionando sus diversos requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria, a la vista de los hechos sucedidos y de la exposición jurídica efectuada en el apartado precedente:

A) El cumplimiento de los requisitos constitucionales:

Como es sabido, la diligencia de entrada y registro debe estar sujeta, para que sea válida y los resultados obtenidos se puedan aportar a la causa como pruebas válidas o piezas de convicción a considerar, a una serie de requisitos que conforman el llamado canon de constitucionalidad, es decir, que tal diligencia como excepción al derecho fundamental de los ciudadanos a la inviolabilidad de su domicilio sea constitucionalmente admisible. No cumpliéndolos todos o algunos de ellos, la diligencia es nula y debe ser excluída del proceso como tal, conjuntamente con los resultados probatorios obtenidos y piezas de convicción halladas con ocasión de su práctica (art. 11.1 LOPJ), si bien conforme a las nuevas doctrinas jurisprudenciales en materia de prueba prohibida, en las que no podemos entrar ahora, habrá que ver el juego de la

eficacia refleja frente a descubrimientos inevitables, conexiones de antijuridicidad y buenas fés.

Esos requisitos son: a) Exclusividad jurisdiccional; b) Resolución judicial; c) Necesidad de la medida y respeto al principio de proporcionalidad; d) Especificación del delito y de su posible autor; y e) Temporalidad.

1) Exclusividad jurisdiccional: El primer requisito constitucional es que la entrada y registro, como excepción al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, sea únicamente posible si un juez así lo acuerda mediante la pertinente resolución judicial (art. 18.2 CE), salvo que se dé alguna de las dos excepciones previstas en el propio texto constitucional (que el titular del domicilio lo autorice, o que se trate de la persecución de un delito flagrante), o estemos ante un supuesto de declaración de estado de excepción o de sitio (art. 55.1 CE), lo cual no ocurre en ninguno de estos dos casos. Pues bien, este requisito se cumple, puesto que las diligencias de entrada y registro fueron ordenadas en ambos casos por miembros del poder judicial.

También engloba el requisito de la exclusividad jurisdiccional el hecho de que la diligencia de entrada y registro únicamente pueda acordarse estando un proceso penal ya incoado, porque el proceso es un instrumento en manos del juez para que éste, y sólo éste, pueda ejercer la función jurisdiccional encomendada constitucionalmente (art. 117.3 CE). Este aspecto se cumple también en los casos estudiados, porque aunque no consta en la documentación entregada expresamente, los autos de incoación del proceso penal se presuponen, ya que en ambos casos los dos procesos penales comenzaron por diligencias previas, a las que se dio número de registro (77/97 para el caso EGIN, transformadas poco después en el sumario 18/98); y las diligencias previas 216/2001 en el caso EUSKALDUNON EGUNKARIA.

Finalmente, también conforma el presupuesto constitucional de la exclusividad jurisdiccional que la diligencia de entrada y registro sea ordenada por juez competente objetiva, funcional y territorialmente. Juez competente significa que si la diligencia de entrada y registro es ordenada durante la fase de investigación del delito, el juez debe ser necesariamente el instructor de la causa que esté realizando el sumario o diligencias previas (arts. 303 LECRIM y 87, a) LOPJ). Este requisito se da también en nuestros dos

casos, porque siendo algunos de los delitos por los que se formó la causa penal los de integración y de colaboración con banda armada (arts. 516, 575 y 576 CP), la competencia para instrucción la tiene el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional (disposición transitoria LO 4/1988, de 25 de mayo, en relación con los arts. 65-7º y 88 LOPJ).

Nada obsta a que una vez ordenada la entrada y registro mediante el auto correspondiente por el juez competente, primero que se comisionara al juez de instrucción de guardia, por la hora señalada para la práctica de la diligencia, del lugar de la sede de los medios de comunicación a registrar, porque la ejecución de una resolución por auxilio judicial está autorizada expresamente (arts. 274 y 275 LOPJ), como así se hizo en los presentes casos (v. pág. 15 del Informe técnico); y segundo, que toda o parte de la ejecución de la misma se encomendara a la policía (art. 563, I LECRIM), la cual debe operar conforme a las técnicas policiales exigibles en el caso concreto, como así se hizo también en la ejecución de ambos autos en los dos casos estudiados.

2) Resolución judicial: El segundo requisito constitucional es que la entrada y registro, no dándose ninguna de las excepciones del art. 18.2 de la Constitución, ni estando en un caso del art. 55.1 de la misma ley fundamental, sea acordada judicialmente. Este requisito se cumple también, puesto que la diligencia de entrada y registro fue ordenada por sendos autos del JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional con fecha 14 de julio de 1998 (caso EGIN), y del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional con fecha 19 de febrero de 2006 (caso EUSKALDUNON EGUNKARIA). Recuerdo que, debiendo ser autorizada la entrada y registro por medio de auto, por ser la resolución motivada apropiada, sin dicho mandamiento, la entrada y registro son nulas (S TS de 14 de enero de 1992, RA 154, entre otras muchas).

Que la Constitución exija una resolución firmada por un miembro del poder judicial no significa que quepa cualquier tipo de resolución judicial, sino que sólo puede ser una en donde se contenga expresamente la fundamentación de la decisión. Por eso, excluída la sentencia dado que no estamos ante el enjuiciamiento de fondo del caso, la única resolución restante que permite ser motivada es el auto (arts. 245.1, b), 248.2 LOPJ y 141, III y VIII LECRIM). La diligencia de entrada y registro tiene que

acordarse, pues, mediante auto judicial (arts. 564, II y 566, I LECRIM), como así se hizo en ambos casos.

Por eso la cuestión central en este punto es controlar si efectivamente los autos fueron debidamente motivados, pues de haberlo sido ambos habrán respetado el canon de constitucionalidad. La motivación exige que el auto explique los indicios de responsabilidad criminal que justifican una limitación tan grave de un derecho fundamental. Es decir, el juez debe expresar conforme a ello por qué considera necesaria la entrada y registro (v. S TC 176/1988, de 4 de octubre; y S TS de 23 de junio de 1992, RA 5831). Se trata de que:

- a) Existan hechos concretos de los que pueda razonablemente concluirse que se ha cometido un delito (lo que excluye las meras conjeturas y, sobre todo, la pesquisa, es decir, el salir a la búsqueda de un delito, de cualquier delito), y que las pruebas y piezas de convicción se encuentran en el domicilio a registrar;
- b) Se sospeche razonablemente también que ha sido cometido por persona o personas determinadas, y que puedan estar en principio ocultas en dicho domicilio; y
- c) Que la diligencia sea útil para cumplir con esas finalidades.

Por ello, es obvio que el auto debe expresar cuál es el domicilio exacto a entrar y registrar y qué debe buscarse en él. La jurisprudencia no exige motivaciones prolijas, sino suficientes, incluso aunque sea por remisión, es decir, apoyándose en la petición de entrada y registro realizada al juez por la policía o por la fiscalía (v. v.gr., la S TC 239/1999, de 20 de diciembre).

En ambos casos (EGIN y EUSKALDUNON EGUNKARIA) se cumple el requisito de motivación de la resolución judicial, tanto en su aspecto objetivo, como en el subjetivo. Tomando sólo el ejemplo de EGIN, observamos que el auto de entrada y registro dice expresamente al final de su hecho núm. 1 que:

“En el desenvolvimiento de la estrategia que se desarrolla concretamente a través de las entidades ORAIN S. A, EGIN, EGIN IRRATIA, las empresas

de publicidad LEMA 2000, HERNANI IMPRIMATEGIA Y ARDATZA, S.A. Intervienen activamente en las fechas durante las cuales se pone en marcha y se desenvuelve y mantiene aquella estrategia -que multiplica implica también la descapitalización a la que luego se hará mención-, los componentes de los consejos de Administración respectivos entre 1993 y la actualidad, en concreto: J.A.L, J.C.U, J.R.A.I, F.M.L, R.U.Z, I.M.L, M.T.M.Z, C.T.D, M.I.V, P.G.G, M.A.O, F.J.O.C.” (pág. 13 del Informe técnico).

Añadiendo además expresamente en su hecho núm. 2 que:

“De lo actuado se desprende que todos los anteriores (12 personas mencionadas en el auto) como miembros de los respectivos Consejos de Administración intervienen desde sus respectivas responsabilidades en todas y cada una de las operaciones realizadas por las mercantiles citadas, en cumplimiento de una estrategia global previamente diseñada por la organización terrorista KAS-ETA en la que se integran. Pero, además de la participación en la estrategia general, también han participado en la aplicación concreta, consistente en producir la descapitalización mediante ventas ficticias en todos los activos de ORAIN S.A a ARDATZA S.A y de estas a la ERIGANE S.L. que daría la cobertura final como tercero aparente de buena fe, blindando la operación. Todo ello desde 1993 hasta 1995 y 1997 respectivamente en perjuicio de la Seguridad Social a la que adeuda ORAIN, S.A. 550.745.544 pesetas, y a quien se impide de esta forma cobrar su deuda. De toda la operación se da cumplida y pormenorizada información a la Dirección en el exterior de ETA” (págs. 13 y 14 del Informe técnico).

Esos hechos sirvieron para fundamentar jurídicamente en su apartado cuarto que:

“A la vista de las causas que motivan el registro de las mercantiles ARDATZA S.A, ORAIN S.A, editora de EGIN, la filial EGIN IRRATIA y las entidades LEMA 2000 y HERNANI IMPRIMATEGIA S.A, se comprueba que tanto la primera como la segunda y las dos últimas, así como el diario

y radio EGIN, son meros instrumentos que la organización terrorista KAS – ETA tiene para conseguir los fines delictivos que persigue, a la vez, tal como consta en la causa, forman parte del entramado económico-financiero diseñado en la reunión del “Proyecto Udaletxe” de 1992.

Asimismo, EGIN constituye de hecho, el único bien que ORAIN S.A y ARDATZA S.A. pretenden proteger con el alzamiento de bienes detectado, y que se menciona en el HECHO SEGUNDO; a la vez que queda sometido (EGIN) en el marco de la estrategia global, a la clara dirección de ETA, que marca pautas y directrices, facilitando claves secretas y directas de comunicación, recibiendo información e impartiendo instrucciones sobre los cargos a designar y la suerte financiera de la entidad.

Asimismo, la organización terrorista utiliza EGIN como medio de coordinación y publicación de claves para sus “comandos” en el interior a través del “Apartado de Merkatus” en el periódico, o de la Sección de “Agurraks” del mismo. Todos estos elementos, tras el hallazgo en la documentación que obra en la causa y su estudio, quedan constatados y, acreditan que el diario y la radio del mismo nombre son un simple instrumento más para conseguir el mismo fin que, con diferentes medios persigue el “aparato militar” de ETA-KAS” (págs. 15 y 16 del Informe técnico).

Lo que sirvió para concluir que (apartado cuarto, final):

“En todo caso queda claro que este mecanismo no puede permanecer activo, después de las investigaciones realizadas en la causa, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 13, 299 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 127 y 129 CP 1º a), c) y 2º del Código Penal y para prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, procede acordar la clausura de las empresas, sus locales y establecimientos con carácter temporal o definitivo, así como la suspensión de la actividad de la sociedad ORAIN S.A., el diario EGIN, la

radio EGIN IRRATIA, LEMA 2.000, HERNANI IMPRIMATEGI S.A. y ARDATZA S.A.” (pág. 16 del Informe técnico).

El auto de prisión provisional dictado por el JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional el día 20 de julio de 1998, en su descripción fáctica, amplía considerablemente estos hechos (v. págs. 20 a 29 del Informe técnico).

Hay por tanto sospechas razonables de comisión de delito, que se especifican objetivamente, y de responsabilidad criminal de sus autores, que se centran en los miembros de los consejos de administración de las empresas periodísticas citadas.

3) Necesidad de la medida y respeto al principio de proporcionalidad: Este es el punto clave en ambos casos. La diligencia de entrada y registro debe ser necesaria y acordada respetando el principio de proporcionalidad, de creación jurisprudencial como es sabido también.

La necesidad de la medida es una exigencia constitucional que pretende eliminar cualquier exceso investigador contrario a los derechos fundamentales de los imputados. Por tanto, una diligencia de entrada y registro que vulnere los derechos fundamentales de los imputados o inculcados es en sí misma siempre innecesaria, en el sentido de que no debe poder acordarse precisamente por ser la entrada y registro inconstitucional. Este es el punto clave, porque como veremos *infra* la medida no era necesaria al existir jurisprudencia constitucional expresa en contrario.

La entrada y registro debe ser el único medio por el que puede descubrirse la existencia del delito o sus circunstancias, o por lo menos, el medio por el que se sacrifican menos los derechos fundamentales del imputado, como se desprende del art. 552 LECRIM.

No aparece en la documentación justificada la necesidad de la medida. Tan sólo se dice en el fundamento jurídico 2º del auto en el caso EGIN que “vista la petición de la Unidad policial que lleva a cabo las investigaciones ordenadas por el Juzgado, resulta necesaria la Resolución Judicial para poder proceder a **la entrada del domicilio que se identifica** (...) (*sic*)”

La proporcionalidad de la medida significa que el delito a investigar tiene que ser o de los catalogados como más graves o, al menos, de los considerados graves. No lo exige la LECRIM, sino la jurisprudencia. Esto significa en España que debemos considerar la naturaleza de los delitos, para lo que hay que estar a la clasificación de los delitos y sus penas que establece el CP (arts. 13 y 33: Por encima de 5 años de pena de prisión), por un lado, y por otro a su trascendencia social. Prácticamente todos los delitos por los que se inicia esta causa penal reúnen ambos requisitos, sobre todos los de integración y colaboración con banda terrorista armada, el blanqueo de capitales y el delito fiscal. La descripción que se efectúa en el hecho núm. 1 del auto de 14 de julio de 1998 es clara al respecto:

“En Marzo de 1992, se interviene documentación a la “cúpula” de ETA en Bidart (Francia), de la misma se desprende la existencia de una estrategia basada en la cohesión o instrumentalización de KAS a través de un sistema de codirección política de subordinación de éste a aquella, que permite el control sobre los distintos órganos que integran el denominado Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV) para la obtención de la “Alternativa Democrática para Euskal Herria” en la que confluyen los denominados frentes “institucional”, “el de “masas” y el “militar” de la organización con subordinación del primero a los dos segundos.

Asimismo se desprende la ejecución de un plan denominado “Proyecto Udaletxe” en el que se incluye el diseño y desarrollo de las fórmulas económicas ideadas por KAS-ETA para hacer factibles los objetivos perseguidos por la codirección subordinada.

Dentro de ese entramado aparece con un carácter preferente la empresa ORAIN-S.A, editora del diario EGIN, así como de la radio EGIN IRRATIA, como instrumentos económicos operativos de la organización, y de difusión de los planteamientos de la estrategia y elementos esenciales para el control de todo el movimiento.

En la documentación intervenida a ETA (...) se constata la identificación con claves secretas de estas entidades (...) evidenciando una sumisión absoluta hacia ETA a la que se rinde cuenta de todas las actividades y actuaciones para la ejecución de una descapitalización de ORAIN, S.A, a favor de otra empresa instrumental de la organización ARDATZA S.A, cuyos Consejos de Administración actúan de común acuerdo al estar integrados por las mismas personas casi en su totalidad y con el fin de evitar que se hicieran efectiva la deuda de la seguridad social (superior a los 500 millones de pesetas).

Asimismo se rinden cuentas por el Consejo de Administración a ETA de todas las incidencias que se producen en el periódico, y se le piden directrices para designar al Director.

En el desenvolvimiento de la estrategia que se desarrolla concretamente a través de las entidades ORAIN S. A, EGIN, EGIN IRRATIA, las empresas de publicidad LEMA 2000, HERNANI IMPRIMATEGIA Y ARDATZA, S.A. Intervienen activamente en las fechas durante las cuales se pone en marcha y se desenvuelve y mantiene aquella estrategia -que multiplica implica también la descapitalización a la que luego se hará mención-, los componentes de los consejos de Administración respectivos entre 1993 y la actualidad, en concreto: J.A.L, J.C.U, J.R.A.I, F.M.L, R.U.Z, I.M.L, M.T.M.Z, C.T.D, M.I.V, P.G.G, M.A.O, F.J.O.C.” (págs. 12 y 13 del Informe técnico).

4) Especificación del delito y de su posible autor: Los autos judiciales recogen expresamente los delitos que se han cometido y determinan las personas presuntamente responsables de haberlos cometido con precisión técnico-legal, de manera que puede entenderse sin ambages que este requisito se cumple y por tanto que se respeta también el canon de constitucionalidad en este punto. El matiz es únicamente que la entrada y registro de la sede de los medios de comunicación no pretende detener a los imputados, sino recabar pruebas y piezas de convicción. El fundamento jurídico primero del auto de entrada y registro en el caso EGIN así lo corrobora:

“Los hechos que se relatan podrían ser constitutivos:

- de integración en organización terrorista de los arts. 516 y 516.2º del Código Penal;
- de colaboración económica del art. 575;
- colaboración con organización terrorista del art. 576 del Código Penal;
- alzamiento de bienes del art. 257 del Código Penal;
- blanqueo de capitales del art. 301 del Código Penal;
- delito fiscal del art. 305 del Código Penal *en relación con los arts 174, 174 bis y 519 del Código Penal derogado de los que serían responsables, según los hechos, y en su caso imputado...*” (se recogen los doce mismos nombres que en el HECHO nº 1) *“por cuanto todos ellos, en una u otra medida, la que se determinará en esta causa, han participado y/o participarán presuntamente en alguna de las actividades que se describen en los hechos y desvelan su vinculación a la organización KAS-ETA”* (págs. 14 y 15 del Informe técnico).

5) Temporalidad:

La Constitución y la LECRIM no fijan un plazo para realizar la entrada y registro, pero es evidente que el requisito de proporcionalidad antes comentado exige que la medida no pueda permanecer abierta *sine die*, y que una vez ordenada la entrada y registro se practique con los siguientes límites:

- 1) Por una sola vez (una segunda requeriría un nuevo auto con diferente motivación);
- 2) Lo más cercano en el tiempo a la fecha de su emisión;
- 3) De día o de noche, si es urgente (arts. 184.1 LOPJ y 550 y 558 LECRIM); y
- 4) Sin interrupción, salvo que se esté en los casos de los arts. 570 y 571 LECRIM, citados *supra*.

Todos estos requisitos se cumplieron en el auto de entrada y registro del caso EGIN (seguimos tomando este caso como ejemplo para no dilatar en demasía este informe), a la vista de los fundamentos jurídicos segundo y tercero del mismo:

“SEGUNDO.- De conformidad con el art. 18.2 de la Constitución española y vista la petición de la Unidad policial que lleva a cabo las investigaciones ordenadas por el Juzgado, resulta necesaria la Resolución Judicial para poder proceder a la entrada en el domicilio que se identifica. (...).

TERCERO.- Asimismo se procede tomar las medidas necesarias para que los registros sean simultáneos y que la Comisión Judicial se traslade al lugar de los hechos para practicar la diligencia, si bien es preciso solicitar, al amparo de lo dispuesto en los artículos 274 y 275 de la LOPJ y artículo 63 del Reglamento 5/1995, de 7 de Junio, el auxilio judicial del Juzgado de Instrucción de Guardia, ya que el número de entradas y registros a practicar excede de la disponibilidad deL Juzgado, debiendo atenderse la petición de auxilio jurisdiccional en los casos que sean imprescindibles. Además se hace constar la necesidad de absoluta reserva y que la autoridad judicial adopte las medidas precisas para garantizar el secreto de la diligencia, por tanto, tan sólo se notificará la parte dispositiva de esta resolución, sin perjuicio de hacer una notificación completa de la misma, una vez se alce el secreto de las actuaciones.

Se fija la diligencia entre las 24.00 horas de vigencia del mandamiento, que se computan desde las 0.00 horas del día 15 de Julio de 1998 hasta las 0.00 horas del día 16 de Julio de 1998.” (pág. 15 del Informe técnico).

B) El cumplimiento de los requisitos de legalidad ordinaria:

En cambio, los requisitos que exigen las leyes ordinarias (LOPJ, LECRIM y leyes especiales antiterroristas), de incumplirse, no dan lugar a la nulidad del proceso, pues siendo generalmente subsanables se procederá a ello, generalmente como consecuencia de recursos de parte interesada, o bien darán lugar en su caso a responsabilidades

imputables a quienes cometieron las irregularidades procesales, sin afectar a la validez de la sentencia que se dicte en el proceso penal de referencia.

En el caso de la entrada y registro se trata de estos tres: 1) Control judicial y recepción de las pruebas físicas encontradas; 2) La disponibilidad de los materiales en el acto del juicio oral; y 3) La presencia de determinadas personas durante el registro.

1) Control judicial y recepción de las pruebas físicas encontradas:

Es el juez competente que ha ordenado la entrada y registro quien debe tener a su disposición las pruebas y las piezas de convicción halladas durante su ejecución, “para el resultado del sumario” (art. 574, I LECRIM), es decir, a disposición de las partes para fundamentar sus respectivas posiciones durante la fase de investigación del proceso penal, y del instructor pueda que éste meritar adecuadamente si se puede abrir el juicio oral contra el imputado o, por el contrario, procede el sobreseimiento, conforme al art. 299 LECRIM.

Esto no quiere decir, recuerdo, que tenga que ser él quien lo practique, puesto que la LECRIM autoriza claramente a que lo pueda hacer la policía (arts. 563, I y 574), como así se hizo en este caso.

2) La disponibilidad de los materiales en el acto del juicio oral:

No hay constancia en la documentación de que las pruebas físicas encontradas estuvieran a disposición de las partes en el juicio oral del caso EGIN, pero nada permite sospechar lo contrario, sobre todo teniendo en cuenta las disposiciones expresas de los arts. 569 y 572 LECRIM, que orientan hacia el principio de conservación de lo hallado de manera clara, evitando peligros de sustracción, destrucción o desaparición, documentándose detalladamente las pruebas y piezas de convicción encontradas, razón por la que debemos entender que este requisito de legalidad ordinaria está cumplido.

3) La presencia de determinadas personas durante el registro:

Se regula en el art. 569 LECRIM. En primer lugar, el interesado (que puede ser el imputado o no) y, subsidiariamente, la persona que legítimamente le represente, deben presenciar el registro. En segundo lugar, si el interesado no quiere concurrir y no nombrase representante, se hará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si no la hubiere, a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La resistencia de estas personas a presenciar el registro puede dar lugar a responsabilidad por delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 569 LECRIM).

Para que pueda causar efectos jurídicos en la sentencia, la declaración en el juicio oral como testigos de los funcionarios de Policía Judicial que hayan practicado el registro debe ser imprescindible (v. entre otras muchas la S TS de 7 de abril de 1992, RA 2864).

Obsérvese que nada dice la Ley sobre la presencia del imputado y de su Abogado durante la ejecución de la entrada y registro domiciliario, sea o no el titular o interesado. Inicialmente, y de acuerdo con el principio de contradicción del art. 24 CE, incorporado a la LECRIM en diferentes reformas posteriores, nada habría que objetar a la participación de ambos cuando no esté declarado el secreto del procedimiento preliminar (v. art. 302, II LECRIM), y siempre que el imputado esté físicamente disponible, es decir, pueda ser llevado a presenciar el acto del registro, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando está detenido o en prisión provisional. No descuidemos tampoco que tiene plena vigencia el derecho constitucional de defensa del art. 24 CE. Pero la necesidad de proceder con urgencia en estos casos para la mejor efectividad de la investigación, puede dificultar de hecho su intervención.

Por eso el TS tuvo finalmente que admitir que si el interesado es el imputado, y está disponible (v.gr., por estar detenido), debe concurrir igualmente a la práctica de la diligencia de entrada y registro (v. SS TS de 14 de noviembre 1992, RA 9661). Una infracción de esta doctrina es causa de nulidad del acto, pero sólo en este caso, pues en los demás exigidos por la legalidad ordinaria no lo es.

En cambio, la propia jurisprudencia del TS excluye la obligatoriedad de que el abogado defensor del imputado esté presente, salvo que el imputado sea el interesado y tenga abogado ya, pues entonces puede pedir que comparezca como su representante para presenciar el registro en su nombre al amparo del art. 569, I LECRIM (STS de 31 de marzo de 2005, RA 3883).

En nuestros casos la presencia de los interesados no fue posible por la declaración de secreto de las diligencias previas. Este hecho podría implicar indefensión, de ahí que lo analicemos en el apartado siguiente.

Para finalizar con este punto, pues, si los derechos fundamentales han sido respetados, los resultados probatorios se incorporarán a la causa, primero como actos de investigación, y más tarde como actos de prueba, según los casos bien mediante lectura documental, bien mediante declaración testifical, siendo valorados libremente por el órgano jurisdiccional competente para el juicio oral (arts. 717 y 741, I LECRIM).

III. La estrategia sustantiva y procesal de la defensa.-

Frente a estas medidas cautelares iniciales tomadas por el magistrado-juez instructor competente, procede ahora analizar la estrategia defensiva de los imputados miembros de los consejos de administración de las empresas periodísticas reseñadas.

La defensa argumentó desde un punto de vista constitucional y penal sustantivo utilizando dos razones de fondo: Que en su entender la clausura de un periódico es inconstitucional por atentar contra el derecho a la libertad de prensa del art. 20 CE, y que el art. 129 CP es inaplicable en este caso. Procesalmente, alegó indefensión como consecuencia de una declaración del secreto de las diligencias previas no ajustada a derecho en su opinión.

Veamos con la brevedad exigida estos argumentos, para concluir finalmente dando nuestra opinión:

A) Clausura inconstitucional por vulnerar el art. 20 CE:

El argumento de defensa más importante se recoge en varios escritos de parte. Se trata de insistir en la perspectiva constitucional que mencionábamos al principio, pero ahora desde la óptica de la tutela de los derechos de libertad de expresión (art. 20.1, a) CE), y del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20.1, d) CE), en el sentido expresado, por ejemplo, en el recurso de reforma de 24 de julio de 1998, en los siguientes términos:

“CUARTA.- LA DECISIÓN DE CLAUSURA DE ORAIN S.A., ARDATZA S.A, EGIN Y EGIN IRRATIA Y LA SUSPENSIÓN DE TODAS LAS ACTIVIDADES DE LAS MISMAS VULNERA EL ART. 20 APARTADOS 1. a) y 1. d) CE.

El artículo 20.1. a) y d) CE reconoce y protege los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información. Los límites a las citadas libertades se hallan contenidas en el apartado 4º del citado artículo, y la única medida posible a adoptar contra un medio de comunicación se encuentra recogida en el apartado 5º del mismo artículo consistente en que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de comunicación en virtud de resolución judicial”.

El artículo 55.1 CE señala que los derechos reconocidos en el artículo 20, apartados 1.a) y d), y 5, sólo “podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”.

El mismo artículo, pero en su apartado 2, y en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, incluye una serie de derechos fundamentales que “de forma individual y con la necesaria intervención judicial” pueden ser suspendidos para personas determinadas, no incluyendo entre tales derechos los contenidos en el artículo 20, apartados 1.a) y d).

(...) la Constitución española ampara la libertad de expresión y la libertad de información y no autoriza una suspensión de tales derechos para el caso de los denominados delitos de terrorismo, ya que no existe una reputación diferenciada para aquellos derechos en tal supuesto, como por el contrario se da para los protegidos en los artículos 17 y 18 del texto constitucional.

Por tanto, el legislador, no puede dictar una ley que acuerde esa suspensión (...) cuando lo hizo, a través del artículo 21 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de Diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, la citada norma fue declarada inconstitucional por la STC 199/1987 de 16 de Diciembre.

El Juzgado ha adoptado la decisión de clausura de la empresa ORAIN S.A, y por tanto el cierre de ORAIN S.A., del diario EGIN y EGIN IRRATIA, así como la suspensión de sus actividades al amparo de lo establecido en el art. 129.2 del Código Penal.

Tal y como hemos señalado con anterioridad y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, cualquier norma que contuviera una suspensión de los derechos contenidos en los artículos 20.1 a) y d) sería inconstitucional, de la misma manera que lo sería aquella interpretación de la norma que condujera a dicho resultado.

En consecuencia, el artículo 129.2 CP, no puede establecer un régimen de suspensión temporal de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, pues ello no sería concebible en términos constitucionales, y tampoco es posible que el órgano jurisdiccional haga una interpretación del mismo que le posibilite adoptar la medida de suspensión cautelar, pues supondría la puesta en vigor de una medida sólo prevista constitucionalmente para los supuestos de estado de excepción y sitio.

Y por todo ello, sorprende la argumentación del Instructor, pretendiendo equiparar el instituto de la prisión preventiva como límite o restricción del derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE, con lo que la suspensión de actividades y la clausura de establecimientos supone respecto a los derechos a la libertad de expresión y libre información” (págs. 64 a 66 del Informe técnico).

La cuestión clave es que el Tribunal Constitucional en su S 199/1987, de 16 de diciembre, había declarado inconstitucional el artículo 21 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de Diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que previó el cierre de un periódico por estar implicado en delitos de terrorismo, con base en el siguiente argumento desarrollado en el fundamento jurídico 12:

“El art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 se refiere a la clausura de medios de difusión y establece que «admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad, estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento».

En la interpretación concorde que recurrentes y Letrado del Estado dan al precepto la admisión de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal obliga al órgano judicial a «ordenar» el cierre provisional del medio de difusión y le permite la ocupación material de los instrumentos del delito. Los recurrentes impugnan el precepto por un doble orden de motivos. En primer lugar, porque la medida supondría una limitación del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, o una suspensión de los mismos para lo que el legislador no estaría habilitado por el art. 55.2 de la Constitución. En segundo lugar, porque la forzosidad de la medida supondría una limitación de la independencia y libertad de decisión

del Juez, que sería contraria a los arts. 24 y 117 de nuestra Ley fundamental.

Hemos de examinar en primer lugar, si el contenido mismo de la medida prevista en el art. 21.1 impugnado desconoce, como los recurrentes alegan, el art. 20 de la Constitución, pues si ello fuera así la declaración de inconstitucionalidad del precepto haría innecesario entrar en el segundo motivo de impugnación.

Los recurrentes estiman que el precepto legal viola, además del art. 20, también el art. 55.2 de la Constitución. En realidad la Ley no invoca, como justificación este art. 55.2 y formalmente no ha considerado la regla del art. 21.1 como una suspensión singular del derecho. Pese a ello la invocación del art. 55.2 de la Constitución no resulta aquí ociosa en cuanto permite deducir que el mismo no habilitaba al legislador para establecer una suspensión de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución. Una simple lectura del precepto constitucional permite comprobarlo; aún más si se tiene en cuenta que el art. 55.1, en relación con la declaración del estado de excepción o de sitio permite en tales casos la suspensión de los derechos del art. 20 de la Constitución, y además sólo los relativos al apartado primero de dicho art. letras a) y d) y al apartado quinto. Ello expresa una clara voluntad constitucional de no establecer una regulación diferenciada del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 en relación con los supuestos previstos en el núm. 2 del art. 55, o sea los relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

El legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica del art. 21.1 equivale a una auténtica suspensión del derecho. Si se comparan los efectos del art. 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la «suspensión» de todo tipo de publicaciones y emisiones radiotelevisivas, con el art. 21.1 impugnado que impone preceptivamente el «cierre provisional»

del medio de difusión, habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello, como alega el Letrado del Estado, el que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del art. 20 de la Constitución, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado. En los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no está prevista esta medida, lo que refuerza la idea de que aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el art. 55.2 de la Constitución.

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

Finalmente, no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de «auto-censura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal

del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho.

Por todo ello, el art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 resulta contrario al art. 20 de la Constitución y ha de ser declarado inconstitucional. Aunque los recurrentes sólo impugnan el núm. 1 del art. 21, la declaración de nulidad del mismo ha de llevar acarreada también la nulidad de los núms. 2 y 3 del artículo, por necesaria conexión con el párrafo que se anula. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, haya de predicarse de la totalidad del artículo.”

Pues bien, sin entrar tampoco en consideraciones sustantivas constitucionales ante los expertos presentes en esta Jornada, la pregunta que me hago no es otra que cómo es posible, después de la doctrina de la S TC 199/1987, que un juez pueda cerrar un medio de comunicación provisionalmente en España, por sospechas de que los miembros del consejo de administración de la sociedad que lo editan han cometido delitos de “terrorismo”, cuando el fundamento 12, pár. V de la misma dice expresamente, tras razonamientos jurídicos impecables, que “el legislador no estaba, pues, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas.” No hay posibilidad de interpretar este razonamiento más que de una manera: En España un periódico, aunque esté probado que apoya editorialmente a una banda terrorista, hoy no puede ser cerrado provisionalmente.

El auto del JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 1998 no ignoraba como es lógico esta sentencia, y para poder obviarla argumentó lo siguiente:

“QUINTO.- Por agotar los razonamientos y ante el hecho de que se pueda argumentar que la medida afecta al art. 20 de la Constitución, cosa que no sucede, como ya se ha visto, es conveniente detenerse, siquiera sea mínimamente en el análisis de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 199/1987 para demostrar y dejar constancia de que nada tiene que ver un caso con el otro.

En efecto, la meritada sentencia vino a resolver los recursos de inconstitucionalidad n.ºs. 285/1985 y 292/1985 (acumulados), interpuestos por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la LO 9/1984, de 26.12.1984, de medidas contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55, prr. 2º de la Constitución declaró la inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley Orgánica citada que se refería a la clausura de medios de difusión y establecía que admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad, estimase procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento.

En la interpretación concorde que recurrentes y el Letrado del Estado dieron al precepto, la admisión de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal obligaba al órgano judicial a ordenar el cierre provisional del medio de difusión y le permitía la ocupación material de los instrumentos del delito.

Los recurrentes impugnaron el precepto por un doble orden de motivos. En primer lugar, porque la medida supondría una limitación del contenido

esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, o una suspensión de los mismos para lo que el legislador no estaría habilitado por el art. 55.2 de la Constitución. En segundo lugar, porque la obligatoriedad de la medida supondría una limitación de la independencia y libertad de decisión del Juez, que sería contraria a los arts. 24 y 117 de nuestra Ley fundamental.

Por ello el Tribunal Constitucional consideró que el legislador no estaba, habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas y sin embargo, la consecuencia práctica del art. 21.1 equivalía a una auténtica suspensión del derecho. Por otro lado consideró que, aun si no se entendiera como suspensión singular del derecho a la libertad de expresión e información, el art. 21.1 impugnado, no permitía una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información.

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

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

Por último, que no implica una medida restrictiva de la Libertad de Expresión, sino que incide en la incautación judicial de los instrumentos idóneos para la ejecución de un delito extremadamente grave, se comprueba por que en ningún caso se toma como respuesta a un artículo de opinión; y, en la práctica, de forma inmediata la adopción de la medida, ha aparecido una nueva publicación de semejante contenido editorial utilizando para ello medios materiales diferentes de los intervenidos a las empresas a cuyos miembros se les imputa el delito de integración o pertenencia a organización terrorista. Respecto de esta editora no se ha tomado medida alguna, en tanto en cuanto no han aparecido datos, hasta el momento, que así lo justifiquen.”

Lo que dice el Magistrado en resumen es que éste es un caso totalmente distinto, encontrando la causa para decretar el cierre del periódico no sólo en “fundamentos inmanentes al proceso penal”, que no especifica, sino también en otros “ajenos o trascendentes al proceso penal”, que tampoco detalla, concluyendo que de lo que se trata es de garantizar que el proceso se desarrolle correctamente, teniendo el cierre “incidencia en el buen fin del proceso”. Es decir, el instructor cierra el periódico para que no continúe la actividad delictiva al servicio de ETA, y sobre todo para que este proceso se desenvuelva normalmente.

Pero estas razones no resisten la menor crítica jurídica y, la verdad, son jurídicamente muy débiles, porque nunca se ha discutido que los imputados no fueran sospechosos de cometer actividades terroristas y porque se inventa una máxima, ni siquiera principio, innecesaria por obvia. El supuesto de hecho que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad por la S 199/1987 del artículo 21 de la Ley Orgánica 9/198, es prácticamente idéntico al actual, por tanto es un ejemplo de libro de aplicación de los efectos de cosa juzgada de una sentencia del TC *erga omnes*, en cumplimiento del art. 40 LOTC.

Esto no quiere decir que haya que tolerar tal actividad delictiva, pues las democracias pueden defenderse y están obligadas a ello sobre todo frente a quienes quieren socavarla, pero la grandeza de la democracia estriba en que las armas son legítimas y por tanto, los derechos se respetan. La lucha deberá ser pues por otros medios. En mi opinión, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional debería haber considerado el tema de fondo desde una óptica distinta: Ningún delito, y menos en fase de investigación, autoriza el cierre de un medio de comunicación porque aquí el art. 20 CE es superior. Por tanto, si se deseaba evitar la reiteración del apoyo delictivo a ETA del periódico, en este caso en el que había graves delitos económicos de por medio también, habría bastado la declaración de concurso necesario (en el momento de los hechos, de quiebra fraudulenta) y el correspondiente nombramiento de administrador concursal conforme a la LC de 2003 (v. sus arts. 4, 26 y 27), para controlar la actividad periodística del medio sin necesidad de cerrarlo. Sin perjuicio además hoy de la legislación internacional y supranacional aprobada para luchar contra el terrorismo y sobre todo su financiación, en la que por falta de espacio no puedo entrar. Esto habría permitido considerar por un lado la actividad empresarial y los delitos económicos cometidos, perfectamente controlables también cautelarmente, y por otro, los delitos de terrorismo y la prevalencia del derecho a la libertad de prensa.

Mientras no cambie la doctrina del TC ésta es en mi opinión la única posibilidad interpretativa en este caso. No se debería haber decretado nunca, por ello, la medida cautelar de cierre de los dos periódicos, y mucho menos por su período máximo de 5 años.

B) Inaplicabilidad del art. 129 CP

Sin entrar en detalles por ser un tema sustantivo penal, la defensa ha aducido en diferentes ocasiones (escrito de alegaciones de 20 de julio de 1998, recurso de reforma de 23 de julio de 1998, recurso de reforma de 24 de julio de 1998, recurso de queja de 4 de septiembre de 1998, y recurso de amparo de 19 de noviembre de 2003), que:

“El artículo 129.2 CP no es de aplicación al presunto supuesto. El artículo 129 CP establece un sistema cerrado, un sistema de números clausus que, por imperativo del principio de legalidad, no permite la interpretación analógica.

De la lectura del Código Penal se concluye que las medidas cautelares del artículo 129 del texto penal no son aplicables para los delitos de terrorismo contenidos en los arts. 571 y ss.

El único supuesto que se aproximará al caso presente en el que contempla la posibilidad de aplicar tales medidas accesorias a las asociaciones ilícitas, pero ello requerirá acreditar que ORAIN S.A, es una asociación que tiene por objeto cometer algún delito o promover su comisión, lo que supondría entender que el conjunto de la actividad de ORAIN, S.A es ilícita y que su finalidad asociativa y su practica societaria central es la comisión de delitos tales como el de colaboración con banda armada, cuando es un hecho notorio que su actividad es:

- 1. dar opinión,*
- 2. emitir información*
- 3. y contribuir a la formación de la opinión pública vasca.*

Aplicar el artículo 129.2 CP a ORAIN S.A, EGIN y EGIN IRRATIA sólo puede hacerse desde una interpretación extensiva y analógica de la norma, lo cual está proscrito por un principio básico en el estado de derecho cual es el de legalidad” (pág. 52 del Informe técnico).

También aquí me hago sólo una pregunta. A la vista de lo expuesto en el subapartado anterior, ¿pensó el legislador en 1995 al redactar el art. 129 CP en que se podría aplicar a empresas editoras de periódicos, o de radios, o de televisiones, o de cualquier otro medio de comunicación que exista? Creo que no. La doctrina, que reconoce que no es un precepto nuevo en nuestro derecho (la condena por prostitución, por ejemplo, podía implicar la clausura del burdel), critica que se contemple ese cierre como medida cautelar porque a todas luces el roce con el principio de proporcionalidad es evidente. Por eso, de aplicarse, solamente sería ante hechos gravísimos. Los actos terroristas, aunque tengan diversas posibilidades delictivas, lo son sin duda alguna, pero cuando la empresa a clausurar es un periódico, el art. 129 CP no se puede aplicar desligado de las exigencias del art. 20 CE, ya que de lo contrario no tendría sentido alguno la protección amplísima que nuestra Constitución otorga a los derechos de libertad de expresión y de información.

Por eso en mi opinión, la fuerza expansiva del art. 20 CE envuelve en su integridad al art. 129 CP cuando estamos ante la decisión de cierre de un periódico, y si no se puede condenar a su clausura, mucho menos a su clausura provisional adoptando la pertinente medida cautelar.

Quizás la defensa, lo que no me consta a la vista de la documentación remitida, debería haber intentado plantear la inconstitucionalidad del art. 129 CP. Esto provocaría una decisión de efectos indubitados, no sólo para este caso.

C) Indefensión por secreto de las actuaciones

Finalmente, la defensa plantea un problema específico como consecuencia de haberse decretado el secreto de las actuaciones ante la imposibilidad de celebrar la preceptiva audiencia a las partes a que se refiere el art. 129.1, I CP, alegando que la aplicación de la norma por el JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional le ha causado indefensión. A ello añade que la incomunicación de sus defendidos agrava todavía más dicha situación, ya que la restricción no está prevista en el art. 527 LECRIM.

El secreto de las diligencias previas fue acordado como hemos visto por el mismo auto de 15 de julio de 1998 decretando la entrada y registro. No consta cuándo fue

acordada la incomunicación de los detenidos, pero sí que se alza mediante auto de 20 de julio de 1998, en el que se impone a casi todos la prisión provisional comunicada y sin fianza. El mismo día 15 de julio, otro auto del JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional acordó celebrar la audiencia a que se refiere el art. 129 CP después de alzarse el secreto del sumario, así como citaciones a imputados, también después del levantamiento de dicho secreto. Lo fundamentó en los siguientes términos:

“UNICO.- La audiencia de la que trata el inciso primero del artículo 129 del Código Penal habrá de ser previa a la ejecución y materialización de la medida pero, en todo caso, posterior a la notificación de la misma, cuando el sumario se halla secreto y el interesado detenido incomunicado ya que, de otro modo, sería absurda e inefectiva la medida al trascender previamente la intención del Instructor.

Por tanto es preciso conjugar los intereses en juego y practicar la audiencia antes de que se haga efectiva la medida cautelar mediante su anotación en los Registros correspondientes; mientras tanto, las Empresas y locales quedarán debidamente precintados, tal como se ordenó tras las prácticas de los registros correspondientes” (págs. 17 y 18 del Informe técnico).

Pues bien, frente a estas medidas, la defensa alegó en un recuso de queja presentado el 4 de septiembre de 1998 la nulidad de todas las actuaciones por vulneración del art. 24.1 CE, entendiendo que se había producido indefensión (ya aducida genéricamente antes en el escrito de alegaciones presentado el 20 de julio de 1998, págs. 49 y 50 del Informe técnico), porque:

“TERCERA.- La situación de indefensión (art. 24.1 CE) en que se formula el presente recurso.

Las presentes alegaciones se formulan desde la indefensión que produce el hecho de que la medida adoptada se hayan tomado en una causa en la que junto a otras circunstancias (detención de los representantes legales de las empresas, incomunicación de los mismos, etc.) se instruye bajo secreto

*sumarial, acordado hace varios meses y sometido a reiteradas prórrogas.
(...).*

La situación de secreto sumarial amplifica la situación de indefensión en la medida que los AUTOS de 14 y 21 de Julio, y 31 de Agosto de 1998, están sustentados en constantes referencias a informes policiales, anexos, documentos incautados, etc. En base a los cuales el instructor construye su fundamentación. El desconocimiento del origen, alcance real, contenido total y demás circunstancias que son relevantes a la hora de valorar informes y documentos, hace que las alegaciones, que en este momento se formulan, no pueden tener la amplitud, profundidad y detalle que, sin duda alguna, alcanzarían en el caso de que a esta parte se le hubiera dado vista de lo actuado.

*(...) entendemos que todo ello genera una vulneración del derecho a la defensa con proscripción de la indefensión que tutela el artículo 24.1 CE.”
(pág. 72 del Informe técnico).*

No tiene razón aquí la defensa. La finalidad fundamental de la declaración de secreto del sumario (o de las diligencias previas) no es otra que preservar la investigación de manera que una actividad malintencionada de las partes no la pueda poner en peligro al conocer hechos o actuaciones que no es el momento todavía de saber, tanto en lo que se refiere al descubrimiento de hechos como a la posibilidad de conseguir hacer desaparecer o destruir todas las pruebas de cargo que existan. Es un acto plenamente legítimo, cuya constitucionalidad no se duda en ningún momento, aunque por su carácter restrictivo está sujeto a plazo y debe ser interpretado de acuerdo con el principio de proporcionalidad (SS TC 13/1985, de 31 de enero; 176/1988, de 4 de octubre; y 100/2002, de 6 de mayo).

Esto implica que, cuando haya que practicar una diligencia estando declarado secreto el sumario, la contradicción se garantiza igualmente, pero de forma diferida. Por tanto, primero se practica la diligencia (aquí la entrada y registro), y luego se notifica el auto en su integridad, y se celebra la preceptiva vista del art. 129 CP. Lo contrario sería posibilitar con toda seguridad el fracaso de los fines que se pretenden con la propia

medida. Piénsese que hubiera una vista previa sobre si se debe intervenir el teléfono al imputado traficante de drogas o no. Antes que el derecho de defensa del detenido, una vez garantizados los mínimos constitucionalmente admisibles (la asistencia letrada), está la obligación del Estado de perseguir los delitos, de lograr una paz social y una convivencia auténticamente democráticas puestas en peligro por los hechos criminales y sus autores. Por consiguiente, el auto de 15 de julio de 1998 del JCI núm. 5 de la Audiencia Nacional acordando celebrar la audiencia a que se refiere el art. 129 CP después de alzarse el secreto del sumario, así como practicar citaciones a imputados para ser oídos, que estaban incomunicados, también después del levantamiento de dicho secreto y de alzamiento de las incomunicaciones correspondientes, es ajustado a derecho.

En cuanto a la incomunicación, el art. 527 LECRIM fija exactamente los derechos que se limitan del detenido o preso incomunicado, fundamentalmente la designación de oficio del abogado (apartado a) de dicho precepto), pero nada tiene que ver con la audiencia previa a un acto judicial restrictivo de derechos fundamentales. Relacionarlos fue una estrategia equivocada de la defensa, porque unió en la misma argumentación dos hechos que son distintos: La responsabilidad delictiva de los administradores (en esos momentos gozando del beneficio de la presunción de inocencia), y la clausura de un medio de comunicación (que como persona jurídica no puede delinquir).

IV. Conclusiones.-

En mi opinión, y sin prejuzgar en absoluto el contenido material de la sentencia de fondo, llego a las cuatro conclusiones siguientes:

1ª) Ha habido motivos penales sustantivos y procesales penales suficientes para abrir un proceso penal contra las personas que aparecen como responsables en estas dos causas (los miembros de los consejos de administración de las empresas y sociedades investigadas), con fundamento en los arts. 282, I (deber de descubrir delitos de la policía), 297, I (valor de denuncia de las actuaciones policiales), y 299 (incoación de

sumario por comisión de delitos) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la policía partió de hechos delictivos claros en la intervención de la documentación realizada en marzo de 1992 a la cúpula de ETA: Integración y colaboración con banda armada (arts. 516, 575 y 576 CP), alzamiento de bienes (art. 257 CP), blanqueo de capitales (art. 301 CP) y delitos fiscales (art. 301 CP), entre otros, en relación con el art. 31 CP.

2ª) El auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional ordenando la entrada y registro en las sedes de los periódicos EGIN y EUSKALDUNON EGUNKARIA es ajustado a derecho en todas las medidas cautelares que acuerda, excepto en la de clausura provisional del medio de comunicación, punto en el que infringe el requisito de la necesidad, porque vulnera el art. 20 CE de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional al significar de hecho una negación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión (libertad de prensa), y del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz.

3º) El art. 129 CP no puede ser aplicable a medios de comunicación, porque este precepto queda supeditado al art. 20 CE, es decir, no prevalece como ley orgánica ordinaria sobre los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de información. Todo lo contrario, sólo puede ser interpretado a la luz de la Constitución cuando del cierre de un medio de comunicación se trate.

4ª) La orden y la práctica de la audiencia preceptiva del art. 129 CP a las partes posteriormente al levantamiento del secreto de las actuaciones y de las incomunicaciones fue ajustada a derecho, porque la obligación del Estado de perseguir y castigar los delitos, de lograr una paz social y una convivencia auténticamente democráticas, es un valor globalmente superior frente a los derechos procesales de los detenidos.

Sin duda el tema es delicadísimo. Estamos en realidad ante un aspecto concreto y real de la lucha antiterrorista especialmente sensible porque están de por medio dos periódicos y una radio, muy pequeños, de poca trascendencia, es cierto, pero que gozan del derecho a proporcionar información y a la libertad de expresión con el mismo grado e intensidad que los más importantes y de mayor tirada, y los tiempos no están para

veleidades. Pero los juristas que creemos en la democracia debemos defender ante todo que la lucha contra esos desalmados se haga con la ley en la mano, y no con sus mismas armas. Al fin y a la postre, sólo aspiramos a convivir unos con otros en paz, de manera civilizada, fortaleciéndonos mutuamente cada día en la práctica democrática.

Anexo: Selección bibliográfica.-

ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Ed. Colex, Madrid 1993.

CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad de domicilio y el proceso penal*, Ed. Iustel, Madrid 2004;

Idem, *La entrada y registro domiciliario en el proceso penal*, en Nicolás González-Cuéllar Serrano (dir.) / Ágata Sanz Hermida (coord.), “Investigación y prueba en el proceso penal”, Ed. Colex, Madrid 2006, págs. 117 y ss.;

CARRILLO LÓPEZ, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Ed. PPU, Barcelona 1987.

Idem, Configuración general del derecho a comunicar y recibir información veraz: Especial referencia a las relaciones entre Poder Judicial y medios de comunicación, en Felipe Fresneda Plaza (dir.), “Justicia y medios de comunicación”, Cuadernos de Derecho Judicial XVI 206, Ed. CGPJ, Madrid 2007, págs. 11 y ss.

DEL ROSAL BLASCO, B. / PÉREZ VALERO, I., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español*, en HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R. “La responsabilidad de las personas jurídicas. Una perspectiva comparada”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 23 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Algunas ideas básicas sobre la "entrada y registro en domicilio" (del art. 21 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero)*, Revista de Derecho Procesal 1993, núm. 1, págs. 11 y ss.

GARCÍA GARCÍA, M.A. (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho Comunitario*, Estudios de Derecho Judicial núm. 115, Ed. CGPJ, Madrid 2007.

GARCÍA MACHO, R., *La inviolabilidad del domicilio*, REDA 1982, núm. 32, págs. 857 y ss.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Librería Bosch, Barcelona 1988.

Idem, *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, RDPProc 1993, núm. 3, págs. 567 y ss.

Idem, *El registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana*, AJA 1994, núm. 138, págs. 1 y ss.

Idem, *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, págs. 186 y ss.

Idem, *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: Del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*, en Juan-Luis GÓMEZ COLOMER (coord.) "Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 107 y ss.

Idem, *Quo vadis, Beweisverbot? Restriktive Praktiken in der spanischen Rechtsprechung*, Festschrift für Tiedemann, Berlin 2008, en prensa.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid 1990, págs. 223 y ss.

Idem, *Entrada y registro en el domicilio*, en José-Antonio Martín Pallín (Dir.), "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, Ed. CGPJ, Madrid 1993, págs. 115 y ss.

GUARDIOLA LAGO, M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1996.

MIRÓ LLINARES, F., *Reflexiones sobre el principio societas delinquere non potest y el artículo 129 del Código Penal (al hilo del décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)*, en SOLER PASCUAL, L.A. (Dir.), "Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial

referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro”, Estudios de Derecho Judicial núm. 91-2007, Ed. CGPJ, Madrid 2005, págs. 187 y ss.

PEDRAZ PENALVA, E., *Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio*, AJA 1991, núm. 28, págs. 1 y ss., de 15 de noviembre de 1991.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, págs. 609 y ss.

SERRANO GÓMEZ, A., *El registro domiciliario sin la presencia del Secretario y sus posibles consecuencias penales*, AJA 1992, núm. 51, págs. 1 y ss.

VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, t. I, págs. 656 y ss.

INFORME – PROF. DOCTOR. MASSIMO PAVARINI

Universidad de Bologna

Il materiale inviatoci è stato esaminato dai seguenti docenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna:

Prof. Gaetano Insolera (Ordinario di Diritto penale e di Diritto penale comparato);

Prof. Massimo Pavarini (Ordinario di Istituzioni di diritto penale e di Diritto penale avanzato);

Dr. Giusy Sapienza (Professoressa a contratto presso la cattedra di Diritto penale comparato)

La vicenda esaminata induce ad approfondire varie riflessioni che in questa sede ci limitiamo a trattare solo per spunti, dunque succintamente e non in modo esaustivo. Ove si ravvisasse l'utilità di approfondire alcuni profili, fin da ora i sottoscritti si impegnano a questo lavoro.

La prospettiva nella quale ci siamo mossi non è quella di un commento unicamente scientifico delle numerose questioni poste dal materiale inviatoci; piuttosto ci siamo orientati in una prospettiva "pratica", nel senso di esaminare la eventuale praticabilità giuridica di qualche ulteriore azione volta a dare una diversa soluzione ai problemi posti. Doverosamente premettiamo alle considerazioni che seguono, una valutazione moderatamente pessimistica sull'efficacia delle stesse.

1. La prima questione che ci sembra opportuno affrontare risulta essere quella relativa all'*ampiezza* riconosciuta al *diritto alla libertà di manifestazione* dalle fonti nazionali (costituzionali) ed internazionali e, dunque, alla verifica avente ad oggetto l'osservanza dei requisiti di legittimità delle limitazioni posti al suo esercizio.

Partendo dalle fonti interne, la Costituzione Spagnola, nel sancire il diritto alla libertà d'espressione ex art. 20, individua, nell'art. 55, le ipotesi di *sospensione dei diritti e delle libertà*. In particolare, se nel *par. 1* della stessa

disposizione si subordina la sospensione di talune libertà, tra cui quella d'espressione, al fatto che sia stata accordata la dichiarazione dello stato di eccezione o di assedio nei termini stabiliti dalla Costituzione (ex artt. 116 e ss.), il *par. 2* dell'art. 55 dispone che possano essere sospesi, nei confronti di determinate persone, *in relazione ad investigazioni connesse all'azione di bande armate o di elementi terroristi*, nei casi e nelle forme previsti da una legge organica e per singoli procedimenti nonché con l'intervento giudiziario e l'adeguato controllo parlamentare, alcuni diritti tra cui ***non è menzionato*** quello contemplato dall'art. 20 della Costituzione medesima. Questo indurrebbe a ritenere l'illegittimità costituzionale della misura cautelare adottata nei confronti dei ricorrenti.

Sotto il profilo delle fonti internazionali, più in particolare della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, della Convenzione Europea per i diritti dell'uomo (CEDU), del Trattato dell'Unione Europea (TUE), e della Carta di Nizza dei diritti fondamentali, quasi tutte le suddette fonti, se riconoscono solennemente il diritto alla libertà d'espressione, prevedono anche la possibilità di una sua legittima compressione a condizione che vengano osservati alcuni requisiti.

Precisamente, mentre il Patto Internazionale, nel porre l'accento sulla distinzione tra "diritto alla libertà d'opinione" e "diritto alla libertà d'espressione" al fine di ribadire l'assoggettabilità a limitazioni solo del secondo dei due diritti, individua precisi requisiti a cui devono rispondere tali restrizioni (principio di legalità; realizzazione di uno degli scopi tra quelli del rispetto dei diritti o della reputazione altrui e della salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche; principio di necessità; principio di proporzionalità), la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo prevede, in termini molto ampi, la possibilità di porre limitazioni al diritto di liberamente comunicare, informarsi ed essere informati, limitazioni dovute a *motivi d'interesse generale*. Inoltre, con specifico riferimento ai limiti applicabili ai *mass media* audiovisivi, e dunque anche alla stampa, accanto all'osservanza dei *principi di legalità, proporzionalità e necessità* ed alla possibilità della previsione di un "*regime di autorizzazioni*", essi devono essere

volti alternativamente, alla tutela dell'interesse generale (sicurezza nazionale, integrità territoriale, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale), alla protezione di altri diritti individuali (reputazione, tutela delle informazioni confidenziali) ed alla tutela di quelli necessari ad assicurare l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

La legittimità del provvedimento cautelare di chiusura e di interruzione delle attività adottato nei confronti dei ricorrenti, dovrà quindi essere vagliata, in concreto, al fine di accertare l'effettiva osservanza dei requisiti sopra esposti. A nostro avviso, se si considera la fase cautelare in cui la misura viene adottata, potrebbe rinvenirsi un eccessivo sacrificio della libertà di manifestazione che ne sarebbe derivato, con la violazione, almeno, del requisito della *proporzionalità*.

2. Il secondo punto tematico che ci preme sottolineare riguarda il rango riconosciuto alla CEDU all'interno dell'ordinamento spagnolo.

Volendo concentrare l'attenzione su una prospettiva comparatistica, autorevole dottrina italiana (Vigano Francesco, *Norme comunitarie e riserva di legge statutale in materia penale, termini di una relazione (sempre più) problematica*, in "Quaderni di diritto costituzionale", 2006, n.2), ha sostenuto una serie di possibili influenze della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul diritto penale sostanziale interno di uno Stato, essa ponendo precisi vincoli, da una parte al legislatore nella fase della *posizione* delle disposizioni incriminatrici (divieti di violazione diretta dei diritti fondamentali mediante la sanzione penale; divieti di incriminazione di condotte costituenti esercizio di diritti fondamentali; obblighi di incriminazione di condotte lesive di diritti fondamentali), e dall'altra al giudice nella fase dell'*interpretazione* delle medesime. Quest'ultimo, infatti, dovrà effettuare un'interpretazione conforme ai principi enunciati dalla CEDU consistente nell'elaborazione, puramente pretoria, di una *serie di criteri* che consentano di operare il bilanciamento tra le esigenze di tutela del bene protetto, di volta in volta, dalla norma incriminatrice e quelle di tutela delle libertà sancite dalla Convenzione europea. In quest'ottica, di preminente importanza risulta la risoluzione del quesito inerente la collocazione riconosciuta alla CEDU nell'ambito della gerarchia delle fonti interne. Problema che la succitata autorevole dottrina risolve proponendo una soluzione, a nostro avviso

condivisibile, consistente nel considerare la CEDU, oltre che il Patto Internazionale dei diritti civili e politici e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quali **strumenti interpretativi, in chiave evolutiva, dei diritti e principi enunciati nella Costituzione**. Detta soluzione, infatti, potrebbe essere suffragata, nell'ordinamento spagnolo, dalla disposizione contenuta nell'*art. 95, par. 1* della Costituzione Spagnola, secondo cui *“La stipulazione di un trattato internazionale che contenga clausole contrarie alla Costituzione comporterà la previa revisione costituzionale”*, così lasciando intuire il rango di norma almeno *pari-ordinata* rispetto alla fonte costituzionale che l'ordinamento spagnolo riconosce alla fonte europea.

3. Un accenno merita il problema relativo agli strumenti di tutela giurisdizionale utilizzabili per l'ipotesi di violazione di libertà e diritti sanciti dalla CEDU. Posto che, come sopra ribadito, il rango riconosciuto alle norme della CEDU risulta essere pariordinato rispetto a quello costituzionale, nulla osta alla proponibilità di un ricorso di illegittimità costituzionale contro un atto che costituisca violazione delle norme in essa contenute. Essendo, nel caso in esame, stato proposto il suddetto ricorso davanti alla Corte Costituzionale Spagnola che l'ha, però, rigettato con sentenza del 6 luglio 2005 - e, dal punto di vista formale, in modo ineccepibile, in ragione dello stato di insolvenza delle imprese interessate e dell'obbligo di procedere al pagamento previo di tutti i debiti gravanti sulle imprese oggetto dei provvedimenti [testualmente: *“la misura disposta con atto del 14 luglio 1998 fu revocata con atto del 6 agosto 1999, senza che la revoca fosse stata sottoposta ad alcuna condizione. Quello che si sottopose a condizione nel quadro dell'Amministrazione giudiziale a cui le imprese furono assoggettate, fu la ripresa della attività, ripresa che fu impedita da ragioni estrinsecamente economiche legate alla situazione di perdita in cui il gruppo editoriale verteva”* -], non sembra residuare altra via se non quella di ottenere tutela dalla Corte di Strasburgo o, in virtù della disposizione di cui all'art. 6 § 2 del Trattato dell'Unione Europea, che ha riconosciuto come *principi generali dello stesso diritto comunitario e dell'Unione i diritti sanciti dalla CEDU*, innanzi alla Corte di Giustizia delle comunità Europee.

4. Infine, a nostro parere, è quantomeno dubbio che si configuri, nel caso in esame, una **diretta** violazione del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e di espressione come sostenuto dalla difesa dei ricorrenti, essendo stata lo stesso diritto solo **indirettamente** pregiudicato per effetto dell'applicazione della misura adottata ex art. 129 c.p. A nostro avviso, qui si tratta, invece, di valutare un'effettiva violazione, semmai, della **libertà d'iniziativa economica**, quale libertà risultata compromessa **in via diretta** dalla misura cautelare, più volte reiterata, di chiusura e di interruzione delle attività delle imprese ricorrenti. Detta libertà, seppur senz'altro sancita anche dall'ordinamento costituzionale spagnolo, risulta essere legittimamente comprimibile in presenza di *determinati requisiti* l'osservanza dei quali va certamente accertata nel caso in oggetto.

INFORME DEL PROF. DR. MASSIMO PAVARINI
(Traducido por el Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía)

Los materiales enviados han sido examinados por los siguientes docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia.

Prof. Gaetano Insolera (Ordinario de Derecho Penal y de Derecho Penal Comparado).

Prof. Massimo Pavarini (Ordinario de Instituciones de Derecho Penal y de Derecho Penal Avanzado)

Dra. Giusy Sapienza (Profesora contratada de Derecho Penal Comparado)

La sucesión de hechos examinados induce a profundizar en varias reflexiones que en este momento nos limitaremos solo a tratar en una primera aproximación, esto es sucintamente y no de manera exhaustiva. Si se reconociese la utilidad de profundizar algunos aspectos, desde este momento los firmantes se comprometen a ello.

La perspectiva en la que nos situamos no es la de un comentario únicamente científico de las numerosas cuestiones que se encuentran en el material enviado; más bien, nos orientamos en una perspectiva “práctica”, en el sentido de examinar la eventual practicabilidad jurídica de alguna posterior acción dirigida a dar una solución distinta a los problemas planteados. Obligadamente nos inclinamos en las consideraciones que siguen, por una valoración moderadamente pesimista sobre la eficacia de la misma.

1. La primera cuestión que parece oportuno afrontar es la relativa a la *amplitud reconocida al derecho a la libertad de expresión* tanto por las fuentes nacionales (constitucionales) como por las internacionales y, por ello, a la comprobación del cumplimiento de los requisitos de legitimidad de las limitaciones establecidas a su ejercicio.

Partiendo de las fuentes internas, la Constitución española, al reconocer el derecho a la libertad de expresión, art. 20 CE, individualiza, en el art. 55, los supuestos

de *suspensión de los derechos y las libertades*. En particular, si en el apartado 1º de la citada disposición se subordina la suspensión de alguna libertad, como la de expresión, al hecho de que haya sido acordado el estado de excepción o de sitio en los términos establecidos por la Constitución (art. 116 y ss), el apartado 2º del art. 55 CE dispone que pueden ser suspendidos, en relación con determinadas personas, respecto a *investigaciones sobre actividades de bandas armadas o de elementos terroristas*, en los casos y en las formas previstos por una ley orgánica y para procedimientos individuales con la intervención judicial y el adecuado control parlamentario, algunos derechos entre los que **no es mencionado** el contemplado en el art. 20 de la misma Constitución. Esto llevaría a considerar la falta de legitimidad constitucional de la medida cautelar adoptada respecto a los recurrentes.

Desde la perspectiva de las fuentes internacionales y, en particular la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDU), el Tratado de la Unión Europea (TUE) y la Carta de Niza de los Derechos Fundamentales, casi todas las citadas fuentes, reconociendo solemnemente el derecho a la libertad de expresión, prevén también la posibilidad de una legítima restricción con la condición de que se observen ciertos requisitos.

Precisamente, mientras el Pacto Internacional, al poner el acento en la distinción entre “derecho a la libertad de opinión” y “derecho a la libertad de expresión” con la finalidad de destacar la sujeción a limitaciones solo del segundo de los dos derechos, concreta los requisitos precisos a los que responden tales restricciones (principio de legalidad; realización de alguno de los fines como el respeto a los derechos y reputación de los demás, salvaguarda de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral pública; principio de necesidad; principio de proporcionalidad), la Convención Europea de los derechos del hombre prevé en términos muy amplios, la posibilidad de poner límites al derecho de comunicar libremente, informarse y ser informado, limitaciones debidas a *motivos de interés general*. Por otra parte, con especial referencia a los límites aplicables a los *mass media* audiovisuales, y también a la prensa, junto al sometimiento a los *principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad* y a la posibilidad de un “*régimen de autorizaciones*”, deben estar dirigidos alternativamente a la tutela del interés general (seguridad nacional, integridad territorial, orden público,

prevención de delitos, protección de la salud y de la moral), a la protección de otros derechos individuales (reputación, tutela de las informaciones confidenciales) y a la tutela de aquellos necesarios para asegurar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

La legitimidad del procedimiento cautelar de clausura e interrupción de la actividad aplicado a los recurrentes, deberá ser valorado, en concreto, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos. Desde nuestro punto de vista, si se considera la fase cautelar en la que la medida es adoptada, podría darse un excesivo sacrificio de la libertad de expresión que procedería de la violación, al menos, del requisito de la *proporcionalidad*.

2. El segundo punto temático que se desea destacar se refiere al rango reconocido a la CEDU en el ordenamiento español.

Queriendo centrar la atención sobre una perspectiva comparada, autorizada doctrina italiana (Vigano Francesco, “Norme comunitarie e riserva di legge statutale in materia penale, termini di una relaciones (sempre più) problemática”, en *Quaderni di diritto costituzionale*, 2006, n.2), ha sostenido una serie de posibles influencias de la Convención Europea de derechos del hombre sobre el derecho penal sustantivo interno de un Estado poniendo vínculos precisos, por una parte, al legislador en la fase de *creación* de las disposiciones incriminadas (prohibición de violación directa de los derechos fundamentales mediante la sanción penal; prohibición de incriminación de conductas constitutivas de ejercicio de derechos fundamentales; obligación de incriminación de conductas lesivas de derechos fundamentales) y, por otra, al juez en la fase de *interpretación* de las mismas. Este último deberá efectuar una interpretación conforme a los principios enunciados por la CEDU consistente en la elaboración, puramente jurisprudencial, de una *serie de criterios* que permitan conseguir el equilibrio entre las exigencias de tutela de los bienes protegidos, la norma incriminada y la tutela de las libertades reconocidas por la Convención europea. En esta óptica, de prioritaria importancia resulta la solución que se dé a la cuestión sobre el reconocimiento de la CEDU en el ámbito de la jerarquía de las fuentes internas. Problema que la citada doctrina resuelve proponiendo una solución, a nuestro entender compartible, consistente en considerar la CEDU, así como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y

contenida en el art. 95 la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo como **instrumentos interpretativos, en clave evolutiva, de los derechos y principios enunciados en la Constitución**. Dicha solución podría ser avalada, en el ordenamiento español, por la disposición contenida en el art. 95, apartado 1 de la Constitución española por el que *“La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”*, dejando así intuir el rango de norma, al menos de *igual rango* que la fuente constitucional reconoce a la fuente europea.

3. Una referencia merece el problema relativo a los instrumentos de tutela jurisdiccional utilizables para la hipótesis de violación de la libertad y los derechos reconocidos por la CEDU. Puesto que, como anteriormente se ha expuesto, el rango reconocido a las normas de la CEDU resulta ser igual que las constitucionales, nada impide la procedencia de un recurso de ilegitimidad constitucional contra un auto que constituya violación de las normas contenidas en ella. En el caso que se examina, habiendo interpuesto el correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional Español que, sin embargo, lo ha rechazado por Sentencia (es Providencia, N. del Tr.) de 6 de junio de 2005 –y desde el punto de vista formal, de modo irrevocable, en razón del estado de insolvencia de las empresas afectadas y de la obligación de proceder al pago previo de todas las deudas (textualmente *“la medida dispuesta en el Auto del 14 de julio de 1998 fue revocada por Auto de 6 de agosto de de 1999, sin que la revocación hubiera estado sujeta a alguna condición. Lo que si se somete a la condición de la Administración judicial a la que las empresas estuvieron sujetas, fue el reinicio de la actividad, reinicio que se impidió por razones estrictamente económicas ligadas a la situación de pérdida en la que el grupo editorial se encontraba”*)- no parece que quede otra vía sino la de obtener tutela de la Corte de Estrasburgo o, en virtud de la disposición del art. 6 párrafo 2 del Tratado de la Unión Europea que ha reconocido como *principios generales del mismo derecho comunitario y de la Unión los derechos recogidos en la CEDU*, ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea.

4. Para finalizar, en nuestra opinión, es cuanto menos dudoso que se configure, en el caso objeto de examen, una **directa** violación del derecho a la libertad de manifestación del pensamiento o de expresión, como sostiene la defensa de los recurrentes, habiendo sido ese derecho sólo **indirectamente** perjudicado como

consecuencia de la aplicación de la medida adoptada del art. 129 CP. En nuestra opinión, de lo que se trata de valorar, por el contrario, es una efectiva violación de la ***libertad de iniciativa económica***, libertad que resulta restringida ***por vía directa*** por la aplicación de la medida cautelar, varias veces reiterada, de clausura y de interrupción de la actividad de las empresas recurrentes. Dicha libertad, aunque reconocida también por el ordenamiento español, resulta ser legítimamente restringida en presencia de *determinados requisitos* cuya observancia es ciertamente la que hay que comprobar en el caso que tratamos.

**EL CIERRE DE VARIOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL
PAÍS VASCO (EGIN, EGIN IRRATIA Y EUSKALDUNON
EGUNKARIA) DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO Y DE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

Prof. Dr. Luis Salas Calero

Universidad Internacional de la Florida. Florida International University

Se ha convocado a un grupo de expertos nacionales y extranjeros para que revisen el informe elaborado por el Instituto Vasco de Criminología sobre el cierre de varios medios de comunicación en el País Vasco (*EGIN, EGIN IRRATIA*, y *EUSKALDUNON EGUNKARIA*). El propósito de este informe es analizar el tratamiento jurídico, con especial énfasis en lo procesal, de estos cierres. Se les solicitó a un grupo de expertos nacionales y extranjeros que elaboren un sucinto informe jurídico con el fin de “contrastar lo sucedido con la normas constitucionales y con la jurisprudencia europea y/o en su caso internacional o comparada en materia de libertad de expresión y de prensa.” En el presente informe, los hechos se analizan desde la óptica del derecho constitucional norteamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El informe del Instituto Vasco se refiere al cierre de medios de comunicación por decisión judicial en dos momentos distintos. El primero fue la clausura y suspensión de actividades del diario *EGIN* y la radio *EGIN IRRATIA* en 1998. El segundo se refiere a la “clausura y recinto temporal preventivo del periódico *EUSKALDUNON EGUNKARIA*” en 2003. Los tribunales españoles también ordenaron el embargo de los bienes de las empresas en cuestión y el registro de las sedes editoriales. En ambos casos la causa de las medidas judiciales fue la relación de estos medios con ETA “como instrumentos económicos operativos de la organización y de difusión de los planteamientos de la estrategia y elementos esenciales para el control de todo el movimiento.” En ninguno de los tres casos se les acusa de publicación de comunicaciones específicas que tenían el fin de apoyar a ETA o promover sus fines violentos e ilícitos. Los delitos de los cuales se les acusa son de colaboración con el

terrorismo (y una serie de delitos conexos) y delitos fiscales. El efecto práctico de las medidas cautelares tomadas por los tribunales fue la disolución de estos medios que dudosamente volverán a ver la luz del día con independencia del resultado final de los procesos penales en los cuales se ha adoptado la medida.

Los derechos constitucionales de libertad de expresión y de prensa garantizados en el artículo 20 de la Constitución española (en adelante CE) estaban vigentes cuando las medidas fueron adoptadas⁴⁹. También estaban vigentes los mismos derechos establecidos en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰.

ASUNTOS A TRATAR

En este informe se examinan cinco preguntas fundamentales:

1. ¿Es conforme a los derechos constitucionales norteamericanos de libertad de prensa y expresión la clausura de medios de comunicación por presuntos lazos con una organización terrorista?
2. ¿Cuál es el tratamiento jurídico de la Censura Previa en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos?
3. ¿Existe una diferenciación en la aplicación de los derechos analizados en la prensa escrita y en los medios de radiodifusión?

⁴⁹ El epígrafe 4 del artículo 20 CE establece límites a los derechos establecidos. “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

⁵⁰ El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también permite excepciones a la libertad de expresión y de prensa cuando dice en su numeral 2 que: “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 de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. ”

4. ¿Es conforme con la Constitución que el Gobierno ordene el allanamiento de un medio de comunicación buscando pruebas de su participación en apoyo al terrorismo?

5. ¿Cómo se ha interpretado y aplicado la norma penal que sanciona el “apoyo material al terrorismo” en los Estados Unidos?

PREGUNTAS A RESPONDER

1. ¿Es conforme a los derechos constitucionales norteamericanos de libertad de prensa y de expresión la clausura de medios de comunicación por presuntos lazos con una organización terrorista?

Las libertades de prensa y de palabra en Estados Unidos son casi inviolables⁵¹. Esto se refleja en la Primera Enmienda de la Constitución que prohíbe que el Congreso apruebe “ley alguna que coarte la libertad de palabra o de prensa” sin excepción explícita alguna⁵². Aunque las restricciones a la libertad de prensa y de expresión pueden tomar muchas formas, la más criticada constitucionalmente es la censura previa. Y no existe una forma de censura previa más grave que la clausura de un medio de comunicación ya que su efecto es evitar que una determinada idea esté presente en el “mercado de las ideas”.

Aunque históricamente ha existido censura previa, e inclusive clausura de medios de comunicación, en Estados Unidos, la primera vez que la Corte Suprema se pronunció sobre el tema fue en 1931. En *Near v. Minnesota*⁵³, la Corte revisó la constitucionalidad de una ley estatal que prohibía la publicación de periódicos con contenido “malicioso, escandaloso y difamatorio”. Un tribunal estatal había ordenado la

⁵¹ Algunas de las áreas en que la posición norteamericana difiere de la mayoría de los países son: 1) la reticencia a sancionar comunicaciones raciales u odiosas a menos que la comunicación tenga el fin de incitar a la violencia o a la violación de la ley y es probable que se logre este resultado en corto plazo; 2) el tratamiento de la difamación solamente por la vía civil y la carga procesal impuesta al solicitante cuando la víctima es un personaje público; 3) la prohibición absoluta impuesta por la Primera Enmienda a la Constitución a leyes que restrinjan la libertad de expresión o prensa.

⁵² El texto completo de la Primera Enmienda es: “El Congreso no aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o del derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y a pedir al gobierno la reparación de agravios.”

⁵³ 283 U.S. 697 (1931).

clausura de un periódico anti-semita, anti-católico y racista que había publicado una serie de artículos críticos de la administración pública local. La Corte Suprema declaró que la ley era inconstitucional al margen de la veracidad del contenido de los artículos. Sin embargo reconoció que en ciertas circunstancias, especialmente en casos de seguridad nacional u obscenidad de lo publicado, la Corte pudiera aprobar una censura previa.

Años después la Corte Suprema explicó la renuencia a aceptar censuras previas. “El hilo conductor de todos estos casos es que las censuras previas constituyen la más seria y menos tolerable violación de los derechos garantizados por la Primera Enmienda. Una sanción penal o una sentencia civil en un caso de difamación están sujetas a toda una panoplia de protecciones dirigidas a retrasar los efectos de la sentencia hasta haber agotado todos los posibles caminos de revisión por tribunales superiores. Solamente cuando la sentencia es definitiva, sea correcta o incorrecta, la sanción de la ley se hace totalmente operativa. Una censura previa, por contraste y definición, conlleva una sanción inmediata e irreversible. Si se puede decir que la amenaza de una sanción civil o penal tiene un efecto intimidatorio sobre la libertad de expresión, la censura previa la congela por lo menos por un tiempo”⁵⁴.

Durante el período de la Guerra de Vietnam se presentó el primer y único caso en la Corte Suprema en que el gobierno solicitó una medida cautelar que constituía una censura previa bajo la justificación de proteger la seguridad nacional. En 1971, Daniel Ellsberg, un opositor de la guerra que había trabajado como analista en un proyecto del Departamento de Defensa para compilar una historia de la Guerra de Vietnam, entregó a un reportero del periódico *New York Times* una copia del documento cuya distribución era restringida. El Fiscal General le notificó al periódico que la publicación de este material “secreto” constituiría una violación de la Ley Contra el Espionaje de 1917 y le pidió que no lo publicara. El *New York Times* rehusó cumplir la orden y comenzó la publicación. El gobierno obtuvo una orden judicial ordenando al periódico que cesara la publicación de los artículos. La censura previa de una publicación nunca había sido sancionada por un tribunal anteriormente en Estados Unidos. Poco después el *Washington Post* comenzó a publicar partes del documento prohibido y rápidamente el

⁵⁴ *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539, 559 (1976).

gobierno solicitó otra orden de prohibición dirigida al *Post*. En pocos días ambos casos llegaron a la Corte Suprema la cual, en reconocimiento de la relevancia constitucional del tema, emitió su fallo pocos días después de haber recibido el caso.

La Corte, en el fallo de *New York Times v. United States*⁵⁵, rechazó los argumentos del gobierno determinando que la carga probatoria de quien quiere impedir una publicación es sumamente alta y requiere demostrar un daño específico e inmediato para poder justificar la censura. Al rechazar la medida cautelar solicitada, la Corte enfatizó la prohibición absoluta en el texto de la Primera Enmienda. “Tanto la historia como el texto de la Primera Enmienda afirman que la prensa debe tener libertad para publicar las noticias, sin tomar en cuenta su origen, sin restricciones, requerimientos judiciales o censuras previas. En la Primera Enmienda los autores de la Constitución le otorgaron a la prensa la protección necesaria para que pueda cumplir con su papel fundamental en una democracia. La prensa está al servicio de los gobernados y no de los gobernadores. El poder del Gobierno de censurar a la prensa fue abolido para que la prensa se mantuviera siempre libre para criticar al gobierno. Los derechos de la prensa fueron protegidos para que ésta pueda revelar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solamente una prensa libre y sin restricciones puede dar a conocer los engaños gubernamentales. Entre los deberes de una prensa libre, el más importante es prevenir que una parte del gobierno engañe al pueblo y los asigne a sitios lejanos para que mueran de fiebres y balas extrañas”⁵⁶.

Previo al fallo de la Corte Suprema, la mayoría de los casos en los cuales se ha tolerado censuras previas, incluso la clausura de medios de comunicación, tuvieron lugar cuando el país se encontraba en pie de guerra. Poco después de la ratificación de la Constitución, en 1798, el partido que apoyaba al Gobierno, conocido como los federalistas (dirigido por Hamilton y Adams), se preparaba y apoyaba una posible guerra con Francia, mientras que el partido Republicano, dirigido por Jefferson, se oponía a la guerra.

Con la excusa de mantener unido el país ante un enemigo externo, el Congreso promulgó una legislación que sancionaba penalmente “cualquier escrito falso,

⁵⁵ 403 US 713 (1971).

⁵⁶ *Ibid*, página 717.

escandaloso o malicioso” en contra del Gobierno que tuviera la “intención de difamar o generar desprecio o desprestigio”⁵⁷. El Gobierno procesó penalmente a los editores de cuatro de los cinco periódicos de oposición más importantes, lo que provocó el cierre de dos de ellos, mientras que varios de los otros suspendieron publicación durante el período de la detención de sus editores⁵⁸. La política represiva del partido de gobierno generó rechazo popular y contribuyó a la derrota del partido federalista en las elecciones presidenciales siguientes, que ganó Thomas Jefferson. Jefferson indultó a los editores sancionados y puso fin a esta legislación. Aunque la constitucionalidad de la ley nunca fue analizada por la Corte Suprema, futuras Cortes se han referido a esta legislación como un ejemplo de abuso de poder extremo en violación de la Primera Enmienda de la Constitución⁵⁹.

La libertad de prensa y expresión se vio de nuevo en peligro durante la Guerra Civil. Abraham Lincoln tomó acciones extremas durante esta crisis, incluyendo la suspensión del recurso de *habeas corpus*⁶⁰ y la declaración de ley marcial en varios estados. Durante la Guerra Civil, más de 300 periódicos opuestos a la guerra o al servicio militar obligatorio fueron clausurados y muchos editores fueron procesados penalmente no por tribunales ordinarios sino por gobernadores militares⁶¹. Lincoln justificó la imposición de estas medidas extraordinarias argumentando que ni la libertad de prensa ni la de palabra son derechos absolutos y menos en tiempos de guerra. El justificó restricciones a estos derechos cuando: “1) el autor tiene la intención específica de generar conductas ilegales; 2) las palabras o publicación interfieren con actividades militares; y 3) el autor no disuade expresamente la conducta ilegal”⁶².

⁵⁷ El *Alien and Sedition Act* fue promulgado en 1798. Véase a: Geoffrey Stone, *Perilous Times: Free Speech in Wartime*, NY: W. W. Norton, 2006. Stone examina seis periodos históricos donde la libertad de expresión y prensa han estado en peligro y lo compara con la “guerra contra el terrorismo” en la actualidad.

⁵⁸ A diferencia de la prensa norteamericana actual, la prensa de comienzos de la República generalmente estaba aliada a uno de los dos partidos políticos. Geoffrey R. Stone, “Freedom of the Press in Time of War,” *Southern Methodist University Law Review*, vol. 59, página 1663, 2006.

⁵⁹ En uno de los casos más importantes de la libertad de prensa, la Corte Suprema se refirió directamente a este trágico periodo histórico como algo que se ha superado y que espera nunca se repita. *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

⁶⁰ La Corte Suprema declaró inconstitucional la suspensión del recurso por orden presidencial. *Ex parte Merryman*, 17 F Cases 144, D Md., 1861. Lincoln ignoró la orden judicial.

⁶¹ Quizás la clausura más importante fue la del *Chicago Times* por su oposición a la emancipación de esclavos por orden presidencial. El gobernador militar desató una orden judicial que prohibió la clausura del periódico y ordenó su cierre. Geoffrey Stone, “Abraham Lincoln’s First Amendment,” *New York University Law Review*, vol. 78, página 1, 2003.

⁶² *Ibid*, página 16.

Medio siglo después, otro Presidente demostró poca tolerancia con quienes se oponían a los esfuerzos de guerra, en este caso durante la Primera Guerra Mundial. El Presidente Wilson, que había ganado las elecciones prometiendo neutralidad, utilizó el hundimiento de un barco de pasajeros por un submarino alemán como excusa para generar apoyo popular a la guerra y justificar la represión de aquellos que se oponían. En 1917 el Congreso promulgó la Ley de Espionaje que prohibió penalmente el “formular o transmitir informaciones o declaraciones falsas con la intención de interferir con las operaciones o éxito de las fuerzas militares y navales de los Estados Unidos o promover el éxito de sus enemigos.” La norma también sancionaba cualquier “intento de causar insubordinación, deslealtad, amotinamiento” u obstruir el reclutamiento de soldados⁶³. La veracidad de la comunicación no podía ser utilizada para justificar la publicación. Aunque el Congreso aprobó esta ley, al mismo tiempo rechazó varios artículos propuestos por el Presidente que sancionarían cualquier publicación de información que el Presidente estimara fuera útil al enemigo. Debido a la fuerte oposición de la prensa, el Congreso rechazó esta propuesta.

Un año después, el Congreso promulgó la “Ley Contra la Sedición” que prohibía cualquier expresión antipatriótica o desleal sin consideración de su efecto ni su inmediatez. Estas dos normas dieron como resultado los primeros fallos importantes de la Corte Suprema sobre la libertad de expresión. En *Schenck v United States*⁶⁴, la Corte Suprema decidió un caso en el cual los detenidos fueron acusados de distribuir un panfleto que incitaba a los jóvenes a rehusar a cumplir con el servicio militar obligatorio. La Corte estableció como canon constitucional para evaluar si una norma viola la Primera Enmienda de la Constitución el siguiente: “si las palabras son usadas en circunstancias, o son de tal naturaleza, que crean un peligro claro y presente que cause el mal sustantivo que el Congreso intentó prohibir.” Ni la más absoluta garantía de libertad de expresión, añadió la Corte, “protege a un hombre que falsamente grita que hay un incendio en un teatro abarrotado”⁶⁵.

⁶³ Laura K. Donahue, “Terrorist Speech and the Future of Free Expression,” *Cardozo Law Review*, vol. 27, página 233, 2005.

⁶⁴ 249 US 47 (1919).

⁶⁵ *Ibid*, página 52.

Poco después, la Corte emitió un segundo fallo sobre el alcance de la libertad de expresión y prensa. En *Frohwerk v. United States*,⁶⁶ la Corte mantuvo la condena del editor de un periódico que publicó una serie de artículos en contra del servicio militar obligatorio. El mismo año la Corte ratificó la condena de diez años de cárcel a un líder socialista que pronunció un discurso en oposición al servicio militar obligatorio y la guerra.⁶⁷ Poco después la Corte sostuvo la condena de judíos de origen ruso que criticaron, en varios panfletos, el envío a Rusia de tropas norteamericanas para apoyar al Zar.⁶⁸ Poco después las autoridades postales prohibieron el envío por correo de un periódico que criticaba la participación de los Estados Unidos en la guerra. La Corte Suprema mantuvo también la prohibición impuesta por las autoridades postales y ratificó la condena de su editor por un tribunal penal.⁶⁹

El miedo al comunismo fue utilizado para justificar nuevas medidas que limitaban los derechos de expresión y prensa. En 1940 el Congreso promulgó una ley que sancionaba a “cualquier persona que intencionalmente y con conocimiento aboga, incita, aconseja o enseña la necesidad o conveniencia de derrocar el gobierno por medio de la fuerza.” La ley preveía también la sanción de la publicación, edición, circulación, venta o distribución de material escrito o impreso con este fin⁷⁰.

Otra norma exigió que individuos y organizaciones comunistas en Estados Unidos se registraran ante una nueva agencia que regularía actividades subversivas. En 1954 el Congreso ilegalizó al Partido Comunista y requirió que cualquier publicación o difusión radial o televisiva comunista incluyera en el texto o la emisión una advertencia sobre su supuesta afiliación o relación con el partido comunista.

Al igual que el período de la Primera Guerra Mundial, la Guerra Fría dio lugar a varios fallos importantes de la Corte Suprema sobre la libertad de prensa y expresión. De estos, el más importante fue *Dennis v. United States*⁷¹. Doce miembros del consejo directivo del Partido Comunista fueron acusados de conspirar para apoyar el derrocamiento del gobierno de los Estados Unidos mediante la fuerza o violencia. La

⁶⁶ 249 US 204 (1919).

⁶⁷ *Debs v. United States*, 249 US 211 (1919).

⁶⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁶⁹ *Milwaukee Social Democratic Publishing Company v. Bursleson*, 255 US 407 (1920).

⁷⁰ Esta legislación fue conocida como el *Smith Act*. Laura K. Donahue, *supra*.

⁷¹ 341 US 494 (1951).

Corte Suprema afirmó la condena usando la prueba del “peligro claro y presente.” Seis años después, el gobierno había procesado a 145 miembros del Partido Comunista. En *Yates v. United States*,⁷² la Corte analizó las condenas de 12 miembros del Partido Comunista y por primera vez las revocó determinando que no se puede sancionar a una persona por el simple hecho de abogar “en abstracto” a favor del derrocamiento del gobierno. Es necesario abogar por actos específicos y no simplemente argumentar a favor de una creencia⁷³.

Anteriormente, la Corte había declarado inconstitucional una norma que sancionaba la participación en casi cualquier actividad en la cual se abogaba por “criminalidad, violencia, sabotaje, u otros actos delictivos o métodos con el propósito de efectuar cambios industriales o políticos o revolucionarios”⁷⁴. El acusado en este caso había pronunciado un discurso en un acto del partido comunista organizado para protestar contra la detención de sindicalistas así como contra la violencia policial. La Corte reconoció que los derechos de expresión y de prensa pueden ser restringidos si se incita a la violencia o a la criminalidad. Sin embargo, la norma restrictiva solamente puede ser constitucional cuando se limita a sancionar el abuso. Los derechos en sí no deben ser limitados. La Corte consideró la necesidad de proteger la seguridad del pueblo. Sin embargo, “cuanto más importante sea la protección de la comunidad de la incitación dirigida a derrocar nuestras instituciones mediante el uso de la fuerza y la violencia, más imperativa se torna la necesidad de preservar incólumes los derechos constitucionales de libertad de palabra, de prensa y de reunión para mantener abiertas las oportunidades de discusiones políticas libres, de modo que el gobierno pueda responder a la voluntad del pueblo y que los cambios, en caso de ser deseados, se realicen por medios pacíficos. Sobre estas bases descansa la seguridad de la República, el fundamento mismo del gobierno constitucional”⁷⁵.

Posteriormente la Corte analizó la constitucionalidad de las leyes que preveían la sanción penal de una persona por el simple hecho de pertenecer al Partido Comunista, y determinó que la sanción sólo se puede aplicar si el miembro del partido sabía de los fines ilícitos del partido y era un miembro activo que actuaba con la intención de

⁷²354 US 298 (1957).

⁷³ Geoffrey R. Stone, *Perilous Times...*, *supra*, página 414.

⁷⁴ *De Jonge v. State of Oregon*, 299 US 353 (1937).

⁷⁵ *Ibid*, página 365.

promover los fines ilícitos de la organización⁷⁶. Seguidamente, la Corte declaró inconstitucional la mayoría de las normas anticomunistas, especialmente aquellas que les negaban empleos a miembros del partido comunista.

En *Brandenburg v. Ohio*⁷⁷, la Corte reexaminó muchos de los fallos anteriores en los cuales ciudadanos que habían promovido públicamente el uso de la violencia habían sido sancionados. Un miembro del *Ku Klux Klan* fue condenado penalmente bajo una ley del Estado de Ohio que sancionaba a cualquiera que abogaba “por el deber, necesidad o razonabilidad de ejercer la, violencia, el sabotaje u otros métodos ilícitos de terrorismo como un medio para lograr reformas industriales o políticas”⁷⁸. El acusado también había sido condenado por “reunirse voluntariamente con cualquier sociedad, grupo o agrupación de personas establecidos para enseñar o abogar a favor de las doctrinas del sindicalismo criminal”. La Corte revocó una sentencia previa, de 1927⁷⁹, al declarar la inconstitucionalidad de las normas penales y establecer que “las garantías constitucionales de libertad de prensa y palabra no le permiten a un estado que prohíba o proscriba la propugnación del uso de fuerza o violación de la ley excepto cuando su intención es incitar o producir acciones ilegales inminentes y es probable que inciten o produzcan esta acción”⁸⁰.

Desde entonces la regla constitucional actual es casi absoluta en su prohibición de censuras previas y en ninguno de los casos que han llegado a la Corte Suprema se ha permitido. Aun en un caso en el cual un periódico reveló detalles de una investigación sobre la conducta de un juez, la Corte Suprema permitió la publicación y declaró inconstitucional una ley estatal que lo prohibía y sancionaba penalmente a los autores del artículo⁸¹. La Corte determinó que el interés del Estado en proteger la reputación de los jueces era insuficiente para sancionar a los autores que informaron del hecho con exactitud. En otro caso la Corte permitió la emisión de una noticia de radio basada en una interceptación telefónica ilícita siempre y cuando el reportero no fuera el que interceptara la llamada⁸².

⁷⁶ *Scales v. United States*, 367 US 203 (1961).

⁷⁷ 395 US 444 (1969).

⁷⁸ *Ibid*, página 445.

⁷⁹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

⁸⁰ *Brandenburg v. Ohio*, *supra*, página 447.

⁸¹ *Landmark Communications v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978).

⁸² *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001).

Sin embargo, la Corte ha permitido la prohibición de publicaciones que revelan secretos que pongan en gran peligro la seguridad nacional. En dos casos, en 1950 y 1970, tribunales federales han sostenido censuras de artículos que revelan secretos nucleares o la publicación de instrucciones que indican cómo armar una bomba nuclear⁸³. La Corte también ha sostenido órdenes judiciales que prohíben a las partes en un juicio hablar con la prensa o prohibir el acceso del público a procesos judiciales que involucran a menores. Sin embargo, si el acto judicial estaba abierto al público o la información es pública no se puede prohibir la publicación de lo que ocurrió. Así, por ejemplo la Corte Suprema invalidó una ley estatal que sancionaba a periodistas que publicaran el nombre de menores de edad involucrados en un proceso judicial,⁸⁴ revocó una orden judicial que prohibía la publicación de fotos y nombres de adolescentes procesados penalmente⁸⁵, o el nombre de una víctima de violación⁸⁶.

Asimismo, la Corte Suprema ha permitido la censura de periódicos escolares si la censura está relacionada con fines pedagógicos y si la publicación es supervisada por el sistema educativo⁸⁷. Posteriormente en *Hosty v. Carter*⁸⁸, el pleno de una corte de apelaciones federal extendió este derecho de censura a periódicos universitarios.

El ataque terrorista de 11 de septiembre del 2001 (del que se responsabilizó Al Qaeda) y la posterior “guerra contra el terrorismo” emprendida por el actual Gobierno presenta uno de los retos más grandes a las libertades fundamentales en Estados Unidos. Poco después del ataque los medios de comunicación de mayor difusión accedieron a una petición de la Casa Blanca en el sentido de que no se publicaran mensajes de Osama bin Laden sin haberlos revisado cuidadosamente. La conducta posterior de los medios de comunicación es exponente de una autocensura en apoyo de la política antiterrorista del gobierno. Varios comentaristas, por ejemplo, fueron despedidos cuando criticaron la decisión de iniciar la guerra aunque sus críticas han sido convalidadas por el tiempo y, en alguna medida, han resultado proféticas.

⁸³ *United States v. Progressive*, 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis. 1979). En este caso un tribunal federal de primera instancia prohibió la publicación de la fórmula para la bomba de hidrógeno. El artículo eventualmente fue publicado después que la misma información fue divulgada en otros medios.

⁸⁴ *Smith V. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979).

⁸⁵ *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, 430 U.S. 308 (1977).

⁸⁶ *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

⁸⁷ *Hazelwood School District v. Kuhlmeir*, 484 US 260 (1988).

⁸⁸ 412 F.3rd 731 (7^{mo} Cir. 2005) (*en banc*).

En los días siguientes al 11 de septiembre la Bolsa de Valores de Nueva York y el NASDAQ revocaron las credenciales de dos reporteros de *Al Jazeera* que cubrían la Bolsa por la postura de su empresa sobre la guerra de Iraq, y varios proveedores de Internet cancelaron los permisos de la empresa para uso de Internet. Una encuesta nacional en 2006 demostró que el 53% de norteamericanos se oponían a la apertura de un canal de *Al Jazeera* en inglés y para transmisión al público norteamericano y 2/3 pensaron que el gobierno debería permitir su entrada al mercado nacional. Sin embargo esto no ha ocurrido ni tampoco ha habido limitaciones gubernamentales a los medios de comunicación aunque la mayoría de los medios más importantes han sido críticos con la actuación del gobierno durante las operaciones militares en Irak y Afganistán.

En la actualidad, muchas de las medidas antiterroristas adoptadas por el Gobierno están siendo cuestionadas tanto judicial como políticamente. Asimismo, los medios de comunicación que originalmente se sintieron cohibidos para criticar estas medidas, han publicado reportajes que han revelado abusos del gobierno en la implementación de programas contra el terrorismo. Entre ellos se encuentran artículos en el *New York Times*, *El Washington Post* y el *New Yorker* revelando los abusos a prisioneros en Abu Ghraib, la interceptación telefónica masiva por parte de la Agencia de Seguridad Nacional y los centros de detención clandestinos de la CIA. En ninguno de estos casos se ha discutido abiertamente la censura de estos reportajes o la aplicación de sanciones a los reporteros, pese a que las publicaciones revelaron secretos de seguridad nacional en un período de guerra.

2. ¿Cuál es el tratamiento jurídico de la Censura Previa en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos?

“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 libre⁸⁹”.

El artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza la libertad de expresión y prensa⁹⁰. También la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 13 sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión garantiza que “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 elección.” La norma explícitamente prohíbe la censura previa y establece como remedio al posible daño la existencia de acciones legales posteriores a la publicación dirigida a asegurar el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o a la moral públicas.”

En América Latina uno de los casos más notorios relacionado con la clausura de un medio de comunicación ocurrió en Paraguay en 1983 con la clausura de la *Radio Ñanduti* por diferentes períodos durante cuatro años, además de campañas amenazadoras contra los trabajadores de la radio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Gobierno de Paraguay había violado las garantías a la libertad de prensa de la Declaración Americana y la Convención y ordenó la indemnización de la empresa y sus empleados por las acciones oficiales en su contra⁹¹. La Comisión también investigó otro caso paraguayo con el cierre del diario *ABC Color* y de nuevo encontró que el Gobierno de Paraguay había violado los derechos a la libertad de prensa del periódico⁹².

En uno de sus fallos más importantes la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuestionó la colegiación obligatoria de periodistas en Costa Rica. La Corte interpretó el artículo 13 de la Convención de tal manera que incluye “dos dimensiones

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No.5, párrafo 70.

⁹⁰ “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 14/87 – Caso 9642 (Paraguay), 28 de marzo, 1987.

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 9642, 1984.

de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁹³. La Corte reiteró la prohibición de censuras previas reconociendo algunas excepciones relativas a espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. La Corte declaró que la ley costarricense era incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁹⁴.

Recientemente la Corte revisó la censura de la película “La tentación de Cristo” en Chile y la declaró violatoria del derecho de expresión y de religión⁹⁵. En el 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que la censura previa e incautación del libro “El Libro Negro de la Justicia Chilena” violaba la libertad de expresión garantizada por la Convención. La Comisión reiteró su oposición a censuras previas al declarar que “el artículo 13 de la Convención Americana contiene una prohibición prácticamente absoluta de la censura previa, prohibición que no se encuentra en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que indica la gran importancia que los redactores de la Convención otorgaban al derecho de la libertad de expresión. La censura previa supone el control y veto de la expresión antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información. En otras palabras, la censura previa produce ‘una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias’”⁹⁶.

En 2004, la Corte Interamericana falló sobre la condena penal de un periodista del periódico costarricense *La Nación* por delitos de publicación de “ofensas en la modalidad de difamación”, así como el pago de una indemnización por vía de la acción

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No.5, párrafo 30.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) Sentencia de 5 de Febrero de 2001.

⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 90/05, Caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña y Otros v. Chile, 24 de octubre de 2005.

civil resarcitoria a la supuesta víctima de la difamación. Al declarar las medidas penales contrarias a la libertad de prensa y expresión establecidas en la Convención, la Corte declaró su desaprobación del uso de procesos penales que pueden tener “un efecto amedrentador sobre la libertad de expresión, acallando la emisión de información sobre asuntos de interés público que involucran a funcionarios públicos. No obedece a la protección de la reputación y de la honra reconocidos en el artículo 11 de la Convención”⁹⁷. Como el gobierno no probó la existencia de un interés público imperativo que justifique la restricción a la libertad de expresión que implicó el proceso y la condena penal, la Corte declaró inválida la sentencia penal y ordenó la indemnización del periodista. Además, la Corte invalidó la norma penal costarricense que criminaliza la difamación porque ésta permite la *exceptio veritatis* sólo en ciertas circunstancias y exige que el demandado demuestre la veracidad de sus declaraciones.

En la actualidad uno de los casos más importantes pendientes ante la Comisión tiene que ver con la no renovación de la licencia administrativa de Radio Caracas Televisión (RCTV) por supuestas actividades subversivas y golpistas. El Tribunal Supremo de Justicia venezolano asignó al nuevo canal oficial la potestad para utilizar los equipos de transmisión de RCTV, ordenando al Ejército su custodia. La Comisión Interamericana ha remitido el caso a la Corte Interamericana y se espera que ésta se pronuncie sobre la no renovación de la licencia.

3. ¿Existe una diferenciación en la aplicación de los derechos analizados a la prensa escrita y los medios de radiodifusión?

La Corte Suprema norteamericana ha diferenciado entre la aplicación de la Primera Enmienda a la prensa escrita y a los otros medios de comunicación. A diferencia de otros medios, la radio y la televisión operan bajo licencias que les permiten transmitir en frecuencias establecidas y, por lo tanto, el gobierno puede imponer restricciones que limitan sus derechos conforme a la Primera Enmienda⁹⁸. Por ejemplo, un periódico no puede ser forzado a presentar puntos de vista diferentes a su posición

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de Julio de 2004.

⁹⁸ *National Broadcasting Co., Inc. v. United States*, 319 U.S. 190 (1943).

editorial mientras que una estación de radio o televisión pueden ser obligados a presentar diferentes puntos de vista⁹⁹.

Aunque el gobierno no puede censurar la programación de estaciones de radio o televisión antes de su transmisión o sancionar una estación por el contenido político de su programación, sí puede sancionar la transmisión de material obsceno. En *FCC v. Pacifica Foundation*¹⁰⁰, una estación de radio transmitió un monólogo satírico donde un comediante enunciaba las palabras que no se podían decir en público. La agencia federal que regula la radio y la televisión (FCC) determinó que las palabras no eran obscenas, pero eran de mal gusto y claramente ofensivas a los oyentes y, por lo tanto, se deberían programar en horas en que menores de edad no estaban escuchando y con algún tipo de advertencia para los potenciales oyentes. La agencia determinó que la denuncia se podría tomar en cuenta al renovar la licencia de la estación.

En la actualidad, el desarrollo del Internet presenta uno de los retos más importantes a la aplicación de la libertad de prensa. Cientos de páginas Web se han establecido apoyando la doctrina de “*jihad*”. La Ley Patriótica le autoriza al gobierno a solicitar información sobre el origen de estos sitios Web e inclusive solicitar su clausura. En uno de los casos más notorios, un marinero norteamericano musulmán fue acusado de apoyo material al terrorismo al revelar secretos militares por medio de una página Web de *Azzam Publications*. Esta empresa fue designada por el gobierno norteamericano como terrorista y su página Web, que había sido registrada en el Estado de Connecticut, fue clausurada por el servidor privado de Internet. Poco después, varias páginas similares aparecieron en el Internet,. Pese a que los tribunales no han analizado todavía la aplicación de la Primera Enmienda a las páginas Web, la realidad ha demostrado la dificultad de censurar este nuevo medio.

⁹⁹ Para los periódicos véase: *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). El resultado contrario se encuentra en el caso de prensa escrita. Véase: *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

¹⁰⁰ 438 U.S. 726 (1978).

4. ¿Es conforme con la Constitución que el Gobierno ordene el allanamiento de un medio de comunicación buscando pruebas de su participación en apoyo al terrorismo?

En general, periodistas y medios de comunicación no gozan de derechos diferentes a los de cualquier otro ciudadano con relación a las investigaciones criminales, especialmente cuando no son el objeto de la investigación. En *Branzburg v. Hayes*¹⁰¹, la Corte Suprema analizó la impugnación de una orden de comparecencia dirigida a periodistas para que revelaran la identidad de los informantes que colaboraron con un reportaje. La Corte no reconoció que los periodistas gozaran de un derecho al secreto profesional bajo la Primera Enmienda que permitiera que se abstuvieran de declarar¹⁰². Sin embargo, aclaró en su fallo, que había que tener especial cuidado para asegurarse que la orden de comparecencia no fuera utilizada para fines que vulneren la libertad de prensa. A la luz de este fallo, 32 estados han promulgado leyes que reconocen el derecho de periodistas a rehusar revelar las fuentes de su información.

En otro caso, la Corte Suprema analizó la constitucionalidad de una orden de registro de las oficinas de un periódico para obtener fotos de una manifestación violenta¹⁰³. La Corte tomó en consideración que ni los reporteros ni el medio era el objeto de la investigación. A pesar de esto, la Corte determinó que la protección de la Cuarta Enmienda a la Constitución que requiere que un juez neutral emita la orden de registro con base a la existencia de indicios (causa probable) de que se cometió un crimen y de que existen pruebas en el lugar de registro, es suficiente para garantizar que los derechos a la libertad de prensa y palabra sean respetados.

Como resultado de las enérgicas protestas de los medios de comunicación a este fallo, el Congreso promulgó legislación en el 2000 que prohíbe que cualquier funcionario gubernamental registre o incaute documentos u otros materiales producto del trabajo de periodistas o autores de libros en el curso de una investigación

¹⁰¹ 408 U.S. 665 (1972).

¹⁰² Esto a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual determinó en el caso de *Asunto Goodwin contra el Reino Unido*, STEDH de 27 de marzo de 1996, que la protección de las fuentes periodísticas es un requisito fundamental de la libertad de prensa garantizada por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹⁰³ *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).

criminal¹⁰⁴. La prohibición no es aplicable si la persona que es registrada es sospechosa de ser autor de un delito relacionado con los bienes que pretenden incautarse o si se pone el peligro la vida de una víctima.

5. ¿Cómo se ha interpretado y aplicado la normal penal que sanciona el “apoyo material al terrorismo” en Estados Unidos?

De toda la reforma normativa antiterrorista norteamericana, la Ley Patriótica ha sido la más extensa y la que más controversia ha generado. La reforma fue aprobada casi inmediatamente después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. Esta ley creó nuevas figuras penales de las cuales una de las más controvertidas ha sido el delito de respaldo material al terrorismo¹⁰⁵.

Esta reforma sanciona el apoyo material o el encubrimiento de bienes que han sido o van a ser usados con fines terroristas. Anteriormente la norma penal requería que el acto tomara lugar en los Estados Unidos. La nueva norma eliminó este requisito territorial. El término “apoyo material” incluye ayuda económica, servicios financieros, hospedaje, capacitación, asistencia técnica, documentación falsa, equipos de comunicación, armas, sustancias que pueden causar la muerte, personal, transporte y otros bienes. Se exceptúa la medicina o materiales religiosos. La sanción prevista es de 15 años de prisión o, si cualquier persona pierde su vida, se sancionará con un máximo posible de cadena perpetua¹⁰⁶. Al analizar esta normativa, no resulta claro lo que constituye apoyo material ni tampoco el nivel de intención que se requiere para violar la ley. Asimismo, la ley no especifica el nexo requerido entre el respaldo ofrecido, el terrorista y la actividad terrorista.

En uno de los primeros casos en el cual un tribunal revisó la aplicación de esta ley penal, un tribunal de apelaciones rechazó el argumento que debe existir un nexo cercano entre el apoyo y el acto terrorista al aceptar un nexo de tres años entre el apoyo

¹⁰⁴ *Privacy Protection Act*, 42 U.S.C. §2000aa (2000).

¹⁰⁵ Véase: Christopher Metzler, “Providing Material Support to Violate the Constitution: The USA Patriot Act and Its Assault on the 4th Amendment,” *North Carolina Central Law Journal*, vol. 29, página 35, 2006.

¹⁰⁶ 18 USC §2339A (2002).

financiero y el acto¹⁰⁷. Asimismo determinó que no es necesario que el apoyo sea considerable. En otro caso, sin embargo, un tribunal de apelaciones decidió que para que el apoyo sea material tiene que ser significativo y tener una conexión lógica con el acto terrorista¹⁰⁸.

En uno de los primeros casos en el cual la Fiscalía formuló una acusación basada en esta nueva norma penal, un tribunal federal de primera instancia declaró inconstitucionales varias secciones de la ley por ser demasiado vaga. Lynne Stewart la abogada del Sheik Abdel Rahman, quien está encarcelado como resultado de una condena por participar en el primer atentado contra el *World Trade Center*, fue acusada de encubrir las actividades del Sheik Abdel Rahman, al permitir que el traductor recibiera y transmitiera mensajes en árabe para sus seguidores en Egipto en los cuales rompía una tregua establecida previamente. El tribunal declaró que la aplicación de la norma que define apoyo material al uso de “equipo de comunicaciones” entre otras cosas y no define ni la cantidad ni el tipo de servicios que son prohibidos penalmente. En su orden, el tribunal determinó que una aplicación tan amplia al concepto de ofrecer personal en apoyo al terrorismo pondría en peligro a todo abogado que representara a un terrorista ya que todos estarían sujetos a esta acusación¹⁰⁹. Sin embargo, la corte determinó que Stewart ofreció a su cliente ayuda para una conspiración terrorista y fue sentenciada a prisión¹¹⁰.

No todos los asuntos procesados bajo esta norma han tenido éxito ante los Tribunales. Uno de los factores más difíciles de probar en muchos de los casos de apoyo al terrorismo es establecer la intención de la persona acusada. En un caso en el 2004 en la Florida, por ejemplo¹¹¹, miembros de *Palestinian Islamic Jihad-Shiqaqi* dirigieron varias fundaciones de caridad a favor del grupo *Jihad Palestino* el cual está acusado de numerosos actos terroristas. El Gobierno de los Estados Unidos ha designado a este grupo como un grupo terrorista (SDT).

¹⁰⁷ *Boim v. Quranic Literacy Institute*, 291 F3rd 1000 (7Cir. 2002).

¹⁰⁸ *Singh-Kaur v. Ashcroft*, 385 F3rd 293 (3 Cir. 2004).

¹⁰⁹ *United States v. Sattar*, 314 F. Supp. 2d 279 (SD NY 2004).

¹¹⁰ *United Status v. Sattar*, 395 F. Supp. 2d 79 (SD NY 2005).

¹¹¹ *United States v. Al-Arian*, 329 F. Supp. 2d 1294 (M.D. Fla. 2004).

Uno de los puntos fundamentales en este caso era el nivel de dolo requerido para sostener una sentencia de culpabilidad por apoyo materialmente a una organización terrorista. El Gobierno sostenía que la culpabilidad podía ser establecida si se probaba que “el acusado tenía conocimiento que la organización había sido designada como una organización terrorista o sabía que la organización estaba organizando actos terroristas en el presente o futuro.”

El tribunal, sin embargo, determinó que para establecer la culpabilidad de estos acusados, el Gobierno tenía que probar, más allá de una duda razonable, que “el acusado sabía (o tenía una intención específica) que su apoyo promovería las actividades ilegales del grupo terrorista.” La ley penal en cuestión sanciona a quien “con conocimiento” apoya materialmente a una organización terrorista. La cuestión central en este caso es la definición de la palabra conocimiento. La corte determinó que el gobierno tiene el deber de probar que el acusado supo que quien recibía el apoyo material podría utilizarlo para sostener las actividades ilegales de la organización.

El tribunal reconoció que tres de los cuatro tribunales que han considerado la constitucionalidad de estas normas las han encontrado inconstitucionales. Un tribunal de apelaciones consideró que tanto el apoyo con recursos humanos (personal) como la formación eran términos demasiado vagos¹¹²; la frase “asistencia experta o asistencia” son frases demasiada vagas para constituir un delito¹¹³.

¹¹² *Humanitarian Law Project v. Reno*, 205 F.3d 1130, 1133-34 (9th Cir. 2000).

¹¹³ *United Status v. Sattar*, 272 F. Supp. 2d 348, 357-60 (S.D.N.Y. 2003) y *Humanitarian Law Project v. Ashcroft*, 309 F. Supp. 2d 1185 (C.D. Cal. 2004).

ESTUDIO SOBRE EL CIERRE DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Prof. Dr. John A.E. Vervaele

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ Judgment *Jerusalem v. Austria*.

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

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

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

¹¹⁸ Judgment *Sunday Times*, par. 65.

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

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

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

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

Es muy importante tener en cuenta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁵ Extracto del párrafo quinto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁹ Apartados 1005-1008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- La necesidad para garantizar las pruebas;

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

CONCLUSIONES GENERALES

La Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco convocó el día 5 de Noviembre de 2007 una Jornada de Estudio sobre el “Cierre de medios de comunicación en el País Vasco”. Se encargó su organización al Instituto Vasco de Criminología que durante el año anterior había elaborado un Informe de la “Historia Jurídica” del cierre cautelar y la suspensión de actividades, también cautelar, del diario EGIN y de la emisora EGIN IRRATIA, el 14 de julio de 1998, y del diario EGUNKARIA, el 20 de febrero de 2003. Se remitió dicho Informe a juristas de reconocido prestigio internacional, convocados a la Jornada del día 5, quienes elaboraron, a su vez, respectivos comentarios al Informe. En la Jornada del 5 de Noviembre de 2007, con la asistencia de los expertos internacionales, se analizaron y valoraron las medidas restrictivas de cierre y suspensión de actividades tomadas durante el procedimiento judicial y se alcanzaron las conclusiones que se recogen a continuación.

I.

“La libertad de expresión es piedra angular de una sociedad democrática. Como derecho fundamental individual y colectivo, el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y así se reconoce en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 20 de la Constitución”.

II.

“El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y debe compatibilizarse, en su reconocimiento y ejercicio, con el de otros derechos fundamentales. La trascendencia de la libertad de expresión en una sociedad democrática lleva a que, de manera generalizada, la normativa internacional y europea, al tiempo que reconoce la libertad de expresión, únicamente autoricen su restricción de modo excepcional, por motivos muy graves y siempre con estricto respeto no sólo del

principio de legalidad, sino igualmente de los de necesidad y proporcionalidad (arts. 10,2 y 15 CEDH y art. 20 CE)”.

III.

“En el marco de esa excepcionalidad y con estricto respeto de esos mismos principios, las intervenciones preventivas o cautelares no son incompatibles con el reconocimiento de los derechos fundamentales, pero, por su propia naturaleza, la extensión de su aplicación y límites se encuentran sometidos a estricta supervisión por parte de los más altos tribunales. Esto debe subrayarse especialmente en el caso de los medios de comunicación y publicaciones, para los que la censura previa constituye un ataque particularmente intolerable para la libertad de expresión, encontrándose por ello prohibida por el artículo 20 de la Constitución.

Son criterios rectores de esta actuación para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- **Legalidad:** la ley debe autorizar claramente la medida e indicar de manera precisa cuándo y cómo se pueden limitar de forma preventiva o cautelar los derechos, de modo que el ciudadano pueda prever con antelación no sólo la aplicabilidad de la medida cautelar sino también su alcance.
- **Necesidad:** que la medida no sólo sea idónea para evitar la continuación o perpetración de hechos delictivos, sino que también sea la menos restrictiva de los derechos fundamentales entre todas las posibles.
- **Proporcionalidad:** que, a la vista de las consideraciones anteriores, la medida a adoptar resulte de una ponderación completa de los derechos e intereses en juego”.

IV.

“En el caso que se nos somete a valoración -esto es, el cierre de los medios de comunicación EGIN, EGIN IRRATIA y EUSKALDUNON EGUNKARIA-, los problemas surgen por el cierre de los medios de comunicación resultado de la aplicación como medida cautelar de la consecuencia accesoria prevista por el art. 129 CP.

Prescindiendo de otras posibles consideraciones de legalidad, la medida cautelar de cierre de un medio de comunicación supone el sacrificio del derecho fundamental a la libertad de expresión, tanto en su vertiente individual como desde el prisma colectivo,

esto es, como el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La innecesariedad de esta medida era ya discutible en el momento mismo de su imposición, cuando existían otras alternativas de intervención cautelar que no llevaban consigo la interrupción de la actividad del medio de comunicación.

En cuanto a la falta de proporcionalidad de la medida cautelar, el cierre, aunque teóricamente temporal, supone en la práctica (y no sólo por su desmedida duración) una negación definitiva del derecho constitucional a la libertad de expresión, lo que constituye una vulneración de los arts. 10 y 15 del CEDH y del art. 20 de la Constitución.

Por si fuera poco lo anterior, es de subrayar la falta de cobertura constitucional de la aplicación del artículo 129.2 CP a unos medios de comunicación. La Constitución de 1978, más garantista en este punto que el CEDH, sólo habilita la suspensión del derecho a la libertad de información y de expresión en supuestos de estado de excepción o de sitio (art. 55.1) y no en los casos de terrorismo (art. 55.2). La falta de habilitación constitucional del cierre de medios de comunicación fue ratificada ya por el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987, la cual entendió que la medida de cierre provisional del medio de difusión prevista por la L.O.9/1984 para casos de terrorismo supondría una limitación del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, o una suspensión de los mismos, algo para lo que el legislador no está habilitado por el art. 55.2 de la Constitución”.

Por todo ello, la aplicación del artículo 129.2 del CP para proceder al cierre cautelar de medios de comunicación EGIN, EGIN IRRATIA y EUSKALDUNON EGUNKARIA:

1º Viola el art. 20 de la Constitución por implicar como consecuencia práctica una auténtica suspensión del derecho fundamental a la libertad de prensa, un derecho no suspendible salvo en supuestos de estado de excepción y sitio (art. 55.1 de la Constitución).

2º Viola los artículos 10 y 15 del CEDH por su carácter desproporcionado al existir otras medidas menos gravosas y traducirse en la práctica en la disolución de unos

medios que no podrán volver a ver la luz, con independencia del resultado final de los procesos penales en los cuales se ha adoptado la medida.

Lo que se concluye, sin perjuicio del respeto debido a las decisiones judiciales y de la necesaria defensa de los ciudadanos por parte del Estado frente al terrorismo, en un marco constitucional democrático.

Donostia-San Sebastián, 5 noviembre 2007.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

- AUTOS Y RECURSOS DEL PROCEDIMIENTO CONTRA EGIN:

Documento nº 1: FECHA: 15/07/98:

Diligencias previas 77/97- Auto de entrada, registro y clausura.

Documento nº 2: FECHA: 15/07/98

Diligencias previas 77/97- Auto por el que se rectifica error informático.

Documento nº 3: FECHA: 15/07/98

Diligencias previas 77/97- Auto de clausura cautelar/suspensión de actividades relativo al precinto y a la preceptiva audiencia de los titulares o de sus representantes legales, previa a la imposición de las consecuencias previstas en el art. 129 del código penal.

Documento nº 4: FECHA: 20/07/98

Diligencias previas 77/97-X- Auto de prisión provisional/libertad provisional.

Documento nº 5: FECHA: 20/07/98

Diligencias previas 77/97- Auto de prisión.

Documento nº 6: FECHA: 21/07/98

Diligencias previas 77/97- X - Auto de clausura de ORAIN.

Documento nº 7: FECHA: 21/07/98

Diligencias previas 77/97- Autos de entrada y registro ORAIN, HERNANI INPRIMATEGIA, ARDATZA, ERIGANE.

Documento nº 8: FECHA: 24/07/98

Diligencias previas 77/97- Auto de prisión.

Documento nº 9: FECHA: 20/07/98

Diligencias previas 77/97-X- Recurso. Nulidad y alzamiento de la clausura temporal.

Documento nº 10: FECHA: 23/07/98

Diligencias previas 77/97-X- recurso de reforma contra el auto del 14/7/98.

Documento nº 11: FECHA: 24/07/98

Diligencias previas 77/97-X- Recurso de reforma presentado por los representantes legales de ORAIN S.A, y ARDATZA S.A, contra el auto del día 21/7/98 por el que se acuerda, entre otras medidas, ratificar los autos de fecha 14/7/98 en lo que se refiere al punto 4º, de su parte dispositiva que dice: ordenar la clausura de la Sociedad ORAIN S.A, ARDATZA S.A, HERNANI INPRIMATEGIA, así como las de todos sus locales y establecimientos, suspender todas las actividades de las mismas y, por tanto, la clausura del diario EGIN, y de la radio EGIN IRRATIA quedando precintados todos los locales y en depósito a disposición de este Juzgado todos los bienes, elementos y enseres, de su titularidad o uso, hasta tanto se les de destino legal correspondiente.

Documento nº 12: FECHA: 4/09/98

Recurso de queja de los representantes de ORAIN S.A, ARDATZA S.A, HERNANI INPRIMATEGIA S.A, y ERIGANE S.L, contra el auto de 31 de Agosto de 1998 por el que se acuerda desestimar los recursos interpuestos contra los autos de fecha 14/7/98 y 21/7/98.

Documento nº 13: FECHA: 11/01/99

Diligencias Previas 77/97. Auto por el que se acuerda desestimar el recurso y la resolución recurrida en queja con la única modificación de establecerse las únicas medidas de empresa y suspensión de actividades tendrán una duración de 6 meses contados desde 31 de Agosto último.

Documento nº 14: FECHA: 8/2/99

Escrito al Juzgado de los responsables de ORAIN S.A y otros para que se acuerde el alzamiento de las medidas cautelares de clausura de empresa y suspensión de actividades acordados en auto de 20/7/98.

Documento nº 15: FECHA: 1/3/99

Recurso de reforma de representantes legales de ORAIN S.A, y otros por el que se solicita el alzamiento de todas las medidas de clausura de empresas y suspensión de actividades a que se refieren los autos de 15/7/98 y 21/7/98.

Documento nº 16: FECHA: 15/3/99

Auto que desestima recurso de reforma contra el auto dictado por este juzgado el pasado 26/2/99 por el que se acordará prorrogar las medidas de clausura de empresa y suspensión de actividades a que se refieren los autos de 15/7/98 y 21/7/98 de este Juzgado y auto de la Sala (Sec 4ª) de 11/1/99.

Documento nº 17: FECHA: 16/3/99

Recurso de queja por el que se solicita el alzamiento de las medidas cautelares de clausura de empresas y suspensión de actividades a que se refieren los autos de 14/7/98 y 21/7/98 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, auto de Sala (Sec.4ª, del 11.1.99) cuya prórroga por período de seis meses que expiraron, el 1º de septiembre de 1999, fue acordada mediante auto de 26/2/99 y que afecta a las empresas ORAIN S.A, ARDATZA S.A, HERNANI INPRIMATEGIA S.A, Y ERIGANE S.L y a los medios de comunicación EGIN y EGIN IRRATIA.

Documento nº 18: FECHA: 26/7/99

Auto de la Sec. 4ª de lo Penal de la Audiencia Nacional (en contra del recurso de queja) por el que se desestima el recurso de queja contra los autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 26/3/99 y 11/3/99 y 15 y 21/7/98.

Documento nº 19: FECHA: 31/8/98

Auto por el que se prorrogan las medidas de clausura de Empresas y suspensión de actividades a que se refieren los Autos de 15/7/1998 y 21/7/1998, de este Juzgado, y, Auto de la Sala (Sección Cuarta) de 11/1/1999, por plazo de SEIS MESES que expirarán el primero de Septiembre de 1.999, sin perjuicio de que antes de esa fecha, valorando la necesidad y proporcionalidad de mantenimiento de las medidas puedan ser prorrogadas en virtud de resolución motivada por un plazo igual, y, sin sobrepasar el máximo legal de duración de cinco años.

Documento nº 20: FECHA: 11/12/03

Recurso de súplica contra el Auto de 14 de Julio de 2003, declarando haber lugar al mismo, reformándolo en el sentido de solicitar el alzamiento total y extinción de la medida de suspensión de actividades de las empresas ORAIN, S.A,

ARDATZA, S.A., ERIGANE, S.L. y HERNANI INPRIMATEGIA, S.A. y con lo demás que en derecho proceda.

Documento nº 21: FECHA: 30/12/03

Recurso de amparo constitucional contra el Auto de 19 de Noviembre de 2003, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Rollo de Sala nº 27/02, dimanante del Sumario nº 18/98 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que desestima el Recurso de Súplica formulado por los representados contra el Auto de fecha 14 de Julio de 2003, y más concretamente contra la decisión contenida en el apartado 1 de su parte dispositiva.

Documento nº 22: FECHA: 27/9/05

Recurso de casación, por infracción de ley, contra la Sentencia de 20 de Junio de 2005 dictada por la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recaída en sumarios 18/01 y 15/02 (acumulados) contra O.D.C, U.E.A, O.C.B, I.M.O, I.O.S, A.A.G, G.V.I, G.E.U, E.L, A.C.E, I.F.B, U.G.A, A.I.E, D.L.P, A.O, J.M.O.G, A.E.A, G.G.A, I.C.B, X.A.O, G.B.V, A.M, A.F.B, X.G.G, en la que se les condenó por un delito de asociación ilícita del art. 515.1 del CP en relación con el 517.1 del CP.

Documento nº 23: FECHA: 14/7/03

Auto por el que se ratifica el alzamiento de la suspensión de actividades del Grupo Orain (formado por Orain, S.A, Ardatza, S.A, Hernani Inprimategia, Erigane, Publicidad Lema 2000, EGIN y EGIN IRRATIA) y se condiciona ese alzamiento al cumplimiento de las obligaciones establecidas, tal y como venía acordado por Auto de 6 de agosto de 1999, por lo que la reanudación de la actividad sólo tendrá lugar previo pago de las deudas pendientes del Grupo, y cumplimiento del resto de obligaciones que se derivan del citado informe. Se mantiene el embargo sobre los derechos de propiedad intelectual, la mancheta, los archivos contables y los activos inmobiliarios del Grupo Orain. Se mantiene

la administración judicial sobre todos los bienes del grupo y se alza la clausura de los locales del Grupo Orain.

Documento nº 24: FECHA: 19/11/03

Auto por el que se desestima el recurso de súplica formulado por la representación de ORAIN, S.A. y otros, y confirma en todos sus extremos el auto de fecha 14 de Julio de 2003.

Documento nº 25: FECHA: 19/11/03

Auto notificado al Fiscal el 5/12/03, estimando en parte el recurso de súplica formulado por la representación de ORAIN S.A., y otros, contra el auto dictado por éste Tribunal en fecha 14 de Julio de 2003, en el sentido de no incluir a PUBLICIDAD LEMA 2000, S.L. dentro del grupo de empresas ORAIN sobre las que se adoptaron en su día distintas medidas cautelares y, confirmar, en todos sus extremos los restantes fundamentos jurídicos contenidos en el referido el auto de fecha 14 de julio de 2003.

Documento nº 26: FECHA: 6/7/05

Recurso de amparo interpuesto por ORAIN, S.A, ARDATZA S.A, Y HERNANI INPRIMATEGIA, S.A. contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de Noviembre de 2003, que “confirma en súplica” el de 14 de Julio de 2003, en el rollo de Sala 27/02, procedente del sumario 18/98 del Juzgado Central de Instrucción nº5.

- AUTOS Y RECURSOS DEL PROCEDIMIENTO CONTRA EGUNKARIA:

Documento nº 27: FECHA: 19/2/03

Diligencias previas 216/2001- auto de entrada y registro:

Documento nº 28: FECHA: 19/02/03

Diligencias previas 216/2001- auto de clausura y precinto temporal preventivo.

Documento nº 29: FECHA: 19/2/03

Diligencias previas 216/2001- Auto mandamiento clausura, cierre y precinto temporal.

Documento nº 30: FECHA: 24/2/03

Diligencias previas 216/2001- Recurso de reforma contra los autos de fecha 19 de Febrero de 2003, considerando que no se ajustan a Derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 787.1, en relación con los arts. 216 y ss. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Documento nº 31: FECHA: 24/2/03

Diligencias previas 216/2001- Denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial respecto a la actuación del Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 6 D. JUAN DEL OLMO GALVEZ.

Documento nº 32: FECHA: 10/3/03

Diligencias previas 216/2001- Auto que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 25 de Febrero de 2003 por la representación procesal del imputado X. O. A.

Documento nº 33: FECHA: 10/3/03

Diligencias previas 216/2001- Auto por el que se acuerda la clausura temporal por seis meses de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A. y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos; suspender sus actividades por seis meses, quedando precintados los referidos locales y sus sedes, y en depósito a disposición del Juzgado todos los bienes, elementos y enseres de su titularidad o uso; Se ratifican cuantas órdenes de bloqueo, embargo, prohibición de disponer, inmovilización o cualquier otra medida cautelar real se han adoptado con relación a las citadas mercantiles y periódico; Se acuerda la suspensión temporal por seis meses de los poderes de los órganos de las referidas mercantiles, lo que se comunicará a los Registros Mercantiles correspondientes para su constancia, salvo en los extremos relativos a la defensa jurídica de sus intereses y pretensiones, al objeto de no causar indefensión a las mismas.

Documento nº 34: FECHA: 13/3/03

Diligencias previas 216/2001- Recurso de reforma contra Auto de 10 de marzo de 2003 para que estimándolo se dicte resolución por la que se revoque el mismo y se dejen sin efecto las medidas cautelares adoptadas respecto de los representados.

Documento nº 35: FECHA: 9/4/03

Diligencias previas 216/2001- Auto que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 10 de marzo de 2003 de clausura temporal de seis meses de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A. y del Diario EUSKALDUNON EGUNKARIA.

Documento nº 36: FECHA: 15/7/03

Diligencias previas 216/2001- Prórroga medida de cierre y clausura temporal.

Documento nº 37: FECHA: 16/7/03

Diligencias previas 216/2001- Auto por el que se dispone prorrogar la clausura temporal por seis meses más de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A. y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos, así como suspender sus actividades por seis meses más, quedando precintados los referidos locales y sedes, y en depósito a disposición del Juzgado todos los bienes, elementos y enseres de su titularidad o uso; ratificándose cuantas órdenes de bloqueo, embargo, prohibición de disponer, inmovilización o cualquier otra medida cautelar real se ha adoptado con relación a las citadas mercantiles y periódico hasta la actualidad; se mantiene la suspensión temporal por seis meses más de los poderes de los órganos de administración de las referidas mercantiles, lo que se comunicará la prórroga a los Registros Mercantiles correspondientes para su constancia, salvo en los extremos relativos a la defensa jurídica de sus intereses y pretensiones, al objeto de no causar indefensión a las mismas.

Documento nº 38: FECHA: 3/11/03

Diligencias previas 216/2001- Auto que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 16 de Julio de 2003, que acordaba prorrogar la clausura temporal por seis meses más de las mercantiles EGUNKARIA Sortzen S.L., EGUNKARIA S.A. y del diario EUSKALDUNON EGUNKARIA, de sus locales, sedes y establecimientos, así como suspender sus actividades por seis meses más, y otras medidas complementarias a las anteriores.

Documento nº 39: FECHA: 2/10/06

Diligencias previas 216/2001- Protesta y queja formal, a los efectos legales pertinentes por razón de la falta de notificación de la resolución (o resoluciones) que acuerdan medidas restrictivas y limitadoras del derecho a la libertad de expresión y libertad de información, así como por la indefensión que genera la

imposibilidad de impugnarlas, ordenando su inmediata notificación a la representación legal de EGUNKARIA, S.A., y con lo demás que en derecho proceda.

**- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 199/1987 (PLENO 2ª),
DE 16 DE DICIEMBRE.**

**- ESCRITO FISCALIA CASO EGUNKARIA DE CATORCE DE DICIEMBRE
2006.**

- SENTENCIA 18/98 DE 19 DE DICIEMBRE 2007.