

CAPÍTULO PRIMERO

EL SECRETO PERIODÍSTICO EN EL DERECHO COMPARADO

El secreto profesional del periodista constituye al mismo tiempo una reivindicación periodística de naturaleza deontológica y un instrumento legal funcional a las libertades de expresión e información en todo el mundo. Por eso, ese secreto está protegido en muchos países de la Unión Europea, de la mayoría de los Estados de la Unión, en numerosas legislaciones de todo el mundo, y también mereció expresa protección por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En esta tesis se encontrarán estudios completos sobre la libertad de expresión y el secreto periodístico en los Estados Unidos, Suecia, Alemania, España, y se evaluará el tema en otros países de la Unión Europea.⁷⁴ Asimismo, se verá la Convención Europea de Derechos Humanos —como paso previo a analizar la situación de la Convención Americana— y la copiosa recepción del secreto periodístico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, por una cuestión de economía, el lector sólo encontrará en este libro los estudios referidos a los Estados Unidos y a los dos sistemas supranacionales. Los restantes están volcados, en forma íntegra, en el disco.

I. UN ASUNTO ÉTICO Y LEGAL

Villanueva⁷⁵ afirma que los antecedentes remotos de esta figura jurídica están en el *common law*, y se remontan al siglo XVI a propósito del

⁷⁴ El lector encontrará la información y desarrollos completos de estos asuntos en el disco que acompaña este libro, sin perjuicio de encontrar en estas páginas una síntesis.

⁷⁵ Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, Adenauer Stiftung-Universidad Iberoamericana-Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 574. El autor también remite al Countess of Shrewsbury's Case, 12 Coke 94 (1613), citado por Van Grepen, Maurice, *Privileged Communication and the Press*, p. 58.

“voto de honor”, basado en la convicción de que un caballero no debía divulgar las noticias obtenidas en confidencia por atentar la privacidad de sus comunicaciones.

Con el correr de los siglos la evolución constitucional de las garantías que rodean las libertades de expresión, primero, y su ulterior desarrollo legislativo y jurisprudencial, en segundo lugar, se erigieron como ingredientes constitutivos del ejercicio de la democracia, circunstancias que influyeron para que el secreto profesional del periodista adquiriera una trascendencia que excede el interés del periodista y tenga un lugar de importancia capital tanto en la deontología periodística como en la configuración del espacio que queda reservado a la libertad de prensa.

Carrillo señala que sobre la naturaleza del secreto profesional se produce, en el derecho comparado, una esencial coincidencia en considerarlo tanto un derecho constitucional —o un derecho o un deber con rai-gambre legal, al menos—, así como también, y especialmente, un deber ético de los periodistas, de forma que dicha condición de orden deontológico parece incluso estar concebida para superar los límites que pueden derivarse de la Constitución y del conjunto del ordenamiento.⁷⁶

Es objeto principal de esta tesis un enfoque jurídico. Pero, atento lo dicho, no podemos dejar de señalar un componente ético del asunto, propio de la actividad periodística, tal como lo demuestra que el secreto profesional aparece recogido por una gran cantidad de códigos de conducta del periodismo aprobados en la mayoría de los países del mundo para regular el secreto periodístico.

Menciono que a lo largo de esta parte analizaré tanto desde el punto de vista ético como leal, la solución que los regímenes han dado a los siguientes aspectos: naturaleza jurídica; sujetos (quién es el titular del secreto, un asunto sobre el que hay una gran disparidad en la legislación); objeto (cual es su objeto o contenido); alcance (frente a quién es oponible el secreto: empresa periodística o superiores, autoridades administrativas y judiciales); límites (el secreto es absoluto o relativo).

⁷⁶ Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los comunicadores”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, México, UNAM, 2000, p. 416.

II. LA REGULACIÓN DEÓNTICA

Revisamos en este capítulo 101 códigos deontológicos vinculados con la actividad periodística dictados en 82 países de los cinco continentes, y una de las conclusiones de revisar esas normas⁷⁷ es que el secreto de las fuentes de información periodística aparece expresamente citado en 90.1 por ciento de los casos, por lo cual puede afirmarse que es un principio universalmente aceptado por las asociaciones que agrupan a periodistas y a editores y tiene relación directa con la finalidad de esas normas: la búsqueda y difusión de información, su exactitud y pluralidad, y la expresión de ideas y opiniones.

La deontología es la ciencia de los deberes. El término fue introducido por Jeremy Bentham en su *Deontology, or the ciencia of morality* (1834), donde estudia los deberes que deben cumplirse para alcanzar el ideal utilitario del mayor placer para el mayor número posible de individuos. Desde ese punto de vista, la deontología es una ciencia de normas que sirven de medios para alcanzar normas que se consideran fines.⁷⁸ Un código de ética periodística, como todo código deontológico, es un conjunto de reglas de conducta que rige la actuación profesional, que dictan para sí los miembros de esas asociaciones (es decir, son normas autónomas, no heterónomas, como lo son las jurídicas), quienes parten de la convicción de que la labor debe encararse bajo ciertos principios, derechos y garantías para poder lograr la finalidad de ejercer su trabajo —finalidad que claramente la de expresarse— en forma eficaz.

Se revisaron los códigos deontológicos supranacionales dictados por la UNESCO, la Federación Internacional de Periodistas, el Consejo de Europa, el Centro Latinoamericano de Periodistas, la Federación Latinoamericana de Periodistas y por el Congreso Latinoamericano de Periodistas. Asimismo, se revisaron los códigos éticos dictados por asociaciones editoras y asociaciones de periodistas en numerosos países: Albania, Alemania, Armenia, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bostwana, Brasil, Bulgaria, Canadá (dos códigos), Cataluña, Chile (dos

⁷⁷ Para elaborar este apartado utilizamos la transcripción completa de los códigos de ética de distintas asociaciones profesionales y periódicos de todo el mundo que volcó Villanueva en el excelente libro *Deontología informativa*, y, también, las que tomamos de otros códigos. Todas ellas están transcritas en el disco.

⁷⁸ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1981.

códigos), Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenia, Kyrgistán, Letonia, Líbano, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Moldavia, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Reino Unido, República Checa, Rusia, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tanzania, Túnez, Turquía, Venezuela. También se analizaron los códigos de ética dictados por los diarios *ABC*, *El Mundo*, *El País* y el *Periódico de Cataluña*, todos ellos medios de la península ibérica; el *Financial Times* y la agencia de noticias Reuters, el *San Francisco Chronicle* y el *Washington Post*, de los Estados Unidos; *La Nación*, de la Argentina y los diarios *El Universal* y *Reforma*, los dos periódicos principales de México.

De la lectura de estos códigos se pueden extraer algunas conclusiones:

1) *Universalidad de libertad de prensa*. Todos esos códigos, sin excepción, tienen alguna referencia a la libertad de prensa, a la libertad de expresión y al libre acceso a la información de interés público.

Algunos códigos introducen expresiones categóricas al respecto, como los que se dictaron en Brasil: “Artículo 1o. El acceso a la información pública es un derecho inherente a la condición de la vida en sociedad, que no puede ser impedido por ningún tipo de interés”; Noruega:

1.1. La libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de prensa son elementos básicos de una democracia. Una prensa libre e independiente se encuentra entre las más importantes instituciones de una sociedad democrática... 1.3. La prensa deberá proteger la libertad de expresión, la libertad de la prensa y el principio de acceso a los documentos oficiales. Ello no puede ceder a la presión de alguien que desea prevenir el libre flujo de información, el libre acceso a las fuentes.

Estados Unidos: las primeras líneas del código de conducta del *Washington Post* dicen que “El *Washington Post* está comprometido con la búsqueda intensa, responsable e imparcial de la verdad sin aprensión alguna respecto de cualquier interés particular y sin favoritismos ni privilegios para nadie...”.

2) *Universalidad de la regla deóntica del secreto periodístico*. El tratamiento del secreto de las fuentes de información es un tópico común en un gran número de códigos deontológicos de medios y asociaciones periodísticas, a lo largo del mundo, por lo cual es una práctica universalmente aceptada y postulada por los periodistas. De los 101 códigos revisados, se ocupan de tratar el tema 91 de ellos, es decir, el 90.1% de los códigos revisados. Los códigos revisados en los que se da cuenta de este problema fueron adoptados por entidades y medios de Occidente y Oriente, y en países con tradiciones culturales, culturas y políticas muy diversas. Basta con contrastar que se postula su existencia en países tan diversos como Estados Unidos, Rusia, Cuba, Turquía y Malasia, pero el largo listado de países examinados da mayor cuenta aún de esa diversidad. Los únicos códigos que lo obvian son los códigos de Armenia, Fundación Latinoamericana de Periodistas; Dinamarca, Japón, Kyrgystán, Líbano, Papua-Nueva Guinea, Suecia, Tailandia y Túnez.

3) *Práctica excepcional*. Los códigos periodísticos aceptan, expresa o implícitamente, que la publicidad es la regla, y, expresa o implícitamente, se refieren al secreto como la excepción. De todos los códigos, 29 refieren esta característica en forma explícita, pero aquellos códigos que no afirman expresamente el primer postulado suelen describir el secreto periodístico en términos tales que puede inferirse que lo tratan como una prerrogativa que sólo puede utilizarse como excepción.

4) *Origen convencional del secreto*. Entre los códigos en que se recoge la regla del secreto de la fuente se establece que el mismo sólo puede ser usado cuando existe un pacto expreso entre la fuente de información y el periodista.

5) *Naturaleza del secreto*. Existen una gran disparidad de criterios sobre la naturaleza del secreto. De los 91 códigos que incluyen el secreto periodístico, lo mencionan como derecho del periodista 11 de los 91 códigos que lo incluyen: 12.08%, deber del periodista 70 códigos: 76.9%; derecho y deber 1 código (Moldavia): 1.1%; garantía 1 códigos (Consejo de Europa): 1.1%; garantía y derecho 1 código: 1.1%; garantía, derecho y deber 4 códigos los dictados en España): 4.4%; soslayan definir su naturaleza 4 códigos (S. Francisco Chr, Chile, Bélgica, Fiji): 4.4%.

Eso indica que existe una mayoría amplia de códigos que tratan el secreto como un deber que el periodista debe cumplir, una vez que asumió con la fuente el compromiso de mantener esa reserva.

6) *Sujeto titular*. Los códigos tratan el secreto como una problemática del periodista, antes que como una problemática de la empresa editora. De los 91 códigos que incluyen el secreto, la persona prevista como sujeto titular de la prerrogativa, sobre la que pesa la guarda del secreto, es: el periodista, en 71 códigos, esto es, el 78.02%, nada se dice sobre el derecho del editor; el periodista y la empresa editora 20 códigos, esto es, el 21.9%; sin embargo, el hecho de que la mayoría de los códigos no mencionen a la empresa editora como sujeto obligado no quiere decir que la empresa, si llega a conocer la identidad del informante, pueda revelar esa información. Antes bien, también parece obligada por el mismo secreto, porque la finalidad del mismo es permitir la búsqueda de la información. En los códigos donde se considera que el secreto de la identidad de la fuente es un secreto compartido por el periodista y el editor, no se prevé que el periodista pueda resistir el pedido del editor de revelar su fuente, excepto en dos casos: en el código vigente en Guatemala y, particularmente, el dictado por el diario *San Francisco Chronicle*, en el cual se establece que el periodista consultará a la fuente si puede revelar su nombre al editor, y en caso de que la fuente se niegue, el editor evaluará si publica la información o no lo hace. Hay que tener en cuenta que si se comparan entre sí tan sólo los códigos deontológicos dictados por los periódicos y la agencia Reuters (es decir, excluyendo de la comparación a los códigos de las asociaciones profesionales o de editores), tenemos que de 8 de los 11 códigos de medios periodísticos asumen que el secreto debe ser compartido por el periodista y la empresa editora. Finalmente, los códigos donde se prevé el secreto como dato compartido entre periodista y editor no se hace distinción a la duración de ese secreto ni se autoriza a la empresa editora a revelar el secreto si con posterioridad a la publicación una autoridad lo solicita.

7) *Objeto*. El secreto se refiere fundamentalmente a la identidad de la fuente, pero no se excluye una protección más amplia. Casi todos los códigos que se refieren al secreto, la amplia mayoría, alude a la identidad de la fuente. Cinco códigos (Noruega, Bangladesh, Singapur, Periódico de Cataluña, Filipinas) van más allá, y expresan que la preservación del secreto periodístico también tiene por finalidad proteger a los materiales del periodista: agendas, documentos, archivos y cualquier otro soporte de información que conocida por terceros pueda contribuir a identificar al periodista.

8) *Alcance*. En cuanto a los sujetos a los que le es oponible el secreto, la amplia mayoría de los códigos omiten tratar el asunto. Tan sólo se refieren a ello los códigos dictados en Guatemala (el secreto es invocable “frente a la empresa”); Kenia (“sujeto a los términos de la ley”), Moldavia (“Nadie tiene derecho a forzar al periodista”).

9) *Límites*. Algunos códigos admiten que el secreto puede ceder en determinadas circunstancias. De todos los 91 códigos que abordan el tema a estudio, 17 admiten que puede revelarse esa información cuando se presentan ciertas circunstancias excepcionales. Los códigos que admiten expresamente límites son los de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Colombia, Egipto, Eslovaquia, España, Finlandia, Hungría, Letonia, Moldavia, Portugal, Puerto Rico, Rusia, Turquía. Esos códigos mencionan uno o varios de los siguientes motivos como causales que habilitan al periodista a revelar el secreto: si consta que la fuente falseó la información —varios códigos que establecen este supuesto lo prevén para el caso en que el informante obró con intención de manipular al periodista y no por error—; si se constata que la necesidad de información pública está por encima de los motivos aducidos para el mantenimiento del secreto; si hay motivos de peso político-estatales que pongan en peligro el orden constitucional; si la información se refiere a la planificación de un crimen; si el informante autoriza expresamente a revelar su nombre; si el informante mismo revela la información y pone en descubierto su propia identidad; si lo autoriza la justicia; si es necesario para evitar daños a terceros; si el periodista es autor o testigo del delito.⁷⁹

III. ASPECTOS LEGALES

El secreto periodístico ha sido reconocido en los países del *civil law*, y ganó *statutory law* en los países de tradición jurídica anglosajona, dejando de tener tan sólo fundamento en los precedentes judiciales (*case law*). Revisé la legislación de 36 países y de muchos estados norteamericanos —que se transcriben en el disco⁸⁰— y por razones que se explican en es-

⁷⁹ Más adelante veremos que en realidad en los supuestos donde el periodista es testigo o autor del hecho juegan otros principios.

⁸⁰ A los efectos de la recopilación de normas, se tuvo en cuenta en primer lugar la que aparece en Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Iberoamericana-Porrúa Editores, 2002, pp. 573 y ss.

te capítulo, estudiamos en particular la situación en Estados Unidos, Alemania, España, Suecia, algunos otros países, el sistema europeo de derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos.

Como ya lo adelantamos, la historia registra uno de los primeros casos de conflicto entre el periodismo y el poder en 1722, cuando el hermano de Benjamín Franklin fue encarcelado tras haberse negado a revelar a una comisión legislativa la identidad de la fuente de una nota publicada en su periódico. Y si bien el tema era conocido en la época de la primera enmienda, por la controversia fuerte que con anterioridad había provocado la detención de Zenger (1934), el reconocimiento legal del secreto profesional del periodista sólo se logró en 1898, en el estado norteamericano de Maryland. Allí nació como un privilegio del informador ante los tribunales, que consistía básicamente en mantener la confidencialidad de sus fuentes y en evadirse de la obligación de actuar como testigo.⁸¹

La consideración que hacen esas legislaciones sobre el tema puede ser clasificada según:

- a) la extensión del derecho o deber, como absoluto o relativo (sea calificado y limitado);
- b) la jerarquía de la fuente, como secreto de fuente constitucional, legal o jurisprudencial.

a) *Extensión del secreto: absoluto o relativo.*⁸² Algunas de esas legislaciones están plasmadas en términos tales que, a priori, y más allá de las divergentes interpretaciones jurisprudenciales, parecen favorecer una interpretación del secreto como un derecho o deber de carácter absoluto: en este grupo se encuentran la Alemania, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Colombia, algunos estados de los Estados Unidos (California, Indiana, Minnesota, Nebraska y Nueva York), Estonia, Finlandia, Francia, Haití, Indonesia, Italia, Lituania, Macedonia, Malasia, Mozambique, Nigeria, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay, Venezuela y Yemen.

Un segundo grupo de naciones, en cambio, regulan esta figura como un derecho relativo calificado, que en determinadas circunstancias más o

⁸¹ Barton Carter, T., *Mass Communications Law*, 4a. ed., St. Paul Minn, 1988, p. 299. También se estudió la 5a. ed.

⁸² Ésta es la clasificación a la que adscriben las leyes escudo norteamericanas analizadas y, también, la que sigue Viillanueva, Ernesto, en la obra citada en la nota 80.

menos excepcionales puede ceder frente a otros valores sociales. En este caso la legislación permite que el secreto ceda en ciertos casos, ya porque su revelación es la única vía para llevar adelante una investigación para la que se cree necesario contar con ese dato que el periodista pretende mantener en secreto, o bien porque la justicia le da preferencia a otros valores sociales altamente relevantes. Son de este grupo de naciones: Albania, Andorra, España, Estados Unidos (a nivel federal y de algunos regímenes estaduais), Filipinas, Jordania, Moldavia, Reino Unido, Rusia y Suecia.

En un tercer grupo de países, como Algeria, Egipto y Ecuador, el secreto admite aun mayores limitaciones y, por lo tanto, tiene menor cobertura.

b) *Fuente normativa del secreto: constitucional, legal o jurisprudencial.* Desde este punto de vista, otro punto de vista, algunas naciones reconocen este derecho en sus cartas constitucionales. El grupo de naciones que regulan el secreto a nivel constitucional son Argentina, Andorra, Brasil, Cabo Verde, Colombia, España, Haití, Macedonia, Mozambique, Nigeria, Paraguay, Perú, Portugal, Suecia, Suiza y Venezuela.

Otros países le dan al secreto cobertura legal. Pero esa cobertura no es uniforme, porque mientras hay países que sancionaron leyes específicas para regular el secreto (Alemania, Austria, que lo hace dentro de la ley de prensa y de medios de comunicación de 1981 y algunos estados de los Estados Unidos que sancionaron leyes escudo), otras naciones tratan el secreto periodístico en el código de procedimientos penales como un secreto específico (Francia) o como un supuesto del secreto profesional.

En un tercer grupo de países, como ocurre en el nivel federal de los Estados Unidos, el secreto periodístico sólo es reconocido por la jurisprudencia.

A lo largo de los siguientes capítulos de la segunda parte se abordará el estudio del secreto periodístico en algunos de esos países, y, luego, extraeremos algunas conclusiones.