

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTADOS UNIDOS

I. UN DEBATE ABIERTO

Actualmente, en los Estados Unidos el secreto de los periodistas continúa tropezando con muchas dificultades para ser admitido, y es un debate de mucha actualidad: 31 de los estados que conforman el país lo aceptaron mediante la sanción de leyes escudo (*shield law*) y decisiones judiciales; a nivel federal, no tiene reconocimiento legislativo; la jurisprudencia de la Suprema Corte, si bien admitió que los estados o el Congreso federal puedan legislarlo, mantiene su criterio⁸³ de que los periodistas no tienen un derecho en tal sentido que se derive de la primera enmienda, aunque la solución del tribunal fue ambigua y generó tantos debates y confusiones que muchos tribunales federales y estatales desde entonces han interpretado que dejó margen para entender que los periodistas gozan de un privilegio y tienen un derecho constitucional a ser protegidos contra el acoso. Mientras tanto, muchos periodistas continúan siendo condenados por desacato,⁸⁴ y

⁸³ *Branzburg vs. Hayes*, 408 US. 65 1972.

⁸⁴ “El 6 de febrero de 2007, un periodista de California se convirtió en el reportero que más tiempo ha pasado en la cárcel en Estados Unidos en el afán por proteger sus fuentes, dijeron organizaciones de prensa este martes. Josh Wolf, de 24 años, fue encarcelado el año pasado por negarse a entregar el video que había tomado de una marcha anticapitalista en San Francisco en 2005, y ya ha pasado 169 días en prisión por incumplimiento de una demanda judicial. En su reunión del 20 de marzo de 2007, realizada en Colombia, la Sociedad Interamericana de Prensa reclamó a los Estados Unidos «la inmediata libertad del periodista estadounidense Joshua Wolf», lo que incluye la calificación de Wolf, que escribe en un blog, como periodista”. (Cfr. *Clarín*, 20 de marzo de 2007, p. 11). El encarcelamiento de Wolf fue condenado por organizaciones de prensa domésticas e internacionales este martes. “Mantener a Wolf en prisión es absurdo y cruel”, dijo Lucie Morillon, directora en Washington de Reporteros Sin Fronteras. “Josh pelea la valiente batalla que enfrentan hoy los periodistas en Estados Unidos”, dijo por su parte Jerry Zremski, presidente del Club Nacional de la Prensa. Wolf filmó una protesta en 2005 en la que se hirió a un policía y se dañó un auto con un artefacto explosivo. El pe-

tanto ellos como parte de la comunidad académica reclaman la sanción de una ley federal al respecto.⁸⁵

Se puede afirmar que a nivel federal rige la regla general de que los periodistas no tienen privilegio alguno⁸⁶ y no son diferentes al resto de

riodista vendió el video a un canal de televisión, pero se niega a entregar el material no divulgado a las autoridades, luego que fuera citado por una corte. Antes de este caso, la periodista Vanessa Leggett había sido la reportera encerrada por tiempo. Estuvo presa 168 días, entre 2001 y 2002, por negarse a entregar información sobre un asesinato.

⁸⁵ El profesor Geoffrey Stone, de la Universidad de Chicago, dice que el Congreso de los EE.UU. debería promulgar una ley federal de privilegio sobre fuentes periodísticas, y señala que hay 13 estados norteamericanos y el distrito de Columbia que lo protegen en forma absoluta, mientras que en otros estados el privilegio es calificado (relativo). Afirma que en los casos en que las leyes establecen un privilegio relativo, la cuestión no está libre de dudas, porque sin la protección de un privilegio absoluto es probable que la fuente no esté dispuesta a revelar información muy delicada, temiendo que el gobierno obtenga el levantamiento del secreto periodístico. Además, por ejemplo, si la información que revela el periodista es que se cometerá en el futuro próximo un atentado terrorista, aun cuando el periodista no revele la fuente, los funcionarios públicos se encuentran en mejor situación si saben que existe una amenaza (aun cuando no conozcan la identidad de la fuente) que si no saben nada. Así, violar el privilegio aun en esta situación aparentemente apremiante podría a la larga resultar contraproducente para la protección de la seguridad nacional (que se invoca para levantar el secreto). *Cfr.* Stone, Geoffrey, “Seguridad y protección de las fuentes”, *Clarín*, 23 de febrero de 2007.

⁸⁶ La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo *in re* Branzburg y en otros casos tres principios: 1) la primera enmienda no garantiza el derecho a obtener información gubernamental; 2) los periodistas y comunicadores no tienen más amplios derechos o más derechos de acceso a la información que algún otro miembro de la sociedad, y 3) la necesidad de acceso a la información gubernamental se debe equilibrar frente a otras necesidades sociales. En el caso *Procurier vs. Pell*, 417 US. 817, 834 Media Law Rep. 2379, 2386 (1974), la Corte Suprema norteamericana sostuvo que las enmiendas I a la XIV prohíben al gobierno interferir en el ejercicio de la información de medios; sin embargo, la Constitución no impone al gobierno la obligación de dar acceso a los medios, a la información que no está abierta para el resto de la ciudadanía. El juez Potter Stewart afirmó que una cosa es decir que el periodista es libre de buscar las fuentes de información que no están disponibles a todos los miembros de la sociedad, y otra totalmente distinta es afirmar que la Constitución impone la obligación al gobierno de brindar a los periodistas toda fuente de información que no está disponible al público en general. La confidencialidad o el secreto de la información también fue analizada en el caso *Pentagon Papers*: el gobierno intentó impedir la publicación de un estudio clasificado sobre las políticas gubernamentales en Vietnam por parte de los periódicos *Washington Post* y *New York Times*, pero la Corte reconoció el derecho de esos medios para realizar la publicación. La mayoría determinó que la publicación del material no representaba un peligro real para la seguridad nacional y, en consecuencia, el criterio fijado en el precedente *Near vs. Minnesota*, que facultaba al gobierno para impedir publicaciones, no procedía en este caso.

los ciudadanos en su obligación de contribuir, con su testimonio, al debido proceso.

En los Estados Unidos el tema del secreto periodístico es analizado desde una perspectiva particular: se lo examina frente a la obligación de todos los ciudadanos a contribuir a la realización del valor justicia, con su declaración ante los tribunales. Van Gerpen⁸⁷ explica que en una democracia constitucional hay al menos dos principios asumidos: uno es que el público tiene el derecho de saber qué está ocurriendo en el sistema político, y el otro es que el público, a través de sus fiscales y defensores, tiene el derecho a contar con la evidencia de todos los hombres (*has the right to everyman's evidence*). Es una confrontación entre dos enmiendas (la primera y la sexta).

Por eso se sostiene a nivel federal, en términos generales, que: 1) el periodista no tiene ningún privilegio especial para exceptuarse de declarar frente al gran jurado;⁸⁸ 2) los periodistas no tienen protección especial contra los allanamientos;⁸⁹ 3) no pueden negarse a prestar testimonio, de modo que no pueden sustraerse a la etapa de revelación de material probatorio (*discovery*⁹⁰); 4) los periodistas no tienen inmunidad especial frente a una demanda civil por ruptura de promesa de confidencialidad —protegida por ley estadual— del nombre de la fuente.⁹¹ A nivel estadual, como se dijo, la situación es muy distinta, pero esa protección parece insuficiente cuando se enfrentan tribunales federales, o los periodistas citados trabajan para medios de alcance nacional.

Tribe, en obra clásica,⁹² ha criticado el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos *Branzburg*, *Zurcher* y *Herbert*.⁹³ afirma que el tribunal exhibió muy poca sensibilidad por los problemas que se presentaban frente a la primera y cuarta enmiendas. Procedimientos legales que amenazan la confidencialidad de las fuentes periodísticas o irrumpen en el proceso editorial involucran problemas constitucionales

⁸⁷ Van Gerper, Maurice, *Privileged communication and the press*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1979, p. 3.

⁸⁸ Vease nota 1.

⁸⁹ *Zurcher vs. Stanford Daily*, 436 US. 547 1978.

⁹⁰ *Herbert vs. Lando*, 441 US. 153 1979.

⁹¹ *Cohen vs. Cowles Media, Co.*, 501 US. 1991.

⁹² Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 976.

⁹³ Me referiré a estos fallos a lo largo de este capítulo.

que no se presentan cuando se cuestiona a otros negocios o profesionales. En particular, un privilegio relativo como el que rechazó la Corte en los casos citados es requerido para hacer efectiva la garantía de la primera enmienda contra interferencias indebidas en la adquisición de información. Esa garantía y su especial importancia para periodistas, que funcionan como subrogantes del público, fue reconocida por la Corte en el caso *Richmond Newspapers, Inc. vs. Virginia*.⁹⁴ Dado los problemas que la revelación de confidencialidad crea para la efectiva búsqueda de información, la teoría tradicional sobre la primera enmienda debería prohibir la exigencia gubernamental de revelar esa confidencialidad, a menos que se demuestre que el sistema legal carece de otra alternativa menos lesiva. También hay que reconocer que la garantía de la enmienda IV adquiere especial fuerza cuando están implicados los valores de la enmienda I.

II. EL TEMA SIGUE VIGENTE EN LA ERA DIGITAL

El problema del secreto de las fuentes de información periodísticas ha sido una constante en la historia norteamericana, y, como vimos anteriormente al citar varios casos actuales, se manifiesta todavía hoy, como una cuestión bien actual.

En 1722, el medio hermano de Benjamín Franklin fue llevado ante una comisión legislativa y fue conminado a revelar el nombre del autor de una nota publicada en su periódico, pero como rehusó hacerlo, fue encarcelado por un mes.⁹⁵ Años después, en 1734, tuvo lugar uno de los casos más famosos de encarcelamiento de un periodista, cuando, en Nueva York, el columnista John Meter Zenger criticó en el *New York Weekly Journal* al gobernador colonial inglés, William Cosby, por lo cual fue juzgado por libelo (difamación), y fue encarcelado durante nueve meses por negarse a revelar sus fuentes, algo a lo que nunca accedió. Allí nació una confrontación entre la prensa y gobierno, que se mantendría por años.

En 1857 volvió a plantearse el tema cuando el *New York Times*, en un editorial, criticó la actividad de *lobby* en el Congreso federal, donde

⁹⁴ 448 US. 555, 573 1980.

⁹⁵ Barker, Craig L., "Are Oliver Stone and Tom Clancy journalist? Determining who has standing to claim the journalist's privilege", *Washington Law Review*, vol. 69, núm. 3, julio de 1994, p. 740.

un número de legisladores recibían pagos de hasta 1,500 dólares por votar de acuerdo con los intereses de ciertos grupos de presión. Los cargos fueron probados como ciertos, pero un comité de la Cámara de Representantes demandó al periodista Simonton que revelara la fuente, y, al negarse a hacerlo, lo encarceló por desacato durante diecinueve días.⁹⁶

El problema se fue repitiendo, de tanto en tanto, afectando a periodistas y cadenas de medios, como *New York Evening Post* (1870), que imputó a líderes cubanos influenciar con *lobby* a legisladores norteamericanos para que reconocieran a Cuba como República; *The New York Tribune* (1871), que reveló un documento sobre el Tratado de Washington, que el Senado pretendía mantener en secreto como material clasificado, pero el Senado terminó liberando al periodista porque consideró que no tenía poder para mantenerlo encarcelado más allá del final del periodo de sesiones legislativas;⁹⁷ *The Philadelphia Press and de New York Mail and Express* (1894), que acusaron a senadores de recibir sobornos del *lobby* de la industria azucarera, para votar favorablemente una ley sobre precios y tarifas; el *San Francisco Examiner* (1897), que acusó a dos senadores de distintos abusos; el *Louisville Courier-Journal*, que acusó a la legisladora provincial de corrupta; *Akron Beacon Journal* (1943), que publicó declaraciones *off the record* de marinos norteamericanos, aunque en este caso el Comité del Congreso que investigó el caso se convirtió en el primer cuerpo oficial del Congreso en reconocer y admitir la negativa a suministrar la fuente de información;⁹⁸ el diario *Providence Journal and Bulletin* (1952) cuando publicó una nota sobre el senador de Wisconsin, Joseph McCarthy, aunque en este caso fue la segunda vez que un comité del Congreso reconoció el privilegio del periodista; *CBS News*, (1971), cuando emitió un documental (*The Selling of the Pentagon*) contra el que la Casa Blanca reaccionó con dureza, y sobre el que el presidente de la cadena, Frank Stanton, dijo que “cuando el que investiga un comité que tiene jurisdicción para legislar sobre licencias de radiodifusión,

⁹⁶ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

⁹⁷ En un caso similar, en 1848, el reportero John Nugent, del *New York Herald*, envió a su editor un proyecto de borrador del tratado que pondría fin a la guerra entre los Estados Unidos y México. El Senado de los Estados Unidos, que había estado debatiendo el tratado en secreto, requirió al periodista que revelara su fuente. Cuando rehusó, fue acusado de desacato, y encarcelado.

⁹⁸ Van Garpen, *op. cit.*, citando a Steigleman, Walter A., “Newspaper Confidence Law”, 20 *Journalism Quarterly*, 1943, p. 236.

el esfuerzo oficial para reunir evidencia sobre nuestro proceso de edición tiene un *unconstitutionally chilling effect* (efecto inhibitor, desalentador, intimidatorio, disuasivo); *The Memphis Commercial Appeal* (1972), que acusó al gobierno de Tennessee de no procurar la debida atención a chicos retardados que eran atendidos en un hospital público;⁹⁹ cuatro periodistas de distintos medios, cuando en 1991, el Senado nombró a un investigador para descubrir quién había filtrado información del FBI según la cual la profesora de derecho, Anita Hill, había acusado de acoso sexual a Clarence Thomas, nominado para ser juez de la Corte Suprema: el investigador Meter Fleming sostuvo que la prensa no tiene derecho a resistir citaciones en investigaciones criminales, y que la filtración probablemente violaba una ley que castiga el robo de propiedad gubernamental, pero el Comité de Reglamentos de la Cámara Baja no lo respaldó y Fleming concluyó que no era posible identificar a las fuentes de la filtración.¹⁰⁰

Pero la mayoría de las confrontaciones no se dieron entre medios y legislaturas, sino entre medios y cortes judiciales, especialmente cuando la citación es cursada por el gran jurado, ante las cuales los periodistas pretenden un privilegio para no declarar:¹⁰¹ *Jersey Journal* (1911), con la

⁹⁹ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁰⁰ La administración también confrontó en muchas oportunidades con los periodistas. Pero finalmente el Departamento de Justicia adoptó un conjunto de lineamientos que definen cuándo y cómo el procurador general puede obtener una citación a un reportero (28 C.F.R. § 50.10): 1) debe haber la creencia razonable, basada en información ajena a los medios, de que un crimen ocurrió; 2) debe haber base razonable para creer que la información es esencial para el éxito de la investigación, especialmente para la definición de culpable o inocente; 3) el gobierno debió haber buscado sin éxito la información por medio de canales no mediáticos; 4) salvo casos excepcionales, la citación debe limitarse a verificar la información publicada; 5) la apariencia de acoso a los medios debe ser evitada cuanto sea posible; 6) el requerimiento debe referirse al material informativo especialmente vinculado a una materia específica, cubrir un razonable periodo de tiempo y evitar requerir mucho material no publicado. Las mismas líneas son las que rigen la protección civil y los registros de llamadas periodísticas. Aunque el asunto está puesto en duda por la vigencia de la Ley Patriota, de 2001.

¹⁰¹ El gran jurado es una institución que se remonta a 1166, cuando fue creado por Enrique II. Originalmente, fue empleado por la Corona como su brazo acusatorio en los procesos penales, pero después de la conquista normanda el jurado evolucionó hacia un jurado civil que se dedicaba a requerir información útil para la Corona. O sea que la finalidad del gran jurado, en ese tiempo, no fue la de proteger al acusado contra una injusticia, sino la de extender el poder y la autoridad del rey para conseguir prevenir y reprimir cualquier delito contra la Corona, asegurando su castigo (Van Gerpen, Maurice, *Privile-*

corte local, sobre una fuente confidencial que dio información sobre un asesinato; *New York Tribune* (1913), sobre un caso de fraude en la aduana, aunque este caso terminó con un fallo de la Corte Suprema (*Burdick vs. United States*, 236, US. 79 1915, que rechazó el derecho del periodista a un indulto que le había dado el presidente Woodrow Wilson, con lo cual la Corte, sin reconocer el privilegio periodístico, avaló por vía indirecta el silencio del periodista; *The New York World Telegram* (1948), que reportó una red de prostitución en la ciudad y fueron perseguidos criminalmente por el fiscal de distrito, etcétera. La raíz de la desconfianza en la actuación del gran jurado reside en que, en algunas épocas, el gran jurado usó su secreto para investigar radicales y contraculturas y lanzar persecuciones contra grupos y personas hacia las que el poder político miraba con desconfianza (*fishing expeditions*). Es decir, se hizo un uso político del gran jurado. Y en algunas audiencias en el Senado, el entonces senador, Sam Ervin, manifestó su preocupación por el dominio que tienen los fiscales sobre la actuación del gran jurado.¹⁰²

Pero hasta entrado el siglo XX, más precisamente hasta los años cincuenta, la citación a juicio a periódicos y periodistas para que revelaran sus fuentes no era un problema grave. A partir de ese momento, los periodistas se vieron más expuestos a ser citados y a incurrir, si se niegan a revelar la fuente, en algún tipo de desacato¹⁰³ —con sanciones que pue-

ged..., 1979, en p. 79). Con el aumento de la población, se fue haciendo cada vez más difícil para el gran jurado cumplir con esa labor y la persecución penal quedó en manos de magistrados. Hasta que en 1681, un gran jurado rehusó proseguir con una acusación formulada por el rey, con lo cual el instituto comenzó a gozar de fama de independencia. En las colonias anteriores a la formación de los Estados Unidos, el gran jurado tuvo otra utilidad: fueron usados para contrabalancear el poder de los delegados del rey inglés, protestar contra sus abusos y hacer escuchar la voz del pueblo. Actuaron como brazos de las asambleas locales. Su actuación recibió duras críticas de hombres eminentes, como Jeremy Bentham, Thomas Jefferson (Goodell, Charles, “Hacia dónde va el gran jurado”, 246, *Harper's* 16, May 1973, le atribuye a Jefferson haber dicho que los gran jurado se volvieron “inquisidores de la libertad de expresión”), e Inglaterra finalmente los abolió en 1933, pero Estados Unidos mantuvo su actuación.

¹⁰² US. Senate, Hearings on Newsmen's privilege, Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary, 93rd. Cong., 1st. sess., 1973, p. 103.

¹⁰³ Si el periodista se niega a declarar ante un gran jurado, ordinariamente es tomado por los tribunales como *indirect contempt*, fuera de la presencia del tribunal involucrado; en cambio, si el periodista es citado por un tribunal de juicio y se niega a declarar ante ese tribunal o si incurre en inconducta en el tribunal o en sus cercanías, incurre en *direct contempt*. Desde el punto de vista del propósito por el que son impuestas, el *contempt* (desaca-

den incluir prisión, multas penales e indemnizaciones civiles a las partes del juicio dañadas por el desacato.

Entonces, un número creciente de fuerzas sociales y políticas llevaron a fiscales, jueces, legisladores y otros oficiales de gobierno a buscar información no publicada que permanecía en manos de periodistas; la persecución de los supuestos comunistas; la creciente desconfianza mutua entre oficiales públicos y reporteros comenzó, particularmente en los centros urbanos, fogueada en parte por la guerra de Vietnam; los problemas económicos; el aumento de la corrupción en los diferentes niveles de gobierno; la filtración de información; dudosas coberturas mediáticas de funcionarios y asuntos públicos; un cierto sentimiento *antistablishment* de algunos sectores de los medios de comunicación y el ascenso de la tasa de criminalidad.

Como resultado de todo eso, los reporteros comenzaron a ser citados para revelar información que los fiscales necesitaban, pero que no lograban obtener por los medios tradicionales.¹⁰⁴ Así, los años setenta difundieron entre los oficiales de gobierno la actitud de que si los reporteros tenían una información no publicada concerniente a crímenes y conductas disvaliosas, tenían el mismo deber legal que cualquier otra persona de revelarla.

to) contra periodistas, que se impone para coaccionar la declaración, es visto como de índole civil, no penal. Pero en ocasiones el *contempt* puede ser considerado de índole criminal, con lo cual no termina con una multa, sino con una condena a prisión, las cuales en varias ocasiones se hicieron efectivas. Por cierto, los tribunales se han venido dando cuenta de que incluso la prisión no disuade a los periodistas de revelar sus fuentes. Por eso, comenzaron a desarrollar la estrategia de buscar alternativas a la prisión para convencer a los periodistas a revelar sus fuentes. Una de esas alternativas es la de inferir que si aquél no quiere revelar la información requerida, es porque la fuente no existe, lo que equivale a decir que la fuente fue fabricada. Así se resolvió por ejemplo en *DeRoburt vs. Gannett Co.* (1981). En algunos casos, el tribunal impuso, a favor del actor, fuertes indemnizaciones al medio en el que trabaja el periodista, como hizo un tribunal de Idaho respecto del *Times-News*, pero la Suprema Corte estadual revocó la condena, haciendo notar que la inhabilidad del actor de descubrir la fuente de información del periodista no había sido realmente un impedimento para que el actor pudiera probar la falsedad de la información publicada (*Sierra Life Insurance Co. vs. Magic Valley Newspapers, Inc.* 1980).

¹⁰⁴ El incremento de la citación a periodistas coincidió con el comienzo de la administración Nixon en 1969, según el Dep't of Communication, American University, *The Press Copes Government: The Nixon Years from 1969 to Watergate* (National Press Club Report, 1973). Uno de los primeros signos de esa situación fue en 1969 el juicio de los "Chicago Seven", un grupo activista contra la guerra imputado de incitar a una revuelta en la Convención Demócrata de 1968. El gobierno envió citaciones a los cuatro principales diarios en Chicago, tres cadenas de TV y a las revistas *Life*, *Newsweek* y *Time*, ordenando la entrega de todos los materiales.

El senador Sam Ervin¹⁰⁵ relata que en 1969 y 1971, las cadenas NBC y CBS y sus afiliadas recibieron un total de 121 citaciones, generalmente involucrando coberturas de grupos que militaban contra la guerra y disturbios de estudiantes universitarios; el *New York Times* recibió 21 citaciones en tres años, contratando con las cuatro que había recibido en los cuatro años anteriores, y algo parecido le ocurrió a otros medios, quizá por la posición del gobierno de suprimir la información que pretendían transmitir los medios contra la guerra de Vietnam. Citaciones judiciales que terminaron con una agresión física a los periodistas que cubrían la Convención Demócrata Nacional de 1968.

Por esos años, a Garganta Profunda, la fuente secreta del Watergate, su pedido de confidencialidad le salió bien: Richard Nixon terminó por renunciar, y nunca se supo quién había sido el informante de Bob Woodward. Pero no siempre los periodistas son dejados en paz.

Más agresiva aún se hizo la actitud de los funcionarios en los años noventa y primera década del 2000, lo que trajo especiales problemas a los periodistas. No tener un estatus profesional fue una desventaja para los periodistas, porque las cortes no le reconocieron un privilegio absoluto contra la obligación de testificar, en contraste con abogados y médicos. Más allá de que las cortes los consideren profesionales o no, en muchos casos los periodistas siguen rehusando obedecer esas órdenes judiciales, y prefieren enfrentar la cárcel cuando el privilegio les es denegado.¹⁰⁶

Uno de estos casos tuvo lugar en 2001. Los hechos habían comenzado a desarrollarse cuatro años antes. Robert Angleton, un millonario de Texas, fue acusado de haber encargado asesinar a su esposa. Vanessa Leggett,¹⁰⁷ una escritora *free-lance*, investigó el caso y grabó muchas horas de conversaciones con más de treinta familiares y personas conocidas del sospechoso. En un primer momento, el FBI intentó reclutarla, pero ella rehusó. A partir de 2000, tres grandes jurados la citaron para que entregara las grabaciones, a lo que ella rehusó. La Corte del Quinto Circuito la citó por desacato civil y ordenó su arresto hasta que entregara los materiales. La ley autoriza a encarcelar por un máximo de 18 meses. En la

¹⁰⁵ Mate, Nancy, "Piercing the shield: reporter privilege in Minnesota following *State vs. Turner*", *Minnesota Law Review*, vol. 82, junio de 1998, núm. 6, p. 1570.

¹⁰⁶ Barton Carter, T., *Mass Communication Law*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1994, p. 258.

¹⁰⁷ www.rcfp.org/news/nag126-1/_contents.html. http://topics.ngtimes.com/topics/references/timestopics/vanessaleggett.people/vanessa_leggett/index.html.

apelación, el tribunal citado decidió que el “privilegio periodístico es ineficiente contra la citación del gran jurado si no existe evidencia de acoso del gobierno, y concluyó que el tribunal de distrito no se excedió cuando dispuso la encarcelación de Leggett, donde permaneció detenida 168 días.¹⁰⁸ El 15 de abril de 2006, la Corte Suprema del país rechazó el *certiorari* planteado por la periodista. Muchas organizaciones —The Center for Individual Freedom, the Reporters Committee for Freedom of the Press, the American Society and the Association of Alternative Newsweeklies— pidieron a la Corte que aceptara el estudio del caso. Pero el gobierno se opuso, argumentando que el caso se había vuelto abstracto, porque la periodista ya había sido excarcelada. La Corte, al rechazar el *certiorari*, cerró la puerta para fijar un estándar nacional, en un tema que crea problemas a periodistas que trabajan en medios nacionales o se desplazan entre estados cuyas legislaturas o jueces que asignan a la fuente distinto grado de protección.¹⁰⁹

Las citaciones continúan llegando.¹¹⁰

¹⁰⁸ Schmid, Karl H., “Journalist’s privilege in criminal proceedings: an analysis of the United States Courts Appeals’ Decisions from 1973 to 1999”, *American Criminal Law Review*, Fall 2002, 39 *Am. Crim. L. Rev.* 1441.

¹⁰⁹ Lee, Douglas, *The reporters’s privilege: unresolved*, *cfif.org*.

¹¹⁰ Se podrían citar muchos más casos. Por ejemplo, en 2000 fue encarcelado un periodista de California, Tim Crews, que purgó varios días de cárcel por no revelar la fuente. Crews, editor y director del diario *The Sacramento Valley Mirror*, fue citado por desacato por la Tehama County Superior Court cuando rehusó identificar la fuente que le dio información sobre actividades ilegales de policías del condado. “Esa es la típica expedición de pesca que amenaza la independencia periodística”, dijo Lucy Dalglish, directora ejecutiva de Reporters Committee. Asimismo, en octubre de 2003, Robert Ménard, secretario general de Reporteros sin Fronteras, en una carta dirigida al juez Thomas Penfield Jackson, del Tribunal Federal de Washington, autor de la orden de revelar sus fuentes dada a los cinco periodistas. Jeff Gerth y James Risen, del diario *New York Times*; Robert Drogin, del diario *Los Angeles Times*; H. Josef Hebert, de la agencia Associated Press, y Pierre Thomas, que en el momento de los hechos trabajaba en el canal CNN dijo: “El secreto de las fuentes constituye la piedra angular de la libertad de prensa. Obligar a los periodistas a revelar sus fuentes significa cuestionar un fundamento del periodismo de investigación, esencial para la democracia”. Según los fundamentos de la sentencia, el magistrado considera que el científico Wen Ho Lee tiene derecho a saber quién, en su departamento, fue el autor de la fuga que llevó a que los medios de comunicación le implicaran en un caso de espionaje. Según el juez, “sería fútil afirmar que la Primera Enmienda da derecho al periodista, o a sus fuentes, a violar las leyes criminales para proteger la información”. El caso de Wen Ho Lee se remonta a 1999 cuando se sospechó que el científico, que trabajaba como especialista nuclear en el laboratorio nacional de Los Álamos, en Nuevo México, estaba espionando por cuenta de China. Fue juzgado en 1999, antes de ser declarado inocente y quedar en li-

De acuerdo con The Reportes Committee for Freedom of the Press, la mayoría de las citaciones se originan en los defensores de casos criminales, no en los fiscales ni en los litigantes civiles, aunque también los fiscales envían citaciones.

Otro de los casos más recordados tuvo relación con la invasión de los Estados Unidos a Irak. Robert Novak, editorialista del diario *The Washington Post*, en una columna publicada el 13 de julio 2003 reveló que Valerie Plane era agente de la CIA. Ella estaba casada con el embajador estadounidense Joseph Wilson, quien había sido enviado a Nigeria para buscar evidencia de que Sadan Hussein había comprado allí uranio. Wilson regresó a Washington con las manos vacías. Pero, igualmente, el presidente George W. Bush, en el discurso sobre el estado de la Unión, justificó la invasión a Irak con el argumento de las compras de uranio. Wilson, furioso, escribió una columna en el mismo diario revelando que él no había encontrado ninguna evidencia. En venganza, la Casa Blanca filtró el nombre de su esposa a varios periodistas. Varios de ellos no lo publicaron, pero Novak sí lo hizo, lo que puso fin a la carrera de la mujer. Tres años después, el 12 de julio de 2006, Novak reveló que una de sus fuentes que usó para chequear el nombre de Plane fue un importante asesor y mentor de Bush, Karl Rove. La revelación, sin embargo, llegó tarde, porque, para entonces, la Fiscalía Federal ya había anunciado que no enjuiciaría a Novak.¹¹¹ Siempre se sospechó que la orden de filtrar el

bertad, tras haber pasado nueve meses en la cárcel. El científico reclama hoy daños y perjuicios al Ministerio de Justicia y al Ministerio de Energía.

¹¹¹ Eun, Eunice, "Journalist caught in the crossfire", *American Criminal Law Review*, vol. 42, Summer 2005, núm. 3, p. 1003, explica que bajo la Intelligence Identities Protection Act, el gobierno puede perseguir a cualquier funcionario que filtre información sobre un operativo o agente encubierto, pero la pregunta es si también el periodista puede sufrir consecuencias legales. El autor, miembro de Georgetown University Law Center, concluye que el periodista no encuadra ni siquiera en la sección de la ley que permite perseguir a cualquier persona por revelación de aquel secreto, porque la ley exige, para que sea procedente la persecución penal, que la revelación de la identidad sea hecha en el curso de una actividad programada (por medio de un conjunto de actos encaminados al mismo fin) que tenga la intención de identificar y exponer a agentes encubiertos y que haya razón para pensar que esa actividad pudiera impedir las actividades de inteligencia extranjera de los Estados Unidos. El autor señala que los registros de los debates legislativos dan cuenta de que el Congreso, cuando introdujo esta posibilidad de perseguir criminalmente a un particular (no funcionario) que filtra información, lo hizo para castigar, "en muy limitadas circunstancias a quienes hacen un negocio de descubrir y revelar la identidad de agentes encubiertos". De todas formas, la acción de Novak no hu-

nombre de Plane a la prensa provino del vicepresidente de ese país, Dick Cheney. El 6 de marzo de 2007, un jurado norteamericano condenó al ex jefe de gabinete de Cheney, Lewis Loby, a treinta años de prisión por perjurio y obstrucción de la justicia, aunque siempre tuvo la duda de que él fue quien filtró el nombre de Plane.

Además, durante ese mismo periodo otra periodista, Judith Miller, del *New York Times*,¹¹² ya había sido encarcelada durante 85 días¹¹³

quiera sido punible si se tuviera en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Bartnicki vs. Vopper* (532 US. 514, 518 2001): un periodista de radio accedió a una grabación clandestina, efectuada por un tercero, en la que se registró la conversación entre un sindicato de maestros y el directorio de una escuela, y la difundió al aire; las partes demandaron al periodista sobre la base de que las leyes federales y estatales prohíben la interceptación de comunicaciones telefónicas, pero la Corte consideró que esa legislación viola la primera enmienda, porque Vooper no había tomado parte en la interceptación telefónica y, además, la materia publicada era de importancia pública.

¹¹² Bob Woodward, el mismo periodista que descubrió el Watergate, y que es subdirector del periódico, también quedó atrapado en una situación similar, pues él también se enteró del caso de Valery Plane por boca de un funcionario, y no lo comentó a sus superiores. El editor ejecutivo del *Washington Post*, Leonard Downie, dijo que si otros periodistas del diario hubieran descubierto independientemente la identidad confidencial de Woodward, el periódico podría decidir publicar el nombre de esa fuente. Eugene Roberts Jr., ex editor ejecutivo de *The New York Times*, dijo que la situación en la que se halla el *Post* es un ejemplo de las dificultades que se presentan cuando los fiscales piden revelar las fuentes, y aseveró que “inevitablemente, esto nos lleva a la simple regla de que sólo podemos asegurar escasa confidencialidad, y que, cuando se la garantiza, no podemos echarnos atrás. La gente que dispone de la información no hablará más con nosotros, debido a que esto implica un intenso elemento de riesgo. Woodward ha sido tan exitoso porque siempre mantuvo la confidencialidad de sus fuentes”. *La Nación*, 20 de noviembre de 2005.

¹¹³ El 7 de julio de 2005, el diario *New York Times*, a raíz del comienzo de la ejecución de la prisión de Miller, publicó un muy extenso editorial (sin firma): “Este es un momento de orgullo, pero también terrible para el *New York Times*... Al aceptar su condena, Miller se sometió a la autoridad de la corte. Pero actuó dentro de la gran tradición de desobediencia civil que comenzó con la fundación de esta nación, que sostiene que el bien común, en circunstancias, es mejor defendido por ciudadanos particulares que desafían una orden que es legal pero injusta o desafortunada. Esta tradición se extiende desde el Boston Tea Party hasta el servicio de subterráneos, desde los norteamericanos que desairaron las inquisiciones de Mac Carthy hasta el movimiento de derechos civiles... Aunque *The New York Times* hizo todo lo posible para asegurar que el uso de fuentes anónimas es limitado, no hay forma de eliminarlas... Es por estas razones que muchos estados tienen leyes que protegen los derechos de los periodistas a esconder sus fuentes. Esas leyes necesitan ser revisadas y reforzadas, aún cuando miembros del Congreso continúan trabajando para aprobar una ley federal de protección... Estamos con Miller, y gracias a ella por asumir esa lucha por todos nosotros” (el editorial del NYT fue publicado, completo, en sus dos columnas, en el diario *La Nación*, del 8 de julio de 2005).

por haberse negado a revelar la fuente que suministró el nombre de Plane.¹¹⁴

En 2006, el tema se presentó también en varias oportunidades y con sentencias divergentes. Ese año, una Corte de California rechazó el pedido de la empresa Apple Computer Inc., que pretendía forzar a los reporteros y a tres sitios Weblogs o Blogs (Tres sites-PowerPage.org, Think-Secret.com y AppleInsider.com) para que revelaran las fuentes que les suministraron la información vinculada con un producto de audio Asteroïd, de Apple, información que estaba almacenada en un servidor que la empresa consideraba seguro y que aún no había salido al mercado. Los *bloggers*, al igual que los periodistas, no están obligados a mencionar sus fuentes de información. La primera enmienda los ampara. En el fallo,¹¹⁵ si bien se concluye que Apple no agotó todas las vías para conocer cómo se filtró la información, se hace un pormenorizado estudio de la ley escudo de California, y se definen los conceptos de sujeto del privilegio, la periodicidad de las publicaciones y otros aspectos antes mencionados, para concluir que las publicaciones en sitios web también deben estar amparadas por el privilegio periodístico.¹¹⁶

¹¹⁴ Diario *Clarín*, del 13 de julio de 2006, “Revelan que el principal asesor de Bush estuvo en el Ciégate”, por Ana Barón.

¹¹⁵ Court of Appeal of The State of California, Sixth Appellate District. Allí se examinaron los términos de la ley escudo a la luz de la realidad de la red. Sobre la práctica de periodismo legítimo, el tribunal dijo que no estaba dispuesto a evaluar qué es periodismo legítimo y cuál no lo es. Si bien los *blogs* habían revelado un secreto comercial, el tribunal sostuvo que “la ley intenta proteger la recolección y diseminación de información y eso es lo que los peticionantes —los titulares de los blogs— hicieron”. Sobre la extensión de la ley, que dice proteger a los “newspapers, magazines or periodical publications”, el tribunal sostuvo que los peticionantes definen a sus sitios como magazines, y que la entrada del diccionario Oxford “e-zine” como “magazine published in electronic form on a computer network, esp the Internet”. En cuanto a la periodicidad de las publicaciones, sostiene que si bien “tiene una connotación de un grado de regularidad, también puede ser aplicado el término cuando la recurrencia carece de una frecuencia inflexible”, y se refiere que ocurre “a un más o menos regular período de tiempo”. Evidentemente, el tribunal hace una interpretación amplia de los términos de la ley para comprender a quienes publican en la red. Jason O’Grady *et al.*, Petitioners vs. The Superior Court of Santa Clara County, Respondent; Apple Computer, INC., Real Party in Interest H028579 (Santa Clara County Super. Ct. No. CV032178. La transcripción completa del fallo se encuentra en el apéndice digital).

¹¹⁶ Allí se examinaron los términos de la ley escudo a la luz de la realidad de la red. Sobre la práctica de periodismo legítimo, el tribunal dijo que no estaba dispuesto a evaluar qué es periodismo legítimo y cuál no lo es. Si bien los *blogs* habían revelado un se-

En cambio, el 3 de agosto de 2006, el tema involucró a un joven que utilizó su propio sitio en la web: el juez William Alsup, del Tribunal Federal de San Francisco, ordenó encarcelar por desacato a Joshua Wolf, un *blogger* (alguien que arma su propia página en Internet), porque durante seis meses se negó a entregar la filmación que él hizo sobre una manifestación realizada en julio de 2005 en contra del Grupo de los 8, donde la policía incurrió aparentemente en abusos contra los manifestantes. La controversia inaugura una nueva confrontación entre los comunicadores virtuales y el sistema judicial norteamericano. El juez sospecha que Wolf tiene más material y se niega a entregarlo.¹¹⁷

III. LA NATURALEZA DEL DEBATE

Como se dijo anteriormente, en los Estados Unidos la cuestión se plantea como un conflicto entre la necesidad de la justicia de contar con evidencia de todos los ciudadanos, por un lado, y la pretensión de los periodistas de gozar de un derecho que les permita recolectar información sin tener que enfrentar la amenaza de revelar sus fuentes, sea apoyando su pretensión en la enmienda primera o en algún otro argumento.

Es decir, en el debate entran en juego varias enmiendas. Como veremos, los periodistas y los juristas que defienden la libertad de expresión hacen una interpretación amplia de la enmienda I, algo que no todos los tribunales comparten cuando se trata de establecer el alcance del privilegio periodístico.

La enmienda I se utilizó como argumento, para defender el secreto de la fuente, en el caso *Garland*, pero el Segundo Circuito lo rechazó, soste-

creto comercial, el tribunal sostuvo que “la ley intenta proteger la recolección y diseminación de información y eso es lo que los peticionantes —los titulares de los blogs— hicieron” (punto 36 del fallo transcrito en el apéndice). Sobre la extensión de la ley, que dice proteger a los “newspapers, magazines or other periodical publications”, el tribunal sostuvo que los peticionantes definen a sus sitios como magazines, y que la entrada del diccionario Oxford “e-zine” como “magazine published in electronic form on a computer network, esp the Internet” (punto 41). En cuanto a la periodicidad de las publicaciones, sostiene que si bien “tiene una connotación de un grado de regularidad, también puede ser aplicado el término cuando la recurrencia carece de una frecuencia inflexible”, y se refiere que ocurre “a un más o menos regular período de tiempo” (puntos 46 y 47 del fallo). Evidentemente, el tribunal hace una interpretación amplia de los términos de la ley para comprender a quienes publican en la red.

¹¹⁷ *Clarín*, 4 de agosto de 2006. El *blog* de Josh Wolf es *josh.net*.

niendo que la libertad de prensa no es absoluta, y que debe ceder ante el interés público de la necesidad de administración de justicia. El argumento de la enmienda I volvió a usarse sin éxito en el caso *Goodfader*,¹¹⁸ porque el interés privado del periodista —en rigor, su interés no es privado, sino público, corrige Margaret Sherwood—¹¹⁹ colisiona con el interés público de la realización de la justicia, y podría menoscabar la autoridad del tribunal para citar testigos. El argumento tampoco tuvo mejor suerte en el caso *State vs. Buchanan*,¹²⁰ con el argumento de que se violaría la cláusula de la igual protección.

La enmienda IV, referida al carácter inviolable del domicilio y de los papeles privados, es la raíz para reconocer protección a los papeles privados de doctores, médicos y sacerdotes, pero la doctrina asegura que como los periodistas reclaman el reconocimiento de un derecho público, no pueden pedir la protección de esta enmienda.

La enmienda V, por su parte, permite a una persona negarse a declarar, pero no ha sido un escudo para la protección de los periodistas a la hora de no revelar las fuentes.

La enmienda VI establece la garantía del debido proceso, y éste es el punto de partida para reclamar, ante la justicia, el testimonio de todas las personas.

La enmienda XIV, con la cláusula de la igual protección, fue empleada en el caso *State vs. Buchanan* para denegar protección constitucional a los periodistas.¹²¹

Por otra parte, las normas que se refieren a la protección de las comunicaciones entre individuos son conocidas en conjunto como las “law of privilege”. Esta expresión deriva del latín *privata lex*, que significa que una ley determinada es sólo aplicable a un pequeño grupo de personas, como privilegio especial. Por eso, en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericanas parte del debate se plantea alrededor de las llamadas reglas de la evidencia, es decir, los tribunales lo han pretendido reducir a una cuestión procesal.

La comunicación privilegiada tiene arraigo tradicional en el sistema jurisprudencial angloamericano. En 1562, ningún juez inglés lo aceptaba,

¹¹⁸ 45 *Hawaii* 367 P 2d 472 1961.

¹¹⁹ Sherwood, Margaret, “The Newsman Privilege”, 58 *California Law Review*, 1218, 1970.

¹²⁰ *State vs. Buchanan*, Ore Sup. C., 436 2d. 729, at 731 1968.

¹²¹ *Idem*.

y establecían la absoluta obligación de testificar, sin excepción alguna, pero dos excepciones fueron luego desarrolladas: la primera, para permitir que se mantuviera la palabra de honor de los caballeros, y la segunda, permitiendo que el imputado en una acción de libelo no revelara los nombres de sus informantes. A diferencia de otras reglas de evidencia, el privilegio excluye del conocimiento de los tribunales, información relevante para proteger un interés al que la legislatura o la justifica le da preferencia. Son un conjunto de leyes controversiales, porque restringe el principio del *common law* de que “el público tiene derecho a toda evidencia humana”.

En los Estados Unidos, estos privilegios existieron desde la fundación del país, por ejemplo, para proteger la comunicación esposo-esposa o abogado-cliente (pues esos privilegios se remontan al *common law* inglés);¹²² el privilegio médico-paciente (éste se remonta a la ley de Nueva York, de 1828), y el privilegio religioso-penitente (reconocido en todos los estados del país).

El *common law*, mientras reconoce privilegio testimonial a las relaciones entre abogados-clientes, doctores-pacientes y a las relaciones maritales, nunca aceptó un privilegio semejante a la relación periodista-fuente o a algún otro aspecto involucrado en la investigación periodística.

En los Estados Unidos se reconoce la existencia de otro privilegio que sí tiene mucha similitud con el periodístico: es el que protege la relación policía-informante. Wigmore, especialista en reglas de evidencia, dijo que “no puede ser cuestionado, porque revelar los nombres de los informantes puede ser desalentador para los informantes y ponerlos en riesgo. Los policías necesitan de informantes para conocer luchar contra las actividades criminales.”¹²³ Y la Corte Suprema también reconoció la necesidad de ese privilegio en el caso *Roviaro*,¹²⁴ aunque no con carácter absoluto, sino relativo.¹²⁵ Ese fallo parte de sostener que la obligación de los ciudadanos de comunicar a los oficiales de justicia sobre el conocimiento que tengan de un delito, preservando su anonimato, les alienta a cumplir con esa obligación.

¹²² McCormick, *On Evidence*, 5th. ed., 1999.

¹²³ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, p. 68.

¹²⁴ *Roviaro vs. United States*, 353 US. 53 1957.

¹²⁵ En *Roviaro*, la Corte norteamericana señaló que los derechos que acuerda la VI enmienda son suficientemente importantes para sobreponerse al interés del gobierno en mantener el secreto policía-informante.

Es evidente que ese mismo argumento puede ser usado para sostener la existencia del privilegio periodístico, al permitir que el ciudadano y los funcionarios tomen contacto con la prensa para facilitar el conocimiento y control de los actos de gobierno. Un argumento fuerte a favor del privilegio es que el privilegio periodístico es por lo menos tan necesario para el bienestar público como lo son los privilegios de los otros profesionales, y en especial el privilegio policía-informante —especialmente los argumentos relativos al flujo de información y el riesgo al que quedan expuestas las fuentes— porque redundaría el hecho de que exista un libre flujo informativo en beneficio de toda la sociedad.

El ex senador por Pennsylvania, Schweiker, sostuvo que “es irónico que el gobierno que no tiene problema en permitir que la identidad del informante policial se mantenga en secreto para evitar que se sequen las fuentes policiales se rehúse a aceptar el mismo argumento para los medios”.¹²⁶

Y Vince Blasi también coincide en que el privilegio periodístico se parece en mayor medida al privilegio policía-informante: el privilegio sólo se justifica cuando ayuda a una institución gubernamental —que en un caso es el fiscal y, en el otro, el electorado— a obtener información para cumplir con sus responsabilidades. Es decir, no está en juego un derecho individual del periodista o del informante policial, sino, más bien, en el caso del informante, el derecho del gobierno a mantener la reserva de la identidad de las personas que le proveen información sobre la violación de la ley y, en el caso del periodismo, el privilegio corresponde en última instancia al público, aunque lo ejercite a través del periodista.¹²⁷

Pero la legislación y justicia federales de los Estados Unidos siguieron la fuerte política, de sentido opuesto, en el sentido de que el público tiene derecho a la evidencia de todos. Según este segundo punto de vista, cuanto mayor privilegio se reconoce, menos evidencias son asequibles por quienes tienen la tarea de reconstruir la verdad en los procedimientos judiciales.

Por cierto, es una contradicción reconocer el privilegio en algunos casos y no hacerlo en otros. El argumento de la garantía de la igual protec-

¹²⁶ US. Senate, Hearings on Newsman’s privilege before the Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary, 93rd. Cong., 1st. sess., 1973, p. 523.

¹²⁷ Van Gerpen, Maurice, *Privileged*, con cita de “Judicial Relief for the Newsmann’s Plight”, 45, *St. Johns Law Rev*, 486, 1971.

ción ha sido soslayado, y esa garantía se viola en todos los casos en que se reconoce un privilegio o no se viola en ninguno de ellos.¹²⁸ Pero esa contradicción no ha tenido respuesta.

Una alternativa que se buscó en muchos estados de la Unión para persuadir a las cortes a reconocer el privilegio periodístico es convencer a las legislaturas para que establezcan leyes que lo consagren. Ése fue el camino que siguieron las legislaturas estatales y, también, muchos jueces. Pero la Corte federal no lo tomó.

IV. EL PRIVILEGIO EN LA LEGISLACIÓN Y JUSTICIA ESTADUALES

La primera ley escudo (*newspersons shield law*) fue aprobada en Maryland, en 1896, para proteger la confidencialidad de las fuentes informativas y permaneció como única ley por más de tres décadas, hasta que Nueva Jersey adoptó una ley similar.¹²⁹ Les dieron a los periodistas un privilegio limitado frente a la citación para testimoniar.

A partir de entonces, la industria de los medios bregó por el privilegio, y como consecuencia de una serie de muy difundidos encarcelamientos de periodistas que se negaron a revelar sus fuentes¹³⁰ se terminaron aprobando leyes escudo de distinto tipo en más de la mitad de los estados de la Unión.

A veces, la incorporación fue conflictiva. Por ejemplo, en Nuevo México, la legislatura estableció una ley escudo en 1973, pero la Corte Suprema de ese estado la declaró inconstitucional en 1976:¹³¹ la Corte sostuvo que la legislatura carecía de poder constitucional para establecer reglas de evidencia y procedimiento, tema que en los Estados Unidos está reservado a los poderes judiciales estatales. Y seis años más tarde, el privilegio periodístico fue establecido por la propia Corte local, mientras que la legislatura restableció el texto de su ley original, pero para proteger al periodista en ámbitos administrativos no judiciales.

Con el correr de los años, la garantía fue receptada en diversas fuentes: las Constituciones estatales (*v. gr.* California, 1980); leyes estatales

¹²⁸ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁹ Faber, Daniel M., "Coopting the journalist privilege: of sources and spray paint", *New Mexico Law Review*, Albuquerque, vol. 23, Spring 1993, p. 435.

¹³⁰ Mate, Nancy, *op. cit.*, *Minnesota Law Review*, vol. 82, núm. 6, June 1998, p. 1568.

¹³¹ *Ammerman vs. Hubbard Broadcasting, Inc.* 89 N.M. 307, 551 P. 2d. 1354 (1976).

les o federales (como lo autorizó la Corte en *Branzburg*, aunque el Congreso federal no reconoció aún el privilegio), el *common law* (doctrinas que se respetan como precedentes a través de los años), leyes escudo, decisiones judiciales, la Guía del Procurador General de los Estados Unidos —que en 1970 estableció límites a la capacidad de los fiscales de perseguir a periodistas con citaciones—).

Actualmente esa legislación está difundida, y las leyes importan, al menos, una protección incierta¹³² para los periodistas, porque está sujeta a interpretación por las cortes estatales de Nuevo Mexico, que han sido muchas veces hostiles a aquéllos.

En efecto, el alcance de esta protección es muy variado, y también lo es la interpretación que los tribunales hacen sobre esas leyes. Hoy, 31 estados y el distrito de Columbia han establecido leyes escudo que reconocen a periodistas alguna forma de protección; pero también establecen límites que excluyen a algunos periodistas (por ejemplo, a los que no trabajan tiempo completo para un medio de prensa o a los escritores *free-lance* o a los autores de libros o periodistas de Internet) o ciertos materiales.

En cuanto a esta legislación, podemos sintetizar la protección de la siguiente manera, a partir de cuatro criterios que usan las legislaciones estatales y sigue la jurisprudencia norteamericana: 1) privilegio absoluto o relativo;¹³³ 2) secreto de la identidad de la fuente o de toda la información recolectada; 3) secreto de la información confidencial o, también, de la no confidencial; 4) secreto de la información que fue publicada o, inclusive, de la información no publicada; 5) si protege al periodista tradicional o también a periodistas no tradicionales.¹³⁴

¹³² Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 1994, p. 262.

¹³³ Ejemplos de privilegio absoluto pueden encontrarse en Alabama y Pennsylvania, y alcanza tanto a la fuente como a la información. Un privilegio de esta naturaleza anula los efectos de la sexta enmienda, invocada por el demandante que quiere contrastarse con su acusador (las fuentes que prefieren permanecer anónimas). En los dos estados citados, la ley establece que una persona que trabaja para un medio no puede ser citada a testificar.

¹³⁴ Baker, Craig L., *op. cit.*, *Washington Law Review*, vol. 69, núm. 3, julio de 1994, p. 741. Si bien históricamente este tipo de juicios involucró a periodistas de medios tradicionales, un caso resuelto en el Noveno Circuito (*Shoen vs. Shoen*, 5 F.3d 1289 9th Circuit 1993) reconoció el privilegio a un autor de un libro de investigación. En ese caso se siguió el test establecido en el precedente *Von Bulow* (811 F 2d, 144 (2d Cir.), cert denied 481 US. 1015 1987), y se definió como miembro de la clase protegida para cualquiera que en el inicio del proceso de búsqueda de información tiene la intención de dise-

De 51 estados evaluados, 11 circuitos federales y el circuito de Columbia,¹³⁵ se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) El privilegio es reconocido como absoluto en catorce estados: Alabama, Arizona, Columbia, Indiana, Kentucky, Maryland, Montana, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Nueva York, Pennsylvania, Texas, Utah. Últimamente, se han adherido otros estados a este criterio.
- b) Según las particularidades de la legislación de cada distrito, el carácter absoluto del privilegio se extiende hasta proteger la identidad de la fuente; la información recolectada misma; la información confidencial y la información no confidencial (ésta es la obtenida sin promesa de confidencialidad); la información publicada por el medio y la información que el medio decidió no publicar; los documentos que respaldan esa información; tanto en causas civiles como y penales o, como ocurre en la mayoría de las legislaciones,

minar información al público (“at the inception of the newsgathering process ha the intent to disseminate information to the public”). En el caso *Shoen*, la Corte mantuvo el derecho del autor de un libro a rechazar la citación, porque el privilegio periodístico fue diseñado para proteger la investigación periodística, sin importar el medio usado para suministrar la información al público. La Corte sostuvo que, como los autores de libros realizan un importante servicio público, merecen la misma protección que los periodistas convencionales. Por eso, el énfasis del interés público o profesional es esencial para definir la amplitud del privilegio periodístico. Según opina Baker en el estudio citado al comienzo de esta nota, esta extensión del privilegio periodístico es consistente con lo que resolvió la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lovell vs. City of Griffin* (303 US. 444, 452 (1938)), en el sentido de que la libertad de la prensa no puede quedar confinada a los diarios y periódicos, porque la prensa, en su connotación histórica, comprende todo tipo de publicaciones que son un vehículo de información y opinión. Sobre todo, si se trata de autores de obras de no ficción, porque están destinadas a informar. En cambio los autores de obras de ficción, que no tienen por finalidad informar, no pueden reclamar el privilegio. Las leyes escudo protegen, en general, personas que están “engaged in newsgathering”, y aquellas que están “connected with” o “employed by” cierto tipo de organización periodística. Véase Alexander, Laurence B., *Yale Law Review*, 20. *Yale L. & Policy Review*, 97, 2002, p. 11. Determinar exactamente quién está alcanzado por la protección es muy importante cuando la tecnología provee herramientas para mejorar el flujo de información por canales no tradicionales.

¹³⁵ Comparación realizada a partir de la recopilación normativa realizada por The Reporters Committee for Freedom of the Press, sobre The Reporter’s Privilege, Internet, en el sitio que lleva el primero de los nombres. El material sobre el que se elaboraron estas apreciaciones está transcrito en el apéndice A, bajo el título “El secreto en los Estados Unidos”, donde se hace una comparación de las legislaciones y jurisprudencia de cada uno de los estados y circuitos judiciales del país.

el privilegio absoluto alcanza a proteger sólo uno o varios de esos aspectos.

- c) En la mayoría de los estados la legislación y la justicia reconocen un privilegio de carácter relativo (*qualified*), es decir, que puede ceder. En estos estados, el reconocimiento o no de la existencia del privilegio depende en cada caso de un balance entre los intereses probatorios del caso o los intereses del estado, de acceder a la información y el interés de la prensa en mantener la confidencialidad.
- d) En cuanto al sujeto del privilegio, en los estados que lo admiten con carácter absoluto o con carácter relativo se han elaborado distintas fórmulas: 1) algunos estados hacen una enumeración de sujetos que tienen derecho a invocar el privilegio: el *publisher*, editor, reportero o personas vinculadas, conectadas o empleadas en un medio de comunicación (la mayoría de las legislaciones que reconocen privilegio hacen esa enumeración), 2) otros estados establecen una fórmula referida a la actividad, sosteniendo que el secreto puede ser invocado por cualquier persona involucrada en la búsqueda (*news gathering*), escritura, edición y diseminación de noticia al público a través de diarios, libros, revistas, radio o televisión (Nevada es un ejemplo de legislación que utiliza la fórmula de la enunciación de actividades, en lugar de mencionar a los sujetos beneficiarios; la ley de Florida expresamente excluye a los autores de libros,¹³⁶ pero la justicia lo reconoció para los libros de investigación, no para los novelistas; esta enunciación, en algunos estados, alcanza para reconocer el secreto a empleados no periodistas); 3) otras legislaciones recurren a una fórmula vinculada con la actividad, pero más genérica que la anterior: toda persona que difunde información al público, sea por medios mecánicos o electrónicos (por ejemplo, la ley del distrito de Columbia; una enunciación tan amplia permite incluir en la protección a quienes no son profesionales y se expresan por medio de Internet); 4) algunas legislacio-

¹³⁶ En 1992, la Corte de Apelaciones de Arizona, en el caso *Matera vs. Superior Court* 825 P 2d 971, 73-975, rechazó la pretensión de *Matera*, un autor de un libro todavía no publicado, de ampararse en el estatuto, porque la aplicación de la ley escudo está limitada a personas “comprometidas (*engaged*) en la búsqueda y diseminación de información de noticias al público sobre bases regulares. El estatuto no fue diseñado para proveer la recolección reinformación, sino más bien para ayudar a cierta clase de personas, miembros de los media, en realizar sus trabajo libre de todo inconveniente”, dijo el tribunal.

nes protegen expresamente a los medios no tradicionales (la ley de Nebraska protege a todos ellos, sean tradicionales o no); 5) la mayoría de las legislaciones estatales no extienden la protección a las personas que no son periodistas tradicionales.

La existencia de leyes escudo, de todas formas, no ha unificado la disparidad de opiniones judiciales. Tan sólo por citar ejemplos: la Corte de Apelaciones de Wisconsin estableció que el privilegio periodístico establecido en la legislación estatal protege mucho más que la confidencialidad de la fuente y abarca a los materiales,¹³⁷ mientras que la Corte de Minnesota estableció que un reportero gráfico del diario *St. Paul Pioneer Press* tiene que exhibir las fotos que había tomado de un arresto de traficantes de drogas del que fue testigo —las fotos no habían sido publicadas—, porque la exhibición de tales fotos no puede poner en peligro la confidencialidad de fuente alguna.¹³⁸ Y, mientras que la Corte Suprema de Illinois, desafiando la ley escudo de su estado, dispuso que dos reporteros revelen sus fuentes a un gran jurado,¹³⁹ porque el interés público en proteger la recolección de información no es superior al interés público a contar con la evidencia de todos, la Corte de Georgia dijo que la protección alcanza a la información confidencial y no confidencial que se obtiene, esto eso, no sólo a la identidad de la fuente, sino también a toda la información no publicada que se haya obtenido en el proceso de búsqueda de información.¹⁴⁰

V. EL CONGRESO FEDERAL. INTENTOS FALLIDOS

Por su parte, el Congreso federal avanzó con un proyecto en 1929, pero ni ese ni ningún otro de los varios proyectos fueron aprobados.

En junio de 2006, el Comité Judicial del Senado de los Estados Unidos estudia una iniciativa en ese sentido (The “Free Flow of Information Act of 2006,” S. 2831), pero el Departamento de Justicia de los Estados Unidos envió una nota al presidente del Comité oponiéndose, por segunda vez en dieciocho meses, a esa iniciativa, aunque en esta ocasión la

¹³⁷ Wisconsin Court of Appeals, *Kurzynnski vs. Spaeth*, ag. 1995.

¹³⁸ Minnesota Supreme Court, *State vs. Turner*, 18 de July 1996.

¹³⁹ Illinois Supreme Court, *People vs. Pawlaczyk*, Jan. 21, 2000.

¹⁴⁰ Georgia Supreme Court, in re *Keith Paul*, 8 de March, 1999.

carta no denuncia una amenaza de veto presidencial. William Moschella, asistente del procurador general, dijo en la nota que en los últimos catorce años el Departamento de Justicia sólo usó el poder de citar periodistas para requerir la fuente en sólo doce oportunidades. Pero esa afirmación es contradictoria con los propios números que maneja la cartera de Justicia, porque en una carta de noviembre de 2001, firmada por otro asistente de la procuración general, también enviada al Senado, Bryant afirmó que entre 1991 y 2001, la cartera de justicia usó 88 citaciones a los medios, en las cuales 17 requería la fuente.¹⁴¹

VI. EL SECRETO EN LA JUSTICIA FEDERAL

Un argumento que con frecuencia sostienen a favor del privilegio los periodistas citados es que compelerlos a testificar en un procedimiento judicial o de otra naturaleza tendría un efecto perjudicial en su acceso a información sensitiva y confidencial y, por lo tanto, consiguientemente, restringiría el libre flujo de la información en violación a la primera enmienda.

El argumento fue formulado en el *Garland, Judy vs. Torre* (1958).¹⁴² La actriz había demandado a la Columbia Broadcasting System (CBS) alegando, entre otras cosas, que la cadena había difundido la publicación de información difamatoria y falsa sobre ella por el hecho de que ella había rechazado participar en un show para la CBS. Parte de esa información difamatoria apareció en la columna de radio y televisión que escribía Marie Torre en el *New York Herald* y fue atribuida por la autora de la nota a una fuente innominada, un ejecutivo de la CBS. Cuando el abogado de Garland citó a Torre, ella rehusó revelar el nombre del ejecutivo, alegando que ello violaba su privilegio periodístico. Entonces, se inició un procedimiento para compeler a Torre a revelar la fuente, y ella se negó nuevamente a suministrar la información. Por eso, fue enjuiciada criminalmente y sentenciada a diez días de prisión. En la apelación, ella alegó el argumento constitucional aludido anteriormente. El juez —quien

¹⁴¹ The Reporters Committee for Freedom of the Press, executive Director: Lucy A. Dalglish, Editors: Gregg P. Leslie, Wendy Tannenbaum, Monica Dias, Dan Bischof, julio de 2006. Home page: www.rcfp.org/privilege.

¹⁴² *Garland vs. Torre*, 259 F 2d. 545 (2nd. Cir., 1958); *certiorari* denegado 358 US. 910 (1958).

más tarde sería ministro de la Suprema Corte— Potter Stewart confirmó su condena y Torre debió cumplirla. Para ese juez, la restricción que revelar la información pudiera significar para la libertad de prensa debería ser balanceada con la necesidad de que se preste testimonio en los procedimientos judiciales. Y, cuando, como en el caso en cuestión, la necesidad del testimonio tenía relación con el corazón de la demanda, la Constitución no le reconocía derecho a Torre a rehusarse a brindar el testimonio. En su opinión, sin embargo, admitía que el proceso judicial no debía usarse para forzar la revelación de fuentes informativas, con lo cual admitía que, en ciertas situaciones, la corte federal del estado venía a admitir: 1) el argumento construido sobre la base de la primera enmienda y que bajo ciertas circunstancias existe un privilegio calificado para los periodistas —aun cuando en el caso decía que no estaban dadas las condiciones para que se reconociera ese privilegio—, y 2) la necesidad de tener un test para balancear los intereses contrapuestos y en juego.

En suma, la existencia de un privilegio, aunque sea limitado, sobre la base de la primera enmienda, estaba en duda y, en cualquier supuesto, debía ser decidido por la Corte federal. Pero la Corte federal rechazó el *certiorari*.

En cuanto a las personas alcanzadas por el privilegio, los tribunales federales que lo han reconocido lo han hecho a favor de periodistas de investigación. Una categoría que no es simple de especificar. Como consecuencia de los casos Von Bulow y Madden,¹⁴³ el test para que una persona sea considerada periodista debe pasar por tres pasos: debe tomar parte en periodismo de investigación (*engaged in investigative reporting*); 2) tomar parte en la recolección de información, y 3) poseer la intención, al inicio del proceso de recolección de información, de diseminar esas noticias al público.

Por otro lado, en aquellas jurisdicciones donde no existe una ley que reglamente la protección de la fuente se han ido desarrollando varias doctrinas para justificar la indebida interferencia judicial sobre el ejercicio de la libertad de prensa.¹⁴⁴

¹⁴³ 151 F 3d., 125 (3d Cir) 1998.

¹⁴⁴ Pérez Jiménez, Efraín, “El derecho constitucional del periodista a no revelar sus fuentes”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Facultad de Derecho, vol. IX, núm. 1, agosto-diciembre de 1974.

- 1) Regla de la probabilidad razonable: se sostiene que la exigencia impartida al periodista para que revele su fuente es constitucional si existe una probabilidad razonable de que la información requerida es relevante para la cuestión judicial (*reasonable likelihood test*).
- 2) Regla de si la información solicitada va al fondo del asunto sobre el cual trata el caso: procede levantar el secreto cuando la información en poder del periodista es tan importante que la misma constituye la solución de la controversia del caso. Fue el parámetro tomado en cuenta por la justicia en el caso Garland¹⁴⁵ (*Heart of the matter test*).
- 3) Regla del peligro a que se malogre la justicia: la parte que solicita la información en poder del periodista debe probar que existe una causa probable para creer que el periodista tiene información relevante para el caso, que el único medio de obtener esa información es obligar al periodista a que comparezca a declarar y que si no se obtiene esa información, ello redundaría en un fracaso de la justicia. En algunos casos jurisprudenciales se alteró la carga de la prueba, poniendo sobre el fiscal la tarea de probar que ya se habían examinado otros medios alternativos, que hay razones para pensar que la declaración del periodista es esencial para la solución final del caso, sin cuya cooperación se malograría la justicia (*miscarriage of justice*).
- 4) Doctrina de la necesidad apremiante: el periodista no puede ser obligado a revelar la fuente hasta que el Estado no demuestre que existe una necesidad apremiante e interés urgente para que se obtenga esa información (*compelling need*). La Corte Suprema rechazó aplicar esta teoría en el caso Branzburg, al establecer que un periodista no tiene ningún privilegio a negarse a comparecer ante el gran jurado hasta que el Estado demuestre una necesidad compulsoria de su testimonio. En cambio, el *justice* Stewart, en su disidencia, se basó en que: 1) el Estado debe mostrar causa probable, 2) que la información no puede ser obtenida por otro procedimiento alterno, menos lesivo del derecho de la libertad de prensa, y que

¹⁴⁵ Garland vs. Torre, 259 F 2d. 545 (2nd. Cir., 1958); *certiorari* denegado 358 US. 910 (1958).

existe un interés sustancial y una necesidad apremiante en la información solicitada.

Pero, ahora, vayamos al fallo central de la justicia federal dictado por la Suprema Corte, y es el caso *Branzburg*, cuyo texto completo está en 100-Apéndice A.

VII. LA US. SUPREME COURT Y LA TRILOGÍA BRANZBURG-CALDWELL-PAPPAS

En 1969, Paúl Branzburg, un reportero del *Louisville Courier Journal*, investigó un caso de drogas (marihuana), en Frankfort, Kentucky, para lo que desarrolló una relación personal con los traficantes, prometiendo que protegería sus identidades. Así, Branzburg relató en el periódico que dos hombres tenían un laboratorio, y a lo largo de los meses expandían su operación de elaborar y distribuir drogas. La Corte de Kentucky ordenó a Branzburg que revelara los nombres, por considerar que Branzburg había sido testigo de un crimen.¹⁴⁶ El argumento de la justicia en Branzburg fue: si el periodista escucha de un hecho, puede proteger a su fuente; pero si lo presencia, él se convierte en fuente, y no tiene protección. Así, la justicia prefirió mirar a quién protege en lugar de tener en cuenta qué se protege: el libre flujo de información.

En 1970 tuvo lugar el fallo del Noveno Circuito, en la causa *Caldwell vs. United States*.¹⁴⁷ Caldwell, un periodista negro, fue encomendado por el *New York Times* para que, trabajando en California, cubriera las actividades de las Panteras Negras (*Black Panther Party*) y otras organizaciones no gubernamentales. El tomó un estrecho contacto con ese grupo, logró que le mostraran sus costumbres y su arsenal e informó por primera vez a los norteamericanos sobre algo que ellos desconocían. De ese modo, les dijo a sus lectores que ese grupo debía ser tomado seriamente.¹⁴⁸ Un gran jurado federal lo citó para testificar y producir todas las notas y grabaciones de entrevistas recolectadas desde enero de 1969 hasta ese momento. Ese fallo fue el primero en extender explícitamente la protec-

¹⁴⁶ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁷ *Caldwell vs. United States*, 434 F 2d. 1081 9th Circ. 1970), rev'd sub nom. *Banrzburg vs. Hayes*, caso que se analizará a continuación.

¹⁴⁸ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, p. 37, citando palabras de Caldwell.

ción constitucional a la prensa, pero esa protección tuvo poca vida. La Corte federal se pronunciaría en la triología de los casos Branzburg-Pappas-Caldwell, revocando la decisión adoptado en este último caso.

Por su parte, Pappas, un periodista del canal 6 en New Bedford, Massachusetts, también cubrió a las Panteras Negras durante los disturbios civiles de esa localidad en julio de 1970. Pero su comportamiento fue completamente distinto, porque no se acercó tanto al grupo y tan sólo estuvo en una ocasión en los cuarteles de la organización, con objeto de relatar, desde la óptica de las Panteras Negras, un choque que se anunciaba que se iba a dar entre el grupo y la policía. El hecho finalmente no ocurrió, y Pappas, conforme con lo comprometido, no publicó nada al respecto. Sin embargo, dos meses después, un gran jurado lo citó y le exigió que revelara todo lo que había visto aquella tarde en los cuarteles de la organización. Su caso es un ejemplo típico de una expedición de pesca,¹⁴⁹ porque el gran jurado no expresó ninguna relación entre la visita de Pappas a los cuarteles de las Panteras Negras y una actividad criminal.

En los tres casos, los periodistas relataban hechos propios del mundo contraculturas y alertaban a la sociedad norteamericana sobre esa realidad.

El tema finalmente fue llevado a la Corte en cuatro asuntos diferentes y fue decidido en *Branzburg vs. Hayes*, *Pappas* y en *U. S vs. Caldwell*, en julio de 1972.

La Corte afirmó que los periodistas no tienen un derecho fundado en la primera enmienda para preservar la identidad de las fuentes confidenciales o la información cuando ellas le son requeridas por el gran jurado.

El fallo fue muy ajustado: 5 a 4. Y también confuso, lo que, como se verá luego, trajo consecuencias.

El *justice* Byron White, al escribir la opinión de la mayoría, sostuvo: “La justa y efectiva aplicación de la ley para la seguridad de las personas y propiedades es una función fundamental del gobierno y el gran jurado juega un rol constitucional importante en ese proceso”,¹⁵⁰ y afirmó que “la Primera Enmienda no garantiza un acceso especial a la prensa”.¹⁵¹ Con él se aliaron Burger, Blackmun y Rehnquist, quienes rechazaron la aplicación del test que habían solicitado los periodistas: que el gobierno probara

¹⁴⁹ Van Gerpen, Maurice, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁰ Branzburg, at 691.

¹⁵¹ *Ibidem*, 684. El argumento no es fuerte, porque la Corte, en el caso de los Papeles del Pentágono, dijo lo contrario y respaldó la publicación de información secreta.

que había causa probable para creer que los periodistas tenían información sobre un crimen específico, que tal información no podía ser obtenida de otra manera, y que existía un *compelling and overriding interest* en obtener esa información. Esa posición podría ser considerada un rechazo absoluto a la protección de la primera enmienda para este tipo de casos, pues ni siquiera consideraron la posibilidad de aplicar un test de balanceo de intereses como lo habían solicitado los periodistas. Y, para ellos, “los periodistas no tienen un derecho constitucional para buscar noticias o salvaguardar sus fuentes”.¹⁵² White también hizo otras consideraciones: 1) una que parece apuntar a la validez de las citaciones de la gran jurado y a las dudas que producen otras citaciones de esos cuerpos que se lanzan a operaciones de pesca, cuando afirmó que “el acoso oficial de la prensa no para propósitos de investigación y aplicación de la ley, sino para entorpecer la relación del periodista con sus fuentes, no tiene justificación. No debemos olvidar que las cortes olvidan que los gran jurado deben obrar dentro de los límites de la Primera Enmienda y, también, de la Enmienda V”;¹⁵³ 2) refiriéndose al privilegio policía-informante, dijo que “es necesario porque su propósito central es la aplicación de la ley y la decisión de desenmascarar a un informante es pública más que de manos privadas”;¹⁵⁴ 3) admitió que el Congreso tiene libertad de determinar si la protección del privilegio periodístico es necesaria y deseable y de fijar estándares estrechos o amplios como lo considere necesario... y los estados deberían establecer sus propios estándares”;¹⁵⁵ 4) es mejor hacer algo sobre el crimen que escribir sobre el crimen.¹⁵⁶

El quinto juez que integró esa mayoría, Powell, escribió contra la protección de la primera enmienda que habían pedido los periodistas. Pero su posición abrió la puerta para llegar a otras conclusiones en otros casos futuros. En efecto, no se atrevió a afirmar, como hizo la mayoría, que los periodistas no tienen un derecho constitucional a buscar información o preservar la fuente. Y, relativizando el carácter absoluto del voto de sus cuatro colegas de la mayoría, sostuvo: “La Corte no sostiene que los periodistas, citados para testificar ante un gran jurado, no tengan derecho

¹⁵² *Ibidem*, 709.

¹⁵³ *Ibidem*, 707 y 708.

¹⁵⁴ *Ibidem*, 699.

¹⁵⁵ *Ibidem*, 706.

¹⁵⁶ *Ibidem*, 692.

constitucional con respecto a la búsqueda de información o a la salvaguarda de sus fuentes”,¹⁵⁷ y sostuvo que pueden “recurrir a la justicia... lo que será analizado en un balance caso por caso. Las cortes deben estar disponibles para los periodistas bajo ciertas circunstancias que en intereses legítimos de la Primera Enmienda requieran protección”.¹⁵⁸ Enfatizó la necesidad de que el gran jurado se conduzca de buena fe y sin acosar al periodista.¹⁵⁹

En disidencia votaron cuatro jueces, pero con muy distintos argumentos.

Uno de los disidentes, Douglas, fue partidario de una interpretación absoluta de la primera enmienda y de los derechos que de ella nacen; sostuvo que los periodistas están exentos de comparecer y testimoniar ante el gran jurado. En su opinión, no hay ningún interés estatal que pueda calificar por encima del privilegio periodístico, salvo que el periodista mismo esté implicado en el crimen.¹⁶⁰ Para él, la libertad de prensa siempre tiene prioridad sobre la aplicación de la ley. Douglas afirmó que “ahora que las barreras de la ley y la tradición que protegió a la presa están derribadas, el pueblo es la víctima. La Primera Enmienda fue diseñada precisamente para prevenir esa tragedia”.¹⁶¹

También en disidencia, pero no con una posición absoluta, sino aceptando el test de balance de intereses, se pronunciaron Brennan, Stewart y Marshall. Stewart requiere un test de balanceo de intereses en que el gobierno demuestre; 1) que existe causa probable de que el periodista tenía información que era claramente relevante para esclarecer un específico probable caso ilegal; 2) que el gobierno no podría obtener esa información por otra vía menos destructiva que la primera enmienda; 3) que el gobierno tiene un interés prevalente y superior en obtener esa información. Si el gobierno hace esa triple demostración, el periodista no tiene recurso para oponerse a revelar la información.

Estos jueces sostuvieron que la “regla de la obligación de la evidencia de todos no es absoluta y fue limitada por la Enmienda V, la Enmienda IV y por los privilegios de la evidencia del *common law*”.¹⁶² Afirieron

¹⁵⁷ *Ibidem*, 709.

¹⁵⁸ *Ibidem*, 711.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 709-710.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 712.

¹⁶¹ *Ibidem*, 725.

¹⁶² *Ibidem*, 737.

que hacer algo sobre el crimen y escribir sobre el crimen no son cuestiones excluyentes.

La sentencia tuvo muchas dificultades para ser comprendida, no generó ejemplaridad entre los tribunales inferiores, y algunos autores hasta la calificaron, por distintos motivos, de confusa:¹⁶³

—Por un lado, los nueve jueces expresaron puntos de vista disímiles y hasta antagónicos sobre el mismo asunto, y en el fallo coexisten visiones absolutistas, pero enfrentadas (entre 4 jueces de la mayoría y el disidente Douglas) y, también, visiones relativistas (cuatro jueces de la mayoría, en este caso también Powell y el disidente Douglas se opusieron al test, mientras que los otros tres disidentes lo admitieron), produjo la difícil interpretación del caso.

—Powell, en su voto concurrente, no admite un balanceo en los mismos términos que Stewart, que desarrolla la idea. Pero su posición fue deliberadamente ambigua; se pronunció en favor de un test de balanceo cuya aplicación por otros tribunales superó el voto de la mayoría, y en un caso posterior¹⁶⁴ dijo que la cuestión involucra a la primera enmienda.

—El alto tribunal claramente rechaza la idea de que la primera enmienda confiere un privilegio absoluto a los periodistas para no presentarse o testificar en procedimientos judiciales.¹⁶⁵

Por eso, a partir de las ambigüedades de Powell, en los años que siguieron al caso *Branzburg*, muchas cortes federales y estatales aplicaron el test elaborado por el juez Stewart para decidir si se puede compele a un periodista a testificar.

Quizá no haya sido indiferente el remarcable carácter conservador de los magistrados nombrados desde la presidencia de Nixon para favorecer la oposición al secreto de los periodistas, ni, tampoco, algunos excesos sensacionalistas de cierto sector de la prensa.

VIII. CASOS FEDERALES POSTERIORES

El caso *Branzburg* tuvo una consecuencia para la búsqueda de los periodistas de investigación, porque nunca pudieron estar seguros si la pro-

¹⁶³ Eun, Eunnice, *op. cit.*, vol. 42, verano del 2005, núm. 3, p. 1090.

¹⁶⁴ Dos años más tarde, en otro caso, *Saxbe vs. Washington Post Co.* 417 US. 843, 859-69 (1974), Powell escribió que el caso *Branzburg* reconoció que en los casos en que el periodista reclama el privilegio, está involucrada la protección de la primera enmienda.

¹⁶⁵ Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 1994, p. 265.

mesa de confidencialidad podrá ser respetada o en qué contexto serán llamados para que revelen esa información. Pero también es cierto que tuvo un efecto inverso al que la Corte pretendía: antes del fallo, diecisiete estados de la Unión contaban con leyes escudo; después de la sentencia, el número fue creciendo, y ya supera la mitad.

La Corte norteamericana había dictado un fallo ambiguo, y, además, poco hizo para hacerlo respetar. En efecto, poco después del caso *Branzburg*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal rehusó aplicar la doctrina mayoritaria de *Branzburg* en el caso *Baker vs. F&F Investment*,¹⁶⁶ donde sostuvo que el editor y periodista del *Saturday Evening Post*, Alfred Balk, que escribió sobre un caso de discriminación en la venta de casas en Chicago, no puede ser obligado a revelar su fuente —un agente de bienes raíces al que el periodista nombraba con nombre ficticio— cuando dicha información no es esencial para la protección del interés público. El tribunal de circuito reconoció que la revelación compulsiva de la fuente confidencial tiene un *chilling effect* sobre el flujo de información al público,¹⁶⁷ y aplicó el test de balance de intereses a favor del periodista.¹⁶⁸ Pero la Corte Suprema, a pesar de que ese tribunal se apartaba de su doctrina, se negó a revisar el fallo. Aquí se admitió la existencia de un privilegio relativo a los casos civiles.

Por eso, los tribunales se dividieron:

Por un lado, los que siguieron la mayoría de *Branzburg*, especialmente cuando está en juego el gran jurado, y concluyeron que el periodista no tiene un privilegio basado en la primera enmienda.¹⁶⁹

¹⁶⁶ 470 F 2d 778 1972.

¹⁶⁷ Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 2000, p. 338.

¹⁶⁸ El caso se originó en una demanda civil, no penal, y el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que en procesos civiles el interés público en proteger la confidencialidad de las fuentes es en general más importante que el interés privado en la identificación de ella. Hay que destacar que, a diferencia de lo que establece la enmienda VI respecto del acusado en un proceso penal, el litigante en un proceso civil no tiene un derecho constitucional para obligar a comparecer a los testigos. Por eso, es más difícil que los jueces encuentren, en las demandas civiles, que el interés patrimonial del litigante sea urgente y predominante como para vencer el privilegio periodístico.

¹⁶⁹ *In re Granad Jury Proceedings*, 810 F 2d. 580, 584 (6th Cir. 1987; *Lewis vs. United States*, 501 F.2d 418, 423 (9 th Cir 1974).

En segundo lugar, hubo tribunales dispuestos a reconocer un privilegio absoluto.¹⁷⁰

Otros tribunales, en cambio, aplicaron el test de balanceo (ponderación) similar al de tres pasos propuesto por Stewart en la disidencia, proveyendo a los periodistas un privilegio calificado sin importar si el procedimiento es un gran jurado o un jurado criminal (*criminal trial*).¹⁷¹ También estas cortes distinguieron que el periodista haya sabido del crimen o lo haya presenciado y protegen al primero, pero no al segundo.¹⁷² En cambio, la Corte Suprema de Florida extendió el privilegio a casos en que el periodista fue testigo del hecho.¹⁷³

En el nivel federal, todas las cortes federales de apelación, excepto las del Sexto y Séptimo Circuito,¹⁷⁴ entendieron que Branzburg reconocía un privilegio calificado.¹⁷⁵ Criterio que también fue adoptado en numerosos casos, lo cual tuvo para los periodistas, en muchas ocasiones, resultados positivos,¹⁷⁶ y, en otras, negativos.¹⁷⁷

¹⁷⁰ La Corte Suprema de California, en *Millar vs. Superior Court of San Joaquin County* 1999, respaldó la posición de Ellen Millar, directora de emisora de televisión KOVR, que se negó a entregar a la justicia los materiales de una entrevista que había grabado y difundido un periodista, en la que un detenido confiesa haber cometido un asesinato. Dijo el tribunal que la ley escudo de California provee un privilegio absoluto, no relativo, a los periodistas que se niegan a entregar a la justicia información recolectada y no publicada.

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, *Bruno Sullivan, Inc. vs. Globe Newspaper Co.* 633 F 2d. 583, 595-96 (1st. Cir. 1980); *State vs. Kiss*, 108 Idaho 418, 700, P 2d 40, 1985; *Matrer of Contempt of Wright*, 700 P 2d. 40, 44-45 (Idaho, 1985), adoptando en este caso el balanceo de Branzburg tanto para casos civiles o criminales con peso variable en cada factor, dependientes del tipo de caso y el interés en juego.

¹⁷² Por ejemplo, en *Pankratz vs. Colorado District Court* (609 P 2d. 1101, 1103, Colo 1980).

¹⁷³ (*Tribune Co. vs. Huffsteller*, 489 So. 2d al 722, Fla. 1986).

¹⁷⁴ Schmid, Karl H., *op. cit.*, *American Criminal Law Review*, Fall 2002, 39, *Am. Crim. L. Rev.*, 1441, p. 7.

¹⁷⁵ Véase *Shoen vs. Shoen*.

¹⁷⁶ Como documenta el libro de Barton Carter, en los casos *Silkwood vs. Kerr-Mac Gee Corp*, 1977 (se trató a un cineasta como reportero, por la muerte de Karen Silkwood cuando encontró que había sido contaminada con una radiación de plutonio); *Leadholtz vs. Fields* (1975; se rechazó la revelación de información no publicada), *Democratic National Committee vs. Mc Cord* (1973; *idem* al anterior), *Apicella vs. Mac Neil Laboratories, Inc.* (1975, se rechazó el pedido para que se revelara autor anónimo), etcétera. Los demandantes no habían explorado otras vías menos lesivas.

¹⁷⁷ Carter, *op. cit.*, p. 338, cita, entre otros, los casos *Dow Jones and Co., Inc. vs. Superior Court* 1973, *Matter of Farber* 1978 (el periodista fue considerado en desacato cri-

En suma, muchas cortes mantuvieron el criterio de la ponderación, expresado en el caso *Garland vs. Torre* (1958): el balance se inclina a favor de revelar la información si ésta tiene relación con la litis de la demanda.

Este criterio comenzó a tener una creciente importancia con el caso *New York Times vs. Sullivan*.¹⁷⁸ Algunos tribunales consideran que si se le exige al oficial público o figura pública que establezca que el periodista conocía la falsedad u obró con culpa grave, eso sería imposible de probar a menos que se puedan analizar las notas y material de respaldo del periodista y se examinen las fuentes de información del mensaje difamatorio. La Corte Suprema expresó ese punto en *Herbert vs. Lando* (1979). Lando, un editor de la CBS “Sixty Minutes”, había sido demandado por un militar, Anthony Herbert, reconocido como figura pública. Lando invocó el privilegio de la primea enmienda para no revelar qué estaba pensando cuando editó el programa. La Corte Suprema rechazó el privilegio, y estableció que reconocerle a Lando el privilegio haría mucho más difícil para Herbert, el militar en cuestión, el establecer la real malicia requerida por el caso *New York Times*. Una conclusión —sostendré más adelante— que no es aplicable al derecho argentino, porque el artículo 43 es un claro límite a la revelación. Así, la Corte sostuvo el criterio de que el pensamiento del periodista sobre la información que recoge y sus conversaciones profesionales con sus colegas no son inmunes al proceso de *discovery* en un proceso de libelo entablado por figuras públicas.

Tanto en los procedimientos criminales, las cortes federales y estatales generalmente siguieron el *holding* de *Barnzburg* y rechazaron el privilegio cuando el periodista lo invocaba frente a un gran jurado para proteger: 1) la identidad de fuentes que pudieran haber estado involucradas en actividad criminal, y 2) para no revelar notas periodísticas no publicadas, información y material no publicado que pueda conducir al descubrimiento de los criminales.¹⁷⁹

minal por no revelar sus notas) y *Ashcraft vs. Conoco, Inc.* 1998 (condena por desacato por no revelar fuentes confidenciales).

¹⁷⁸ Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 2000, p. 340.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 341, cita varios casos: *Lewis vs. United States* 1974 (el privilegio había sido solicitado por el gerente de una cadena de radios para no revelar documentos); *Scarce vs. United States* 1993 (un alumno fue considerado en desacato por no revelar lo que sabía sobre un acto de vandalismo en un laboratorio universitario); *United States vs. Cutler* 1993 (periodistas obligados a testificar sobre conversación con Bruce Cutler, abogado de jefe mafioso, John Gotti, y que fue sospechoso de violar la orden judicial de no hablar

En cambio, cuando la citación no proviene de un gran jurado, sino de los tribunales, diez de las trece cortes de apelación aceptaron la idea de un privilegio relativo.¹⁸⁰ Pero esto no siempre es categórico, pues aun cuando la citación no proviene de un gran jurado, sino de un tribunal penal, el privilegio, a veces, no es aceptado cuando la información que se busca es relevante para la defensa del acusado. Es lo que se decidió en *Matter of Farber* (1978). Una corte rechazó la invocación de privilegio que hizo el periodista del *New York Times*, Myron Farber, para no revelar fuentes y documentos usado en un artículo sobre el enjuiciamiento de Mario Jascalevich, que había envenenado a seis pacientes. En modo similar, la Corte Suprema de Kansas sostuvo que no puede invocarse el privilegio constitucional cuando el conocimiento de la fuente se criticó para la defensa en un caso penal (homicidio), y no hay otro modo de acceder a la información en *Kansas vs. Sandstrom*, 1978.

Al mismo tiempo, si bien en muchos casos los tribunales ampararon el privilegio para no revelar información confidencial, no siempre lo aceptaron cuando se trata de revelar información no confidencial. A favor del privilegio se pronunciaron la Corte del Noveno Circuito en los casos *Shoen vs. Shoen II* 1995; la Corte Superior de Florida en el caso *Kidwell vs. Florida* 1998, y la Corte Suprema de Georgia en el caso *Keith Paul* 1999. En contra del privilegio: el Segundo Circuito, en el caso *González vs. National Broadcasting Company* 1999, sostuvo que la primera enmienda o la ley escudo no dan privilegio para oponerse a entregar a un tribunal material no confidencial (la cadena NBC ya había difundido el video en un programa). Lo mismo decidió el Quinto Circuito en el caso *United States vs. Smith* 1998.

En cambio, sí lo aceptan con más frecuencia cuando se invoca el privilegio para testimoniar sobre materias confidenciales.

En suma, la doctrina,¹⁸¹ haciendo una reseña de esos casos jurisprudenciales, extrae algunas conclusiones:

con la prensa sobre el caso); Grand Jury Subponena ABC Inc. 1996 (ABC fue obligada a proveer materiales de la entrevista publicada en *Prime Time Live* con la defensora del caso Whitewater, Susan MacDougal. Esto muestra cómo los gran jurado se convirtieron en un instrumento de persecución penal, y los fiscales son exitosos en lograr que se rechace el privilegio periodístico.

¹⁸⁰ Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, p. 342.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 346.

- 1) En general, los tribunales no reconocen la existencia de un privilegio absoluto fundado en la primera enmienda. Hay casos en que sí ocurre.
- 2) El reconocimiento de un privilegio relativo por los tribunales depende, en buena medida, del contexto legal en el que es invocado.
- 3) No se acepta el privilegio periodístico cuando el secreto puede amparar fuentes que ellas mismas estuvieron involucradas en crímenes que están siendo investigados por el sistema penal, o cuando el material perseguido por el fiscal y es relevante para el caso del fiscal, o cuando la información es buscada por el imputado¹⁸² y es crítica para su defensa (si la información no es crítica para la defensa, el privilegio se acepta).¹⁸³
- 4) En casos civiles sí se acepta el privilegio cuando la información es requerida en procedimientos de antejuicio o juicio. No se acepta cuando la información va al corazón del caso y no haya una fuente alternativa para obtenerla o cuando el demandado civilmente es el propio periodista y no hay vía alternativa para obtener la información, o cuando el periodista es demandante y no quiere suministrar información al demandado.

¹⁸² Un ejemplo de aquellos casos en que es el imputado el que tiene interés en que el periodista revele la información lo encontramos en el caso-Minnesota State vs. Turner (550, N. W. 2d.622, 624 (minn. 1996).

¹⁸³ Comparando quiénes efectúan el requerimiento, esto es, los defensores criminales, los fiscales o los gran jurado, los primeros son los que piden más citaciones, pero obtienen menos éxito que los fiscales y los gran jurado a la hora de conseguir levantar el privilegio. Schmid, Karl H., "Journalist's privilege in criminal proceedings: an analysis of the United States Courts Appeals' Decisions fin 1973 to 1999", *American Criminal Law Review*, Fall 2002, 39, *Am. Crim. L. Rev.* 1441, p. 11. En cuyo caso la carga de la prueba estaba a cargo del gran jurado, y en este caso el gran jurado no tuvo éxito. Entre 1973 y 1999, el porcentaje de éxito del gran jurado llegó al 75 por ciento. Porcentaje de éxito de los gran jurado: 75 por ciento. En el mismo periodo, 1973 a 1999, según el estudio citado, las cortes federales de apelaciones de los Estados Unidos registraron sólo dos casos promovidos por fiscales. Las Cortes de Apelaciones del Cuarto (caso Shain, 1992) y Quinto distrito (United States vs. Smith, 1975) aplicaron el criterio mayoritario de White en Branzburg. Éxito de los fiscales: 100 por ciento. En ese mismo periodo, ocho citaciones fueron promovidas por imputados. En tres de esos casos, partiendo del criterio de que existía preocupación por la aplicación de la primera enmienda, no se aplicó el criterio mayoritario de Branzburg, sino el *balancing test*; en los otros cinco casos fueron resueltos aplicando el criterio de tres pasos de Stewart. Los imputados sólo tuvieron un éxito del 38 por ciento en levantar la fuente.

- 5) Si el periodista no acepta la orden de revelar la información, puede optar por sufrir las consecuencias de la desobediencia al juez: desacato y prisión.

IX. LAS CONSECUENCIAS DE NO REVELAR LA FUENTE

Según el tipo de desacato, la desobediencia del periodista puede terminar con una multa penal, una reparación civil a favor de la parte injuriada o prisión.

Pero los tribunales, advirtiendo que la prisión no siempre produce el efecto buscado de llevar al periodista a revelar la información requerida, también crearon una presunción de que la información no existe.

Ésta fue la decisión en varios casos: por ejemplo, en *De Roburt vs. Gannet Co.* y en *Plotkin*, ambos de 1981.

Plotkin demandó a *Los Angeles Daily News*, su empresa propietaria, the Van Nuys Publishing Company y a los dos periodistas que lo habían imputado, de ser traficantes de marihuana. Plotkin había sido uno de los rehenes de la embajada norteamericana de Teherán, que había sido capturada por estudiantes iraníes en 1979. El día que fueron liberados y viajaron a Alemania, *Los Angeles Daily News* sostuvo que Plotkin había estado involucrado en el tráfico de narcóticos en Irán. El hombre demandó por 60 millones de dólares ante la Corte Superior de California. El diario ordenó a los periodistas revelar la fuente de tal información, pero no aceptaron. La Corte decidió que los periodistas podían negarse a revelar la fuente, pero esa negativa podía servir de presunción para considerar que no había existido fuente alguna (*no-source presumption*). La Corte de California siguió un modelo que habían adoptado otros tribunales. El primero en establecer esa presunción había sido el caso *Downing vs. Monitor Publishing Co.* (120 N.H. 383, 415 A 2d 683 1980). Esa presunción es crítica especialmente en casos en los que la demanda es presentada por un oficial o figura pública que debe demostrar que el demandado publicó su artículo con real malicia bajo el estándar del *New York Times vs. Sullivan*.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Berger, Robert G., "The no-source presumption: the harshest remedy", *The American University Law Review*, Spring, 1987.

X. SITUACIÓN INVERSA: RUPTURA DE LA CONFIDENCIALIDAD.
EL CASO COHEN *VS.* COWLES MEDIA

En 1991, en el caso *Cohen vs. Cowles Media*,¹⁸⁵ la Corte Suprema analizó la situación inversa, en la que el periodista y el editor, a pesar de haber prometido confidencialidad, terminaron entendiendo que la fuente era tan importante para la noticia que terminaron revelándola en la publicación.

Las fuentes, entonces, han respondido buscando un remedio legal para la ruptura del acuerdo de confidencialidad.

Un acuerdo de confidencialidad consiste en una promesa hecha por un reportero a la fuente de que el reportero no publicará cierta información suministrada por la fuente o que él no difundirá el nombre mismo de la fuente al publicar la información.

Este supuesto fue tratado en el caso *Cohen vs. Cowles Media Co.* (1991), en el que la Corte, por 5-4 votos, estableció que si se rompe la promesa hecha a la fuente de mantener la confidencialidad, la primera enmienda no protege a los medios de una acción civil que entable la fuente con base en el *common law*, no importando cuán relevante hubiera sido el nombre de la fuente para el relato de la historia.

El hecho se remonta a Minnesota, en 1982, cuando Dan Cohen, asistente del candidato a gobernador de Minnesota por el Partido Republicado, Wheelock Whitney, dio a cuatro periodistas de los diarios *The Minneapolis Star and Tribune*, *The St. Paul Pioneer Press*, *The Associated Press* y a una estación de televisión, documentos secretos revelando actos de inconducta menores cometidos por la candida demócrata Marlen Johnson. Cohen, un respetado activista republicano, actuó sin el conocimiento o aprobación de su jefe, Whitney.

Los cuatro reporteros prometieron confidencialidad. Cuando dos de los medios publicaron el nombre de Cohen, éste fue inmediatamente despedido de su puesto de trabajo en la agencia de publicidad. Entonces, demandó por ruptura de contrato, arguyendo que la promesa de confidencialidad está tutelada bajo la ley de Minnesota. El jurado estadual reconoció a Cohen el derecho a una indemnización de setecientos mil dólares. Cuando el caso llegó a la Suprema Corte, con gran expectativa por-

¹⁸⁵ *Cohen vs. Cowles Media Co.* 501 U.S. 663 1991. El fallo está transcrito en el apéndice A.

que se trataba del primer caso en que el alto tribunal estudiaba esta materia, la Corte sostuvo que la primera enmienda protege a la prensa para publicar información verdadera, pero si es legalmente obtenida.

El *justice* Byron White —que fue el mismo que había escrito el voto de la mayoría en *Branzburg*—, escribiendo la mayoría sostuvo que la información dada por Cohen no fue legalmente obtenida, porque se rompió la promesa de confidencialidad. “La Primera Enmienda no le confiere a la prensa el derecho constitucional de desechar promesas que están tuteladas por ley estatal...”, dijo.

Cuatro jueces disintieron, argumentando que usar el nombre de Cohen estaba justificado, porque los votantes tenían un derecho a saber que el asistente del candidato republicano estaba filtrando historias sobre la candidata del otro partido. En una opinión disidente, David Souter escribió que la difusión del nombre de Cohen expande el universo de información para los votantes y su publicación es la quintaesencia de la protección de la primera enmienda.

Esta sentencia dio paso a fuertes debates: la prensa reaccionó negativamente y advirtió que se secarían las fuentes.¹⁸⁶ El experto en primera enmienda, Floyd Abrams, afirmó que decisiones de ese tipo abren la puerta a que un gran número de fuentes reales o imaginarias presenten reclamos a los medios cuando, de una manera o de otra, sientan que fueron victimizadas por la prensa. Incluso, esto le da mucho poder a oficiales públicos, que frecuentemente actúan como fuentes reservadas, para castigar a la prensa durante periodos de tensión entre la prensa y el gobierno.¹⁸⁷

Es dudoso que el acuerdo de confidencialidad sea un verdadero contrato: porque normalmente es secreto y vago, hecho en forma oral e imprecisa, con serios problemas para la prueba.

Además, las fuentes, sabiendo que la tarea de la prensa es publicar, normalmente asumen el riesgo de que no terminan siendo tan confidenciales como pretendían.

¹⁸⁶ Ragusa, Joseph, “W., St. Bitting the hand that feeds you. The reporter confidential source relationship in the wake of *Cohen vs. Cowles Media Co.*”, *67 John’s Law Review*, Winter, 1993, p. 125.

¹⁸⁷ Citado por Dick, Michael, “Promises and the Press”, *Minnesota Law Review*, vol. 73, junio de 1989, N., p. 1989.

También es frecuente que la fuente no suministre mucha información hasta que el periodista prometa reserva, pero luego de haberse enterado de esa información surgen evidencias y datos, incluso en el mismo momento del relato, que llevan al periodista a darse cuenta de que nunca debió haber hecho esa promesa.

Además, acaso, existe contradicción entre la obligación de revelar la fuente que imponen muchos tribunales norteamericanos y la obligación de pagar cuando se revela voluntariamente.¹⁸⁸

Otro riesgo a que da paso el fallo es que puede invitar a las fuentes a los que no se les hizo promesa de confidencialidad, pero que en la publicación no aparecen bien paradas, a demandar a los medios.¹⁸⁹

Reconocerle a la fuente este derecho a la indemnización sobre la base de una supuesta ruptura contractual lleva a un absurdo: también habría que reconocerle a las fuentes el derecho a ser indemnizadas cuando el periodista no reflejó el punto de vista de una de las fuentes a las que consultó. En este caso, también habría una supuesta indemnización del presunto contrato periodista-fuente, porque aquél no tradujo la información

¹⁸⁸ Coderch, Salvador, "Promesa rota", *La Vanguardia*, 22 de abril de 1992, p. 22, comentó el fallo referido, y plantea la interpretación inversa: el deber de respetar la palabra empeñada también pesa sobre los periodistas, y no se puede recurrir a cualquier medio o procedimientos para obtener una información. Por eso, sostiene, la libertad de prensa exige amparar al confidente. El derecho a comunicar y recibir información veraz no puede obviar el secreto profesional.

¹⁸⁹ Sin embargo, ante la sentencia condenatoria impuesta por algunos tribunales norteamericanos en favor de las fuentes de información, algunos autores han propuesto soluciones, como aplicar un test análogo al del caso *New York Times Co. vs. Sullivan* para los casos de real malicia. En esta línea, Michael Dick, en "Promises and the Press", *Minnesota Law Review*, vol. 73, June 1989, N, p. 1989, propone un estándar de dos pasos antes de decidir si el medio debe ser condenado por ruptura de confidencialidad: 1) pedirle a la actora (la fuente) que produzca una clara y convincente evidencia de la existencia de un acuerdo de confidencialidad, y que el medio no lo respetó. Este requisito se fundaría en que es necesaria una mayor exigencia probatoria para dejar a salvo los valores de la primera enmienda; 2) que el medio pruebe que el medio, al romper el acuerdo de confidencialidad, obró con negligencia grave (*reckless disregard*), es decir, sin tener en cuenta los derechos de la fuente, a las razones que tenía la fuente para pedir confidencialidad y el valor de la información. Cuando un medio publica una información muy valiosa, puede estar justificada la ruptura del acuerdo de confidencialidad, en cuyo caso no existe culpa grave aun cuando el periodista haya conocido que la publicación podía dañar a la fuente. Se trata de sostener que ese estándar autoriza a hacer un balance entre el daño que sufre la fuente y la importancia y utilidad de la información publicada.

exactamente con la óptica con la que le fue contada. Pero no aceptaríamos que eso dé lugar a una indemnización.

Finalmente, los eventos pueden haber cambiado dramáticamente desde que el medio prometió anonimato. El medio también puede haber descubierto que la fuente mintió. Y la información, incluso, puede terminar implicando a la fuente en un caso criminal. Quizá el medio no quiere encubrir a la fuente.

En otro caso posterior, *Ruzicka vs. Conde Nast Publication, Inc. Glamour Magazine*, se llegó a una decisión similar cuando el medio, si bien no reveló el nombre de la fuente, dio tantos detalles que la fuente resultó identificable, perdió su trabajo y sufrió severas consecuencias emocionales.

En la senda de Cohen, señala Carter,¹⁹⁰ muchos tribunales admitieron acciones por ruptura de confidencialidad y otras las rechazaron.¹⁹¹ En 1999, en *State vs. Ohio*, se analizó un caso en el que un periodista del *Cincinnati Enquirer*, Michael Gallagher, fue condenado por robar de voz y publicarlos. Después de condenado, reveló que su fuente había sido George Ventura, abogado de una empresa que investigaba el periodista, y que le suministró códigos de acceso a esos mensajes. El abogado pretendió que no se usara esa evidencia invocando la ley escudo de Ohio, pero el tribunal sostuvo que la ley escudo no puede ser invocada por la fuente, sino sólo por el periodista.

Los periodistas sostienen que casos como Cohen y los de su progenie los dejan entre la obligación de tener que revelar la fuente y la responsabilidad civil por haberla revelado.

XI. REQUISAS EN PERIÓDICOS: EL CASO ZURCHER VS. STANFORD DAILY

En el caso *Zurcher*¹⁹² se analizó la precedencia de un allanamiento al medio. En los setenta, un fiscal de distrito obtuvo que un juez dictara una

¹⁹⁰ Barton, Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 2000, p. 357.

¹⁹¹ En favor, por ejemplo, *Anderson vs. Strong Memorial Hospital* 1991; *Multimedia WMAZ Inc. vs. Kubach* 1994; en contra de atribuirle responsabilidad al medio: *Morgan vs. Celender* 1992.

¹⁹² *Zurcher vs. Stanford Daily*, 436 US. 547, 563-67 1978. El fallo está transcrito en el apéndice A.

orden de allanamiento del *Stanford Daily*, un periódico estudiantil, para buscar fotografías y negativos revelando la identidad de quienes hicieron una demostración y asaltaron y dañaron a oficiales de policía que estaban en una revuelta en el Hospital Universitario Stanford.

La búsqueda de información en el periódico resultó infructuosa. Con posterioridad, a pedido del periódico, la corte de distrito y la corte de apelaciones de los Estados Unidos con sede en ese distrito declararon que se habían violado los derechos constitucionales.

El caso llegó a la Corte Suprema, que se pronunció en el caso *Zurcher vs. Stanford Daily*. El medio arguyó que esas requisas en busca de evidencia de crímenes cometidos por terceros amenazaban seriamente la capacidad de la prensa para investigar, analizar y diseminar información, violando la primera enmienda, y que las fuentes confidenciales se negarían a dar información por el temor de las fuentes de que los registros de los medios pudieran ser registrados por las autoridades. Al mismo tiempo, los periodistas preferirían no grabar o registrar las informaciones, con la inseguridad que ello provoca. Finalmente, ello conduciría a un proceso de autocensura del medio, que preferiría no revelar información que es potencialmente interesante para la policía.

La mayoría de la Corte Suprema, liderada por el *justice* White, concluyó que las requisas en los medios no violan la primera enmienda, porque los redactores de la Constitución no habían prohibido bajo la cuarta enmienda tales requisas expresamente; no requirió que se demuestre que el medio fue cómplice del delito investigado o que era impracticable una previa citación al medio. Los requisitos generales para obtener una orden de cateo —causa probable, especificidad respecto al lugar en que debe practicarse la búsqueda y los objetos buscados y la razonabilidad de los encargados de ejecutar la medida— son garantía suficiente del respeto de la primera enmienda, sostuvo el tribunal. En disidencia, el *justice* Stewart votó en favor de los argumentos del medio.

Tres años después de la decisión del caso *Zurcher*, como reacción a las críticas que despertó esa sentencia, el Congreso sancionó la Privacy Protection Act de 1980. Esta ley sustancialmente restringe las situaciones en que una redacción puede ser legalmente requisada: el personal policial tiene que poseer una citación antes que una simple orden de requisa, y sólo en casos excepcionales se permite la requisa con una orden expresa; el periodista con la información es sospechoso de haber cometido un cri-

men; los oficiales creen que el material debe ser hallado inmediatamente para prevenir su destrucción, que correría riesgo de producirse si la persona fuera previamente requerida para que los entregara o se necesita prevenir un daño o muerte de un tercero.

XII. NO IMPORTA EL CONTENIDO VALIOSO O DISVALIOSO

Con frecuencia, la información obtenida por el periodista de fuentes confidenciales tiene valor institucional, pero en ocasiones puede ser aparentemente disvaliosa. La una y la otra, sin embargo, son información y merecen protección.

En 1998, un barrio del Phoenix Valley había sido amenazado por un atentado ambiental, cometido por el llamado “envenenador serial” (*serial arsonist*), que meses después fue detenido por la policía por simple casualidad. Seis meses antes de su arresto, el *New Times*, un periódico local, se comunicó con una persona, Mark Sands, que decía ser el delincuente en cuestión. El malviviente pidió una entrevista cara a cara a cambio de confidencialidad. La entrevista se hizo a la luz del día en un parque público y un día de mitad de semana,¹⁹³ e incluso reveló datos para facilitar su identificación y la de otros miembros de la asociación que integraba. Fue entonces cuando el sistema penal se interesó por conocer los detalles del acuerdo de confidencialidad, para poder dar con el paradero del delincuente.

¿Tiene ese delincuente libertad de expresión y puede beneficiarse, indirectamente, con el privilegio que pretende ejercer el periodista?

Cuando el mensaje de la fuente tiene un alto valor para el mercado de ideas, es fácil de reconocer la justificación del privilegio periodístico, porque existe un gran potencial de censura en callar el discurso valioso. Uno de esos escenarios fue Watergate. El discurso Garganta Profunda tenía un valioso significado social y debía ser protegido. En cambio, cuando el discurso no es socialmente valioso, como el del envenenador serial, parece menos justificada su protección.

El juez Frank Galati, en febrero de 2001, accedió al requerimiento de *News Times* de no revelar al gran jurado el acuerdo de confidencialidad.

¹⁹³ White, John T., candidate, Arizona State University College of Law, 2002, *Arizona State Law Journal*, Fall, 2001, 33, *Ariz. Dt. L.*, J. 909.

Una de las críticas que ello suscitó es que el delincuente había podido dar a conocer los detalles de sus fechorías sin riesgo personal, gracias a la citada ley escudo.

XIII. ARGUMENTOS EN CONTRA Y EN FAVOR DEL PRIVILEGIO PERIODÍSTICO

1. *Argumentos en contra del reconocimiento del privilegio*

Los opositores a reconocer este privilegio principalmente centran su crítica en la aplicación de la ley penal.

También, dicen, los periodistas conducidos por el sensacionalismo pueden usar del privilegio como una licencia para transgresiones o agrandar criminales, que puede resultar en desconfianza y descrédito para la administración del sistema judicial.¹⁹⁴

Los periodistas, si se les reconoce el privilegio, pueden volverse más negligentes en su tarea, porque saben que no tendrán obligación de rectificar situaciones en las que hayan actuado en forma negligente.¹⁹⁵

El periodista está sujeto a la misma obligación que cualquier ciudadano de prestar testimonio.¹⁹⁶

Se menoscaba el valor derecho constitucional, fundado en la sexta enmienda, que tiene el imputado en proceso judicial, al privarlo de información que puede ayudar a probar su inocencia.¹⁹⁷ Y, como consecuencia, se menoscaba la autoridad de los tribunales.

La realización del debido proceso. Wigmore,¹⁹⁸ uno de los profesores más respetados en reglas de evidencia, se pronunció en contra de este privilegio. Presentó tres grupos de reglas para gobernar la admisibilidad de la evidencia. El primero, dedicado a determinar la relevancia del testimonio; un segundo grupo de reglas auxiliares, y un tercer grupo de re-

¹⁹⁴ Desmond, Thomas, "The Newamaen's Privilege Hill", 3 *Alb. L. Rev.* 1 (1949).

¹⁹⁵ Spector, Michel, "A loss for Larouch doesn't mean a victory for reporter's privilege", 8 *Loyola L. Rev.*, 127, 42 (1988).

¹⁹⁶ Parker, Cathy, "Confidential sources and information", *Communication and the law*, W. Wat. Hopkins ed. 1998, p. 277.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ Wigmore, John Henry, *Evidence in Trials al Common Law* (John T. McNaughton rev., 1961).

glas que, a diferencia de los otros dos, reúnen principios de política extrínseca, y que no apunta a mejorar la búsqueda de la verdad, sino que prohíben la admisión en juicio de cierto tipo de evidencia por la existencia de esas circunstancias extrínsecas más importantes que la búsqueda de la verdad en un proceso judicial. Wigmore sostenía que no debía haber privilegios, pero algunos ya existían. Por eso, sostuvo que no debían ser admitidos nuevos privilegios, y que los pocos existentes debían ser restringidos o no debían ser ensanchados. En igual sentido se manifestó *Café*.¹⁹⁹

Otro temor que provoca rechazo del privilegio es la dificultad para establecer la clase protegida, es decir, cómo definir al periodista. El *justice White, in re Branzburg*,²⁰⁰ dijo que casi cualquier autor podría entonces asegurar que estaba proveyendo información al público basada en fuentes confidenciales, y su preocupación residía en que algunos criminales pudieran crear falsos periódicos para encubrirse y reclamar el privilegio.

2. Argumentos en favor del privilegio

Barton Carter²⁰¹ dice que el privilegio permite “fortalecer el libre flujo de información al público; evita que se sequen las fuentes, lo que ocurre si no se les promete confidencialidad; si los soplones tienen miedo de ser identificados por los reporteros, la corrupción en el gobierno puede permanecer sin descubrirse; la seguridad física o económica de las fuentes podría ser dañada si se revelara su identidad, particularmente si son informaciones sobre crimen organizado”.

Como argumento utilitario se afirma que la prensa y el gobierno son y siempre serán antagonistas. El gobierno trata de ocultar información, y la prensa, de revelarla al público. Si no existiera ese antagonismo, la prensa no estaría haciendo su trabajo. La prensa se subroga para poder informar al público información a la que el público, de otro modo, no tendría acceso. La función de los medios no es sólo conseguir la información que suministra el gobierno, sino conseguir también la que intenta ocultar.

¹⁹⁹ Chaffee, Zachariah, *Government and Mass Communication, A report form the commission on freidor of the press*, 1947.

²⁰⁰ Véase nota 1.

²⁰¹ Barton Carter, T. *et al.*, *op. cit.*, 1994, p. 287.

Realizar ese tipo de función requiere que los medios puedan persuadir a las fuentes de hablar. Otra de las funciones esenciales de la prensa es la de investigar la criminalidad, y algunas fuentes no hablan con la prensa sino bajo el convencimiento de que se mantendrá reserva.²⁰² James Madison dijo: “Un gobierno popular (en el sentido de público, democrático) sin información pública o medios para adquirirla, es el prólogo de una farsa o de una tragedia o ambas. Un pueblo que sea su propio gobierno necesita armarse con el poder que da el conocimiento”.²⁰³

Para cumplir la función de perro guardián, la prensa necesita descansar en fuentes independientes del gobierno. Socavar esas fuentes reduce esa independencia, menoscabando la función de la prensa en la democracia.²⁰⁴

Este privilegio es esencial al periodismo como el privilegio del informante al gobierno lo es al sistema criminal.²⁰⁵

Las fuentes de información se secarían.²⁰⁶

Revelar la fuente puede volverse en venganza contra los informantes, reduciendo el flujo de información.²⁰⁷

Las citas pueden ser usadas por acosar a periodistas e interferir con sus fuentes de información o para acorralar a periodistas críticos del gobierno.²⁰⁸

²⁰² Dixon, William S., invited professor University of New Mexico School of Law.

²⁰³ Faber, Daniel M., “Coopting the journalist privilege: of sources and spray paint”, *New Mexico Law Review*, Albuquerque, vol. 23, Spring 1993, p. 443. La Corte norteamericana, en *Mills vs. Alabama* 384 US. 214, 218 1966, sostuvo que el mayor propósito de la primera enmienda fue el de proteger la libre discusión de los asuntos de gobierno.

²⁰⁴ Disidencia de Stewart en el caso *Branzburg vs. Hayes*, 726, nota 1; también, Blasi, Vincent, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977, AM. B. Found, Res. 521, 527, 542, 632, 647.

²⁰⁵ Farber, Dan M., *op. cit.*, *N. M. L. Rev.* 1993, 435, 446; sosteniendo que el privilegio periodístico es más análogo al *government-informar privilege*. En 1957, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Roviaro vs. United States*, 353 US. 53, 59, 1957, sostuvo que ese privilegio-gobierno-informante es usado en beneficio público, más que en beneficio privado. Y mantuvo el secreto de esa información en el caso *McCray vs. Illinois*, 386, US. 300, 311-12 (1967), para evitar cualquier venganza contra el informante, preservar su utilidad como informante y asegurar que otros informantes no serán disuadidos de proveer información en el futuro.

²⁰⁶ Desmond.

²⁰⁷ Blasi, Vincent, “The newsman privilege, an empirical study”, *70 Mich. L. Rev.*, 1971, pp. 229 y 254.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 265.

Cuando el gobierno descansa en los periodistas para obtener información, los periodistas pueden ser vistos como agentes del gobierno,²⁰⁹ con lo que se daña la credibilidad de los periodistas.

Se admite la existencia de otros privilegios que pueden postergar la obligación de declarar ante la justicia, como son el privilegio médico-paciente, el privilegio entre esposos, el del confesor-penitente o el privilegio del informante. Para algunos, como Dixon, el privilegio del periodista es igual al del clérigo, pues violar este último sería una interferencia con el libre ejercicio de la religión protegido por la primera enmienda, mientras que violar el primero sería una violación del derecho constitucional a recibir información del público.²¹⁰ Para otros, como el profesor Blasi, o para VanGerpen,²¹¹ el privilegio se asemeja al que goza el informante de la policía, porque la existencia de un privilegio se justifica sólo cuando ayuda a una institución gubernamental: en un caso, al fiscal; en el otro, al electorado.

También se puede construir un argumento favorable al privilegio periodístico partiendo de la decisión de la justicia norteamericana de proteger bajo la primera enmienda a la publicación anónima (panfletos, libros, etcétera). El tema volvió a cobrar notoriedad con la difusión de información por medio de sitios o correos anónimos.²¹² En efecto, en *Talley vs. California*,²¹³ la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció el rol valioso que el discurso anónimo tuvo en el pasado. En el caso, la Corte rechazó una ordenanza de Los Ángeles, que obligaba a imprimir el nombre y dirección de cualquier persona involucrada en la impresión, escritura, compaginación, manufactura, distribución o sponsoreo de un escrito, para poder identificar al responsable de la falsedad, fraude o libelo. La Corte sostuvo que el anonimato sirvió para propósitos constructivos, y que descubrir la identidad de quien quiere permanecer anónimo puede restringir la distribución de información y la consecuente libertad de ex-

²⁰⁹ El *justice* Stewart, en la disidencia del caso *Branzburg*, 725, donde critica el “intento de anexas a los periodistas como un brazo investigativo del gobierno”.

²¹⁰ Farber, Dan M., *op. cit.*, *Saint*, 23, *N. M. L. Rev.*, 1993, pp. 435 y 446.

²¹¹ Véase nota 126.

²¹² O'Brien, Jennifer, “Putting a face to a screen name: the First Amendment implications of compelling ISPG to reveal the identities of anonymous Internet speakers in online defamations cases”, *Fordham Law Review*, vol. X, núm. 6, mayo de 2002.

²¹³ 362 US. 60, 1960.

presión. En *MacIntyre vs. Ohio Elections Comisión*,²¹⁴ un caso donde se juzgó la validez de una ley de Ohio que prohibió literatura electoral anónima, la Corte sostuvo que el anonimato puede proveer un escudo frente a la tiranía de la mayoría, y le puede asegurar a la persona que es impopular que su discurso llegará a la gente y será valorado sin ser rechazado por el solo hecho de que él haya sido quien lo propuso. Si en esos y en otros muchos casos la Corte Suprema de los Estados Unidos protegió el discurso anónimo, cabe preguntarse: ¿por qué, entonces, también, no protege la información firmada por un periodista cuando una o alguna de sus fuentes son anónimas? Pareciera que es lógico que lo hiciera, a no ser que la Corte sienta temor por la potencia de la información que suministran los medios.

Si se sostiene que el público —tal como lo hace Blasi— debe tener una completa información para tomar decisiones, debe aceptarse que esa es una razón importante para proteger el privilegio fuente-periodista.²¹⁵ De acuerdo con ese autor, proteger la confidencialidad de la fuente es uno de los mejores medios para asegurar que la prensa cumpla ese propósito. E, incluso, el autor está particularmente interesado en proteger al empleado público que actuó como fuente, porque esas fuentes proveen una información única desde dentro del gobierno, permitiendo exponer la inconducta gubernamental. Desarrollando esta idea, se puede decir que el privilegio, en ese caso, debería ser lo más amplio posible.

²¹⁴ 514 US. 334, 1995.

²¹⁵ Blasi, Vincent, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977, AM. B. Found, Res, pp. 591-611. También, Meiklejohn, Alexandre, *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, 1960, p. 27. La obra de Meiklejohn será analizada detenidamente en la última parte de este trabajo.