

## CAPÍTULO ÚNICO

### LOS SECRETOS EN LA DEMOCRACIA

El primer paso en esta tesis apunta a tres objetivos: establecer el objeto de estudio, determinar si el secreto periodístico es distinto a otros secretos que existen en la democracia y, en tercer lugar, esclarecer cuál es el ámbito al cual se extiende la protección del secreto periodístico, en comparación con el derecho fundamental de acceso a la información pública, para comenzar así a delimitar su esfera de acción.

#### I. ETIMOLOGÍA

La palabra “secreto”<sup>43</sup> significa, según el *Diccionario de lengua española*, que edita la Real Academia Española, “1. lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto; 2. Reserva, sigilo”. Según ese diccionario, la voz proviene del latín *secretum*, *secrētus*, “separado, aislado, remoto”, participio del verbo *secerneren*”, separar, aislar”.<sup>44</sup> Su raíz, *secr~*, es una forma de la raíz latina *secernere*, que significa separar, discernir, distinguir, derivado de *cernere*.<sup>45</sup>

A su vez, *cerner* significa “separar con el cedazo la harina del salvado y otras materias sutiles”, poner aparte, del latín *cernere* “separar, distinguir, mirar, comprender”, y de allí proviene también “discernir”. *Secerno* está compuesto por el verbo *cerno*, cribar, tamizar, y por el prefijo *se*, que indica la separación. De *cerno* derivan *discerno*, que ha dado discernir (tanto lo gris de lo negro como lo verdadero de lo falso o el bien del mal), externo, de donde proviene excremento, y *secerno*, que ha dado secreción y secreto.

<sup>43</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1984.

<sup>44</sup> Corominas, Joan y Pascual, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1980.

<sup>45</sup> Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 1992.

Así, el secreto, definido como un saber oculto respecto a otros, contendría tres semas rectores:<sup>46</sup> el saber, que puede incluir elementos del psiquismo (pensamientos, sentimientos), del comportamiento (intriga, receta de fabricación), objetos materiales (el cajón, la puerta, etcétera); el disimulo de ese saber, y la relación con el otro que se organiza a partir de este disimulo —lo que puede generar una función de poder sobre el otro: ejército secreto, agente secreto, documento secreto, etcétera—, aunque no necesariamente esto último. Nadie guarda mejor un secreto que el que lo ignora. Dijo Séneca: si quieres que tu secreto sea guardado, guárdalo tú mismo.

Secreto, en definitiva, es el conocimiento de situaciones que se tienen reservadas: reserva, arcano (que se guarda en un arca), sigilo, lo que se oculta, ya sea sobre uno mismo o respecto de otro; todo esto desde un punto de vista amplio o global. Se trata de información confidencial, es decir, que se suministra en confianza (del latín *fidare*, *fiar*). Secreto es una palabra fuerte, como demuestra una aproximación asociativa. Inmediatamente se piensa en la “violación” del secreto. ¿Quién es el violador?, ¿quien lo revela o quien lo arrebató? Y quien posee un secreto y lo revela es considerado un traidor. Se habla de “penetrar” un secreto, otra connotación sexual de la violación. En tanto “mantener” o “soltar” o “largar” un secreto también se vinculan con la noción de continencia/incontinencia antes aludida.

“Estar en el secreto es aceptar o surgir una red de complicidades”. Pero “detentar” un secreto puede suscitar la amenaza o exigencia de confesión. Por eso, la historia del secreto está vinculada, en algunos aspectos, a la tortura. Pero, al mismo tiempo, a la fidelidad, por parte de quien lo guarda, con el secreto mismo.

## II. SECRETO: EL ARCANO DE LAS AUTOCRACIAS

Un indicio de la vinculación estrecha del secreto con el poder surge de que uno de los temas más recurrentes de los escritores políticos, según lo señala Bobbio,<sup>47</sup> haya sido el de los *arcana imperii*. Ese pensador cita a

<sup>46</sup> Vincent, Gérard, *Una historia del secreto*, en Philippe Ariès y Duby, Georges, *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 2001, t. 5, p. 160.

<sup>47</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1993, p. 72.

Clapmar, el autor del escrito más conocido sobre el tema que lo trató en su obra *De arcanis rerum publicarum* (1605).

Bobbio sostiene que para Clapmar el objetivo del secreto es doble: conservar la forma de Estado en cuanto tal (*arcana imperii*) y conservar la forma de gobierno existente para que la monarquía no degenera en aristocracia y, ésta, a su vez, en democracia (*arcana dominationis*). Y concluye que en la categoría de los arcana están comprendidos dos fenómenos, diferentes pero muy vinculados: el fenómeno del poder oculto o que se oculta, que es el tema clásico del secreto de Estado, y el poder que oculta, que se refiere al tema de la mentira útil (útil porque es lícita). Entonces, en este entendimiento, el secreto es más propio de las autocracias que de las democracias.

### III. LOS SECRETOS EN LA DEMOCRACIA. CLASIFICACIÓN

Una primera aproximación a la problemática del secreto periodístico nos aconseja tener en cuenta que en la democracia conviven muchas manifestaciones del secreto.

Por cierto, en el sistema republicano existe una relación directa entre publicidad de información, transparencia y funcionamiento de la democracia. Esto permite afirmar que en una democracia se presume la publicidad de la información. Pero tanto por motivos de interés público como privado, la ley puede establecer una pluralidad de ámbitos de secreto o reserva que escapan a la mirada de lo público. Asimismo, hay ámbitos del secreto que no están establecidos por las normas, pero que nacen de la práctica cotidiana de ejercicio del poder.

#### *Existen distintos secretos*

1) *Secretos políticos. Las motivaciones.* En una democracia hay instancias de decisión que se toman en secreto, en los despachos de gobierno, y cuyas motivaciones no se hacen explícitas. En efecto, las leyes y demás normas, en general, son públicas, y sus motivaciones jurídicas quedan expresadas en los fundamentos que las acompañan cuando son enviadas al Congreso nacional o cuando las leyes, decretos y resoluciones son publicados en el boletín oficial. Pero esas motivaciones explícitas no siempre transparentan las verdaderas motivaciones políticas; que-

dan ocultas. Para ahondar más el abismo entre el poder y la gente, a la que se la sustrae de información que naturalmente debería ser pública, algunas leyes prescriben la obligación del funcionario de mantener silencio o discreción sobre los asuntos que llegan a su conocimiento durante su servicio.<sup>48</sup> No siempre la disposición que establece el secreto surge de una ley ni, mucho menos, está limitada en el tiempo.<sup>49</sup>

2) *Secreto de Estado por razones de inteligencia y de seguridad. Gastos reservados.* Es natural que el Estado, en aras de preservar la integridad del país tanto en épocas de normalidad constitucional —por ejemplo, la ley orgánica de la SIDE, Ley S 20.195, que regula su funcionamiento— como en épocas de emergencia constitucional, pretenda mantener el secreto, sea por motivos de seguridad interior o exterior.<sup>50</sup>

3) *Secreto fiscal.* El secreto fiscal está establecido en el artículo 10 de la ley 11.683, y según la doctrina y la jurisprudencia tiene fundamento en la necesidad de darle protección al contribuyente, que está conminado de confesar al fisco la magnitud y detalles de sus ingresos, pero, en forma indirecta, proteger la recaudación fiscal.<sup>51</sup> Pero no se trata de un secreto absoluto, porque el mismo artículo citado anteriormente dispone que el secreto no rige cuando, por desconocerse el domicilio del contribuyente, sea necesario recurrir a la notificación por edictos, ni tampoco rige para los organismos recaudadores nacionales, provinciales y municipales ni para las personas o empresas que contrate de la Administración Nacional de Ingresos Públicos.

<sup>48</sup> La ley 22140, Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, artículo 27, establece esa esfera de secreto cuando obliga al personal a guardar “discreción sobre todos los hechos y las informaciones de los que tenga conocimiento en el ejercicio de la función”. Lo mismo puede decirse sobre la ley 24.600, sancionada en 1995, sobre Estatuto y escalafón para el personal del Congreso de la Nación, artículo 43, inciso c.

<sup>49</sup> La exigencia de que las excepciones al principio de publicidad surjan de una ley nace del principio de la forma republicana de gobierno (artículo 1, Constitución Nacional), del cual es un desprendimiento cualquier otra norma que establezca la publicidad de los actos de gobierno.

<sup>50</sup> El decreto 44/07 reveló del secreto de inteligencia a militares, ex militares e integrantes de fuerzas de seguridad que fueran citados como imputados en las causas abiertas para investigar casos de violaciones a los derechos humanos.

<sup>51</sup> Este secreto ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia. *Cfr. Fallos* 244: 418. La Corte estableció que existe en las declaraciones juradas e informes de los contribuyentes ante la DGI, información que está alcanzada por el secreto fiscal y otra que no lo está.

4) *Secreto para investigar conductas delictivas*. No sólo nos referimos a las leyes procesales que admiten el secreto del sumario durante un cierto periodo de la instrucción criminal de un delito,<sup>52</sup> sino también a las leyes especiales vinculadas con el sistema penal, sea que regulen algunas esferas que rozan la intimidad de las personas<sup>53</sup> o sea que se trate de leyes que habiliten operaciones secretas para investigar ciertas actividades realizadas por asociaciones delictivas (mafias, organizaciones terroristas, lavado de dinero), para combatir las cuales se necesitan ejecutar técnicas de obtención de información vinculadas con la infiltración. Aquí, el secreto también es indispensable, con el ineludible control del Poder Judicial para evitar los abusos.

5) *Secreto bancario*. La ley de Entidades Financieras dispone que no podrán dar información que cuenten sobre sus clientes, aunque la norma establece excepciones que permiten que las entidades entreguen esa información al Banco Central o a organismos recaudadores. Su finalidad es proteger la privacidad y la seguridad de las personas. Es un secreto que tiene una de sus primeras caracterizaciones en Francia, en la época real, donde se plasmó el concepto en *La grande ordonnance sur le comerce*, de 1706, y que se reitera en 1724, cuando el Consejo de Estado francés dispuso que los agentes de cambio no podrán mencionar en ningún caso a las personas que les hayan encargado negocios, a los que tendrán que guardar en secreto inviolable, y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.<sup>54</sup> También son secretas las informaciones recogidas por la Comisión Nacional de Valores, en ejercicio de sus facultades de inspección e investigación.<sup>55</sup>

6) *El secreto comercial e industrial*. Está previsto por la ley 24.766, de confidencialidad sobre información y productos, que están legítimamente bajo el control de una persona y que se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos. Es una manifestación del secreto privado, pero protege no ya la intimidad de la persona, sino su esfera comercial y la utilización de la información patentada. Este secreto tampoco es absoluto: bien tiene excepciones, como por ejemplo la

<sup>52</sup> Por ejemplo, Código Procesal Penal de la Nación, artículo 204.

<sup>53</sup> Ley 22.117, de Registro Nacional de Reincidencias y Estadística Criminal y Carcelaria.

<sup>54</sup> Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, México, Porrúa, 2002, p. 24.

<sup>55</sup> Ley 17.811, artículos 9 y 46.

ley 25.675, que establece que las empresas de servicios públicos o industrias que realicen actividades riesgosas para el medio ambiente están obligadas a brindar información ambiental.

7) *Las normas secretas*. En principio, las normas son públicas, pero excepcionalmente, razones de seguridad permiten que el Congreso o el Poder Ejecutivo dicte normas secretas (S). La controversia en torno a la existencia de las leyes secretas o reservadas fue claramente expuesta por Sagüés cuando dijo que “la Argentina tiene así el discutible privilegio de pertenecer al club legislativo más curioso del mundo: el de países con leyes secretas. Muy pocos, en rigor de verdad, se animan hoy a inscribirse en él”. En su libro *Las leyes secretas*,<sup>56</sup> Sagüés asumió que “es evidente que las leyes secretas son un tema de derecho-ficción”, y que “para darles algún andamiaje y apariencia de legitimidad, parte de la doctrina argentina ha puesto en marcha institutos a su vez anómalos y sibilinos, como las sesiones secretas, las promulgaciones secretas, la ejecución secreta de la ley, la exención de revisión de constitucionalidad, el libro de leyes secretas, una verdadera pesadilla jurídica en definitiva”. En definitiva, el requisito de publicación de la ley es un corolario de lo expresado en el precepto constitucional con respecto a que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. En la Argentina rigen 145 leyes secretas y una gran cantidad no precisa<sup>57</sup> de decretos,<sup>58</sup> y se puede decir que estas normas es-

<sup>56</sup> Sagüés, Néstor P., *Las leyes secretas*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 23-25.

<sup>57</sup> Diario *La Nación*; 7 de junio de 2004, p. 1. Las denominadas leyes secretas no son patrimonio exclusivo de los gobiernos militares, que dictaron la mayoría de ellas. En efecto, la primera fue dictada en 1892, durante el gobierno de Carlos Pellegrini; entre los gobiernos constitucionales de Luis Sáenz Peña y Juan Domingo Perón fueron dictadas 23, y la nómina sigue en los gobiernos posteriores.

<sup>58</sup> Las dos primeras leyes se dictaron en 1891: fueron la ley 2802, por la que se autorizó la compra de fusiles Máuser para el ejército, y la ley 2851, por la que se aprobó un tratado de límites con Bolivia. Más adelante recayeron sobre temas muy variados y hasta insólitos. A título de ejemplo, basta citar una ley de 1971, que eximió del pago de impuestos a la compra de un juego de cristalería y porcelana para la Quinta de Olivos; la ley “S” 18.302, sobre gastos reservados; la ley “S” 19.373/71 que contiene disposiciones que rigen al personal civil de la SIDE, y, así, sucesivamente, incluyendo muchas normas dictadas en democracia, como el decreto 1069/95, referido al sistema de remuneración de los funcionarios públicos específicamente en lo atinente a los viáticos. El 14 de junio de 2006, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal respaldó la constitucionalidad de las leyes secretas, sin distinguir por razón de su contenido, es

tán tan arraigadas en nuestra historia como el constitucionalismo. Incluso, la Corte Suprema avaló la existencia de normas secretas en el caso Lino de la Torre.<sup>59</sup> Finalmente, el Congreso nacional, mediante una ley del 16 de agosto de 2006, decidió dar a publicidad las leyes secretas, pero no los decretos secretos, que siguen siendo reservados.

La existencia de normas secretas colisiona con el régimen republicano que establece la Constitución (artículo 1o.); con el principio de soberanía del pueblo (artículo 33); con la obligación del presidente de la nación de publicar las leyes (artículo 99, inciso 3) y, básicamente, con el principio de legalidad (artículo 19), pues no sólo la ley obliga a los ciudadanos en tanto es conocida por ellos, sino que, además, la ley, en un Estado de derecho, debe imperar sobre la voluntad de los gobernantes.

8) *Sesiones secretas de órganos deliberativos*. Los reglamentos permiten sesiones secretas de las Cámaras legislativas, y también las hubo en el Consejo Nacional de la Magistratura. También se realizan a puertas cerradas los acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de otros tribunales superiores.

9) *Secretos para proteger la esfera privada*. La legislación reconoce el derecho de los individuos a preservar su esfera de intimidad y de privacidad alejada de la mirada del público (artículo 19 de la Constitución Nacional), y una de las formas de protección que le brinda es la del secreto profesional, establecido por leyes o códigos de conducta de cada profesión (médicos: el juramento hipocrático tiene estatus legislativo en la ley 17.132, artículo 11; abogados: artículo 6o., ley 23.187; escribanos: ley orgánica notarial 404, sancionada en 2000 por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, etcétera). El legislador opta por garantizar una amplia esfera de reserva en el ámbito de las relaciones de quienes desempeñan profesiones liberales, oficios, empleos o cargos, con sus clientes o

decir, sin circunscribir la validez a las que se dictan por motivos de seguridad e inteligencia. Con ello, también avaló las que se usaron para pagar sobresueldos.

<sup>59</sup> CSJN Fallos 19:331. Lino de la Torre era un periodista director del diario *El Porteño*, que publicó una sesión que el Congreso había calificado de secreta. Luego de que la Cámara de Diputados calificó esa publicación de desacato, el periodista hizo una nueva publicación. Entonces, la Cámara de Diputados dispuso su arresto. La Corte, en 1877, si bien no reexpidió sobre el secreto, consideró que la prisión había sido ordenada por el órgano competente y denegó el pedido de excarcelación, con lo cual implícitamente convalidó la posibilidad de existencia de sesiones secretas en el Congreso. Sagüés, Néstor, *op. cit.*, p. 78; Basterra, Marcela, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 400.

pacientes, por un lado, para favorecer el desarrollo de aquellas actividades y, por el otro, para garantizar que no saldrán a la luz aspectos íntimos de los pacientes o clientes en interés de éstos, del prestigio de las citadas profesiones, y de la comunidad en general. En definitiva, el bien jurídico protegido es la libertad del individuo,<sup>60</sup> a través del resguardo de su privacidad.

10) *El secreto de la confesión*. Del mismo modo, el secreto más íntimo e inviolable quizá sea el secreto religioso, como surge del canon 889 del Código de Derecho Canónico de 1917, reformado en 1991. Y el canon 890 dispone: “Le está prohibido en absoluto al confesor hacer uso, con gravamen del penitente, de los conocimientos adquiridos por la confesión, aunque no haya peligro alguno de revelación”.

#### IV. SANCIONES POR VIOLACIÓN DE SECRETOS

La legislación penal incluye, a lo largo de su articulado, varias normas que tutelan esos secretos:

1) *Los secretos oficiales*. Tienen a proteger las funciones del gobierno y del Estado. Son ellos los previstos en los artículos 51, 157, 222 y 223 del Código Penal Nacional.

2) *El secreto fiscal*. Encuentra su fundamento en la protección de la recaudación, garantizando la confidencialidad de los datos aportados por los obligados. Su violación está prevista en el artículo 101 de la ley 11.683. Sin embargo, en la causa Bonelli,<sup>61</sup> la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal abordó el asunto de la penetración de ese secreto por un periodista, y entendió que éste actúa amparado con una causa de justificación. El juez federal de primera instancia, Claudio Bonadío, había dictado el procesamiento del periodista, pues entendió que el haber dado a publicidad información relacionada con una investigación que la AFIP llevaba adelante contra el denunciante —el ex intervector en el PAMI, Víctor Alderete— había violado el secreto fiscal impuesto por la citada ley. La Cámara revocó la decisión y sostuvo que

...una interpretación extensiva de la norma que abarque sin límites a todos los terceros, incluso a aquellos que ninguna relación guardan con el mane-

<sup>60</sup> Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1988, t. IV, p. 134.

<sup>61</sup> Causa, 17.771, “Bonelli, Marcelo y otros s/procesamiento”.

jo y custodia de la información —como lo hace el a quo—, podría estar en pugna y violentar principios que se hallan inmersos en la Constitución nacional y en los respectivos tratados a ella incorporados... Tal criterio parece razonable en relación a aquellos funcionarios y empleados vinculados justamente con la recepción, manejo y elaboración de la información, así como también respecto a los terceros que accedan a ellas en razón de una tarea específica, más la extensión de la restricción a cualquier tercero de ningún modo puede ser ilimitada, de modo de entenderse como una previsión de carecer absoluto e indiscriminada que atente o reduzca aquellos derechos fundamentales que fueran reconocidos... Ello se manifiesta de un modo evidente aún si, como en el caso, pretende abarcarse con la misma prohibición entre los terceros indiscriminados a los periodistas, puesto que la tarea específica y propia de la profesión que deben cumplir es justamente la de dar y recibir información.

3) *Lavado de dinero*. La República Argentina, dentro del marco de los compromisos internacionales asumidos por la Convención Interamericana contra la Corrupción, sancionó la ley 25.246, de mayo de 2000, sobre encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo, que dispuso la creación de la Unidad de Investigación Financiera y, que obliga a quienes desempeñen algunas profesiones matriculadas a informar sobre la existencia de operaciones ilícitas previstas en la ley (operaciones sospechosas).

4) *Violación del secreto profesional*. Se halla protegido por los artículos 156, CP, Violación de secreto particular; artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación, que permite entender mejor el artículo citado anteriormente; 156, CP. En cuanto a la revelación, sólo está justificada cuando se hace por justa causa. Es justa causa, según la doctrina: 1) que el profesional tenga un objetivo justificado; 2) que el interés legal buscado con la revelación del secreto sea superior al interés de reserva del secreto (hay obligaciones legales de declarar y denunciar que pesan sobre el médico, como por ejemplo la de denunciar a la autoridad los nacimientos, defunciones y enfermedades infectocontagiosas (ley, 12.317), lepra (11.359), venéreas (12.331), sida (decreto 1244/91, artículo 2o., inciso c), que obliga a denunciar ante el Sistema Nacional de Sangre); en cambio, la ley no le impone al abogado obligación de denunciar); pero nótese que el artículo 177, inciso 2, del Código Procesal Penal (ley 23.984), cuando establece que los profesionales y personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar tendrán la obligación de denunciar los delitos y la integridad física

que conozcan al prestar auxilios, los exime de ese deber cuando “los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”; 3) que la revelación sea necesaria para proteger un interés superior; el estado de necesidad, la legítima defensa o el ejercicio de un derecho, esto es, la justa causa objetiva;<sup>62</sup> 4) el consentimiento del interesado. La ausencia de justa causa es un elemento normativo del tipo, y por ello la revelación justificada sería atípica. Para Núñez<sup>63</sup> y Soler,<sup>64</sup> la regla es el deber de mantener el secreto profesional, y la excepción, el deber de revelarlo por justa causa. También cabe señalar que no se requiere que el secreto sea impuesto en forma expresa por el paciente o cliente, pues el artículo 11, ley 17.132, establece que “todo aquello que llegue a conocimiento de los médicos, con motivo o razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo los casos en que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor”, por lo cual el secreto profesional se presume. Así también surge del artículo 5o., ley 23.187, que regula la colegiación de los abogados.

5) *Secretos procesales*. Aparecen distintas manifestaciones en el artículo 18 de la Constitución nacional, cuando establece el derecho a no autoincriminarse, y en muchas otras disposiciones de la legislación procesal, ya como facultad de declarar o no, ya como prohibición de hacerlo. Así ocurre en los artículos 178, 242 y 243 de la ley federal de rito, para determinados parientes, tutores y otras personas, en contra del imputado, para proteger determinados vínculos familiares, legales y personales, aun cuando su ejercicio conduzca al fracaso de una investigación criminal.

6) *Secretos privados*: que protegen la intimidad de las personas. Están tutelados por el artículo 19 de la Constitución nacional y por los artículos 153 (atentados a la correspondencia), 154 (violación de correspondencia por autor calificado) y 155, CP (publicación indebida de correspondencia).

7) *Secreto comercial*. Está previsto por la ley 24.766, de confidencialidad sobre información y productos que están legítimamente bajo el control de una persona.

8) *Secreto de datos personales*. Hábeas data. En 2000, la ley 25.326, en su artículo 32, incorporó al Código Penal el artículo 117 bis (registro

<sup>62</sup> Breglia Arias, Omar, *op. cit.*, p. 47.

<sup>63</sup> Núñez, *Derecho penal*, t. V, p. 131.

<sup>64</sup> Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 138.

y suministro de datos personales falsos), artículo que también introdujo, mediante su segundo párrafo, una reforma en el artículo 157 bis del Código Penal (violación de datos personales).

## V. PLURALES ESFERAS DE SECRETOS

Como se ve, en la sociedad democrática se presentan muchas manifestaciones del secreto. Como dijimos, algunos están impuestos para proteger la esfera privada. Otros, para proteger la esfera de lo público.

Específicamente, en la esfera pública, el principio que dimana del principio republicano de gobierno que establece la Constitución nacional, del cual surge la publicidad de los actos de gobierno. Cualquier restricción debe tener amparo legal y estar justificada frente a la Constitución. Pero también existen secretos que no tienen justificación ni legitimidad alguna y que nacen de la pretensión de las autoridades por ocultar información.

## VI. EL SECRETO PERIODÍSTICO. ESPECIFICIDAD

El secreto periodístico es distinto de otras clases de secretos, y, también, tiene un ámbito de aplicación más amplio que el derecho de acceso a la información pública.

### 1. *Los intereses en juego*

Las diversas clases de secretos explicados en el capítulo anterior tienen algunas similitudes con el secreto propio de la actividad periodística, pero no pueden confundirse con el secreto periodístico.

En efecto, por un lado, los secretos que tutelan la esfera de lo privado están establecidos para proteger la intimidad y la libertad individuales (violación de correspondencia, secreto de los datos personales, secreto profesional); la actividad privada comercial, que es un aspecto protegido por el derecho a la protección de la esfera privada del artículo 19 de la Constitución nacional y el patrimonio y la inversión (secreto comercial). Hay un preponderante interés privado en juego. Por el otro, los secretos con incidencia en la esfera de lo público, en tanto, apuntan a preservar ciertos datos y sustraerlos del conocimiento del público, ya en aras a pro-

teger la intimidad de las personas (secreto de los registros públicos de reincidencia penal, etcétera), o bien un interés estatal específico, como ocurre con el interés del Estado en el éxito de la persecución penal (secreto del sumario), la recaudación (secreto fiscal) o la defensa nacional (normas secretas, gastos reservados, actividades de espionaje). En estos secretos hay un interés estatal preponderante. Y, en esos casos, la legislación penal, como vimos, intenta darle tutela a esos distintos intereses privados y estatales.

Estos secretos referidos hasta aquí se pueden subsumir en dos categorías:

- 1) Secreto de interés privado, donde entran los establecidos para proteger la esfera privada.
- 2) Secreto de interés oficial, creados para proteger un interés específico del gobierno o del Estado.

Estas dos categorías del secreto coexisten con una tercera categoría, que apunta a proteger un interés distinto.

- 3) Secreto de interés social: creado para proteger la libertad de prensa y el derecho del pueblo a estar informado.

## 2. *Secreto de interés social*

En el secreto periodístico, establecido en defensa del interés social, está en juego la defensa de un interés distinto al de aquellas otras dos categorías de secreto. No trata de proteger el interés del individuo a conservar su propia esfera de privacidad ni tampoco algún específico interés del Estado, sino el interés de la sociedad a la libertad de información, a su obtención, conocimiento y a su circulación.

Consideran Badeni y Vanossi, que la información es un derecho subjetivo de naturaleza pública. En aras a proteger ese derecho a la información, la ley puede proteger un interés social en obtener y difundir esa información con la mayor amplitud.

Veremos, en otra parte de esta tesis, si se puede obligar al periodista a revelar el secreto periodístico o si se pueden disponer allanamientos de domicilios o secuestros de materiales o elementos de trabajo en aras a obtener la fuente. Pero hay que ser conscientes de que si la ley o la jurisprudencia permiten hacerlo, no sólo se convertirá al periodista, posiblemente, en el primer testigo citado por el demandante, querellante o acusador, sino

que también cualquier medida tendrá impacto en la circulación de información que el poder se niega a entregar.

Así como el secreto profesional del médico o del abogado no es un privilegio, sino un instrumento que garantiza el ejercicio de una actividad sin restricciones, en aras a hacerle sentir al cliente o paciente que tiene asegurada su intimidad, el secreto periodístico tiene la finalidad de brindarle al pueblo y al periodista la posibilidad de que pueda tener acceso a información.

### 3. *El secreto profesional y el secreto periodístico. Diferencias*

De todas las clases de secretos que vimos, el secreto periodístico se aproxima en alguna medida al secreto profesional, a punto tal que algunos autores, en mi parecer con un criterio que no comparo, lo consideran una especie del mismo y aplican sus normas.<sup>65</sup>

Por cierto, hay algunas similitudes entre ambos secretos: 1) la confidencialidad, y 2) ambos pueden ser secretos compartidos (que conocen otros profesionales o compañeros de trabajo del periodista, según los casos) o derivados (pues lo conocen los auxiliares por las tareas que realizan); 3) en ambos casos, el secreto puede extenderse tanto sobre la identidad del confidente como sobre la información suministrada.

Sin embargo, existen marcadas diferencias entre el secreto profesional y el secreto periodístico, en los más variados aspectos:

1) *Bien jurídico tutelado*. El secreto profesional protege la intimidad del cliente en su relación con el profesional y el desenvolvimiento de una profesión. También se ha sostenido que el bien jurídico protegido en última instancia es la libertad del individuo,<sup>66</sup> a través del resguardo de su privacidad. El secreto periodístico, en cambio, tutela la libertad de búsqueda de informaciones, el derecho a la información.

2) *Identidad*. Si bien ambos secretos pueden extenderse sobre la identidad del confidente o, también, sobre la información suministrada para defender su intimidad,<sup>67</sup> en el secreto periodístico no entra en juego la in-

<sup>65</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, p. 343.

<sup>66</sup> Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1988, t. IV, p. 134.

<sup>67</sup> Sobre el secreto profesional del artículo 24.2 CE, como elemento vinculado con la intimidad y como deber, el Tribunal Constitucional de España, en la STC 115/2000, del 5

timidad de la fuente, sino que la discusión pasa, en principio, por su identidad, por la posibilidad de que se la identifique o permanezca anónima. Y si bien el periodista, a veces, no publica toda la información que recibe, muchas veces sí lo hace.

3) *Naturaleza y extensión.* El secreto médico o abogadil es más amplio que el periodístico, pues el deber de silencio se proyecta no sólo sobre la naturaleza o tipo de enfermedad o consulta, sino, además, también todas las circunstancias inherentes confiadas por el paciente/cliente al médico/abogado (secreto confiado), como también aquellas circunstancias advertidas por el profesional (secreto advertido) cuya revelación pueda significar un daño al paciente o a sus familiares. Eso es lo que establece el juramento hipocrático en su párrafo quinto. Nada más ajeno a la naturaleza del secreto periodístico, que como se dijo, pretende tutelar el origen de la información que se publica, y según las normas de algunos países, la intangibilidad de los materiales (documentos y registros de audio y gráficos) recogidos por el periodista o recibidos por él, pero los datos confiados o advertidos pueden ser transmitidos libre-

de mayo de 2000, a raíz del recurso de amparo promovido por María Isabel Preysler Arrastia, que se sintió agraviada en su intimidad por los datos publicados en el número 1942 de la revista *Lecturas*, del 23 de junio de 1989, y en sucesivos números semanales, bajo el título “La cara oculta de Isabel Preysler” —se publicó un extenso reportaje con abundante información gráfica, en el que María Alejandra Martín Suárez, que había trabajado durante cierto tiempo en el domicilio de la persona a la que se refería dicho reportaje cuidando a una de sus hijas, expresaba sus opiniones y exponía múltiples hechos y situaciones relacionados con la señora Preysler Arrastia y sus familiares, amigos, así como sobre el hogar y los modos de vida habituales de quienes convivían en el mismo— el TC dijo, en el considerando sexto: “Ha de tenerse presente, además, que aquí concurre una circunstancia particular a la que antes se ha hecho referencia y sobre la que ahora conviene volver más detenidamente, a saber: que el acceso al ámbito de la vida personal y familiar de la Sra. Preysler Arrastia por parte de la declarante en el reportaje aquí considerado, Alejandra Martín Suárez, se vio facilitado por el trabajo que, como niñera de su hija Tamara, prestó durante unos dos años en el hogar de aquélla. El presente caso se caracteriza, pues, por la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente... De lo que claramente se desprende que, en el presente caso, nos encontramos ante una intromisión en la intimidad personal y familiar de la recurrente causada por el reportaje publicado en la revista *Lecturas* que cabe reputar como ilegítima no sólo por el contenido de éste, como antes se ha apreciado, sino también por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional. Y resulta evidente, en atención a esta circunstancia, que el mencionado medio de comunicación debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública, extremo sobre el que se volverá más adelante”.

mente por el periodista. Claro que esto no quiere decir que el periodista sólo tiene el derecho de omitir la fuente y la obligación de publicar la información. Respecto de esto último, nadie puede obligar al periodista o al medio a publicar la información que desea mantener en silencio, porque ello viola el derecho al silencio. Y, como veremos más adelante, en algunos países tampoco puede un juez obligar a un periodista a entregar aquellos documentos o registros ni a revelar información o escuchas telefónicas para obtener tal información.

4) *No presunción del secreto*. Mientras las leyes generalmente establecen en forma expresa —así ocurre, por ejemplo, en la Argentina— que la información que reciben los médicos y abogados, por citar algunos profesionales, debe preservarse en secreto —salvo excepciones establecidas por ley—, de modo que el ordenamiento no requiere que la reserva sea expresamente acordada en cada oportunidad por los pacientes o clientes con los profesionales, no existe ninguna norma que establezca que las fuentes hablan bajo secreto. El secreto periodístico no se presume, sino que sólo surge cuando el periodista o el medio lo pacta expresamente con su fuente.

En principio, toda persona que está dispuesta a entrar en contacto con un periodista o medio de comunicación, cuyas actividades apuntan a difundir información, es consciente de la alta posibilidad de que la información que suministra vaya a ser difundida. La propia naturaleza de la actividad hace suponer que así vayan a ocurrir las cosas. Por eso, en muchas ocasiones la fuente de información pide expresamente que se conserve el secreto del origen de la información.

Ese deber de sigilo de los profesionales está establecido como consecuencia del carácter de confidente necesario que ellos tienen para quienes recurren a sus servicios. El paciente o el cliente no podrían, de otra manera, llevar adelante su cometido de curarse en salud o solucionar sus problemas legales si no le cuentan al profesional asuntos propios de su intimidad. Muy distinta es la situación de la fuente del periodista.

5) *No hay obligación de denunciar ante autoridad pública*. Mientras las leyes generalmente establecen que aquellas personas que pueden ampararse en el secreto profesional deben, excepcionalmente, denunciar algún presunto delito (los contadores deben denunciar operaciones sospechosas) o situación (por ejemplo, cuando advierten enfermedades infectocontagiosas), esta obligación no pesa sobre el periodista. El periodista no es funcionario público, y las leyes tampoco podrían establecer

esa obligación. Los periodistas sólo publicarán tales informaciones si se dan ciertas circunstancias que rodean al caso de interés público o institucional, pues de otra forma podrían ser responsables civil o penalmente por afectar el derecho a la privacidad.

6) *Relevar y revelar el secreto; publicar.* El cambio de los factores sí altera el producto. En efecto, un mero cambio de sílabas muestra la diferencia. El secreto profesional cede cuando el interesado releva al profesional de mantenerlo o cuando aquél lo revela voluntariamente. Es la solución que establecen las leyes que regulan esas profesiones y también, en algunos casos, las normas procesales (artículo 244, Código Procesal Penal de la Nación). Por el contrario, puede sostenerse que el periodista, para no mostrar cuáles son sus canales de acceso a la información, se puede negar a revelar la fuente ni tampoco queda obligado cuando la fuente lo releva de mantener el secreto, aun cuando la fuente lo autorice expresamente o se dé a conocer públicamente en forma directa o indirecta.<sup>68</sup> Esto es consecuencia del distinto interés en juego, individual en un caso y social en el otro. El interesado que recurre a un profesional es dueño o responsable de la información que le suministra, y que sólo a él le incumbe. Es muy distinta la situación que enfrenta el periodista, que tiene un interés legítimo en preservar a esa fuente o a otras muchas que pueda tener, y en no revelar sus canales de acceso a la información.

Mientras la acción típica de violar el secreto profesional es “revelar” el secreto a una o más personas que no participan del mismo (conducta que no exige publicar o difundir; en la Argentina, artículo 156, Código Penal), la acción del medio de comunicación es la de difundir, divulgar o publicar la información a una pluralidad de personas, indeterminadas (diario, radio, televisión abierta) o determinable (televisión por cable o servicios de información *on line* punto a punto).

7) *Distintas normas.* En algunos países, el secreto profesional, desde el punto de vista normativo, está limitado a algunas profesiones liberales o a ciertas actividades, por normas que son distintas de las que establecen o regulan el secreto periodístico. Así, por ejemplo, la Constitución de

<sup>68</sup> Si bien es habitual que la fuente de una información suministrada en *off the record* prefiera mantener su anonimato a lo largo del tiempo, excepcionalmente ocurre que se da a conocer en forma indiciaria. Es lo que sucedió en los casos Triacca (CSJN) y, también, en el escándalo por sobornos en el Senado de la Nación que reveló el diario *La Nación* (Argentina).

España se refiere al secreto profesional en el artículo 24.2, mientras que reconoce el secreto periodístico en el artículo 20.1.d) y, en la Constitución argentina, el llamado secreto profesional, que también ampara a artes y oficios, no tiene consagración constitucional, mientras que sí lo está el secreto periodístico en el artículo 43.

8) *Distinta jerarquía normativa*. Por lo demás, el hecho de que el constituyente argentino haya elevado el secreto periodístico a rango constitucional y no haya hecho lo propio con los secretos profesionales genéricos indica que no merecen, al menos en algunos países como el nuestro, igual consideración social.

9) *Las motivaciones para comunicarse con el periodista no se limitan a la confianza*. El secreto profesional entre el médico o el abogado y su paciente o cliente se apoya en una relación de confianza en el profesional, sea directa, en su persona o indirecta, en la institución para la cual trabaja<sup>69</sup> o en el estado de necesidad en que se encuentra el confidente (cliente o paciente). Por el contrario, la actitud de la fuente frente a los medios de comunicación es bien distinta. Cuando un periodista debe realizar una nota, sea policial, política, social o de investigación, recurre, casi a un mismo momento, a diversas personas que pueden tener conocimientos sobre el tema, algunas de las cuales le imponen el compromiso de reservar su identidad, como condición para suministrar la información. Es el periodista quien, normalmente, sale a buscar a las fuentes y a ganar su confianza, y no al revés. Y, habitualmente, las fuentes no hablan con el periodista compelidas por un estado de necesidad, sino por una decisión de transparentar una situación que conocen o por algún motivo egoísta que el periodista no siempre advierte. En muchos casos, directamente no existe confianza entre periodista y sus fuentes, y si aquél obtiene la información es porque sus fuentes tienen algún interés en difundirla. Tan distinta es la situación en que se mueven los profesionales y los periodistas, que es usual que la fuente periodística que pide reserva de identidad, en forma paralela, posiblemente suministre la misma información, el mismo día, a dos medios de comunicación distintos, diciéndole o ocultándole al periodista que otro medio está al tanto de la misma información.

<sup>69</sup> Quiroga Lavié, Humberto, “La protección de la intimidad y la regulación del secreto”, en la obra colectiva coordinada por Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho a la información y derechos humanos*, México, UNAM, 2000, p. 503.

10) *Distinta naturaleza económica de la relación*. La actividad profesional se presume remunerada, y quien concurre a un profesional sabe que éste le cobrará sus servicios profesionales, a menos que sea funcionario público —en cuyo caso es toda la sociedad la que le paga su labor—, o que decida trabajar gratuitamente. Por el contrario, quien suministra una información al periodista, la fuente, habitualmente no paga para difundirla, sino que lo hace gratuitamente e, incluso, a veces le pide al medio que le paguen a él la información, pedido que será satisfecho o no según las pautas éticas con las que se maneje cada medio. Aún así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Tillack, acaba de proteger el secreto periodístico invocado por un periodista que pagó a un funcionario europeo para obtener la información.<sup>70</sup>

11) *Distinta naturaleza jurídica de la relación*. El secreto profesional está habitualmente regulado como un deber jurídico, del que pueden derivarse obligaciones y derechos frente a los poderes públicos, sin perjuicio de que, según las circunstancias, pueda existir el deber del silencio absoluto o, en otras, el deber sea relativo, y puede ser relevado por orden judicial. Así está conceptualizado el secreto profesional en diversos países, como en España y en la Argentina. Como bien señala Carrillo,<sup>71</sup> “es al legislador a quien le corresponde determinar cuáles son las profesiones que pueden quedar exentas de declarar por razón de parentesco o secreto profesional”. En cambio, el secreto periodístico puede estar regulado, según los países, como un deber, un derecho o una garantía.

12) *Responsabilidad jurídica*. Mientras la revelación sin justa causa del secreto profesional habitualmente conlleva, en las distintas legislaciones, responsabilidad civil o penal, la revelación del secreto periodístico no trae aparejadas las mismas consecuencias, por lo menos en los países donde el secreto periodístico está regulado como un derecho (en Suecia, la situación es distinta, porque el secreto periodístico es un deber establecido en función de proteger a la fuente, y su revelación puede traer aparejada responsabilidad).

13) *Citación como testigo*. El profesional que es llamado a declarar como testigo y se niega a brindarla, puede incurrir en responsabilidad pe-

<sup>70</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Tillack c. Belgique*, 27 de noviembre de 2007.

<sup>71</sup> Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los comunicadores”, en la obra colectiva coordinada por Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 69, p. 420.

nal. Por el contrario, el periodista no incurre en responsabilidad ni sanción alguna. Debe concurrir a testimoniar, pero no está obligado a revelar la fuente. La amplitud con que se reconozca esta prerrogativa tiene relación directa con la consideración que la legislación de cada país le da a la libertad de información y con que protege ese interés social.

14) *Causas de justificación*. La revelación del secreto profesional puede estar justificada por la existencia de justa causa (156 CP), por la existencia de un estado de necesidad (artículo 345, 3 CP), por la defensa del propio interés (artículo 34, 6 y 7 del Código Penal) o en ejercicio de un derecho (artículo 34, 4 CP); por ejemplo, revelar un secreto para ejercer el derecho de cobrar honorarios por el trabajo). En cambio, la revelación del secreto periodístico no hace incurrir en el delito del artículo 156 CP, y por lo tanto no tiene sentido hablar de justa causa en los términos de esa norma. Disiento, en este punto, con Badeni, pues el constitucionalista sostiene que el artículo 156 convierte el deber ético del periodista de no revelar el secreto en un deber jurídico de no revelarlo, y esa norma sería aplicable si el periodista difunde la fuente y causa un daño a ella. Salvo que —dice— haya justa causa para revelar, en cuyo caso si el resguardo de la fuente puede generar daños para el periodista, éste queda relevado del deber de confidencialidad. No creo que sea así, El deber ético de no revelar no se compadece con un deber jurídico. Ese artículo del Código Penal no es aplicable. Son tantas las diferencias entre uno y otro secreto, que, en rigor, el secreto periodístico no puede ser encuadrado en la norma referida al secreto profesional. Además, si el segundo fuera una manifestación del primero, debería tener otra consecuencia: la violación del secreto periodístico sin justa causa debería acarrear una sanción.

#### 4. *El secreto periodístico y el acceso a la información pública*

La protección del secreto periodístico y el derecho de acceso a la información pública son dos institutos que son hijos de la reforma constitucional de 1994.

Por momentos, parece que algunos aspectos de ambos institutos se superponen y alguien podría sostener que son dos caras de la misma moneda.

En efecto, si se tiene en cuenta que el derecho a la información tiene también una dimensión individual, que le permite al individuo ejercer

un derecho personal de acceder a sus propios datos y, asimismo, una dimensión colectiva, por la que la persona puede reclamarle a los órganos estatales el acceso a un bien público colectivo, como es la información estatal pública —que es la que no está calificada por ley de secreta—, podría llegar a sugerirse que la protección del secreto de la fuente periodística no podría ir más allá del alcance de la información pública que la ley de acceso a la información —o alguna otra norma— no califica de secreta. Es decir, partiendo de que la ley puede excluir, por motivos excepcionales, ciertas materias del poder de agresión del derecho de acceso a la información pública —porque aquellas materias se vinculan con la seguridad u otras cuestiones que justifican la reserva—, se podría argumentar que el derecho del periodista a proteger su fuente de información no puede ir más allá de ese mismo terreno, delimitado por las leyes que fijan el contorno de lo público y lo secreto.

Si esto fuera así, el juez no podría exigirle al periodista que revele su fuente cuando la materia publicada hubiera podido ser obtenida por vía de una acción de acceso a la información pública, aunque en rigor el juez tampoco tendría interés en hacerlo, porque las fuentes usadas por el periodista serían de acceso público; pero ese mismo juez sí podría pedirle al periodista que revele la fuente cuando la información que éste publicó versa sobre una materia que por definición de la ley debe permanecer en secreto, por razones de seguridad estatal o cualquier otro motivo que entienda la ley en cuestión. Es claro que esta interpretación es insostenible, y conduce a un resultado disvalioso.

En efecto, ambos institutos son distintos y tienen esferas de protección bien distintas:

1) *Distintos mecanismos de acceso*. El acceso a la información pública es un camino que puede ser reglado por ley, la que puede establecer excepciones. El secreto periodístico es un camino no reglado.

2) *La posición del juez es distinta*. Frente a un problema de aplicación de la ley de acceso a la información, es el juez el que interpreta si la negativa del gobierno a suministrar la información es legalmente admisible o si es arbitraria. En cambio, en las causas en las que se plantea el secreto de la fuente de información, el juez no tiene ese margen de interpretación.

3) *Velocidad de acceso y oportunidad de la información*. La principal virtualidad del derecho de acceso a la información pública es la de

darle a la persona la posibilidad de requerirle al Estado que le dé a conocer información. Es frecuente que quien lo solicita sea un periodista, pero no siempre es así, sino que el requirente es un simple particular. Pero la persona requirente, sea periodista o no, deberá esperar que el Estado sustancie el requerimiento —en los términos de la ley o norma reglamentaria— para poder acceder a esa información. Y corre el riesgo de que esa información no le sea suministrada, porque la autoridad considera, aun en forma arbitraria, que la información merece ser secreta, o que le sea retaceada y sólo se le revele parcialmente. Por eso, es habitual que el requirente (incluso, el periodista) deba recurrir a la justicia para doblegar la negativa estatal. Esto produce que la información llegue a manos del requirente cuando ya perdió importancia política o económica, es decir, que llegue tarde, algo que el ejercicio del periodismo no consiente, por necesidad propia de la actividad periodística, que maneja información en tiempo oportuno.

4) *La protección del secreto periodístico es más amplia. Censura.* Si la protección de la fuente periodística quedara limitada a aquellos supuestos en que el periodista revela información de acceso público, se correría un serio riesgo de censura: bastaría que la ley califique alguna actividad pública o información pública de secreta para que el periodista quedara automáticamente desprotegido en cuanto a sus fuentes. Se abriría, así, una puerta para la censura, que la Constitución nacional prohíbe (artículo 14, CN).

5) *Distinto interés.* El particular, cuando requiere una información al Estado, puede estar movido por un interés particular. En cambio, el periodista o el medio de comunicación están ejerciendo un interés social a publicar una información que es de interés público.

6) *Información pública o secreta.* Por eso, para no consentir una censura que la Constitución no permite, hay que admitir que el derecho de acceso a la información sólo se ejerce contra información que es pública y que la ley no calificó de secreta, mientras que el periodista puede acordar el secreto de la fuente para acceder a información pública o información que la ley califica de secreta y puede pretender la protección de la fuente sin importar cuál haya sido la materia publicada.

7) *Ningún instituto está de más.* Si ambos institutos coincidieran, uno de los dos estaría de más, cuando, en rigor, lo que hizo la reforma constitucional de 1994 fue darle tutela a dos caminos muy distintos de acceso a

la información: a) uno el del derecho de acceso a la información pública, que está al alcance de todos, y que es formal, más o menos lento, más o menos reglamentado, y que permite acceder a información que la ley no califica de secreta, y b) el secreto periodístico, un camino informal, que decididamente escapa a la reglamentación del Estado, que se concede particularmente al periodista para que trate de acceder, por ese camino informal, a lo que el Estado, con razón o sin ella, pretende mantener en secreto.

## VII. LA PRÁCTICA PERIODÍSTICA

Acabamos de analizar que el secreto periodístico es un secreto específico, distinto de otras clases de secreto. Pero necesitamos acercarnos un poco más al fenómeno, para comprenderlo.

### *1. El secreto periodístico no siempre encubre información secreta*

La información que el periodista obtiene bajo promesa de secreto puede ser un secreto de Estado, es decir, datos que según la ley deben permanecer reservados y alejados del conocimiento público. Pero habitualmente no es así: la práctica periodística indica que habitualmente el periodista se ve necesitado de prometer la confidencialidad de la fuente para recibir información que debería ser pública, pero que los gobiernos, indebidamente, pretenden mantenerla en forma reservada, sea porque el poder político encuentra en el secreto una forma de acumular poder, sea porque se trata de información económica y el gobierno teme un movimiento especulativo en los mercados; sea porque intenta impedir que la oposición o que otros grupos puedan contar con ese material valioso; sea porque el presidente ordenó a su gabinete que no entregue información y los funcionarios temen ser expulsados si lo desobedecen, o por cualquier otro motivo.

### *2. El secreto periodístico es fuente de hechos y opiniones*

El periodismo puede adoptar la forma de crónica, entrevistas o reportajes, reproduciendo hechos, o bien la forma de opinión, en la que el medio o sus periodistas expresan juicios de valor. Pero, contra lo que podría

prensarse en un primer momento, no puede buscarse una correlación de esa distinción con el secreto periodístico: no puede decirse que la protección de la información alcance tan sólo hechos. El periodista, cuando se comunica con la fuente en forma reservada, puede obtener hechos u opiniones que el gobierno o sus agentes pueden querer mantener en secreto, y ambas son igualmente valiosas, porque el periodista, conociendo esas opiniones, puede hacerse una composición de la situación en el gobierno, y porque también la ciudadanía puede entender mejor el desenvolvimiento de la gestión de gobierno.

En efecto, el periodista, cuando vuelca en una nota o crónica datos obtenidos bajo reserva de la fuente, puede ser que comunique algo que va a ocurrir, es decir, un probable hecho (por ejemplo: “El gobierno lanzará el viernes un nuevo plan económico”); un hecho que ya ocurrió, pero que no se quiere comunicar oficialmente (por ejemplo: “Anteayer, en la reunión de Gabinete, el ministro de Planificación y el de economía se enfrentaron en una fuerte discusión”), o, también, puede expresar una opinión que no se quiere transmitir oficialmente (por ejemplo: “el ministro de Economía opina que el presidente no sabe qué rumbo tomar”). No puede en modo alguno afirmarse que la información obtenida bajo secreto se corresponda siempre con hechos. Es importante comprender este matiz, porque si se autoriza al juez a exigir al periodista que revele el secreto, se podría estar abriendo una puerta para que el poder —el juez es parte del poder o, a veces, el poder político encuentra caminos para conocer los detalles de un expediente— pueda conocer el autor de informaciones que transmitieron hechos y, también opiniones que pueden dañar al propio gobierno.

### *3. La reserva de la fuente es inevitable*

No cabe duda de que una nota elaborada sobre la base de fuentes periodísticas identificables es muy creíble, quizá tanto o más que la elaborada sobre la base de informaciones obtenidas en reserva. Pero la compulsión que sienten los gobiernos para ocultar información habitualmente hace necesario que el periodista recurra a fuentes reservadas.

La posibilidad de publicar notas invocando fuentes secretas conlleva un peligro: la posibilidad de que el periodista invente esas citas y “arme” una nota sin correlato con la realidad. El riesgo es real, y existe. Es bien

conocido que el caso de Janet Cooke, que en 1980 ganó el Premio Pulitzer por una nota que escribió en el *Washington Post* sobre un niño que se inyectaba heroína: cuando se descubrió que la periodista había inventado los hechos, el periódico devolvió el premio y ofreció disculpas a sus lectores en una nota editorial. Pero también es cierto que ese mismo medio, sobre la base de información reservada (la famosa fuente Garganta Profunda) descubrió el Watergate.

#### 4. El *off the record*, el *background* y el *deep background*

En la Argentina habitualmente se llama al secreto periodístico como *off the record* (información obtenida fuera de registro).

En los Estados Unidos, el *off the record* se interpreta como información obtenida fuera de registro que la fuente transmite al periodista, pero que éste no puede transmitir directamente, ni aun mintiendo reserva sobre la identidad de la fuente, porque es información para contextualizar la comprensión de una situación: el periodista podrá utilizar la información, si mantiene oculta la fuente y la existencia de la reunión con su fuente, mucho más adelante, en otro contexto y haciendo alusión a aquella información en forma indirecta.

Una práctica semejante, casi tangencial, es el *deep background*: antecedentes e información que la fuente le entrega al periodista para que éste comprenda el “trasfondo” de una situación o tema, pero que jamás pueden ser publicados, ni siquiera ocultando la fuente. La conversación de trasfondo no está destinada al uso periodístico, sino a la comprensión

Una tercera forma de comunicación reservada es la práctica del *background briefing*: el periodista recibe información de la fuente, que puede transmitir bajo compromiso de mantener la reserva de la fuente.

Las conversaciones con fuentes norteamericanas muestran que las prácticas se entremezclan, y que una misma conversación reservada puede ir atravesando, por indicación de la fuente, los tres niveles de secreto.

A veces, las fuentes norteamericanas usan el *off the record* para comprometer el silencio del periodista, con lo cual el periodista no sale completamente beneficiado, con la comunicación de esa información. Por ejemplo, el comentario que le puede hacer un ministro o general a un medio al estilo de “nuestras tropas invadirán el país X en una semana; estén preparados para mandar reporteros y cámaras de televisión” impide

que el periodista pueda publicar esa información, aunque sí alerta al medio sobre un hecho importante que marcará la agenda política y le da tiempo a disponer de sus recursos humanos y materiales o a comprender otras decisiones que está tomando el gobierno. El general Dwight D. Eisenhower, después presidente norteamericano, hizo uso de este recurso: cuando los periodistas estaban avizorando cuáles eran los planes de los Estados Unidos para desembarcar en Normandía en 1944 durante la Segunda Guerra Mundial, el militar decidió cerrarles la boca: los convocó y les reveló los planes *off the record*. Los periodistas se quejaron y, luego, le pidieron que no repitiera esa práctica.

José Claudio Escribano, ex secretario general de Redacción del diario *La Nación* y director de ese matutino, explica esas sutilezas:

Lo que en la Argentina se entiende por *off the record* es, en realidad, *background information*, por lo cual un periodista queda habilitado por su informante para publicar un cierto contenido con el compromiso de no atribuirlo a nadie en particular. El *off the record* genuino es, en cambio, expresión un consenso entre informante y periodista por el que se pone a este al tanto de algo, pero con la salvedad de que no sólo quedará inhabilitado para atribuirlo a alguien en particular sino que, además, deberá abstenerse de proparlar lo que de esa forma haya sabido.<sup>72</sup>

En la Argentina, los periodistas no suelen hacer esa distinción de matices —que no tiene consecuencias legales, sino consecuencias éticas y prácticas limitadas a la relación fuente/periodista—, sino que comprenden la información recibida en reserva u *off the record* como información que se puede transmitir con la condición de mantener la identidad de la fuente. El mismo informante dice al periodista “no me cite” o “proteja mi identidad”.

### 5. Las motivaciones de las fuentes para hablar en reserva

Un viejo estudio, de 1983, realizado en Estados Unidos, sigue teniendo mucha actualidad sobre las motivaciones que lleva a los funcionarios de un gobierno a comunicarse con los periodistas: un 42% admitió que

<sup>72</sup> Clauso, Raúl, *Cómo se construyen las noticias*, Buenos Aires, La Crujía Ediciones, 2007, p. 215, con cita de la nota de Escribano, José Claudio, “El peligroso deporte de inducir al error a la prensa”, *La Nación*, noviembre de 2004.

filtraba información a los medios de comunicación; el 73% dijo que lo hacía para llamar la atención sobre temas que consideraba importante; un 32%, para hacerse oír por otros sectores del gobierno, y un 19%, para socavar a un rival.<sup>73</sup> Quizá, un estudio actual revelaría un cambio en algunos de esos porcentajes, pero las motivaciones siguen siendo las mismas.

Las motivaciones de los hombres del poder para comunicar a los periodistas informaciones reservadas pueden ser muchas. Sin pretensión de ser exhaustivos, la práctica indica que los funcionarios y hombres vinculados con el poder frecuentemente optan por comunicar información reservada a los periodistas porque: 1) la información es secreto de Estado, pero la fuente tiene la visión de que no debería serlo, y que la información es utilidad para el público; 2) la información no es secreto de Estado, pero el Poder Ejecutivo pretende mantenerla en reserva indebidamente, y el funcionario informante no comparte esa apreciación; 3) la fuente pretende llamar la atención sobre un problema social o político importante y cree que haciéndolo público, la repercusión mediática del problema ayudará a buscar una solución o a poner de relieve su importancia; 4) un funcionario que no es escuchado por el presidente o el gabinete busca llamar su atención; 5) el informante busca perjudicar a su rival político, quien con frecuencia ocupa otra posición en el mismo gobierno, o inclinar la balanza de los medios de comunicación en su favor; 6) la confianza que tiene con el periodista o su creencia en la buena fe del periodista y su voluntad de contribuir con su trabajo; 7) también ocurre que, incluso, las autoridades más altas del país, aun cuando no teman una sanción de un superior por las palabras que pronuncien, prefieren hablar bajo reserva de identidad. En fin, no puede agotarse el catálogo de motivaciones que llevan a un funcionario o persona vinculada con el poder a comunicarse en forma reservada con el periodista y filtrarle información. Muchas veces, los motivos son egoístas; en otras ocasiones, son altruistas. Pero en todos los casos el periodista y el público se benefician con esa información, que de otro modo no conocería.

<sup>73</sup> Sohr, Raúl, *Historia y poder de la prensa*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1998, p. 20, con cita de Bates, Stephen, *If no news, send romours*, p. 88.