

INTRODUCCIÓN

I. EN BUSCA DE MAYOR LIBERTAD

En los albores del siglo XXI estamos lejos de vivir un mundo sin censura ni secretos. Bobbio, hace treinta años, habló del criptopoder.¹ En contra de lo que podría suponerse, las cosas no mejoraron. Los gobiernos, incluidos aquellos que lo invocan para combatir el terrorismo, y líderes autoritarios de todas las latitudes, siguen recurriendo a esas herramientas, para alejar a la gente del poder. La censura es un instinto social,² y lo

¹ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. El tema fue retomado más recientemente por Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 65-74, explica que el efecto más relevante del desarrollo del *Welfare State* sobre las formas institucionales del capitalismo ha sido, sin duda, la crisis del modelo liberal clásico de estado de derecho, un modelo caracterizado por el principio de legalidad de toda la actividad estatal, el principio de publicidad de los actos de gobierno y el principio de control (jurisdiccional y político parlamentario) sobre la actividad estatal. La divergencia entre el viejo Estado constitucional de derecho y el nuevo Estado social de derecho produjo cambios profundos en las estructuras y procedimientos, a tal punto que el poder estatal tiende a desplazarse de los órganos constitucionalmente visibles hacia centros más o menos ocultos del aparato burocrático, sustraídos al mismo tiempo a todo control jurisdiccional o político. Así, legalidad, publicidad y control resultan paradigmas obsoletos, reservados a zonas restringidas y superficiales de la actividad del Estado. Naturalmente —dice el autor, en p. 74— la invisibilidad de las sedes y de las formas del poder estatal no es del todo una novedad en los ordenamientos democráticos modernos, sino más bien un aspecto relativamente fisiológico de los aparatos burocráticos, que siempre han tenido, por connaturales exigencias de expeditividad y, sobre todo, de inmunidad, una insuprimible vocación al secreto. Lo que es un fenómeno nuevo es la expansión del secreto de la esfera de la burocracia a la esfera de la política, es decir, de los partidos, en particular del gobierno, y en general a las instituciones representativas, e incluso a aquellas de control, como la prensa o la magistratura. Esa extensión del secreto a la esfera de la representación amenaza de hecho con transformar aquello que sólo es un fracaso parcial de la democracia (la relativa opacidad de sectores burocráticos) en su total desmentido: la invisibilidad de las instituciones mismas de la visibilidad política. También Caneti, Elías, *Masa y poder*; Alianza, 1995, p. 286.

² Smolla, Rodney, *Free Speech in an open society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 4.

mismo puede decirse de la ocultación. Lo afirmó De Gaulle: “La autoridad no se concibe sin el prestigio ni el prestigio sin el alejamiento”.³

Frente a la privatización que el poder hace de la cosa pública, esta tesis pretende elaborar un antídoto: sin olvidar que la libertad de expresión⁴ es relativa, porque está sujeta a responsabilidades ulteriores, esta teoría busca probar que es posible y, más aún, conveniente, concebir que protecciones que rodean a esa libertad, y en especial el secreto periodístico, no son meramente derechos, sino garantías, y además de carácter absolutas. Y si bien se hace continua referencia a la legislación argentina, el lector también verá que se hace pie en el derecho norteamericano y en los sistemas supranacionales europeo e interamericano. Por lo cual la tesis también pretende ser útil y tener validez más allá de las fronteras nacionales.

El secreto siempre encontró muchas razones para existir. Intimidad, pudor, temor a la sanción penal, pérdida de estima, incompreensión social, descrédito, placer, acumulación de poder o estrategia, son múltiples razones que se pueden esgrimir para acuñar y guardar un secreto. Y esa fascinación por la ocultación fue registrada por las palabras de Homero, Petrarca, Nietzsche, Fernando de Rojas, Quevedo, Calderón y Voltaire,⁵ por citar tan sólo algunos ejemplos.

Pero en el ámbito de la *polis*, el secreto y su antídoto, la publicidad, adquieren una relevancia particular. Autores de corrientes muy distintas del pensamiento y de épocas diversas, como Stuart Mill, Bobbio, Meiklejohn, Bork, Huntington, Dahl, Dworkin, Rawls colocan a la libertad

³ Vincent, Gérard, “Una historia del secreto”, en Ariès, Philippe y Duby, Georges, *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 2001, t. 5, p. 165.

⁴ Milton, John, *Areopagítica*, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 71, calificó la libertad de imprenta como “privilegio del pueblo”.

⁵ Homero, *La Iliada*, XIV: Zeus le dice a Hera: “Hera, no temas que nos vea ningún dios ni hombre; te cubriré con una nube durada que ni el Sol, con su luz que es la que más brilla entre todas, podrá atravesar para mirarnos”; Petrarca, Francesco, *Secretum*; Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II.22, dijo: “Las palabras más silenciosas son las que traen la tempestad. Pensamientos que caminan con pie de paloma dirigen al mundo”; Fernando de Rojas, en *La Celestina*, acto II, donde Pármeno, a su amo Calisto, lo aconseja diciendo que “A quien dices tu secreto, das tu libertad”; Quevedo, *Poesías (794)*, VI, Madrid, BAE, 1953, p. 489, escribió un soneto titulado “Necedad es fiar secretos a oídos mujerieles”; Calderón, el dramaturgo español, usó el secreto en varios títulos de sus obras: *A secreto agravio, secreta venganza*; *Secreto a voces y Nadie fue su secreto*; Voltaire, en *El indiscreto*, imprimó la máxima según la cual “El que revela el secreto de otros, pasa por traidor; el que revela el secreto propio, pasa, hijo mío, por imbécil”.

de expresión en un punto central del debate democrático. Sin embargo, tanto la democracia como aquella libertad están constantemente amenazadas. Hay una tendencia política innata al secretismo.⁶

El desarrollo de esta tesis coincidió con hechos tan acuciantes como el ataque del 11 de septiembre en los Estados Unidos y la aparición de varios gobiernos con matices autoritarios en América Latina. Los resultados de todos esos experimentos, tanto de un lado como del otro, me están a la vista, y me convencieron aún más que ocultar información es, con frecuencia, más una táctica para engañar a los pueblos que una verdadera necesidad de gobierno. Por eso, si bien respeté el espíritu original de la propuesta, también me propuso desarrollar una teoría absoluta de la prohibición de censura. Así, el lector verá que en esta obra ambos asuntos aparecen estrechamente entrelazados.

Creo que la teoría que aquí se presenta es especialmente aplicable en el ámbito del continente americano, tanto por los desarrollos que hicieron algunos sectores de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, así como la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, para sorpresa, también se encontrarán materiales muy útiles recogidos en otras regiones. En este periplo, debe señalarse la importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que le dio protección al secreto periodístico desde 1996 (caso Goodwin), y que en una sentencia de noviembre de 2007 (caso Tillack) consideró que el secreto periodístico, sin importar si la información fue recogida de fuentes lícitas o ilícitas, no es un simple privilegio de los periodistas, sino un verdadero atributo del derecho a la información.

Una sociedad que se define abierta debe realizar esfuerzos para avanzar en ese sentido.⁷ Por eso, tanto si se pretende ser coherente con la importancia que se le asigna a la libertad de expresión, así como con la finalidad de desarrollar espacios muy amplios de libertad para los habitantes, es preciso avanzar hacia una teoría integral y absoluta de la libertad de expresión. De ese modo, los gobiernos no tendrán margen para invocar excusas, que bajo el ropaje del interés general encubran la pretensión de defender un interés

⁶ El tema de los gobiernos de convertir en secreto informaciones es una preocupación permanente de la ciencia política. Prueba de ello es que aparece tanto en la literatura del siglo XVII como en la del siglo actual. También se ocupa de este asunto el ex vicepresidente norteamericano Al Gore, *Ataque contra la razón*, Buenos Aires, Debate, 2007.

⁷ Smolla, *op. cit.*, nota 2.

político mezquino. Claro está que siempre hay un margen que justifique suspender alguna de las garantías de la expresión, pero encuentro que ello no es tolerable tan sólo cuando se presenta una simple emergencia de las que habitualmente se invocan para declarar un Estado de sitio o de emergencia —justificando, así, una restricción a las libertades—, sino cuando está en juego la integridad del Estado y la subsistencia misma del sistema representativo.

II. TESIS PROPUESTA

Propongo analizar el alcance de la última oración del artículo 43 de la Constitución nacional, que establece: “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

Mi tesis es la siguiente:

El secreto de las fuentes periodísticas es una garantía de la libertad de información, establecida en interés social y de la actividad periodística —no en interés de los medios o de los periodistas—, y tal garantía es de carácter absoluto.

Si bien los instrumentos internacionales y la jurisprudencia nacional admiten ciertas restricciones a la libertad de expresión en estos periodos de emergencia, entiendo que, en rigor, para ser coherente con la importancia que esos mismos sistemas convencionales le asignan a la libertad de información, debe interpretarse que la emergencia que autoriza a levantar el secreto periodístico debe ser de tal magnitud que haya producido la interrupción del sistema deliberativo. En este caso extremo de ruptura del diálogo el levantamiento del secreto periodístico es posible: pero no se tratará de una excepción al carácter absoluto, es tan sólo aparente, sino de su límite externo.

Asimismo, formularé una interpretación amplia en cuanto al objeto y al sujeto beneficiario. En cuanto al objeto, porque demostraré que hay buenas razones para proteger la identidad de la fuente, los materiales suministrados por ella, los materiales y los lugares de trabajo del periodista, la información publicada y la no publicada; y, en cuanto al sujeto beneficiario de la garantía, porque la tutela constitucional no ampara tan sólo a los periodistas profesionales o a los medios de comunicación, sino a todas las personas que, incluso ocasionalmente, realizan actividad con información periodística.

Esta es una interpretación moderna, compatible con los más nuevos avances tecnológicos, que llevan a la confluencia de medios y de soportes, en los cuales medios, periodistas y personas del público intercambian imágenes, comentarios, fotografías y todo tipo de materiales, y, a su vez, también concuerda con una visión clásica de la libertad de expresión ejercida por “todos” los habitantes, como dicen el artículo 14 de la Constitución Nacional argentina (CN) y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin perjuicio, naturalmente, de que los periodistas, por su actividad habitual, serán los principales beneficiarios de la garantía.

Para evitar confusiones, reitero una aclaración: la libertad de expresión —y la consiguiente libertad de prensa— es de carácter relativo, pero algunas garantías que la protegen son de carácter absoluto.

Así, por esta vía, propongo alcanzar un mayor grado de libertad en la misma línea que Meiklejohn intentó buscarla al analizar a la libertad de expresión de la primera enmienda como “un absoluto”.⁸

Se nos dirá que hoy no se da muerte a los que introducen nuevas ideas; que no somos como nuestros padres, que aniquilaban a los profetas; al contrario, hoy les construimos sepulcros. Verdad es que ya no damos muerte a los herejes. Pero no nos envanezcamos todavía de haber escapado a la vergüenza de la persecución legal. La Ley permite todavía ciertas sanciones penales contra las opiniones, o al menos contra su expresión.

Reflexionó Stuart Mill,⁹ y agregó:

El espíritu de progreso no siempre es espíritu de libertad, pues se puede desear el progreso a quien no se siente atraído por él; y el espíritu de libertad, cuando se resiste a esos esfuerzos, puede aliarse con los adversarios del progreso; pero la única fuente infalible y permanente de progreso es la libertad, pues gracias a ella puede contar el progreso con tantos centros independientes como individuos existentes.¹⁰

¿Puede alguien dudar que ese razonamiento continúa siendo cierto?

⁸ Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Harper & Brothers, New York Publishers, 1948.

⁹ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 48. El pensador vivió entre 1806 y 1873, y dos siglos después de su nacimiento esa afirmación sigue siendo plenamente vigente.

¹⁰ Stuart Mill, John, *op. cit.*, p. 84.

III. LA PROBLEMÁTICA

El secreto periodístico es un tema que no sólo está ligado históricamente con la libertad de prensa e, incluso, con la primera enmienda, sino que tiene gran actualidad, por la persistente pretensión de muchos gobiernos en ocultar información y de censurar a la prensa.¹¹

A menudo el juez cita a un periodista o a un editor para que revelen el nombre de la fuente confiable, sea porque aquél pretende evitar la comisión de un delito del que tenga noticia el periodista, acceder a una información que las agencias estatales no consiguieron por sí mismas o para poder perseguir a la fuente que filtró información que el gobierno o algún sector político consideraban inconveniente difundir. Otras veces, ante la negativa del periodista o del medio a suministrar la información, dispone el allanamiento de los domicilios de las redacciones, directores o periodistas, ordena la interceptación de sus comunicaciones o el secuestro de las agendas, documentos obtenidos o de los materiales de trabajo.

Por cierto, el secreto periodístico es un asunto que interesa directamente a los periodistas, porque, muchas veces, no citar las fuentes es la única alternativa que le queda al periodista¹² para penetrar la esfera del secreto político y revelar información a la ciudadanía. Pero, por eso mismo, el secreto periodístico es un asunto que también se vincula estrechamente con la concepción del poder político en democracia y con la necesidad de transparencia de la esfera pública.

IV. HISTORIA Y ACTUALIDAD

La invocación del secreto por parte de los periodistas lleva casi tres siglos, y se entronca con la historia de la prensa escrita financiada por pu-

¹¹ El *Informe 2006-2007* del Foro Económico Mundial sobre Competitividad de los Estados, en la parte referida a la censura previa y ante la pregunta acerca de si la prensa de cada uno de los 125 países evaluados puede publicar información sin miedo a sufrir censura o represalias, arroja el siguiente resultado (donde 7 es el grado de mayor libertad y 1 es el rango de mayor censura): 1o. Alemania (6,8 puntos); 2o. Dinamarca; 3o. Países Bajos; 4o. Noruega; 5o. Suecia; ...15o. Estados Unidos; 16o. Perú (con 6,3 puntos); 31o. Chile (5,8); ...105o. La Argentina (3,7 puntos). Nuestro país está entre los 25 peores del mundo en materia de protección de la libertad de prensa, lo que demuestra la pertinencia de hacer hincapié en el problema de la libertad.

¹² Trotti, Ricardo, *La dolorosa libertad de prensa. En busca de la ética perdida*, Buenos Aires, Atlántida, 1993, p. 177.

blicidad comercial. Aunque, claro está, su reconocimiento legislativo, en algunos países, fue posterior.

Luego de la aparición de la imprenta en 1456, fueron Italia y Alemania los grandes centros editoriales.¹³ Y fue en Frankfurt donde se publicó el primer periódico, consistente en una hoja informativa donde se publicaban los principales sucesos comerciales. Durante el siglo XVIII esa actividad se desplazó a Francia, donde creció el número de periódicos. Allí aparecieron el *Journal de Paris* (1777), considerado el primer diario francés. Pero fue en el siglo XIX cuando la prensa escrita vio su primer gran desarrollo en volumen y en temática, impulsado por la importante reducción de los costos de producción, la aparición de nuevos procesos técnicos, la fijación de un precio de tapa, a lo que se sumaba la costumbre de incorporar anuncios publicitarios, que permitían reducir ese precio, hecho que venía dándose desde el siglo anterior.

Los primeros registros de la invocación del secreto periodístico se remontan a 1722, cuando fue reivindicado por el medio hermano de Benjamín Franklin ante una comisión legislativa para que revelara el nombre del autor de una nota publicada en su periódico: como se negó a hacerlo, fue encarcelado por un mes.¹⁴ Pero en 1734 tuvo lugar uno de los casos más famosos de encarcelamiento de un periodista, cuando el columnista John Meter Zenger, director del diario *New York Weekly Journal* publica una serie de artículos en los que criticaba al gobernador colonial inglés William Cosby y fue encarcelado durante nueve meses por negarse a revelar sus fuentes. Finalmente fue absuelto por un jurado y liberado, pero el hecho tuvo una fuerte repercusión en la sociedad política y fue uno de los episodios que se invocaron para elaborar la primera enmienda. Desde entonces, el conflicto entre periodistas y los tres poderes políticos nunca cesó.

En 1962, el Instituto Internacional de Prensa sostenía que “el problema del secreto profesional es, posiblemente, el más importante de naturaleza jurídica que enfrenta la prensa en todo el mundo”.¹⁵ Desde entonces apare-

¹³ Badeni, Gregorio, *Tratado de la libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2002, p. 58.

¹⁴ Baker, Kraig 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.

¹⁵ Yungano, Arturo, en IV Seminario Profesional sobre Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística en la Reforma Constitucional de 1994, 16 y 17 de noviembre, Informe ADEPA, núm. 22, Buenos Aires, 1995, p. 39.

cieron nuevas tecnologías y problemas, pero el tema del secreto sigue vigente, y lo estará mientras subsista la ocultación que hacen los gobiernos y la tensión que le oponen los periodistas por conocer la verdad.

En los Estados Unidos, el secreto periodístico permitió revelar importantes hechos, como el Watergate,¹⁶ o, más recientemente, la existencia de cárceles clandestinas para alojar a prisioneros musulmanes. Y a pesar de que la Suprema Corte norteamericana no lo tutela, sí lo hacen treinta y uno de los estados de la Unión. En ese país y en México muchos periodistas estuvieron en prisión por no revelar las fuentes. Y en el ámbito europeo, durante los últimos diez años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se vio en la necesidad de declarar nulos reiterados allanamientos realizados en domicilios de redacciones, directores o periodistas. Y tanto con el *affaire* Valery Plane,¹⁷ que salpica al gobierno norteamericano, como también en Inglaterra, con la muerte de David Nelly,¹⁸ pusieron en juego el secreto. En Rusia, donde el secreto de la fuente periodística también está normativamente garantizado, fue asesinada en 2006 la periodista Anna Politkovskaia mientras investigaba el conflicto con Chechenia, y algunos miembros del Parlamento ruso quieren anular aquella ley.¹⁹

Para agravar el cuadro, después de los ataques terroristas de 2001, el celo en los países democráticos también está creando un cuadro complicado para la libertad de expresión: Internet, los correos electrónicos y la correspondencia están bajo sospecha, y distintos gobiernos dictaron medidas, al estilo de la ley patriótica (Patriot Act de los Estados Unidos), que habilitan a sospechar a priori de los ciudadanos. Por ejemplo, en Alemania el ministro de Interior, Otto Schily, aprobó una serie de medi-

¹⁶ La importancia del secreto surge evidente cuando uno se da cuenta de que si los reporteros del *Washington Post*, Robert Woodward y Carl Bernstein no hubieran garantizado a Garganta Profunda ese secreto, el público quizá nunca se hubiera enterado de los actos de corrupción que ocurrían en Washington. Barton Carter, T. *et al.*, *Mass Communication Law*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1994, p. 258.

¹⁷ La justicia encarceló, durante 85 días, a la periodista Judith Millar por no revelar qué funcionario público había revelado el nombre de la espía de la CIA, Valerie Plane.

¹⁸ David Kelly fue asesor del Ministerio de Defensa inglés a quien un vocero del gobierno, entonces a cargo del laborista Tony Blair, señaló como la fuente de la información que usó la BBC de Londres para sostener que Blair había exagerado sobre las armas de destrucción masiva con las que contaba Irak, para justificar su alianza con los Estados Unidos y lanzar una guerra contra ese país.

¹⁹ Nota del periodista de *Le Figaro*, Tosin, Laure, "En el nombre de Anna", *La Nación Revista*, del 11 de febrero de 2007, p. 38.

das conocidas como el Otto-Kattalog, que habilitan a los servicios de información a acceder a los datos de telecomunicaciones almacenadas en soporte digital; en Canadá, la ley antiterrorista C-36 contempla la vigilancia de Internet y del correo electrónico; en España, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), de 2002, autoriza a retener y conservar datos de conexiones de tráfico durante un año, aunque se requiere autorización judicial; en Francia, la Ley de Seguridad Cotidiana (LSQ), aprobada en 2001, obliga a los proveedores de Internet (ISPs) a conservar esa información durante un año y, en virtud de la Ley de Orientación y Seguridad Interior (LOPSI), de 2002, la policía también puede hacer rastreos de los servidores de los ISPs donde se almacena la información sobre navegación y los e-mails. La lista sigue en muchos países. En 2006, un republicano y la bancada demócrata del Congreso norteamericano impulsaron un proyecto de ley para tutelar las fuentes de información periodística —que no están protegidas a nivel federal, sino sólo estadual—, pero el subsecretario de Justicia, Paul Mc Nulty, dijo que “la seguridad nacional era muy importante para ser sometida a eso”. Olvidan que fueron fuentes secretas las que permitieron a los diarios *Washington Post* y *New York Times*, informar sobre cárceles secretas o controvertidos sistemas de espionaje.

En el Estado de derecho, junto con las libertades de expresión y de prensa y el derecho a informar, convive una pluralidad de secretos. El poder puede ser críptico y ocultar, simular o disimular; puede ser deficiente y buscar cubrir su ineficiencia accediendo al trabajo ajeno; puede la expresión de un gobierno autoritario, que reniegue a hurtadillas o abiertamente de la libertad de expresión o que busque controlar el flujo de información que desciende desde el poder al pueblo; puede estar inspirado por una visión panóptica, que aspire a conocer todo lo que hacen sus ciudadanos, más allá de las áreas naturales que son de su incumbencia. En fin, el poder puede encontrar múltiples razones y motivaciones para perseguir a sus ciudadanos.

Pero el secreto periodístico, que es uno de esos secretos, no es sólo uno más, sino que tiene relación directa con la construcción de la democracia. Si enfocamos el problema desde la cara de la moneda de la libertad, aparece la necesidad de sus ciudadanos de mantener un espacio amplio para desarrollar ideas, creatividad e iniciativas. Ampliar los espacios de libertad es una exigencia no sólo para garantizar el espacio que necesitan los individuos para desarrollarse y para conocer, sino

también una forma de simetría, un camino para restablecer el equilibrio del contrato social entre el Estado y sus ciudadanos. En definitiva, la idea de contrato representa el tipo ideal de la relación simétrica,²⁰ y si bien el contrato social se forma entre sujetos de peso desigual, debe tender al equilibrio.

Sin expresarse por la prensa, sino a través de libros, Montesquieu ponía en boca de Usbek,²¹ lo que él no podía abiertamente decir sobre la sociedad francesa de comienzos del siglo XVIII. Claro que Usbek, aquel viajero que relataba sus avatares en las *Cartas persas*, era un narrador imaginario, un recurso literario. Por el contrario, en la actualidad, las fuentes reservadas de información encubren a personas de existencia física y real, que suministran a los medios de comunicación, información que el Estado o sus funcionarios, con razón o sin ella, intentan mantener en secreto.

La libertad de información, que nunca llega a estar completamente a salvo, ni siquiera en Occidente,²² debe ser protegida, porque es uno de los terrenos más propicios para el florecimiento e intercambio de ideas, la formación de la opinión pública, el control de la corrupción, la construcción de la política agonal y para sacar a la luz asuntos que el Estado

²⁰ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 73.

²¹ Montesquieu, *Cartas persas*, Madrid, Alianza Editorial, 2000. “El punto de vista foráneo del persa Usbek, que viene a identificarse en cierto modo con el mismo autor, contribuyó decisivamente al descubrimiento de insospechadas facetas del propio mundo francés y europeo, que tiene un efecto crítico inmediato. Como escribió Ernest Cassirer, en las *Cartas pesas* de Montesquieu la observación sin prejuicio y la crítica del persa descubren por todas partes lo que hay de arbitrario, de convencional y de fortuito en todo cuanto, según los conceptos del mismo país, es considerado de verdadero y santísimo”.

²² La organización internacional sin fines de lucro Reporteros sin Fronteras, en la cuarta edición del *ranking* de libertad de prensa que elaboró en 2005 entre 167 países, puso de manifiesto que los Estados Unidos y varias democracias occidentales (entre ellas Canadá y Francia) habían descendido varios puestos, como consecuencia de la exigencia que se hace a periodistas para revelar sus fuentes. Fundamentó el caso de Estados Unidos en el encarcelamiento de varios periodistas, entre ellos una profesional del *The New York Times* y en la expulsión de periodistas extranjeros sin visa; Francia, por un aumento en el arresto e interrogatorio a periodistas y la introducción de nuevos delitos de prensa y Canadá, por decisiones que convierten a los periodistas en auxiliares de la justicia. Asimismo, veremos más adelante las contingencias que sufre la libertad de prensa en el mundo y, también, en los países que caen en la órbita de protección del sistema interamericano de derechos humanos.

pretende mantener ocultos, pero que involucran la libertad y el bienestar de sus ciudadanos.

En primer lugar, como decimos, el amplio desarrollo de la libertad de información tiene relación directa con la vitalidad de la democracia, el florecimiento de ideas y con la transparencia.

Los redactores de la Constitución de los Estados Unidos tenían la convicción fundamental de que una comunicación abierta y libre era esencial para el éxito de la democracia.²³ Los medios son el principal vehículo para la libertad de expresión. Tribe afirma que el rol de la expresión en la eficacia del gobierno democrático es uno de los propósitos que tuvieron los padres fundadores al forjar la primera enmienda.²⁴ Y sus redactores se preocuparon por proteger a la prensa de la supresión que pudiera hacer el gobierno de las ideas políticas contrarias. Señala Emerson que “el propósito fundamental de la Primera Enmienda es asegurar un efectivo sistema de libertad de expresión en una sociedad democrática... La libertad de expresión puede florecer y los objetivos del sistema pueden ser realizados sólo si la expresión recibe una protección tal contra el entrometimiento del gobierno”.²⁵ La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que “la administración de gobierno ha venido más compleja, las oportunidades de desvíos y corrupción se multiplicaron, el crimen creció a muy serias proporciones, y el peligro de connivencia de los oficiales policiales negligentes o no confiables para la seguridad de la vida o para la propiedad enfatiza la primera necesidad de una prensa vigilante y con coraje, especialmente en las grandes ciudades”.²⁶ Y en la causa *New York Times Co. vs. United States*,²⁷ sostuvo que el propósito dominante de la primera enmienda fue prohibir la difundida práctica gubernamental de suprimir la información inconveniente. La preservación del libre flujo de información fue reconocida desde antiguo como el corazón de objetivo de la primera enmienda,²⁸ la cual descansa en la presunción de que la más amplia y po-

²³ *Whitney vs. California* 274 US. 357, 375-6 (1927): “Those who won our independence believed... that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government”, dijo el tribunal.

²⁴ Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., 1998.

²⁵ Emerson, Thomas L., *The system of freedom of expression*, 1970.

²⁶ *Near vs. Minnesota* (283 US. 697, 719-20, 1931).

²⁷ *New York Times Co vs. United States*, 403 US. 713, 723-4 (1971).

²⁸ *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, 395 US. 367, 390 (1969).

sible diseminación de información de fuentes diversas y antagónicas es esencial para el bienestar público.²⁹ Hay un máximo interés público en contar con una prensa vigorosa, agresiva e independiente.³⁰

Idénticas consideraciones se pueden hacer sobre la base de los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional y a partir de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,³¹ así como sobre la base de reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,³² y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³

Acertadamente señaló Tocqueville que “la prensa es por excelencia el instrumento de la libertad”.³⁴ Pero esa libertad es mucho más que autorrealización o, al menos, no sólo eso, porque es consustancial con la construcción de la política agonal, que permite realizar la dialéctica entre los partidos políticos, tanto el que está en el gobierno como los que están en la oposición, y entre los ciudadanos. Y, al mismo tiempo, si como pone de relieve Balandier nos focalizamos en el plano de las dramatizaciones con que la democracia ilustra la puja poder-oposición política (debates televisivos, sondeos, manifestaciones, campañas electorales, debates parlamentarios, discursos y agresiones verbales), veremos hasta qué punto es estrecha

²⁹ Citizen Publishing Co. vs. United States, 394 US. 131, 139-40 (1969).

³⁰ United States vs. Burke, 700 F 2d. 70, 77, (2d. Cir.), cert denied 464 U. S. 816 (1983).

³¹ No es este el lugar ni la oportunidad para analizar esos fallos, pero basta citar los casos de la CSJN Ponzetti de Balbín (*Fallos* 306:1892), Campillay (*Fallos* 308:789 y Ramos (319:3428), para saber cuál ha sido la línea constante de la Corte sobre este asunto. El título mismo del libro de Fayt, Carlos S., *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo*, Buenos Aires, La Ley, 2001, da cuenta de la importancia que tiene esta temática en la jurisprudencia del máximo tribunal argentino.

³² Así surge de la lectura de todas la resoluciones que dictó sobre la materia desde su constitución hasta la fecha el TEDH, de lo que también se deja constancia en el capítulo respectivo de la segunda parte de esta tesis: Handyside 49, p. 23; Sunday Times 23, p. 17; Linguens 39, p. 25; Bardfod 28, p. 12; Oberschlik 57, p. 25; The Observer y Tje Guardian 59, pp. 29 y 30; Vastells 42, p. 22, Thorgeir Thorgeirson 63, p. 27; Informationsverein Lentia y otros 38, p. 16; Jersield 31, p. 23; Goodwin 39, p. 50; De Haes y Gissela 37, pp. 233 y 234; Lehideux e Isorni 44 y 52, pp. 22 y 26; Bladet Troms y Stensaas 59, pp. 29 y 30; Word 47, p. 20). El rastreo de todas esas resoluciones se hizo siguiendo el artículo de Ana Azurmendi, publicado en Bell Mallen, Ignacio y Corredora y Alfonso, *Derecho de la información*, Madrid Ariel, p. 311, donde la autora remite a Ana Azurmendi, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información”, publicado en *Comunicación y Sociedad*, 13, 2000, p. 7-36. Luego analicé todas las resoluciones citadas.

³³ Opinión consultiva C-5/85.

³⁴ Tocqueville, Alexis de, *De la democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1989, t. 1.

tal relación entre medios, prensa y política. Así, los medios son uno de los teatros, quizá la arena política más visible, en el que se enfrentan los adversarios, recurriendo a los mismos instrumentos.³⁵ Transparentar esa relación significa sacarle la máscara al poder, desenmascarlo, y recuperar la representación, eje de la relación ciudadano-representante.

Finalmente, tal como pone de relieve Sunstein,³⁶ los medios pueden ser vistos como sujetos intermediarios del interés general y como foros públicos especialmente importantes, donde encontramos informaciones y opiniones que son de nuestra preferencia, y otras que nos desagradan, pero que igualmente recibimos, y a las que quedamos expuestos. Esta función de los medios como teatro común para el intercambio de ideas merece una particular atención, y no debe ser desatendido. Los medios de comunicación se desarrollan en una sociedad donde coexiste un espectacular aumento de las opciones disponibles para informarse (más canales de aire; múltiples canales de cable, Internet, etcétera) con una creciente posibilidad de los individuos de filtrar voluntariamente la información que reciben (sea la que buscan en Internet mediante buscadores; sea aplicando filtros para leer, en la red, un periodo al estilo mi diario). Esta última tendencia de las personas va en contra de una de las necesidades de la democracia, que es que aquéllas tengan una serie de experiencias comunes que las pongan en contacto con diversos temas e ideas no previstos ni escogidos previamente de antemano, para que sean llevadas a pensar, no sólo a favor de los puntos de vista que tienen sobre algún tema, sino también sobre los argumentos contrarios. Desde esta perspectiva, los medios de comunicación pierden poder, porque un sistema donde cada persona decide previamente no sólo qué quiere ser, sino principalmente qué no quiere ver, hace peligrar la democracia.³⁷

³⁵ Balandier, Georges, *El poder en escenas. De la representación del poder al poder de la representación*, Barcelona, Paidós Studio, 1994, p. 127.

³⁶ Sunstein, Cass R., *República.com*, Paidós, Estado y sociedad, 2003, p. 22.

³⁷ Sunstein, Cass R., *op. cit.*, p. 188. El fundador y presidente del Foro Económico Mundial (Davos), Klaus Schwab, en una nota publicada en el diario *La Nación* del 24 de enero de 2007, puso de relieve el mismo problema de fragmentación. “La cultura de la Web, el nuevo mundo nivelado que tendrá en 2008 más de 2000 millones de personas conectadas, no favorece precisamente una vereda cultural o identidad global. Por el contrario, la tendencia es hacia el individualismo, el tribalismo y una renovada relocalización. La palabra de moda en el mundo de la Web es comunidad, pero si no somos vigilantes estas no serán comunidades que actúen en el interés global”, afirmó.

Vemos, entonces, que la relación que existe entre la democracia y los medios de comunicación es simbiótica.³⁸ En consecuencia, el surgimiento, fortalecimiento, consolidación y desarrollo de la democracia requiere a su vez del surgimiento, fortalecimiento, consolidación y desarrollo de medios de comunicación y comunicadores libres, independientes y plurales. Pero también requiere de mucho más: plena circulación de información, ascendente y descendente.

En el ámbito interamericano, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en el Informe de 2003, criticó la “práctica que fomenta una cultura de secretismo de la información en manos del Estado”, y subrayó que “estas prácticas ponen en peligro el sistema democrático constitucional permitiendo el incremento de actos de corrupción”.³⁹

El secreto ocupa la misma médula del poder y mantiene a los asuntos a salvo de la vista indiscreta del gran público; permite mantener oculta gran parte de las actuaciones del poder político, de manera de lograr una adhesión pasiva y sin interferencias de la ciudadanía al ejercicio del poder. El secreto se convierte así en una herramienta para la manipulación política de masas. Desde este punto de vista, el secreto también puede ser una de las herramientas más usuales del poder represivo y de la corrupción.⁴⁰

Una noticia, decía lord Nordcliffe, fundador y director del *Daily Mail*, es algo que alguien, en alguna parte, trata por todos los medios de mantener oculto.⁴¹ Por eso, el secreto periodístico aparece como un secreto en razón del interés social, tal como lo definió el constitucionalista mexicano Diego Valadés.⁴²

³⁸ Ventura, Adrián, *Poder y opinión pública*, prólogo de Germán Bidart Campos, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; Stein Velasco, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, 2005, p. 1.

³⁹ El informe está disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp>.

⁴⁰ Toffler, Alvin, *El cambio del poder*, Plaza & Janés, 1991, p. 312.

⁴¹ Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, en la publicación del debate realizado en el “Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, CEC, 24 de enero de 1994, p. 76.

⁴² En el Seminario Internacional sobre el Secreto Profesional del Periodista, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 20 de agosto de 2003.