

EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

POR

ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA

Catedrático de Derecho de la Información

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—A) *El secreto profesional con especial referencia al «ius tacendi» de los periodistas:* a) Los presupuestos generales jurídicos-dogmáticos del secreto profesional; b) El secreto profesional de los periodistas. B) *El secreto profesional de los periodistas en el Derecho español:* a) Antecedentes y legislación de prensa; b) El secreto profesional en la legislación penal y procesal. C) *El secreto profesional de los periodistas en la Constitución de 1978.* D) *El secreto profesional de los periodistas en el Derecho comparado:* a) El Derecho europeo continental; b) USA. E) *Limites y garantías del secreto profesional de los periodistas.*

INTRODUCCIÓN

En muchos países de nuestra órbita cultural, el tema del secreto profesional de los periodistas no está zanjado, en términos jurídicos, sino, por el contrario, es todavía una *vexata quaestio*, según el autor italiano PEGORARO, como lo demuestran, entre otros muchos, los casos Oriana FALLACI, MASSA, ZANETTI y MAMBRETI, en Italia; María TORRE, BRANZBURG, CALDWELL, PAPPAS y FORBES, en USA, y GARCÍA HERRERA y VÁZQUEZ PRADA, en nuestro país, en los prolegómenos de la transición a la democracia.

El tema se presenta, en último término, como un problema de ponderación de intereses contrapuestos: exigencia de un desarrollo normal de la justicia y garantía de la libertad de información. Este eventual conflicto de derechos y/o intereses protegidos a nivel constitucional es necesario resolverlo, de tal forma, que ni la justicia ni la libertad de información, garantizada en cierta medida a través del secreto profesional de los periodistas, salgan inútilmente sacrificadas.

El Derecho comparado nos va a enseñar unas veces la insuficiencia de la garantía del secreto profesional del periodista, pero también que existen países en los cuales el secreto está asegurado en términos muy aceptables. Y, por último, veremos que el derecho al secreto profesional diseñado en nuestro texto constitucional tiene unos límites, los cuales intentaremos determinar.

A) *El secreto profesional con especial referencia al «ius tacendi» de los periodistas*

a) *Los presupuestos generales juridico-dogmáticos del secreto profesional.*

El secreto profesional exige para que pueda considerarse como tal una tipificación y sanción penal para su violación; no obstante, como veremos más adelante, en nuestro sistema jurídico no existe, hasta estos momentos, tal sanción específica de tipo penal.

La exigencia del secreto profesional responde a un doble orden de motivaciones. En efecto, aquél se fundamenta, por un lado, en el interés de los propios particulares que confían a un profesional determinados hechos confidenciales, pero, por otra parte, tiene su origen en el interés del correcto ejercicio de una profesión que presenta una proyección o dimensión de interés de orden público.

El secreto que se protege opera sobre la naturaleza confidencial de los hechos que se confían y de la persona o fuente que los transmite.

Por otra parte, la revelación de los secretos sin el consentimiento del cliente interesado supone siempre un atentado a bienes jurídicos que reciben una protección penal directa, pero que todos ellos tienen como denominador común, como ha subrayado Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, cuando son ostentados por un particular, su pertenencia a un ámbito de desenvolvimiento de la persona que se concreta en la protección de la intimidad (1). En esta línea, BAJO ha puesto de relieve que en la actualidad cabe sostener, fundadamente, que la esfera de la intimidad se ha independizado de la mayoría de esos intereses jurídicos que tradicionalmente se entendían, y aun muchos entienden, incluidos en la misma (2). Pero, hoy, después de la Constitución de 1978 (art. 18.1), la intimidad se ha sustantivado como un derecho fundamental, que tiene un carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible, conforme al artículo 1.º.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Aun admitiendo como

(1) *Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional*, «La Ley», núm. 612, de 11 de febrero de 1983, p. 1.

(2) Citado por Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, en el artículo de la nota anterior, página 1.

cierta esta tesis de BAJO de que el secreto profesional se concreta en la protección del derecho de la intimidad, no es menos cierto que en determinados secretos pueden concurrir también otros derechos fundamentales, como es el caso, por ejemplo, del secreto profesional del abogado que garantiza, además, la libertad de defensa del justiciable (art. 24, CE).

Esta protección de la intimidad exige, por parte del titular del secreto profesional, un determinado comportamiento que se traduce en un deber profesional de secreto. Así, pues, como ha señalado la doctrina penal, bien jurídico, intimidad e infracción del deber profesional componen el injusto penal de la violación del secreto profesional. Se trata, en definitiva, de un deber nunca desconectado del bien jurídico entendido como derivación del propio bien jurídico o, con otras palabras, del carácter de la relación que el sujeto activo profesional establece con el objeto de tutela (3).

b) *El secreto profesional de los periodistas.*

El secreto profesional de los periodistas se articula desde, el punto de vista técnico-jurídico, por una parte, como un derecho a no revelar las fuentes de conocimiento y, por otra, como un deber de no hacerlo cuando el informador así se lo ha impuesto al profesional en el ejercicio de su actividad (4).

No obstante, es conveniente resaltar la modulación que recibe el secreto profesional del periodista frente al resto de los secretos pro-

(3) Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, en artículo citado, p. 4.

(4) El Consejo de Europa desde hace ya algún tiempo se ha ocupado en el marco de la problemática jurídica de los medios de comunicación de masas del tema del secreto profesional. A este respecto se puede citar, entre otros, el proyecto de Resolución presentado por la Comisión de asuntos jurídicos antes la Asamblea Consultiva (Doc. 2887, de 16 de diciembre de 1969), en cuya Resolución número 3 se expresa el deseo de que se aborde la amortización del secreto profesional de los periodistas a nivel europeo; el *Rapport John Stevas* sobre los Derechos del hombre y los medios de comunicación de masas (Doc. 2524, de 27 de enero de 1969), en base al cual la Asamblea Consultiva elaboró un proyecto de directiva por el cual se encargó a la Comisión de asuntos jurídicos que estudiase, entre otros temas, «el reconocimiento por la ley del derecho del periodista de no revelar sus fuentes de información, bajo reserva de las necesidades de la Administración de justicia»; la Resolución 582 (1970), de la Asamblea Consultiva, «de estudiar las posibilidades de armonización del secreto profesional de los periodistas»; la caracterización del secreto profesional de los periodistas como un derecho-deber (Doc. B, 73), de 18 de octubre de 1974, y el documento preparado por BLIN, en el seno del Comité sobre los medios de comunicación de masas (CHAMM, 80 7), en el cual se pide que los Estados miembros del Consejo de Europa se esfuercen en garantizar a los periodistas «el secreto relativo a las fuentes de sus informaciones».

fesionales. Esta modulación afecta a varios de los caracteres generales del secreto profesional que acabo de señalar.

El común denominador de los demás secretos profesionales es que no se pueden desvelar los hechos conocidos y la fuente o persona que los ha transmitido. En cambio, la función lógica del secreto profesional de periodista es descubrir esos hechos, darles publicidad por los diversos medios de difusión, pero manteniendo, en todo caso, en secreto la fuente de donde proceden; no encontramos, pues, como ha señalado la doctrina italiana (BARILE, GESSA y PACE, entre otros), con «una inversión del funcionamiento del secreto periodístico respecto a aquel del que gozan otras profesiones» (5).

En segundo término, también se distingue en lo relativo con el contenido de la relación profesional-cliente. En efecto, el deber de guardar sigilo entre el profesional clásico o tradicional (médico, abogado o sacerdote) y su cliente nace de una relación de confianza que es el fundamento del propio mandato profesional; tal confianza, sin embargo, falta normalmente en la relación periodista-informador.

En tercer lugar, quiebra asimismo el principio común al resto de los secretos profesionales de que el bien jurídico protegido es la tutela del derecho a la intimidad. En este tipo de actividad profesional el secreto se consagra en consideración a otros derechos distintos y, en concreto, en nuestra Constitución se protege en garantía de la libertad de comunicar información veraz (*ius narrandi*) y del derecho a recibir información, también veraz (art. 20.1 d).

Además de esta configuración jurídico-dogmática del derecho al secreto profesional en relación a una o varias libertades, no es menos importante destacar también su vertiente institucional. En esta perspectiva, el secreto profesional es una garantía institucional no sólo de la prensa, sino en sentido más amplio de la información como tal. La información en un sistema democrático se sustenta en el principio de libertad (*the free flow of the news*, según la expresión acuñada por la jurisprudencia anglosajona), tanto activa, de informar como en el interés de la colectividad a recibir información lo más completa y amplia posible. Si se cegara la vía de obtención confidencial de la in-

(5) BARILE: *Segreto professionale anche per i giornalista*, en «La Stampa», 11 de marzo de 1976; GESSA: *Spunti ricostruttivi di una disciplina giuridica del «segreto professionale» dei giornalisti nell'ordinamento italiano*, «Foro amm. 1976, III», p. 322 y ss. PACE: *Sulla rilevanza processuale del segreto professionale dei giornalisti in Italia e negli Stati Uniti d'America*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1978, fasc. 12, p. 1261.

formación se vería comprometida, sin duda alguna, la difusión o comunicación libre de la información. A este respecto quisiera señalar que nuestro Tribunal Constitucional, en las sentencias de 16 de marzo de 1981 y 30/1982, de 1 de junio, ha inferido del texto constitucional una garantía institucional de la información al establecer que el artículo 20 de la CE «garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, cual condición de realización efectiva del principio de legitimidad democrática».

Este aspecto institucional del secreto profesional del periodista ha sido también resaltado por una sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Der Spiegel*. En una sentencia de 1966, el Tribunal alemán mantuvo que el secreto profesional no protege al informante ni al redactor, sino a la posibilidad funcional de una prensa libre, a cuyo efecto el secreto debe facilitarle el cumplimiento de sus tareas públicas.

B) *El secreto profesional de los periodistas en el Derecho español*

a) *Antecedentes y legislación de Prensa.*

En nuestro país, el secreto profesional de los periodistas surge como un principio ético y deontológico para más tarde ser consagrado jurídicamente y hoy respaldado por la Constitución.

El primer texto español, salvo error, que consagra explícitamente el secreto profesional de los periodistas ha sido el Decálogo de ética profesional del periodista, aprobado por la Federación de Asociaciones de la Prensa, proclamado con motivo del IV Congreso Regional de Prensa celebrado en 1955 en Salamanca, cuya declaración octava decía lo siguiente:

«... el secreto profesional debe ser norma fundamental, especialmente cuando se refiere a intereses legítimos, en especial de la propia empresa o cuando puede significar allanamiento de fuero privado, familiar o profesional de cualquier persona».

Más tarde, en la década de los sesenta, dos Decretos que van a regular sucesivamente el Estatuto de la profesión periodística van a reconocer el secreto profesional no ya en el texto articulado de los respectivos reglamentos, sino en un anexo relativo a los «Principios

generales de la profesión periodística». En primer lugar, el Decreto 1408, de 6 de mayo de 1964, en el número V de sus principios generales establecía que:

«El periodista tiene el deber de mantener el secreto profesional, salvo en los casos de obligada cooperación con la justicia, al servicio del bien común.»

En segundo término, el Decreto 744/1967, de 13 de abril, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de la profesión periodística, reproduce literalmente en el anexo el texto de 1964 (principio 5).

No obstante, la eficacia del secreto profesional de los periodistas es muy limitada en estos reglamentos, al menos por tres series de razones. En primer lugar, los principios contenidos en el anexo de ambos Decretos se enuncian más como normas de comportamiento deontológico que como principios jurídicos entendidos en sentido estricto; en segundo término se reconoce el secreto profesional bajo la técnica de un deber y no de un derecho y, en tercer lugar, la referencia a la «obligada cooperación con la justicia» es una expresión amplia y difusa que desvirtúa, obviamente, la consistencia de tal deber.

Además de este reconocimiento explícito de un deber de mantener el secreto profesional en ambos textos reglamentarios citados, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha mantenido que tal secreto profesional podría derivar del artículo 38 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, según el cual «toda información o noticia contenida en un impreso o periódico debe de hacer constar su fuente de origen, y si ésta no constase se entenderá que el director declara haberla obtenido a través de fuentes propias». De este precepto derivaría, indirectamente, según aquel profesor, el derecho del director de la publicación a informar sobre fuentes propias no confesadas en la publicación.

b) El secreto profesional en la legislación penal y procesal.

Había apuntado más arriba que el secreto profesional se consagra legalmente en consideración a un derecho o una libertad bajo la garantía penal. Pero además de esta garantía material de carácter penal, el secreto profesional se suele articular procesalmente como una excusa del deber de declarar en un proceso criminal. Esto no lleva a indagar si tal garantía bifronte ha existido o existe en nuestro Derecho positivo.

El Código penal de 1822, nuestro primer Código en la materia del constitucionalismo, establecía en el artículo 424 lo siguiente:

«Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas y cualesquiera otros que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelaren, fuera de los casos en que la Ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de treinta a cien duros. Si la revelación fuera de secreto que pudiera causar a la persona que lo cumplió alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, la reclusión de uno a seis años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de infamia al sobornado y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio; el sobornador sufrirá arresto de un mes a un año.»

El precepto se encuentra redactado a la hora de la enumeración de profesiones u oficios con una cláusula abierta: «cualquiera otros», dice el Código, y los periodistas, entre esos otros profesionales no enumerados expresamente, podrían haber tenido garantizado en el Código de 1822 el secreto profesional. En cambio, como vamos a ver a continuación, el Código de 1848-50 utiliza una formulación mucho más restrictiva. En efecto, el artículo 276 (284 en la redacción del 50) establecía que la pena que correspondía a los empleados públicos por el descubrimiento de secretos sería aplicable a «los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieran confiado». La referencia a un título profesional excluía, por tanto, de la protección penal del secreto profesional a los periodistas, pues, como es bien sabido, tal titulación sólo ha sido obligatoria en la época del franquismo.

La protección penal de la violación del secreto profesional ya no va a existir en los Códigos sucesivos, ni, incluso, en el actualmente en vigor, «situación prácticamente sin parangón en el Derecho comparado», como ha señalado recientemente Emilio OCTAVIO DE TOLEDO (6).

Si bien es cierto, como acabo de constatar, que no existe en nuestro Código penal una tipificación de la violación del secreto profe-

(6) *Op. cit.*, p. 3.

sional se ha intentado, no obstante, amparar por la doctrina el deber de sigilo de los periodistas en la eximente 11, artículo 8.º del Código penal («cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»), pero el término deber ha sido interpretado por nuestro Tribunal Supremo en el sentido de deber legal, deber impuesto por una ley que no es el caso que nos ocupa, dado que su cobertura hasta la Constitución era meramente reglamentaria.

La política de reforma legislativa del Código penal intenta rectificar esta situación y se va a poner en línea de proteger con una sanción de carácter penal la revelación del secreto profesional. Así, en proyecto de Código penal de 1980 («BOCG», Congreso de Diputados, I Legislatura, núm. 108-I) recoge en el artículo 196, párrafo último, la específica incriminación de la revelación del secreto profesional («el profesional que revelare los secretos de un cliente, de los que tuviera conocimiento por razón de su profesión u oficio, será castigado con la pena de suspensión de dicha profesión por tiempo de dos a cuatro años») (7).

c) *El secreto profesional de los periodistas en la Constitución de 1978.*

En nuestro texto constitucional existen dos referencias expresas al secreto profesional. En primer lugar, en el artículo 20.1 d) («La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades») y, en segundo término, en el artículo 24.2 *in fine* («La Ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos»).

La alusión en estos dos preceptos de la Constitución al secreto profesional obliga a intentar desvelar el sentido o funcionalidad de cada uno de ellos y también buscar si existe, por lo que se refiere al secreto profesional de los periodistas, algún tipo de articulación entre ellos.

El secreto profesional al que hace hoy referencia el artículo 20 de la CE no existía ni en el primer borrador de Constitución ni en el anteproyecto elaborado por la Ponencia de la Comisión de Asun-

(7) En relación al secreto profesional y a la problemática jurídico-penal planteada por este precepto, véase M. BAJO: *El secreto profesional en el proyecto de Código penal*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIII (7.ª ed.), 1980, pp. 595-610.

tos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso. Tampoco existe enmienda alguna escrita de los grupos parlamentarios de aquella Cámara en el sentido de introducir tal derecho en el texto constitucional. Fue durante los debates en la Comisión del Congreso antes citada cuando se introdujo una enmienda *in voce* por el diputado APOSTÚA PALOS, de UCD, con objeto de «dar una redacción más completa para este punto 8 del artículo 20, que empezó a discutir el señor ROCA», punto en el cual sólo se reconocía el derecho a la cláusula de conciencia. Por ello, el Grupo Parlamentario UCD propone la redacción del punto 8 del artículo 20, en los siguientes términos:

«La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional.»

La enmienda suprime las palabras «de periodistas e informadores» (con referencia sólo a la cláusula de conciencia) en la enmienda de ROCA JUNYET, y se añade el «secreto profesional».

En el mismo sentido la diputada por el PCE, PILAR BRABO CASTELLS, presentó también otra enmienda *in voce*, en la cual se añadía que

«Los periodistas e informadores tienen derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional.»

Como se habrá podido observar, existen notables diferencias entre las enmiendas de UCD y del PCE, ya que en la redacción del primero de los grupos el secreto profesional se ampara genéricamente, mientras que en el segundo se restringe o se refiere específicamente a los periodistas, a pesar de que en su intervención la diputada comunista matiza que «los periodistas deben participar plenamente del derecho constitucional del secreto profesional, lo mismo que deben participar otros profesionales como el médico, el sacerdote y el abogado».

Por el PSOE, el diputado MARTÍN TOVAL aceptó también la constitucionalización del secreto profesional siempre que estuviera en la línea de la enmienda de Minoría Catalana, es decir, «referido si se quiere al ámbito amplio de la comunicación», o sea, como matizó el también diputado socialista ZAPATERO GÓMEZ, «siempre que se entendiera incluida en el apartado 1, letra d) que se refiere «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de expresión». La intención del PSOE era reconocer este derecho, sólo, a favor de los periodistas, como subrayó ZAPATERO GÓMEZ: «Lo que no cabe duda es que la

cláusula de conciencia y el secreto profesional que defendíamos en nuestro voto particular se refiere a la cláusula de conciencia de los periodistas y no a una cláusula de conciencia o secreto profesional en general».

La nueva redacción del número 1 del artículo 19, introduciendo una modificación en la letra *d*) tuvo el asentimiento de todos los grupos parlamentarios, y fue aprobada por unanimidad en la Comisión en los términos siguientes:

Artículo 19.1 *d*) (se reconocen los derechos) «A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.»

Este texto fue aprobado, posteriormente, sin variación alguna en el Pleno del Congreso.

En el Senado fueron presentados, sin embargo, tres enmiendas (números 19, 147 y 776) al texto remitido por el Congreso, sin que ninguna de ellas supusiera una alteración sustancial de aquel texto.

La presentada por los Progresistas y Socialistas Independientes (número 19) desdobra la letra *d*) en dos. La *c*) con la primera parte (se reconocen los derechos «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»), y la *d*) con la referencia al reconocimiento de los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, añadiendo la expresión «de informadores», para hacer hincapié en que ambos derechos se reconocen, preferentemente, a favor de los periodistas.

La enmienda de Camilo José CELA TRULOCK (núm. 147), presentada en nombre de la Agrupación Independiente, estaba en la misma línea que la anterior, y la número 776, de Entesa dels Catalans, deslinda también en dos letras distintas el derecho a comunicar o recibir información y los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, añadiendo en el último caso el término «profesionales», para despejar cualquier duda en relación al titular de ambos derechos, pues, como señalaba CIRICI PELLICER en su intervención ante la Comisión, «se trata de proteger realmente a los que dedican su vida a la información de los ciudadanos».

En la Comisión de Constitución no se aceptaron ninguna de estas enmiendas, y en el Pleno del Senado el texto del Congreso tampoco sufrió variación alguna.

La intención, pues, del constituyente en el artículo 20 de la CE fue la de proteger, sólo, el secreto profesional de los periodistas, por ello, y para no dejar desamparado el secreto en el ejercicio de otras actividades profesionales, se introdujo, en el artículo 24, una referencia genérica al secreto profesional.

En efecto, el Grupo de Senadores Vascos presentó una enmienda (núm. 990) al título II, artículo 24, apartado 2, en la cual se añadía al final del mismo lo siguiente:

«Nadie estará obligado a confesar un hecho que pueda causar perjuicio a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, ni cuando los hechos hayan sido conocidos en virtud del secreto profesional.»

En defensa de esta enmienda en la Comisión de Constitución del Senado intervino el diputado UNZUETA UZCANGA, quien, después de señalar el significado del secreto profesional en el artículo 20, advierte que dicha enmienda pretende extender el secreto a los profesionales que tradicionalmente han gozado del mismo. En este sentido dijo:

«Lo que nos preocupa es la ausencia de un principio general que sea salvaguardia de actividades profesionales, en algunos casos, o supuestos de actividades que nos atreveríamos a calificar como de sustanciales con la propia problemática inherente a la naturaleza humana, con profesiones tan viejas prácticamente como el hombre. Hay profesiones y actividades que son precisamente soporte del hombre en su peregrinar difícil por la tierra.

De la Constitución, tal y como está redactada en este momento, aplaudimos que el secreto profesional aparezca recogido con referencia a los periodistas y profesionales de los medios de difusión, pero nos sorprende, nos extraña y, repito, nos preocupa, que este principio no aparezca claramente extendido a profesionales y a actividades que, de hecho, han disfrutado de él de alguna manera más bien imperfecta hasta el momento, y que hasta ahora sorprendentemente parecen verse excluidos del texto constitucional.»

El diputado VILLAR ARREGUI, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, intervino en el debate de esta enmienda pidiendo que se sustituyera el término «confesar» por el de «declarar», que aceptaron los senadores vascos, así como también que se añadiese la expresión «según se determine en la Ley». La inclusión de este nuevo párrafo en el artículo 24 fue aprobada por unanimidad. El texto actual procede del dictamen de la Comisión Mixta, Congreso-Senado, sobre el proyecto de Constitución.

El artículo 20 de la Constitución introduce, en definitiva, una garantía sustancial del secreto profesional de los periodistas que debe tener su tutela, lo más pronto posible, en el Código penal. El artículo 24, por otra parte, extiende la garantía del secreto profesional a otros sujetos distintos, los cuales deben ser determinados por la ley, a la que se remite el precepto constitucional. No obstante, cualquier secreto profesional, incluido el de los periodistas, parece articularse en este precepto en la vía procesal penal como una excusa del deber de declarar (técnica, como ya sabemos, recogida hoy en los artículos 416 y 417 de la LEC).

De nuestro artículo 24 del texto constitucional no deriva, por otra parte, un derecho absoluto al secreto profesional frente al poder judicial, sino que es la ley la que deberá ponderar los «casos» en que dicho secreto debe ceder ante el juez penal. La garantía frente al juez no es, por tanto, absoluta, por lo cual será preciso indagar sus límites racionales, tema que será tratado en el último epígrafe de este trabajo.

D) *El secreto profesional de los periodistas en el Derecho comparado*

Si bien es cierto que en todos los países de nuestro entorno cultural la profesión periodística ha dictado normas de autodisciplina que reconocen el secreto profesional, a nivel jurídico y jurisprudencial la situación es muy diferente. No obstante, se está abriendo paso una tendencia que opera en los ámbitos doctrinales, legislativo y jurisprudencial que postula el amparo o la reforma en términos aceptables de este nuevo derecho que tiene hoy en España y en Suecia un reconocimiento y protección constitucionales.

a) *El Derecho europeo continental:*

1. *Suecia.*—La Ley sueca sobre la libertad de prensa, una de las Leyes Fundamentales que integra su Constitución, dedica el capítulo III a la regulación del derecho al anonimato. Según esta Ley, «ningún autor de cualquier impreso será obligado a que aparezca en aquél su nombre». Este derecho se garantiza en «cualquier procedimiento legal» relativo a la libertad de prensa e, incluso, frente a terceras personas, a no ser que sean obligadas a declarar por ley. Es la ley y no el juez la que determina los casos en que decae el deber de no revelar, por parte de determinadas personas, la identidad del autor. La infracción de este deber legal de sigilo puede llevar aparejada una multa, y en circunstancias especiales, la privación de libertad por un período no superior a un año.

2. *Alemania*.—La Ley Federal de 25 de julio de 1975 (BLF, del 29), relativa a los «derechos a negarse a testificar de aquellas personas relacionadas con la prensa y la radiodifusión (Ley que reforma algunos preceptos de las leyes de Enjuiciamiento Criminal y Enjuiciamiento Civil, así como de la ordenanza tributaria, relativos al secreto de las personas relacionadas con ciertas profesiones), ampara, por lo que aquí nos interesa, el secreto profesional de los periodistas en un procedimiento criminal. Según esta nueva Ley, pueden negarse a testificar en un proceso penal todas aquellas personas que intervengan o hayan intervenido en la preparación, confección y difusión de publicaciones periódicas o en programas de radio y televisión. Estas personas pueden negarse a declarar sobre la persona del autor o del informante de artículos o documentos, así como sobre las informaciones recibidas profesionalmente en la medida de que se trate de artículos, documentos e informaciones con destino a la redacción de su trabajo profesional (8).

Con objeto de que por vías indirectas se pudiera conocer el nombre del informante, la Ley considera inadmisibles el embargo o confiscación de los documentos, cintas, etc., que se encuentren en poder de las personas que intervinieron en el proceso de elaboración de la información, de la redacción, del editor, del impresor o de la emisora de radio o televisión.

El Tribunal Constitucional, por otra parte, había mantenido con anterioridad a esta Ley, en la Sentencia de 28 de noviembre de 1973, que el secreto profesional tenía un respaldo en la Ley Fundamental. A este respecto decía la Sentencia que «la libertad de prensa garantizada en la Constitución comprende, igualmente, como condición esencial de su funcionamiento, una cierta protección de la relación de confianza entre la prensa y los informadores privados. Esta protección es indispensable, ya que la prensa no puede pasar de comunicaciones privadas, y esta fuente de informaciones no fluye abundantemente si los titulares de la información no pudieran contar con el respeto del secreto profesional». Aquí, pues, el Tribunal destaca y recuerda la vertiente institucional del secreto profesional de los periodistas a la que se había referido en la sentencia *Der Spiegel*.

3. *Italia*.—La problemática del secreto profesional no ha dejado de ser desde hace algún tiempo un tema de actualidad, y ello debido prin-

(8) La mayor parte de las leyes de prensa de los *länder* reconoce también el secreto profesional de los periodistas.

principalmente a que la legislación sobre la materia es contradictoria. En efecto, la extensión o no del secreto profesional a los periodistas deriva de una interpretación conflictiva de dos normas. Por una parte, el artículo 2.º de la Ley núm. 69, de 3 de febrero de 1963 (*Ordinamento della professione di giornalista*) reconoce expresamente el secreto profesional en los siguientes términos:

«Los periodistas y editores están obligados a respetar el secreto profesional sobre la fuente de noticias cuando sea exigido por el carácter fiduciario de aquéllas.»

En base a este precepto, para una corriente doctrinal e incluso jurisprudencial, derivaría el derecho de los periodistas a negarse a declarar en un proceso penal las fuentes de información. Esta norma sustantiva tendría, por tanto, también operatividad o proyección en el ámbito procesal. En cambio, otros autores y la jurisprudencia dominante entienden que tal derecho no existe, ya que el artículo 351 de CPP no contempla, *nominatim*, a los periodistas entre aquellas personas que tienen derecho a negarse a declarar (9).

Recientemente, el tema ha llegado a la Corte Constitucional, caso MASSA, ZANETTI y MAMBRETTI (S. núm. 1, de 28 de enero de 1981), en el cual se planteaba la legitimidad constitucional, de entre otros preceptos, de los artículos 2.º de la Ley de 1963 y 351 del CPP, en relación con los artículos 3.º y 21 de la Constitución (10).

El Tribunal, después de hacer una reconstrucción histórico-jurídica del artículo 351 de CPP, llega a la conclusión del «carácter taxativo de las hipótesis excepcionales de exoneración del deber de declarar» contempladas en el mencionado precepto y en «tal contexto normativo se plantea el problema de la legitimidad de la disciplina del secreto periodístico, en cuanto a su ausencia de protección en el plano procesal».

(9) Hasta el momento de dictarse la Sentencia de la Corte Constitucional de 1981 se habían presentado, también sin éxito, ante la Cámara de Diputados, las siguientes proposiciones de ley que protegían procesalmente el secreto profesional de los periodistas: Ley COSTAMAGNA, núm. 289, de 10 de agosto de 1976; Ley BONIFACIO, núm. 621, de 19 de octubre de 1976, y Ley SERVADEI, núm. 1.972, de 22 de diciembre de 1977.

(10) En relación con esta Sentencia pueden consultarse, C. CHIOLA: *Lo ius tacendi dei giornalisti sulle fonti confidenziali*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1981, fascs. 2-4, pp. 421-433; L. PEGORARO: *Remeditazioni sul segreto professionale dei giornalisti*, «Il Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni», número 1, pp. 49-69, y F. PINTO: *Il segreto professionale dei giornalisti. La Corte Costituzionale ha rinviato al legislatore*, «Problemi dell'informazione», núm. 2, 1981, páginas 303-311.

En este marco, la Corte analiza, primero, si la exclusión del periodista del artículo 351 del Código CPP supone una violación del artículo 3.º de la Constitución que ampara el principio de igualdad. Sobre tal cuestión, el Tribunal declara que «no puede decirse ... que tenga fundamento porque las situaciones comparadas no son iguales, ni genéricamente homogéneas, sino diversas bajo varios perfiles, estructurales y funcionales», sobre los cuales ya he tenido la ocasión de referirme al comienzo de este trabajo.

En relación con el artículo 21 de la Constitución, según el cual «todos los ciudadanos tienen el derecho de manifestar libremente su propio pensamiento, de palabra, por escrito o mediante otro medio de difusión», la Corte entiende que «no quiere desconocer la existencia de una verdadera y propia libertad de crónica (la cual comprende la adquisición de la noticia) y de un común interés a la información como la otra cara pasiva de la libertad de manifestación del pensamiento, ni el papel desarrollado por la prensa como instrumento esencial de aquella libertad», no obstante, sigue diciendo la Corte, «el interés protegido por el artículo 21 de la Constitución no es en abstracto superior a aquel igualmente fundamental de la justicia», por lo cual «en un conflicto entre las dos instancias debe ser precisamente el legislador con su discrecionalidad quien debe realizar la razonable y equilibrada composición de los intereses opuestos». Corresponde, en último término, «al legislador valorar si el secreto periodístico es talmente esencial o de efectiva utilidad instrumental a la exigencia de la información hasta el punto de prevalecer —y en qué límites— sobre los intereses de la justicia, tanto más que entre estos, deben considerarse, además del interés a la comprobación de la verdad, también aquel relativo a la defensa de aquellos sujetos afectados por la noticia divulgada, y que, por otra parte, la exigencia de la información envuelve también un interés a la controlabilidad de la noticia periodística, sea por parte de los lectores o de otros operadores de la prensa, cuya posibilidad a un acceso concurrente a la misma noticia es condición de un efectivo pluralismo informativo».

b) USA.—El secreto profesional de los periodistas (*reporter's privilege*) no se encuentra reconocido ni por el *common law*, ni por la legislación federal. Sin embargo, una parte importante de los Estados de la Unión han dictado leyes que lo ampara. En efecto, en el derecho estatutario el *reporter's privilege* (o también, *reporter's immunity*) aparece por primera vez en el Estado de Maryland, en 1896, y hoy la mitad

de los Estados tienen leyes protectoras del secreto profesional del periodista, conocidas con la expresión: leyes escudo (*shield laws*).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema con motivo de recursos presentados por varios periodistas después de haber sido condenados en instancias inferiores por el delito de desacato, al negarse a declarar sobre sus fuentes de información ante el *Grand Jury*. La defensa alegó ante el Tribunal que el secreto profesional de los periodistas tenía su cobertura en la Primera Enmienda constitucional, que garantiza la libertad de prensa.

El tema se planteó primero en el caso *Judy Garland v. Marie Torre* (910-USA, 1958) y después en *United States v. Caldwell* (1970), *In re Pappas* (1971), *Branzburg v. Hayes* (1972) e *In re Farber* (1978).

En todos estos casos, el Tribunal Supremo mantuvo el criterio de que los periodistas no tienen reconocido un *constitutional privilege* a negarse a declarar ante el *Gran Jurado* en un proceso penal en la medida en que el mandato del Jurado de revelar las fuentes de información no incide en la Primera Enmienda constitucional (11).

En *Branzburg*, *In re Pappas* y *Caldwell*, las sentencias sólo tuvieron la mayoría de un voto, y el juez WHITE, en representación de esa mayoría, en la primera de estas sentencias, empieza recordando que «la Primera Enmienda no garantiza a la prensa un Derecho Constitucional de especial acceso a la información». En cambio, STEWART (*dissenting*) llegó a afirmar que la mayoría adopta «una visión denigrante de la Primera Enmienda y muestra una insensibilidad evidente con relación al papel crítico de una prensa independiente en nuestra sociedad».

No obstante, es importante recordar que ni los defensores ni los jueces de la minoría defendieron un concepto absoluto del secreto profesional. Los jueces, en concreto, DOUGLAS, STEWART y POWELL, consideraban conveniente atribuir al juez un poder de ponderación (*balancing test*) entre la Primera Enmienda y las facultades investigadoras derivadas del proceso penal y, en consecuencia, sería aquél el que determinaría, puntualmente, la necesidad o no de revelar las fuentes de información. De esta forma, esta doctrina minoritaria intentaba garantizar, por una parte, *the free flow of information*, y, por la otra, poner

(11) Sobre el secreto profesional y las sentencias citadas en el texto pueden consultarse, FRANKLIN y TRAGER: *The first Amendment and the fourth estate*, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1981, pp. 406-456, y W. LOCKHART, KAMISAR y CHOPER: *Constitutional Rights and Liberties, Cases and materials*, Fifth Edition, West Publishing Company Minnesota, 1980, pp. 579-590.

una barrera a la idea de transformar a los periodistas «en órganos investigadores del Gobierno», en sustitución de la policía, con perjuicio de la libertad de prensa tutelada en la Primera Enmienda constitucional.

E) *Límites y garantías del secreto profesional de los periodistas*

El ámbito y la eficacia del secreto profesional de los periodistas, reconocido en nuestro texto constitucional, es conveniente delimitarlo en cuatro perspectivas. En primer lugar, el secreto profesional es absolutamente eficaz frente a cualquier persona privada, incluyendo en esta expresión a los superiores jerárquicos de las empresas informativas. En segundo término, también, lo es frente a las Administraciones públicas y la Policía. En tercer lugar, el secreto profesional es plenamente operativo frente a las Comisiones de investigación que el Congreso y el Senado, y en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, puedan eventualmente crear (art. 76.1, CE). En cambio, en cuarto lugar, en el ámbito penal, la consistencia de este derecho no puede ser, normalmente, absoluta.

En el Derecho comparado, como ya ha quedado expuesto más arriba, el tema se ha planteado siempre en relación con un proceso penal en el cual se ha esgrimido el secreto profesional como garantía de la libertad de información y del derecho del público a ser informado, no obstante lo cual, los jueces y la jurisprudencia han entendido que eventualmente podría decaer tal derecho por entrar en conflicto con otros derechos o intereses dignos también de protección constitucional.

En nuestra Constitución, el secreto profesional de los periodistas pienso que tampoco se configura como un derecho absoluto en el ámbito de un proceso penal. Ello deriva de una serie de preceptos, y en primer lugar, del propio artículo 24 que se remite a la Ley para regular los «casos» en que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, Ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1, CE). Esta Ley reguladora deberá, pues, articular el eventual conflicto con otros derechos e intereses constitucionales ante los cuales aquel secreto deba decaer.

¿Cuáles son esos intereses o derechos con los cuales puede entrar en conflicto el secreto profesional de los periodistas y en cuáles supuestos debe ceder? En primer término, el secreto de los periodistas puede colisionar con un secreto más enérgico, cual es el secreto de

Estado, hoy entendido como secreto militar. No en vano el artículo 105, b) de la CE establece como límite al acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos todo «lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», esto es, el secreto oficial regulado por la Ley 9/1968, de 5 de abril, reformada por Ley de 7 de octubre de 1978, y el Código penal, en el artículo 122.6.º, tipifica como delito la revelación de secretos atinentes a la seguridad del Estado.

En segundo término, el secreto profesional puede entrar en conflicto con otros derechos constitucionales en un proceso penal. La ponderación y eventual sacrificio de unos u otros derechos debe ser distinta según la fase del procedimiento penal (12). En la fase sumarial o instructora, el conflicto es menor, pudiendo prevalecer, normalmente, el secreto profesional sobre el interés de la justicia. En cambio, en la oral o plenaria, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (art. 24.2, CE) exigen en favor del inculcado el máximo de pruebas posibles (el art. 24 reconoce también el «derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa») y, en consecuencia, puede existir, en determinados casos, un interés mayor en la revelación de las fuentes de información.

Pienso, en definitiva, que el secreto profesional de los periodistas, teniendo en cuenta las consideraciones que se acaban de apuntar, debe ser objeto de un tratamiento jurídico específico por parte del legislador ordinario, el cual deberá organizarlo, técnicamente, y señalar sus límites en el proceso penal.

Desde el punto de vista de su articulación técnica, el texto constitucional parece optar por configurar el secreto como una excusa del deber «de declarar sobre hechos presuntamente delictivos» (art. 24.2, *in fine*). En cuanto a sus límites en el proceso penal, creo que la Ley no debería remitir al juez la facultad de ponderar libremente, caso por caso, el eventual conflicto de derechos e intereses en cuestión, lo cual iría en contra del principio de seguridad jurídica (art. 9.º.3, CE), sino más bien establecer explícitamente una lista cerrada de delitos de extrema gravedad, tales como terrorismo, secuestro de personas, traición

(12) En este sentido, BLASI y MURASKY, en Estados Unidos, han puesto de relieve que el problema de ponderación de la libertad de prensa y los poderes de investigación atribuidos al Gran Jurado es muy distinto cuando se encuentra en la fase oral del proceso penal, dado que en esta fase del proceso entra en juego la plena garantía de la Sexta Enmienda de la Constitución (*Fair trial*). En esta fase contradictoria y pública, tanto la acusación como el proceso necesitan una información mayor y, en consecuencia, el interés a la revelación de las fuentes es, indudablemente, mayor que en la fase precedente (véase PACE, *op. cit.*, páginas 1285-66).

y quizá algún otro delito más en los cuales dicha excusa no operaría. También, por último, el secreto profesional podría decaer en el supuesto excepcional de absoluta imposibilidad del juez penal de obtener la información necesaria, por otras vías alternativas, para determinar la eventual responsabilidad criminal del procesado en delitos de asesinatos y homicidio. Es necesario hacer hincapié en el carácter excepcional de este supuesto en la medida en que hoy la policía criminal cuenta con medios técnicos poderosísimos de investigación ya que, de lo contrario, el periodista se convertiría, con menoscabo de su dignidad, en un confidente de la policía e incluso de la justicia.

En resumen, pienso que la articulación técnica procesal y los límites al secreto profesional de los periodistas en los términos aquí expresados, además del establecimiento, como en Alemania, de medidas indirectas de prohibición de registros y confiscaciones del material utilizado en la elaboración de la información, podrían justificar una regulación diferenciada del resto de los secretos profesionales y alcanzar así una tutela y garantía aceptables del secreto profesional de los periodistas reconocido en la Constitución.

