

# La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas

Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales.  
Madrid, 24 de enero de 1994

[Colección: Cuadernos y Debates, núm. 48, 1994, 133 págs.]

1. En su afán de fomentar el debate sobre aspectos controvertidos de nuestra realidad política, y especialmente sobre aquellos necesitados de reformas legislativas más o menos urgentes, el Centro de Estudios Constitucionales ha publicado recientemente, en su colección "Cuadernos y Debates", las ponencias y discusiones realizadas en torno a temas tan importantes como los procesos constitucionales, la inmunidad parlamentaria, el régimen electoral, el régimen jurídico de los partidos y de su financiación, los instrumentos de información de las Cámaras, la reforma del Senado, el régimen jurídico de la televisión, así como en torno a la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, libro éste que motiva el presente comentario. La realización de todos estos debates constituye sin duda una loable iniciativa, que en algunos casos incluso tendrá repercusión directa en la modificación de la actual realidad política, habida cuenta de la participación habitual de cualificados representantes de los

poderes públicos e incluso de determinados poderes privados relacionados con los distintos temas objeto de discusión. Ahora bien, desde la perspectiva no del político ni del periodista, sino del investigador del Derecho, estos debates no dejan de tener algunas limitaciones (presentes en cierto modo en el libro que ahora comentamos): en algunas ocasiones prevalece en los intervinientes el afán polémico sobre el rigor científico; en otras, la presencia de no especialistas impide el avance de las discusiones, debiendo replantearse cuestiones ya resueltas por la doctrina y la jurisprudencia españolas y extranjeras.

2. En esta ocasión, las ponencias que abren el debate corren a cargo de Javier Pérez Royo, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla y de Javier Pradera, periodista de "El País" y co-director de la revista "Claves". Intentaré resumir brevemente el contenido de sus conferencias, así como, más apretadamente, el hilo conduc-

tor de las intervenciones posteriores, para exponer después, de un modo sistemático, mis principales puntos de acuerdo y desacuerdo con las distintas opiniones vertidas, añadiendo opiniones propias, cuando las crea indispensables para el global tratamiento jurídico de los dos derechos fundamentales en discusión.

Comienza su intervención el profesor Pérez Royo calificando a los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 20.1 d) CE) como derechos instrumentales al servicio de otro derecho, el de comunicar o recibir libremente información veraz. Se trata, además, de derechos “realmente existentes”, esto es, directamente ejercitables, pese a que aún no se haya cumplido el mandato dirigido al legislador para que regule este derecho, mandato que califica de irrelevante, redundante e incompleto. Tras señalar la innecesariedad e incluso inoportunidad de esta regulación legislativa, indica el citado profesor, en crítica al libro de Marc Carrillo, que de lo que se trata es de determinar doctrinalmente, sin necesidad de acudir al Derecho infraconstitucional, el contenido esencial de ambos derechos, que configura del modo siguiente: La cláusula “se traduce, como mínimo, en la posibilidad para el periodista de resolver unilateralmente el contrato que le vincula con una empresa periodística, percibiendo una

indemnización que, en ningún caso, podrá ser inferior a la que le correspondería por despido improcedente”; el secreto, “en una exoneración de responsabilidad penal por no colaborar con la justicia en la búsqueda de la verdad”. A juicio de Pérez Royo, poco más podrá decir el legislador en la delimitación del ámbito protegido por estos derechos, correspondiendo a los tribunales una concretización mayor de su contenido y de sus límites.

Por su parte, Javier Pradera, tras exponer las razones que motivaron en su día la inclusión de estos derechos en el texto constitucional, así como las causas del no cumplimiento del mandato dirigido al legislador, comienza resaltando las diferencias entre ambas figuras, si bien las dos participan de la naturaleza de instrumentos al servicio de la libertad de expresión y del derecho a la información.

Sobre la cláusula de conciencia, muchos son, a juicio del periodista de “El País”, los problemas a resolver, que se limita a enumerar: ¿puede servir a la realidad presente una configuración del contenido del derecho similar a la clásica, la de la ley francesa de 1935?; ¿quiénes son los sujetos del derecho?; ¿cómo evitar el fraude de ley en la alegación subjetiva de los motivos de conciencia?; ¿cómo ejercitar el derecho sin crear problemas de orden organizativo y técnico?; ¿podría limitarse el derecho

desde la idea de que el medio es también sujeto de la libertad de expresión?

Por su parte, el derecho al secreto profesional resulta ser, en opinión de Javier Pradera, un derecho de contornos más definidos. Tras afirmar que sin este derecho sería imposible cualquier labor periodística de investigación, resalta sus diferencias con el secreto profesional reconocido en el artículo 24.2 CE, el cual no es en realidad un derecho, sino un deber, cuya finalidad principal es proteger la relación de confianza entre determinados profesionales y sus clientes, bien jurídico de mucha menor importancia, a su juicio, que la libertad de expresión e información que justifica el reconocimiento como derecho del secreto profesional de los periodistas. Este derecho protege a los periodistas, como testigos, frente a instancias exteriores (parlamentarias, administrativas y, sobre todo, judiciales) que pretendan conocer sus fuentes de información, así como el material de trabajo utilizado para la información. Este derecho podría verse limitado especialmente en el ámbito penal y en los casos de atentados contra el honor de un particular. Por último, se señala que, desde un enfoque deontológico, el derecho al secreto es, a la vez, un deber moral del periodista, que sin embargo no operaría cuando la información transmitida fuera falsa, esto es,

hubiera sido transmitida dolosamente por un intoxicador.

En el debate posterior, en la mayor parte de las intervenciones (las del magistrado Fernández Entralgo me parecen las mejor construídas) se aboga en favor de la regulación legislativa de estos derechos. También la mayoría coincide en una concepción funcional de los mismos, al servicio de las libertades de expresión e información, pese a que, como después se verá, no falta quien parece rechazar la denominación de derechos instrumentales. En lo relativo al secreto profesional, prevalece también su concepción como derecho, en ningún caso como deber jurídico.

Entre los puntos que suscitan una mayor controversia se encuentran la calificación de la información como mercancía (cuestión en gran medida ajena al tema central del debate), la titularidad del derecho a la cláusula en los medios públicos de comunicación y los límites del derecho al secreto profesional.

Por último, alguno de los intervinientes se esfuerza en concretar algo más el contenido de los derechos estudiados, en la línea que a mi juicio debía haber marcado el tono del debate. En este sentido, son particularmente interesantes las intervenciones de Marc Carrillo y de Tomás De la Quadra, no en vano autores de dos de los trabajos más importantes sobre los derechos analizados, los cuales,

junto con la monografía del profesor Fernández-Miranda, daban ya solución a no pocas de las cuestiones que se plantean en el debate.

3. Antes de exponer, de un modo sistemático y a modo de conclusión, cuál es, a mi juicio, el estado actual del debate jurídico sobre los referidos derechos, convendrá realizar tres reflexiones preliminares de teoría general de los derechos fundamentales, contexto ineludible para el adecuado tratamiento dogmático de éstos y de cualquier otro derecho en particular.

En primer lugar, en la tarea de determinación (doctrinal, legislativa o judicial, que a todos compete) del contenido de los derechos (del contenido a secas, no del contenido esencial, categoría ésta bastante desacreditada —por cierto, nuestro Tribunal Constitucional parece haberla ya olvidado ante la importancia creciente del principio de proporcionalidad—, y que se configura más bien relacionalmente, en referencia siempre a los límites de los derechos, como barrera infranqueable de aquéllos —teoría absoluta— y no como primer paso en la configuración del contenido de cada figura) debe atenderse *primariamente al fundamento y función de cada uno de ellos*, y en esta tarea un mínimo realismo (el “planteamiento posibilista” al que con acierto se refiere Marc Carrillo y en el que también insiste Fernández

Entralgo) exige acudir, orientativamente al menos, a la Historia, al Derecho comparado y al Derecho infraconstitucional (no puede olvidarse la inescindible relación entre éste y la Constitución, relación a la que reiteradamente alude nuestro Tribunal Constitucional). Ahora bien, si el constituyente ha previsto, con carácter autónomo, en una norma material de reconocimiento, dos figuras específicas, habrá que buscar, en primer lugar, un fundamento característico, propio de cada una; lo contrario conduciría a una inaceptable funcionalización de los derechos, convirtiendo a sus titulares no en portadores de intereses propios, sino en meros instrumentos de bienes colectivos, con todos los peligros que ello conlleva. Se trataría, por tanto, de intentar la búsqueda de un fundamento propio, individual, de cada figura, sin perjuicio de que, además, y siempre en segundo plano, puedan servir a intereses colectivos. En este sentido, las intervenciones de Marc Carrillo, Xavier O’Callaghan y Tomás De la Quadra se mueven en la dirección correcta: los derechos estudiados no son instrumentales, sino de carácter sustantivo y sirven *primariamente a los intereses de sus titulares, lo cual resulta sobre todo claro en el caso de la cláusula de conciencia*.

En segundo lugar, debe decirse que si un derecho fundamental vincula a los particulares (caso típico de

la cláusula de conciencia), no hay inconveniente en afirmar que, en principio, vincula también a los poderes públicos, por lo que el derecho a la cláusula se tiene también en el ámbito de los medios públicos de comunicación. El planteamiento correcto de la cuestión no es así el de la dicotomía poder estatal-poder privado, sino el de atender a las peculiaridades de cada relación concreta desde de la determinación del contenido obtenida a partir del fundamento y función del derecho, con referencia a las normas constitucionales que recogen, directa o indirectamente, dichas peculiaridades. Lo cual vale también en sentido inverso: para saber si del derecho al secreto son sujetos pasivos las empresas informativas, deberá atenderse, por ejemplo, al rango constitucional del principio de autonomía de la voluntad, derivado de las referencias constitucionales al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), al derecho de propiedad (art. 33) y a la libertad de empresa (art. 38), sin perder de vista que también la empresa informativa es titular de los derechos del artículo 20.1 CE.

En tercer lugar, la teoría de los límites se revela el punto neurálgico de la construcción jurídica de muchos derechos fundamentales, y particularmente de éstos, especialmente conflictivos, como señala Pérez Royo. El abuso del derecho (por ejemplo, como con acierto indican diversos

intervinientes, por parte de quien alega la cláusula sin encontrarse en un conflicto de conciencia o quien pretende que se mantenga en secreto el nombre de quien aportó informaciones falsas) es el primer límite (impropio) a considerar. Los demás, como apunta Tomás De la Quadra, deberán tener sustento, directo o indirecto, en otras normas constitucionales y aplicarse teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Se trata de ideas elementales, reiteradamente afirmadas por nuestro Tribunal Constitucional, que no siempre son tenidas en cuenta adecuadamente por los intervinientes en el debate.

4. Por lo que se refiere a la cláusula de conciencia, no puedo sino reiterar, con alguna matización, las tesis que ya expuse en un libro publicado por el propio Centro de Estudios Constitucionales, seis meses antes, por cierto, de la celebración del debate que motiva este comentario.

Como apunta en su intervención el profesor López Garrido, la función de este derecho es garantizar la libertad de conciencia del periodista en el ejercicio de su libertad de información; se trata así de un supuesto de objeción de conciencia laboral, cuya expresa positivación constitucional se justifica, entre otras razones, por su importancia para el libre ejercicio por parte de los periodistas del derecho fundamental con-

sagrado en el artículo 20.1 d) (el cual tiene, a su vez, un importante carácter objetivo, como es de sobra conocido) en un ámbito, el del poder de las empresas informativas, potencialmente peligroso para estos derechos, como destaca Marc Carrillo. De la aludida función se deriva que sólo en presencia de un conflicto de conciencia (esto es, por razones morales importantes) podrá legítimamente alegarse la cláusula. De esta forma, no todo cambio en la línea ideológica del medio permitirá ejercer el derecho (si bien en estos casos, resulta indudable que se produce una cierta presunción en favor de la presencia del conflicto de conciencia) y podrán darse supuestos distintos (todas aquellas situaciones en las que un periodista se vea obligado a informar contra sus convicciones morales más profundas) que permitan la alegación de la cláusula, como de hecho ya prevén diversos Estatutos de redacción y las diversas proposiciones de ley presentadas.

Sujetos activos del derecho son quienes efectivamente realizan labores informativas con proyección exterior, siempre que tengan algún tipo de vinculación laboral (donde no hay relación laboral no hay cláusula) con una determinada empresa, pública (en la aplicabilidad de la cláusula en este ámbito coinciden prácticamente todos los intervinientes, siendo atendibles sobre todo los argumentos aportados por Javier

Pradera) o privada, que resulta ser el sujeto pasivo de este derecho.

La cláusula (que, como los demás supuestos de objeción de conciencia, acaba configurándose como un derecho al procedimiento) debe ser alegada por el sujeto titular, pudiendo realizarse por parte del titular de la empresa informativa (a mi juicio, la intervención del consejo de redacción apuntada por Marc Carrillo no parece conveniente, por los riesgos para la intimidad del solicitante) un primer juicio objetivo de valoración en torno a la entidad moral del conflicto producido y a la sinceridad de las convicciones alegadas, juicio que siempre sería revisable judicialmente, como señala López Garrido.

Ahora bien, si se obligara a la empresa a publicar las informaciones contrarias a la ideología de los propietarios, estaríamos subordinando los derechos de éstos a la libertad ideológica de quizás un solo informador, por lo que operan como límite del derecho a la cláusula los intereses de la propia empresa informativa, en la medida en que cuenten con sustento constitucional (arts. 10.1, 20.1, 33.1 y 38), y la ponderación con los mismos parece conducir inexorablemente a la rescisión del contrato con la indemnización correspondiente al despido improcedente, aplicando los artículos 50.1 a) y 50.2 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, si se demostrara

que la empresa no pudiera situar al trabajador en otra sección menos proclive a provocar al trabajador problemas de conciencia (típica aplicación de la cláusula norteamericana de la acomodación razonable, criterio habitual de solución a los casos de objeción laboral), podrían los tribunales, en los supuestos más graves, fijar una indemnización mayor, libremente apreciada según las circunstancias de cada caso. Para los partidarios de la teoría mediata de la *Drittwirkung* podría aplicarse aquí el artículo 1902 del Código Civil, entendiendo que se produce una concurrente responsabilidad extracontractual por parte de la empresa.

5. El derecho al secreto profesional protege, en primer lugar, la intimidad del periodista y de su fuente (parece comúnmente aceptado que el ámbito de la intimidad tiende hoy a ser definido esencialmente como el poder de cada persona —el periodista y, sobre todo, el informante— de mantener el control sobre las informaciones que le afecten), en el ejercicio de su libertad de información, función del derecho que únicamente aparece brevemente apuntada por el magistrado Fernández Entralgo. Como en el caso de la cláusula, es el carácter objetivo de este segundo derecho el que seguramente motiva su expreso reconocimiento constitucional.

Tiene de nuevo Fernández-Entralgo al decir que el secreto es a

la vez derecho y deber: es un derecho a que se respete el deber. La redacción del artículo 199 del nuevo Código Penal da un paso importante en la configuración jurídica de este deber, difuminando a mi juicio las diferencias entre los derechos de los artículos 24.2 y 20.1 d) CE. No podemos estar de acuerdo, por tanto, con quienes destacan (Pradera y González Ballesteros, entre otros) el carácter exclusivamente moral del deber de secreto de los periodistas en torno a la identidad de sus fuentes.

El ámbito protegido por el derecho al secreto es, indudablemente, la identidad personal de las fuentes de la información (y, consecuentemente, los lugares donde estas fuentes se encuentran recogidas). Sujetos activos del secreto son todas aquellas personas, periodistas o no, vinculadas o no contractualmente con la empresa informativa, que conocen, directa o indirectamente, los datos protegidos por el secreto. Los sujetos pasivos son, sobre todo, los poderes públicos (no parece que puedan serlo los privados, dada la naturaleza de la situación).

La estructura del derecho es la típica de los derechos reaccionales, protegiéndose una situación concreta (el secreto de las fuentes de información) de las acciones que pretendan destruirla, convirtiendo en públicos los datos que conforman el ámbito reservado. La forma típica de intervención en el ámbito

protegido por el derecho fundamental va a ser la orden judicial de declarar como testigo (si fuese como inculpado, el derecho al secreto quedaría absorbido por el derecho a no declarar del art. 24.2 CE) en el proceso penal (para otros procesos, la exención está ya en el art. 1247 del Código Civil), cuyo incumplimiento podría ser sancionado con la pena prevista en el artículo 460 del nuevo Código Penal. En estos casos, la ponderación del derecho fundamental con otros derechos, bienes o valores constitucionales encontrará necesario reflejo, en última instancia, en el seno del proceso penal contra el periodista, pudiendo apreciarse la exigencia de obrar en el legítimo ejercicio de un derecho (art. 20.7 CP, en conexión con el art. 20.1 d) CE) si

no hay ninguna otra norma constitucional en conflicto. En este caso, cuando se vean vulnerados derechos fundamentales de otras personas (p.ej., del art. 18 CE) o cuando la declaración del periodista sea el único medio para que la justicia penal pueda averiguar la verdad de los hechos (arts. 24.1 y 118 CE), sobre todo en delitos graves donde estén en juego bienes esenciales (p.ej., del art. 15 CE), la intervención en el contenido del derecho al secreto contará con fundamento constitucional, lo cual, tras la oportuna aplicación del principio de proporcionalidad, podrá impedir la aplicación de la exigencia penal antes señalada, debiendo por tanto condenarse al periodista procesado.

Guillermo ESCOBAR ROCA