

Mantener en reserva la identidad de la fuente. Un privilegio constitucional del periodista.¹

I. Carácter del privilegio.

a) *¿El privilegio, proviene de la Constitución Nacional?*

Lo primero que debe tratarse es de dónde surge este privilegio. ¿Se trata de un derecho constitucional? Por ejemplo, si un periodista es citado como testigo por un juez que está llevando a cabo una investigación penal o conduciendo un juicio civil, ¿puede el juez obligar al periodista a revelar la identidad de aquella persona que le brindó determinada información? Si el periodista se niega a hacerlo y protege a su fuente, ¿bajo qué garantía constitucional debe escudarse? De este tema me ocuparé en este artículo.

La Constitución Nacional contiene varios artículos dedicados al derecho a la libertad de expresión. De aquella se desprende que “Todos los habitantes de la Nación gozan del derecho, de acuerdo a las leyes que reglamenten su ejercicio, de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa”. *Constitución Nacional, artículo 14*. Asimismo, ésta expresamente dispone que “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. *CN, art 32*.

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron nuevas garantías que protegen a la prensa. El párrafo tercero del artículo 43 estableció el derecho de toda persona a interponer una acción expedita y rápida “para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir

¹ J. Francisco Carrió. Abogado (UBA); LLM (LSU).

la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” *Constitución Nacional, artículo 43.*

Con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, *art. 75, inciso 22, Constitución Nacional*, otras cuatro garantías adicionales protegen a la libertad de expresión, opinión y de prensa.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.” *Declaración Americana, art. 4.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” *Declaración Universal de los DD.HH., art. 19.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prescribe: Artículo 13 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Ese derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración, de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas.” “3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias

radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

Finalmente, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19, consagra “2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” “3. El ejercicio del derecho [...] puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

La transcripción de las palabras utilizadas por estas siete normas constitucionales es necesaria, por un lado, para resaltar la importancia que el derecho a la libertad de expresión tiene en nuestro sistema de gobierno. En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el derecho a la libertad de expresión, de prensa y de opinión tiene un *rol preferencial* dentro del esquema de nuestras libertades básicas. “Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.” *Edelmiro Abal y otros v. Diario “La Prensa”*. CSJN, *Fallos*, 248: 291, considerando 25. Ver también *Fallos*, 311:2553 y 324:2895.

En segundo lugar, es imprescindible considerar las palabras utilizadas por las normas constitucionales puesto que ése es el texto que ha sido ratificado por el pueblo y, de aquél, debe extraerse su significado². La determinación del significado de la Constitución y de las leyes -sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente- constituye la labor primordial del juez.

No preguntamos qué es lo que la legislatura quiso decir, sólo preguntamos que es lo que la ley dice.³

Una de las formas más efectivas para diluir o expandir un derecho constitucional consiste en substituir la palabra o palabras cruciales de una garantía constitucional por otras más o menos flexibles, cuyo significado resulte más o menos restringido. (*Justice Hugo L. Black, Griswold v. Connecticut*. 381 U.S. 479 (1965)).

Por eso, a la hora de argumentar si un periodista puede negarse a revelar ante un juez la identidad de sus fuentes periodísticas, éste debe invocar alguna garantía expresa de la Constitución que le permita no contestar esa pregunta.

b) El privilegio, fuera del ámbito de la acción del habeas data, está consagrada por las garantías a la prensa previstas por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

i) El artículo 43 impide que, mediante la acción del habeas data, pueda accederse a la información contenida en el archivo periodístico.

A priori, de las garantías que fueron transcriptas más arriba, podría argumentarse que el artículo 43, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reconocería el derecho

² Ver. Antonin Scalia y Bryan A. Garner, "Reading Law: The interpretation of statutes", 1a edición, Thomson/West, St. Paul, Minnesota, Estados Unidos, 2012. Págs. 15/41.

³ Oliver Wendell Holmes Jr., *The Theory of Legal Interpretation*, 12 Harv. L. Rev. 417, 419 (1899).

irrestricto del periodista a negarse a proporcionar la identidad de la persona que le proveyó de cierta información. Sin embargo, si se presta atención al lenguaje utilizado, resulta claro que la prohibición sólo se refiere al ámbito de la acción de *habeas data*. Al tomar en cuenta la redacción del artículo 43, y especialmente del análisis de las palabras utilizadas, queda claro que la Constitución permite a toda persona, mediante la acción expedita y rápida, tomar conocimiento de aquellos datos personales que se encuentren en registros o bancos de datos públicos o privados. En caso de falsedad o discriminación, éste puede pedir su supresión, confidencialidad o corrección. Sin embargo, mediante esta acción, no puede accederse a los datos que consten en los archivos periodísticos, aun si interpone la acción de *habeas data*.

Esta es la interpretación que se desprende de la letra del artículo 43 de la Constitución Nacional y es la que propone la mayoría de la doctrina y jurisprudencia especializada sobre el tema. Entre las opiniones más destacadas, sobresalen las de Badeni y De Luca. El primero de los autores explica:

“Mediante el ejercicio de la acción de *hábeas data*, la Constitución reconoce a toda persona el derecho a conocer cuáles son sus datos personales que están registrados en los bancos de datos públicos y en los bancos de datos privados destinados a proveer información a terceros o al público en general. Una vez que accede al conocimiento de ellos, puede requerir la supresión de los datos sensibles o de los que sean inexactos, la rectificación de los que sean parcialmente inexactos, la confidencialidad respecto de los datos que prevea

la legislación reglamentaria, y la actualización de aquellos que sean incompletos.”⁴

La propia Constitución establece que el ejercicio de la acción de hábeas data contiene un límite específico: no permite acceder a los bancos de datos que constituye el archivo periodístico.

“Por tal razón, y en salvaguarda del secreto profesional, el art. 43 de la Constitución los excluye del ámbito de la acción de hábeas data. Reglamentando este precepto constitucional, la ley 25.326 que regula la protección de los datos personales establece, en el último párrafo de su art. 1º, que mediante sus disposiciones “*en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.*”⁵

De Luca comparte el argumento que la inclusión del secreto periodístico dentro del artículo 43 limita el acceso a los archivos periodísticos en el ejercicio de la acción de habeas data. Su explicación es la siguiente:

“Desde 1994, la Constitución cuenta con una disposición que prohíbe la afectación del secreto de las fuentes de información periodísticas, pero ella está inserta dentro de la regulación del *habeas data* como un límite al derecho de conocimiento de los accionantes. Algunos juristas entienden que la mención debe recibir una interpretación extensiva, desligándose así del ámbito del instituto del *habeas data* donde fue concebida, de modo de amparar el secreto de las fuentes de información en cualquier contexto. De

⁴ Gregorio Badeni, Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Sabsay (director), Manili (coordinador). Tomo 2, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010. Pág. 714.

⁵ Badeni, *Ibidem*.

todos modos, (...) los debates de la Convención Constituyente de 1994 no revelan que ése haya sido el sentido de la expresión (...).”⁶

Sobre el alcance limitado del artículo 43 también se ocupó la jurisprudencia. En el *leading case* “Thomas Catan”⁷, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió cuál era el alcance del artículo 43.

Los hechos del caso fueron los siguientes. El periodista Thomas Catan fue citado como testigo en una causa penal por un juez federal. Al negarse a brindarle la identidad de sus fuentes, éste dispuso la intervención de su teléfono y pidió que se confeccionara un listado con la totalidad de las llamadas entrantes y salientes del periodista. Catan planteó la nulidad y apeló la medida con fundamento en que ella afectaba el secreto de sus fuentes periodísticas protegidas por el artículo 43 de la Constitución.

Los jueces de la Cámara Federal Cattani, Luraschi e Iruzun dijeron que el artículo 43, en el que el periodista Catan apoyaba su planteo, “es el único que en modo expreso alude al secreto de las fuentes de información periodística.” No obstante, tras un análisis de las palabras utilizadas por el constituyente y del modo en que éste se encuentra redactado, concluyeron:

“[L]o dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional no resulta aplicable al caso de autos. Tanto su ubicación sistemática en el texto constitucional, como la discusión mantenida en el seno de la Asamblea Constituyente al ser tratada esta norma, sugieren que su operatividad se encuentra ceñida a la acción de *habeas data*.”... “Se observa que en la norma mencionada la prohibición de afectar el secreto de las fuentes de información

⁶ Javier A. De Luca, *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*. 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 17.

⁷ CCCF, Sala II, causa 19.480, reg. 20377, rta. el 28 de octubre de 2002.

periodística se encuentra estrictamente relacionada con la facultad de interponer esta acción, establecida previamente en el mismo párrafo, con el objeto de tomar conocimiento de datos que consten en registros o bancos de datos públicos, o en los privados destinados a dar informes. Pero, fundamentalmente, se advierte que la intención del constituyente al establecer esta especial protección fue impedir que el *habeas data* sea utilizado para acceder a los registros de información de quienes ejercen la profesión de periodistas. Es este sentido y el contexto de la prohibición absoluta que consagra la citada norma.”⁸

En el fallo se citaron varios pasajes de la discusión que los constituyentes mantuvieron en las reuniones plenarias en que se trató y aprobó el tema. Destacaron los dichos de los convencionales Delich y Cullen, el primero por la provincia de Córdoba y el segundo por la provincia de Santa Fe. Delich expresó preocupación sobre el riesgo que significaría para el ejercicio de la libertad de prensa la inclusión del *habeas data* en la Constitución. Cullen, destacó que esta acción no se establecía en desmedro del secreto profesional en general y que el lenguaje utilizado en el artículo 43 expresamente preservaba el secreto de las fuentes de información periodísticas.⁹

La decisión de la Cámara Federal en “*Thomas Catan*”, sumado a las opiniones de Badeni y De Luca, demuestra que el artículo 43 de la Constitución Nacional tiene un alcance limitado al ejercicio de la acción del *hábeas data*.

Debe aclararse que esa posición no es unánime ni en doctrina ni en la jurisprudencia. Existen opiniones y fallos que argumentan que el secreto de las fuentes

⁸ Ídem.

⁹ Ver “Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994” tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1997; págs. 5887 y 5912.

periodísticas de información, regulado en el artículo 43, excedería al ámbito del *habeas data*. Esto último se sostuvo en el fallo “Moschini”¹⁰ de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. En ese fallo, la Sala I de la Cámara Federal dijo que “el requerimiento efectuado para que las empresas mencionadas revelen el origen y/o la fuente informativa de los artículos [periodísticos] resulta incompatible con lo dispuesto por el artículo 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional que específicamente prohíbe la afectación del secreto de la fuente de información periodística”.

El problema con el argumento de la Sala I de la Cámara Federal es que en el fallo no consideró el resto del texto del artículo 43, su estructura y lenguaje, ni tomó en cuenta el contexto sobre el cual se modificó la Constitución en 1994.

Entonces, tras comparar los distintos argumentos ofrecidos sobre la interpretación correcta del artículo 43, la realizada por Badeni, De Luca y la Sala II de la Cámara Federal en “*Thomas Catan*” parece reflejar con más precisión el significado que debe asignarse al artículo 43 de la Constitución Nacional.

- ii) *La violación del privilegio es una forma de censura indirecta y constituye una restricción inconstitucional al derecho a la libertad de prensa. Artículos 14 y 32 de la CN.*

Hasta ahora, sólo argumenté que el artículo 43 tiene una aplicación limitada a la acción del *habeas data*, y que la prohibición de la violación de las fuentes periodísticas en ese artículo significa que, a través de la acción de *habeas data*, nunca se puede acceder a los archivos periodísticos.

¹⁰ CCCF, Sala I, causa 29.042, reg. 712 del 4/9/1997.

Pero todavía resta considerar si el privilegio de los periodistas proviene de alguna otra garantía constitucional. Lo que sigue en esta sección son argumentos por los cuales los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, vigentes desde la Constitución de 1853/60, incluyen como garantía el privilegio de los periodistas para negarse a proporcionar a un juez la identidad de sus fuentes.

De acuerdo a lo que se establece en la Constitución sancionada en 1853 y reformada en 1860 con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, “Todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, *art. 14*. Este derecho no puede ser alterado por el Congreso federal al regular su ejercicio, *art. 28*. Y, expresamente, tampoco puede éste dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, *art. 32*. Todas estas normas constitucionales están dirigidas al Congreso. No obstante, los otros poderes constituidos del Estado (el Ejecutivo, Judicial y el Ministerio Público) tampoco pueden dictar normas u actos que violen los derechos individuales reconocidos por la Constitución.

Los artículos 14 y 32, interpretados conjuntamente con las garantías consagradas por los pactos internacionales incorporadas en 1994, consisten fundamentalmente en proteger la comunicación entre quien quiere difundir una idea y aquel que desea escucharlo. Pero además, las garantías a la libertad de expresión, opinión y prensa son necesarias para la vigencia del sistema republicano de gobierno (consagrado, a nivel federal, por el artículo 1 de la Constitución; y en el ámbito provincial, exigido a éstas por el artículo 5 CN).

El sistema republicano de gobierno exige, además del requisito de que el poder se divida entre distintas ramas del gobierno para evitar su concentración, el compromiso de asegurar que las discusiones sobre temas de interés público se desarrollen de manera libre, robusta y desinhibida. A su vez, es necesario que los ciudadanos se encuentren al tanto de

los acontecimientos públicos, reciban noticias relevantes, accedan libremente a distintas opiniones, debatan entre sí y tomen sus decisiones de manera informada.

De este modo, un corolario necesario del derecho a publicar las ideas en la prensa sin censura previa, es el derecho a buscar información relevante que será objeto de publicación y posterior discusión entre los ciudadanos. Esto es lo que establecen los tratados sobre derechos humanos incorporados a partir de 1994. “Este derecho [de expresión, opinión y de prensa] comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13.*

Continuando con el razonamiento, el derecho a buscar información implica, a su vez, que en determinadas circunstancias los hombres de prensa puedan cultivar una relación estrecha de confidencialidad con sus fuentes. Las fuentes y los informantes, en el mundo de hoy, son necesarios en el proceso de la búsqueda de noticias; y la promesa de confidencialidad resulta un pre-requisito indispensable para que la fuente acceda a hablar con el periodista que publicará información de interés para el público.

Badeni, lo explica en términos similares:

“Con frecuencia, la posibilidad de obtener información de manera lícita por los hombres de prensa está condicionada a no divulgar la fuente de esa información. Se trata de una de las reglas básicas en el arte del periodismo a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el periodista en quienes le suministran la información, y la posibilidad de poder proseguir contando con un caudal importante e interesante de datos novedosos.

El secreto profesional del periodista integra la libertad institucional de la prensa. Ese secreto coadyuva a obtener y difundir la información que interesa a la sociedad, ya que, tanto en el ámbito privado como en el gubernamental, se generan datos y noticias que son revelados bajo la condición expresa de preservarse la reserva de la fuente del informante.

El reconocimiento del secreto profesional está inserto en la figura de la censura previa. Imponer a un periodista la violación de su secreto profesional o el deber de revelar la fuente de información, son aspectos que exteriorizan el ejercicio de la censura.”¹¹

En el *leading case* “Thomas Catan”¹², al que me he referido anteriormente, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal concluyó que el privilegio del periodista a mantener en reserva la identidad de la fuentes es un derecho constitucional protegido por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional.

En ese caso, la Cámara expresó que la protección de las fuentes forma “parte esencial de la libertad de expresión” y constituye una “parte sustancial del ejercicio de ese derecho” (ver específicamente el considerando V. del fallo).

Resumo lo dicho hasta aquí: El artículo 43, en cuanto prohíbe el acceso a los archivos periodísticos, tiene una aplicación limitada al ejercicio de la acción de habeas data. En cambio, los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y su interpretación sistemática con los pactos sobre derechos humanos incorporados a la Constitución en 1994, consagran como derecho constitucional el privilegio de los periodistas a mantener en reserva la identidad de sus fuentes de información, aun ante las preguntas de un funcionario

¹¹ Gregorio Badeni, Ob. cit., págs. 712, 714 y 715.

¹² Ver nota 6.

público que estima que la información que el periodista posee resulta de interés para la causa.

II. Límites. ¿El privilegio, es de carácter absoluto, o cede ante otros intereses del Estado?

i) *Argumentos de quienes sostienen el carácter absoluto del privilegio.*

A continuación me interesa presentar distintas posturas de quienes consideran que el privilegio del periodista es un derecho constitucional. Algunos, entre los que me incluyo, defienden el carácter absoluto del privilegio. Esta posición sostiene que bajo ninguna circunstancia el periodista puede ser compelido por una autoridad pública a revelar la identidad de sus fuentes de información.

Quienes defienden esta postura sostienen que el artículo 32, fuente constitucional del privilegio, está redactado en forma categórica. “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta”. Asimismo, la censura previa (y las formas de censura indirectas) están vedadas constitucionalmente. *Art 14 CN y art 13 CADH*. Ello significa que, si se considera que obligar al periodista a revelar la identidad de sus fuentes es una práctica que restringe la libertad de imprenta, o es una forma –directa o indirecta- de censura previa, entonces esa práctica está prohibida por la Constitución.

Si constitucionalmente no se admite la censura previa, entonces no resulta aceptable que el Estado pretenda “balancear” sus intereses y, en determinados casos insistir que una práctica constitucionalmente prohibida sea aceptada.

En alguna manera, esta postura equipara el privilegio del periodista con el privilegio del imputado a negarse a declarar contra uno mismo, sin que ello cauce presunción alguna en su contra, *art. 18 Constitución Nacional*, “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí

mismo”. Ese privilegio es absoluto y no admite ningún “balanceo” de intereses. Tampoco lo admite la prohibición contra la tortura.

Estas son las palabras de Domingo F. Sarmiento en la 4ª Sesión Ordinaria del 27 de abril de 1860, encargada de examinar y proponer modificaciones al texto de la Constitución de 1853:

“[Y]o me olvido que el Presidente actual lo es de la Convención, y solo tengo presente que es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, y voy á proponerle un caso. Hay una conspiración en estos momentos en Buenos Aires, en que veinte vidas están amenazadas. En esta Cámara está uno de los conjurados que sabe el secreto, pero es un hombre enérgico á quien nada intimida: yo aconsejo que se le aplique el tormento para que revele el secreto.

Desearía volver la vista al Sr. Carrasco, Juez también, y preguntarle ¿Qué hace en este caso? La tranquilidad pública, la salvación del Estado dependen de la aplicación del tormento á ese individuo. ¿Qué hace el Sr. Juez? Ya yo sé lo que me contestaría: que perezca el Estado antes de aplicar el tormento á un individuo, porque los derechos de este individuo son superiores á toda otra consideración.

Esta es la doctrina que tiene el Juez; pero cuando él se convierte en hombre público, dice; que perezca la libertad, las garantías individuales, que se salve la nación. Así perdió la Francia. La Asamblea Legislativa que se reunió en los primeros tiempos de la revolución francesa, hizo la *Declaración de los derechos del hombre*. Todas esas páginas de nuestra Constitución que dicen que no pueden ser juzgados los individuos sin ser

oídos, y todos esos pequeños detalles que están consignados en las *declaraciones, derechos y garantías*, fueron la primera solicitud del Legislador francés.

Pero vino mas tarde una doctrina nueva, la *salvación de la Francia ante todo, la Comisión de la salud pública!!*-Y todos saben lo que era aquel poder.

Hay hombres religiosos en esta Convención que están unidos á esta sistemática oposición, que están siguiendo las doctrinas de Robespierre y de J.J. Rousseau. Sacrifiquense los derechos individuales para salvar a la nación y la integridad del territorio francés por las matanzas de Setiembre. Así vino la tiranía que pesó sobre el mundo europeo. Nos van a causar estos discípulos de los libros franceses, el mismo desastre.”¹³

La porción del discurso de Sarmiento transcrito demuestra que la afirmación que, en nuestra Constitución, no hay derechos absolutos es una falacia que debe dejar de repetirse.

Al igual que el artículo 18, el 32 también está redactado de manera categórica y no hay una razón constitucionalmente válida para distinguir la prohibición absoluta de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, de la prohibición categórica del artículo 32 que no permite al Congreso sancionar leyes que restrinjan la libertad de imprenta y de la prohibición de imponer la censura previa que establece el artículo 14.

¹³ Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Emilio Ravignani (comp.). Tomo cuarto 1827-1862. Buenos Aires, 1937. Págs. 801/2.

De esta manera, en el caso del privilegio del acusado a negarse a declarar, aun cuando de una declaración obtenida de manera forzada pueda resolverse un delito que es investigado por los tribunales de justicia, por más grave que éste resulte, nunca el Estado puede obligar al imputado a declarar contra sí mismo. Si lo hace, esa declaración resulta absolutamente nula¹⁴.

Lo mismo debería suceder con el privilegio del periodista. Para que éste pueda ejercer adecuadamente su actividad de mantener informada a la ciudadanía sobre temas de interés público, necesarios para el desenvolvimiento institucional de la República, resulta absolutamente indispensable que la prensa y el pueblo puedan discutir los temas de interés público de la manera más “abierta, desinhibida y robusta”¹⁵ posible.

Y, como se explicó, para que esto suceda, se necesita adoptar aquellas medidas necesarias que provean a la libertad de expresión del espacio en el cual puedan respirar y desarrollarse¹⁶. Entre estas medidas, el privilegio del periodista a mantener en reserva sus fuentes de información es indispensable.

En el caso de la profesión del periodista, es habitual que éste deba prometerle a su fuente que mantendrá su identidad bajo estricta reserva y que, bajo ninguna circunstancia, revelará su identidad. Aun ante la determinación por un órgano oficial que esa información le es útil o, inclusive, indispensable, el periodista debe cumplir su promesa y mantener la confidencialidad de su fuente.

Si se permite que el privilegio pueda ser dejado de lado mediante un test que “balancee” distintos intereses del Estado, entonces esta versión *aguada* de la garantía constitucional fomentará que las fuentes dejen de comunicarle información sensible y

¹⁴ Ver “Montenegro” CSJN, *Fallos*, 303:1938.

¹⁵ Ver *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁶ *Idem*.

relevante al periodista, provocando un peligroso debilitamiento en el caudal de información que los ciudadanos necesitan para tomar decisiones informadas, sin la cual no es posible el funcionamiento de la República.

Debe recordarse las palabras de James Madison:

“Existe un privilegio de los ciudadanos para criticar al gobierno. Criticar al gobierno es un deber de los ciudadanos como es el deber de los funcionarios del gobierno administrar bien la cosa pública. El poder de censura pertenece al pueblo sobre el gobierno, y no del gobierno sobre el pueblo.”¹⁷

A. Ejemplos en la jurisprudencia comparada. La posición absolutista sobre la Primera Enmienda, opinión de los jueces Black y Douglas.

La posición absolutista en materia de libertad de expresión fue famosamente defendida por los jueces Hugo L. Black y William O. Douglas, ambos integrantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos durante los tiempos del *New Deal* -fines de los años '30- hasta mediados de los '70.¹⁸

El texto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos fue el antecedente en el cual nuestros constituyentes se inspiraron al redactar el artículo 32 de la Constitución Nacional. Esa es la razón por la cual las discusiones sobre el alcance de la Primera Enmienda en ese país son relevantes para determinar el significado del artículo 32 de nuestra Constitución. Para entender la posición de estos dos jueces se considerarán

¹⁷ James Madison, citado por el Juez Brennan en *New York Times Co. v. Sullivan*

¹⁸ Hugo L. Black (1886-1971) se desempeñó en la Corte durante los años 1937 hasta 1971. William O. Douglas (1898-1980) fue juez de la Corte Suprema norteamericana entre los años 1939 a 1975.

distintos casos resueltos por la Corte Suprema norteamericana. Veremos también que los argumentos allí utilizados han sido receptados por los tribunales argentinos.

A. 1. El caso de “los papeles del Pentágono”

El primer caso determinante para entender la posición absolutista proviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos y, en realidad, se trata de dos casos que fueron consolidados (acumulados, en la jerga local) por la Corte norteamericana al momento de su resolución. Se trata de los casos “*New York Times Co. v. United States*” y “*United States v. Washington Post Co.*”. 403 U.S. 713 (1971). Éstos son también conocidos como “El caso de los papeles del Pentágono” (*Pentagon Papers Case*).

Los hechos del caso son muy interesantes. Dos de los diarios más importantes de los Estados Unidos, el *New York Times* y el *Washington Post* publicaron (el primero entre los días 12 y 14 de junio de 1971, y el segundo el día 18 de ese mes y año) extractos de un informe del Departamento de Defensa de los Estados Unidos sobre la guerra de Vietnam. El estudio, clasificado como super-secreto (*top secret*), fue elaborado en 1967 a pedido del Secretario de Defensa norteamericano Robert McNamara y, en total, ocupaba 47 volúmenes. El informe clasificado reflejaba con gran detalle la política exterior de los Estados Unidos hacia Vietnam, e incluía detalle de operaciones militares y negociaciones diplomáticas secretas.

Los diarios obtuvieron copias del informe, popularmente conocido como “papeles del pentágono”, de un ex oficial del Pentágono, Daniel Ellsberg. El gobierno de los Estados Unidos demandó a los periódicos en los juzgados federales de Nueva York y Washington DC buscando impedir nuevas publicaciones del informe. Su argumento era que futuras publicaciones interferirían con la seguridad nacional, producirían la muerte de soldados,

socavarían las alianzas mantenidas con otros países, dificultarían la posibilidad de la vía diplomática y prolongaría la guerra de Vietnam.

Los casos llegaron rápidamente a estudio de la Corte Suprema. Entre los días 15 y 23 de junio se resolvieron los casos, primero, en los juzgados federales de primera instancia y, luego, las apelaciones ante las Cámaras Federales que tocaron intervenir. En el caso del *Washington Post*, los tribunales inferiores resolvieron que el gobierno federal no había superado la seria presunción de inconstitucionalidad que una orden de censura previa traía aparejada. En cambio, en el caso del *New York Times*, la Cámara de Apelaciones sostuvo la constitucionalidad de la medida que estableció la prohibición de publicar material adicional sobre los papeles del Pentágono. El día 26 de junio de 1971, la Corte Suprema escuchó argumentos orales de las partes y el 30 de ese mes anunció su decisión. Es importante remarcar que durante todo ese tiempo, los diarios no pudieron publicar extractos del informe hasta tanto se resolviera definitivamente el caso.

En una corta opinión *per curiam* firmada por 6 jueces (otros 3 votaron en disidencia), la Corte confirmó la inconstitucionalidad de la orden que impedía publicar. Dijo: “cualquier sistema de censura previa llega a esta Corte con una seria presunción de inconstitucionalidad. El gobierno tiene una carga pesada si pretende justificar la imposición de dicha medida, y estamos de acuerdo con los tribunales inferiores que resolvieron que el gobierno no ha satisfecho esa carga.”

Esta corta opinión de la Corte no es lo que resulta interesante del caso. Lo que realmente es destacable son los diferentes votos de los jueces que reflejaron distintas posturas sobre la constitucionalidad de imponer la censura previa sobre material que el gobierno estima peligroso para la seguridad nacional.

Si bien aquí no transcribiré la opinión de cada uno de los jueces (aunque recomiendo su lectura íntegra), sí creo que son relevantes los argumentos que utilizaron.

El juez Black, en un voto concurrente al que adhirió Douglas, expresó que cada momento en que se prohibió a los diarios publicar información relevante, se violó de manera flagrante, indefendible y continua la Primera Enmienda. Dijo:

“Por primera vez en 182 años desde la fundación de los Estados Unidos, el gobierno busca que los tribunales federales resuelvan que la Primera Enmienda no significa lo que ella dice, sino que su significado es que el gobierno puede impedir la publicación de noticias actuales de importancia vital para el pueblo. La Primera Enmienda otorgó a la prensa libre las protecciones necesarias para que ésta pueda cumplir su rol esencial en el sistema democrático. La prensa debía servir a los gobernados, no al gobierno. El poder del gobierno para censurar a la prensa fue abolido para que ésta pudiera permanecer libre y censurar ella al gobierno. Se protegió a la prensa para que ésta pudiera poner al descubierto los secretos del gobierno e informar al pueblo. Sólo una prensa libre y no controlada por el gobierno puede efectivamente exponer los abusos del gobierno. El gobierno pide a la Corte que resolvamos que, a pesar del lenguaje categórico de la Primera Enmienda, el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial pueden sancionar leyes que restrinjan la libertad de prensa y de imprenta, prohibiendo a los periódicos publicar noticias de relevancia actual en nombre de la seguridad nacional. El concepto de seguridad nacional es un concepto abierto y vago, cuyos contornos no deberían ser invocados para derogar

la ley fundamental contenida en la Primera Enmienda. Guardar secretos militares y diplomáticos a expensas de mantener al pueblo desinformado no provee verdadera seguridad a la República.”

El juez Douglas se pronunció en términos muy similares. En su voto concurrente, al que adhirió Black, calificó al secretismo en el gobierno como profundamente antidemocrático y que éste perpetúa errores burocráticos. Su voto reflejó su convicción acerca de que la discusión abierta y el debate en temas de interés público son vitales para la salud de la Nación. Por ello, explicó que tratándose de temas de relevancia pública debería haber un debate desinhibido, robusto y amplio.

Los argumentos utilizados por Black y Douglas son poderosos y proponen una posición absoluta en materia de libertad de expresión. Estos jueces sostuvieron que ninguna rama del gobierno está autorizada constitucionalmente a dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa, y cuando la Constitución prescribía “ninguna ley”, esto quería decir exactamente eso, ninguna ley. Tampoco permitirían restricciones ordenadas mediante actos de los otros poderes. Debo aclarar que esta posición nunca fue aceptada por los otros jueces de la Corte Suprema norteamericana.

En la Argentina, Gregorio Badeni parece seguir las posturas de Black y Douglas. En su comentario sobre el privilegio de los periodistas a mantener en reserva la identidad de sus fuentes dijo:

“En principio, el secreto profesional tiene carácter absoluto y, como regla general, nadie puede ser obligado a revelar la fuente de su información. La información debe ser obtenida de forma lícita, en lo que hace a la relación entre el informante y el periodista. La vía ilícita por la cual el informante pudo haber obtenido los datos no se extiende al periodista. El periodista no

puede ser obligado a suministrar la fuente de los datos, cuando ello pueda conducir a un supuesto de autoincriminación. En este caso, funciona la garantía del art. 18 de la Constitución que prohíbe que alguien pueda ser obligado a declarar contra uno mismo. La individualización de la fuente exime de toda responsabilidad civil y penal a los medios de difusión. En materia civil, la no individualización de la fuente determina que el periodista y el director del medio de prensa sean responsables personalmente por los perjuicios que ocasiona la información publicada.”¹⁹

En lo que resta del artículo, explicaré por qué estoy de acuerdo con las conclusiones a las que arriba Badeni, incluyendo fallos en los cuales se defienden las conclusiones mencionadas y críticas a los argumentos de quienes postulan que, en determinadas instancias, el privilegio de los periodistas debe ceder.

ii) Argumentos de quienes sostienen que el privilegio debe ceder en determinados casos.

En el caso de los Papeles del Pentágono, la Corte invalidó las restricciones que pesaban sobre las publicaciones por 6 votos a favor y 3 en contra. Ya me he ocupado de dos de esos votos, los de los jueces Black y Douglas. Los restantes 4 votos reflejan una posición relativa sobre el derecho a la libertad de expresión, en cuanto admiten que en determinados casos excepcionales el gobierno puede restringir la libertad de prensa e, incluso, admitirían la censura previa.

¹⁹ Ver nota 3.

Los argumentos ofrecidos por los jueces Brennan, autor de la opinión de la Corte en el celebre *New York Times Co. v. Sullivan*²⁰, y White (a la que adhirió el juez Stewart), autor de la opinión de la Corte en el caso *Branzburg v. Hayes*²¹-que comentaré en este artículo-, reflejan la posición de quienes sostienen que el privilegio de los periodistas no es absoluto y debe ceder en determinados casos.

Lo destacable de la opinión del juez Brennan es que aquél interpretaba que la Primera Enmienda no tolera ninguna forma de censura previa basadas en juicios de mera probabilidad. Según expresó, el gobierno no podía impedir la publicación de información de interés público por medio de conjeturas que determinada información podría (de manera potencial) perjudicar los intereses de la Nación. Las conjeturas no eran suficientes para eliminar las protecciones de la Primera Enmienda. Sin embargo, sí admitía que en casos extremos, las protecciones de la Primera Enmienda debían ceder. Ello sucede, por ejemplo, cuando la Nación se encuentra en guerra y la prensa quiere publicar información que obstruya el reclutamiento de tropas o publicar las fechas de embarque de las fuerzas armadas, o el número y ubicación de sus tropas.

Sin embargo, en el caso de los papeles del Pentágono, Brennan concluyó que el gobierno no logró probar que la publicación puso en riesgo la vida de soldados norteamericanos ni se reveló información de estrategia militar que pusiera en peligro concreto vidas estadounidenses. Brennan terminó resolviendo que, como el gobierno no logró probar la inminencia de estos peligros, la prohibición de publicar no estaba constitucionalmente justificada y constituía una infracción a la Primera Enmienda.

La opinión del juez White, en cambio, centró su análisis en un punto completamente diferente. Comenzó su opinión remarcando que no estaba de acuerdo que

²⁰ 376 U.S. 254 (1964)

²¹ 408 U.S. 665 (1972)

bajo ninguna circunstancia la Primera Enmienda no permitiría una medida cautelar que prohibiera la publicación de información clasificada y sensible para el gobierno. Sin embargo, sí estuvo de acuerdo con la conclusión de que el gobierno norteamericano no había logrado superar la presunción de inconstitucionalidad de la medida, al menos ante la expresa ausencia de una ley del Congreso que autorizara a los tribunales a dictar una medida cautelar prohibiendo la publicación.

White explicó que sin una ley específica del Congreso, no se podía censurar a la prensa apelando a los poderes implícitos del Presidente, encargado de las relaciones exteriores y de la seguridad de la Nación. Sin embargo, remarcó que lo decidido no implicaba impedir que el gobierno iniciara válidamente un proceso penal por publicar esta clase de material, cosa que éste no había hecho hasta el momento.

B. *Branzburg v. Hayes*²². La Corte norteamericana determina que el privilegio del periodista a mantener secreta la identidad de sus fuentes no es un derecho constitucional protegido por la Primera Enmienda.

Si bien en Argentina, los tribunales han resuelto que el privilegio del periodista es un derecho constitucional²³, en los Estados Unidos la Corte Suprema de ese país, en un fallo dividido (5 votos contra 4), resolvió que no lo es. Dada la trascendencia de ese pronunciamiento, expresamente citado por la jurisprudencia nacional, es necesario conocer cuáles fueron los hechos y los distintos argumentos ofrecidos por los jueces.

El caso llegó a la Corte Suprema norteamericana tras la consolidación de cuatro casos donde se discutió el alcance del privilegio de los periodistas. La cuestión que la Corte

²² 408 U.S. 665 (1972).

²³ Cfr. CCCF, Sala II, causa 19.480 "Thomas Catan", reg. 20.377, rta. el 28/10/2002; causa 21.973 "José María Campagnoli", reg. 23.242, rta. el 16/12/2004; causa 27.339 "Dr. Hugo J. Pinto", reg. 29.520, rta. el 23/2/2009; CCCF, Sala I, causa 29.042 "Moschini", reg. 712, rta. el 4/9/1997.

debía resolver era determinar si obligar a periodistas a presentarse y declarar como testigos ante un gran jurado estatal o federal, donde debían identificar la identidad de sus fuentes, restringía la libertad de expresión y de prensa, garantizadas por la Primera Enmienda.

Dos de los casos involucraban al periodista del diario *Louisville Courier-Journal* Paul M. Branzburg. En 1969, Branzburg escribió un artículo en el que describió en detalle cómo dos jóvenes de la zona transformaron marihuana en hachís y obtuvieron cinco mil dólares en tres semanas. Branzburg se comprometió frente a estos jóvenes a no revelar su identidad y así lo hizo saber en su artículo. Al poco tiempo, Branzburg recibió una citación de un gran jurado. Compareció a la citación pero se negó a contestar las preguntas que pedían que identifique a los jóvenes que mencionó en su artículo. En el segundo caso, Branzburg fue citado de nuevo por un gran jurado luego de que publicara un artículo describiendo en detalle el uso de drogas en la ciudad de Frankfort, Kentucky. En este caso, Branzburg solicitó la nulidad de la citación.

El tercer caso, involucró al periodista y fotógrafo Paul Pappas. Mientras cubría disturbios callejeros en la ciudad de New Bedford, Massachusetts, le permitieron entrar y permanecer en el bunker del movimiento *Black Panthers* con la condición de que no revelara nada de los que viera o escuchase allí dentro, con excepción de un esperado allanamiento que allí realizaría la policía. Como el allanamiento esperado nunca se produjo, Pappas terminó no publicando nada. Al poco tiempo Pappas recibió una citación del gran jurado para que describiera qué había visto en el bunker de los *Black Panthers*. Pappas solicitó la nulidad de la citación.

El cuarto caso involucró al periodista del *New York Times* Earl Caldwell, que debía cubrir todas las noticias relacionadas con el Partido de los *Black Panthers* y otros grupos activistas de la comunidad negra. Caldwell fue citado por un gran jurado para que

contestase lo que había podido observar de sus contactos con los *Black Panthers*, especialmente sobre sus objetivos, propósitos y actividades principales. Caldwell se negó a declarar y pidió la nulidad de la citación.

La Corte, a través de la opinión del juez White, reconoció que la búsqueda de noticias se encontraba protegida por la Primera Enmienda. Sin embargo, aclaró que los casos no involucraban ningún impedimento a la opinión de los periodistas ni impedían su asociación; no se había dispuesto ninguna medida que impidiera a éstos publicar lo que quisieran y no existía ninguna orden para que publicasen lo que preferían dejar en reserva. Según White, lo único que estaba en juego era la obligación que tienen los periodistas de comparecer ante el gran jurado y responder sus preguntas.

El argumento principal utilizado por la Corte fue que los periodistas no tenían un privilegio especial para negarse a comparecer ante un gran jurado y contestar sus preguntas. “Los ciudadanos comunes no gozan de una protección constitucional que permita desobedecer a una citación del gran jurado y revelar información recibida en confidencia, los periodistas tampoco deben quedar exentos.”

No obstante, a modo de *obiter*, la Corte expresó que la búsqueda de noticias no quedaba desprotegida constitucionalmente y, si los tribunales determinaban que las citaciones del gran jurado obedecían a procedimientos criminales irregulares, cuyo objetivo no fuera la investigación de delitos de buena fe, sino un acoso a la prensa independiente dirigida exclusivamente a conocer la identidad de sus fuentes; este tipo de prácticas abusivas no serían toleradas.

Las disidencias de *Branzburg* adoptaron dos posturas distintas. El juez Douglas defendió el privilegio absoluto de los periodistas a mantener en confidencialidad la identidad de sus fuentes. Su disidencia consideró que no existe ninguna necesidad

apremiante (“*compelling need*”) que justifique obligar a un periodista a comparecer ante un gran jurado para contestar sus preguntas, salvo que se pruebe su participación en un delito. Según Douglas, la Primera Enmienda protege al periodista si no quiere contestar preguntas ante un gran jurado y, en caso de estar personalmente involucrado en un delito, la garantía contra la auto-incriminación de la Quinta Enmienda impide que el estado obtenga forzosamente de él una confesión. Es interesante remarcar que Douglas expresamente rechazó cualquier tipo de ponderación de intereses o “test de balanceo”, ya que explicó que la ponderación y el balanceo ya fueron realizados en su momento por aquellos que escribieron la Constitución. “Al haber escogido términos categóricos en la redacción de la Primera Enmienda, los constituyentes rechazaron las versiones timoratas, aguadas y tibias de la libertad de expresión.” También destacó el fracaso de distintos *tests* elaborados por la Corte que buscaron balancear intereses contrapuestos. Según Douglas, las interpretaciones que otorgaban un alcance relativo a la Primera Enmienda, como por ejemplo el “test del peligro claro e inminente” creado por el juez Holmes resultaron insuficientes para proteger a los disidentes en tiempos turbulentos como en el caso de *Abrams v. United States*²⁴ y en el caso de los simpatizantes comunistas en *Dennis v. United States*²⁵.

Para Douglas, sólo una protección total de las opiniones y creencias de los individuos lograría superar los intentos del gobierno de restringir la libertad de expresión. El fallo de la mayoría, de acuerdo a la opinión de Douglas, debilitaba el desarrollo abierto y desinhibido de ideas que la prensa libre estimula y protege, esencial para un auto-gobierno inteligente. Forzar a que un periodista revele la identidad de sus fuentes significaba que los disidentes se comunicarían menos con la prensa, que éstos confiarían menos en los

²⁴ 250 U.S. 616. Disidencia del juez Holmes.

²⁵ 314 U.S. 494.

periodistas y estos últimos, por miedo a la responsabilidad civil y penal, producirían notas mediocres y escritas con temor.

La otra disidencia, escrita por el juez Stewart (a la que se adhirieron Brennan y Marshall), destacó que la versión de la Primera Enmienda que proponía la mayoría reflejaba insensibilidad frente al rol crítico que la prensa independiente juega en el sistema democrático. Según sostuvieron estos jueces, un corolario al derecho de publicar resulta el derecho a buscar información. Este derecho, a su vez, presupone el derecho a mantener una relación confidencial entre el periodista y su fuente. En el mundo de hoy, los informantes son necesarios para el proceso de recopilación de información y la promesa de confidencialidad resulta un pre-requisito de la relación productiva entre el periodista y sus informantes. De este modo, recordando que estos jueces no pensaban que la Primera Enmienda fuera absoluta, el juez Stewart propuso un “test de balanceo de intereses”. Éste debía utilizarse cuando un periodista fuera citado por un gran jurado para que revelara la identidad de sus fuentes. Para que conocer la identidad de las fuentes el gobierno debería:

- (1) probar que existe una causa probable que el periodista posee información que es claramente relevante para la investigación de un delito específico;
- (2) demostrar que la información que pretende extraerse del periodista no puede ser obtenida por medios alternativos que sean menos lesivos de los derechos que la libertad de expresión protege; y
- (3) demostrar una necesidad apremiante y determinante en la obtención de esa información.

Utilizando el test sugerido, Stewart, Marshall y Brennan consideraron que la información podía ser obtenida por medios alternativos, por lo que no era necesario que el periodista identificara sus fuentes frente al gran jurado.

1) El test de la disidencia de *Branzburg* en la jurisprudencia argentina.
“*Thomas Catan*” y “*Campagnoli*”.

Al comentar los fallos norteamericanos dije que éstos eran relevantes, además por la riqueza de sus argumentos, por que sus conclusiones son citadas frecuentemente por los tribunales argentinos.

En “*Thomas Catan*” (cuyos hechos ya resumí más arriba), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal expresó que el privilegio del periodista tiene base constitucional en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. Sin embargo, también dijo que el privilegio no era absoluto y que, en determinados casos excepcionales, debía ceder para garantizar la correcta administración de justicia. Tras citar el voto en disidencia de los jueces Stewart, Marshall y Brennan en *Branzburg*, la Cámara Federal aceptó el test de balanceo de intereses propuesto por los jueces norteamericanos y dijo que ese test era consistente con las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión establecidas por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-.

Utilizando el mencionado test, expresó que la intervención de los teléfonos del periodista no era una medida necesaria, sino que podía avanzarse en la investigación mediante otros cursos de investigación independientes que no comprometían el privilegio del periodista a mantener en reserva sus fuentes de información. De esta forma, el tribunal concluyó que la intervención de los teléfonos de Catan era una medida innecesaria que restringía irrazonablemente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y declaró su nulidad. A su vez, ordenó que se destruyeran los legajos formados con los listados de llamados del periodista que, desde que se ordenaron, permanecieron bajo custodia de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE).

El test de balance de intereses que la Cámara Federal aplicó en “*Thomas Catan*” fue nuevamente utilizado por ese tribunal (aunque integrado por los jueces Elbert, González Palazzo y Bonorino Perú. Todos los integrantes de la Cámara Federal se encontraban excusados o recusados) en el caso “*Incidente de recusación promovido por José María Campagnoli*”²⁶.

En la mencionada causa, los Fiscales de Cámara actuantes pretendían, como medida de prueba, que el tribunal ordenara la declaración testimonial de los autores de notas periodísticas y de sus responsables editoriales, para que éstos ratificaran el contenido de las notas publicadas, confirmaran que la fuente había sido un funcionario o magistrado del fuero Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, identificara al magistrado y, finalmente, querían obtener el listado de llamados telefónicos del periodista y de los funcionarios judiciales.

La Cámara Federal, al rechazar las medidas de prueba solicitadas, expresó que de aceptarse estas medidas se “afectaría el secreto de las fuentes de información periodística” protegido constitucionalmente. Sin embargo, volvió a aceptar “la posibilidad de que la protección al secreto de las fuentes de información pueda ser restringido —específicamente con el fundamento de que con ellos se puedan recoger elementos útiles en una investigación criminal- [mediante medidas que resulten] necesarias para asegurar la obtención de ciertos fines legítimos y que [aquéllos] no puedan alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos de un derecho protegido...”.

2) La Cámara Federal revalúa el test de balanceo de intereses utilizado en “*Thomas Catan*”. Causa “*Dr. Hugo J. Pinto*”.

²⁶ C.Crim y Corr Fed., Sala II, causa 21.973, reg. 23.242, rta. el 16/12/04.

En la causa “*Dr. Hugo J. Pinto*”²⁷, la misma Sala II de la Cámara Federal que dictó “*Thomas Catan*” y “*Campagnoli*”, parece haber reconsiderado parcialmente su posición en cuando admitiría obligar al periodista a revelar la identidad de sus fuentes de información, en causas penales, cuando resulte necesario para la investigación de un delito concreto, y cuando no existan otros cursos independientes de investigación menos lesivos del derecho a la libertad de expresión.

Los hechos de esta causa fueron los siguientes. El apoderado de Fernando De Santibañes (ex Secretario de Inteligencia-SIDE-, durante el gobierno de Fernando De la Rúa) apeló la resolución del juez federal de primera instancia que desestimó por imposibilidad de proceder (art. 180 CPPN) la denuncia que realizó contra empleados y funcionarios judiciales por el supuesto delito de violación de secretos (art. 157 CP) o el incumplimiento de los deberes de funcionario público (art 248 CP).

El supuesto delito denunciado por De Santibañes consistía en que funcionarios judiciales habrían violado el carácter secreto del sumario (art. 204 CPPN) en la causa donde se lo investigaba por los sobornos pagados en el Senado de la Nación, cuando se sancionó la ley de reforma laboral del año 2000.

Según el denunciante, constituido en parte querellante, funcionarios del juzgado donde tramitaba la causa habrían dado información al periodista Gerardo Young, quien luego publicó en el Diario Clarín una nota titulada “Coimas en el Senado: la Justicia volvería a procesar a los acusados”. De Santibañes pretendía que el periodista revelara quiénes habían sido las fuentes que consultó para publicar el artículo. Young se negó a revelarlas al prestar declaración testimonial (amparado en el derecho a la libertad de expresión y en el derecho a mantener reservadas sus fuentes) y, a partir de ello, el

²⁷ C. Crim. y Corr. Fed., Sala II, causa 27.339, reg. 29.520, rta. el 23/2/2009.

querellante solicitó, como medidas para avanzar la investigación, la intervención de los teléfonos del periodista autor de la nota, del periódico que los publicó, y de todas las personas que habían presenciado la ampliación de su indagatoria (empleados y funcionarios del Juzgado y de la Fiscalía. También incluyó a los abogados de las partes).

El objetivo era lograr el entrecruzamiento de llamadas para poder establecer quién/es habían sido las fuentes del periodista Young. A los mismos efectos, solicitó acceder a los correos electrónicos que, presuntamente y según la hipótesis de la querrela, habrían intercambiado Young —e incluso otros periodistas o medios de prensa- con el juez federal a cargo de la investigación.

La Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, al confirmar la resolución de primera instancia, volvió a decir que dentro del derecho a la libertad de expresión se encuentra el derecho que protege el libre acceso a las fuentes de información. Este derecho, según la Cámara, se desprendía directamente del derecho a recoger noticias, transmitir las y difundirlas; y comprendía el derecho de resguardar la identidad de las fuentes de donde su obtuvo la información.

Al reconocer que el derecho a la libertad de expresión también podía ser violado por medios indirectos, “los que podían resultar tanto o más efectivos que un intento directo de silenciamiento”, dijo que las medidas pedidas por el querellante no podían ser ordenadas sin que aquéllas produzcan una grave afectación al derecho a la libertad de expresión.

“[L]a producción de tales medidas no constituye sino un camino para obtener elípticamente del periodista y del diario aquella información que, en el legítimo ejercicio de un derecho constitucional, se rehusó a aportar.”

La Cámara, pues, entendió que el acceso a las llamadas y mails del periodista constituía un modo indirecto de cercenar el derecho a mantener en secreto las fuentes, protegido por la Constitución Nacional.

Ahora, lo interesante de este fallo (además de remarcar que no se puede por medios indirectos violar el privilegio constitucional de los periodistas) es que: a) en la causa se investigaba un delito concreto (la posible violación de secretos y el incumplimiento de los deberes de funcionario público); b) no existían cursos independientes de investigación menos lesivos del derecho a la libertad de expresión; y c) todas las medidas propuestas por el querellante indefectiblemente obligaban a que el periodista diera a conocer la identidad de sus fuentes.

Si los camaristas hubieran aplicado el test de la disidencia de “Branzburg” que incorporó en “*Thomas Catan*”, donde el privilegio del periodista debe ceder cuando: (1) existe una causa probable que el periodista posee información que es claramente relevante para la investigación de un delito específico; (2) la información que pretende extraerse del periodista no puede ser obtenida por medios alternativos que sean menos lesivos de los derechos que la libertad de expresión protege; y (3) existe una necesidad apremiante y determinante en la obtención de esa información. Entonces, deberían haber hecho lugar a las medidas de prueba solicitadas por la querella.

Sin embargo no lo hicieron, y expresaron que debía “rechazarse la profundización de la pesquisa por la vía propuesta por el recurrente [y], al no advertirse un curso de acción alternativo compatible con el derecho constitucional enunciado [el privilegio del periodista a mantener en secreto la identidad de sus fuentes],” resolvieron que debía confirmarse la decisión del juez de primera instancia que dispuso el archivo de las actuaciones por imposibilidad de proceder (art. 180 CPPN).

Evidentemente la Cámara Federal no siguió el test que propuso en “*Thomas Catan*”. Para resolver este caso pudo haber considerado dos opciones distintas:

1) Evaluó que no existía una necesidad apremiante y determinante en la obtención de la información del periodista, aun ante la posible comisión de un delito; y por eso no hizo lugar a las intervenciones telefónicas y a las declaraciones testimoniales (ver el 3 paso del test de *Branzburg*). Ahora, qué constituye una necesidad apremiante y determinante que obligue a un periodista a revelar la identidad de su fuente nunca fue precisado.

2) No siempre es necesaria la presencia de una causa probable que el periodista posee información que es claramente relevante para la investigación de un delito específico, para obligarlo a revelar la identidad de la fuente, aun si la información que pretende extraerse del periodista no puede ser obtenida por medios alternativos que sean menos lesivos de los derechos que la libertad de expresión.

En el fallo no se indicó qué opción consideró el Tribunal. Lo que sí queda claro es que no siempre, ante la comisión de un delito determinado que está siendo investigado en una causa por un delito de acción pública, el periodista está obligado a revelar las identidad de sus fuentes informativas, aun sin importar que en la causa no resten por realizarse otros medios de prueba alternativos menos lesivos al derecho a la libertad de expresión.

III. Críticas a las distintas posturas que aceptan que, bajo circunstancias excepcionales, el derecho del periodista a mantener secretas sus fuentes debe ceder.

En esta última parte del artículo intentaré refutar los argumentos de quienes sostienen el carácter relativo del privilegio del periodista.

Jorge Vanossi considera que es necesario distinguir tres situaciones. Cuando se trata de la expresión de opiniones, nadie puede ser obligado a revelar su origen aunque ellas

importen un severo ejercicio del derecho de crítica. Cuando se trata de datos, no de opiniones, que carecen de relación con causas penales, tampoco puede haber obligación de revelar la fuente de información. En cambio, cuando se trata de datos relacionados con la sustanciación de una causa penal, cede el carácter absoluto de la confidencialidad al haber un interés social comprometido que puede desembocar en la impunidad de un culpable o en la condena de un inocente²⁸.

Néstor P. Sagüés argumenta que sería absurdo proteger el secreto profesional periodístico cuando, mediante su admisión, se permite la consumación de un delito o su continuación. Explica que en tales casos se estaría ejerciendo un derecho para permitir la concreción o impunidad de un delito²⁹.

Finalmente, entre las opiniones más destacadas, De Luca sostiene que, como regla general, el privilegio constitucional de los periodistas no debe ceder ante los intereses de persecución penal, ni siquiera frente a delitos considerados graves como los cometidos por bandas armadas, terroristas, los que comprometen a la seguridad de la Nación y los que protegen bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad corporal, libertad y seguridad de las personas. Según explica, ello es así porque: a) la labor informativa nada añade ni nada quita a la preservación de los bienes jurídicos protegidos en las figuras de delito una vez que la conducta los ha quebrantado; b) las labores de persecución y represión de delitos están encomendados por la ley a las fuerzas de seguridad y a la administración de justicia, y son ellos quienes deben averiguar la identidad de sus autores. En cambio, los periodistas sólo deben comunicar noticias y opiniones.

²⁸ Disertación de Vanossi en el "I Seminario Profesional sobre Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística", organizada por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas, Buenos Aires, 28 y 29 de junio de 1988, citado por Badeni, *supra*, nota 3.

²⁹ Sagüés, Elementos de Derecho Constitucional [ed. 1999], t. II, p. 433, citado por Badeni, *supra*, nota 3.

Sin embargo, ese autor considera que el privilegio no es absoluto y los periodistas deben revelar la identidad de sus fuentes cuando existe una investigación penal en donde: i) el delito investigado está en vías de preparación; ii) el delito investigado está en vías de ejecución (es decir, en grado tentativa -art. 42 CP-); iii) el delito investigado se sigue consumando mientras dure la acción, por ejemplo una privación ilegítima de la libertad. En este ejemplo, De Luca admite que el juez puede obligar al periodista, bajo algún tipo de sanción, a revelar la identidad de los secuestradores, a quienes conoce porque los ha entrevistado; iv) la investigación penal puede derivar en la posible condena de una persona inocente.³⁰

Quienes consideran que el privilegio del periodista debe ceder frente a investigaciones penales, olvidan que la tarea de investigar y castigar a los autores de delitos es una función constitucional y legalmente encomendada a los poderes públicos del Estado y a las fuerzas de seguridad. El objetivo de garantizar una prensa libre es totalmente independiente de la persecución de delitos. Como se explicó a lo largo de este artículo, la función de la prensa libre en el esquema de la Constitución era permitir que el pueblo pudiera recibir toda clase de información para poder autogobernarse con algún grado de éxito. Sin libertad de información, creían los constituyentes, no sería posible el desarrollo de la República. El objetivo consiste en incentivar la discusión robusta, abierta y desinhibida sobre temas de interés público y, permitir que los periodistas puedan reservarse la identidad de sus fuentes, resulta esencial para el funcionamiento de la prensa libre. Si pretendemos que los ciudadanos decidan de manera informada, es fundamental que éstos puedan nutrirse de información previa a tomar cualquier tipo de decisión.

³⁰ De Luca, *supra*, nota 5, págs. 108/117.

Argumenté que el artículo 32 de la Constitución Nacional está redactado en forma categórica y establece que “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta”. Permitir que el Congreso federal “pueda dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta” es ignorar lo que expresamente dice la Constitución. Lo mismo sucede si se permite a los jueces, por medio de sus sentencias, restringir la libertad de imprenta por medio de la “invención” de *tests* de balanceo de intereses no contemplados por las leyes. Douglas y Black sostenían que el balance de intereses ya fue hecho por los constituyentes. Éstos expresamente prohibieron al Congreso federal sancionar leyes que pudieran restringir la libertad de imprenta. Sin ella, el funcionamiento de la República que crearon estaría en serio peligro.

Aquí debe recordarse que el Artículo 32, agregado en la reforma de 1860 con la admisión de Buenos Aires a la República, se incorporó con el fin de dar mayor protección a la libertad de expresión y pensamiento que la garantizada en el artículo 14, y su texto copió al utilizado en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana³¹.

Por eso, permitir restricciones a la libertad de imprenta equivale a ignorar la voluntad de los constituyentes en el momento fundacional de la República Argentina, tal como la conocemos en el presente, y tampoco puede argumentarse que los Pactos Internacional sobre Derechos Humanos permiten, en casos excepcionales, restringir la libertad de imprenta porque específicamente los constituyentes de 1994 incorporaron en la Constitución que estos pactos y tratados tienen jerarquía constitucional pero “no derogan

³¹ Cfr. Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia, *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. 5ta edición, página 125/6. Ver también Badeni, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional -Ad Hoc-*, Buenos Aires, 1997, pág. 334; C.S.J.N. *Procurador Fiscal c. Diario “La Provincia”, Fallos 167:121 (1932)* según el cual la primera parte del art. 32 tiene su fuente en la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos. En el mismo sentido, C.S.J.N. *Costa c/Municipalidad de Bs. As.*, considerando “10) Que, sobre el particular, la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica –cuya jurisprudencia resulta de innegable valor por el modo semejante que su Constitución y la nuestra garantizan la libertad de prensa-[...]”.

artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. *CN, Art. 75, inc. 22*. Así, la prohibición categórica del artículo 32 y la prohibición expresa de la censura previa del artículo 14, impiden al gobierno federal (y a las provincias) dictar disposiciones que signifiquen restringir la libertad de imprenta. Dentro de la prohibición se incluyen aquellas medidas que signifiquen censuras indirectas a la libertad de prensa y, como se explicó, se incluye la necesidad del periodista de poder dejar en reserva la identidad de sus fuentes cuando publica noticias de interés público, cuyo objetivo es mantener a la ciudadanía informada.

Si se habilitara a los jueces penales a preguntar y obligar a que los periodistas revelen la identidad de sus fuentes de información, entonces los periodistas se convertirían en un instrumento del Poder Judicial, el carácter libre e independiente de la prensa se perdería, y sus fuentes serían reacias a confiarle información que pueda ser extraída compulsivamente al periodista. En este escenario, las fuentes se secarían y el intercambio fluido entre la prensa y la ciudadanía, y la confianza de ésta en aquélla para mantenerse informada, dejaría de existir. Permitir que los jueces puedan obligar a los periodistas a revelar la identidad de sus fuentes producirá una prensa timorata y cobarde incapaz de realizar periodismo de investigación y exponer frente a la opinión pública aquellos secretos vergonzosos y actos ilegales del gobierno. Piénsese qué hubiera pasado en el caso de “los papeles del Pentágono” si el juez pudiera obligar al *New York Times* y al *Washington Post* a revelar la identidad de aquel que le pasó el informe clasificado. Si se permitiese esto, ¿creería que el funcionario del Pentágono se arriesgaría a entregar a los periódicos el informe confidencial? El mismo interrogante sería válido en el famoso caso de *Watergate*. Si un juez penal pudiera obligar a los periodistas Woodward y Bernstein a que éstos

revelaran la identidad de “Garganta Profunda”, ¿cree el lector que esta persona se hubiera arriesgado siquiera a hablar con los periodistas? Lo mismo puede argumentarse con el caso argentino de las “coimas” en el Senado de la Nación en el año 2000 y otros innumerables ejemplos.

En definitiva, otorgarle el poder a los jueces penales para que éstos puedan obligar al periodista a revelar sus fuentes de información significaría un gran peligro para la vigencia de una prensa libre e independiente cuyo objetivo consiste en mantener informada a la ciudadanía y poner límites al gobierno por medio de la exposición de los secretos y las mentiras que pueden avergonzar al poder. La Constitución, al liberar a la prensa de la censura de sus gobernantes, le dio poder al pueblo sobre el gobierno, no al revés. Este es el límite que los jueces deben considerar al momento de decidir la constitucionalidad de una orden judicial que obligue a los periodistas a revelar las fuentes de información.

Los casos excepcionales que menciona De Luca no deberían influir en el carácter absoluto del privilegio. Por más que se trate delitos que se están cometiendo en la actualidad, quienes están encargados de perseguir esos delitos son, a nivel federal, los jueces penales, los representantes del Ministerio Público Fiscal y las fuerzas de seguridad. Los periodistas no son instrumentos de éstos y están expresamente protegidos por la Constitución Nacional, que permite que estos puedan invocar el privilegio contra la pregunta de los jueces. Del mismo modo que no se permite obligar a una persona a que declare contra sí misma (art. 18 CN), por más grave que sea el delito investigado, o que éste se encuentre en vías de ejecución, o se trate de un secuestro extorsivo, o que se pueda llegar a condenar a un inocente; también esta prohibición absoluta debe acordarse al privilegio del periodista. Al menos eso es lo que prescribe el texto de la Constitución Nacional, texto que todos los funcionarios públicos juran respetar y hacer cumplir.

Finalmente tratándose de la posibilidad de la condena de un inocente, nada impide que durante en el juicio el defensor le informe al tribunal que el periodista conoce la identidad del verdadero autor del delito, que su cliente es inocente y que, debido al privilegio constitucional del periodista, este último se negó a aportar datos. Indudablemente este factor será considerado por el Tribunal a la hora de decidir si el acusado es culpable o inocente. Y, si se diera en caso extremo de gravedad que resulta imperioso que el periodista revele la identidad de su fuente, siempre queda como último recurso el procedimiento que señala el artículo 23 de la Constitución Nacional que faculta al Presidente a declarar el estado de sitio y suspender la vigencia de las garantías constitucionales. Con las garantías suspendidas, un juez podrá obligarlo a revelar la identidad de sus fuentes de información.

En definitiva: si un periodista es citado por un juez a declarar y éste le pide que revele la identidad de sus fuentes de información, el periodista puede negarse a hacerlo amparado por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. También le recomendaría al periodista que consultara a un buen abogado, especialista en libertad de expresión.