

EL SECRETO DE LAS FUENTES PERIODÍSTICAS EN EL PROCESO PENAL

THE SECRET OF JOURNALISTIC SOURCES IN CRIMINAL PROCEDURE

Javier Augusto De Luca¹

Matías Quercia²

Eugenia Bozzano³



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumen: El artículo trata de proceso penal, libertad de expresión, derecho a informar y a recibir información y su necesidad en democracia. Trata también de declaraciones testimoniales bajo juramento, testigo periodista, qué es un periodista, secreto o confidencialidad de las fuentes periodísticas. No se abarca el encubrimiento, ni la participación en el delito investigado, ni el conocimiento de los hechos que no permita la revelación de la identidad de la fuente. En resumen, trata de la importancia y conveniencia del respeto a las fuentes en democracia. Excepciones. Jurisprudencia de la Corte Interamericana, del Tribunal europeo y de la Corte de EE.UU.

Abstract: The article addresses criminal procedure, freedom of expression, the right to inform and receive information, and the necessity of these elements in a democracy. It also examines witness statements under oath, the role of journalist witnesses, the definition of a journalist, and the confidentiality of journalistic sources. It does not include issues related to concealment, participation in the crime under investigation, or knowledge of facts that would prevent the source's identity from being revealed. Finally, it discusses the importance and necessity of respecting sources in a democracy, along with exceptions. The article also references the jurisprudence of the Inter-American Court, the European Court, and the United States Supreme Court.

Palabras clave: Proceso Penal. Libertad de expresión. Derecho de información. Secreto de las fuentes. Democracia.

Keywords: Criminal Procedure. Freedom of speech. Right to information. Secret of sources. Democracy.

¹ DE LUCA, Javier Augusto - Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

² QUERCIA, Matías, y BOZZANO, Eugenia - Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Antecedente de este trabajo: DE LUCA, Javier Augusto, "El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal", editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, febrero 1999.

³ Eugenia Bozzano y Matías Quercia relevaron y actualizaron la jurisprudencia internacional citada.

1. ÁMBITOS DONDE EL SECRETO DE LAS FUENTES NO ES ABSOLUTO

En los Estados Unidos de América y en Europa se admiten situaciones en las que puede obligarse al periodista a revelar sus fuentes, cuando presta declaración testimonial, bajo juramento. THE SECRECY OF JOURNALISTIC SOURCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS En EE.UU. en el clásico caso “*Branzburg vs. Hayes*” -408 U.S. 665 (1972)-, directamente se negó a los periodistas el privilegio de no revelar sus fuentes ante un gran jurado en la investigación de un crimen. Sin embargo, en dicha sentencia, la disidencia de cuatro votos desplegó argumentos muy potentes en sentido contrario, para proteger al periodista o, mejor dicho, las investigaciones periodísticas con apoyo en la Primera Enmienda de su Constitución.

Ídem, los casos “*Caldwell*” y “*Pappas*”, del mismo día.

Sobre esta situación en el país del Norte existe abundante información y casos de “filtraciones” de información oficial sensible en los que se ha obligado a los informadores a revelar sus fuentes y se los ha castigado por no hacerlo, inclusive ya no por desacato al tribunal o una especie de falso testimonio por no declarar toda la verdad, sino como un delito en sí mismo, de participación en revelación de secretos estatales, sedición, conspiraciones, etcétera.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, declama una amplia protección al secreto de las fuentes periodísticas, basado en la libertad de expresión e información, pero termina empleando estándares de proporcionalidad, de razonabilidad con algún fin perseguido como secretos de estado, o cuestiones que hacen a la seguridad nacional, o por la gravedad del delito investigado. Pareciera que el derecho rige para los casos “fáciles” o los que el tribunal considera “de poca gravedad”.

Así, en el caso “*Jecker v. Suiza*” (6/10/2020), trató si la orden dirigida a una periodista de testificar en una investigación penal y revelar la identidad de un narcotraficante constituía una injerencia injustificada en el derecho a no ser obligada a revelar su fuente. La solicitante ante el TEDH había publicado un artículo en el que se entrevistaba con un vendedor de estupefacientes; como consecuencia de ello, se abrió una investigación y se convocó a la periodista a declarar, porque el delito se encontraba dentro de las excepciones legales al derecho de protección de las fuentes periodísticas. La solicitante impugnó la orden. El Tribunal Supremo de Suiza consideró que no existían suficientes razones para cuestionar lo dispuesto por el legislador entre los intereses comprometidos. Es decir, que no había motivo suficiente para apartarse de la excepción normativa que establece que el derecho del periodista a preservar su fuente cede frente a la persecución de delitos como el investigado.

El TEDH indicó que si bien la orden se encontraba legalmente prevista y no se disputaba que perseguía un interés legítimo (prevención del crimen) y si bien era cierto que la periodista era la única persona que podría haber ayudado a identificar al autor del hecho, para establecer la necesidad de revelar la identidad de una fuente con fines de "prevención del crimen", no bastaba con argumentar que sin tal revelación no sería posible continuar con una investigación penal; también se debía tener en cuenta la gravedad de los delitos que motivaban la investigación.

Se sostuvo que no era suficiente que la injerencia se impusiera porque el delito en cuestión perteneciera a una categoría particular o estuviera cubierto por una norma legal formulada en términos generales; en su lugar, debía haberse comprobado que era necesario dadas las circunstancias específicas. En esa senda, concluyó que el sistema judicial no proporcionó una justificación suficiente de que la medida impugnada respondiera a una necesidad social urgente, por ende, que se incurrió en una violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En "*Sedletska v. Ucrania*" (1/4/2021) se trató un caso de acceso a los datos del teléfono móvil de una periodista. En los hechos, la solicitante -periodista y editora en jefe de un programa televisivo- fue objeto de un acceso judicial autorizado a los datos de sus comunicaciones telefónicas móviles en el contexto de una investigación criminal contra un funcionario público. Este acceso, según se alegaba, era necesario para obtener pruebas en relación con la comisión de un delito. El TEDH indicó que para que una medida de injerencia sea legítima a la luz del art. 10 de la Convención, debía cumplir con tres requisitos esenciales: ser prescrita por la ley, perseguir un objetivo legítimo y ser "necesaria en una sociedad democrática".

Consideró que el acceso no era necesario en el contexto de una sociedad democrática, ya que no se ponderaron adecuadamente los intereses en juego; que la medida era desproporcionada dado el impacto que tenía sobre los derechos fundamentales de la solicitante, especialmente en relación con la libertad de prensa y la protección de las fuentes. Se subrayó que la medida adoptada, al ser tan invasiva, era desproporcionada en relación con el interés público que perseguía. Así, se indicó que para que una medida de injerencia sea justificada, debe existir un requisito superior en el interés público. En este caso, se encontró que las autoridades no habían demostrado adecuadamente la existencia de un interés público que justificara la intervención en los derechos de la solicitante, el acceso a sus comunicaciones

telefónicas móviles no estaba suficientemente respaldado por un interés superior y las autoridades no habían agotado otras medidas menos invasivas.

En "*Sergey Sorokin v. Rusia*" (30/8/2022) se sometió a juzgamiento una búsqueda en el hogar de un periodista y la confiscación de sus dispositivos electrónicos sin las debidas garantías procesales de que no se afectaría la confidencialidad de sus fuentes.

En los hechos, Sorokin publicó una entrevista con un funcionario donde se abordó un escándalo que involucraba a otros funcionarios de alto rango. Posteriormente, se abrió una investigación criminal contra el entrevistado por revelar información considerada secreto de Estado. El Tribunal autorizó el registro del domicilio de Sorokin y la confiscación de los dispositivos que contenían información relacionada a la entrevista (computadora, discos duros, cinta de audio).

El TEDH concluyó que ello constituyó una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión. Particularmente, indicó que, si bien ello había perseguido el legítimo objetivo de prevenir el crimen, el registro se había llevado a cabo sin las salvaguardias procesales contra la injerencia en la confidencialidad de las fuentes periodísticas del solicitante ya que, en lo sustancial:

1) Al autorizar la orden de registro, el Tribunal no realizó un ejercicio de ponderación (necesidad y proporcionalidad), es decir, no examinó si los intereses de la investigación en obtener pruebas eran suficientes para prevalecer sobre el interés público general en la protección de las fuentes periodísticas. Tampoco fue realizado por el tribunal revisor.

2) Además, el Tribunal no indicó a las autoridades investigadoras que utilizaran procedimientos de filtrado u otros métodos que pudieran proteger la confidencialidad de las fuentes periodísticas del solicitante (se confiscaron todos los dispositivos electrónicos) ni garantizó de otra manera que la información personal y profesional no relacionada con el caso criminal del solicitante no fuera accedida inmediatamente por las autoridades. Tampoco dio razones específicas para su conclusión de que era necesario registrar todos los datos del solicitante para la investigación.

Por ello, concluyeron que hubo una violación al art. 10 de la Convención.

2. ACLARACIONES Y PROPUESTAS

1) En el ámbito latinoamericano y en el regional de derechos humanos, rige un criterio mucho más estricto o, si se quiere, generoso, de protección de las fuentes periodísticas. Pueden

encontrarse estos criterios y sus fundamentos en el Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos humanos 2013, Volumen II, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Catalina Botero Marino, Relatora Especial para la Libertad de Expresión, OEA /Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 diciembre 2013, y sus citas. También en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA /Ser L/V/II, CIDH/RELE/INF.16/17, marzo 15 de 2017. “ZONAS SILENCIADAS: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión”. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión. Y en idéntico sentido, CorteIDH caso "*Moya Chacón y otros Vs. Costa Rica*", sentencia del 23 de mayo de 2022. Veamos.

2) El secreto de las fuentes periodísticas tiene fundamento constitucional y convencional en la libertad de información. No sólo está dirigido a que el comunicador preserve a su fuente, sino que su principal importancia se encuentra en que la sociedad ejerza el control democrático a través de la opinión pública, además de fomentar la transparencia de las actuaciones del Estado y promover la responsabilidad de los funcionarios en el desarrollo de su gestión por medio de la rendición de cuentas (CIDH: “*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*” -2004-, párr. 127 y “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”, -2004-, párr. 97).

3) Se trata de un derecho o facultad cuyo único titular es el periodista. Periodista puede ser cualquiera que ejerza esa función (ver punto 5).

4) No es un secreto profesional. No requiere la relación de confianza-intimidad entre profesional y confidente. No hay contraprestación del periodista hacia el confidente. Si el periodista lo revela no constituye delito de revelación de secretos, sino solo una falta ética. Lo que se preserva es la fuente, no el contenido de la información que está destinado a ser divulgado como le parezca al periodista. Sirve para mantener el flujo de información y con ello la búsqueda y difusión de información que están expresamente protegidas por nuestras constituciones y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si se autoriza u obliga a revelar la fuente, se produce el efecto de enfriamiento del proceso de información (*chilling* es la palabra usada por la Corte y doctrina norteamericanas) y se interrumpe la investigación, búsqueda y difusión. No es un derecho sólo del periodista, sino también social.

5) El objeto de este asunto se reduce a las declaraciones testimoniales y a la prueba de informes de material periodístico, referidos a las fuentes de información. No se aplica cuando el periodista es imputado, por ejemplo, por su participación en la revelación de secretos oficiales o privados.

6) No es posible definir, desde el punto de vista constitucional, qué es un periodista. Periodista es todo aquél que materialmente cumple una función periodística, entendida como la de dar información a la sociedad. Carece de relevancia si es remunerado, si se trata de su actividad principal, si está colegiado o agremiado, si es un colaborador permanente u ocasional (ver O.C. N° 5. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, de la Corte Interamericana).

En el caso “*Branzburg*” ya citado, la disidencia de la Corte de los Estados Unidos de América trató el problema con contundencia y sostuvo "No estamos deseosos de embarcar al Poder Judicial en un largo y difícil trayecto a tan incierto destino. La administración de un privilegio constitucional para los hombres de noticias presentaría dificultades prácticas y conceptuales de un orden superior. Tarde o temprano, sería necesario definir esas categorías de hombres de noticias que calificaron para el privilegio, un procedimiento cuestionable a la luz de la doctrina tradicional de que la libertad de prensa es el derecho del solitario panfletero que utiliza papel carbón o un mimeógrafo tanto como la del enorme publicista metropolitano que utiliza los últimos métodos de fotocomposición. La función informativa afirmada por los representantes de la prensa organizada en los casos presentes también es realizada por los oradores, encuestadores, políticos, novelistas, investigadores académicos y dramaturgos. Casi cualquier autor puede afirmar de forma bastante precisa, que está contribuyendo con el flujo de información hacia el público, que se sirve de fuentes confidenciales de información y que esas fuentes serán silenciadas si él es forzado a hacer revelaciones ante un gran jurado" ("*Branzburg vs. Hayes*", 1972).

En definitiva, se trata de la actividad periodística en sentido material, aun cuando no lo haga habitualmente o no sea un "profesional".

Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos a considerar violatoria del Pacto de San José la colegiación obligatoria de periodistas (Opinión Consultiva N° 5, del 13-11-85). Al ser consultada por el gobierno de Costa Rica, la Corte Interamericana expresó que la libertad de expresión era una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. El periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y no una mera prestación de un servicio al público. El art. 13 de la Convención expresamente protege “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa...”. La profesión de periodista –lo que hacen los periodistas- implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que

están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada por la Convención. No es igual que otras profesiones que no están específicamente garantizadas por la Convención. No hay distinción posible entre el periodismo profesional y el ejercicio de la libertad de expresión, ya que ambas cosas están evidentemente imbricadas pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.

Un periodista es visto por el derecho (no por la comunicación social) como un mero transmisor de información, un medio, entre la noticia y el público (doctrinas de la cita de la fuente y de la transmisión de noticias veraces, que lo eximen de cualquier tipo de responsabilidad). Si se ejerce fielmente esa tarea, está amparado por la garantía constitucional a la libertad de expresión y de prensa, es tratado por el derecho como tal, por lo que no puede tergiversarse su rol jurídico-social de modo de entenderlo como un delator, denunciante o simple habitante llamado a decir toda la verdad sobre algo que cayó bajo sus sentidos.

7) De lo anterior se deduce que un periodista puede negarse a revelar la identidad de la fuente de información o los datos que conduzcan a ella ante las autoridades o particulares.

8) Un periodista que es citado como testigo o es requerido oficialmente a revelar la fuente de información en un proceso judicial o por cualquier autoridad pública, tiene jurídicamente el derecho, no la obligación, de negarse a hacerlo. Si la revela será un problema moral, no jurídico-penal. Eventualmente, podrá incurrir en responsabilidades civiles frente a su confidente.

9) A diferencia de los secretos profesionales, la violación del secreto periodístico no puede acarrear sanciones penales.

10) Como necesaria consecuencia, la autoridad pública debe respetar ese derecho, lo debe eximir de contestar y no debe exigirle el aporte de cualquier tipo de material que conduzca a descubrir la fuente de información.

11) Los secuestros de material periodístico (ej. fotografías, grabaciones, teléfonos celulares) dispuestos por los magistrados no están comprendidos en el objeto de este texto, porque prescinden de la voluntad del periodista a quien no se coacciona a revelar la fuente. Sin embargo, debe tomarse con precaución esa actividad investigativa, porque pueden conducir al mismo resultado de revelar la fuente y con ello, a enfriar el flujo de información. Los procedimientos judiciales se deben regir también por otros aspectos de la libertad de expresión, como los de evitar la interferencia del proceso informativo y el editorial, y guiarse por el

principio de razonabilidad y proporcionalidad, así como por los principios generales que rigen los secuestros e incautaciones, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados. Debe recordarse que el periodista no es el imputado de un delito.

12) No tiene relevancia la gravedad del delito investigado. La revelación de la fuente de información no puede justificarse en los fines de la Administración de Justicia o la persecución del crimen. Debe tenerse siempre presente que el periodista informa, no encubre, ni es partícipe del delito. El argumento de la gravedad del delito cometido es meramente efectista, porque no tiene en cuenta que no nos habríamos enterado del delito si no hubiera sido por la información periodística obtenida de una fuente secreta. Es como poner el carro delante de los caballos.

13) No interesa si la fuente fue *ilegal*, porque para saber ello primero debería obligarse al periodista a revelar su identidad, con lo cual ya se violaría su derecho, y porque ello constituiría un proceso en contra del periodista. Debe tenerse presente que el que viola el secreto es quien lo revela, no el periodista a quien le es revelado. Tampoco si la fuente es *clandestina*: Los argumentos que intentan impedir el secreto de determinadas informaciones de origen dudoso por razones de moral o ética de los periodistas al publicar, se han refutado con el razonamiento de que lo inmoral sería secuestrar al público aquello de lo que el periodista había tenido conocimiento; que esa ocultación, en nombre de cualquier consideración imaginable, hubiera resultado de más difícil justificación que la publicación de noticias obtenidas aun clandestinamente. La Democracia es transparencia y ella debe aplicarse también a los medios de comunicación y a sus métodos de trabajo. Este problema no debe ser confundido con el de las responsabilidades de los informadores por la difusión de noticias que afecten el honor o violen la intimidad de las personas.

14) Los únicos límites o excepciones al derecho al secreto de la fuente son los delitos en curso de ejecución o consumados cuando los bienes jurídicos de terceros continúen en peligro, o cuando la revelación evite la condena de un inocente. Ello así, porque además del dilema entre la libertad de prensa vs. la búsqueda de la verdad procesal, entran en juego otros intereses muy importantes: el de la víctima de un delito en ejecución y el principio de inocencia. Pero debe haber una relación directa entre la revelación de la identidad y la evitación del daño que intenta prevenir.

15) No guardan relación directa con el tema los casos en los que el periodista es imputado: por ejemplo, por lesiones al honor o intimidad de las personas, por violación de secretos oficiales, por haber participado o encubierto la actividad criminal investigada, por falso

testimonio, etc. Si el periodista es imputado (participación en el delito o encubrimiento) no es testigo y, por ende, puede negarse a revelar las fuentes, no por el ejercicio de la libertad de prensa, sino por la cláusula contra la autoincriminación y sus derivaciones procesales (derecho a negarse a declarar sobre cualquier cosa).

16) Los periodistas pueden cometer delitos a través de la prensa. Sus expresiones difundidas por los medios de comunicación no los exime de su responsabilidad penal. Existe un conocido caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el que el dueño de la emisora de una radio y su editor fueron condenados como partícipes por su papel en el genocidio de 1994 en ese país. La acusación incluía la “incitación directa y pública al genocidio” que llamaba a los oyentes a tomar medidas “contra el enemigo”, transmitiendo un mensajes que incitaba al odio contra los tutsis y los hutus moderados (Informe del 2004 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – Capítulo VII).

17) A tener en cuenta: a) la filosofía constitucional que inspira nuestros derechos y leyes procesales: la verdad real no es una razón de estado que se deba descubrir a cualquier costo y por ello existen gran cantidad de prohibiciones probatorias; b) la selectividad del sistema penal que solo atrapa a los más vulnerables (criminalización real) y no a todos los que podría incluir (criminalización trazada por el legislador); c) es una falacia sostener que el derecho de los periodistas a guardar el secreto de las fuentes es un privilegio que favorece la impunidad y con ello, el aumento de la criminalidad.

18) La comunicación de información a través de mecanismos de inteligencia artificial, no están amparados por este derecho, en tanto no se trata de la emisión de mensajes por seres humanos.

Buenos Aires, últimos días de 2024.