



Facultad de Derecho - ICADE

**EL SECRETO PROFESIONAL DE
LOS PERIODISTAS Y SUS LÍMITES:
COMPARATIVA DEL MODELO
NORTEAMERICANO Y EUROPEO**

Derecho Constitucional

Autor: Iñigo Díaz-Herrera Durán 5º E-3 A

Tutor: Federico De Montalvo Jääskeläinen

Madrid

Abril 2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis y la comparación del secreto profesional de los periodistas en el modelo norteamericano y el modelo europeo. Comienza con el análisis del origen histórico, la justificación y el concepto del secreto profesional en el ámbito de los periodistas, introduciendo un breve apunte sobre la situación española. Posteriormente se estudia el modelo europeo y el modelo norteamericano tanto desde los textos legales que amparan el secreto como de la jurisprudencia en la que se recoge su protección. Concluye el trabajo con una comparativa entre ambos modelos donde se ponen de manifiesto las múltiples similitudes y diferencias entre ambos.

PALABRAS CLAVE

Secreto profesional, periodistas, libertad de prensa, derecho de información, autorregulación, derecho fundamental, jurisprudencia.

ABSTRACT

The objective of the following paper is the analysis and comparison of the reporter's privilege in the U.S. and European model. The paper begins with a review of the historical origin, the reasons and the concept of the reporters privilege with a brief overview of the Spanish situation. Further on, the paper studies the European and North American models from a legal and judicial perspective. The paper concludes with a comparison between both models where the multiple similarities and differences between both models are highlighted.

KEYWORDS

Reporter's privilege, journalists, freedom of the press, right to information, self-regulation, fundamental right, jurisprudence.

INDICE

RESUMEN	2
PALABRAS CLAVE	2
ABSTRACT	2
KEYWORDS	2
LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y MODALIDADES DEL SECRETO PROFESIONAL	6
2. ORIGEN HISTÓRICO	9
3. JUSTIFICACIÓN	15
3.1 Bien jurídico protegido	16
4. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS	18
4.1 El secreto profesional en las normas de autorregulación	19
4.2 El secreto profesional en el artículo 20 de la Constitución Española	21
5. REGULACIÓN EUROPEA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	25
5.1 El secreto profesional en el artículo 10 CEDH	25
5.2 Recomendación N° R (2000) 7 del Consejo de Europa	27
5.3 <i>Goodwin c. Reino Unido</i>	30
5.4 <i>Fressoz y Roire c. Francia</i>	32
5.5 <i>Roemen y Schmit c. Luxemburgo</i>	33
5.5 <i>Nagla c. Letonia</i>	36
6. REGULACIÓN NORTEAMERICANA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	38
6.1 Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos	39
6.2 <i>Shield laws</i>	39
6.3 <i>Branzburg c. Hayes</i>	40
6.4 Jurisprudencia Posterior a <i>Branzburg</i>	43
6.5 Últimos intentos de regulación legislativa	45

7. CONCLUSIONES	47
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

LISTADO DE ABREVIATURAS

ASNE – *AMERICAN SOCIETY OF NEWSPAPER EDITORS*

CE – CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CEDH – CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

FAPE – FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE LA PRENSA DE ESPAÑA

FIP – FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS

LO – LEY ORGÁNICA

SPJ – *SOCIETY OF PROFESSIONAL JOURNALISTS*

TC – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TEDH – TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y MODALIDADES DEL SECRETO PROFESIONAL

La libertad de prensa y el derecho a la información se han configurado como garantías esenciales del ordenamiento jurídico dado que garantizan la formación y existencia de una opinión pública libre – requisito indispensable para la democracia. Prueba de ello es el reconocimiento a nivel constitucional y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que más adelante se analizarán. Hoy en día, y gracias precisamente a la protección de la libertad de prensa, ésta lleva a cabo su labor de control de los poderes públicos mediante la difusión de sus actividades a todos los ciudadanos.

En el seno del derecho a la información encontramos el estatuto jurídico de los periodistas que regula la actuación de los mismos como agentes principales de la libertad de prensa. Uno de los derechos y prerrogativas con los que cuentan los periodistas para el ejercicio de su actividad profesional es la posibilidad de no revelar la identidad de sus fuentes ejerciendo el secreto, mediante el cual se aseguran la posibilidad de obtener información que puedan poner en conocimiento de la opinión pública. La importancia del objeto de estudio reside, por consecuencia, en el importante papel en la sociedad democrática que juega el derecho a la información.

Ahora bien, sería algo pretencioso realizar un trabajo de investigación y aportar luz sobre el asunto de la regulación e interpretación del secreto profesional de los periodistas en España y en Europa teniendo en cuenta que es un tema que ya ha sido profusamente tratado por diversos autores. En el desarrollo de este trabajo se citarán obras de autores como Moretón Toquero, Carrillo López, Fernández Miranda o Lazcano Brotóns a los cuales se puede atribuir una gran labor de desarrollo doctrinal del estatuto jurídico de los periodistas, y en particular, del secreto profesional.

Por el contrario, donde sí parece haber una oportunidad para la investigación es en la comparativa del modelo de secreto profesional europeo y norteamericano. Este tema ha sido tratado de forma mucho más breve por la doctrina y ofrece varios motivos por los cuales puede resultar de interés. De todos estos motivos de interés, por los cuales se ha llevado a cabo esta investigación, destacaremos dos principalmente: las diferencias entre el modelo jurídico continental y el anglosajón, y la importancia relativa de Europa y Estados Unidos en el sector del periodismo.

El primero de estos motivos, las diferencias entre los ordenamientos jurídicos continental y anglosajón, es el punto de partida que se debe considerar antes de realizar

cualquier comparativa jurídica entre Europa y Reino Unido o los Estados Unidos. Como ya sabemos, en el modelo continental tiene un mayor peso la legislación mientras que el modelo anglosajón prima el precedente jurisprudencial otorgándole fuerza vinculante. Es posible que esta diferente configuración sistémica tenga impacto en la protección del derecho a la información, cosa que podremos observar del análisis de los dos modelos en el trabajo.

Con el segundo motivo, de la importancia relativa en el sector del periodismo, queremos hacer referencia a la enorme influencia y relevancia que tienen ambas regiones periodísticamente. Originalmente, como se explicará más adelante, el periodismo se comienza a gestar en Europa. Sin embargo, durante los siglos XX y XXI, los Estados Unidos adquieren un papel protagonista aglutinando los mayores medios de comunicación y agencias de noticias.

La comparativa de ambos sistemas se llevará a cabo mediante la exposición y análisis de los textos legales relativos al secreto profesional y de la jurisprudencia relativa a los mismos. De esta forma se pretende llegar a identificar las similitudes que ambos sistemas comparten y las diferencias que los separan y que explican, en su caso, el diferente grado de protección que se otorga en cada sistema. A modo de conclusión, se intentará exponer razonadamente la preferencia por alguno de los dos sistemas, siempre desde una perspectiva jurídica que ha de presidir las líneas argumentales del presente trabajo.

Antes de pasar a la conceptualización del secreto profesional parece apropiado primero definir qué es un secreto y de qué formas se puede dar. Tengamos en cuenta que esto se trata únicamente de un apunte aclaratorio dado que no tiene repercusiones prácticas reales.

Distinguiremos entre tres tipos de secreto: el “secreto natural”, el *commisum* y el *prommisum*.¹ El primero se corresponde con la obligación moral de guardar que se tiene cuando se conoce una información que puede causar perjuicio directamente a la reputación de un tercero. El *commisum*, o secreto pactado, es aquel que surge previo pacto entre dos partes y en el que la voluntad de revelarlo de una parte depende de la aceptación previa del pacto de la otra. El *prommisum* es la tercera alternativa, basada en una promesa posterior de no revelación de un secreto previamente adquirido.

¹ Lázaro Guillamón, C. “Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión”, Revista Internacional de Derecho Romano, abril 2011, pp. 183-185. Vid también Fernández Vázquez, J. M., Secreto Profesional, México D. F., 1999.

Como se puede intuir, el secreto profesional del periodista (y del abogado) se refieren al *commisum*, dado que es la relación de confianza que se establece entre la fuente y el periodista la justifica la no revelación del secreto. De esta forma el periodista se compromete a no revelar el secreto – generalmente la identidad de la fuente proveedora de la información – a terceras personas como criterio previo para poder acceder a la información de la fuente.

2. ORIGEN HISTÓRICO

El secreto profesional tiene su origen en el ejercicio de profesiones tan dispares como la medicina, la abogacía o enfermería y se ha extendido a otras de aparición más reciente como el periodismo, la psicología o el trabajador social. Precisamente la tardía aparición del periodismo profesional, que se remonta aproximadamente al siglo XVI con el Renacimiento y la imprenta de Guttemberg², da lugar a que su regulación sea muy posterior a las de otras de las profesiones citadas.

Si acudimos a los primeros orígenes tenemos que hacer referencia a la Grecia clásica y al Derecho Romano. El primer ejemplo de secreto profesional, que llega hasta nuestros días, aparece en el Juramento Hipocrático donde se dice literalmente que “Todo lo que viere u oyere en el ejercicio de mi profesión y en el comercio de la vida común y que no deba divulgarse lo conservaré como secreto.”³

Ni en el ordenamiento griego ni en Derecho Romano se llegó a regular la violación del secreto profesional como *criminia* pero si encontramos numerosos ejemplos en éste último sobre sus consecuencias. La mayoría de estas referencias se realizan empleando el término *praevaricatio* y una de las más importantes se da en el texto del jurista Aurelio Arcadio Carisio, *magister libellorum* del emperador Constantino, se ha querido identificar la obligación de no difundir secretos a abogados, procuradores y escribanos.⁴

Como se apuntaba⁵, el periodismo previo al siglo XVI se limitaba a *avissi*, *fogli a mano*, *price-currents*, *lettere d'avviso* o *geschriebene zeitungen*. Estos eran una serie de folios plegados, originarios de los principales focos comerciales italianos, en los que se recogían noticias relacionadas con el tráfico de mercancías y que rápidamente proliferaron por todas las ciudades europeas. La invención de la imprenta y el contexto renacentista dan un cambio a la escena en un momento que se pasa desde el proto-periodismo a una irrupción sin precedentes. En Gran Bretaña aparecen los primeros diarios que tardarán poco en ser la norma por todo el mundo: *Daily Courant* (1702-1735), *The Evening Post* (1706), *Journal de Paris* (1777), *Diario de Madrid* (1758) y el *Pensilvania Evening Post* (1774).

² Braojos Garrido, A., García González, G., de Pablo Contreras, S., Paz Rebollo, M. A., Schulze Schneider, I., *Historia del Periodismo Universal*, Madrid, 2000, pp. 16-19.

³ Karchmer. S., “Códigos y juramentos en medicina”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, vol. 10, n. 4, 2012, pp. 228.

⁴ Lázaro Guillamón, *op. cit.* pág. 7.

⁵ *Ibid.*

Durante el siglo XIX tiene lugar la consolidación del movimiento periodístico inicial en los siglos anteriores. Es en esta etapa, tras las revoluciones de 1848, cuando aparece y gana terreno el periodismo político con un nuevo formato: la noticia. Con la progresiva implantación del capitalismo, el constitucionalismo, los avances tecnológicos, la enseñanza y la urbanización comienzan a aparecer las primeras agencias de noticias: *Havas, Reuter, Wolff, Fabra*. El comienzo del siglo XX no trae grandes avances en este sentido y con las guerras viene una atomización del sector y grandes iniciativas estatales en propaganda. Posteriormente se consolidan las grandes agencias mundiales (*Reuter, Associated Press y France Press*) y aparecen los medios audiovisuales que ganan de forma paulatina interés por parte del público.

Los orígenes normativos en esta materia mantienen un paralelismo con la evolución de la prensa que acabamos de relatar. Para explicarlos, haremos una distinción que en puntos posteriores será ampliada: la evolución en términos deontológicos y la evolución en términos legales.

Desde el punto de vista legal, las primeras leyes surgen en torno al siglo XIX para regular el ya consolidado fenómeno periodístico. En la Alemania de Otto Von Bismarck se publica la Ley Imperial de Prensa (1874), en Francia aparece la Ley sobre la Libertad de Prensa (1881) como desarrollo del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En España las primeras leyes de prensa también se desarrollan en el mismo momento con la Ley de Imprenta de 1879 y la de 1883. La tónica general de todas estas leyes es de amparo al movimiento liberal, por lo que se busca proteger la libertad de expresión y de prensa.

En España la primera Ley de Imprenta tiene un carácter claramente restrictivo exigiendo autorización al Ministerio de Gobernación para la publicación de un nuevo periódico. Por el contrario, la Ley de 1883, más conocida como ley Gullón, es de corte claramente liberal y tuvo vigencia parcial hasta la mitad del siglo XX. En ella se redujeron requisitos exigibles para iniciar una nueva publicación y se redujeron las sanciones penales.

Durante el siglo XX se han promulgado tres leyes y un Real Decreto regulando el estatuto jurídico del periodista en España. La primera es la Ley de Prensa de 1938⁶, promulgada por Serrano Suñer durante el curso de la Guerra Civil. Esta instauró determinados mecanismos de control vigentes hasta la siguiente ley en 1966, entre ellos

⁶ Ley, de 22 de abril, de Prensa. BOE 23 abril 1938, núm. 549 [RCL 1938\389].

la censura, la creación de un Registro Oficial de Periodistas o el nombramiento de los directores de los diarios a cargo del Ministerio del Interior.

La 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta⁷ (más conocida como la Ley Fraga, dado que se publicó a los cuatro años de su llegada a la cartera del Ministerio de Información y Turismo) retoma el camino de la liberalización, aunque con reservas debido al momento histórico-político en el que es publicada (dictadura franquista). Consecuentemente, en esta ley se proclama la libertad de expresión, aunque con determinados límites que establece la ley. Conviene reproducir su segundo artículo, en el que se recogen la extensión a esta libertad:

La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocidos en el artículo primero, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional (RCL 1958, 915) y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar.

En este contexto resulta llamativo la remisión al acatamiento de la Ley de Principios del Movimiento Nacional. Entre los cambios liberalizadores dentro de la propia ley podemos recoger la afirmación de la libertad de expresión por medios impresos (artículo 1), la eliminación de la censura salvo en estados de excepción y guerra (artículo 3), las garantías judiciales a esta libertad (artículo 5) o la libertad de empresa periodística y editorial (artículos 16 y 50). Sin embargo, existen otras previsiones que sí quedan claramente como limitadoras de la libertad de prensa como el deber de depósito previo de los ejemplares impresos (artículo 12), la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas (artículos 27 a 32) o las sanciones penales (artículo 64).

En desarrollo de la anterior se promulga el Estatuto de la Profesión Periodística⁸ en el que se establecen determinadas medidas aplicables a este sector en particular. Entre ellas podemos destacar que se mantiene la inscripción en el Registro Oficial de Periodistas como determinante para ser considerado como tal. Como requisito, además, debían haberse superado los estudios en alguna de las Escuelas de Periodismo y la prueba de Grado en la Escuela Oficial de Periodismo. Como anexo al mencionado estatuto se

⁷ Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta. BOE 19 de marzo de 1966, núm. 67 [RCL 1966\519].

⁸ Decreto 744/1967, de 13 de abril, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de la Profesión Periodística. BOE 90/1967, de 15 de abril de 1967 [RCL 1967\744].

incorporan una serie de principios enumerados bajo la denominación de “Principios Generales de la Profesión Periodística”. Entre ellos encontramos la primera mención al secreto profesional periodístico, enunciado de la siguiente forma: “5º El Periodista tiene el deber de mantener el secreto profesional, salvo en los casos de obligada cooperación con la justicia, al servicio del bien común.”

La vigencia de la Ley de 1966 se mantuvo hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978⁹ por la que quedó parcialmente derogada en lo contrario a la CE debido a la inconstitucionalidad sobrevenida. Sin embargo, durante los años primeros de la monarquía, previos a la promulgación de la Constitución, ya se comenzó a dismantlar el régimen de la anterior etapa. Fruto de este proceso es el Real Decreto-Ley 24/1977¹⁰ que busca eliminar todas las trabas establecidas en el régimen jurídico previo. De esta forma su artículo primero establece que “*La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones por medio de impresos gráficos o sonoros, no tendrá más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico con carácter general*”.

Gracias a la introducción del artículo 20 de nuestra Constitución, que da cabida a determinados derechos periodísticos, tiene lugar la promulgación de una última Ley en este ámbito hasta hoy, la Ley Orgánica (LO) 2/1997 reguladora de la cláusula de conciencia¹¹. En este punto hay que tener en cuenta, como nos recuerda el profesor Carrillo¹², que la Constitución es el primer texto de semejante relevancia en recoger este derecho en todo el mundo. Como otros antecedentes relevantes encontramos la Ley ordinaria en promulgada en Francia en marzo de 1935 Francia, la Ley austríaca de 28/03/1914 y las disposiciones de la República de Weimar (1926) o Checoslovaquia (1927). Sin embargo, en ningún país antes se había reconocido la cláusula de conciencia a nivel constitucional.

La citada cláusula constituye la otra gran aportación del artículo 20 CE al estatuto jurídico de los periodistas. Mediante la misma, los periodistas pueden rescindir su contrato, con derecho a la indemnización correspondiente, si el medio cambia de orientación ideológica o si el individuo es trasladado a otro medio dentro del grupo

⁹ Constitución Española, de 27 de diciembre 1978. BOE 29 diciembre 1978, núm. 311 [RCL 1978\2836]

¹⁰ Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión. BOE 87/1977, de 12 de abril de 1977. [RCL 1977\753]

¹¹ Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. [RCL 1997\1546]

¹² Carrillo López, M, La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.

editorial (artículo 2). De esta forma se constituye como un límite claro a la libertad de empresa en el ámbito de la comunicación instaurado en pro de la libertad de información.

Desde el punto de vista deontológico, las primeras normas surgen en torno al principio del siglo XX. El antecedente más claro en el que se empieza a discernir un debate ético es la publicación en 1860 de 24 Reglas éticas por el *Philadelphia Public Ledger* buscando información justa y adecuada durante la Guerra Civil. Sin embargo, esto no se corresponde verdaderamente con un código deontológico que tardará unos años más en aparecer¹³. El primer ejemplo verdaderamente notable es el de la Asociación de Editores de Kansas (1910), cuyo ejemplo fue seguido en otros estados como Missouri y Texas (1921), Massachusetts y Washington (1923), y New Jersey e Iowa (1924).

Durante esta época también se forman las asociaciones de prensa americanas que irán adoptando códigos éticos para sus miembros. Un ejemplo claro es la *American Society of Newspaper Editors (ASNE)*, fundada en 1922 año en el cual adoptaron su código ético¹⁴. Otro ejemplo claro es la *Society of Professional Journalists (SPJ)* fundada en 1909 y que incorporó en 1926 el código de ASNE para regirse por el mismo. Los autores de la citada obra consideran que estos tempranos códigos sentaron el estándar para futuros códigos de aplicación voluntaria y coercitiva mediante la reprobación pública en lugar de estableciendo sanciones.

Durante las Segunda Guerra Mundial y la Posguerra poco se avanzó en este terreno. Desde Estados Unidos, alarmados por el empleo de la propaganda Nazi, se adoptaron diversos códigos éticos en las organizaciones relacionadas con la prensa (*National Press Photographers Association* o *National Conference of Editorial Writers*). En este contexto, la Federación Internacional de Periodistas (FIP) adoptó su código en 1954¹⁵ a pesar de haber sido creada prácticamente 30 años antes. La publicación de la UNESCO de los *Principios Internacionales de Ética Profesional del Periodismo*¹⁶ en 1983 probablemente haya sido el hecho con mayor relevancia en este aspecto desde entonces.

A nivel nacional hay que tener en cuenta la situación del país durante la mayor parte del siglo XX, que dio lugar a una tardía aparición de estos textos autorregulatorios

¹³ David Sloan, W. y Mullikin Parcel, L., *American Journalism – History, Principles, Practices*, Jefferson, 2002.

¹⁴ El código, *Canones del periodismo*, es uno de los más importantes e influyentes del siglo XX. El texto continúa su vigencia con alguna modificación bajo el actual nombre de *Declaración de Principios de ASNE*.

¹⁵ Federación Internacional de Periodistas, *Declaración de los Deberes de los Periodistas*, Burdeos, 1954.

¹⁶ Asamblea General de la UNESCO, *Principios Internacionales de Ética Profesional del Periodismo*, París, 1983.

entre los organismos de prensa españoles. Como ejemplos más claros de esto encontramos a los primeros códigos éticos del periodismo español, el Código Deontológico del Colegio de Periodistas de Cataluña y el Código Deontológico de la FAPE, que con su publicación en 1992 y 1993 son ostensiblemente posteriores.

3. JUSTIFICACIÓN

Para mantener la justificación de la necesidad del secreto profesional de los periodistas se han empleado distintos argumentos. Desde los años 50 y 60 han aparecido múltiples movimientos reivindicando estos derechos para la prensa en distintos puntos del mundo. Dado que el presente trabajo busca realizar un tratamiento específico de este derecho en España y Estados Unidos se tomarán estos dos países como referencia.

En España, el movimiento hacia la concreción jurídica del derecho de los periodistas a mantener en secreto sus fuentes tuvo su punto más álgido en los años previos a la Constitución Española. Según el profesor Benito¹⁷, el mundo periodístico reaccionó con huelgas, asambleas, escritos de protesta y solidaridad, manifestaciones en Madrid, Barcelona y otras ciudades españolas ante la situación de injusticia que se estaba viviendo. En sus palabras, en España en aquellos días se daban casos como:

Desapariciones de periódicos y revistas, sanciones administrativas y penales de todo tipo, detenciones de periodistas y juicios ante tribunales especiales, brutales agresiones y amenazas de muerte a directores de publicaciones, quiebras espectaculares de empresas informativas que podrían dar lugar a un nuevo tipo de delito social, etc.

En Estados Unidos, por su parte, el movimiento data de la misma época. El primer caso de reivindicación del derecho que se ha recogido es de 1848 y desde entonces ha habido una creciente ola para la consecución del secreto profesional de los periodistas. El momento más crítico para la prensa en este país, y en el que realmente se dio la controversia acerca del secreto profesional, fue durante el Gobierno del Presidente Richard Nixon. Un estudio basado en datos del Comité de Reporteros para la Libertad de Prensa Estadounidense (*Reporters Committee for Freedom of the Press*) indica que en el paso de la década de los 60 a los 70 se incrementó la media de citaciones judiciales a periodistas de 1.5 a 75 al año¹⁸

Dejando de lado el momento histórico, pasamos a analizar el argumentario de la justificación. La base de todo es el supuesto papel de la prensa en la sociedad democrática, lo que se relaciona con el papel de “perro guardián” de la democracia o el cuarto Estado¹⁹. De esta forma la ciudadanía, mediante la opinión pública, se convierte en sistema de

¹⁷ Benito, A., *El secreto profesional de los periodistas*, Ensayos, Boletín Informativo de la Fundación Juan March, Madrid, 1976, pp. 3-22.

¹⁸ Mehra, A., *Newsmen's Privilege: An Empirical Study*, Illinois, 1982.

¹⁹ Frase atribuida a Edmund Burke, estadista británico. Con ambos se pretende hacer referencia al rol que tiene la prensa de control de la actividad Gubernamental, Legislativa y Judicial. En este sentido, la prensa actúa como salvaguardia de la democracia buscando denunciar los excesos que se cometen en los otros “tres Estados” y que no son remediados,

control del poder público. En Estados Unidos la libertad de prensa es un bien constitucionalmente protegido por la Primera Enmienda mientras que en España tiene también cabida constitucional gracias al artículo 20 CE y a su desarrollo orgánico (que se verán más adelante). Según la jurisprudencia sentada en la sentencia Goodwin (también explicada en un punto posterior), la prensa tiene una importancia clave:

El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías que hay que conceder a la prensa revisten una importancia especial [...] La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como se desprende de las Leyes y los códigos deontológicos en vigor en muchos Estados Contratantes y como afirman además muchos instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas.

3.1 Bien jurídico protegido

El secreto profesional de los periodistas ha sido objeto de protección con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, diferencia clara con otros sistemas de nuestro entorno que han optado por la vía de la legislación procesal. Consecuentemente, el secreto pasa a ser un bien protegible en sí mismo y a conformar un principio informador de la libertad de información. Además, y como correctamente señala la profesora Moretón Toquero²⁰, el periodista alcanza una posición jurídica particular por razón de su profesión que le diferencia del resto de la ciudadanía y de otras profesiones que, pese a tener reconocido el derecho al secreto profesional, dicho reconocimiento no tiene acogida constitucional.

Para el profesor Carrillo²¹, la justificación del secreto profesional de los periodistas en España surge del juego de un doble interés: el objetivo y el subjetivo. El primero, el interés objetivo, es el de la sociedad de recibir la información y está claramente vinculado con el papel que tiene la prensa en la sociedad democrática que comentábamos anteriormente. Se trata de un interés con un destinatario colectivo, la sociedad, que tiene como derecho fundamental el recibir información y que cuenta con la figura del periodista como fuente de la que obtener la misma.

El segundo, el interés subjetivo, es el del periodista cuyo papel como decíamos es central en el derecho de información. De esta forma se busca dar protección al periodista que pretenderá evitar desvelar la identidad de su fuente para mantener su acceso a futuras informaciones noticiables.

²⁰ Moretón Toquero, A., *El secreto profesional de los periodistas – De deber ético a derecho fundamental*, Madrid, 2012.

²¹ Carrillo López, *op. cit.*, pág. 12.

En su exposición del secreto profesional, la profesora Moretón Toquero²² identifica una triple relación con otros derechos que se irán desarrollando más adelante en este punto: el derecho a la intimidad, el derecho a la defensa del artículo 24 CE y a la libertad de información. Parece relativamente claro que en el juego de estos derechos y libertades ha de encontrarse el bien jurídico protegido por la regulación constitucional pero no es sencilla su determinación.

La relación del secreto profesional con el derecho a la intimidad se concreta en la protección de la fuente en sí misma, de manera que el periodista puede comunicar la información al público sin por ello crear una interrupción en la fuente. No obstante, es innegable que el foco de la atención legislativa y jurisprudencial no es la fuente y sus derechos sino el periodista, como actor principal de la libertad de prensa y el derecho de información. Si bien es cierto que el periodista tiene el deber de sigilo con su fuente, y que la intimidad de dicha fuente está protegida por el secreto profesional de los periodistas, no podemos afirmar que este sea el cometido principal del secreto.

La segunda relación, con el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE hilan con la libertad de expresión y de difusión de la información del periodista. De esta forma se puede entender que el secreto viene a proteger individualmente al interés personal del periodista, interpretarse que es una mera consecuencia de la libertad de información o que se trata de una protección que tiene como objetivo último asegurar el derecho de la sociedad a obtener información. Como se puede intuir, parece que la *ratio legis* ha viene más en esta última línea que busca proteger el derecho de los individuos en una sociedad democrática a recibir información.

La tercera y última relación, con la libertad de información parece que ha de ser entendida como una doble faceta, de comunicar y recibir información. De esta forma el derecho de información no se limita a la libertad de expresión sino que también ha de recoger el derecho de acceder a la información por parte de los individuos.

En suma, y coincidiendo con la opinión del profesor Fernández Miranda²³, el fundamento último del derecho a mantener en secreto las fuentes periodísticas no puede ser otro que el derecho a la información. Es cierto que no carecen relevancia la protección de la intimidad del periodista y el deber jurídico de sigilo con la fuente, pero la protección constitucional necesariamente ha de recaer sobre el derecho a la información, y sobre el periodista como agente inmediato en el mismo.

²² Moretón Toquero, *op. cit.* pág. 16.

²³ Fernández-Miranda Campoamor, A., *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, 1990.

4. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

El secreto profesional forma parte de una serie de derechos y obligaciones que conforman el estatuto jurídico del periodista como sujeto de la libertad de información. La gran trascendencia social que precisamente tiene esta libertad, como se desarrollará más adelante, es la que precisamente permite que los periodistas ejerzan su profesión en toda su capacidad y libres de coerción alguna.

En la configuración del secreto, como se irá demostrando a lo largo del trabajo, juegan papeles fundamentales tanto el ámbito jurídico como el ético. El plano ético del secreto ha quedado fuertemente marcado por los códigos deontológicos y diferentes normas de autorregulación que han sido publicadas por organismos y asociaciones periodísticas. Por el contrario, el desarrollo jurídico se ha correspondido siempre con un amplio debate doctrinal en torno a su configuración.

En este contexto atendemos a las observaciones del profesor Fernández-Miranda²⁴, que apunta a que el secreto profesional, en abstracto, puede configurarse jurídicamente de cualquiera de las siguientes maneras: i) sin reconocimiento alguno en el plano jurídico (ni como deber ni como derecho); ii) reconocido como un derecho sin que exista un deber jurídico (sin perjuicio de los deberes éticos que puedan atribuirse al profesional); iii) reconocido primariamente como un deber jurídico sin que de él surja ninguna clase de derecho; iv) que se configure como un deber con facultades subjetivas determinadas reconocidas por Ley en conexión con el deber; y v) configurado simultáneamente como derecho y como deber con las garantías adecuadas para ejercer las facultades nacidas del derecho y exigir el cumplimiento del deber. A estas posibilidades de configuración la profesora Moretón Toquero²⁵ añade una última que considera ha sido mayoritaria en nuestro país: “*un deber ético de carácter profesional, sin ningún tipo de repercusión en el plano jurídico, ni como deber [...] ni como derecho*”²⁶.

Ante todas estas diferentes concepciones teóricas del mismo concepto fáctico, acudimos a los principales textos donde se regula para de ellos deducir su naturaleza y configuración.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Moretón Toquero, *op. cit.* pág. 16.

²⁶ Recogido, a su vez, del siguiente documento. Fiscalía del Tribunal Supremo, *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1975.

4.1 El secreto profesional en las normas de autorregulación

Como primera fuente ordenadora de este fenómeno encontramos las normas de autorregulación que han tenido lugar desde diferentes ámbitos de la profesión periodística. El periodismo es una profesión que destaca por un fuerte componente de asociacionismo de donde han salido un gran número de disposiciones autorreguladoras de su ejercicio.

Un ejemplo temprano en este sentido, como bien explica el profesor Carrillo²⁷, es la regulación del acceso a la profesión periodística tras la desaparición del Registro Oficial de Periodistas de la época pre-constitucional – que por su lado, era claramente incompatible con las previsiones constitucionales referentes a la libertad de información. Esta se llevó a cabo en la XLIV Asamblea de la FAPE en Santander en 1984 por la que se reguló que pudieran ser considerados como periodistas determinados profesionales en tres casos reconocidos. La asamblea acordó instar al Gobierno a oficializar por decreto el acuerdo allí tomado pero a día de hoy todavía no se ha dictado norma alguna al respecto.

Otros ejemplos son los Estatutos de Redacción²⁸, normas internas de las empresas de información que regulan la situación de los periodistas y la editora del medio de comunicación. Estas normas no tienen un alcance jurídico mayor que el que les corresponde como pactos privados entre particulares para ordenar una serie de relaciones profesionales. Entre ellas destacamos la del diario *El País* – primera empresa en dotarse de un sistema de normas como este – el de los diarios *El Mundo*, *La Voz de Galicia*, *El Periódico de Catalunya* o la *Agencia EFE*.

Los Consejos de Prensa, los Colegios Profesionales y las Asociaciones de Prensa también han tenido un gran papel en este ámbito. En los países anglosajones han tenido un impacto mucho mayor los primeros (*British Press Council*, *Australian Press Council*, *New Zealand Press Council*) aunque el ejemplo británico en 1991 fue remplazado por una comisión de quejas (*Press Complaints Commission*). En la Europa continental el panorama es algo más heterogéneo con organizaciones como la asociación *Deutscher Journalisten-Verband* en Alemania o el Sindicato Nacional de Periodistas y las diferentes asociaciones en Francia. En España como órganos principales tenemos los Colegios (Colegio de Periodistas de Cataluña, Colegio Oficial de Periodistas de la Región de Murcia, Colegio de Periodistas de Castilla y León) y las asociaciones (Asociación de la

²⁷ Carrillo López, *op. cit.*, pág. 12.

²⁸ *Ibid.*

Prensa de Madrid, Cantabria, Guadalajara, Sevilla, la Federación de Asociaciones de la Prensa de España).

La presencia del secreto profesional ha tenido cabida en las distintas normas de autorregulación, tanto en los Códigos Deontológicos de las distintas organizaciones como en los Estatutos de Redacción previamente mencionados. Como ejemplo de los primeros y siguiendo lo ya explicado, encontramos el Código Deontológico del Colegio de Periodistas de Cataluña (1992) y el Código Deontológico de la FAPE (1993)²⁹. En concreto, en el Código de la FAPE se recoge el secreto profesional en su décimo artículo de la siguiente manera³⁰:

El secreto profesional es un derecho del periodista, a la vez que un deber que garantiza la confidencialidad de las fuentes de información. Por tanto, el periodista garantizará el derecho de sus fuentes informativas a permanecer en el anonimato, si así ha sido solicitado. No obstante, tal deber profesional podrá ceder excepcionalmente en el supuesto de que conste fehacientemente que la fuente ha falseado de manera consciente la información o cuando el revelar la fuente sea el único medio para evitar un daño grave e inminente a las personas.

Como se puede observar, la FAPE si considera que se trata de un derecho-deber del estatuto jurídico de los periodistas. Se trata de un derecho del periodista, por mención expresa del artículo. Sin embargo, también es un derecho de la fuente de la información (y por tanto de un deber para el periodista) en caso de que esta lo solicitara. La FAPE reconoce que este derecho puede ceder de forma excepcional y en unos casos tasados (falseamiento consciente de la información o la evitación de un daño grave e inminente para las personas).

Hay que apuntar que se trata de un Código Deontológico del cual no se derivan consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento por parte del periodista. Además, parece más encaminado a la protección de la fuente que a la del propio periodista, aunque en multitud de casos estas dos se alinean dado que de la protección de sus fuentes de información depende la credibilidad del periodista.

Por otro lado encontramos la regulación de los Estatutos de Redacción. Siguiendo el análisis de la profesora Moretón, en la mayoría de los Estatutos se recoge de nuevo la dualidad derecho-deber aunque con la consideración de derecho en su concepción jurídica pero deber a nivel ético-deontológico. El contenido del derecho al secreto profesional lo

²⁹ Moretón Toquero, *op. cit.*, pág. 16.

³⁰ Artículo 10 del Código Deontológico de la FAPE. Consultado en febrero de 2017 en <http://fape.es/home/codigo-deontologico/>.

definen con un ámbito objetivo doble: el derecho a mantener en secreto la identidad de las fuentes empleadas en una determinada información y el derecho a no entregar el material empleado en la elaboración de la propia información. En la mayoría de casos, como se podrá ver más adelante, estos dos están íntimamente ligados ya que generalmente la identidad de la fuente aparece reflejada en los materiales de elaboración.

Adicionalmente, los Estatutos de Redacción amplían el ámbito subjetivo del derecho a todos aquellos periodistas compañeros de redacción que quedan obligados también a amparar el secreto profesional de otros compañeros de redacción. De esta forma, y teniendo en cuenta el carácter colectivo de las redacciones de prensa, se consigue el aseguramiento efectivo del secreto profesional como derecho.

Como apunte final de la autorregulación sería preciso hacer referencia al plano internacional. La diversidad de organismos internacionales que han intervenido en la defensa de este derecho es enorme, desde la Federación Internacional de Periodistas (FIP) hasta el Consejo de Europa incluyendo la UNESCO y la Convención Iberoamericana de Derechos Humanos. La más importante desde el punto de vista constitucional será la inclusión en el artículo 10 en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la posterior protección del TEDH, que se desarrollarán a continuación.

4.2 El secreto profesional en el artículo 20 de la Constitución Española

Dado que el objetivo principal del trabajo es la comparación entre el modelo europeo y el americano en el secreto profesional de los periodistas, no se realizará más que una breve revisión del amparo constitucional a este derecho. El texto del artículo 20 CE, que como sabemos, lo constituye como derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, es el siguiente:

1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. [...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

En este primer punto se encuentran los dos derechos principales recogidos en este artículo: la libertad de expresión y la libertad de información. El apartado d) es el que trae a colación el secreto profesional, motivo fundamental de este trabajo. Tal y como se puede observar, el constituyente dotó a la previsión de una remisión a legislación posterior (con

carácter de Ley Orgánica por su condición de derecho fundamental, por supuesto) en la que se desarrollada el ejercicio de estas libertades. Bien, pues como ya sabemos, el único desarrollo legislativo posterior ha sido el de la LO de cláusula de conciencia sin realizar lo propio con el secreto profesional.

Hay que tener en cuenta lo señalado por la profesora Toquero en cuanto a la situación actual y los intentos de regulación del secreto. La profesora señala que en el ordenamiento jurídico español, a pesar de no haber una regulación legal expresa, el derecho al secreto se viene ejerciendo sin el desarrollo de la remisión del artículo 20 CE. Esto se hace amparándose en la legislación penal con la eximente del artículo 20.7 CP de quien “*obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”. Según Lazcano³¹, la ausencia de regulación legal sobre esta materia se puede considerar una situación “*común*” a los países de nuestro entorno en los que podemos observar “*aristas e inconcreciones a la luz de los derechos y valores en juego en procesos judiciales en el que se encuentran implicados profesionales de la información*”.

Adicionalmente, se han presentado un amplio número de proposiciones de Ley Orgánica para regular el secreto profesional de los periodistas, aunque ninguna ha llegado a término. En concreto, se trata de dos proposiciones del Centro Democrático y Social (1986 y 1988), una del Partido Nacionalista Vasco (1990), y tres de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya (1989, 1993, 1996). Todas ellas parecen coincidir en la naturaleza del secreto profesional como un derecho aunque difieren en su contenido exacto. El tema más controvertido ha resultado los límites al derecho dado que ha habido propuestas considerándolo como absoluto y prácticamente sin límite, frente a otras que lo limitan (por ejemplo al ser llamado el periodista a declarar en calidad de testigo en un proceso por delito contra la seguridad del Estado).

En términos prácticos destacamos la opinión del ya citado profesor Lazcano³², que considera que el vacío regulatorio ha dado lugar a un efecto paradójico de inseguridad jurídica. Esta inseguridad se manifiesta en el lado del periodista, que al no haber ley de desarrollo desconoce actualmente el verdadero alcance de su derecho y condiciona claramente su actividad profesional; y en el lado de la acción judicial tendente a controlar

³¹ Lazcano Brotóns, I., *La protección de las fuentes periodísticas en el sistema europeo de derechos humanos*, ZER nº16, 2004.

³² Lazcano Brotóns, I., *El secreto profesional en el periodismo*, Bilbao, 2007.

la actividad periodística, que tampoco sabe a ciencia cierta hasta qué punto puede extender el propio control.

Los siguientes puntos del artículo no presentan excesiva relevancia para el objeto de este trabajo y por ello no serán reproducidos. A modo de breve resumen, en el punto segundo se prohíbe directamente la censura previa (presente en etapas anteriores como hemos mencionado); el punto tercero determina cómo se regulan los medios de comunicación propiedad del estado; el punto cuarto establece como límites otros derechos fundamentales y especialmente el derecho al honor, intimidad, propia imagen y la protección al honor; y finalmente el punto quinto especifica que el secuestro de publicaciones únicamente pueda tener lugar mediante resolución judicial.

El Tribunal Constitucional ha hecho referencia, en diversas ocasiones, al secreto profesional. Así, puede verse entre otras, la Sentencia 21/2000³³ en la que se señala:

[A] no haber desvelado el periodista la identidad de las personas que le confirmaron el hecho [...] el origen de la fuente de información es indeterminada y, respecto de este tipo de fuentes, este Tribunal ha señalado que "el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber", pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador "lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información"

En este caso, como podemos observar, el hecho de que el periodista no aportase las fuentes mediante las cuales corroboró la información que había obtenido y que publicó contribuyó a que el TC concluyese que "*no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible*". Consecuentemente, el Tribunal considera que la información publicada por el periodista vulneró el derecho al honor de los recurrentes ya que, al no cumplirse el requisito de veracidad³⁴, no quedaba amparada bajo el derecho a la información.

No obstante, conviene hacer un análisis más detenido del contenido de la afirmación del TC para valorar los posibles efectos que puede tener sobre la regulación

³³ En este caso el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo formulado por el Presidente y Vicepresidente de la Asociación de Empresas Suministradoras del Ministerio de Defensa impugnando el archivo de las diligencias contra el diario el Mundo y el periodista José Luis Lobo Pérez. El litigio subyacente al caso trata de unas alegaciones de violación de derecho al honor por una información publicada en el diario previamente citado que dará lugar a una ponderación por parte del Tribunal entre el derecho al honor de los recurrentes en amparo y el derecho a la información alegado por el periodista y el medio de comunicación. *Vid.* Sentencia núm. 21/2000, de 31 enero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, FJ 8. [RTC 2000\21]

³⁴ Parte de la doctrina del TC acerca de la libertad de expresión, de prensa y el derecho de información que no forman parte del objeto de este trabajo.

del secreto profesional de los periodistas en el ordenamiento español. El hecho de que se diga literalmente que “*no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes*” parece bastante claro: en el sistema español se respeta el derecho al secreto. Ahora bien, si la no revelación de sus fuentes supone una condena al periodista por vulneración del derecho al honor por no acreditar la veracidad de su información, no se obtiene una protección adecuada del derecho. Esto es así dado que, en definitiva, los periodistas se verían enfrentados con la disyuntiva de revelar sus fuentes o verse condenados por vulneración del derecho al honor – lo cual terminaría equivaliendo a una condena precisamente por no revelar la fuente.

Sin embargo, y como es lógico, esto no es lo que busca significar el TC en la sentencia. El sentido tras las afirmaciones del Tribunal es que en la prueba de la veracidad de las informaciones publicadas no es suficiente únicamente hacer referencia a “*fuentes indeterminadas*” sino que se han de aportar elementos de prueba – que por supuesto, pueden ser distintos de la identidad de la fuente – que demuestren que el periodista ha actuado con la diligencia exigible. Si el periodista en el caso que examinamos hubiera aportado cualquier prueba que demostrase esta diligencia probablemente hubiera recibido una sentencia diferente. A fin de cuentas, lo que viene a enunciar el Tribunal es que pese a que se respeta el derecho al secreto profesional periodístico del artículo 20 CE y 10 CEDH (cuyo desarrollo se expone a continuación), éste secreto no puede liberar absolutamente al periodista del deber de veracidad de su información. Queda por ver cuál sería la resolución del TC en un hipotético caso en el que el único medio de prueba que tuviese el periodista a su disposición para demostrar su diligencia fuese el quebranto del secreto profesional.

5. REGULACIÓN EUROPEA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

5.1 El secreto profesional en el artículo 10 CEDH

Para dar comienzo al análisis de la cobertura europea del secreto en el ámbito periodístico es absolutamente necesario hacer referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁵. En él se sientan las bases de la que será una amplia protección jurisprudencial del secreto. Esto tiene una gran relevancia dado que, como nos recuerda Macovei³⁶, el sistema derivado del CEDH funciona como los sistemas anglosajones de *common law* y los precedentes que sientan las decisiones de los Tribunales son vinculantes incluso para los países con sistema continental (una vez hayan ratificado el Convenio). Consecuentemente, la mayoría de nuestro análisis se basará en la jurisprudencia del TEDH en la que, además, se recoge la mayoría de la regulación jurídica del secreto en la actualidad.

El secreto a los periodistas es derivado jurisprudencialmente del artículo 10 del citado convenio. Sin embargo, en el propio artículo no existe mención expresa alguna al secreto profesional por lo que este concepto se extrae de la libertad que lo ampara – la libertad de expresión, y en particular, la libertad de prensa. Tanto es así, que las primeras interpretaciones del artículo no contemplaban la inclusión del secreto profesional de los periodistas como parte del mismo³⁷.

El artículo se estructura en dos apartados con el siguiente contenido: el primer apartado enuncia la libertad de expresión y su contenido mientras que el segundo contempla los límites que se pueden imponer por parte de los Gobiernos al ejercicio del citado artículo. En concreto, el artículo 10 dice lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad [...] de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. [...]

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos,

³⁵ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. BOE 243/1979, de 10 de octubre de 1979 [RCL 2007/2008]

³⁶ Macovei, M., *Freedom of Expression – A guide to the implementation of the Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Books nº2, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2001.

³⁷ Cohen Johnatan, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris, 1989.

para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El segundo apartado tendrá una mayor relevancia en el contexto de este trabajo ya que el contenido principal del secreto profesional de los periodistas es un acto negativo – la no obligación de declarar la fuente ante un Tribunal o autoridad competente. Siguiendo la línea de lo argumentado previamente, no encontramos una verdadera regulación del secreto hasta la sentencia del caso Goodwin c. Reino Unido³⁸, que se comentará más adelante.

El primer punto del artículo, como mencionábamos antes, es de contenido positivo y enuncia la libertad que protege – la libertad de expresión. Según Macovei³⁹, se regulan en concreto tres libertades: la libertad de opinión, la libertad de impartir información e ideas y la libertad de recibir información e ideas. La libertad de prensa tampoco está recogida expresamente pero sí ha sido objeto de amplio reconocimiento por parte del Tribunal y de forma particularmente especial en los casos en los que existe un interés público en la información publicada (en casos como Lingens c. Austria, 1986; Thorgeir Thorgeirson c. Islandia, 1992; o Maronek c. Eslovaquia, 2001).

Sobre el segundo apartado si se pueden hacer más precisiones. Parece claro que el objetivo del artículo es crear una lista restringida de motivos por los cuales se pueda limitar la libertad de expresión y de esta forma ofrecer una adecuada protección a la misma. Sin embargo, según la dicción literal del artículo, se ofrece un rango muy amplio de posibilidades de limitación “*formalidades, condiciones, restricciones o sanciones*” sin ninguna clase de límites preestablecidos. De esta forma el Tribunal examina caso por caso atendiendo al impacto restrictivo de la medida establecida por el Gobierno en cuestión.

Se establecen en el artículo tres condiciones que se han de cumplir para que la limitación a la libertad de expresión (y, por ende, al secreto profesional) sea aceptable por parte del TEDH a la vista del convenio. Estas son: que la limitación esté prevista en norma de rango legal; que tenga por objetivo proteger alguno de los valores establecidos por el propio artículo – la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública o la defensa del orden, entre otros; y que la restricción sea necesaria en el contexto de una sociedad democrática (lo que se corresponde, en última instancia, con un juicio de proporcionalidad para lograr el fin propuesto, por parte del TEDH).

³⁸ Caso Goodwin contra Reino Unido. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 1996 [TEDH\1996\21].

³⁹ Macovei, *op. cit.*, pág. 25.

Dejando de lado la construcción concreta del artículo, el efecto con mayor repercusión en el ámbito del secreto de los periodistas en Europa es el hecho de que hasta en países que no reconocen a nivel nacional la existencia de este derecho si se ofrece una protección legal bajo el amparo del CEDH. Se impone a los Tribunales nacionales, por tanto, el deber de ofrecer una adecuada protección al secreto de los periodistas y no infringirlo sin realizar un análisis de proporcionalidad, teniendo en cuenta las condiciones anteriormente expuestas y siempre teniendo en cuenta el papel de la prensa en un Estado democrático.

5.2 Recomendación N° R (2000) 7 del Consejo de Europa

Como ya adelantábamos en el punto anterior, la sentencia del TEDH del caso *Goodwin c. Reino Unido* es la primera ocasión en la que se sienta precedente sobre el secreto profesional de los periodistas – hasta entonces muy escasamente regulado. Siguiendo la doctrina de esta sentencia de 1996 se publica por el Consejo de Europa la Recomendación N° R (2000) 7⁴⁰ en la que finalmente se explicita el secreto profesional de los periodistas. Hemos de tener en cuenta, como bien apunta el profesor Lazcano⁴¹, que el Consejo de Europa llevaba desde hacía bastantes años prestando especial atención desde un punto de vista jurídico a los medios de comunicación e incluso en algún pronunciamiento parcial expuso la definición del secreto profesional periodístico⁴². La recomendación, por otra parte, no tiene efectos vinculantes y por eso no será citada en ninguna sentencia de las que analizaremos más adelante.

En ella, se parte de la premisa básica que supone que la libertad de información es una de las bases fundamentales de la sociedad democrática y una de las condiciones para el desarrollo individual (tal y como se expresa en la Declaración de Libertad de Expresión e Información de 1982) y reafirma la necesidad de las sociedades democráticas de promover medios independientes y libres. Consiguientemente, el texto se publica con el objetivo de que los Gobiernos implementen una serie de principios contenidos en el Anexo a sus ordenamientos nacionales y se ponga en conocimiento de las autoridades nacionales (policía, poderes públicos y poder judicial) y de los periodistas.

⁴⁰ Recomendación N° R (2000) 7, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre el derecho de los periodistas a revelar sus fuentes de información, 8 de marzo de 2000.

⁴¹ Lazcano Brotóns, *op. cit.*, pág. 22.

⁴² Documento B (73) HW, de 18 de octubre de 1973, de Consejo de Europa.

La parte dogmática del texto se concentra en el Anexo donde se contiene la verdadera regulación del secreto profesional de los periodistas. De la regulación contenida en la Recomendación podemos encontrar la configuración del derecho en el contexto europeo y destacar los siguientes aspectos: el contenido del derecho, el objeto y los sujetos del derecho, los límites, y el alcance complementario del mismo. Podemos adelantar al análisis que, pese a no tratarse de una regulación muy extensa si da cobertura a la mayoría de cuestiones que conciernen al ejercicio del derecho y cumple con el cometido de proporcionar una mayor seguridad jurídica en este ámbito.

En el principio primero de la Recomendación encontramos el contenido del secreto profesional de los periodistas. En él se insta a que en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros se contemple de forma clara y explícita la protección al derecho de los periodistas de no revelar información que identifique una fuente de acuerdo con el artículo 10 CEDH. La referencia a la fuente, como se explica en las definiciones anteriores, es a la persona que provee la información al periodista independientemente del medio en el que se contenga dicha información.

De hecho, en las definiciones se aclara explícitamente que la información que la fuente presente al periodista será cualquier hecho, opinión o idea presentado en forma de texto, sonido o imagen. Parece clara que la gran amplitud que se puede observar en las definiciones de la Recomendación tiene como objetivo favorecer la aplicabilidad de la protección al periodista.

El objeto del derecho es la información que identifique a la fuente, a diferencia de la información que la fuente provee al periodista que comentábamos anteriormente y que será, supuestamente, el contenido de la publicación periodística que dé lugar al requerimiento (en su caso, judicial) de publicar la identidad de la fuente. Este punto también ha sido aclarado por la Recomendación, que indica que dicha información será valorada en cuanto a la probabilidad de identificar a la fuente con ella y recoge cuatro casos en los que se aprecia este hecho. Estos son: el nombre, datos personales, la imagen o la voz de la fuente; los hechos circunstanciales en los que se obtuvo la información de la fuente; el contenido no publicado por el periodista entregado por la fuente; y los datos personales del periodista y sus empleados relativos a su trabajo profesional. El primero es relativamente sencillo mientras que el resto, como se aclara, no podrán ser revelados en la medida en la que puedan conducir a la identidad de la fuente.

Los sujetos del derecho parecen bastante claros. Como parte activa del secreto profesional del periodista se encuentra, lógicamente, el periodista. La definición que da

la recomendación de periodista es también muy abierta de forma que se ampare al máximo número de personas bajo el derecho: cualquier persona física o jurídica que se vea involucrada regular o profesional en la recogida y difusión de información al público mediante cualquier medio de comunicación de masas. Actualmente son notables dos puntos de la definición otorgada. El primero es que incluye también a los medios de comunicación al permitir que se trate de una persona jurídica la que publique la información. El segundo es que puede contemplar a todas aquellas personas que, sin ser periodistas profesionales, publiquen información de forma regular en medios de comunicación de masas (*blogueros, twitteros, etc.*). Además, según el principio segundo del Anexo, se extenderá la protección del periodista a todas aquellas personas que por su relación laboral o profesional con el periodista tengan acceso a la información de la identidad de la fuente. El sujeto pasivo será la autoridad competente de dirimir el asunto relativo a la fuente de la información periodística, generalmente un Juez en un procedimiento instado por una parte con interés legítimo en conocer la identidad (principio quinto).

En la determinación de los límites del derecho la Recomendación hace una remisión al párrafo segundo del artículo 10 CEDH ya examinado. A éste añade que, la autoridad que tenga que determinar la revelación de la fuente lo hará ponderando el interés legítimo y el interés público en que no se revele la identidad. De esta forma se limitará el secreto profesional cuando se pruebe que no haya alternativas a la revelación o estas se hayan agotado ya, exista un interés legítimo probado claramente preponderante sobre el interés público en la no revelación y las circunstancias sean de naturaleza suficientemente seria y vital. En este tercer principio se reconoce el margen de apreciación nacional para determinar la necesidad de revelación, pero siempre bajo la supervisión del TEDH.

Finalmente, el alcance complementario se incluye también para ampliar la protección del derecho y evitar que la revelación tenga lugar por otros medios distintos al requerimiento judicial directo. De esta forma, no podrán ser aplicadas las siguientes medidas para circunvenir el secreto profesional: la intervención de las comunicaciones; la vigilancia a los periodistas, sus contactos o empleados; y el registro o embargo relativos a las instalaciones profesionales o privadas, las pertenencias o la correspondencia de los periodistas y sus empleados.

Como hemos podido observar a lo largo de todo el desarrollo del derecho en la Recomendación, se busca la configuración de un derecho con trascendencia en la

sociedad democrática que proteja la acción de los periodistas de la forma más omnicomprendensiva posible. Sin embargo, esto no puede dar lugar a un derecho absoluto o que carezca de límites. Por lo tanto, la Recomendación contempla las situaciones ya previstas por el artículo 10 de la CEDH y desarrolla en qué casos tendrá lugar una mayor ponderación de otros intereses sobre la preeminencia general del secreto profesional de los periodistas.

5.3 *Goodwin c. Reino Unido*

Ya se ha venido indicando en diversos puntos anteriores que esta sentencia se trata de la piedra angular sobre la que se ha basado la regulación del secreto profesional del periodista a nivel europeo. Se trata de la primera sentencia del TEDH sobre esta materia, dictada en 1996. En ella se enfrenta el periodista William Goodwin al Reino Unido por una sentencia dictada en su contra y una multa impuesta en consecuencia en 1989 por oponerse a revelar su fuente ante un Tribunal⁴³.

En el análisis jurídico el TEDH juzgará la decisión del Tribunal inglés en base a los tres requisitos para establecer limitaciones del artículo 10 CEDH: previsión legal del límite, protección de los valores previstos en el artículo y necesidad en el contexto de una sociedad democrática (como se lleva haciendo desde la sentencia Lingens contra Austria de 1986). Con respecto al primer punto, el Tribunal considera que la expresión “interés de la justicia” sí supone una previsión legal dado que no da lugar a un margen de apreciación total para los tribunales y se podía razonablemente prever. El segundo punto no fue discutido por ninguna de las partes y se considera que sí perseguían un fin legítimo por lo que no es necesario analizarlo.

El tercer punto es en el que más se centra el examen del Tribunal, el juicio de la proporcionalidad. El Tribunal comienza recordando la importancia de la libertad de expresión y confirmando el papel fundamental del secreto profesional en este ámbito:

[...] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías que hay que conceder a la prensa revisten una importancia especial [...] La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de

⁴³ El litigio por el que se alcanza por primera vez la protección del TEDH al secreto profesional de los periodistas tiene lugar entre un periodista y una empresa. El primero recibe noticia telefónica de una fuente sobre un préstamo que iba a recibir la sociedad y le salvaría de apuros financieros. Al llamar a la sociedad, Tetra Ltd., para confirmar la información esta presenta demanda para impedir la publicación de la información, cosa que logra. Sin embargo, la empresa pide conocer la identidad de la fuente, corroborada por el Tribunal en “interés de la justicia” y, ante la negativa del periodista dicta resolución. Esta es recurrida sin éxito lo que lleva a dictar sentencia y una multa por desacato al Tribunal.

prensa, como se desprende de las Leyes y los códigos deontológicos en vigor en muchos Estados Contratantes [...]

La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría ser menos capaz de jugar su papel indispensable de «perro guardián» y su aptitud para suministrar informaciones precisas y fiables podría encontrarse reducida.

Recordemos la relevancia de estas precisiones del TEDH dado que es la primera constatación por parte del Tribunal del secreto profesional de los periodistas y de su importancia como derecho integrante de la libertad de expresión. A continuación, el Tribunal explica como la necesidad de una restricción a la libertad de expresión ha de ser “*establecida de manera convincente*” y que, a pesar del margen de apreciación nacional que tienen las autoridades del país, hay que tener en cuenta el interés democrático de la libertad de prensa. Por ello se somete el análisis de la necesidad a un examen escrupuloso para determinar si los motivos que justifican la injerencia fueron “*pertinentes y suficientes*”.

La conclusión en este caso fue que las justificaciones dadas por Reino Unido no eran suficientes ya que el objetivo de la medida era únicamente reforzar lo que ya se había logrado mediante el mandamiento de prohibición de publicación del artículo ya otorgado a la empresa. En palabras del propio Tribunal:

El Tribunal considera que la resolución de divulgación no representaba un medio razonablemente proporcionado para conseguir el fin legítimo contemplado. Las restricciones que la resolución de divulgación hicieron pesar sobre la libertad de expresión del periodista que es el demandante, no pueden por lo tanto ser tenidas como necesarias en una sociedad democrática.

El Tribunal finalmente dictó que, tanto la resolución judicial por la que se requería al señor Goodwin revelar su fuente como la multa por desacato al Tribunal, violaron su derecho a la libertad de expresión. Dada la claridad de la exposición del Tribunal en la citada sentencia y el abierto reconocimiento al secreto profesional de los periodistas, esta sentencia se cita de manera recurrente en las Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de esta situación jurídica dictadas de forma posterior⁴⁴.

A pesar de toda la clarificación que realiza la sentencia y siguiendo lo que nos indica Lazcano⁴⁵, quedan incógnitas que no resuelve el Tribunal en este caso. Por ejemplo, el Tribunal no resuelve si sería aplicable la misma interpretación en caso de que

⁴⁴ Moretón Toquero, *op. cit.* pág. 16.

⁴⁵ Lazcano Brotóns, *op. cit.* pág. 22.

la información se hubiera logrado por el informador mediante robo o sustracción de documentos. Tampoco aclara la aplicabilidad en caso de que se tratara de una filtración de una institución pública o un secreto oficial o fruto de actividades delictivas. Podemos adelantar que alguna de estas situaciones se resolverá en los siguientes casos.

5.4 *Fressoz y Roire c. Francia*⁴⁶

Esta sentencia, de 1999, viene parcialmente a resolver alguna de las dudas que planteaba Lazcano en la doctrina Goodwin. El objeto de la misma es dilucidar si la sanción por la publicación parcial de documentos protegidos por el ordenamiento jurídico con secreto fiscal, limitación al secreto profesional periodístico, tiene cabida en el contexto del artículo 10 CEDH⁴⁷.

En esta ocasión el Tribunal realiza el mismo análisis que en la sentencia previamente analizada: previsión legal de la limitación, que siguiera fines legítimos y el juicio de proporcionalidad. Los dos primeros puntos no son debatidos por ninguno de las dos partes por lo que el Tribunal no entra en la valoración de los mismos. Se considera que la medida estaba prevista en la ley, en el artículo 460 del antiguo Código Penal francés, y que perseguía un fin legítimo, “*proteger la reputación y los derechos de otro y el impedir la divulgación de informaciones confidenciales*”.

En cuanto al examen de proporcionalidad, se pone en tela de juicio el que la medida fuera “*necesaria en una sociedad democrática*”. Para ello el Tribunal comienza recogiendo una serie de principios generales entre los que se encuentran la libertad de expresión y de prensa. Sobre esta última es digno de reproducción su reconocimiento de que:

La prensa juega un papel importante en una sociedad democrática: aunque no debe traspasar ciertos límites, tendentes sobre todo a la protección de la reputación y de los derechos de terceros así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales,

⁴⁶ Caso Fressoz y Roire contra Francia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de enero de 1990 [TEDH\1999\3].

⁴⁷ En este caso se trata de un litigio entre dos periodistas franceses empleados del periódico satírico *Le Canard enchaîné* y el señor Calvet, presidente del grupo automovilístico Peugeot. En un contexto de agitación social por parte de los empleados que reclamaban, entre otras, medidas de aumento de salario que eran denegadas; el periódico publicó como el presidente había aumentado un 45,9% su sueldo. La publicación iba acompañada de fotocopias de tres liquidaciones del impuesto del ya citado presidente.

El señor Calvet se querelló contra X estimando que estos hechos exigían haber tenido acceso a documentos en posesión de la Administración tributaria sustraídos fraudulentamente. A pesar de no prosperar en primera instancia, en apelación se revocó la sentencia previa y declaró a los periodistas “*culpables de la ocultación de fotocopias de las declaraciones de impuestos del señor Calvet provenientes de la violación del secreto profesional por un funcionario de Hacienda no identificado*.” El recurso en casación fue rechazado de forma que los periodistas recurrieron al amparo del TEDH.

le incumbe, sin embargo, comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas aquellas cuestiones de interés general.

De este modo, el Tribunal hace un reconocimiento expreso de las limitaciones que comprende la libertad de prensa y que se enuncian en el artículo 10 CEDH. Continúa recordando que la necesidad de la restricción se tiene que argumentar de manera convincente y el papel que tiene el TEDH de verificar, todo ello siguiendo la línea establecida en la sentencia Goodwin,

En este caso el Tribunal entiende que la publicación parcial de las liquidaciones permite a los periodistas demostrar la veracidad de sus informaciones y también cumplir con su deber de comunicar datos verificados acompañados de pruebas. No resulta convincente la tesis sostenida por el Gobierno francés de que la información no constituía una información de interés general. Esta intervenía en el marco de un conflicto social y contribuía a un debate público sin buscar directamente perjudicar la reputación del señor Calvet.

La cuestión más importante para el Tribunal, sin embargo, es determinar si la preservación del secreto fiscal ofrece una “*justificación pertinente y suficiente*” para mantener la injerencia en el derecho de libertad de expresión. El Tribunal recuerda que las informaciones fiscales no son del todo secretas dado que se permite a los habitantes de la circunscripción consultar la renta imponible del resto (aunque no publicarla) y los sueldos de los dirigentes de las grandes empresas son habitualmente publicados por la prensa económica.

Es por ello que, y teniendo en cuenta que la publicación de las informaciones fiscales no contribuía solo a comunicar datos verificados sino a ofrecer credibilidad a las informaciones, el TEDH estima que hubo violación del artículo 10 del Convenio. La condena no representaba un “*medio razonablemente proporcionado*” para conseguir los fines del secreto fiscal si se contempla en el contexto de una sociedad democrática en la que es imperante la necesidad de la libertad de prensa.

5.5 Roemen y Schmit c. Luxemburgo⁴⁸

La exposición de esta sentencia no se debe únicamente a que sea mucho más reciente (dictada en el año 2003) sino a que contribuye a la ampliación del derecho a otras

⁴⁸ Caso Roemen y Schmit contra Luxemburgo. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de febrero de 2003 [TEDH\2003\11].

actividades judiciales como los registros – tal y como se explicaba en los principios de la Recomendación N ° R (2000) 7 del Consejo de Europa. Así pues, el TEDH consolida el alcance complementario del derecho y previene determinadas situaciones que puedan llevar a circunvenir lo establecido por el artículo 10.

En concreto, la causa de pedir que lleva a la resolución del caso es que los demandantes consideran que determinados registros ordenados por los tribunales de Luxemburgo vulneraban su libertad de expresión⁴⁹. El Gobierno consideró que los registros no vulneraron esta libertad dado que todos fueron infructuosos salvo el último, y lo que se obtuvo no fue más que una nota que no sirvió de fuente al periodista en su artículo. Adicionalmente, el Gobierno de Luxemburgo entiende que la doctrina de Goodwin y siguientes no es aplicable porque no se requirió al periodista que revele su fuente, sino que fue objeto de un simple registro que tuvo como resultado la incautación de un único documento.

El Tribunal, sin embargo, examina la posible injerencia como lo venía haciendo en su jurisprudencia anterior. Primero expone los principios relativos a la libertad de expresión que fundamentan su relevancia en el ordenamiento del CEDH. En cuanto al examen de la medida en sí, vuelve a aplicar los tres criterios: previsión legal, fin legítimo y proporcionalidad. De nuevo, en los dos primeros no hay desacuerdo al estar prevista en los artículos 65 y 66 del Código de instrucción criminal luxemburgués y responder al fin de defensa del orden público y prevención del delito.

En cuanto al tercer criterio el Tribunal realiza más precisiones. De entrada, el TEDH expone que:

Los registros enjuiciados no se llevaron a cabo para investigar un delito cometido por el demandante fuera de sus funciones de periodista. Tenían, por el contrario, el objetivo de encontrar a los autores potenciales de una violación del secreto profesional y la eventual ilegalidad subsiguiente cometida por el demandante en el ejercicio de sus funciones. Las medidas entran así sin duda en el ámbito de la protección de las fuentes periodísticas.

⁴⁹ El caso tiene lugar entre un periodista, su abogado y el Ministro W. El primero publicó que el último había sido multado por fraude de IVA. Esta multa fue recurrida por el Ministro que, a su vez, se querelló contra el periodista por daños y perjuicios en una violación de su derecho al honor. Al ser inadmitida la querrela por la libertad de prensa, éste presentó una querrela penal en el contexto de la cual se buscó determinar los funcionarios implicados en el manejo del expediente. Durante el desarrollo del proceso se produjeron tres registros, dos en el domicilio y lugar de trabajo del periodista y uno en el de su abogado. Todos fueron impugnados por el periodista al entender que vulneraban su libertad de expresión y todos menos el último fueron infructuosos. En el último se obtuvo una nota manuscrita que no fue usada como parte de las notas para la redacción del artículo.

De esta forma deja patente la clara aplicabilidad de las normas de protección del secreto profesional de los periodistas. Además de que la publicación versase sobre un hecho probado, como es la sanción fiscal al Ministro, el Tribunal expone que existían otras medidas que podían haberse adoptado que permitirían al Juez haber averiguado la identidad de los posibles autores de los delitos sin lesionar la libertad de expresión del periodista.

Estas dos previsiones serán fundamentales a la conclusión de las sucede. Y es que el Tribunal estima que los registros fueron incluso más gravosos para la libertad de expresión que los requerimientos de casos como el de Goodwin. Esto se debe a que en los requerimientos el periodista estaría previsto de la situación y tiene la oportunidad de decidir si colabora o no. En palabras del Tribunal:

El Tribunal considera que los registros cuyo objeto es descubrir la fuente del periodista – aunque no obtengan resultado– constituyen un acto más grave que un requerimiento de divulgación de la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, provistos de un mandamiento de registro, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo, tienen amplia potestad de investigación por el hecho de que tienen acceso, por definición, a cualquier documentación en manos del periodista.

De esta forma desmonta la teoría del Gobierno acerca de la no aplicabilidad del artículo 10 CEDH. El Tribunal no considera solo que es aplicable, sino que la violación que se ha llevado a cabo de la libertad en el expuesta es incluso más grave. Consecuentemente, el TEDH entiende que no ha quedado demostrado que se haya realizado la actuación de forma proporcional y equilibrada a los intereses en juego y que, pese a poder ser considerados pertinentes, los motivos que conducen a los registros no son en ningún caso suficientes para justificar la injerencia que suponen en la libertad de prensa.

Las consecuencias de esta sentencia son claras. El contenido del derecho profesional de los periodistas es ampliado a todas aquellas medidas judiciales que se puedan tomar y que, en definitiva, supongan circunvenir la estructura del artículo 10 CEDH. Esta ampliación considera que los registros son incluso más perjudiciales para la libertad de expresión y tiene lugar incluso cuando de los registros no se obtengan las pruebas para identificar la fuente. Esta sentencia confirma el reconocimiento que se otorga en la Recomendación N ° R (2000) 7 del Consejo de Europa, que no tiene fuerza vinculante para los Estados ni aplicabilidad directa a los ciudadanos.

5.5 Nagla c. Letonia⁵⁰

Sentencia muy reciente, del año 2013, que recoge el testigo de la doctrina sentada por la sentencia anterior. En este caso también se realiza un registro en las dependencias de un periodista (en su domicilio, concretamente) por lo que el Tribunal examinará si en el mismo se ha producido una violación de los derechos recogidos en el artículo 10 CEDH.⁵¹

El Tribunal continúa la misma estructura con la que enfrenta todos sus casos. En la exposición de la legislación aplicable a nivel internacional es relevante la mención a la Recomendación N° R (2000) 7. Una vez explicada la admisión y la posición de las partes, el Tribunal comienza el con los tres criterios para apreciar la infracción del secreto profesional y la libertad de expresión. Dado que las partes aceptan la previsión legal el Tribunal no entra a examinar detenidamente su existencia y, a pesar de las posiciones encontradas en cuanto a fin legítimo, también acepta su existencia.

El Tribunal vuelve a centrar su juicio sobre el análisis de proporcionalidad. En este caso detecta que hay una diferencia fundamental con otros casos que han resuelto. Esta diferencia, no es como intenta argumentar el Gobierno letón, que la identidad de la persona detenida por el delito fuera conocida de antemano al registro porque esto no lo excluye de la protección del artículo 10 CEDH. Como en Roemen y Schimdt, el Tribunal entiende que el registro es incluso más perjudicial para la libertad de expresión y los derechos del periodista y en este caso se ve agravado por el hecho de que la orden de registro se redactara en términos extremadamente vagos (la incautación de “*cualquier información*”).

Tampoco es de relevancia que la justificación de la medida se dé después del registro, aunque siguiendo la doctrina establecida por el TEDH, debería ser como muy tarde antes del acceso e investigación de los materiales incautados. La protección del artículo 10 CEDH se extiende a todos los medios informáticos incautados (disco duro, tarjeta de memoria, ordenador portátil) que tienen que ser preservados del abuso.

⁵⁰ Caso Nagla contra Letonia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de julio de 2013[JUR\2013\252865].

⁵¹ En este caso se trata de una periodista audiovisual que es contactada por una fuente anónima vía correo electrónico comunicándole que debido a deficiencias en el sistema de seguridad de las bases de datos de la Hacienda letona se pueden extraer todos los datos de las mismas. Tras publicar la noticia de que se ha producido una fuga masiva de datos se inicia una investigación en el seno de la cual se realizan registros en el domicilio de la periodista y se detiene a una persona acusada de producir la fuga de datos de la institución pública.

Dado que el Gobierno es incapaz de justificar de forma convincente la existencia de un interés social superior al interés que promueve la libertad de expresión y de prensa, la injerencia en el secreto profesional del periodista constituye una violación del artículo 10 CEDH. El Tribunal explica claramente que la argumentación del Gobierno no es ni relevante ni suficiente para mantener semejante injerencia y, por lo tanto, falla en su contra.

Esta sentencia recoge la doctrina iniciada diez años atrás de una ampliación de la esfera de protección del artículo 10 CEDH a las medidas judiciales de registro e incluye todos los medios electrónicos en los que el periodista pueda haber anotado (o mediante los cuales se pueda averiguar) la identidad de la fuente. Parece claro que la doctrina del TEDH en este sentido es uniforme y ha ido progresando hacia una ampliación del contenido del derecho. En su apreciación siempre tiene en cuenta el juicio de proporcionalidad que tiene un papel preponderante en la decisión del Tribunal.

6. REGULACIÓN NORTEAMERICANA Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La regulación en Estados Unidos del secreto profesional de los periodistas difiere en gran medida de la protección que se ofrece en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para comenzar, existen diferencias bastante relevantes a nivel de concepción del secreto. Mientras que en Europa se comprende como un derecho derivado de la libertad de expresión, en Estados Unidos se aprecia como un privilegio a la hora de no declarar. Se trate de una diferencia de enfoque más que dogmática dado que el secreto del periodista supone lo mismo en ambos sistemas.⁵²

Por otro lado, la regulación norteamericana, como la europea, está lejos de constituirse como un bloque homogéneo de protección a la libertad de expresión. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre ambos sistemas: mientras que la protección europea al derecho se realiza a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos como base normativa fundamental y el recurso al TEDH; el sistema norteamericano carece de una norma protectora a nivel supraestatal y el Tribunal Supremo ha rechazado este secreto profesional. Consecuentemente, para analizar el secreto profesional de los periodistas en Estados Unidos habrá que examinar la situación particular de cada estado.

El origen de la reivindicación del secreto profesional en el ámbito periodístico en Estados Unidos se remonta al siglo XIX donde encontramos el primer caso del que hay crónicas⁵³. Se trata del periodista del *New York Herald* John Nugent, que en 1848 se negó a declarar ante el Congreso su fuente y fue encarcelado por ello. Durante el principio del siglo XX hubo muy pocos casos en los que se presentó el conflicto del secreto profesional del periodista en las cortes norteamericanas y, en los que se dio, fue rechazado con frases como “*debes obviar tu profesión cuando eres llamado a declarar, como un buen ciudadano*”. Durante esta época comenzaron las *shield laws* – como se desarrollará más adelante – y no fue hasta 1957 que se invoque por primera vez la Constitución de Estados Unidos para defender un caso de secreto profesional de los periodistas.

⁵² Consecuentemente, en esta sección del texto se utilizarán indistintamente los términos privilegio del periodista como sinónimos del secreto profesional que veníamos analizando.

⁵³ Bates, S., *The Reporter's Privilege, Then and Now*, Cambridge, 2000.

6.1 Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos

La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos se adoptó en 1791 y es la que garantiza las libertades de religión, expresión, asamblea y el derecho de petición al Gobierno⁵⁴. A pesar de que el texto es bastante claro con respecto a la libertad de expresión y prensa (esta última es mencionada expresamente), no se empleó en la defensa jurídica del derecho al secreto de los periodistas hasta 1957 en el caso *Garland v. Torre*⁵⁵.

En el mencionado caso, el demandado logró que el Juez Stewart dijera que aceptaban la hipótesis de que la obligación de revelar las fuentes confidenciales de los periodistas podría suponer una reducción de la libertad de prensa al imponer limitaciones en la disponibilidad de las noticias. Sin embargo, el Juez concluyó que la Constitución americana no otorgaba un derecho a no declarar y que, por lo tanto, el demandado tendría que identificar su fuente.

6.2 *Shield laws*

Las denominadas *shield laws* son leyes estatales que tienen como objetivo la protección del secreto profesional de los periodistas. Su eficacia, como leyes estatales, es únicamente intraestatal, pero tras la negativa del Tribunal Supremo estadounidense de recoger el secreto a nivel constitucional, se configuran como el mayor reducto de protección para los periodistas.

El origen de estas leyes se adopta al Estatuto de Periodistas que promulgó el Estado de Maryland en 1896⁵⁶. Durante los años 1930 siete estados más aprobaron legislación similar, y tres más lo hicieron en la década de 1940. A nivel federal, el primer intento del Congreso tuvo lugar en 1929 pero desde entonces nunca se ha llegado a aprobar una ley así.

La situación a día de hoy ha avanzado bastante. Prácticamente todos los estados (cuarenta y nueve de los cincuenta estados, y el Distrito de Columbia) reconocen algún

⁵⁴ Legal Information Institute, Cornell University Law School. Consultado en abril de 2017 en https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment

⁵⁵ En este caso, juicio civil por difamación entre una actriz y una periodista, la última terminó pasando diez días en la cárcel por su negativa a revelar su fuente.

⁵⁶ Bates, *op. cit.* pág. 38.

tipo de protección a las fuentes de los periodistas⁵⁷. Además, existen cuarenta⁵⁸ *shield laws* a nivel estatal que amparan el secreto profesional dentro de los límites del estado que lo ha dictado.

La protección que ofrecen estas *shield laws* varía de estado a estado. Siguiendo la exposición de Asner⁵⁹, los estados varían principalmente entre reconocer un privilegio absoluto – por el cual los periodistas no pueden ser llamados a declarar y revelar su fuente por ningún motivo – y un privilegio relativo – que supone que bajo determinadas circunstancias el periodista sí tendrá que revelar su fuente al Tribunal.

6.3 *Branzburg c. Hayes*⁶⁰

El caso *Branzburg c. Hayes* es el más relevante a nivel de protección del privilegio del periodista en Estados Unidos dado que es la primera y única vez que ha llegado un caso de secreto al Tribunal Supremo de este país. En este caso se resuelven cuatro peticiones “*for certiorari*” sobre casos con identidad de derecho aplicable: se trataba de cuatro periodistas buscando negarse a revelar su fuente en base a la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁶¹.

A la resolución de este caso se llegó con una ajustada mayoría, de cinco contra cuatro⁶², con un voto particular concurrente y un votos particulares discordantes. La mayoría, y por lo tanto la opinión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, rechazaron el privilegio de los periodistas para negarse a declarar sobre su fuente con base a la Primera Enmienda. De esta forma, se sentaba precedente acerca de la materia y

⁵⁷ Rozell, M., y Mayer, J., *Media Power Media Politics*, 2008.

⁵⁸ SPLC.org, *State-by-State Guide to the Reporter's Privilege for Student Media*. SPLC.org. Student Press Law Center. 2010. Consultado en abril de 2017 en <http://www.splc.org/article/2010/09/state-by-state-guide-to-the-reporters-privilege-for-student-media?id=60>

⁵⁹ Asner, M., *Stating from Scratch: The First Amendment Reporter-Source Privilege and the Doctrine of Incidental Restrictions*, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 26:3, pág. 593-631

⁶⁰ 408 U.S. 665 (1972)

⁶¹ En *Branzburg c. Hayes*, como decíamos, se resuelven cuatro peticiones referentes al caso de tres periodistas: Branzburg, Caldwell y Pappas. Branzburg era un reportero de Kentucky que publicó una serie de artículos acerca de la manufactura y consumo del *hachís* en el estado y, al ser requerido judicialmente que revelara la identidad que testificara se negó alegando el privilegio de los periodistas con base a la primera enmienda. Caldwell y Pappas ambos fueron requeridos en relación con el grupo Black Panthers y ambos se negaron a entregar la información que tenían.

⁶² Parece relevante indicar que la mayoría se alcanzó con los votos del Magistrado White más los cuatro nuevos Magistrados nominados por el Presidente Nixon al alcanzar su mandato: Burger, Blackun, Powell y Rhenquist. Este último, Rhenquist, decidió no inhibirse pese a ser uno de los defensores públicos de que el Gobierno obligara a uno de los periodistas a declarar (Caldwell) y preparara las pautas del Departamento de Justicia para realizar citaciones a periodistas en 1970. Vid. Fargo, A. L., *What They Meant to Say: The Courts Try to Explain Branzburg v. Hayes*, Association for Education Journalism and Mass Communication, 2010.

se daba fundamento para que el resto de los tribunales de la pirámide judicial norteamericana rechazaran la existencia de este derecho.

Cobra importancia fundamental el escrito de opinión de la mayoría, redactado por el Magistrado White, en el que se explica los motivos por los cuales deciden rechazar la existencia de este derecho. Sigue las líneas de lo expuesto por Lord Hardwicke en 1742 cuando dijo en sede parlamentaria que “*el público tiene derecho a las pruebas de todos los hombres*”⁶³.

El argumento principal de las partes es lo que se ha venido a denominar el “*chilling effect*” por el cual, si se obliga a los periodistas a declarar ante los Tribunales acerca de sus fuentes, las fuentes dejarán de confiar en los periodistas y estos últimos perderán el acceso a la noticia. Consecuentemente, esta pérdida de información de los periodistas redundará en detrimento del libre flujo de información que busca proteger la Primera Enmienda. El Tribunal estimó que las consecuencias de las citaciones para declarar eran “*ampliamente divergentes y en su mayor parte especulativas*”. De esta forma, rechazaba esta proposición por no existir pruebas empíricas que demostrasen los argumentos dados por los periodistas⁶⁴.

Para continuar rechazando el argumento de los periodistas, el Magistrado White recoge en su opinión que la Primera Enmienda tampoco les da otros privilegios sobre el resto de los ciudadanos. Por ejemplo, la prensa está habitualmente excluida de los procesos judiciales en el gran jurado, las sesiones ejecutivas de autoridades oficiales o las reuniones de organizaciones privadas y ello no obsta en su habilidad de obtener información. Explica el Magistrado, además, que el único privilegio a nivel constitucional recogido es el de la quinta enmienda que permite no declarar en los casos de auto incriminación. En palabras del Magistrado:

Se nos pide que creemos otro mediante la interpretación de la Primera Enmienda para garantizar a los periodistas un privilegio testifical que otros ciudadanos no disfrutaban. Rechazamos hacer esto. El mantenimiento del orden público de forma justa y efectiva con miras a proveer seguridad a las personas y a la propiedad de los individuos es una función fundamental del Gobierno, y el gran jurado tiene un papel importante y constitucionalmente dictado en todo el proceso.⁶⁵

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Como observa Nimmer, y posteriormente recoge Bates, estas pruebas empíricas no fueron después requeridas en *United States v. Nixon*, donde dos años después los Magistrados aceptaron la “experiencia humana” para validar la proposición de que la amenaza de revelación de datos reduciría la comunicación en la Casa Blanca. *Vid. Bates, op. cit.* pág. 33.

⁶⁵ *Branzburg V. Hayes*. American constitutional law. New York, 2010. Consultado en abril de 2017 en http://search.credoreference.com/content/entry/persamend/branzburg_v_hayes/0

Sin embargo, esto no ha sido así. Existen varios motivos por los cuales los Jueces americanos continúan interpretando la existencia del privilegio y permitiendo a periodistas no declarar sobre sus fuentes. Uno de los principales es el voto particular concurrente del Magistrado Powell, miembro de la mayoría que negaba el privilegio a los periodistas. Este voto, que ha sido descrito por la doctrina como “*opaco*”⁶⁶, “*confuso*”⁶⁷, o “*bizarro*”⁶⁸, contiene bastantes ideas que podían ser contempladas como contrarias a lo que sostiene la mayoría y que casi lo alinearía más con un apoyo al privilegio.

El voto comienza de acuerdo con lo expuesto al final de la opinión del Magistrado White por la que se afirma que si la prensa cree que se esté llevando a cabo un juicio abusivo tienen medidas para remediarlo. Una vez indicado esto, el Magistrado Powell va mucho más allá diciendo que si se le llama para declarar sobre información con remota o tenue relación con el sujeto de investigación o tiene alguna otra razón para creer que su testimonio implicaría las relaciones de confidencialidad con sus fuentes tendrá acceso a los medios procesales. El privilegio que pida el periodista entonces será juzgado mediante un equilibrio entre la libertad de prensa y la obligación de todos los ciudadanos de prestar declaración cuando son citados al efecto en un contexto criminal, juicio que se realizará caso por caso siguiendo el método tradicional de enjuiciamiento de estos casos.

Como podemos observar, el voto particular de Powell cambia completamente el panorama. Parece que Powell, pese a haberse unido a la mayoría que rechazaba un privilegio con base a la Primera Enmienda, se postula más como un defensor de un privilegio cualificado y que ha de ser juzgado caso por caso.

Es interesante resumir las opiniones del Tribunal Supremo de la forma que lo hace Bates⁶⁹. Encontramos de lo expuesto como la mayoría rechazó que los periodistas tuvieran un privilegio testifical, mientras que Powell lo reconoce de forma cualificada. La mayoría rechazó una interpretación caso por caso del equilibrio de intereses, Powell lo interpretó como necesario. La mayoría indicó que los periodistas podrían evitar una citación solo demostrando que se realizó con mala fe, Powell extendió este supuesto a las citaciones requiriendo información “*remota y tenue*”. Sin embargo, Powell no solo se unió a la mayoría, sino que su voto la convierte precisamente en mayoría.

⁶⁶ Goodale, J., *Branzburg v. Hayes and the Developing Qualified Privilege for Newsmen*, Hastings, 1975.

⁶⁷ Sherwin, R., *Comment: Source" of Protection: The Status of the Reporter's Privilege in Texas and a Call to Arms for the State's Legislators and Journalists*, 32TEX.TECHL.REV.127,172, 2000.

⁶⁸ Bates, S., *Overruling a Higher Court: The Goodale Gombit and Branzburg v. Hayes*, 14NEX~J.SOP.17. 17, 2009.

⁶⁹ Bates, *op. cit.* pág. 38.

6.4 Jurisprudencia Posterior a *Branzburg*

Como ya se ha explicado, el Tribunal Supremo no ha entrado a valorar directamente ningún otro caso de privilegio de los periodistas. Sin embargo, la doctrina sentada por *Branzburg* ha sido citada jurisprudencialmente en más de 650 ocasiones, de las cuales 59 veces lo fue por el Tribunal Supremo, 144 por tribunales federales o estatales y el resto en tribunales menores⁷⁰. Esta sentencia es considerada como una de las más malinterpretadas de la historia del Tribunal Supremo americano⁷¹ y está dando lugar a interpretaciones claramente conflictivas.

En casos de privilegios de prensa, el Tribunal Supremo ha mantenido su doctrina del caso *Branzburg* en diversos otros como *Zurcher c. Stanford Daily*⁷² donde afirmó que todas las personas en general tienen protección frente a registros policiales abusivos por la Cuarta Enmienda y que la primera no era aplicable; o *Cohen c. Cowles Media Co*⁷³ que vendría a ser en cierto modo opuesto a *Branzburg* porque se admite la denuncia de una fuente a un periódico que no cumplió su promesa de secreto.

También es destacable el caso *University of Pennsylvania c. EEOC*⁷⁴ en el que el Tribunal Supremo de forma unánime determinó que la Universidad, en el contexto de una citación de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EOCC), no tenía un privilegio en sus materiales de valoración de unos trabajadores a otros. La Universidad reclamaba que existía un privilegio en la Primera Enmienda que le posibilitaba no tener que revelar estos materiales, pero le fue negado por el Tribunal Supremo.

A nivel inferior al Supremo existe un panorama mucho más complicado, con una aplicación inconsistente de la decisión de *Branzburg*⁷⁵. De los once Tribunales que componen el circuito de apelación (más el del Distrito de Columbia), únicamente dos han negado que exista el privilegio siguiendo la doctrina del Supremo (el Sexto de forma explícita y el Séptimo de forma más cuestionable). El Octavo circuito no se ha pronunciado sobre la materia, aunque sí ha habido casos en sus tribunales de distrito en los que se ha admitido el privilegio en cuestión. La interpretación de *Branzburg* como

⁷⁰ Fargo, *op. cit.* pág. 40.

⁷¹ Street, S. J., *Poor Richard's Forgotten Press Clause: How Journalists Can Use Original Intent to Protect Their Confidential Sources*, Loy, 2007.

⁷² 436 U.S. 547 (1978).

⁷³ 501 US. 663 (1991).

⁷⁴ 493 U.S. 182 (1990).

⁷⁵ Tursi, J. W., *The Reporter's Privilege in the 21st Century: The Need for a Qualified Federal Media Shield Law that Balances Freedom of Speech with National Security Concerns*, Santa Clara Law Review Vol. 54, 2014.

opinión plural⁷⁶ ha tenido calado en la mayoría de los Tribunales de Apelación dado que se entiende el voto del Magistrado Powell como soporte del privilegio cualificado. De esta forma, el Distrito de Columbia, el Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Noveno, Décimo y Undécimo Circuito han reconocido de forma expresa el privilegio de los periodistas en algún grado. De esta forma se ha extendido la utilización del privilegio cualificado en los Tribunales menores.

Los Tribunales que han aceptado este privilegio lo han hecho de dos maneras: en base al análisis de la Primera Enmienda o entendiendo que se trata de un privilegio federal a nivel de *common law*⁷⁷. Esto se ha llevado a cabo empleando la norma Federal Rule of Evidence 501⁷⁸ que permite crear, afirmar o negar otros privilegios interpretados por los Tribunales de los Estados Unidos a la luz de la razón y la experiencia. Esto fue claramente destacado en la en el voto concurrente del Magistrado Tatel en *In re Grand Jury Subpoena, Judith Miller*⁷⁹.

Ha sido comúnmente empleado en los Tribunales estadounidenses un sistema de prueba para anular la citación y, por tanto, admitir el privilegio de los periodistas. El sistema de prueba es un test tripartito por el cual se examina si la información es claramente relevante, esencial para la resolución del caso y no se pudiera obtener por otros medios. Este sistema de prueba aparece en la opinión del Magistrado Stewart del juicio de *Branzburg* y es muy similar al que utilizó para enjuiciar años antes el caso de *Garland c. Torre*⁸⁰.

Como consecuencia de toda esta jurisprudencia posterior a la sentencia de *Branzburg* queda un mapa confuso y fragmentado en el que algunos estados sí protegen el secreto de los periodistas mientras que otros lo niegan. Si bien es cierto que en la mayoría si se da algún tipo de protección (ya sea mediante las *shield laws* o recurriendo a la jurisprudencia), el grado de inseguridad jurídica parece muy alto. Ni si quiera parece claro, después de todas las interpretaciones de los Tribunales del Circuito de Apelaciones, que no se pueda derivar este derecho de la Primera Enmienda ya que, como hemos explicado, hay múltiples casos en los que los Magistrados están observando la existencia de un privilegio cualificado.

⁷⁶ Resultado que se obtiene cuando no hay ninguna opinión que alcance la mayoría en los órganos colegiados estadounidenses.

⁷⁷ Tursi, *op. cit.* pág 43.

⁷⁸ Marcus, P., *The Reporter's Privilege: An Analysis of the Common Law, Branzburg v. Hayes, and Recent Statutory Developments*, Arizona, 1984.

⁷⁹ 438 F.3d 1141, 1172 (D.C. Cir. 2006) (Tatel, J., concurring).

⁸⁰ *Branzburg*, 408 U.S. at 680; *id.* at 743 (Stewart, J., dissenting); *Garland v. Torre*, 259 F.2d at 550–51.

6.5 Últimos intentos de regulación legislativa

Como ya explicábamos anteriormente, desde 1929 se llevan realizando propuestas en el Congreso de los Estados Unidos para una legislación federal unificada de las *shield laws*, un Estatuto Federal en el que se contuviese la regulación del privilegio de los periodistas. Los últimos intentos han tenido lugar en 2009⁸¹, 2011⁸² y 2013⁸³ con el *Free Flow of Information Act*.

En el *Free Flow of Information Act* de 2009 se proponía un privilegio cualificado con cuatro requisitos para poder citar al periodista a declarar sobre la fuente⁸⁴. Estos son: que la parte que pidiera la información de la fuente hubiera agotado todas las posibilidades alternativas, que fuera razonable creer que el periodista poseyera la información relevante, que la revelación fuera necesaria en el contexto de una investigación criminal o para prevenir daño y que el interés público en la revelación superara el interés público en recibir noticias. Esta propuesta superó los trámites del Congreso, pero no llegó a votarse en el Senado.

En 2011, se reintrodujo la misma propuesta que de nuevo superó el trámite del Congreso, pero no en el Senado. Los autores de la proposición citaron entre las razones que llevaron al fracaso legislativo el desacuerdo sobre quién debería ser considerado periodista o la problemática de que organizaciones como Wikileaks pudieran obtener la protección ahí prevista⁸⁵.

La versión de 2013 se introdujo en el Senado en mayo de ese año como respuesta a la noticia de que a varios miembros de la *Associated Press*, en secreto, se les estaban preparando citaciones para hacerlos declarar⁸⁶. En ella se definieron cuatro categorías de periodistas que podrían estar protegidos por la legislación: cualquier persona con relación de empleo con un medio de comunicación durante un año en los últimos veinte años, estudiantes periodistas, cualquiera que hubiera realizado periodismo *freelance* durante los últimos cinco años o cualquiera determinado por un juez federal que tuviera el

⁸¹ H.R. 985, 111th Cong. (2009); S. 448, 111th Cong. (2009).

⁸² H.R. 2932, 112th Cong. (2011).

⁸³ H.R. 1962, 113th Cong. (2013); S. 987, 113th Cong. (2013)

⁸⁴ Harris, R., *Conceptualizing and Reconceptualizing The Reporter's Privilege in the Age of Wikileaks*, Fordham, 2014.

⁸⁵ Turner, S. B., *Protecting Citizen Journalists: Why Congress Should Adopt a Broad Federal Shield Law*, 2012.

⁸⁶ Sullivan, S., Weiner, R., Eilperin, J., "White House pushes media shield law as Holder faces questions on Capitol Hill", *The Washington Post*, 15 de mayo de 2013. Consultado en abril de 2017 en https://www.washingtonpost.com/politics/on-capitol-hill-holder-to-face-questions-on-ap-phone-records-irs-scandal/2013/05/15/d0dfc52c-bd70-11e2-89c9-3be8095fe767_story.html?utm_term=.529952e2b606

privilegio en interés de la justicia y para proteger la obtención de información de forma legítima. Esta legislación preveía diferentes grados de protección en función del caso que se tratase: una mayor protección en asuntos civiles, con un grado menor para lo penal y el mínimo se otorgaría si el asunto afectaba materias de seguridad nacional.

No obstante, el último mandato del Presidente Obama ha llegado a término y no se ha llegado a promulgar la ley de protección del secreto profesional para los periodistas. Consecuentemente es previsible creer que la situación actual se va a mantener durante, como mínimo, unos años más.

7. CONCLUSIONES

Tras concluir el análisis de ambos sistemas legales podemos extraer una serie de conclusiones en claro. A lo largo del trabajo identificamos una serie de similitudes y diferencias entre el cauce de protección del derecho en el sistema europeo y en el sistema norteamericano mediante las cuales sintetizaremos los elementos principales de ambos.

Comenzando por las similitudes, y si bien es cierto que se trata de la comparación de un sistema de *common law* y uno continental, existen algunas – aunque escasas – similitudes. La primera similitud es el bien jurídico protegido. En ambos sistemas parece buscarse otorgar una protección a la libertad de prensa o el *free flow of information* que denominan los americanos. Esto, que tiene un trasfondo de mantenimiento de Estado democrático de derecho, se concreta en el hecho de que la regulación efectiva europea y los intentos de aplicación estadounidenses se concentren en los derechos fundamentales y libertades públicas de la doctrina constitucional dado el notable carácter de la libertad de prensa.

Como segunda mayor similitud encontramos los sujetos y los hechos relevantes en los casos de secreto profesional de los periodistas. Las solicitudes judiciales de amparo en ambos países son harto parecidas y, consecuentemente, dan lugar a un derecho configurado de forma muy similar en términos de sujetos y hechos. En Europa, donde ha sido objeto de desarrollo por el CEDH, se han identificado claramente los sujetos del derecho que no conciernen únicamente a los periodistas sino también a todas aquellas personas que por relación laboral puedan tener acceso al secreto. El aspecto fáctico se configura análogamente y parte, en todo caso, de un supuesto base – la citación a declarar en EEUU y el requerimiento para declarar sobre la fuente en Europa. De nuevo, en la doctrina europea se ha ampliado para evitar que se contravenga la *ratio legis* con otros medios legales (registros o embargos sorpresivos).

La tercera y última similitud la podemos hallar en el amplio desarrollo jurisprudencial que han tenido ambos derechos. Pese a que el desarrollo americano no se pueda entender como uniforme, no se puede negar que estos casos han llegado a los Tribunales civiles y penales norteamericanos y han sido dirimido, en su caso, con diferente resultado. En Europa, el TEDH ha realizado una ejemplar tarea de concreción del derecho plasmado en el artículo 10 de la Convención de manera que ha logrado delimitar claramente su ámbito y aplicación al caso concreto.

En cuanto a las diferencias entre el régimen jurídico e interpretativo del secreto profesional periodístico norteamericano y europeo vamos a destacar las tres más importantes teniendo en cuenta que son más numerosas que las similitudes. La primera, y más importante, es el amparo legal o constitucional que tiene en ambos ordenamientos jurídicos. Mientras que en Europa se considera el secreto profesional periodístico indudablemente previsto en el artículo 10 CEDH y transpuesto en determinados casos a los ordenamientos de los países miembros; en Estados Unidos el máximo intérprete de su constitución ha dictado que no ha lugar a considerar el secreto como derivado de la libertad de prensa. Esto tiene claras y destacables consecuencias como la diferencia en el desarrollo legal o reglamentario del secreto o el proceso y órganos jurisdiccionales a los que se les encomienda el amparo del derecho.

La segunda diferencia que hemos podido hallar es precisamente la amplitud de revisión por el máximo órgano de amparo constitucional en ambos sistemas jurídicos. Mientras que en Estados Unidos el Tribunal Supremo se ha pronunciado una sola vez sobre la materia – y lo ha hecho incluso sembrando más dudas como explicamos anteriormente en el cuerpo del trabajo – y el resto de menciones han sido referenciadas al único caso; en Europa el TEDH ha hecho una prolija interpretación en diversas sentencias – varias de ellas incluidas y analizadas en el trabajo – de la que se deriva una doctrina jurisprudencial robusta y consistente.

Como última diferencia, y siguiendo el hilo de lo introducido al final del párrafo anterior, hallamos la aplicación jurisprudencial. En el análisis de la interpretación jurisprudencial en el ámbito europeo se aprecia indudablemente un sistema de resolución estructurado mediante el cual el Tribunal examina la posible injerencia de la libertad de prensa en base a tres criterios preestablecidos legalmente (recordemos: prescripción legal, legitimidad de los motivos y proporcionalidad). Por el contrario, la casuística americana arroja un panorama completamente diferente. Tengamos en cuenta que ni si quiera entre los Magistrados componentes del Tribunal Supremo en el momento de resolver el caso *Branzburg c. Hayes* hubo una clara opinión mayoritaria sobre cómo se debía proceder. Es precisamente esta ausencia de unidad en el criterio jurisprudencial que, en un contexto de *common law*, ha dado pie a la creación de un complejo panorama de heterogeneidad en la aplicación jurisprudencial del concepto. Las interpretaciones judiciales sobre la existencia del derecho varían de un Estado a otro y también lo hace la forma de examinarlo – en unos casos por caso como proponía el voto particular concurrente del Magistrado Powell, en otros de forma absoluta.

Tras el análisis de la regulación y jurisprudencia y la sintética exposición de similitudes y diferencias parece posible alcanzar conclusiones acerca de los dos sistemas jurídicos. En el sistema norteamericano se ha primado el aseguramiento de la absoluta disponibilidad de todos los medios posibles para el desarrollo de la actividad judicial, rechazando el “privilegio” de los periodistas que desde esta óptica se identifican más con un impedimento judicial. Sin embargo, el hecho de que haya habido un pronunciamiento en este sentido en el seno del máximo organismo jurisprudencial norteamericano no ha impedido que la mayoría de los Tribunales de Apelación si reconociesen el derecho en cuestión. Todo ello ha dado lugar a una difícil situación en la que el secreto profesional está parcialmente amparado por las *shield laws* en los estados que las han promulgado; y en la jurisprudencia de Apelación siempre y cuando ninguno de estos casos vuelva a alcanzar el Supremo.

El sistema europeo ha dotado a la libertad de prensa de un carácter preponderante para el correcto desarrollo democrático de los individuos y de los Estados. La protección al derecho de secreto profesional de los periodistas trae causa en la libertad de prensa y se ha desarrollado con un carácter garantista y mediante una aproximación sistematizada. De esta forma, el periodista puede solicitar amparo al TEDH con una expectativa razonable de conocer de antemano si lo va a recibir o no en función de los elementos de su caso y la jurisprudencia ya sentada por el propio Tribunal. El sistema de normas para la resolución de estos casos de injerencia en la libertad de prensa dota de seguridad jurídica al ordenamiento y permite un desarrollo efectivo de la libertad que guarda.

Consecuentemente, y sin entrar a valorar si el *chilling effect* de la ausencia de secreto (que se menciona en el caso *Branzburg*) es real o especulativo, entiendo el sistema europeo como un sistema más adecuado. La seguridad jurídica, derivada del amparo normativo y – especialmente – de la aplicación del Tribunal, considero debe ser un factor clave a la hora de optar por un sistema u otro. De esta forma, el sistema europeo no solo prima la libertad de prensa sobre otros principios (en el caso americano se habla de la correcta aplicación de justicia, la tutela judicial efectiva), sino que al regular y desarrollar el derecho jurisprudencialmente se obtiene una seguridad jurídica que, en última instancia, redunde en una mayor tutela judicial efectiva.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislación

Ley, de 22 de abril, de Prensa. BOE 23 abril 1938, núm. 549 [RCL 1938\389].

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta. BOE 19 de marzo de 1966, núm. 67 [RCL 1966\519].

Decreto 744/1967, de 13 de abril, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de la Profesión Periodística. BOE 90/1967, de 15 de abril de 1967 [RCL 1967\744].

Constitución Española, de 27 de diciembre 1978. BOE 29 diciembre 1978, núm. 311 [RCL 1978\2836].

Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión. BOE 87/1977, de 12 de abril de 1977. [RCL 1977\753].

Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. [RCL 1997\1546].

Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. BOE 243/1979, de 10 de octubre de 1979 [RCL 2007\2008].

Recomendación N° R (2000) 7, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre el derecho de los periodistas a revelar sus fuentes de información, 8 de marzo de 2000.

Jurisprudencia

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Caso Goodwin contra Reino Unido. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 1996 [TEDH\1996\21].

Caso Fressoz y Roire contra Francia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de enero de 1990 [TEDH\1999\3].

Caso Roemen y Schmit contra Luxemburgo. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de febrero de 2003 [TEDH\2003\11].

Caso Nagla contra Letonia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de julio de 2013[JUR\2013\252865].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia núm. 21/2000, de 31 enero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, FJ 8 [RTC 2000\21].

RESOLUCIONES DE TRIBUNALES NORTEAMERICANOS

408 U.S. 665 (1972).

436 U.S. 547 (1978).

501 US. 663 (1991).

493 U.S. 182 (1990).

438 F.3d 1141, 1172 (D.C. Cir. 2006) (Tatel, J., concurring).

408 U.S. 680; 743 (1972) (Stewart, J., dissenting);

259 F.2d, 550–51.

Obras doctrinales

Asner, M., “Stating from Scratch: The First Amendment Reporter-Source Privilege and the Doctrine of Incidental Restrictions”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 26:3.

Bates, S., *The Reporter’s Privilege, Then and Now*, Cambridge, 2000.

Bates, S., *Overruling a Higher Court: The Goodale Gombit and Branzhurg v. Hayes*, 2009.

Braojos Garrido, A., García González, G., de Pablo Contreras, S., Paz Rebollo, M. A., Schulze Schneider, I., *Historia del Periodismo Universal*, Madrid, 2000.

Carrillo López, M, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.

Cohen Johnatan, G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1989.

David Sloan, W. y Mullikin Parcel, L., *American Journalism – History, Principles, Practices*, Jefferson, 2002.

Fargo, A. L., *What They Meant to Say: The Courts Try to Explain Branzburg v. Hayes*, Association for Education Journalism and Mass Communication, 2010.

Fernández-Miranda Campoamor, A., *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, 1990.

Fernández Vázquez, J. M., *Secreto Profesional*, México D. F., 1999.

Goodale, J., *Branzburg v. Hayes and the Developing Qualified Privilege for Newsmen*, Hastings, 1975.

Harris, R., *Conceptualizing and Reconceptualizing The Reporter's Privilege in the Age of Wikileaks*, Fordham, 2014.

Lázaro Guillamón, C. “Aproximación histórico-jurídica al deber de secreto de los abogados en el ejercicio de su profesión”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2011.

Lazcano Brotóns, I., *La protección de las fuentes periodísticas en el sistema europeo de derechos humanos*, ZER nº16, 2004.

Lazcano Brotóns, I., *El secreto profesional en el periodismo*, Bilbao, 2007.

Macovei, M., *Freedom of Expression – A guide to the implementation of the Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Books nº2, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2001.

Marcus, P., *The Reporter's Privilege: An Analysis of the Common Law, Branzburg v. Hayes, and Recent Statutory Developments*, Arizona ,1984.

Moretón Toquero, A., *El secreto profesional de los periodistas – De deber ético a derecho fundamental*, Madrid, 2012.

Rozell, M., y Mayer, J., *Media Power Media Politics*, 2008.

Sherwin, R., *Comment: Source of Protection: The Status of the Reporter's Privilege in Texas and a Call to Arms for the State's Legislators and journalists*, 2000.

Street, S. J., *Poor Richard's Forgotten Press Clause: How Journalists Can Use Original Intent to Protect Their Confidential Sources*, Loy, 2007.

Turner, S. B., *Protecting Citizen Journalists: Why Congress Should Adopt a Broad Federal Shield Law*, 2012.

Tursi, J. W., *The Reporter's Privilege in the 21st Century: The Need for a Qualified Federal Media Shield Law that Balances Freedom of Speech with National Security Concerns*, Santa Clara Law Review Vol. 54, 2014.

Otros

Asamblea General de la UNESCO, *Principios Internacionales de Ética Profesional del Periodismo*, París, 1983.

Benito, A., *El secreto profesional de los periodistas*, Ensayos, Boletín Informativo de la Fundación Juan March, Madrid, 1976, pp. 3-22.

Branzburg V. Hayes. American constitutional law. New York, 2010. Consultado en abril de 2017 en http://search.credoreference.com/content/entry/persamend/branzburg_v_hayes/0

Código Deontológico de la FAPE. Consultado en febrero de 2017 en <http://fape.es/home/codigo-deontologico/>.

Documento B (73) HW, de 18 de octubre de 1973, de Consejo de Europa.

Federación Internacional de Periodistas, *Declaración de los Deberes de los Periodistas*, Burdeos, 1954.

Fiscalía del Tribunal Supremo, *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1975.

H.R. 985, 111th Cong. (2009); S. 448, 111th Cong. (2009).

H.R. 2932, 112th Cong. (2011).

H.R. 1962, 113th Cong. (2013); S. 987, 113th Cong. (2013)

Karchmer, S., “Códigos y juramentos en medicina”, Acta Médica Grupo Ángeles, vol. 10, n. 4, 2012.

Legal Information Insitute, Cornell University Law School. Consultado en abril de 2017 en https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment

Mehra, A., *Newsmen's Privilege: An Empirical Study*, Illinois, 1982.

SPLC.org, *State-by-State Guide to the Reporter's Privilege for Student Media*. SPLC.org. Student Press Law Center. 2010. Consultado en abril de 2017 en <http://www.splc.org/article/2010/09/state-by-state-guide-to-the-reporters-privilege-for-student-media?id=60>

Sullivan, S., Weiner, R., Eilperin, J., “White House pushes media shield law as Holder faces questions on Capitol Hill”, *The Washington Post*, 15 de mayo de 2013. Consultado en abril de 2017 en https://www.washingtonpost.com/politics/on-capitol-hill-holder-to-face-questions-on-ap-phone-records-irs-scandal/2013/05/15/d0dfc52c-bd70-11e2-89c9-3be8095fe767_story.html?utm_term=.529952e2b606