

El derecho de los informadores al secreto profesional en la Constitución española: un derecho sin ley

The right of informants to professional secrecy in the spanish constitution: a right without law

Autor: Jesús Sánchez Lorenzo

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.162>

EL DERECHO DE LOS INFORMADORES AL SECRETO PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UN DERECHO SIN LEY*

THE RIGHT OF INFORMANTS TO PROFESSIONAL SECRECY IN THE SPANISH CONSTITUTION: A RIGHT WITHOUT LAW

O DIREITO DOS INFORMANTES AO SEGREDO PROFISSIONAL NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA: UM DIREITO SEM LEI

Jesús Sánchez Lorenzo^a

jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com

Fecha de recepción: 05 de mayo de 2016

Fecha de revisión: 01 de marzo de 2017

Fecha de aceptación: 08 de marzo de 2017

RESUMEN

La Constitución española es de vinculación obligatoria para todos, en cuanto norma superior del ordenamiento jurídico. Bajo esta premisa, ¿está desamparado el derecho al secreto profesional, constitucionalmente reconocido, sin un desarrollo legal? Recogido en el artículo 20 de la Constitución, junto a la libertad de información, es uno de los derechos fundamentales en un Estado democrático liberal. La propia Norma Fundamental reconoce tal vinculación a todos los poderes públicos y garantiza el derecho, asimismo, mediante un procedimiento especial, basado en los principios de sumariedad y preferencia, ante los Tribunales ordinarios y, en su caso, mediante un procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, de tal forma que la vigilancia, caso a caso, del correcto ejercicio del derecho al secreto profesional por el sistema judicial ha de ser preferente y, para ello, no es necesaria la legalización del derecho.

* Artículo de reflexión

a. Profesor de la Universidad Internacional de Valencia (VIU). Doctorando en Derechos Fundamentales, especialidad Libertades Informativas, en la UNED. Máster en Derechos Fundamentales, especialidad Libertades Informativas, y Licenciado en Derecho por la UNED. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales

Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Internacionales

Núm. 13 Año 2017

Julio - Diciembre, pp. 137 - 158

ISSN 1794-600X

PALABRAS CLAVE

Democracia. Derecho de información. Libertad de expresión. Fuentes periodísticas. Medios de comunicación. Opinión pública libre. Periodismo. Ponderación de derechos. Principio de proporcionalidad. Secreto profesional.

ABSTRACT

The Spanish Constitution is mandatory for all as the higher law of the legal system. Under this premise is there the right to professional secrecy -constitutionally recognized- without legal protection when there is no legal development? It is a fundamental right enshrined in Article 20 of the Constitution, together with freedom of information, one of the fundamental rights in a liberal democratic State. The Fundamental Legal Norm itself acknowledges such links to all public authorities and guarantees the right, also, through a special procedure, based on the principles of preferential and summary procedure before the ordinary courts, and, where appropriate, through a process of constitutional protection before the Constitutional Court, so that surveillance by the judicial system is preferred to be on a case by case basis for the proper exercise of the right to professional secrecy ; to achieve this, the legalization of the right is not necessary.

KEY WORDS

Democracy, right to information, freedom of expression, press sources, media, free public opinion, journalism, weighting rights, principle of proportionality, professional secrecy.

RESUMO

A Constituição espanhola é obrigatória para todos como a mais elevada norma legal. Sob esta premissa, é sem proteção legal o direito de sigilo profissional -constitucionalmente reconhecido- quando não há desenvolvimento legal? É um direito fundamental consagrado no artigo 20 da Constituição, juntamente com a liberdade de informação, um dos fundamentais num Estado democrático liberal. A própria Norma Legal Fundamental reconhece essa ligação a todas as autoridades públicas e garante o direito também através de um procedimento especial, com base nos princípios do processo sumário e de preferência para os tribunais comuns, e, quando apropriado, por um processo judicial de proteção constitucional perante o Tribunal Constitucional

para que a vigilância caso a caso do bom exercício do direito de sigilo profissional por parte do sistema judicial seja a preferência, e para isso a legalização do direito não é necessário.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia. Direito á informação. Liberdade de expressão. Fontes da imprensa. Meios de comunicação. Opinião pública livre. Jornalismo. Pesagem de direitos. Principio da proporcionalidade. Sigilo profissional.

INTRODUCCIÓN

La generalmente conocida como libertad de prensa viene recogida en la Constitución española en el artículo 20, punto 1, apartado d), y se define como derecho a comunicar o recibir información indispensable para la formación de una opinión pública libre, institución política fundamental de todo estado democrático. Se constitucionaliza independientemente del derecho a la libre expresión, derecho del que nace, sin duda, y al que está íntimamente unido. Esta libertad de prensa tiene anejos dos derechos, el de la clausula de conciencia y el del secreto profesional. El primero, que protege al profesional frente a imposiciones editoriales, se ha regulado mediante una Ley Orgánica, como se exige constitucionalmente para los derechos fundamentales, pero el segundo, que protege las fuentes informativas, no.

Con la vista puesta en los titulares de la libertad de prensa, se constata que en el ordenamiento jurídico español no se ha conseguido llegar a un consenso respecto a la definición de periodista, por eso se habla de informadores en general, sin embargo es un debate abierto más por los propios profesionales de la información que por el mundo jurídico, que tiene más o menos certeza de la inconstitucionalidad de limitar el ejercicio de la libertad de prensa y sus derechos anejos a la profesionalidad demostrada, sobre todo vía título capacitador y registro.

Visto esto, hay que tener presente que en el mundo del periodismo se tiene la sentencia de que «la mejor ley de prensa es la que no existe» por lema, por lo que ese mundo intenta no salirse de la legalidad guiada por la ética responsable de su profesión. Por ello, tras la asimilación como ley de la ética profesional, se positiviza ésta en códigos deontológicos muy diversos y de diferente

alcance, pero ninguno de obligado cumplimiento. Y cuando se dice de obligado cumplimiento se hace referencia a la imposibilidad, a día de hoy, de control alguno, certero, severo, justo y responsable socialmente. Son meros textos voluntariosos que ya se han demostrado ineficaces y que en última instancia cabe recurrir a la justicia tradicional.

¿Pero necesita ésta de una ley concreta para resolver conflictos de derechos fundamentales y su ejercicio? Parece ser que no, pues la eficacia jurídica de la Constitución es indiscutible por lo que con su apoyo se resuelven posibles conflictos respecto al ejercicio del derecho al secreto profesional, al igual que se hacía antes de la promulgación de la ley que regula el otro derecho anejo a la libertad de prensa, la cláusula de conciencia. Para ello hay que tener claro quiénes son los titulares de dicho derecho, cual es el objeto que comprende y los límites del mismo, pues es aceptado doctrinalmente que ningún derecho puede ser ilimitado.

METODOLOGÍA

Este trabajo es un artículo de reflexión resultado, principalmente, de una investigación de carácter teórico. Se ha usado el método teórico de análisis, síntesis, inducción y deducción ya que, al considerar el objeto de la investigación, es el más idóneo y adecuado para conducirnos a los conocimientos requeridos y a las respuestas necesarias.

Con un diseño bibliográfico, normativo y jurisprudencial, nacional e internacional, se analizan recursos disponibles en medios físicos y virtuales, hoy en día imprescindibles.

Se revisan los elementos, subjetivos, objetivos y limitadores, que identifican el derecho fundamental al secreto profesional en el ámbito de la libertad de prensa a fin de reconocerlo excluyendo la tendencia cada vez más intervencionista de los estados democráticos en el ejercicio de las libertades públicas y los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, especialmente las libertades de expresión y de información, y constatando, con ello, la eficacia jurídica de la Norma Fundamental.

1. Alcance del artículo 20.1.d) de la Constitución

Dice textualmente nuestra Norma Fundamental en su artículo 20:

Se reconocen y protegen los derechos:
A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. (...)

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.

A diferencia de nuestro entorno democrático¹, la Constitución española vigente, acepta mayoritariamente la doctrina, recoge una concepción dual respecto del derecho genérico de expresión². Así, en el apartado a) del artículo 20.1, la Constitución española reconoce, y protege, el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», y en el d) el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

No obstante, a esta conclusión se ha llegado después de que, en un principio, el Tribunal Constitucional arguyera que el derecho a la información únicamente podía ser considerado «como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión»³. Pronto matizaría su jurisprudencia. Sería en la Sentencia de 21 de enero de 1988, según la cual «la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones (...) las creencias y los juicios de valor» mientras que el derecho a la información versa «sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables».

Por tanto, la diferencia entre una y otra libertad es la naturaleza del objeto que tratan. En la libertad de expresión es de carácter subjetivo al derivarse de «pensamientos, ideas y opiniones». Por el contrario, la naturaleza del objeto del derecho a la información, que emana del presupuesto

1. Cfr. CREMADES, J., *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, *La Ley-Actualidad*, 1995, p. 55.

2. Dice NAVAS CASTILLO que se trata de «dos derechos autónomos con contenido propio e identificable». NAVAS CASTILLO, F., «Libertad de expresión y derecho a la información», en TORRES DEL MORAL, A., (Director) *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 97.

3. STC 6/1981, de 16 de marzo. (STC: Sentencia del Tribunal Constitucional)

constitucional de veracidad, tiene carácter objetivo debido a que se basa en «hechos».

Como «soporte de valores superiores y sin el que no podrían existir los demás derechos fundamentales»⁴ es como se configura el derecho de información. Dice la Constitución española, en su artículo 1.1, que el Estado democrático se fundamenta en el «pluralismo político» como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Y en el artículo 23.1 se reconoce que «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos». Parece obvio que para que los ciudadanos puedan participar en dichos asuntos públicos deben tener conocimiento sobre los mismos, convertirse en público informado⁵, lo que posibilita la formación de una opinión pública libre que se concretará en diferentes posiciones, dando lugar a discusiones y debates inherentes a la propia democracia.

¿Qué es tal opinión pública libre? El estado de opinión entre personas interesadas por determinados acontecimientos e ideas que facilita la participación e incluso determina el sentido del comportamiento político de quienes sustentan una determinada opinión⁶.

Sin embargo, este fenómeno no es nuevo. Su concepto es tan antiguo como la organización social misma, teniendo su fundamento en la constante tensión entre aquélla y el poder político que la dirige⁷.

Se ha llegado hasta el punto de calificar la democracia como *gobierno de la opinión pública*, entre otros BRYCE y TOCQUEVILLE, y particularmente COSSÍO al defender que «no se diga que la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, sino que es el

gobierno de la opinión pública, por los partidos y para el pueblo»⁸.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional considera la formación de una opinión pública libre como uno de los requisitos esenciales de la democracia sin el cual no hay sociedad libre, eliminando el contenido esencial de muchos otros derechos constitucionales y quedando, consecuentemente, falseadas las instituciones que representan la legitimidad democrática⁹.

Por ello el Alto Tribunal reivindica para las libertades informativas un papel muy relevante en el actual sistema democrático ya que permiten obtener o ampliar los conocimientos necesarios para formar una opinión libre, favoreciendo directamente el pluralismo político, considerado por la propia Constitución como valor superior del Estado democrático. Lo que permite este pluralismo político es que haya confrontamiento entre las diferentes posiciones que se crean en la opinión pública sobre una cuestión de interés general, alumbrando así una discusión que es inherente a la democracia y haciendo posible el ejercicio de la participación ciudadana de una manera eficaz. Todo esto conduce a la democracia a su afianzamiento, cada vez más, entre los ciudadanos pues éstos se considerarán parte del sistema democrático y a éste, real.

Para todo ello entra en juego el efectivo ejercicio del derecho a la información. Pero como podemos observar en el enunciado del precepto constitucional sobre este derecho, al final hace un inciso en el que remite a la ley, entendida como orgánica por el artículo 81.1 de la propia Constitución, para regular «el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional», reconociéndose, por consiguiente, tales derechos.

No se debe olvidar en este punto que el reconocimiento que la Constitución hace de tales derechos es universal, es decir a todos, no sólo a los profesionales de la información o

4. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a. V.: “La protección de la juventud y de la infancia en las libertades informativas”, en TORRES DEL MORAL, A., (Director) *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 326.

5. TORRES DEL MORAL, A., “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en TORRES DEL MORAL, A., (Director) *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 139.

6. TORRES DEL MORAL, A., “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, *op.cit.*, p.141.

7. Sobre la soberanía de la opinión pública, ORTEGA Y GASSET dice: «La noción de esta soberanía habrá sido descubierta aquí o allá, en esta o la otra fecha; pero el hecho de que la opinión pública es la fuerza radical que en las sociedades humanas produce el fenómeno de mandar, es cosa tan antigua y perenne como el hombre mismo (...)». ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Madrid, Espasa-Calpe, 2007, p. 189.

8. Citados por TORRES DEL MORAL en TORRES DEL MORAL, A., “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, *op.cit.*, p. 142.

9. SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 56/1983, de 28 de junio; etc. Y a nivel supranacional, STEDH, de 8 de julio de 1986, caso *Lingens*. (STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos)

periodistas¹⁰, no estando de acuerdo, por tanto, con aquellas posiciones que reconocen estos derechos únicamente a éstos, dado que no es pertinente constitucionalmente subjetivizarlos a los que tienen por oficio el suministro de información cuando la Norma Fundamental habla de «en el ejercicio de estas libertades» –concretamente la de comunicar información- y que puntualmente, no habitualmente, puede ser ejercida por cualquier persona, ora física, ora jurídica. Por tanto, cualquier ley que los regule, aun siendo orgánica, ha de conservar el contenido esencial de tales derechos para el conjunto de los titulares y si legalmente se estableciese una regulación específica para un sector –como sucede con la Ley reguladora de la cláusula de conciencia-, las ventajas que obtuvieran los periodistas por su condición profesional se podrían llegar a considerar como privilegios o prerrogativas que, en cuanto no están constitucionalmente establecidas –como es el caso de los Diputados y Senadores-, contradecirían (además de otros derechos fundamentales como la igualdad consagrada en el artículo 14 de nuestra Constitución), uno de los pilares en los que se asienta el Estado democrático y social de Derecho mismo, el valor de la igualdad recogido en el artículo 1.1 de la Constitución.

Ambos derechos son enunciados en el texto constitucional como mandatos que el legislador ha de afrontar para el libre ejercicio de las funciones propias de los informadores. Sin embargo, sólo la cláusula de conciencia ha sido desarrollada legislativamente mediante la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, si bien, aun a falta de ley, estos derechos pueden ser, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución española, exigidos ante los Tribunales mediante procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. La jurisprudencia constitucional así lo estima cuando afirma que la aplicación efectiva de los derechos reconocidos directamente por la Constitución no está supeditada a la aprobación de una ley de desarrollo¹¹.

10. Con el vocablo periodista se hace referencia a todo profesional de la información, con independencia del medio que utilice, como se define más abajo.

11. PÉREZ ROYO: «Nos encontramos en el análisis del art. 20.1.d) de la CE ante una norma constitucional inmediatamente operativa, de la que se desprenden consecuencias jurídicas que afectan al

Aun así, la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal ha ido más allá al concederles, si bien indirectamente entiendo, el rango de prerrogativas de los periodistas que los diferencian del resto de trabajadores justificándose en el relevante papel que, como intermediarios en el proceso de la libre comunicación social, les corresponde¹².

Ahora bien, la Constitución reconoce y garantiza el derecho, además de a la cláusula de conciencia, al secreto profesional pero no lo define, no especifica en qué consiste tal derecho. Para ello hay que recurrir a fuentes que sí lo han hecho y que son asumibles por nuestro ordenamiento, tales como el derecho comparado o los códigos deontológicos periodísticos. Todos ellos coinciden esencialmente en que es un derecho que tienen los profesionales de la información a no revelar la identidad de sus fuentes informativas.

Así, a nivel supranacional europeo, el Consejo de Europa estableció que «es el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información a sus empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales» y el Comité de ministros del Consejo de Europa resolvió en la Recomendación de 8 de marzo de 2000 aconsejar a los Estados miembros que protejan de una manera «explícita y clara» el derecho de los periodistas «de no divulgar la información que identifica una fuente» dado que sin esa protección «la prensa podría estar en peores condiciones de desempeñar su papel indispensable de «perro de guardia» y su aptitud para proporcionar informaciones precisas y fiables podría encontrarse reducida».

Respecto de las normas éticas de autorregulación de los medios de comunicación, advertir, por ejemplo, el caso del Estatuto de Redacción de *El País*: «Ningún redactor ni colaborador podrá ser obligado a revelar sus fuentes».¹³

status de los periodistas y cuyo alcance es el que hay que determinar, al margen de lo que haga o deje de hacer el legislador». Citado por GUTIÉRREZ NOGUÉROLES, A., «El secreto profesional de los informadores», en TORRES DEL MORAL, A., (Director) *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 399.

12. STC 6/1981, de 16 de marzo.

13. Apartado IV (Del secreto profesional), segundo párrafo del artículo 8. Texto aprobado por la Junta General de Accionistas el 21 de junio de 1980.

2. Periodistas o informadores, debate conceptual

Periodista es aquella «persona legalmente autorizada para ejercer el periodismo» y también aquella «persona profesionalmente dedicada en un periódico o en un medio audiovisual a tareas literarias o gráficas de información o de creación de opinión» (primera acepción y segunda acepción, respectivamente, del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*). No obstante, ninguna definición jurídica de periodista existe en el ordenamiento español vigente. Por ello hay que dilucidar necesariamente quién puede ejercer tal actividad, en qué condiciones y cuáles son las consecuencias que se derivan de la actividad periodística, haciéndose necesaria una referencia a la legislación preconstitucional, que sí definía al periodista, y a la jurisprudencia constitucional.

Hay que comenzar por que la Constitución española configura las libertades de expresión y de información como libertades públicas reconocidas y protegidas de manera universal, es decir, a todos los ciudadanos, sin embargo, a aquellos que ejercitan de un modo especial las precitadas libertades se les reconocen y garantizan unos derechos y garantías (concretamente la cláusula de conciencia y el secreto profesional), sin delimitar un colectivo en función de las condiciones concurrentes en él, sino por el ejercicio mismo de dichas libertades.

Como se ha dicho, no se encuentra una definición de periodista legislativamente hablando, por ello, la Ley Orgánica reguladora de la cláusula de conciencia, en su artículo 1 establece:

La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional.

Igualmente, se ha advertido más arriba que la legislación preconstitucional (tácitamente derogada por la Constitución, quedando la actividad periodística liberalizada de tal modo que cualquier ciudadano puede desarrollarla) sí definía la figura del periodista. Lo hacía el artículo 1 del Decreto 744/1967, de 13 de abril, regulador del Estatuto de la Profesión Periodística que desarrollaba la Ley de Prensa de 1966, disponiendo que:

Son periodistas:

Quienes figuren inscritos en el Registro Oficial de Periodistas en la fecha de la promulgación del presente Real Decreto.

Los licenciados en Ciencias de la Información – Sección de Periodismo- una vez colegiados en el Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa o inscritos en el Registro Oficial de Periodistas.

Para definirse como periodista se exigía, por tanto, el título académico concreto de las Escuelas de Periodismo legalmente reconocidas y la inscripción en el Registro correspondiente de tal modo que, como dice FERNÁNDEZ-MIRANDA, «el Estado franquista establecía un control directo y preciso sobre los profesionales que ejercían las labores informativas, tan peligrosas para un régimen autocrático.»¹⁴

Por otro lado, el Tribunal Constitucional a punto estuvo de tratar el asunto directamente cuando, en 1985, el Parlamento catalán aprobó la Ley 22/1985 (8 de noviembre) que creaba el Colegio Profesional de Periodistas de Cataluña¹⁵. Ley frente a la que se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo y que fue reformada finalmente por el Parlamento mediante la Ley 1/1988, de 26 de febrero, por lo cual el Defensor tuvo que retirar el mencionado recurso. Los preceptos objeto de impugnación fueron varios. El que aquí importa, por el acercamiento a una definición de periodista, era la Disposición Transitoria Primera que establecía:

Los periodistas titulados e inscritos en el Registro Profesional de la Federación de Asociaciones de la Prensa Española que sean socios de las Asociaciones de la prensa existentes en Cataluña se convertirán en miembros del Colegio Profesional de Periodistas de Cataluña, aun cuando no cumplan los requisitos de titulación establecidos por el artículo 2 [precepto que imponía la exigencia de titulación].

Esta imposición, en torno a la titulación y la colegiación, la cual finalmente se estableció como voluntaria en la referida posterior reforma, era, sin duda, de dudosa constitucionalidad, sobre

14. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., “El derecho a la cláusula de conciencia de los informadores”, en TORRES DEL MORAL, A. (Director), *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 423.

15. Col-legi de Periodistas de Catalunya.

todo a raíz de la interpretación universalista del Alto Tribunal en torno a la libertad de expresión y prensa. En su jurisprudencia sí se recogen afirmaciones respecto a la titularidad universal de ambas libertades. Por ejemplo, en la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre, Fundamento 10, sostiene que, aun reconociendo cierta preferencia respecto a los profesionales de la información en el ejercicio de esta libertad, no debe colegirse «que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características del que los ejerce». En relación a esta universalidad destacan las doctrinas de uno y otro lado respecto al profesional de la información.

De la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ido definiendo, se pueden deducir lo que se podría llamar *criterios identificativos* -aproximativos, eso sí, y que no han de concurrir a un mismo tiempo¹⁶- para distinguir a los periodistas de otros sujetos de estas libertades, bien las ejerzan en un momento dado, bien, incluso, a través de un medio de comunicación (colaboradores de opinión o autores de cartas al director, por ejemplo), pues aunque a aquéllos no se les reconocen «privilegios» como tales sí una cierta posición principal en relación a éstos. Los que más consenso han alcanzado entre la doctrina y que más habitualmente ha utilizado el Alto Tribunal son principalmente tres: respecto a la profesionalidad, a la realización de tareas informativas y la existencia de una relación de dependencia.

El primer criterio es utilizado por la Alta Instancia en numerosas ocasiones¹⁷ pero es en la Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, Fundamento 2, en la que define a los periodistas como aquellos que «prestán un trabajo habitual retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación». Se puede observar que se trata

de una definición descriptiva de la profesión, identificando a quienes la realizan con un cierto grado de seguridad. Sin embargo, ROSADO IGLESIAS se inclina por una interpretación flexible que permita incluir a los llamados *free lance* (reporteros autónomos), encontrando el factor determinante en que el informador realiza la actividad informativa, en cuanto labor habitual, a cambio de una retribución que no ha de identificarse necesariamente con el salario, que se recibiría si estuviera incorporado laboralmente al medio de comunicación con el que colabora¹⁸. FERNÁNDEZ-MIRANDA¹⁹ y CARRILLO²⁰ definen en el mismo sentido al periodista como el profesional que se dedica a obtener y elaborar información para difundirla por cualquier medio habitual o periódicamente a cambio de una retribución, haciendo de esta actividad la suya habitual.

La Sentencia 199/1999, de 8 de noviembre, es la primera en la que se aborda directamente la cláusula de conciencia de los informadores, y en ella también, el criterio identificativo en torno a la realización de tareas informativas es el utilizado por el Tribunal Constitucional. Se separan a los trabajadores de un medio en función de la tarea que realizan, denegando, concretamente, el amparo a uno de la Sección de Diseño que nada tiene que ver con la labor informativa, quedando por tanto al margen de la cláusula de conciencia alegada para la liquidación unilateral de la relación contractual con el medio de comunicación, pues, según la resolución, la naturaleza jurídica y finalidad de ésta, sólo protege a los trabajadores de un medio de comunicación que realizan tareas informativas dado que los demás difícilmente pueden ver su deontología o independencia laboral afectada como consecuencia de un cambio en la línea editorial del medio. Pero no solo los redactores realizan labores informativas. Esta sentencia incluye también dentro de esas labores informativas a los fotógrafos o camarógrafos y a todos aquellos que su labor comprenda un contenido informativo.

16. Para ejercer el derecho al secreto profesional no parece preceptiva esta concurrencia de criterios, como puede ser para alegar la cláusula de conciencia, pues los *free lance* vienen definidos por su liberalidad a la hora de trabajar, por lo que pueden ser definidos como periodistas en base a los dos primeros criterios de los que veremos, la profesionalidad, que sólo exige una relación contractual, no necesariamente laboral, para existir remuneración por -éste es el segundo de los criterios- la realización de funciones enmarcadas en el proceso informativo.

17. SSTC 30/1982, de 1 de junio; 168/1986, de 22 de diciembre; las ya citadas 165/1987, de 27 de octubre y 6/1988, de 21 de enero.

18. ROSADO IGLESIAS, G., "El estatuto jurídico de los profesionales de la información", en TORRES DEL MORAL, A. (Director), *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p.360.

19. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 120.

20. CARRILLO, M., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 204-205.

Del mismo modo que en el anterior criterio identificativo se hacía referencia a la cláusula de conciencia, en el último de los criterios señalados destaca el ejercicio dado que la consecuencia principal que conlleva es la capacitación del trabajador para desligarse unilateralmente de la relación preexistente que le une al medio de comunicación. Por tanto, solamente aquellos que mantienen una relación contractual de tipo laboral pueden ejercer el derecho a dicha cláusula -de conciencia-, a diferencia del criterio en torno a la profesionalidad que permite incluir a los profesionales de la información liberales.

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se destacan, como se ha advertido más arriba, las posiciones doctrinales a favor y en contra de la universalización del ejercicio de la libertad de información, incluyendo el reconocimiento y garantía de los derechos derivados del ejercicio periodístico de carácter informativo, éstos son la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

La segunda considera que para reconocer al periodista las prerrogativas constitucionales relativas al derecho a la información hay que diferenciarlo del resto de «informadores», para ello se debe exigir la titulación académica específica, la colegiación y, además, consecuentemente ha de tipificarse el delito de intrusismo para castigar a aquellos que ejerzan la profesión sin la titulación requerida. Se volvería así a las estipulaciones *ante*-constitucionales para el ejercicio de la profesión periodística, como se ha visto. De igual manera ya se ha manifestado que, ya en la época plenamente constitucional, hubo un intento vano de poner esta doctrina en práctica por parte del Parlamento catalán, dada la dudosa constitucionalidad, principalmente, de la exigencia del requisito de colegiación.

Como alegatos favorables de esta tesis doctrinal, primero, en la complejidad técnica de la información y de los medios de comunicación ven la necesidad de especialización procedente de una Facultad creada a tal efecto y, en segundo lugar, como consecuencia, en parte, de la ausencia de esta especificidad, la posibilidad de que sean los propios medios de comunicación -grandes conglomerados empresariales en la mayoría de los casos hoy en día- los que decidan quienes son periodistas y quienes no a la hora de «permitírseles» ejercer los derechos

fundamentales específicos en cuanto garantías del ejercicio, a su vez, de la libertad de información (cláusula de conciencia y secreto profesional). Se podría decir que se opta por un menos malo control administrativo previo que un control económico-empresarial. Pero este control previo choca frontalmente con el sentido jurisprudencial de universalidad del derecho a la libertad de información, además, de con la censura previa prohibida explícitamente por la Constitución española (artículo 20.2) ente el ejercicio de los derechos, todos, recogidos en el artículo 20.1.

Contraria a esta segunda tesis defensora de un (in)cierto control, la primera de las tesis doctrinales -a favor de la universalización del ejercicio de la libertad de información- viene defendida desde sectores académicos de otras facultades y, como no podía ser de otra manera, por los editores, es decir, por los medios de comunicación propiamente, como bien aventuraban los partidarios de la titularización y colegiación. Entiende esta corriente que el derecho a informar es un derecho de los ciudadanos que no ha de exigir ningún tipo de requisito previo, dejando al albedrío del mercado, autorregulado, la selección de los profesionales, ya que son estos modelos liberales, dicen, los que mejor funcionan. Se pone como ejemplo paradigmático el sistema anglosajón, especialmente el del Reino Unido²¹, sin embargo, a estas alturas por todo el mundo es conocido lo que la autorregulación periodística en ese país ha traído²²: falta de escrúpulos profesionales, dejando en nada la deontología periodística, así como daños colectivos, dado el perjuicio creado a la moral, no sólo de cada individuo, sino a la pública, y daños personales, tanto psicológicos como físicos, es decir, de un derecho tan fundamental como es la integridad del ser humano, consecuencia del trato vejatorio recibido en beneficio de cuotas propias de mercado, dejando la base de todo liberalismo en mercancía guiada por la economía liberal²³.

21. *El País*, 23 de octubre de 2005. Opinión del diario recogida en el editorial titulado "Periodistas" con motivo de la Proposición de Ley presentada por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en 2004 sobre el Estatuto del Periodista Profesional.

22. Caso *News of the World*, del gigante empresarial informativo y de comunicación de Rupert Murdoch.

23. No debe confundirse el concepto liberalismo con economía liberal. El primero es un término jurídico-político cuyo objeto son las personas y la sociedad en un marco de convivencia democrática y en paz. El segundo es un término puramente económico cuyo objeto

La base mencionada es la dignidad humana, que hace de los seres humanos dignos titulares de los derechos liberales más fundamentales. Si ésta es menoscabada, la persona en sí no es tratada como persona, que es precisamente lo que nuestros antepasados liberales reivindicaron con tanto ahínco, los derechos de las personas en cuanto tal, inherentes al ser humano. Esto no obsta para exigir requisitos previos, o sí algunos²⁴, pero cabe repensar cuál es el mejor escenario pues no se debe dejar todo daño a la concreción de las responsabilidades *a posteriori*, bien sea civil, penal o de cualquier otro tipo, pues el daño puede llegar a ser irreparable. Además, conforme al artículo 81.1 de la Constitución cabe la posibilidad de regular el ejercicio de los derechos y libertades, siempre que su contenido esencial sea respetado, lo que podría servir como estímulo para una correcta autorregulación de los medios.

Por consiguiente, no existe en España norma alguna que regule el acceso a la profesión. Lo más parecido a una definición de profesional de la información es la referencia que el Tribunal Constitucional hace de aquellos que, vinculados a una empresa informativa por cualquier medio de contratación, laboral o mercantil, «hace profesión de la difusión de noticias y opiniones»²⁵. Y con ello pervive el debate en torno a la denominación de periodista o informador.

3. De la eficacia jurídica de la deontología profesional en el ámbito periodístico

La deontología es un sistema de normas mínimas establecidas por un grupo profesional determinado que refleja la concepción ética mayoritaria y que no es opuesta a las concepciones éticas de los individuos que conforman dicho grupo²⁶.

son las mercaderías y las corporaciones empresariales en un marco de convivencia mercantil y beligerante.

24. En España, en contra de los estándares profesionales de la economía liberal, los abogados y procuradores tienen la obligación de colegiarse para el desarrollo del ejercicio profesional, estando de este modo su conducta, su libertad, al fin y al cabo, sometida a unas reglas de respeto a un código deontológico. Pero no sólo ese código es el que «limita» su libertad, sino que, en el ejercicio de la libertad de expresión, deben actuar con decoro y respeto a las instituciones —Jueces y Tribunales—, no todo vale. Y el ejercicio de la libertad de información se ve restringido por las consideraciones de secreto sumarial oportunas establecidas por los órganos judiciales, constituyéndose así lo que podría definirse como un tipo de censura previa, que además saltarla es un delito.

25. STC 6/1981, de 16 de marzo.

26. Cfr. DESANTES GUANTER, J.M., *El autocontrol de la actividad*

En el ámbito que aquí se trata, el de las libertades informativas, se dice que la deontología profesional es un conjunto de normas específicas de la profesión periodística que regulan la conciencia profesional del informador y que están basadas en los principios de responsabilidad social y de veracidad informativa.

El concepto de deontología profesional parece un tanto ambiguo, por ello se objetiviza en códigos, los cuales establecen principios rectores de la profesión o, cuanto menos, unas reglas mínimas sobre cómo tratar la información responsablemente o frenar posibles presiones que desde fuera puedan ejercerse sobre los informadores con manifiesta intención manipuladora. «El periodista ha de informar, pero ha de hacerlo con veracidad, rigor e independencia», afirma FERNÁNDEZ-MIRANDA²⁷.

En España, coexisten diversos códigos deontológicos periodísticos. Unos de origen nacional, como es el caso del *Código deontológico de los periodistas de Cataluña*, el *de la Federación de Asociaciones de Prensa de 1993*, o, el más reciente, *del sindicato de periodistas de Madrid*. Otros de origen internacional, los cuales devienen de la subrogación a diferentes convenios, como es el caso de los *Principios de ética profesional del periodista*, de la UNESCO²⁸, el *Código de la Federación Internacional de Periodistas*²⁹ y el *Europeo de Ética del Periodismo*³⁰.

De ellos trasciende la idea de respeto a la verdad, evitando la confusión premeditada de hechos y opiniones, contrastando las fuentes de información y rectificando los errores. También la del respeto a la dignidad humana, a la intimidad e imagen de las personas, especialmente de los menores. Se debe evitar la incitación a la violencia o a la discriminación. Además, se imponen las ideas éticas de no aceptar ser comprados

informativa, Madrid, Edicusa, 1973.

27. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., *op. cit.*, p. 428.

28. Publicado por la cuarta reunión consultiva de periodistas internacionales y regionales, en París, en 1983, bajo los auspicios de la UNESCO.

29. *Adoptada por el Congreso mundial de la FIP en 1954. Enmendada por el Congreso mundial en 1986.*

30. Resolución aprobada por unanimidad en Estrasburgo, 1 de Julio de 1993.

por terceros para la promoción, orientación o publicación de información u opiniones ni la de utilizar la información en beneficio propio.

Estos códigos al no tener carácter jurídico³¹ se convierten en herramientas más o menos maleables al caso concreto. La reparación del daño, cuando es posible, queda tan dilatada en el tiempo que, a los medios, y a los propios periodistas, les puede hasta resultar rentable. Y es así porque para la sociedad prima la inmediatez de la información -y su opinión-, a veces, incluso, solo la cabecera, aunque no esté contrastada, sea falsa directamente, o dañe a las instituciones democráticas y a la moral pública o a las personas en su ámbito más íntimo, no estando interesados en las siempre sosegadas y objetivas resoluciones judiciales.

3.1 Especial relevancia del Código Europeo de Ética del Periodismo

En España tienen efecto diversos códigos deontológicos internacionales y especialmente del ámbito europeo, como el anteriormente citado *Código Europeo de Ética del Periodismo*, aprobado por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en 1993. En él se afirman cuales son los principios éticos del periodismo que deben aplicarse en Europa. Básicamente son los mismos que se recogen en los textos españoles pero más desarrollados, más explícitos y específicos.

El código europeo sostiene que no deben confundirse rumores e informaciones, para ello explica la diferencia entre unos y otras de modo similar a como lo hiciera el Tribunal Constitucional español años antes, cuando definió los objetos de los diferentes derechos de expresión y de información³².

Mientras en lo referente a éste es exigible la veracidad de la noticia, su verificación e imparcialidad, respecto a aquél, al ser completamente subjetiva la valoración ofrecida al público no se le puede exigir tal veracidad, y queda, por tanto, en la simple intención de que la exposición sea honesta y correcta éticamente.

31. Lo que lleva a un debate sobre las instancias de control.

32. La STC 6/1988, de 21 de enero, estima que el derecho de información versa «sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables» mientras que el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto «pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor».

Dice el código europeo que la información no es propiedad ni de periodistas ni de medios de comunicación ya que la conceptualiza como derecho fundamental de los ciudadanos, «no debiendo» ser explotada para beneficio propio. En consecuencia, los medios de comunicación no son meras industrias de producción informativa sino que se convierten en prestadores de un servicio público que, además, ha de llevarse a cabo sin injerencias de poderes públicos, políticos o económicos.

Es muy importante, por consiguiente, la instrumentalización que de la información hace el código de actuación profesional en el ámbito europeo, en cuanto la define como indispensable para la vida social-democrática de un Estado de Derecho, y esto es consecuencia directa de la no propiedad privada de la información. Es decir, la información es un mecanismo que hace posible la participación ciudadana en los asuntos propios, dando lugar a una opinión pública libre que sirve, a su vez, de control del sistema democrático y de sus poderes.

Por otro lado, hoy en día los medios de comunicación se consideran los representantes de dicha opinión y asumen la figura de un (cuarto) poder estatal, que, de un modo irónico y/o paradójico (teniendo en cuenta su justificación en cuanto representantes de la opinión pública), ejercen sin ningún tipo de control democrático.

En cuanto a la profesión periodística propiamente dicha, ésta ha de respetar la presunción de inocencia evitando provocar juicios paralelos, así como respetar la intimidad -personal y familiar- de las personas aunque sean públicas, los derechos de los menores y su fácil vulneración y evitar los mensajes discriminatorios o violentos. La obtención de la información ha de hacerse por medios dignos moral y legalmente, dice el código ético europeo, quizá hoy en tela de juicio una vez destapado el escándalo en torno a *News of the World*³³.

Hay informaciones que pueden ser incorrectas, aun contrastándolas, y que pueden causar graves daños directa o indirectamente a las personas.

33. Fueron utilizadas escuchas ilegales de víctimas del 7-J (ataque de Al-Qaeda a la ciudad de Londres acaecido el 7 de julio de 2005), de familiares de caídos en Afganistán, etc., sin escrúpulos de ningún tipo sólo buscando el beneficio del propio medio.

Por eso hay que darles a éstas la oportunidad de contestar mediante el ejercicio del derecho de réplica y corregir lo más inmediatamente posible las informaciones erróneas ofrecidas por los medios.

Finalmente, este código deontológico europeo estima que los medios han de actuar como servidores que son de la democracia, defendiéndola en caso de peligro para ésta y sus principios fundamentadores.

Respecto de los código de deontología periodística internos, como ya se ha hecho referencia más arriba (nota 31), el cumplimiento de los principios recogidos en este código europeo, y los internacionales, en general, se hace casi utópico dada la falta de control y sanción que deviene de la voluntariedad en su seguimiento y cumplimiento, y que en consecuencia crea un debate en torno a la figura de algún posible tipo de control.

3.2 Debate en torno a posibles instancias de control del cumplimiento de los códigos deontológicos periodísticos

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, que aprobó el *Código Europeo de Ética del Periodismo* en 1993, fue quien señaló como punto débil de éste la efectividad real del mismo si no se establecía algún tipo de instancia para su control y con capacidad para sancionar en la que se involucraran tanto las empresas de comunicación como los profesionales. Se llegó incluso a proponer, al modo de Gran Bretaña –gran fracaso, como se ha observado anteriormente– Holanda, Italia, Dinamarca, Alemania y Portugal, el establecimiento de un mecanismo europeo de autocontrol de la información, una especie de Defensor del Pueblo.

Pero a la hora de llevarlo a efecto surge el gran problema, que, como en casi todo actualmente, viene determinado por la naturaleza jurídica que ha de regir dicho mecanismo, público o privado. Quién debe encargarse de la vigilancia, los poderes públicos establecidos democráticamente para asegurar el eficaz y pleno ejercicio de la libertad de información de todas las personas – físicas y jurídicas- u organismos compuestos por poderes privados que no han sido legitimados democráticamente.

A nivel nacional, en España fue rechazada una idea en la que se estudió la posibilidad de crear un Consejo Estatal de la Información, cuyos miembros serían elegidos bajo el amparo de la legitimidad que de las Cortes Generales emana, al que todas las personas que se consideraran perjudicados por ciertas prácticas periodísticas «anti-éticas» pudieran acudir. A nivel infraestatal, en Cataluña existe el Consejo del Audiovisual de Cataluña, de naturaleza pública, cuyos miembros son elegidos con la legitimidad del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat.

No obstante, no existe ningún tipo de consenso respecto a esta medida. Ni, por supuesto, la mayoría de los medios la apoyan, ni parte de los expertos están de acuerdo.

Se justifican los detractores, no sin razón, en la idea de la posible o presunta intromisión del poder político en la libertad de expresión, en buena parte por el recelo que suscita el recuerdo de tiempos, tanto democráticos como autocráticos, en los que la libertad de expresión era un mero ideal, una quimera deseada por unos y temida por los pocos que ostentaban el poder. Los críticos con la naturaleza pública de cualquier mecanismo de control entienden que ya existen suficientes mecanismos y que el incumplimiento de los principios recogidos en los códigos éticos se debe sancionar, en primer lugar, por la propia empresa periodística en un claro ejercicio de autorregulación³⁴, y en última instancia por los

34. Pero cabe preguntarse si no se estará permitiendo una especie de esclavitud para con el periodista al permitir que sean éstas, las propias empresas periodísticas, las que decidan qué es moralmente aceptable en el ejercicio de la libertad de prensa, sin contar con los sujetos titulares de dicha libertad de tal modo que deba ser aceptado sin más por aquél. En este sentido se expresó en el Congreso el 1 de junio de 1994 el periodista Miguel Ángel Aguilar cuando, con motivo de la tramitación de ley sobre la cláusula de conciencia advirtió que ésta suscita un repudio generalizado de las empresas, siendo la sumisión y la docilidad el valor en alza como camino hacia la prosperidad, económica y profesional. Interpelaba: «¿Está el patio de los medios informativos, el mercado de trabajo y el pulso moral de los profesionales como para semejantes invocaciones? ¿Puede esperar el invocante encontrar después trabajo en alguna otra empresa informativa? ¿Por ventura sus escrúpulos o sus principios hallarán mejor acomodo en cualquier otro de los palos de un abanico, de las varillas de un abanico de medios de comunicación que adolece de hemiplejía -digo el abanico- y sólo está desplegado hacia la derecha?». Igualmente, y en el mismo debate, Iñaki Gabilondo, también destacado periodista, aseguraba que el periodista que se acoja a la cláusula de conciencia «podrá no ser sancionado, pero una actividad que está montada sobre la base de la complicidad, sobre la base de la comunión en un determinado tipo de objetivo, nadie podrá evitar que perdida, desengrasada esa comunicación de la complicidad, comience un nuevo tiempo para ese periodista en el que ya, sin la mirada atenta del legislador que le ha protegido, comience seguramente a vivir un tiempo distinto para él».

Tribunales de Justicia (remisión a la reflexión realizada líneas más arriba sobre la posibilidad o no de reparación del daño causado y la inmediatez de dicha reparación).

El modelo británico, paradigma para los que rechazan a la idea de un control público, se centra en la figura de la Comisión de Quejas contra la Prensa. Se trata de un organismo independiente de los poderes públicos y de las empresas periodísticas que busca acuerdos entre las partes implicadas en base a un código ético elaborado por expertos de la comunicación. Puede ser considerada como una especie de tribunal de arbitraje, que se acepta o no, según los intereses concretos de las partes. Como última instancia para las resoluciones de los conflictos se encuentran los Tribunales de Justicia.

En España se ha creado la Comisión de Quejas y Deontología por la propia Federación de Asociaciones de Prensa de España, de inscripción voluntaria por parte de todos lo intervinientes en el mundo de la comunicación, esto es periodistas, editores, grupos empresariales, etc. La característica principal es que es una instancia de autocontrol interno, independiente de los poderes públicos y compuesto por miembros provenientes del mundo académico, del derecho, de la comunicación o de fundaciones sociales. Centra su funcionamiento en la información, decisión y arbitraje para el cumplimiento de los principios y criterios del código propio (de la Federación) de deontología profesional del periodismo, pudiendo acudir todas las personas que se consideren perjudicadas por las actuaciones periodísticas y cuyas resoluciones, siempre motivadas, se notificarán a las partes interesadas intentando que sean publicadas en los medios de comunicación, pues no son de obligado cumplimiento por las partes, quedando, otra vez más, en última instancia la vía judicial.

En resumen, siempre queda la instancia judicial. Evitarla es cuestión de voluntad.

4. Fundamentación jurídica de este derecho: diferencia con otros secretos profesionales

En todas las profesiones existe el secreto profesional legalmente reconocido que, como lo define GUTIÉRREZ NOGUEROL, se concreta en un derecho-deber deontológico al recibir

la información por razón del trabajo que desempeñan³⁵; deber por hallarse obligados a la guarda en torno a lo informado, por ejemplo, el abogado y su cliente, el sacerdote y su feligrés, el trabajador sobre como desempeña su trabajo, etc.

Sin embargo, el secreto profesional del informador es concebido como un derecho cuya naturaleza jurídica nace de la propia Constitución española y, como se ha expuesto en el epígrafe 4 («Alcance del artículo 20.1.d) de la Constitución»), de la definición del Consejo de Europa. Pero esta fundamentación constitucional viene determinada, como afirma la doctrina de manera casi unánime, por el carácter instrumental que tiene dicho derecho en relación con el primario a la información que a cualquier individuo le corresponde, bien en su dimensión pasiva, bien en la activa. FERNÁNDEZ-MIRANDA afirma que «el secreto se consagra en atención a otros derechos distintos y, en concreto, en nuestra Constitución se protege en garantía de la libertad de comunicar información veraz y el derecho a recibir información también veraz»³⁶. Se deduce, por tanto, una proyección pública apoyada en razones de interés público³⁷.

Es por ello que, para no perjudicar el ejercicio de esos otros derechos distintos, la Constitución establece el secreto profesional como puro instrumento con el fin de evitar que los informadores anónimos vean revelada su identidad, por ejemplo, obligando judicialmente al periodista al que se le suministra la información a sacar del anonimato a dichas fuentes, pues suscitaría tal recelo en ellos y en otros que no facilitarían otras informaciones que pudieran ser de interés público y, por ende, periodístico. Entendido lo trascendente de la ocupación de los informadores anónimos en el ejercicio de la actividad periodística, y de ésta para el interés de la sociedad, parece obvia la conveniencia de considerar al derecho de no desvelar las fuentes como una garantía constitucional en lo que respecta al derecho a una información veraz.

35. GUTIÉRREZ NOGUEROL, A., *op. cit.*, p. 401.

36. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 35.

37. OTERO GONZÁLEZ, P., citado por GUTIÉRREZ NOGUEROL, A., *op. cit.*, p. 402.

CARRILLO afirma que «el fundamento del secreto profesional reside, en primera instancia en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido que facilita un ejercicio más integral del derecho a la información» y en «el interés subjetivo de no desvelar la identidad del sujeto productor de la noticia, para preservar su integridad en ésta y en otras ocasiones futuras³⁸.»

En este sentido se expresa FREIXES SANJUÁN, en cuanto a la fundamentación supranacional se refiere, cuando considera que «la configuración de la libertad de expresión como fundamento de la democracia, según el TEDH, obliga a proteger la fuente de las informaciones y, subsiguientemente, el secreto profesional de los periodistas, puesto que sin esta protección sobre las fuentes la libertad de información quedaría completamente desfigurada³⁹, en referencia a la interpretación extensiva del artículo 10 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, con motivo del caso *Goodwin contra el Reino Unido*⁴⁰, pronunció la sentencia que determinó:

La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. (...) 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.

Pero quizá el derecho que aquí se diferenciaría de otros secretos profesionales no es en el ejercicio de la libertad de información, sino, sencillamente, el secreto profesional como el que pudiera deontológicamente observarse para con cualquier otra profesión.

Ahora bien, ¿existe alguna diferencia entre el derecho al secreto profesional en el ejercicio de las libertades informativas de un periodista y el de otro profesional? No debería. El ejercicio del derecho a informar es el mismo para todos, por lo que las garantías del mismo también deberían ser las mismas. Cierto que el constituyente lo incluyó como derecho el secreto profesional, aunque en

un principio no pretendía hacerlo, gracias a varias enmiendas, una de las cuales explicitaba que el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional le correspondía a los periodistas y titulares, situándolo consiguientemente en el apartado d) del punto 1 del artículo 20 del texto definitivo de la Constitución. Pero esto no obsta para hacer una lectura tal del artículo finalmente redactado dada la literatura del mismo, en ningún caso se puede apreciar que sean derechos desligados de la libertad de información general que todos pueden ejercer. Los derechos fundamentales, en cuanto derechos humanos reconocidos normativamente y fundamentados en la dignidad del ser humano, convirtiéndose de este modo para la convivencia y el desarrollo de la persona en los más esenciales⁴¹, no pueden ser diferentes de unos individuos a otros.

5. Elementos configuradores del concepto

5.1 Elemento subjetivo

En primer lugar hay que señalar que no existe ninguna ley reguladora del derecho al secreto profesional⁴² del modo que sucede con el otro derecho, también instrumental, regulado en el mismo epígrafe del artículo 20.1 d), la cláusula de conciencia, que pueda ayudar a determinar la titularidad del derecho. Ahora bien, la literalidad del texto constitucional no puede obviarse.

Se ha de recordar, pues, qué dice dicho precepto al reconocer y proteger los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión: «La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Como se observa, la literatura de la Constitución no hace distinciones, *todos*, al ser titulares de la libertad informativa, ora activa, ora pasiva, en el ejercicio de la misma son titulares de la cláusula de conciencia y del secreto profesional. Por ello, las palabras de GUTIÉRREZ

38. CARRILLO, M., *op. cit.*, p. 418.

39. FREIXES SANJUÁN, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 15, 2003, p. 4.

40. STEDH de 27 de marzo de 1996.

41. REBOLLO DELGADO, L., *Límites a la libertad de comunicación pública*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 26.

42. FERNÁNDEZ-MIRANDA considera que existe una «fuerte oposición a la aprobación de la ley por temor a que pueda resultar un instrumento más limitativo que garantizador», argumento que estimo. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 91.

NOGUEROLES cuando dice que «al menos mientras no exista una determinación expresa por ley orgánica del ámbito personal de aplicación del secreto profesional, hay que defender la máxima amplitud en la consideración de quienes puedan ser titulares activos del mencionado derecho».⁴³

Una segunda circunstancia que hay que considerar es, igual que sucede con la mencionada cláusula -que se regula en la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio- la ambigüedad al definir qué se entiende por periodista o informador, prefiriéndose utilizar la referencia a profesionales de la información. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 6/1981 se refiere a los titulares como «aquellos que hacen profesión de la expresión de noticias y opiniones y son actores destacados en el proceso de la libre comunicación social».

Aunque en referencia a la cláusula de conciencia, las siguientes palabras del Alto Tribunal son asimilables al caso:

En la transmisión de noticias no juegan un papel esencial sólo las palabras sino tanto o más las imágenes, fotografías, presentaciones gráficas o de composición que contribuyen igualmente a la descripción del hecho, a destacar ciertos aspectos de él, a lograr un enfoque ideológico determinado o a dotarle de una mayor o menor relevancia informativa según los intereses del medio, tareas todas ellas en las que además habrá de considerarse la autonomía y creatividad propias con las que opere el profesional para poder concluir que se encuentra ejerciendo su derecho a transmitir información. (STC 199/1999, de 8 de noviembre, Fundamento 4).

Y esto así porque no cabe entender que en un hecho noticiable sólo el periodista esté protegido por el correspondiente derecho al secreto profesional de no desvelar las fuentes, pues por ejemplo, un fotógrafo o un camarógrafo igualmente tienen la posibilidad de conocer las fuentes de la noticia y no estando protegidos por tal derecho su labor queda exenta de la eficacia que se pretende.

Por consiguiente, de las dos consideraciones, puede afirmarse que mientras no haya una ley orgánica que regule el secreto profesional de los profesionales -valga la redundancia- de la

información, no debe disminuirse el ámbito de aplicación de tal derecho, incurriendo así en una interpretación restrictiva, y posiblemente lesionadora, de un derecho configurado constitucionalmente como fundamental, contrariando la interpretación resuelta por el Tribunal Constitucional en este respecto. Dicho tipo de derechos han de interpretarse extensivamente⁴⁴, dando con ello cabida a todos los profesionales de la información, cualquiera que sea su tarea o relación con la empresa de comunicación y que, como consecuencia de intervenir en la elaboración o difusión de la noticia, puedan conocer la identidad de las personas que han servido de fuente de información.

No debe permitirse que mediante argucias antijurídicas se pretenda impedir aplicar eficazmente el artículo constitucional que otorga el derecho al secreto profesional para alcanzar el objetivo de identificar las fuentes, vaciando de y viciando el contenido esencial del propio derecho subjetivo garantizado por la más importante norma jurídica existente, incurriendo así en lo que se ha dado en llamar *fraude constitucional*.

Pero en la alusión a la subjetividad del derecho no se puede menos que, además de lo atinente a la vertiente activa, referirse a la pasiva, frente a quien se hace efectivo el derecho al secreto profesional. Al igual que sucede con lo anteriormente expuesto, la falta de ley que lo desarrolle hace que se creen algunas *lagunas* en torno a su efectividad real.

El secreto profesional tiene lo que se denomina en derecho efecto *erga omnes*. Lo que representa esta expresión latina es que el ejercicio de este derecho es oponible frente a todos. Es decir, no se diferencia entre particulares y poderes públicos, debiendo concretar que la plenitud de su eficacia surge precisamente ante dichos poderes, y más aún frente a los órganos judiciales cuando exigen del profesional la revelación de fuentes en supuestos de enjuiciamiento. La negativa en este caso del profesional no le acarrea consecuencias penales por presunta desobediencia dado que se ampara en un derecho fundamental que precisamente le exime de tal.

La *laguna* deviene de la pretendida oponibilidad frente a particulares, concretamente

43. GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., *op. cit.*, p. 406-407.

44. SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 3/1997, de 13 de enero; etc.

frente a los propios jefes. Constitucionalmente, el periodista puede negarse a revelar la identidad de sus fuentes al propio director del medio de comunicación, pero éste en su potestad jerárquica puede negarse a publicar la información mientras no le sean facilitadas (hay que recordar aquí que la responsabilidad de cualquier presunto delito en la publicación no sólo afecta al periodista que lo redacta, sino también al director del medio que lo permite). Este tipo de coacción es tremendamente difícil de probar, pero es claro que no sólo se vulnera así el derecho al secreto profesional -mediante la coacción- sino además el propio derecho a informar, no ya instrumental, sino fundamental por sí mismo. Asimismo, la negativa del periodista a dar a conocer la identidad de las fuentes a su superior puede acarrearle -del mismo modo que el ejercicio de la cláusula de conciencia- que sea despedido, viendo así su carrera profesional truncada. Puesto que hoy en día, donde los medios de comunicación están agrupados y dirigidos por grandes entramados empresariales⁴⁵ -cercenando el pluralismo existente en una democracia, y, por ende, la diversidad de opiniones-, el uso de este derecho -y el de la cláusula de conciencia- puede acarrear mala fama al profesional que los oponga, información que es compartida entre estas pocas empresas que controlan el mercado de la información.

Como bien resume FERNÁNDEZ-MIRANDA, (...) las dificultades en lograr la estabilidad y la promoción profesional no favorecen la independencia y puede convertir en papel mojado reivindicaciones largamente acariciadas por los profesionales y que, a la postre, se convierten en derechos solo ejercidos por los mejor situados y mimados por el público y, en consecuencia, por los medios⁴⁶.

Teniendo en cuenta, por tanto, lo que TORRES DEL MORAL define como *mediocracia*⁴⁷, en lo que es un aporte de «cierta dosis de relativismo», dice, se puede afirmar que se impone en el

45. Anunciaba ya PAUSEWANG, hace algunas décadas, que un periódico solamente es imaginable en cuanto gran empresa económica. PAUSEWANG, S., "La opinión pública y los grandes medios de difusión", citado por TORRES DEL MORAL, A., "Los medios de comunicación social (introducción)", en TORRES DEL MORAL, A., (Director) *Libertades informativas*, Madrid, Colex, 2009, p. 680.

46. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., *op. cit.*, p. 453.

47. TORRES DEL MORAL, A., "El instituto jurídico...", *op.cit.*, p. 143.

periodismo, al igual que en otros tantos ámbitos profesionales, la ley del mercado, impulsada no por el mercado en sí, sino por los grandes medios de comunicación, grandes empresas cuya última finalidad no es tanto servir a la sociedad en cuanto medio para la formación de una opinión pública libre que vea representada el arcoíris pluralista de la democracia, como el lucro económico que le va a permitir crear la opinión pública con el fin de controlar los poderes para su propio beneficio.

5.2 Elemento objetivo

El objeto principal del derecho al secreto profesional viene constituido por la identidad de las personas que han servido como fuente de la información difundida dentro de una no-actuación⁴⁸: no revelar dicha identidad. También queda bajo el auspicio de este derecho la negativa del profesional de la información a entregar el material o los medios de que se haya valido para confeccionar la noticia (grabaciones sonoras o visuales, documentos, etc.) cuando mediante ellos puede llegarse a resolver el enigma de la identidad de las pretendidas secretas fuentes, las cuales accedieron a colaborar con la condición de permanecer en el anonimato. Pero cuidado porque este derecho, a no identificar a las fuentes de información, no ampara la mentira. Es decir, se puede el periodista negar a desvelar sus fuentes, pero nunca debe protegerlas mediante falsas filiaciones.

Por tanto, se trata de un objeto amplio fundamentado en un concepto extenso de fuente. No sólo la identidad del informante anónimo es la que participa de dicho concepto, además está constituido por los mencionados soportes materiales y técnicos y por ciertas circunstancias de hecho, de todo lo cual puede lograrse descubrir la identidad de los anónimos informadores. Se deduce, por consiguiente, que los poderes públicos no pueden registrar las redacciones donde los profesionales trabajan, o sus domicilios, ni, mucho menos, apropiarse de ninguna manera de «estos soportes materiales cuando tengan por objeto la indagación de la fuente».⁴⁹

48. Término utilizado por GUTIÉRREZ NOGUEROL para destacar que el ejercicio del derecho subjetivo al secreto profesional se fundamenta en una actuación en sentido negativo, es decir, es un derecho a no hacer, sin ser ello identificado como desobediencia, bien a una autoridad, bien a un superior jerárquico, en GUTIÉRREZ NOGUEROL, A., *op. cit.*, p. 406.

49. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 133.

Este mismo es el sentido que la aludida más arriba Recomendación europea dispensa en lo que respecta a prevenir la violación del derecho al secreto profesional cuando recomienda a los Estados miembros un extenso catálogo de medidas abstencionistas -que no puede considerarse como *numerus clausus*, intentando buscar un resquicio *alegal*- que los Estados del Consejo de Europa deben garantizar con la finalidad de amparar y defender el derecho de los profesionales de la información al secreto profesional, como:

Impedir decisiones o medidas de interceptación referentes a la comunicación o la correspondencia de periodistas o de sus patronos; o, en fin, decisiones o medidas de búsqueda o requisa relativas a los lugares de trabajo, a las pertenencias o a la correspondencia privada de periodistas o a datos de sus patronos o personales que estén relacionados con su trabajo profesional.

Hay que remarcar que esta garantía que ofrece el derecho al secreto profesional no es, aunque pudiera parecerlo, para el derecho a la intimidad del periodista o de la fuente informante. El bien jurídico que se protege no es sino el derecho a la información, en referencia tanto a recibirla como a comunicarla. Como dijo Javier PRADERA⁵⁰, es la libertad de información en sí misma, en cuanto indispensable en los sistemas democráticos, el bien jurídico protegido por el derecho al secreto profesional y no la supuesta relación de confianza que pudiera sopesarse entre el informador (periodista) y el informante (fuente).

Se deben entender extensibles estas medidas de no-actuación para con el secreto profesional a los superiores en el medio de comunicación en el que o para el que el periodista trabaja y no sólo ante actuaciones de una autoridad que siempre será judicial⁵¹, sin olvidar la obligación constitucional de todos a comparecer ante las Cámaras a requerimiento de éstas⁵². La protección

50. Citado por GUTIÉRREZ NOGUEROLES en GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., *op. cit.*, p. 408.

51. En un Estado democrático de Derecho no cabe considerar legítima una actuación administrativa, quizá se estaría entonces más ante un régimen de corte autoritario donde estuviera instaurado algún tipo de censura informativa, tenga el nombre que tenga.

52. Artículo 76.2 de la CE: «Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.»

del lugar de trabajo, de la redacción, aunque propiedad de la empresa, frente a una supuesta búsqueda de información con el fin de identificar las fuentes del profesional ha de quedar asegurada igualmente. Sin embargo, ¿está dispuesto el periodista a este enfrentamiento? Nos remitimos aquí a las palabras antes citadas de FERNÁNDEZ-MIRANDA (nota al pie 46).

6. Límites del derecho al secreto profesional

No se puede comenzar de otro modo que no sea exponer lo que la doctrina mayoritaria considera: no existen derechos absolutos⁵³. La jurisprudencia constitucional así lo ha estimado en múltiples ocasiones. Por ejemplo, en la Sentencia de 13 de febrero de 1981 (recurso de inconstitucionalidad 189/1980) se limita la libertad de expresión «esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales», en la cual, además, el voto particular formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas, en su punto 13, advierte que «ninguna libertad es ilimitada». De igual manera, la Sentencia de 29 de enero de 1982 declara que «no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, en relación con los derechos fundamentales, la Constitución establece por sí misma (...)».

Pero que los derechos sean limitables, no quiere decir que se puedan establecer límites de cualquier modo o forma. Clarificadora es en este sentido, entre otras, la Sentencia 62/1982, como consecuencia del secuestro de una publicación, en

53. Este es un debate mayoritariamente consensuado pero para nada unánime. Hay que recordar que todos los derechos están limitados por los derechos y libertades de los demás pues casi ningún derecho es absoluto. Y se dice bien «casi ninguno», aunque la doctrina mayoritaria y el propio Tribunal Constitucional español hablan de «ninguno», porque porqué no considerar como ilimitado el derecho a la vida –si bien sería cuestionable igualmente que la vida sea un derecho y no un valor en sí misma, pues la vida es el comienzo de todo derecho- y, por supuesto, el derecho a la integridad, tanto física como moral; si son absolutos y así deberían ser entendidos. El ejercicio de cualquier otro derecho no puede despreñar de modo alguno la integridad y la vida de cualquier otra persona bajo ninguna circunstancia. TORRES DEL MORAL incluso va más allá cuando al expresar su opinión remarca que «la Constitución española afirma algunas garantías con tal rotundidad y tal ausencia de distinciones y de excepciones que se impone su concepción como absolutas», cual es el caso, además de la integridad de la persona, como antes se ha señalado, de la no obligación de declarar sobre la propia ideología, religión o creencia que preceptúa el artículo 16.2 de la Norma Fundamental. TORRES DEL MORAL, A., Principios de Derecho Constitucional español, Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, 2004, p. 315.

la que la más Alta Instancia jurisdiccional española afirmó, en referencia expresa a las libertades del artículo 20 de la Constitución española, que:

Hay que partir del artículo 20.4 de la Constitución que dice así: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. (Fundamento 3)

Es decir, los límites que se establezcan -en general, para cualquier derecho o libertad fundamental- no deben dejar vacío de contenido el derecho en sí, éste ha de ser reconocible tras la delimitación del mismo.

Pero es más, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que:

La fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.⁵⁴

En resumen, el derecho al secreto profesional viene limitado por el ejercicio de otros derechos y libertades y «bienes constitucionalmente protegidos»⁵⁵, y por lo que la regulación legal -a través de ley orgánica- estime.

En cuanto a esta ley, en el caso de ser establecida, parece quedar claro que puede imponer límites a los informadores en el ejercicio del derecho al secreto profesional⁵⁶. No obstante,

54. STC 159/1986, de 16 de diciembre.

55. La anteriormente citada STC 2/1982, de 29 de enero.

56. Aunque no toda la doctrina es unánime al respecto apoyándose en que lo que la Constitución permite es la regulación de los derechos fundamentales a través de leyes orgánicas, y dependiendo de qué se entienda por regulación se permite limitar o no. Parece claro, también, que si se permite por ley, aun siendo orgánica, limitar derechos fundamentales se hacen poco necesarios los mecanismos de protección que la propia Norma Fundamental establece para evitar su indebida reforma (artículo

en virtud de la inmensa importancia que para el Estado democrático y su sociedad tiene el derecho de información, dichos límites no pueden de ningún modo violentar y disminuir el contenido esencial del derecho mismo, su valor intrínseco, constituyéndose, por consiguiente, como «último parapeto defensivo, o límite de los límites, que de traspasarse, provoca la inmediata inconstitucionalidad del acto limitativo del derecho o libertad».⁵⁷

Sin embargo, la finalidad última de la (futura) ley sería garantizar el pleno ejercicio del mencionado derecho, tiene que promover la seguridad jurídica⁵⁸ entre los distintos sujetos implicados. Por su parte, CARRILLO considera que «la no regulación diversifica la resolución del conflicto jurídico, ya que es más probable la existencia de opiniones diversas sobre la procedencia de la alegación por secreto profesional, según el órgano judicial competente»⁵⁹. Los sujetos implicados en el debate del derecho, los propios profesionales de la información, prefieren que sean los tribunales quienes decidan caso por caso pues, en palabras de CEBRIÁN, uno de los más firmes detractores de la legislación de la profesión periodística:

Una ley que regule el ejercicio del derecho a informar, nos parece siempre una amenaza, porque lo que nos parece es que lo que va a regular es cuando el secreto vale y cuando no vale (...) una ley sobre el secreto profesional nos da la sensación de que lo que va a ser es una ley contra el secreto profesional (...).⁶⁰

Se puede, por tanto, considerar que, dado que no existe regulación legal alguna, ésta es la norma a seguir; caso por caso se establecerán las limitaciones en caso de conflicto puntual con el ejercicio de otros derechos constitucionalmente reconocidos. Además, ¿tendría utilidad real tal legislación o sucedería como en el caso de la ley

168) a necesidad o antojo del poder de turno, sea legislativo o ejecutivo.

57. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., "Los límites de los derechos", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coordinador), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 52.

58. GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., citado por GUTIÉRREZ NOGUEROLES en GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., *op. cit.*, p. 409.

59. CARRILLO, M., *op. cit.*, p. 200.

60. CEBRIÁN, J.L., "El secreto profesional de los periodistas", *Cuadernos y debates*, n° 48 Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 20-21.

de la cláusula de conciencia, casi inaplicada por el temor propio de los periodistas, como se ha advertido ya en varias ocasiones? Recordar que antes de la referida ley reguladora de la cláusula existieron conflictos por la utilización de la misma y su resolución distó poco, o nada, de las posteriores a la ley.

6.1 Referencia a la distinción testigo-inculcado

El derecho al secreto profesional, sabido que tiene efectos *erga omnes*, bien se puede afirmar que encuentra su plenitud de ejercicio ante los poderes públicos, particularmente frente a los órganos judiciales, y más en concreto en los enjuiciamientos penales. Es entonces cuando, alegando el derecho a no identificar sus fuentes, queda impune ante el delito de desobediencia⁶¹ al tribunal –única y exclusivamente⁶²–, impidiendo ser procesado, al estar amparado por la garantía prevista en el artículo 20.1 d) de la Constitución. Pero el secreto profesional no exime al periodista de las responsabilidades que se pudieran derivar de la denegación de auxilio o del falso testimonio, el periodista tiene derecho a no identificar las fuentes, pero no tiene derecho a desvelar identidades falsas o inventarlas, como se ha dicho más arriba (artículos 410 y 458 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente).

No obstante, no toda situación procesal permite al profesional de la información alegar dicho derecho. Hay que distinguir dos figuras jurídicas: la de demandado o imputado en el procedimiento, y la de testigo.

En el primer caso no cabe dicha alegación. El periodista aquí es amparado por otros derechos, como el derecho a no declarar⁶³. Esta afirmación trae causa de dos lógicas peculiaridades. Si en un proceso en el que el propio periodista es el denunciado éste se niega a desvelar las fuentes, «estaría sencillamente renunciando a un medio de defensa, que podría redundar en su perjuicio». Sin

embargo, de esta negativa -en el uso legítimo del secreto profesional- no se desprende un beneficio jurídico, de lo contrario se convertiría en «un instrumento válido para eludir responsabilidades en que pudiera haber incurrido el periodista»⁶⁴. Ésta es una de las razones aludidas por parte de la doctrina para justificar la ausencia, todavía hoy, de una ley reguladora del ejercicio del derecho al secreto profesional.

Un cariz diferente es el que posee el derecho al secreto profesional cuando el periodista se encuentra en una situación testifical. Si el juez le cita como testigo, como cualquier ciudadano, queda obligado a comparecer, a declarar y a decir la verdad, empero no a identificar sus fuentes. Queda claro, por tanto, que el secreto, única y exclusivamente, le exime de revelar las identidades de sus fuentes o cualquier circunstancia de la cual se pudiera desprender indicio alguno para resolver la incógnita en torno a los informantes. Es decir, no queda exento de la obligación de comparecer ante el órgano judicial reclamante, siendo acusado de un delito de desobediencia en el caso de no acudir a tal requerimiento.

Curioso, cuanto menos, es el caso en el que por el ejercicio de su trabajo, un informador tiene conocimiento de un hecho delictivo. Está obligado a denunciarlo⁶⁵ –no hacerlo puede acarrearle consecuencias penales–, ahora bien, no así a desvelar como ha llegado esa información a su poder. Ahí es cuando puede ejercitar el derecho al secreto profesional. A este respecto, FERNÁNDEZ-MIRANDA afirma:

Si un periodista recibe de alguien la confidencia de que se va a producir o se ha producido, por ejemplo, un asesinato, queda absolutamente obligado a comunicar la información a las autoridades en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal. Lo que puede

61. Artículo 716 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5000 euros, que se impondrá en el acto. Si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad.»

62. SERRANO MAÍLLO, M.I., «Las libertades informativas», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coordinador), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 295.

63. SERRANO MAÍLLO, M.I., *op. cit.*, p. 295.

64. GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., *op. cit.*, p. 410.

65. Artículos 262 y 450.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente:

«Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante». «En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia».

ocultar es la fuente de información, manteniendo así el deseado anonimato del confidente, que es la garantía de que va a seguir siéndolo en el futuro. Si el periodista es testigo presencial del delito no habrá nada que ocultar, puesto que él mismo es la fuente.⁶⁶

Esta caracterización en cuanto testigo puede entrar en conflicto con la pretensión objetiva de alcanzar procesalmente una certeza sobre los hechos que tienen que sustentar la sentencia, debiendo quedar fijados los límites del derecho al secreto profesional dado que «pueden existir intereses legítimos o bienes jurídicamente protegidos de mayor entidad que el propio secreto».⁶⁷

Ante esta situación, ya que no existe ley – orgánica- reguladora, es el Tribunal quien debe determinar los límites del derecho al secreto ante el planteamiento de un conflicto con esos intereses legítimos o bienes protegidos, y lo ha de hacer mediante su ponderación y el principio de proporcionalidad.

A nivel supranacional, hay que remitirse, una vez más, a la ya citada Recomendación⁶⁸ del Consejo de Europa, que aconsejaba a los Estados miembros proteger explícita y claramente el derecho de los periodistas a no divulgar la información mediante la cual se pueda identificar una fuente. Insiste ésta en que la revelación de una fuente no debe ser considerada como necesaria a menos que se establezca convincentemente que no existen otras medidas alternativas a la revelación, o que éstas ya se han agotado por las personas o autoridades públicas que solicitan dicha revelación. Debe quedar suficiente y claramente ponderado el interés legítimo a la revelación frente al interés público a la no revelación, que en cuanto valor intrínseco al derecho fundamental posee. La Recomendación recuerda la importancia del derecho al secreto y la preeminencia que le ha dado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, en consecuencia, para que no entre en conflicto con el artículo 10 del Convenio de Roma minusvalorándolo o lesionándolo, establece que no se puede ordenar la divulgación de esos datos salvo que exista -y se pruebe- un imperativo preponderante de interés

público y las circunstancias presenten un carácter suficientemente vital y grave.

CONCLUSIONES

Debemos partir de que tenemos un texto constitucional que es de vinculación obligatoria para todos en cuanto norma superior del ordenamiento jurídico. Esto debería ser más que suficiente. Asimismo, existe un reconocimiento, por parte del Estado democrático, de la sociedad y de los propios profesionales involucrados en el entorno de la comunicación, de los códigos deontológicos periodísticos, tanto de ámbito interno como de supranacional. ¿Está, por tanto, desamparado el derecho al secreto profesional, constitucionalmente reconocido, sin un desarrollo legal? ¿Acaso no puede ser ejercido en la actualidad por sus titulares sin garantías? No. Además hay que recordar aquí el lema tan utilizado durante la transición política en España según el cual «la mejor ley de prensa es la que no existe».

Se está ante un derecho fundamental recogido en el artículo 20 de la Constitución, (sobre la libertad de información, uno de los fundamentales en un Estado democrático liberal). La misma que en su artículo 53, en su primer apartado, en cuanto a derecho recogido en el Capítulo II del Título Primero, reconoce a aquel artículo vinculación para todos los poderes públicos, y, en el siguiente punto, lo garantiza, asimismo por pertenecer el artículo 20 a los preceptuados en la Sección 1ª del mencionado capítulo, mediante un procedimiento especial (basado en los principios de sumariedad y preferencia) ante los Tribunales ordinarios, y además mediante un procedimiento de amparo ante la más Alta Instancia jurisdiccional. Por consiguiente, podemos entender cómo es de importante el artículo 20, en general, para la Constitución, el Estado, su ordenamiento jurídico y la sociedad democrática.

El derecho al secreto profesional nace del mismo modo que el derecho a la cláusula de conciencia. Ésta está regulada por una ley (orgánica) cuya tramitación parlamentaria no estuvo exenta de polémica pero la finalidad a perseguir no dista de lo perseguido por los códigos de autorregulación, amén de no ser fácilmente alcanzable. Por otro lado, antes de la promulgación de esta ley existieron conflictos que fueron solventados por los Tribunales. Igual sucede con los conflictos respecto al

66. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 129.

67. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 411.

68. Recomendación N° R (2000) 7, adoptada el 8 de marzo de ese año por el Consejo de Europa

secreto profesional, han sido dilucidados por los Tribunales sin necesidad de ley.

Se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo que la mayoría de los interesados, por no decir que es una voz unánime, no están interesados en una ley reguladora, por el contrario prefieren «autorregularse». La delimitación de ambos derechos (secreto profesional y cláusula de conciencia) ha de determinarse con la cautela de no dejar vacío de contenido el derecho en sí, y mucho menos reducir el significado que el primario derecho a la información posee, el cuál es límite del propio límite. Por eso, la vigilancia caso a caso del correcto ejercicio del secreto profesional por el sistema judicial ha de ser preferente. Pero esto no puede suponer ampliar u otorgar ciertas facultades a los órganos jurisdiccionales más allá de las constitucionalmente atribuidas, o en su caso, legalmente. Me refiero concretamente al exceso interpretativo que el Tribunal Constitucional puede llegar a ejercer, distinguiéndose difícilmente de la tarea netamente legislativa, que no le corresponde, sino a los representantes de los ciudadanos, el Parlamento.

De otro lado, una reflexión sobre la especificidad del derecho. En referencia a la necesidad (y dudosa constitucionalidad) de que

una ley regule un derecho para una exclusiva parte subjetiva del derecho cuando el mismo está reconocido y garantizado universalmente. Es el caso del derecho al secreto profesional (también del derecho a la cláusula de conciencia), ¿por qué regular un derecho para el ejercicio exclusivo de unos sujetos y no para el común de sus titulares? En ningún momento la Constitución reconoce las libertades informativas a sujetos concretos, la subjetividad del mismo está conformada por la generalidad de la ciudadanía del Estado democrático (en sentido amplio, pues la falta de ciudadanía, administrativamente hablando, no es un título deshabilitante que denote la no-posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución). Estos posibles beneficios por razón de su posición –profesional, en este caso, pero también personal, etc.- se llaman prerrogativas, y no están constitucionalmente establecidas sino para los Diputados y Senadores en el ejercicio de sus funciones (artículo 71 de la Constitución). Advertido más arriba, la constitucionalidad de la (futura) ley puede verse en entredicho por la circunstancia de que a unos profesionales se les garantice un derecho y a otros no, dado que el texto constitucional habla de secreto profesional pero nunca, en exclusiva, de los periodistas.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRILLO, M., La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Madrid, Civitas, 1993.
- CEBRIÁN, J.L., "El secreto profesional de los periodistas", Cuadernos y debates, nº 48 Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CREMADES, J., Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español, Madrid, La Ley-Actualidad, 1995.
- DESANTES GUANTER, J.M., El autocontrol de la actividad informativa, Madrid, Edicusa, 1973.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., El secreto profesional de los informadores, Madrid, Tecnos, 1990.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C., "El derecho a la cláusula de conciencia de los informadores", en TORRES DEL MORAL, A. (Director), Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- FREIXES SANJUÁN, T., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación", Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 15, 2003.
- GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M^a. V.: "La protección de la juventud y de la infancia en las libertades informativas", en TORRES DEL MORAL, A. (Director), Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- GUTIÉRREZ NOGUEROLAS, A., "El secreto profesional de los informadores", en TORRES DEL MORAL, A., (Director) Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009
- NAVAS CASTILLO, F., "Libertad de expresión y derecho a la información", en TORRES DEL MORAL, A., (Director) Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- ORTEGA Y GASSSET, J., La rebelión de las masas, Madrid, Espasa-Calpe, 2007.
- REBOLLO DELGADO, L., Límites a la libertad de comunicación pública, Madrid, Dykinson, 2008.
- ROSADO IGLESIAS, G., "El estatuto jurídico de los profesionales de la información", en TORRES DEL MORAL, A. (Director), Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.:
- "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", Teoría y Realidad Constitucional, nº 12-13, 2003, 2004, pp. 351-382.
- "Los límites de los derechos", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coordinador), Dogmática y práctica de los derechos fundamentales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- SERRANO MÁLLO, M.I., "Las libertades informativas", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coordinador), Dogmática y práctica de los derechos fundamentales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- TORRES DEL MORAL, A.:
- "El instituto jurídico de la opinión pública libre", en TORRES DEL MORAL, A., (Director), Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- "Los medios de comunicación social (introducción)", en TORRES DEL MORAL, A. (Director), Libertades informativas, Madrid, Colex, 2009.
- Principios de Derecho Constitucional español, Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, 2004.

Enlaces web de interés

- Estatuto de redacción de El País. En: http://elpais.com/diario/1980/06/21/economia/330386406_850215.html
- Declaración Universal de Derechos humanos. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Constitución española. En: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

- Legislación. En: Boletín Oficial del Estado:<http://www.boe.es/legislacion/> - Noticias Jurídicas:
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/
- Tribunal Constitucional. Buscador de jurisprudencia. En:<http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Buscador de jurisprudencia (HUDOC). En:[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Federación de Sindicatos de Periodistas. En:<http://www.fesp.org/>
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. En:<http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Colegio de Periodistas de Cataluña. En:<http://www.periodistes.org/ca/home/colegi/presentacio/antecedents-i-historia.html>
- Federación de Asociaciones de Periodistas de España. En:<http://fape.es/>
- Federación Internacional de Periodistas. En:<http://www.ifj.org/es/>