

**DICTAMEN SOBRE LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIONES OBTENIDAS MEDIANTE ESCUCHAS
ILEGALES U OTRA FORMA DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS**

Ref. caso: 88/2019

“Imputado: D’Alessio, Marcelo Sebastián y otros

S/Asociación ilícita y Extorsión”

RELACIÓN DE PUNTOS A ANALIZAR:

OBJETO DE ESTE DICTAMEN	3
BREVE REFERENCIA A LOS HECHOS EN QUE SE BASA LA IMPUTACIÓN DEL PERIODISTA DANIEL SANTORO.....	4
PARTE I EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL Y LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS PERIODISTAS	8
a) El derecho de información, opinión y crítica sobre los funcionarios públicos como núcleo de la libertad de expresión	8
PARTE II LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO Y SU OBTENCIÓN	11
EL DERECHO A LA DIFUSIÓN Y PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO	11
a) Introducción	11
b) El derecho a difundir la información de interés público obtenida lícitamente	11
b) ¿Qué ocurre cuando una información es obtenida por el periodista a través de la interferencia de las comunicaciones?	12
d) ¿Puede ser lícito publicar informaciones que se han recibido de terceros que las han obtenido mediante medios ilegales - escuchas, filmaciones u otros medios de grabación o de interceptación de comunicaciones?	14
i. Obrar bajo la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho, la libertad de prensa	14
ii. La public interest defense para publicar informaciones	16
iii. Estado de necesidad	18
iv. Atipicidad conglobante	19
iv. Conclusiones sobre esta parte.....	20
e) El secreto periodístico no implica encubrimiento pues hay un deber profesional de no denunciar	20
CONCLUSIONES FINALES APLICABLES AL CASO EN CUESTIÓN	22

OBJETO DE ESTE DICTAMEN

El objetivo de este memorándum es entender el correcto tratamiento jurídico a dar a la difusión de información obtenida presuntamente de manera ilegítima, con el objeto de ayudar a esclarecer la situación procesal en la que se encuentra el periodista Daniel Santoro, citado a declarar en la causa “*Expte Nro. 88 / 2019 caratulado: Imputado: D’Alessio, Marcelo Sebastián y otros s/Asociación ilícita y extorsión*”.

Asimismo, este escrito brinda un panorama del derecho a la libertad de expresión como un derecho humano, consagrado en diversos instrumentos internacionales, pues la situación de Santoro, en su condición de periodista, está vinculada a este derecho.

BREVE REFERENCIA A LOS HECHOS EN QUE SE BASA LA IMPUTACIÓN DEL PERIODISTA

DANIEL SANTORO

Daniel Santoro es un periodista argentino, que trabaja en la actualidad para el Diario Clarín¹. El 10 de junio del presente año, Santoro fue notificado para presentarse a declarar en la causa 88/2019 “Imputado: D’Alessio, Marcelo Sebastián y otros s/Asociación ilícita y Extorsión”, que tramita ante el Juzgado Federal de Dolores.

La cédula de notificación que contiene la citación a indagatoria de Santoro afirma que “*se ha corroborado prima facie no sólo el vínculo de conocimiento y confianza que mantenía con Marcelo D’Alessio, sino su participación y su aporte en las actividades ilegales que llevaba adelante la organización delictiva investigada*”².

En la notificación librada a Santoro se le atribuye la comisión del delito de asociación ilícita, de la que formaría parte junto a Marcelo D’Alessio. Según la imputación, ambos habrían realizado actividades de espionaje para escribir en forma conjunta el libro “*El Mecanismo. La corrupción kirchnerista: contratos energéticos, delatores y Odebrecht*”; y que “*la fuente de información provendría de haber estado [D’Alessio] año y medio infiltrado en ENARSA*” y “*obtenido material informático de la empresa*”³.

Según Santoro esta acusación carece de fundamento, ya que con solo pedir el contrato a la editorial Planeta (editorial del libro) se comprobaría la falsedad de la acusación. Afirma también que D’Alessio no es co-autor del libro sino que simplemente aparece en un solo capítulo, para el que fue entrevistado “*on the record*”.

El Juez Ramos Padilla también imputa a Santoro por el delito de extorsión presuntamente cometido sobre el ex Director de PDVSA Argentina (Petróleos de Venezuela S.A.), Gonzalo Brusa Dovat. El delito habría consistido en extorsionarlo para que brindara una entrevista en el restaurant Sarkis, con la finalidad de que, en contra de su voluntad, Brusa Dovat formulara una denuncia penal con un contenido direccionado en la Fiscalía Federal del Dr. Carlos Stornelli⁴. En relación a esta entrevista, Santoro realiza las siguientes aclaraciones:

- El miércoles 30 de diciembre de 2018, Santoro habría onocido a Gonzalo Brusa Dovat por presentación de D’Alessio. Santoro le habría preguntado si aceptaba ser entrevistado “*on the record*”, explicándole el alcance de esa frase, la cual significaba dar su nombre y citar sus declaraciones en un medio periodístico importante como el Diario Clarín; a lo que Brusa Dovat respondió afirmativamente. Vale aclarar que Santoro habría sido engañado con respecto al verdadero nombre de la persona que iba

¹ Diario Clarín, <https://www.clarin.com/>, últ. visita 12 de junio de 2019

² Juzgado Federal de Dolores, cédula de notificación de fecha 10 de junio de 2019, pág. 3

³ Íd. Pág. 5

⁴ Juzgado Federal de Dolores, cédula de notificación de fecha 10 de junio de 2019, pág. 3

a entrevistar ya que unos minutos antes de que llegara, D'Alessio le había dicho que su nombre era Gonzalo Bruzoni y así lo anotó.

- Santoro además, le habría solicitado el consentimiento para grabarlo con su celular, a lo que también habría accedido. La entrevista habría sido llevada a cabo frente a unas cien personas que almorzaban en el restaurante Sarkis, ubicado en el barrio de Palermo⁵.
- En su testimonial, el mismo Brusa Dovat sostuvo: *“Me vuelve a preguntar Santoro si estoy de acuerdo en hacer la entrevista, y mi respuesta ante esa situación obviamente es que sí”*, según la versión que fue publicada por varios medios.
- Brusa Dovat le habría comunicado, entre otras cosas, que había sido despedido y que no tenía trabajo; que tenía un juicio laboral contra PDSVA y que había sido amenazado por los servicios de inteligencia de Venezuela; incluso, que había echado a un par de ellos con un bate de béisbol. Frente a estas declaraciones, D'Alessio le sugirió que la mejor forma de protegerse de las amenazas era hacerse conocido en los medios.
- Posteriormente, Gonzalo Brusa Dovat ratificó todo lo que contó a Santoro, en entrevistas realizadas por los periodistas Rodrigo Alegre (de TN) y Eduardo Feinmann y Rolando Graña, del Grupo América⁶.

La última acusación, en la que también se le atribuye a Santoro la comisión del delito de extorsión, refiere que *“Marcelo D'Alessio y la organización de la que participaba, utilizaban su relación con Daniel Santoro para amedrentar y extorsionar a sus víctimas y las intimidaba con publicaciones periodísticas -que en algunas ocasiones se concretaban- y tenían como fin impactar en la conducta de alguna persona –como por ejemplo, en los casos de Gabriel Traficante o Mario Víctor Cifuentes”*. Acusación que, según Santoro, también carece de fundamento. Al respecto afirma que:

“jamás mandé un mensaje mafioso ni participé de una coerción contra el empresario y dueño de la empresa OPS Mario Cifuentes. Mis notas sobre Cifuentes están basadas en una investigación que realizó, primero, el diario Río Negro, luego el Diario La Nación, y yo continúe en el Diario Clarín. Ello así, pues es un caso de interés público, en la medida que se trata de un contratista del Estado con una deuda millonaria con la AFIP. La principal fuente de las notas, resulta obvio, es la denuncia del diputado de Cambiemos, Leandro López Koeing. También hay informes que envió la PROCELAC al Juzgado Federal de Neuquén. Desconocía,

⁵ Diario el Perfil, <https://www.perfil.com/noticias/politica/hablo-testigo-del-caso-dalessio-la-entrevista-con-santoro-fue-contrami-voluntad.phtml>, últ. visita el 12 de junio de 2019

⁶ Ex directivo de PDVSA denuncia corrupción y persecución chavista en Argentina, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=Vu0_PqR5wWY

⁷ Íd. Pág. 5

hasta el trámite de esta causa, que D'Alessio lo hubiera supuestamente presionado para que venda su empresa de servicios petroleros OPS, en Neuquén, la que fuera declarada en quiebra; mucho menos sabía o autorizó que se usara mi nombre para ello. Como confirmación de ello, en declaraciones periodísticas, el diputado López Koeing dijo que “en la causa hay dos reportes de operaciones financieras sospechosas de la Unidad de Información Financiera según los cuales Cifuentes a través de paraísos fiscales sacó fondos en negro de la Argentina que terminaron en España y, sin embargo, no se avanza”

En síntesis, a Daniel Santoro se lo acusa de la supuesta comisión de delitos de asociación ilícita y extorsión con la finalidad de obtener información por medios ilegítimos y realizar así notas periodísticas para el Diario Clarín.

Esta imputación tiene el serio riesgo de criminalizar el ejercicio del periodismo. El rol de un periodista -que es brindar información a los ciudadanos- es fundamental en un Estado de Derecho. En orden a cumplir este rol, se le debe garantizar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que abarca a su vez el derecho a no revelar sus fuentes y el secreto profesional en su ejercicio profesional:

“El fundamento principal del derecho a la reserva es el importante servicio público que cumple el/la periodista al reunir y difundir información a las personas -y de este modo satisfacer su derecho a recibir información- que, de otra forma –esto es, sin guardar el secreto de las fuentes- no podría conocerse⁸”

El documento que aquí se desarrolla permite **destacar ciertas reglas fundamentales sobre el ejercicio del periodismo, la libertad de expresión y las amenazas que la criminalización de los periodistas puede producir:**

- (i) La difusión de información veraz de interés público publicada por un periodista que no la obtuvo de manera ilícita, en ningún caso puede implicar responsabilidad del periodista.
- (ii) La persecución penal de periodistas como en el caso aquí revisado puede desembocar en una peligrosa criminalización del ejercicio del periodismo, lo que viola el derecho a la libertad de expresión protegida por la Constitución de Argentina y los tratados de derechos humanos. Reunirse con personas que actúan al margen de la ley es parte esencial del periodismo de investigación y como tal es una actividad protegida por el derecho a la libertad de expresión.
- (iii) El ejercicio de la actividad periodística abarca el secreto profesional, la reserva de las fuentes, y diversas obligaciones de confidencialidad, lo que no configura en ningún caso un delito de asociación ilícita o encubrimiento.

⁸ CEJIL, “*La protección de la libertad de expresión y el Sistema Interamericano*”, pág. 108, disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/la_proteccion_de_la_libertad_de_expresion_y_el_si_0.pdf

- (iv) El periodista debe chequear la veracidad de la información, pero no tiene el deber de evaluar si la información ha sido obtenida en forma legítima o no.
- (v) El ejercicio de la libertad de expresión es un derecho humano, consagrado como tal por distintos instrumentos internacionales y, por tanto, debe ser protegido de manera amplia de la persecución estatal.

PARTE I
EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL Y LA
ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS PERIODISTAS

a) El derecho de información, opinión y crítica sobre los funcionarios públicos como núcleo de la libertad de expresión

El art. 13 de la CADH contiene una norma fundamental en el sistema del Pacto de San José. Se trata de la libertad de expresión, y sus partes relevantes en este dictamen son los siguientes:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

(...)

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Por su parte, el art. IV de la DADDH, relativa al derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, postula lo siguiente:

“Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Dentro del haz de derechos involucrados en las libertades informativas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado explícita y repetidamente en el sentido de que la exposición de información delictiva de (y la opinión crítica sobre) las personas vinculadas con el poder es central para la protección de la libertad de expresión. Así, en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* afirmó:

“Es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático⁹.”

En el *Caso Kimel vs. Argentina* la Corte reiteró y amplió su doctrina:

“El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público¹⁰”.

Por eso, para enmarcar este caso merece la pena recordar el principio acertadamente formulado por James Madison, autor de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual fue diseñada para proteger la libertad de expresión y de prensa:

“Un gobierno popular sin información popular; o sin los medios para adquirirla, no es más que un prólogo a una farsa o a una tragedia, o a ambas. El conocimiento siempre gobernará a la ignorancia. Y un pueblo que intenta ser su propio gobernante, debe armarse a sí mismo con el poder que da el conocimiento”¹¹.

No es difícil valorar debidamente la importancia de este principio, sobre todo teniendo en cuenta lo que ha enseñado la historia del siglo XX y de los comienzos del siglo XXI, donde en distintos países la prensa ha realizado y realiza una labor de auténtico “perro guardián” de la

⁹ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párr. 128.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 87.

¹¹ James MADISON, “Letter to W. T. Barry”, 4 de agosto de 1822, en S. K. PADOVER (ed.), *The Complete Madison*, Harper, New York, 1953, 337.

democracia, como le ha llamado en varias ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹².

En Estados en los que la corrupción está muy arraigada, es fundamental proteger de manera amplia la libertad de expresión. Tal como se sostuvo en Estados Unidos, la libertad de expresión es fundamental para el “*descubrimiento y difusión de la verdad política*”, pues “*todas las instituciones humanas están sujetas al riesgo*”¹³.

Finalmente, es necesario para el presente caso tomar “*Declaración Conjunta sobre Wikileaks*” del año 2010 en el cual el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, junto a la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual afirmaron:

“Las otras personas, como los periodistas, integrantes de medios de comunicación o miembros de la sociedad civil que tengan acceso y difundan información reservada por considerarla de interés público, no deben ser sometidas a sanciones por violación del deber de reserva, a menos que hubiesen cometido fraude u otro delito para obtenerla¹⁴”.

Esta declaración otorga el marco general de protección de las personas que ejercen labor periodística y sus derechos. La libertad de expresión es el prisma a través del cual se debe evaluar cualquier situación que involucre a un periodista que publica información de interés público.

¹² Cfr. E.C.H.R., *Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1991) *Series A* n° 216, par. 59; *Sunday Times v. United Kingdom (N° 2)*, (1991) *Series A* n° 217, par. 50.

¹³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 375, 375 (1927), Brandeis, J., *concurring*.

¹⁴ OEA, “Declaración conjunta sobre Wikileaks”, año 2010, punto 3, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=889&IID=2>

PARTE II
LA DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO Y SU OBTENCIÓN

EL DERECHO A LA DIFUSIÓN Y PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

a) Introducción

Hay una regla básica para proteger el derecho a la libertad de expresión del periodista: cuando un periodista obtiene una información de interés público en forma lícita y la publica, no es responsable por la manera en la cual la haya obtenido quien la brindó.

b) El derecho a difundir la información de interés público obtenida lícitamente

Previamente a exponer el núcleo central de este capítulo, se reiterará y ampliará un punto clave: si la información fue lícitamente obtenida por el periodista, y es de interés público, puede ser lícitamente difundida.

Antes de avanzar, es pertinente señalar que cuando aquí se habla de interés público, no se está hablando de cosas que interesen al público. El público es fluctuante, y fluctuantes son sus intereses. No todo lo que interesa al público, a su morbo, es de interés público. No todo lo que hace una persona pública no política, como una actriz, un deportista, etc., son actividades de interés público. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de España del 4 de junio de 1990¹⁵ ha expuesto que el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio” (art. 20.1.d CE) requiere que la información verse sobre hechos de interés general, con trascendencia pública, o tenga alguna relación con el pluralismo político o alguna contribución a la formación de criterios o ideas de interés general, social o económico, subrayando en el caso la carencia de tales notas en una información relativa a la intimidad personal¹⁶. Análogamente, ha dicho Lord Griffiths, concluyendo una importante sentencia de la *Court of Appeal* inglesa: “*Finalizo con una palabra de cautela: existe un mundo de diferencia entre lo que es de interés público y lo que es del interés del público*”¹⁷. Una idea similar había sido expresada aún antes por el juez Rehnquist, luego Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “*No se puede igualar ‘controversia pública’ con todas las controversias que interesan al público*”¹⁸.

¹⁵ Sala 1ª, Ponente Fernández-Cid, *La Ley* 1990-3, 547.

¹⁶ Ver *ibid.*, pp. 550-52.

¹⁷ *Lion Laboratories Ltd. v. Evans*, [1984] 3 W.L.R. 539, 562, CA.

¹⁸ *Time, Inc. v. Firestone*, 424 U.S. 448, 454 (1976), expresando el parecer de la Corte.

En segundo lugar, es conveniente indicar que *puede lícitamente obtenerse y conservarse una grabación o filmación de una comunicación que le es dirigida a uno mismo, o conservar y utilizar un correo electrónico que nos han enviado, para ser utilizado como prueba, siempre que se trate de una actividad delictiva o de otro tema de interés público.*

A partir de aquí se sigue que *no es ilegítimo el accionar de quien los grabe, filme o almacene con el propósito de comunicarlo a terceros.* Esto es, **es legítima la obtención por periodistas, o por fuentes de los mismos, de información de interés público cuando la comunicación va dirigida al periodista o a su fuente.**

Dado lo anterior, la siguiente consecuencia es que dicha *legitimidad o causal de justificación se irradia sobre todo el ordenamiento.* Por esto, si es legítimo obtener y retener con fines de comunicar, *es legítima la difusión por periodistas de informaciones que cumplan los requisitos vistos en este apartado.* Es decir, el periodista puede obtenerla por sí, y publicarla..., o un particular no periodista puede obtenerla, y difundirla directamente, o comunicarla directamente a un periodista, para que él la difunda.

En este sentido, cabe concluir que toda difusión de información de interés público obtenida lícitamente es válida.

b) ¿Qué ocurre cuando una información es obtenida por el periodista a través de la interferencia de las comunicaciones?

El difundir una información que se ha obtenido mediante una interferencia ilegítima en una comunicación puede constituir el delito de revelar secretos.

Así, el art. 153 del Código Penal argentino castiga no sólo la obtención ilegítima de comunicaciones de terceros, sino también el siguiente supuesto:

“si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica”.

En la misma línea, en el art. 42 de la ley 25.520 se sanciona la captación o desviación indebida de comunicaciones telefónicas¹⁹.

El resultado de lo anterior es que puede ser perseguido criminalmente el periodista que difunde lo que obtuvo ilícitamente, por ejemplo, interviniendo una comunicación.

Desde el punto de vista de la ética periodística, puede agregarse que **para obtener una noticia no puede emplearse cualquier procedimiento**, no existe un “todo está justificado”. **Esta ética de los procedimientos impone al periodista un deber de revisar los métodos por los cuales accede a la información**. En este sentido, se ha dicho:

“El deber de informar se extiende no sólo al mensaje en sí, sino también al justo proceder de su obtención, es decir, a todos los pasos o actuaciones previas que, directa o indirectamente lleven a la obtención del mensaje. Con independencia del resultado, el procedimiento informativo debe ser justo en sí mismo. Debe hacerse honor a una ética de los procedimientos. De no ser así, aunque la información como fin o resultado sea correcta, si la actuación que se ha seguido para su obtención no lo es, el mensaje queda éticamente invalidado. Así pues tanto el mensaje final como el procedimiento tienen que ser correctos en sí mismos”²⁰.

Numerosos Códigos de Ética Periodística y las prácticas autorregulatorias de los principales medios de comunicación aceptan estas consideraciones.

¹⁹ En el derecho comparado la solución es similar. Es también el caso del 197.4 del Código penal español, que con severas sanciones dispone:

“Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

En cuanto al Código Penal de Alemania, prevé lo siguiente:

“§ 201. Violación al secreto de la palabra.

[...] (1) será castigado quien sin autorización:

[...]

2. utilice una grabación producida de tal manera, o la haga accesible a una tercer persona,

(2) De la misma manera será castigado quien sin autorización

[...]

2. comunique públicamente en su sentido literal o en su contenido esencial, la palabra hablada de otro grabada según el inciso 1, numeral 1, o la palabra hablada de otro no grabada de acuerdo con el inciso 2 numeral 1,

(3) Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, será castigado quien como titular del cargo o quien como especialmente obligado por el servicio público lesione la confidencialidad de la palabra (incisos 1 y 2).

(4) La tentativa es punible”.

²⁰ Carlos SORIA, *El laberinto informativo: una salida ética*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 122.

Un poco más específicos aún, y estableciendo las excepciones de interés público o estado de necesidad, que luego se verán en su vertiente jurídica, pueden encontrarse en el Código de Ética de la Sociedad de Periodistas Profesionales de Estados Unidos y en el Código de Ética del Foro del Periodismo Argentino (FOPEA), respectivamente:

“Avoid undercover or other surreptitious methods of gathering information except when traditional open methods will not yield information vital to the public. Use of such methods should be explained as part of the story”.

“10. Los periodistas no aplican métodos propios de los servicios de inteligencia para obtener información. El uso de procedimientos no convencionales para lograr datos u obtener testimonios puede ser considerado sólo cuando se viera involucrado un bien o valor público. Nunca debe afectarse con ese fin la intimidad de las personas”.

Siguiendo estos lineamientos, es generalmente aceptado que también afecta la ética de los procedimientos, además de las informaciones obtenidas mediante escuchas y cámaras ocultas, las adquiridas por pago por información, “periodismo de talonario” que soborna testigos, ocultamiento de la identidad periodística, entre otras prácticas²¹.

d) ¿Puede ser lícito publicar informaciones que se han recibido de terceros que las han obtenido mediante medios ilegales - escuchas, filmaciones u otros medios de grabación o de interceptación de comunicaciones?

En ciertas oportunidades es lícito para un periodista publicar información obtenida ilícitamente por un tercero. Estas causas se analizan a continuación.

i. Obrar bajo la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho, la libertad de prensa

Si la información que se ha grabado, filmado, etc., estaba dirigida a uno y es de interés público, no hay ilicitud en grabarla, ni en difundirla. La excepción a esto es que el periodista esté reunido con alguien bajo las reglas del *off the record*, bajo las cuales está obligado a no revelar quién le dio una información o a no revelar lo que se le expone, según el caso concreto.

²¹ SORIA, *El laberinto informativo...*, *ibid.*, pp. 122 y ss. Ver también Camilo TAUFIC, Camilo, *La autoregulación del periodismo. Manual de Ética Comparada*, Santiago de Chile, 2005, en <http://www.c3fes.net/docs/autorregulacion.pdf> (acceso el día 15-8-2011), realiza una ampla recopilación de extractos de trabajos y prácticas de estilo asumidas por los principales medios del mundo en cuanto a procedimiento de obtención de información. Lo expuesto en el texto es asumido en el Código de Ética de *El Universal* de México, que indica: “2. (...) En su misión de generar noticias los periodistas de *El Universal* no recurren a engaños que impliquen suplantar o fingir ser otra persona, así como tampoco el uso de grabadoras o cámaras escondidas, en virtud de que ello mina seriamente la credibilidad y confianza en el diario. Los periodistas de *El Universal* no graban declaraciones sin consentimiento expreso del entrevistado”.

A la vez, un periodista también puede publicar la información que ha sido recibida de un tercero, el cual la ha obtenido de manera ilegal, cuando la misma es de claro y grave interés público, como puede ser la prueba de una grave inconducta estatal o de un delito serio cometido por un alto funcionario público. A esto se suma el hecho de que la propia recepción no constituye en sí un delito o un ilícito civil. Las razones son varias:

- i. el periodista no realizó un acto antijurídico, dado que no fue autor, cómplice o instigador de una obtención ilícita de información;
- ii. existe un claro y grave interés público que, por su mismo concepto, excluye la posibilidad de daño a la privacidad;
- iii. el daño al honor de quien realizó conductas inapropiadas o ilícitas es un daño justificado, y no antijurídico;

Por otra parte, quien obra de manera contraria al derecho no puede reclamar legítimamente que no podía grabárselo, filmárselo, utilizar el e-mail, etc. Si un funcionario público realiza un acto de corrupción, no puede legítimamente que tenía derecho al secreto en esa conducta. El punto está contemplado de modo nítido, en el Código Penal argentino, que contiene una excepción expresa a la punición de la publicación de secretos cuando está en juego un interés público. Así, dice en el art. 155:

*“Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, **los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.***

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

Encastrado en lo anterior, puede sostenerse, con Badeni²², lo siguiente, quien lo refiere a la estricta protección de las fuentes de información y del secreto de las fuentes de información:

- i. El periodista debe chequear la veracidad de la información, pero no tiene el deber de evaluar si la información ha sido obtenida en forma legítima o no. Ciertamente, el derecho a la libre expresión implica su ejercicio responsable, que puede incluir el deber de confirmar la información acudiendo a otra fuente²³, pero la vía ilegal por la que el informante pudo haber obtenido los datos no es extensible al periodista²⁴.

²² Cfr. Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, T. I, pp. 549-560.

²³ Cfr. BADENI, p. 551.

²⁴ Cfr. BADENI, p. 555.

- ii. Luego, la ilegitimidad de la obtención de información por parte de un tercero que la brinda al periodista no empece a la posibilidad de publicación de la misma. Cualquier posible delito cometido por quien obtiene la información de manera ilegal no puede ser trasladado al periodista, puesto que su tarea específica y propia es recibir y dar información²⁵.

Es de resaltar que esto último, relativo a que el ilícito de quien obtuvo la información no puede trasladarse al periodista, cuya tarea es dar información, ha sido refrendado, en Argentina, por la Cámara Federal en lo Criminal, en el caso de un conocido periodista de TV y del diario *Clarín*²⁶. En dicho caso el periodista Bonelli fue procesado por publicar información impositiva, protegida por el secreto fiscal. La Cámara sostuvo que al periodista no se lo podía sancionar, porque el que obtuvo la información en forma ilegal fue otro:

“Resultaría contrario a nuestros principios constitucionales entender la disposición del art. 101 [obligación de mantener el secreto fiscal] de la ley en cuestión como una norma de carácter absoluto que imponga el deber de mantener secretos a cualquier persona ajena al ámbito de creación de los datos protegidos y, menos aún, a quien en ejercicio de los derechos referidos y sin razón plausible para hallarse dentro de la prohibición, diera a publicidad la información. Lo contrario importaría afirmar que la intención del legislador ha sido la de ir más allá de lo autorizado por la ley suprema, restringiendo aquellos principios, garantías y derechos que la misma tutela”.

ii. La public interest defense para publicar informaciones

Conviene recordar una institución con gran arraigo en el Derecho inglés, cual es la *iniquity rule*, *iniquity defense*, *public interest defence*, o defensa de interés público. Se trata de lo siguiente. En dicho Derecho existe una máxima que establece que *“a ninguna persona se le permite divulgar al mundo información que ha recibido en confidencia, a menos que tenga justa causa o excusa para hacerlo”*²⁷. En otras palabras, es legítima la revelación de algo hacia lo cual se deba reserva o confidencialidad en forma directa o por parte de un tercero -como es el caso de un medio de comunicación cuando lo recibió de quien lo obtuvo ilícitamente- si se demuestra que existe un interés público en su difusión que contrapesa el interés en guardar el secreto.

Esta excepción de interés público proviene del *common law* y extingue el deber de confidencialidad²⁸. Para esto, los motivos y el modo de la revelación deben ser correctos, ya que

²⁵ Cfr. BADENI, p. 556 y ss.

²⁶ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina, Sala II, 17/07/2001, *Bonelli, Marcelo, y otros*, en La Ley, 2001-E, 255.

²⁷ *Fraser v. Evans*, [1969] 1 Q.B. 349, 361, CA, Lord Denning M.R.

²⁸ Cfr. STEDH *Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1991) *Series A* n° 216, § 42 (i).

no puede realizarse esta defensa donde lo prudente hubiese sido informar a la policía más que al público²⁹. No obstante, el mismo Lord Denning M.R. rechazó que la prensa no sea el lugar donde deban revelarse algunas cosas -en el caso, evasión de impuestos-, pues puede haber situaciones donde los hechos sean de tal carácter que el interés público pida una publicación amplia³⁰.

La *public interest defence* tuvo su origen en *Gartside v. Outram*, un caso de mediados del siglo XIX donde se sostuvo que “no existe confidencialidad para la revelación de una *iniquity*”³¹. En un principio se la consideraba circunscripta a la revelación de delitos y fraudes³². Actualmente hay una fuerte corriente jurisprudencial³³ que amplía el contenido de tal defensa a muchos temas, ya que, como ha dicho Lord Denning, “se extiende a cualquier mal proceder de naturaleza tal que su revelación a otros sea conveniente para el interés público”³⁴.

En definitiva, como escribió en otra oportunidad ese gran juez inglés, la *iniquity* es “meramente un ejemplo de justa causa o excusa para violar la confidencia”, pues no puede suplicarse confidencialidad para conservar secretas aquellas cosas que el interés público requiere que se revelen³⁵ o donde “el público tiene derecho a conocer”³⁶. En esta línea, se ha sostenido que puede utilizarse esta defensa ante prohibiciones *aún en caso de que no hubiera delito, mala conducta ni nada que reprochar*, si el interés público pide que sea ampliamente conocida, como es el caso de los posibles errores de las máquinas de control de alcoholemia³⁷. De este modo, la defensa de interés público comprende la información confidencial relativa a prácticas monopólicas y evasión de impuestos de grandes firmas³⁸, el asesoramiento a un

²⁹ La doctrina relativa a la necesidad de que los motivos y el modo de la revelación sean correctos se origina en *Francome v. Mirror Group Newspaper Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 892, CA.

³⁰ Cfr. *Initial Services Ltd. v. Putterill*, [1968] 1 Q.B. 396, 405-406, CA. En este contexto, la doctrina ha recordado que una función de la prensa libre es hacer una campaña de presión pública sobre las autoridades y que si se destapan serios errores de la justicia y una extendida mala práctica policial, no será inapropiado comunicarlo al público, porque esto inducirá a las autoridades a inquirir en el tema.

³¹ (1856) 26 L.J. Ch. 113, 114, Wood, V.C.

³² Cfr. *Initial Services Ltd. v. Putterill*, [1968] 1 Q.B. 396, 405, CA, Lord Denning, M.R.

³³ Ver, por ejemplo, los votos de los Lores Shaw y Templeman, en *Schering Chemicals v. Falkman Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 1, CA, y de los Lores Wilberforce y Fraser of Tullybelton en *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, 1169 y 1201, HL.

³⁴ *Initial Services Ltd. v. Putterill*, [1968] 1 Q.B. 396, 405, CA.

³⁵ Ver *Fraser v. Evans*, [1969] 1 Q.B. 349, 362, CA.

³⁶ *Schering Chemicals v. Falkman Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 1, 22, CA.

³⁷ Cfr. *Lion Laboratories Ltd. v. Evans*, [1984] 3 W.L.R. 539, 558, CA, Lord Griffiths. En ese caso se denegó una prohibición contra el *Daily Express* para que no publique publicar informes técnicos confidenciales de la empresa fabricante del Intoximeter, una máquina que medía el nivel de alcohol de los conductores, en los cuales se ponía en duda la fiabilidad del aparato. La sentencia consideró que interesaba prevenir las condenas injustas.

³⁸ Cfr. *Initial Services Ltd. v. Putterill*, [1968] 1 Q.B. 396, 405, CA.

gobierno militar extranjero para cambiar su imagen³⁹, los problemas de malformaciones infantiles generadas por una droga utilizada años antes como test de embarazo⁴⁰, o el mal manejo de una gran empresa pública en medio de una huelga de los trabajadores del acero⁴¹.

Sobre esta defensa de interés público se ha sostenido también que, puesto que para la Corte Europea de derechos Humanos la prensa tiene el deber de exponer la mala actuación pública⁴², tal instituto está exigido por el Convenio Europeo y su no aceptación es contraria a ese instrumento internacional⁴³.

Debe repararse en que esta defensa de interés público, que sirve en el Derecho inglés para evitar responsabilidades civiles o medidas inhibitorias, tiene una base racional clara, que es de aplicación a todo Derecho nacional y a todo tratado internacional de derechos humanos que proteja la libertad de prensa y el derecho a la información: lo que sólo se protege mediante el conocimiento generalizado, tiene derecho a que se lo difunda. El reverso de esto, que también avala la difusión, es que el que introdujo en la sociedad un acto ilícito, o un elemento dañino, no puede reclamar reserva, privacidad o confidencialidad sobre aquello que quiere ocultar del ojo ajeno, y en especial del ojo de la ciudadanía. Por tanto, aquí se postula que, suponiendo que se den sus condiciones, tal *defense* es aplicable en cualquier jurisdicción.

iii. Estado de necesidad

También debe tenerse en cuenta la posible ocurrencia de un estado de necesidad. Se trata de otra causa de justificación que establece que no es punible el que causare un mal para evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño.

De esta manera, quien publica algo que un tercero obtuvo ilícitamente, para dar a conocer un grave ilícito, o un hecho de gran interés público, podría considerarse que causa un mal (prevalerse de algo ilícitamente obtenido), para evitar un mal mayor al cual él es ajeno, como es la perpetuación de una situación contraria al bien común, que él puede aventar con su publicación.

Pensemos, por ejemplo, que en un país determinado un periodista, dada la situación de corrupción de las instituciones de seguridad y de justicia, puede entender que la única manera que tiene de “perseguir el delito”, evitar un mal, etc., como podría ser la comisión de nuevos

³⁹ Ver *Fraser v. Evans*, [1969] 1 Q.B. 349, CA.

⁴⁰ Cfr. *Schering Chemicals v. Falkman Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 1, 14, 22-23, CA, Lord Denning M.R., en disidencia, teniendo en cuenta que la información no perjudicaría los juicios pendientes y que la información estaba en el dominio público.

⁴¹ Cfr. *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.*, [1981] A.C. 1096, 1184-86, HL, Lord Salmon, apoyado por Lord Denning en su disidencia en *Schering Chemicals v. Falkman Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 1, 21 y 22, CA.

⁴² Cfr. *Lingens v. Austria*, (1986) *Series A* n° 103, 8 E.H.R.R. 407, § 41.

⁴³ Cfr. LEIGH, “Spycatcher in Strasbourg”, *Pub. Law* (1992) 200, 207. A contramano de toda esta jurisprudencia, la *Official Secrets Act* de 1989 dispuso que un acusado de revelar un secreto de Estado no puede invocar esa defensa para eludir su responsabilidad penal, algo que ha sido muy criticado.

delitos, que continúe en el servicio público un alto funcionario corrupto, que sea elegido un político venal, etc., consiste en la publicación de ciertas informaciones que han llegado a sus manos de las cuales sabe o sospecha que fueron ilícitamente obtenidas, podría sostenerse que actúa amparado por el “estado de necesidad”, puesto que razonablemente puede sostenerse que se dan todas sus circunstancias.

iv. Atipicidad conglobante

Una razón más que podría sostenerse para permitir la publicación de información obtenida delictivamente, es la siguiente: en algunos países de América, como la Argentina, por aplicación de la jurisprudencia interamericana (casos Corte IDH, *Kimel v. Argentina*⁴⁴, CIDH, *Verbitsky v. Argentina*⁴⁵) se ha llegado a una legislación penal muy protectora de la prensa. Esto ha producido, en concreto, que se hayan derogado los delitos de desacato, y se hayan modificado otros, como las calumnias e injurias, de manera tal que son atípicas cuando está comprometido el interés público.

En esta línea, podría traerse a colación el concepto de *tipicidad conglobante* de Eugenio R. Zaffaroni, según el cual un tipo legal es una concreta norma prohibitiva, que no debe verse aisladamente, sino en el conjunto de normas penales. En esta visión panorámica, “conglobante”, no se concibe que una norma prohíba lo que otra garantiza, fomenta u ordena. En estos casos un tipo penal puede dar la apariencia de cubrir circunstancias que, cuando se las ve en conjunto, “conglobadamente”, como parte del universo normativo ordenado, no están realmente vedadas. Así, la tipicidad penal no es la mera tipicidad legal, sino una tipicidad conglobante, que en ocasiones disminuye la aparente prohibición.

De esta manera, si una injuria o calumnia de un periodista, cuando se trata de un caso de interés público, en rigor es atípica, también podría considerarse atípica la publicación de una información que un tercero obtuvo ilícitamente, porque no es contraria a la norma implícita detrás del tipo legal, que establece “no publicarás comunicaciones intervenidas que no son de interés público”. Como esas informaciones son de interés público, garantizadas como libertad de prensa constitucionalmente y por tratados de derechos humanos, no se da verdadera tipicidad.

Es decir: si lo que se publica se puede publicar aun siendo injuria, porque donde está comprometido el interés público las injurias no son típicas, ¿por qué no se podría publicar aunque se haya recibido una información obtenida mediante intervención ilegítima?

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C Num. 177.

⁴⁵ CIDH, *Caso 11.012, Informe N° 22/94, Horacio Verbitsky, Argentina*, 20 de septiembre de 1994 (Solución amistosa).

iv. Conclusiones sobre esta parte

De todas las causales de eximición de responsabilidad que se desarrollaron en el apartado d) -libertad de prensa, defensa del interés público, estado de necesidad y atipicidad conglobante- es posible arribar a la conclusión que en el caso de Daniel Santoro la difusión de la información es lícita.

Las diversas publicaciones y notas periodísticas, así como el libro El Mecanismo dan a conocer distintos hechos de corrupción de manifiesto interés público.

Inclusive en el caso que terceros hayan obtenido esa información de manera ilegítima, la conducta de publicar esa información está protegida por el derecho a la libertad de expresión.

e) El secreto periodístico no implica encubrimiento pues hay un deber profesional de no denunciar

En diversas oportunidades los periodistas obtienen información a través de distintas fuentes. Estas fuentes son, a veces, personas que revelan al periodista ser autores de un delito.

Por ello, tal como se ha sostenido,

en su artículo 43, la Constitución Nacional consagra “el secreto de las fuentes de información periodística”. Además, los Relatores de Libertad de Expresión de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos se han pronunciado en defensa del secreto de las fuentes de los comunicadores sociales y de los archivos y soportes materiales o digitales en los que se asientan sus investigaciones⁴⁶.

La posición del periodista que ha recibido información obtenida ilícitamente por un tercero no constituye un delito. Para ello, deben diferenciarse diversas posiciones: autoría, instigación o complicidad.

En cuanto a la autoría, se sabe que una persona que actúa junto a otras puede ser también autor del delito, puesto que si tiene también “dominio del hecho” (entendido como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del mismo) será considerado o bien **co-autor**, y en ese caso su autoría será directa, o **autor mediato**, que algunos llaman “autor intelectual”, si se sirve de la otra persona, la cual actúa en calidad de mero instrumento que hace la voluntad de aquél.

Por lo tanto, el periodista que ha emprendido con otro, que ha hecho proseguir, o que podía detener, por ejemplo, una interferencia ilícita en las comunicaciones de otro, será, según los casos, co-autor o autor mediato, y le corresponderían las mismas penas que al autor material.

⁴⁶ CELS, El secreto de las fuentes periodísticas está consagrado por la Constitución, 11 de noviembre de 2014, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/2014/11/el-secreto-de-las-fuentes-periodisticas-esta-consagrado-por-la-constitucion/>.

En cuanto a la participación criminal, se llaman partícipes a todos aquellos que, tomando parte en el delito, no tienen el “dominio del hecho”. Vale decir, son los “cómplices”, quienes colaboran en un hecho delictivo ajeno. Estos pueden ser cómplices necesarios o no necesarios. Así, el periodista puede tener responsabilidad cuando el autor del delito sea un tercero, si es partícipe del mismo: ya como **instigador** (consistente en inducir al autor a cometer el hecho típico, porque lo determina directamente a realizarlo, le crea la decisión de hacerlo) o como **cómplice** (con lo que se alude a la prestación de un auxilio, cooperación o ayuda al autor del hecho). Según las legislaciones, el instigador y el cómplice necesario tienen la misma pena que el autor, o alguna menor, y el cómplice no necesario tiene usualmente una sanción reducida.

Podría pensarse, en los supuestos que aquí interesan, en el periodista que solicita a otro a que obtenga la información por medio de la promesa de entregarle algo a cambio, ya sea dinero u otra promesa, configurativo claramente de una inducción; o en el periodista que compra al autor el instrumento técnico que utilizará para la interceptación, configurativo de complicidad necesaria.

Por último, el periodista que, al recibir una información, conoce que la misma es de origen delictivo, no incurre en principio en delito de encubrimiento, puesto que no está obligado a su persecución, ni ayuda a eludir investigaciones, ni oculta rastros y pruebas, etc. (cfr. Art. 277 del Código Penal argentino).

Un periodista, sobre todo de investigación, tiene conocimiento en forma permanente de hechos ilícitos. Como periodista, su deber consiste en chequear la veracidad de la información que recibe antes de publicarla, mas no en denunciar ante la Justicia. Sobre todo cuando está protegido por el secreto de las fuentes.

CONCLUSIONES FINALES APLICABLES AL CASO EN CUESTIÓN

A la luz de los hechos relatados y los estándares internacionales en materia de ejercicio del periodismo y libertad de expresión, puede concluirse:

- (i) **El derecho a la libertad de expresión es un derecho humano** consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, que se encuentra protegido en el Sistema Interamericano de Derechos.
- (ii) Como fruto de la reforma de la Constitución Argentina del año 1994, la Convención Americana de Derechos Humanos adquiere rango constitucional, por lo que en consecuencia la libertad de expresión adquiere **rango supra legal**.
- (iii) **El ejercicio del periodismo no implica el deber de corroborar la licitud e ilicitud de la fuente de información.** En otras palabras, si la información que llega a manos de un periodista de forma lícita, y el periodista chequea la veracidad de esa información, no puede tener consecuencias el hecho de difundirla.
- (iv) El ejercicio profesional del periodismo supone el conocimiento de secretos, delitos, informaciones reservadas, que el periodista no está obligado a denunciar.