

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LA REGULACIÓN DEL SECRETO

Humberto QUIROGA LAVIÉ

SUMARIO: I. *El secreto profesional*. II. *Protección de la intimidad y objeción de conciencia*.

I. EL SECRETO PROFESIONAL

Se entiende por “secreto” aquello que “se tiene reservado y oculto cuidadosamente”. Sin embargo, el concepto de “secreto profesional” es más amplio porque incluye también, aquello que aun no siendo de conocimiento por parte de su titular, su revelación pueda causarle daño. La doctrina nacional y extranjera tiene especificado el concepto del secreto profesional como “todo aquello que se confíe al profesional bajo la condición de su divulgación”. Se trata de una noción restringida de secreto profesional, que no cubre a todo lo conocido por un tercero (en el caso de los profesionales), con motivo del ejercicio de su profesión, aunque no haya sido confiado por el titular, y al margen de condición alguna puesta en relación con su divulgación.

Para que el secreto deje de serlo debe cumplirse con una condición inexcusable, aparte de que él sea dispensado por su titular, consistente en que la respectiva cuestión, materia del secreto, pase a estar en conocimiento de un número indeterminado de personas; ello quiere decir que se debe mantener el secreto aunque su titular no sea una persona individual, sino un conjunto de personas suficientemente determinadas: es la indeterminación de los poseedores del respectivo conocimiento lo que dispensa o levanta la obligación de guardar del secreto.

No cabe duda que la protección del secreto profesional se encuentra íntimamente vinculada con la protección del derecho a la intimidad. La razón de la tutela de este secreto es la confianza que debe sentir una per-

sona para comunicarse con los profesionales que pueden prestarles sus servicios. Los médicos, abogados, eclesiásticos o periodistas no pueden creer plenamente sus profesiones, sino sobre la base de comunicaciones íntimas de verdaderas confidencias necesarias.

En la legislación española la violación del secreto profesional, por parte de abogados o procuradores, está castigada penalmente. Lo mismo la revelación de secretos por parte de funcionarios (artículos 360, 367 y 368, CP). En Argentina están, también, tipificados como delitos la divulgación de secretos que pueda causar daños por parte de quien, teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, lo revelar sin justa causa (artículo 156, CP), así como la revelación por los funcionarios públicos de hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos (artículo 157, CP). Pero en España se incluye la eximición de declarar como testigos a los obligados a guardar el secreto profesional (artículo 1247), regla no contenida en nuestra legislación.

La jurisprudencia francesa ha resuelto que toda divulgación de secretos profesionales es contraria al orden público, porque desconoce una necesidad impuesta por el interés del honor, del reposo, de la seguridad de los individuos y de la familia, por la necesidad de la libre defensa. En Francia, revelar los secretos profesionales es delito, con independencia de que se cause daño.

La obligación de guardar el secreto profesional alcanza a las confidencias facilitadas por colegas, y existe aunque no medie compromiso explícito. Como dicha obligación viene impuesta por la ley (es de orden público) y no por convenio entre partes, los clientes no pueden liberar a los profesionales de respetarla.

La inviolabilidad de la correspondencia entre abogados y clientes lleva consigo implícita la prohibición de requisa judicial. “Los despachos de los abogados sólo pueden ser requisados si dichos profesionales estuvieron incurso en delitos”. No pueden hacer prueba en juicio las declaraciones hechas en violación del secreto profesional.

El secreto profesional de los abogados está resguardado en las partidas: Ley IX, título VI, partida III, y en el Fuero Real, Ley 3, título 9, libro 1. El de los escribanos está protegido en España (artículo 274 del Reglamento Notarial; artículos 18, 32 y 35 de la Ley Notarial de 1862; artículos 367 y 368, CP). En Francia la protección viene de su jurisprudencia: París, 7 de noviembre de 1895, Rep. Gen. Not. 8907; París, 24 de julio de 1896; Rep. Gen. Not. 9333; salvo frente a otros clientes con interés legíti-

mo a conocer el secreto. El secreto médico está amparado en España sólo con responsabilidad civil (artículo 1902, CC); en Francia por su jurisprudencia: París, del 6 de febrero de 1954; JCP, 1954, II, 8107 y Tribunal Civil del Sena, 6 de junio de 1956; JPIC, 1956; JPC, 1956, II, 9521, y también en el Código Penal. El secreto sacerdotal está protegido en la legislación canónica; en España en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 263) y en Francia la sentencia del Tribunal de Lyon del 15 de julio de 1926. Los investigadores privados —podría extenderse a los periodistas— encuentran protegido su secreto profesional en Orden del 17 de febrero de 1951 de España (disposición 8) y la jurisprudencia francesa: sentencia del Tribunal de Casación francés del 20 de octubre de 1908, D. 1909, I, 46 y s., 1909, I, 253.

La credibilidad que genera el periodismo se apoya, necesariamente, en la veracidad de sus dichos, y esa veracidad no puede fundamentarse en el ocultamiento de las fuentes donde se obtuvo la información. La revelación de las fuentes es una función de la credibilidad que merece y necesita la prensa, como formadora de la opinión pública. En este claro principio se ha apoyado desde tiempos remotos el prestigio del periodismo anglosajón: él siempre se ha esmerado en no ocultar detalles sobre el origen de la información divulgada.

Sin embargo, no proteger el secreto profesional, de algún modo, puede llevar a la desinformación, porque el periodista se autocensurará, por miedo a los riesgos que corre si divulga una información. Dos bienes en juego: la plena información vs. credibilidad periodística y control sobre las fuentes.

El secreto profesional no exime a los profesionales, particularmente a los abogados, de su obligación de no encubrir actividades delictivas. Un abogado puede manifestar “no se” pero no puede decir sí lo se, pero no lo puedo decir, porque estoy obligado a callarlo por razón del secreto profesional. Si se prueba que sabiendo, no lo dice, cae en encubrimiento o en falso testimonio, según las particularidades del caso. En España el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exime de declarar ante los tribunales a los profesionales sobre hechos presuntamente delictivos.

De todos modos habrá situaciones enojosas: ¿la situación de necesidad en que se encuentran los individuos comprometidos en un delito, de acudir a servicios médicos, letrados o sacerdotales, no se vería agravada por la amenaza, de quedar desatendidos, frente a la evidencia de que la información que brinden puede quedar a disposición de la justicia, como

prueba fehaciente, para condenarlos? En definitiva: el compromiso de guardar el secreto ¿obliga o no?, ¿es el secreto profesional un ámbito que el derecho protege para ampliar la protección de la intimidad, en función del artículo 19, CN?, ¿le cabe a la justicia la defensa del secreto profesional?

Manuel Fraga Iribarne da respuesta parcial al asunto, sosteniendo que si ha mediado un grave delito que ponga en peligro la seguridad del Estado —el terrorismo, por ejemplo— el secreto profesional no puede invocarse para eludir la responsabilidad de ocultar pruebas o informaciones de utilidad en las investigaciones. Es difícil distinguir a tenor de delitos graves o “beniales”. O prevalece el orden público sobre el derecho de los particulares, o no prevalece. Siempre que haya delito de acción pública se afecta el orden público: siempre las distinciones serán difíciles de justificar.

Es indiscutible que el secreto profesional configura una garantía de plena información en favor de la sociedad, pues sin tal secreto la desinformación se generaliza, nadie da información para que se sepa que él la dio. Si se cierran las fuentes habrá menos información en circulación: esto es obvio. Pero, y la necesidad social de defenderse de la actividad delictuosa: ¿qué interés público debe prevalecer: el de la plena información o el de la plena justicia? pensamos que debe prevalecer el postulado de plena información, porque a la justicia —como interés social supremo— habrá que llegarse por otros medios. Una sociedad plenamente informada será más fuerte para defenderse del delito. No es forzando a los periodistas como se logrará ganar en calidad y cantidad de información. A la postre, una sociedad con periodistas más informados garantizará una sociedad mejor informada, que una sociedad que constriña al periodista a confesar la fuente de información de la cual se valió. De no ser así la función de control que tiene la prensa se encontraría seriamente afectada.

Claro está que lo que venimos señalando no puede significar que le esté permitido al periodista divulgar información reservada por interesar a la defensa del país. Los secretos de Estado no pueden ser vulnerados, tampoco los secretos judiciales. No toda información puede circular libremente. El derecho al secreto profesional se convierte, en este caso, en la obligación del silencio. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española “exime de responsabilidad” a los que obran en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 8.11).

¿Corresponde hacer excepción con los delitos contra la seguridad del Estado, cuando un periodista oponga el secreto profesional como argumento para negarse a dar información? ¿Cuándo la seguridad del Estado

no quedará confundida con la “seguridad del gobierno”? ¿O no será invocada la primera cuando está en juego la segunda? Es preferible no hacer diferencias pues, una vez más, el remedio puede ser más dañoso que la enfermedad. Fracturar el secreto puede cegar el acceso a la información, patrimonio común de todos, y perjudicar seriamente la transparencia del sistema democrático, que, sin información no puede consolidarse.

El periodismo no puede convertirse en un cuerpo de “soplones de la justicia”, tampoco en funcionarios judiciales: la calificación dependerá de la valoración que merezca la situación en la cual se coloca a los trabajadores de prensa. También es cierto que el periodismo debe ser lo más transparente posible cuando se trate de precisar el origen de la información; en tal caso deberá precisar el ámbito del cual proviene —policía, vecindario, tal o cual oficina pública— pero no deberá individualizar al informante: tanto la intimidad de este último, como evitar que se cierren los canales de información, son los dos argumentos fuertes para dar apoyo a la tesis que defendemos.

Si la información es inequívocamente falsa, en tal caso el periodista puede quedar liberado del secreto profesional: nadie puede pretender quedar amparado en el anonimato si ha sido un falsario y ha llegado a calumniar, como consecuencia de ello. Lo que el periodismo debe cuidar es no cegar las fuentes veraces de la información. Quien miente a sabiendas, no debe tener premio.

El secreto profesional debe amparar, también, al ámbito interno de la empresa periodística. Esto significa que, en principio, quien es responsable por lo que se escribe es el director, en tanto que el redactor de la noticia queda bajo los beneficios del anonimato: una forma concreta de evitar la autocensura (el miedo) en el ejercicio de la prensa. En estos casos, como el editor responsable no es el autor material de la noticia, no podrá ser pasible de responsabilidad penal, todo quedaría limitado al *quantum* de la responsabilidad.

El secreto profesional a ultranza puede convertirse en un *Bill* de indemnidad respecto de acciones desviadas o informaciones deformadas en favor de intereses sectoriales o, incluso, para encubrir actividades delictivas. En esos casos extremos lo lógico es no hacer del secreto profesional un dogma. Resulta claro que el secreto profesional tiene dos caras: encomiable frente a la autoridad para preservar las fuentes de información y su fluido desenvolvimiento, negativo, cuando la prensa se engolfa en la pretensión de encierro, frente a las demandas de la sociedad de que se

divulgue una información retenida o que se corrija una información deformada. Silenciar las fuentes, valor no discutible por su inspiración, no puede justificar el cierre del flujo informativo por parte de los medios, invocando, sobre todo, una mal entendida libertad de prensa.

En definitiva, desde el estricto punto de vista penal, el deber de conciencia del informador público de no indicar las fuentes de donde proviene la información, se convierte en un factor discriminatorio del dolo específico requerido para que se configure un encubrimiento, un falso testimonio a una desobediencia basada en su negativa a colaborar con la justicia. También la obediencia debida entra a operar como eximente de responsabilidad. Temas todos para el debate de los especialistas; aquí sólo hacemos señalamientos.

II. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Se entiende como “derecho a la objeción de conciencia” la salvaguarda que tiene todo individuo de no pasar por un estado de su conciencia frente al imperio de la ley o a los requerimientos de la autoridad, sea ésta pública o privada, a la hora de exigir su cumplimiento. Se trata de una nueva confrontación entre el orden público que determina el *imperium* de la legalidad y la intimidad que alberga en la conciencia de cada individuo, ámbito donde se despliega su identidad como persona. El tema ha revestido ribetes trascendentes cuando, por invocación de creencias religiosas y también filosóficas, los ciudadanos se han negado a prestar sus obligaciones cívicas más detonantes: caso del cumplimiento del servicio militar, de la honra que se debe a los símbolos patrios o de otras cargas públicas de carácter equivalente. También se aplica esta reserva al caso de la negativa de aceptar contra su voluntad la realización de determinados tratamientos médicos (operaciones o transfusiones de sangre), por ello viola sus principios religiosos o filosóficos, y a la negativa de los periodistas a tener que escribir las columnas que se les encomienden en sus periódicos, de acuerdo con la orientación que le impone la dirección del medio y no de acuerdo con sus propias convicciones.

En el derecho comparado la objeción de conciencia ha sido consagrada por la Ley Fundamental de Bonn, cuando sostiene que “nadie podrá ser obligado contra su conciencia a prestar el servicio militar con las ar-

mas” (artículo 4.3).¹ En España se prevé a la objeción de conciencia como posible causa de excepción al servicio militar (artículo 30.2). Portugal incorpora la institución en su artículo 275.3 y Chipre lo hace en el artículo 10.3. b. Pero, la mayoría de los Estados europeos, a falta de previsión constitucional, han regulado la protección de la objeción de conciencia por ley.

En el derecho latinoamericano “es ilegal y punitivo oponer la fe a la creencia religiosa, a la revolución... al deber de trabajar, a defender la patria, a reverenciar sus símbolos y los demás deberes constitucionales” (Cuba, artículo 54; Paraguay dispone, con otra redacción, una norma equivalente en su artículo 70). En Venezuela se dispone dicha prohibición del reconocimiento de la objeción de conciencia “para eludir el cumplimiento de la ley o impedir el ejercicio de los derechos” (artículo 65). Esta orientación negativa a la cláusula de conciencia ha sido revertida en Brasil, donde su última reforma constitucional de 1988 protege a la objeción de conciencia de las creencias religiosas, políticas o filosóficas (artículo 143.1), pero la invocación de este derecho no puede liberar del cumplimiento de las prestaciones alternativas que fije la ley (artículo 5o., VIII).

En Argentina, frente al silencio del texto histórico, la doctrina de la Corte ha sido oscilante en relación con el reconocimiento de la objeción de conciencia. En el caso Lopardo se negó a reconocer a la objeción de conciencia como un derecho implícito a la libertad de cultos consagrados en la Constitución, reconociendo la eximisión del servicio militar por dicha razón sólo a los ministros, novicios o religiosos de los cultos legalmente reconocidos, porque sólo a ellos les alcanza la excepción en los términos de la legislación vigente (leyes 17531 y 21745). Sostuvo el alto tribunal que no se puede interpretar que los derechos a la libertad religiosa y a la intimidad estén en pugna con el deber que impone el artículo 21, CN, de armarse en defensa de la patria, de conformidad con el objetivo de proveer a la defensa común enunciado en el preámbulo. La Corte agregó que no se debe olvidar que los derechos que emanan de cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras:² esto significa que la propia Constitución ejerce un poder de policía intranormativo, que tiene una fuerza de convicción mucho más constrictiva, dado

1 En Alemania se dictó, como consecuencia de su Constitución, la Ley del Servicio Civil de los Objetores de conciencia del 9 de agosto de 1973, modificada el 2 de marzo de 1974.

2 Fallos 1: 297; 277: 213; 279: 128; 281: 170; 296: 372.

que el control de razonabilidad de los deberes constitucionales no se hace a partir de un desnivel normativo, sino de normas de igual nivel.³

En el detonante caso Portillo, la Corte Suprema declaró, por primera vez en su historia como guardián de la Constitución, que “cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción pueda ser incumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y de conciencia”.⁴ Lo trascendente de este fallo está en que, no sólo dejó de lado los precedentes, ya recordados, donde no se admitían la objeción de conciencia invocada por parte de un testigo de Jehová con objeto de no cumplir el servicio militar activo sin que, en este caso, el ciudadano que interpuso “la objeción” era un católico apostólico romano, invocando, para justificar su derecho, el quinto mandamiento “no matarás”.

El argumento de base de la Corte para hacer lugar al pedido de Portillo de no prestar el servicio militar con armas, sino alguna variante de servicio civil, no fue que la libertad religiosa consagrada en el artículo 14, CN, desplaza a la obligación de armarse en defensa de la patria (artículo 21, CN), sino que la excepción resultaba propia, encontrándose acreditados cabalmente los motivos de la objeción, en razón de que si la Ley del Servicio Militar Obligatorio preveía otras excepciones al mismo (razones físicas, ser clérigo o encontrarse en una determinada situación familiar), es irrelevante que no hubiera previsto expresamente la motivación religiosa como causal de excepción, pues los derechos individuales deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces, aun sin mediar ley. De este modo la Corte vino a hacer extensivo el carácter operativo de los derechos constitucionales, a tenor de la jurisprudencia del caso Siri, en favor de un derecho no enumerado.

Insistimos: lo que ha hecho la Corte es declarar la operatividad del derecho constitucional de la libertad religiosa, con respecto a una excepción, a una obligación legal: creando la excepción por imperio de la propia norma constitucional, encontrando que ella se encuentra implícita en el texto de la ley fundamental. Sin embargo, el caso merece un análisis aun más profundo.

En primer lugar, nosotros creemos que lo que está detrás de la objeción de conciencia como causa de eximisión a la obligación legal de cum-

3 Véase el caso Lopardo, Corte *de facto* publicado en ED, 104: 737.

4 Véase el caso de los jueces Fayt, Petracchi y Bacque, LL, t. 1989-C, p. 401.

plir el servicio militar con armas, no es una cuestión de derecho, sino una cuestión de hecho: la imposibilidad psicológica de usar las armas por parte del objeto (equivalente a la imposibilidad física). El fallo en su punto 12 da fundamento a esta interpretación: “obligaciones legales que existen y no pueden hacerse cumplir... son, como diría Holrnes, fantasmas que se ven en el derecho, pero que resultan inasibles”. También en el punto 17 de la sentencia se sostiene que “...a la sola luz de la ley fundamental no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción”. Por ello la Corte exige que la objeción se encuentre “acabadamente acreditada”. Es que poner la defensa de la patria a cargo de prestaciones de cumplimiento imposible o deficiente, no resulta adecuado a la trascendencia del fin que implica dicha defensa.

En consecuencia de lo expuesto, será, caso por caso, la única forma de poder decidir si la objeción cabe. No se puede establecer una regla general: “todos los católicos pueden invocar la objeción de conciencia”. En rigor, a Portillo se le exceptuó, no por haber invocado ser católico, sino porque creó, en la convicción de sus jueces, la certeza de que no podía cumplir prácticamente con la obligación legal.

En segundo lugar, también resulta claro que el “derecho a invocar la objeción de conciencia” no tiene carácter absoluto, porque lo dice expresamente la Corte en el punto 11 de su fallo “en el caso no existe peligro grave a los intereses del Estado, porque el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempo de paz... distinta sería la solución si el país se encontrara en guerra, pues en tal caso nadie dudaría del derecho de las autoridades a reclamarle a los ciudadanos la responsabilidad de defender a la República”. En este punto hay una contradicción en el fundamento de la Corte y un exceso en su competencia. Una contradicción porque, si es cierto que la objeción es operante por razones de hecho (la imposibilidad de prestar servicios), cómo es posible que se acepte que en caso de guerra dicha imposibilidad no sea válida para la eximición de la carga. También hay un exceso en la competencia porque sólo el poder político está en condiciones de establecer si la defensa de la patria puede hacerse de un modo u otro: no es el caso, *a priori*, de sostener que debemos esperar la inminencia de la guerra para disponer quiénes y cuántos deben ser los capacitados militarmente.

En resumen, el caso de los objetores de conciencia en relación con el servicio militar, es un tema vinculado con la irrazonabilidad de exigir dicha prestación a quien no se encuentra en condiciones de satisfacerla (a

un lado las fabulaciones) y con la correlativa razonabilidad de estipular prestaciones alternativas compatibles con la situación en que se encuentra el obligado. Cuestión de la ley, sin duda, pero que bien pueden suplir los jueces, frente a un típico supuesto de inconstitucionalidad por omisión del legislador.

Claro está que los otros supuestos en los que suelen encontrarse los objetores: no honrar los símbolos patrios; negarse a transfusiones de sangre; negarse un judío ortodoxo a cerrar un comercio el domingo, o no dejar que lo cierren el sábado;⁵ no otorgarle el beneficio de desempleo a los adventistas que se negaban a trabajar el sábado;⁶ negarse a enviar a los niños a colegios públicos después del octavo grado;⁷ pues, estos supuestos ya no implican, puramente, una cuestión de hecho, en cuanto a la viabilidad de cumplir con la prestación exigida, sino significan la denegación de un derecho (beneficio de desempleo), a no sufrir una sanción (por no honrar el himno) o cumplir prestaciones vinculadas con la rutina diaria (abrir los comercios o enviar a los niños al colegio). En estos casos ya no se trata de violentar la *psique* del objetor (el caso de las transfusiones de sangre lo analizamos aparte), sino de ubicarlo como favorecido o perjudicado frente al reparto de premios y castigos.

Dirimir la situación a partir de la prevalencia de la ley religiosa o del imperativo de cada conciencia individual, dejando de lado a la ley del Estado implica, a nuestro juicio, aceptar la existencia de dos ordenamientos jurídicos (el estatal y el religioso) dentro del Estado; rompiendo la unidad del sistema (y tratando desigualmente a los ciudadanos, sin razonabilidad suficiente) o fundar el sistema jurídico con el anárquico postulado según el cual la creencia y los valores de cada uno pueden desplazar el orden de valores creado por el grupo de pertenencia que, por otra parte, le asegura al pretensor los bienes y servicios básicos para su sobrevivencia (paz, orden, seguridad, solidaridad y justicia).

Por otra parte, se debe considerar que no sólo es lícito (para el Estado), sino también debido (para el objetor) que se establezca una compensación de cargas que le impida a él resultar beneficiado como consecuencia de su posición. Si no existe dicha compensación la objeción de conciencia podría ser utilizada para obtener ventajas personales (se produciría una clara violación

5 En Estados Unidos el Fallo *Braunfeld vs. Brown*, 366 US 1.

6 *Cfr.* *Sherbert vs. Verner*, 374 US 398.

7 *Cfr.* *Wisconsin vs. Yoder*, 406 US 205.

ante la ley); es por ello que la compensación debe corresponder lo más posible a la carga que pesa sobre los demás afectados, para que el objetor no logre alguna ventaja o resulte perjudicado (tampoco deben resultar perjudicados los demás ciudadanos que no invocan la objeción).

Desde este último punto de vista, el objetor no podrá sostener que la satisfacción de la compensación le puede producir también una coacción moral, dado que a él no le produce perjuicio alguno (Stein).⁸ Es por ello que el Tribunal Constitucional de Alemania Federal ha declarado que no es lícito rechazar (objetar) también el servicio civil sustitutivo.

De conformidad con la obligación de cumplir la carga compensatoria, será lícita la aplicación de sanciones por la negativa a satisfacer dicha carga. Pero dicha sanción no podrá tener carácter discriminatorio alguno en su perjuicio, y deberá ser aplicada con el carácter general de las sanciones penales administrativas aplicables a quienes incumplen cargas públicas equivalentes.

El derecho, por otra parte, no podrá descuidar la importancia que tienen las otras sanciones sociales a los objetores de conciencia. Ellos tendrán que afrontar, de un modo muy explícito, el aislamiento a que se verán sometidos por el grueso de la comunidad, como consecuencia de su negativa a cumplir las prestaciones que la propia comunidad ha impuesto en beneficio de todos. Por ello, deberá disponer de la más amplia difusión de quienes son los objetores de conciencia, para que asuman su responsabilidad social por haber preferido actuar de acuerdo con su conciencia individual, pero en confrontación a la conciencia de la sociedad objetivada en las prestaciones exigidas por el Estado.

En Francia la Ley 63-1255 del 21 de diciembre de 1963 ha establecido un Estatuto para los objetores de conciencia. Allí se crea una Comisión Jurisdiccional integrada por magistrados y personalidades, encargada de resolver las demandas y calificar su procedencia. Se ha resuelto por dicha Comisión que la objeción de conciencia procede siempre que no exista intencionalidad política en la pretensión —por ejemplo, denuncias sobre el autoritarismo— sino una auténtica y sincera actitud subjetiva y personal contra el uso de las armas; ello ha llevado a la Comisión a rechazar demandas incluidas en cartas reproducidas en mimeógrafo, de acuerdo con un modelo común.⁹ Sin embargo, hasta 1972 el Consejo de Estado

⁸ Cfr. Stein, E., *Derecho político*, Aguilar, p. 213.

⁹ Véase Coillard, *op. cit.*, p. 410.

se mostró exigente en la valoración de los motivos para eximir el servicio armado, a partir de 1973 tornó a aceptar las reclamaciones pacifistas formuladas en términos demasiado vagos y redactados en términos idénticos por una veintena de solicitantes.¹⁰

La Corte de Casación francesa ha resuelto que es punible todo acto dirigido a incitar a otro a reclamar el uso del Estatuto de los objetores de conciencia.¹¹

¿Pueden los cónyuges católicos sostener que la obligación de contraer matrimonio dispuesta por la ley civil ofende su libertad de conciencia, afirmando que el único matrimonio válido para ellos es el religioso? Tamaña pretensión fue desechada por la Corte en una decisión lógica, invocando no sólo la potestad de regular todo lo referente al matrimonio civil, sino reivindicando la obligación de tutela que a él le concierne respecto de la formación del matrimonio.¹²

No podemos coincidir con Germán Bidart Campos cuando sostiene que el sistema legal argentino es inconstitucional en razón de que el único connubio reconocido es el civil.¹³ Menos aún podemos coincidir a partir de su argumento de que ello es así, en relación con los matrimonios canónicos, debido a la obligación constitucional del Estado de sostener el culto católico. Bidart Campos sostiene que si la Constitución le da dicho reconocimiento preferencial al culto católico, ello implica otorgarle efectos jurídicos a las únicas nupcias que dicho culto reconoce. El equívoco de esta argumentación radica en suponer que los efectos del matrimonio canónico pueden ser efectos civiles o jurídicos dentro del Estado argentino, y no comprender que dichos efectos son sólo de carácter ético, para no incurrir en la violación al sexto mandamiento de la ley de Dios.

Es por ello que se ha producido la divulgada práctica de ambos matrimonios en nuestro medio, pues los contrayentes saben bien para qué vale la ley de Dios (para imponer un orden de conciencia recíproca entre los contrayentes, vinculada a la moral de la Iglesia) y para qué vale la ley civil (para hacerla valer ante los tribunales civiles y no ante los canónicos) porque no hay dos Estados en el ámbito donde se ejerce la soberanía nacional; no hay dos investiduras superpuestas con pretensión de validez

10 *Cfr.* Chambre Criminale, 27 de mayo de 1974; Gaz Pal, 23-27 de agosto de 1974.

11 *Cfr.* Arret Jumel, CE, del 14 de febrero de 1973, rec., pp. 113-131; Corte Suprema, 12 de agosto de 1982.

12 Corte Suprema, 12 de agosto de 1982.

13 Véase Bidart Campos, Germán, en su nota en ED, 100, p. 471.

simultánea, sino dos órdenes autónomos de la conducta humana (el jurídico y el religioso), que no pueden ni interferirse ni superponerse. La preferencia que efectúa la Constitución respecto de la Iglesia católica tiene un carácter organizacional —sin que ello implique convertir a la Iglesia en la religión del Estado— de carácter presupuestario, como estímulo y reconocimiento del constituyente a una institución arraigada en el espíritu del pueblo argentino.

Bidart Campos sostiene que el régimen de matrimonio civil argentino se contradice porque, por un lado, declara que los matrimonios celebrados en el extranjero no tendrán valor si son contrarios a la religión del Estado¹⁴ —en este punto nosotros consideramos inconstitucional dicho artículo, porque la religión del Estado no está dispuesta en el derecho argentino— y por otro le niega validez al matrimonio canónico, el mismo que sirve para validar los matrimonios celebrados en el extranjero. Nos parece que se trata de cuestiones distintas —una cosa es definir la validez de los matrimonios celebrados en el país, imputando la misma a la exclusividad de la validez de la ley del Estado, y otra cosa es definir los alcances, en el país, de los matrimonios celebrados en el extranjero que, por no estar regulados por la ley nacional, además deben ser compatibles con el orden moral consagrado en la religión que se reconoce como prevaleciente en el país: para integrar el concepto de moral pública y de buenas costumbres, con el perfil que le prodiga la religión prevaleciente. Cuestión discutible de *lege ferenda*— pero, no contradictorias.

El argumento fuerte de Bidart Campos lo expone cuando se pronuncia a favor del pluralismo matrimonial religioso, por inscripción en el Registro Civil del acta nupcial emanada del culto ante el cual se casaron los contrayentes. En este caso lo que estamos haciendo es la función notarial en la administración de los cultos privados; ello parece razonable en orden a la conveniencia de aligerar el funcionamiento administrativo del Estado. Si los cultos no cumplen con responsabilidad esta función, los daños de la omisión serán sufridos, injustamente, por los contrayentes. No olvidar que la competencia nupcial habría que otorgársela a todos los cultos y no sólo a la Iglesia, para evitar un tratamiento desigualitario.

Lo que llevamos dicho no significa que sea pertinente o constitucional negarle los beneficios provisionales a quien sólo ha contraído matrimonio religioso. La prestación alimentaria debe tener reconocimiento aun

14 Así lo dispone el artículo 14 de la Ley 2393.

frente a las uniones de hecho, cuanto más en el caso de las uniones religiosas, debido a que el deber de subsistencia (derecho a la vida, a la salud) son prevalentes (en ellas debe prevalecer la verdad material a la formal), frente a las cuestiones vinculadas a intereses patrimoniales o al estado civil de las personas, donde el orden formal constituye la esencia misma de la seguridad jurídica.

La Corte Suprema ha entendido que la religión de la madre (testigo de Jehová), cuestión propia de su decisión personal de conciencia (intimidad), aun habiéndose exteriorizado con efectualidad sobre sus hijos (determinó la expulsión de ellos del Colegio), no parece haber influido en la instrucción de los mismos. El Tribunal entendió, que la intimidad ajena al control de los magistrados es aquella que no tiene exteriorización relevante que afecte al orden público¹⁵ que otra apreciación importaría adelantarse a comportamientos eventuales o futuros.¹⁶ A partir de estas consideraciones la Corte dispuso no retirarle a la madre la tenencia de sus hijos, según era la pretensión del padre. La decisión puede resultar razonable a partir de la conveniencia de que los menores permanezcan con su madre por razones de mejor ambientación psicofamiliar; sin embargo, sostener que la exteriorización de la religión de la madre resulta inocua con relación a la instrucción de los hijos, es algo difícilmente aceptable. En los hechos la Corte le ha reconocido a la madre el derecho a determinar la religión a la cual debían ser introducidos los hijos (frente a la oposición del padre) y no es cierto que ello resultaría inocuo para la instrucción de los menores.

Lo importante de este fallo es que reconoce que la religión de la madre —aun no siendo la prevaleciente en el medio social— no es óbice para que los hijos continúen con ella, cuando las razones de ambientación psicofamiliares lo hacen aconsejable. La Corte —aun sin decirlo en forma expresa— se ha pronunciado positivamente sobre tan delicada cuestión. En el caso no ha habido un problema de intimidad, sino de comportamientos exteriorizados que no afectan la moral ni el orden público: una forma indirecta de constitucionalizar el desenvolvimiento en nuestro medio de la secta religiosa testigos de Jehová.

El cristianismo siempre ha sostenido su negativa a aceptar que los gobiernos se encuentran facultados para forzar a sus súbditos a actuar contra

15 Fallos 302: 604 y sentencia de la Corte del 3 de noviembre de 1983.

16 Caso SRE del 3 de noviembre de 1983.

su conciencia. Esa clara posición cristiana fue la causa para que los emperadores romanos persiguieran a los cristianos. Lo cierto es que el martirio a que se les sometió, lejos de extinguir al cristianismo lo fortaleció y aseguró su consolidación y continuidad con la historia. Este pensamiento de Toynbee¹⁷ otorga sustento a la defensa que, desde el liberalismo católico, se hace de la objeción de conciencia como derecho merecedor de reconocimiento constitucional.

No sólo razones religiosas o filosóficas otorgan sustento a la objeción de conciencia. También hay razones de índole profesional —particularmente en el caso de los periodistas—, circunstancia que ha determinado la reivindicación de aquello que en el ámbito de la prensa se conoce como “cláusula de conciencia”. Esta cláusula significa el derecho del periodista de negarse a escribir una determinada orientación, contraria a sus convicciones personales, por así ordenarlo la dirección del medio de prensa, sobre todo si ha cambiado la orientación que tenía cuando él ingresó.

En Francia el periodista tiene derecho a ser indemnizado cuando media una situación de afectación a sus principios de conciencia, que lo lleven a la necesidad de rescindir su contrato de trabajo: para ello tiene que haber flagrante violación de sus intereses morales (artículo 29.e. del Código del Trabajo francés). Lo que se exige en ese país es el cambio de orientación del periódico, pero, ¿la cláusula de conciencia no puede ser invocada frente a una contradicción aislada entre los principios de la dirección y el periodista? Y en ambos casos ¿no se puede presentar la misma situación entre los funcionarios públicos frente a las autoridades políticas de turno, de forma tal que aquellos pudieran negarse a contrariar sus convicciones frente a las exigencias de la autoridad? ¿Y no se pueden presentar casos análogos con motivo al ejercicio de la libertad de cátedra, o con un simple operario pacifista que se encuentra haciendo tanques en lo que fue su ex fábrica de automóviles?

Los casos pueden multiplicarse y, también, darse en sentido inverso: quienes cambian no son la empresa ni las autoridades, sino los periodistas o las otras personas en relación de dependencia ¿será ello o no causal de despido justificado, para proceder de tal forma sin indemnización? No lo creemos: deberá haber indemnización, porque el riesgo de que se cambie de manera de pensar lo debe asumir la empresa. Ello en especial en la pren-

17 Cfr. Toynbee, *A Study of History*, vol. VI, p. 202.

sa, porque ésta incita en su función la libertad de pensamiento. En los demás casos deben operar las reglas usuales en la indemnización por despido.

En la declaración sobre medios de comunicación de masas y los derechos del hombre del Consejo de Europa, de 1970, se dispone que “la organización interna de los medios de comunicación debe garantizar la libertad de expresión de los redactores cuya independencia editorial debe ser preservada” (artículo 6o.). El mismo principio se encuentra contenido en el Código Latinoamericano de Ética Periodística (Caracas, 1979). La ley austríaca del 12 de junio de 1981, llamada de “defensa de opinión”, reconoce el derecho de los informadores a rechazar y prestar su colaboración a la redacción de informes contrarios a sus convicciones “deontológicas”.

Si la información pertenece a los lectores de un periódico, el cambio en la orientación los afecta, entonces, siendo los periodistas intermediarios entre la información y sus destinatarios, pueden, agrupadamente, negarse al cambio de orientación dispuesta por la nueva conducción de la empresa. Dejemos de lado la gran dificultad probatoria para poder determinar, en un juicio, cuando se ha producido un cambio sustancial en la orientación del periódico, que afecta las convicciones de los lectores. Aun así, estaríamos afirmando el principio del gobierno del diario por los periodistas y no por el propietario o por la dirección por él designada. Si esto pasara a convertirse en ley, seguramente los capitales no fluirían fácilmente hacia la actividad periodística: una tensión permanente entre dirección y cuerpo periodístico llevaría a cooperativizar el sistema.

Si así no son las cosas, y, sin embargo, se consagrara el postulado de conciencia en la actividad periodística, una oposición “gremial” al cambio de conducción obligaría a los nuevos propietarios a indemnizar masivamente a todo el personal, situación que incidiría, ciertamente, en la vida económica de la empresa periodística. Pensamos, por otra parte, que no resulta desatinado sostener que una forma equitativa de reivindicar la “cláusula de conciencia”, sea como “doble cláusula de conciencia” o como “cláusula de conciencia a la inversa”, de modo tal que no sólo el periodista tenga derecho a no ser compulsado a orientar sus notas en forma contradictoria con la orientación tradicional del medio, sino que tampoco la empresa se encuentre constreñida a mantener a un personal en su plantel que ha cambiado de manera de pensar y expresa sus pensamientos en forma contradictoria con la línea de pensamiento que lo llevó a ser incorporado como colaborador de aquélla. En ambos casos, sólo la justi-

cia puede resolver esta ardua cuestión de recíprocas pretensiones. En caso alguno se puede mal invocar la cláusula de conciencia para negarse a cubrir una nota, por el simple hecho de que el tema no guste (salvo que implicare un cambio de sección dentro del medio, en violación al estatuto profesional, al contrato de incorporación o a la práctica utilizada).

En España se ha sostenido por un sector de la doctrina que la cláusula de conciencia es sólo un derecho de los periodistas, en caso alguno de la empresa. Para ésta sólo cabría el reconocimiento de “derecho de edición”, el cual cubriría todo lo referente al ejercicio pleno de la libertad de prensa, en cabeza de la empresa.¹⁸

La cláusula de conciencia para la prensa tiene regulación legal en Austria desde 1910, en Francia desde hace 55 años (el famoso informe Brachard de 1935 dio lugar al Estatuto del Periodista), en Italia desde tiempos más recientes. En España sólo en la Constitución hay un reconocimiento positivo no recogido aún en la ley. En Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania Federal y Holanda no existe legislación en la materia.¹⁹

Está claro que no podemos llegar a extremos cuando se trata de la cláusula de conciencia. Un periodista no puede invocarla a su favor cuando su comportamiento no se encuentra involucrado, sino la línea editorial de la empresa; esto es, si cambian las editoriales y al periodista no se le lleva a pronunciarse por el cambio (en tal caso otros periodistas son los que acuden a la nueva línea). Salvo que ello sea materia de contrato o de regla estatutaria —como ocurre con el Estatuto periodístico del diario *El País*, de Madrid— nos parece que esta circunstancia no puede considerarse cubierta por la cláusula de conciencia. Sin embargo, todos estos razonamientos: ¿o pasan de ser meras especulaciones teóricas, a la hora de hacerlos realidad? porque: ¿están en condiciones los periodistas de encontrar nuevo trabajo, luego de haber hecho un planteo de conciencia en un medio? Ellos habrán logrado indemnización, como reparación en aras a su independencia de pensamiento, pero ¿el mercado laboral se mantendrá abierto para el periodismo independiente, sobre todo en un medio social con tanta tradición autoritaria como la que existe en Argentina?

Toda publicación periodística o todo medio de prensa posee una orientación establecida desde su fundación, por los responsables de la empresa periodística propietaria, y todo aquel que se vincule a ella asu-

18 Cfr. Desantes, Nieto y Urabayen, *La cláusula de conciencia*, Pamplona, EUNSA, 1978, p. 260.

19 Luca de Tena, Guillermo, *AEDE*, Madrid.

me, de una u otra manera, un compromiso que debe ser respetado. En ello radica la cláusula de conciencia: la obligación de respetar —por ambas partes de la relación periodística— el contrato de incorporación; su no cumplimiento implica responsabilidades recíprocas.

Un problema real se presentará toda vez que la definición ideológica del medio se pronuncie a favor de la independencia en el tratamiento de los temas públicos que aborde y, más aún, si se hace expresa declaración de pluralismo interno, reservándose solamente las columnas editoriales como tribuna orientada y definida, y haciendo expresa profesión de respeto al contenido de las notas individuales firmadas por cada columnista. En estos casos, difícilmente se puede invocar la cláusula de conciencia por parte de los periodistas, cuando se vean discriminados y no respetados por razón de su orientación de pensamiento, en abierta violación al compromiso editorial.

Algunos consideran que los derechos emanados de la cláusula de conciencia alcanzan, no sólo a los periodistas que encuentran en la concreta situación de tener que escribir notas que contradigan sus propias convicciones, sino a todo el personal que trabaje en la empresa: escriban o no. Esto implica definir el alcance que se le debe asignar a la función periodística. Quien hace la limpieza en un diario no es un periodista; quien trabaja de mensajero, tampoco. Habrá zonas grises: los fotógrafos plantearán casos de dudas, sobre todo si ellos fueron contratados para tomar notas gráficas indiscriminadas y no sólo aquellas que coincidan con el tenor o gusto del profesional.

Pensamos que estas materias deben ser reguladas de forma explícita en los respectivos estatutos de trabajo; a falta de regulación los jueces no podrán forzar la interpretación sobre lo que debe entenderse como “plafón de conciencia”; por lo general siempre es importante publicar las notas gráficas; quizá, la violación a la “cláusula” se producirá cuando la empresa “no quiera publicar una determinada foto” (discriminación inversa), pero, en estos casos se estaría afectando, no cabe duda, la libertad de prensa de la dirección del diario y la responsabilidad de conducción que le compete, difícilmente desmentida en los estatutos de funcionamiento de cada periódico.

¿También los accionistas de la empresa periodística podrían reclamar reparación pecuniaria, por invocación a la cláusula de conciencia? Para nosotros esta cuestión se debe resolver dentro de los parámetros comunes al desenvolvimiento del derecho comercial. El riesgo por la marcha de la

empresa lo deben correr todos los accionistas. Si algunos de ellos no han podido incidir en la conducción, a la hora de la elección de los órganos directivos, es, simplemente, porque no poseían un capital mayoritario. No puede haber quejas e invocación de derechos en un supuesto de tal naturaleza.

La cláusula de conciencia es un contrapeso del pleno derecho que tiene el editor de intervenir en el diseño final de la publicación. El *news editing* es la facultad de la dirección del medio de “manipular lingüística-mente” los textos para que puedan ser difundidos.²⁰ Frente al pleno derecho del editor, en los términos señalados, el periodista puede contraponer su derecho a no violentar sus propias convicciones a la hora de redactar, pero, que quede claro: la cláusula de conciencia no puede llevar a que el periodista se niegue a que la dirección le modifique su texto —salvo que él lo firme—, pues su función es acercar libremente el material que él considera oportuno. De lo contrario, sería el periodista el verdadero director de la publicación.

La cláusula de conciencia opera como derecho a resolver la relación laboral, pero no a imponer sus propios criterios sobre la dirección del periódico. Esto salvo el caso de convenios explícitamente formulados en sentido contrario, esto es, a favor del más amplio pluralismo editorial (asignación de espacios con plena libertad de publicación), pero, en tal caso, lo publicado debe ser firmado por quien lo escribió.

El secreto de las fuentes de información periodística.

La prensa de nuestro país encuentra notablemente fortificado el ejercicio de su libertad de expresión, mejorando, no cabe duda, la amplia protección de la Constitución histórica. Se trata de impedir, a partir de la nueva prescripción constitucional, la virtual autocensura de todos aquellos que tuvieren informaciones útiles a la función informativa e investigativa que debe cumplir la prensa, por temor a encontrarse incluidos en algún tipo de responsabilidad, penal o civil, o de ser objeto de represalias como consecuencia de haber facilitado los datos que luego la prensa hace públicos. Es verdad, entonces, que sin una cláusula garantizadora del secreto de las fuentes de información periodística, el ejercicio de la libertad de prensa puede convertirse, de hecho, en ilusorio.

Como puede apreciarse, hacemos una interpretación amplia de la tutela de las fuentes de información periodística: no sólo en relación con la

20 Cfr. Martínez Albertos, José Luis, publicación de *AEDE*, p. 92.

no procedencia del *habeas data* para tener acceso a las mismas, sino también, interpretando que hay una virtual causa de justificación penal constitucional, que libera de responsabilidad al periodista por el delito de encubrimiento. Si no se efectúa esta interpretación, el objetivo de la tutela no cumplirá el objeto para el cual fue incluido en la Constitución.

Sin embargo, la causa de justificación penal no puede alcanzar a la difamación, pues el periodista no puede prevalerse de su condición de tal para acusar falsamente a alguien de haber cometido un delito (calumnia): en este caso, si el periodista quiere salvar su responsabilidad no tendrá más remedio que dar a conocer la fuente que hace responsable a quien se siente difamado, para salvar su propia responsabilidad sobre lo dicho.

Resulta interesante recordar la jurisprudencia del caso *Branzburg*, en los Estados Unidos, donde el tribunal sostuvo que la confidencialidad sólo alcanza a lo recibido como información, pero no a lo observado personalmente en la tarea periodística (conforme marihuana; en el mismo sentido, Corte de Massachussets, en un caso del grupo terrorista Las Panteras Negras).

Para finalizar, el análisis de este último punto referido al secreto de las fuentes de información periodística, debemos señalar que nosotros consideramos que una regulación constitucional de esa naturaleza, no extensiva a las otras actividades profesionales, implica una real y efectiva violación al postulado de igualdad de trato por parte de la regulación constitucional. En efecto, no sólo las fuentes periodísticas merecen dicha protección, sino todos los profesionales implicados por el secreto: médicos, sacerdotes, abogados, etcétera, que obligados a recibir informes reservados o secretos, deberían, del mismo modo que los periodistas, encontrarse amparados por una protección constitucional equivalente. Sin embargo, no consideramos que el alcance de una tutela del secreto profesional de todos los profesionales hubiera debido tener el alcance amplio que le damos a la tutela de los periodistas; no pensamos que los restantes profesionales hubieran podido eximirse de su responsabilidad penal invocando el secreto, sino solamente la improcedencia del *habeas data*.