



Hoja No. 1. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

Directiva No. 0007

"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

I. CONTENIDO Y DECISIONES¹

A. Contenido

La Directiva establece algunas pautas sobre la manera en que deben proceder los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en las indagaciones penales que requieran información de un periodista, con el propósito de no limitar indebidamente su libertad de información y expresión. En ese sentido, explica los pasos del examen de procedencia de la citación a entrevista o a rendir testimonio a un periodista.

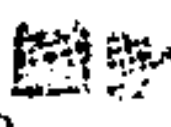
B. Decisiones

1. Prohibición general para citar a un periodista a entrevista o testimonio

- a. *Prima facie*, y como regla general, está constitucionalmente prohibido que los fiscales citen a un periodista a rendir testimonio o entrevista en relación con información suministrada por sus fuentes.

¹ Con base en los lineamientos del Fiscal General de la Nación, la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (DNEAC), en conjunto con asesores del Despacho del Fiscal General, proyectaron esta directiva. Además, tuvo como insumos para su elaboración, documentos presentados por contratistas externos de la DNEAC. La posición de la Fiscalía en esta directiva, no necesariamente compromete la opinión de los contratistas.



Hoja No. 2. Directiva No.  0007 *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

- b. En virtud del secreto profesional del que son titulares, los periodistas no pueden ser compelidos por autoridad judicial o administrativa a revelar i) la fuente de su información, ii) cualquier elemento que razonablemente pueda conducir a la identificación de la misma, o iii) aquella parte no publicada de la información suministrada por la fuente.
- c. El secreto profesional protege los documentos o cualquier otro material que esté relacionado directa o indirectamente con la información entregada por la fuente, tales como anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales, correos electrónicos, chats y/o similares.
- d. Los fiscales están habilitados para intentar que los periodistas colaboren voluntariamente con los fines de la investigación penal, a fin de que puedan brindar información relevante de manera libre y espontánea. Sin embargo, ello deberá hacerse únicamente en circunstancias excepcionales, cuando no exista una alternativa de investigación diferente que conduzca a la recolección de información relevante para una investigación.
- e. Una vez agotada la posibilidad de obtener la colaboración voluntaria, y ante la necesidad imperiosa de requerir información, los fiscales podrán citar a entrevista o solicitar la práctica del testimonio de un periodista. Ello solo podrá realizarse en circunstancias estrictamente excepcionales, cuando esté de por medio la satisfacción de otras finalidades constitucionales imperativas que, en el caso concreto, revistan mayor importancia que la protección de la libertad de prensa y de expresión. Por ejemplo, en eventos de violencia sexual contra niños o niñas. En cualquier caso, los periodistas podrán oponer las reservas que



Hoja No. 3. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

consideren convenientes, en el marco establecido por la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

2. Para determinar la procedencia de la citación, por tratarse de una restricción a la libertad de información y, por tanto, de un supuesto bajo *sospecha de inconstitucionalidad*, debe realizarse un juicio estricto y riguroso de proporcionalidad, en el cual se acredite que la medida i) persigue el logro de finalidades constitucionales imperativas, ii) es idónea para el logro de dichas finalidades, iii) es materialmente necesaria para su consecución y iv) es proporcional en sentido estricto.

Debido a la exigencia de la especial utilidad de la información, los fiscales deben abstenerse de citar a un periodista cuando con ello se busque simplemente establecer elementos periféricos, accesorios e incidentales dentro de la investigación penal, y en general, cualquier información que recaiga sobre hechos que no guarden relación directa con alguno de los elementos principales de la investigación.

3. Diligencia de recepción de testimonio o entrevista

- a. En caso de que la diligencia de recepción de testimonio o entrevista sea absolutamente necesaria, esta debe ser lo menos invasiva y restrictiva posible, a fin de no afectar innecesariamente la *relación de confianza* entre el periodista y su fuente. Para ello, se deben cumplir las siguientes pautas:
 - i. Las preguntas formuladas al periodista no pueden estar dirigidas a develar la identidad de la fuente de la información o a descubrir el origen de la misma. Para tal objeto, los fiscales se abstendrán de formular cualquier pregunta cuya respuesta pueda arrojar razonablemente elementos que permitan inferir el origen de la información.



Hoja No. 4. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

- ii. Los fiscales en sus diligencias no pueden formular preguntas dirigidas a cuestionar la forma en la que el periodista o su fuente ha obtenido la información divulgada a través de los medios de comunicación.
- iii. Las preguntas formuladas en la diligencia deben restringirse a la información que ha sido divulgada por el periodista a través de los medios de comunicación. En esa medida, dichas preguntas deben estar dirigidas exclusivamente a precisar, aclarar y/o verificar el alcance de la información publicada.
- iv. Los fiscales en sus diligencias no pueden solicitarle al periodista que revele elementos materiales integrantes o directamente relacionados con la información entregada por la fuente, tales como documentos, anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales o similares.

B. Palabras clave

Libertad de información, libertad de expresión, libertad de prensa, secreto profesional, testimonio, periodistas, juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

II. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la libertad de expresión y de prensa goza de una especial protección constitucional. El lugar privilegiado que ocupa dentro de la estructura axiológica de nuestro ordenamiento jurídico se justifica en gran medida por su estrecha relación con el funcionamiento de un régimen



Hoja No. 5. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

democrático². De acuerdo con Said y Foucault, los periodistas tienen —entre muchas otras— la importante función de decirle la verdad al poder, y por esta razón, su labor en los Estados democráticos es esencial y debe ser protegida.

Tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, este derecho cumple un papel protagónico en la consolidación de una sociedad pluralista y democrática, puesto que a través de su ejercicio se hace posible el debate político amplio, la fiscalización y control de los poderes públicos, al tiempo que favorece el cambio político y contribuye a la formación de una opinión pública robusta³.

En gran medida, debido a este vínculo indisoluble entre la libertad de prensa y el fortalecimiento de la democracia⁴, se ha revestido a este derecho de amplias garantías para su libre ejercicio y, a la vez, se ha buscado protegerlo contra posibles limitaciones, hostigamientos o amenazas.

En ese esfuerzo por brindarle a la actividad periodística un amparo sólido, la ley colombiana le otorga la protección del secreto profesional a quienes ejercen este oficio. Ello constituye una herramienta que facilita el acceso de los comunicadores a los hechos noticiosos y que hace posible la construcción de la confianza requerida entre el periodista y las fuentes de la información⁵. Correlativamente, la protección de la fuente periodística le permite a la ciudadanía alcanzar mayores niveles de información sobre hechos y sucesos de incumbencia pública.

A. La libertad de expresión no es un derecho absoluto

² Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda. "La principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación".

³ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos (OEA). Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión (2010), 3.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



Hoja No. 6. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Pese a la importancia que se le confiere a la libertad de expresión, no se trata de un derecho absoluto. Si bien existe una primacía a favor de esta garantía cuando entra en colisión con otros derechos, valores o principios de raigambre constitucional⁶ —como se detallará más adelante—, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones en algunos casos. No obstante, la referida protección reforzada obliga a los operadores jurídicos a analizar con especial cautela cualquier acto o decisión que pueda constituir una limitación indebida al derecho a la libertad de información y expresión de los periodistas⁷.

B. La libertad de prensa y las funciones de la Fiscalía General de la Nación

La protección que reclama la libertad de prensa no es ajena a las labores que desempeña la Fiscalía General de la Nación. Todo lo contrario. Existen una gran variedad de situaciones en las cuales el goce efectivo de este derecho se conecta, e incluso depende, del correcto ejercicio de las funciones que lleva a cabo el ente investigador.

Una situación de tensión entre la libertad de prensa y las funciones de la Fiscalía, por ejemplo, se presenta cuando un fiscal busca citar a un periodista a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación o un proceso penal, respectivamente. En dichas actuaciones entran en juego aspectos de índole constitucional, como la libertad de información, el secreto profesional, la relación del comunicador con sus fuentes noticiosas y, al mismo tiempo, está de por medio la satisfacción de otros intereses democráticos, como el deber de colaborar con la justicia, la correcta administración de justicia y la satisfacción de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

⁷ La Sentencia T-391 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda), que sintetiza gran parte de las subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de libertad de expresión, señala que existe una "sospecha de inconstitucionalidad" de los actos emitidos por autoridades públicas que limiten la libertad de expresión.



Hoja No. 7. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

En ese contexto, la presente Directiva tiene por objeto establecer una serie de lineamientos que permitan a los fiscales determinar cuándo se justifica citar a un periodista. Dentro de estos, el principal consiste en que, *prima facie*, no es constitucionalmente admisible citar a un periodista a rendir entrevista o testimonio en relación con casos o información que ha conocido en virtud del ejercicio de su labor periodística. Únicamente podrá hacerse de manera excepcional. Para el efecto, mediante este documento son fijadas algunas pautas generales sobre la manera en que deben proceder los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en esas indagaciones penales, con la intención de no vulnerar la garantía constitucional de protección de la fuente periodística, ni de limitar innecesariamente la libertad de prensa.

Con tal propósito, la presente Directiva está dividida en dos grandes secciones. En la primera, se reseñan sus fundamentos constitucionales. Dentro de esta i) se desarrolla una breve reseña de los fundamentos de la protección especial de la que goza la libertad de expresión, ii) se delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, iii) se define el alcance y contenido del secreto profesional de los periodistas, iv) se explica la razón para considerar la citación a un periodista para rendir testimonio como un acto jurídico teñido de sospecha de inconstitucionalidad y de procedencia estrictamente excepcional. Finalmente, v) se enuncian los requisitos que deben concurrir para que se justifique imponer cualquier límite a la libertad de prensa.

La segunda sección, por su parte, contiene un protocolo en el cual se establece la forma en la que los fiscales deben examinar si se justifica o no llamar a un periodista a rendir entrevista o testimonio dentro de un proceso penal, al tiempo que establece una serie de pautas sobre la manera en la que se debe proceder en dichas diligencias. Finalmente, se presentan las conclusiones generales.



Hoja No. 8. Directiva No. **E 0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

III. FUNDAMENTOS

A. Fundamentos constitucionales de esta Directiva

1. Protección prevalente de la libertad de expresión e información

Las libertades de información y de expresión son garantías que gozan de una especial protección en el derecho colombiano. La Constitución Política, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional le asignan a estos derechos un estatus privilegiado en nuestro ordenamiento.

De esta manera, el artículo 20 de la Constitución garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, así como la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. Específicamente, respecto a la actividad periodística, la Carta Política señala que esa labor recibirá especial protección y que, por ende, se garantizará su libertad e independencia profesional⁸.

De otra parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 17 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, lo cual comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". La misma disposición reconoce que el ejercicio de este derecho conlleva deberes y responsabilidades, razón por la cual preceptúa que este derecho puede ser objeto de restricciones, siempre y cuando estén expresamente fijadas mediante una ley y sean necesarias para i) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

A partir del análisis de las disposiciones constitucionales, sumadas a las contenidas en otros instrumentos internacionales adoptados por Colombia, la

⁸ Artículo 73 de la Constitución Política de Colombia.



Hoja No. 9. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Corte Constitucional ha identificado más de once dimensiones de la libertad de expresión e información⁹. Entre estas se encuentran i) la libertad de *expresar y difundir* el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas a través de cualquier medio de expresión, y el derecho a no ser molestado por ellas, ii) la libertad de *buscar o investigar* información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, iii) la libertad y el derecho a *recibir información* sobre hechos, ideas y opiniones, por cualquier medio de expresión¹⁰.

a. La importancia de establecer la libertad de expresión como un principio constitucional

Existen al menos dos argumentos para concebir a la libertad de expresión como un principio y derecho fundante de nuestra Carta Política, independiente y distinguible de otros reclamos libertarios reconocidos por el texto constitucional.

i. Prevalencia de la libertad de expresión por razones filosóficas

El estatus privilegiado de la libertad de expresión como principio y derecho fundamental *multidimensional* obedece a diversas razones. La primera de ellas es de índole filosófica y política, puesto que se relaciona con el principio de publicidad, el cual hace referencia a que el funcionamiento de las instituciones debe ser conocido por todos los ciudadanos. Adicionalmente, el principio de publicidad tiene que ver con la facultad que se le debe garantizar a todos aquellos que quieran participar en los debates públicos y presentar sus argumentos ante los demás, ya sea con el fin de hacer control al poder político o de permitir que los ciudadanos se formen un criterio sobre las ideas que están en la contienda política¹¹.

⁹ Al respecto, ver la reconstrucción que hace la Corte Constitucional en la Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

¹¹ Jürgen Habermas, *Historia y Crítica de la Opinión Pública* (Editorial Gustavo Gil, 2004), 94.



Hoja No. 10. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Gracias al principio de publicidad surge la posibilidad de la construcción dialógica de la verdad. En efecto, la separación establecida entre la esfera pública y la esfera privada, es decir, entre los discursos públicos, como el de los periódicos, los procesos judiciales, los trámites legislativos, etc., y los discursos privados, característicos de lugares como la familia, los negocios personales, entre otros¹², hace posible la existencia de un espacio para la confrontación de argumentos y de diferentes posturas. Lo anterior con el fin de que a través de un ejercicio argumentativo se pueda llegar a una verdad aceptada por toda la sociedad.

Si la verdad ha de entenderse como el intento de entender y explicar las razones por las cuales un agente actuó de una u otra manera, y de conocer integralmente el acto de los agentes que intervinieron en determinada situación, el instrumento más eficaz para interpretar socialmente un hecho determinado es la libertad de expresión.

Para el profesor Eric Barendt, el papel de la libertad de expresión dentro del descubrimiento de la verdad ha sido históricamente el principal argumento para darle a este derecho un estatus privilegiado¹³. Si los Estados ponen barreras injustificadas a la libertad de expresión, se reduce la interpretación y comprensión de hechos o situaciones importantes para la sociedad. En consecuencia, se cierra una ventana de oportunidad para tomar cursos de acción adecuados que eviten la repetición de acontecimientos indeseados o decisiones políticas basadas en la ignorancia.

Al respecto, es importante subrayar la reflexión que Amartya Sen hace sobre este punto, de acuerdo con la cual la búsqueda de una sociedad justa y respetuosa de los derechos fundamentales pasa por una discusión pública vigorosa:

¹² Jurgen Habermas, *Historia y Crítica de la Opinión Pública* (Editorial Gustavo Gili, 2004), 80-88.

¹³ Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Londres: Oxford University Press, Second Edition, 2007), 71.



Hoja No. 11. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

"La evaluación necesaria para la ponderación de la justicia no es un ejercicio solitario sino más bien una práctica discursiva. No es difícil ver por qué unos medios libres, enérgicos y eficientes pueden facilitar de manera significativa el necesario proceso discursivo. Los medios son importantes no solo para la democracia sino también para la justicia en general. La "justicia sin discusión" puede ser una idea opresiva"¹⁴.

Esta formulación está emparentada con la que expuso el juez Holmes en el célebre caso *Abrams v. Estados Unidos*. En su voto disidente, Holmes introdujo la teoría del "mercado de las ideas". Con base en este planteamiento, en una sociedad libre lo aconsejable es dejar que las ideas se desenvuelvan sin ningún límite, pues gracias a la confrontación con posturas contrarias, se impondrán aquellas que sean las mejores.

La diferencia entre lo expuesto por Sen y Holmes se sintetiza en lo siguiente: mientras para el primero el ejercicio discursivo dentro de la esfera pública permite la construcción de una sociedad más justa a través del debate, para el segundo esa no es la función de la libertad de expresión. Para Holmes, dentro de un ambiente de libertad, lo adecuado es que cada sujeto se haga su propio juicio de acuerdo con sus propias convicciones, sin que medie la coerción. Sobre este asunto, es posible ver que la Constitución de 1991 es más proclive a un punto de vista que privilegia la información debe ser veraz. Esta frase, interpretada de forma armónica con el preámbulo de la Constitución —el cual menciona la obligación del Estado colombiano de construir un orden social más justo—, indica que el ejercicio de la libertad de expresión está protegido constitucionalmente, porque permite mejorar y ahondar en la búsqueda de la justicia por parte de la sociedad colombiana.

Además de lo dicho por Sen, otros autores que no son afines a su doctrina filosófica han sostenido que la importancia de la libertad de expresión es buscar la verdad con el fin de poder luchar contra el poder ya que, en diversas ocasiones, los discursos sociales aceptados son puras imposiciones de los

¹⁴ Amartya Sen, *La Idea de la Justicia* (Editorial Taurus), 367.



Hoja No. 12. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

aparatos de poder. Y es gracias a la libertad de expresión que se permite develar este tipo de situaciones.

El filósofo francés Michel Foucault comparte esta perspectiva, al afirmar que una de las tareas del intelectual es sacar a la luz las imposturas que hace el poder. Al respecto, comentó lo siguiente:

"La «verdad» está ligada circularmente a los sistemas de poder que la producen y la mantienen, y a los efectos de poder que induce y que la acompañan. «Régimen» de la verdad. (...) El problema político esencial para el intelectual no es criticar los contenidos ideológicos que estarían ligados a la ciencia, o de hacer de tal suerte que su práctica científica esté acompañada de una ideología justa. Es saber si es posible constituir una nueva política de la verdad. El problema no es «cambiar la conciencia» de las gentes o lo que tienen en la cabeza, sino el régimen político, económico, institucional de la producción de la verdad. No se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder — esto sería una quimera, ya que la verdad es ella misma poder— sino de separar el poder de la verdad de las formas de hegemonía (sociales, económicas, culturales) en el interior de las cuales funciona por el momento"¹⁵.

ii. Prevalencia de la libertad de expresión por razones democráticas

En las sociedades democráticas la libertad de expresión cumple una función fundamental, pues constituye el vehículo que posibilita el debate público, vigoroso y pluralista¹⁶. Incluso, para algunos, el grado democrático de una sociedad puede examinarse a partir de la observancia del grado de respeto que recibe este derecho fundamental. La Comisión Interamericana de Derecho

¹⁵ Michel Foucault, *Microfísica del Poder* (Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1989), 189.

¹⁶ *Ibidem*. Ver también: Rodrigo Uprimny; Adriana Fuentes; Catalina Botero; Juan Fernando Jaramillo, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. (Colombia: Konrad Adenauer, Dejusticia y Andiaros, 2006), 7.



Hoja No. 13. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Humanos, por ejemplo, ha señalado que la libertad de expresión es "un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"¹⁷.

De acuerdo con teóricos como Nussbaum o Sen, el mejoramiento de las prácticas democráticas va de la mano con el hecho de poder acceder a la información de manera certera y adecuada. La posibilidad que tienen los ciudadanos de tener medios de información enérgicos y constitucionalmente protegidos les permite hacer sus propios juicios, y en esa medida, poder premiar o cambiar a los gobiernos que cumplan o que no cumplan con las expectativas de los ciudadanos. En suma, unos medios de comunicación fuertes permiten que la función crítica de los ciudadanos sea posible, pues gracias a la labor del periodismo se da a conocer información valiosa a la opinión pública, lo que a su vez permite hacer un escrutinio serio e informado a los diferentes gobiernos.

Otro punto importante es que la libertad de información le da voz a los olvidados y desventajados. El ejercicio de la prensa libre permite interpelar a los gobernantes y preguntarles por los cursos de acción. La libertad de expresión permite un desarrollo amplio del artículo 13 de la Constitución, en el que se consagra la necesidad de alcanzar la igualdad de manera progresiva. Dentro de ese contexto, los medios de comunicación se erigen como un instrumento que hace materialmente posible y efectivo el principio de igualdad¹⁸.

Así mismo, el Tribunal Constitucional de Alemania ha destacado el rol vital de la libertad de expresión en un régimen democrático. Por ejemplo, en 1966,

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Primer principio". *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, <http://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>

¹⁸ En relación con este punto, ver: Martha Nussbaum, *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005), 20. Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad* (Editorial Planeta, 1998), 60.



Hoja No. 14. Directiva No. 0007 "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

en el célebre caso conocido como *Spiegel Affair* (BVerfGE 20, 162 1 BvR 586/62, 610/63 y 512/64 *Spiegel-decision*¹⁹), dijo lo siguiente:

“Una prensa libre, sin intervenciones o censuras por parte de las autoridades, es un elemento fundamental para un Estado liberal; especialmente, una prensa política libre y de regular emisión, es indispensable para una democracia moderna. Si el ciudadano tiene que tomar decisiones políticas, debe no solo estar ampliamente informado sino también debe ser capaz de conocer y sopesar las opiniones que otros se han formado. La prensa estimula la continua discusión; brinda información, ofrece comentarios sobre la misma y, por consiguiente, actúa como una fuerza orientadora en el debate público (...). En una democracia representativa, la prensa se sitúa como intermediario permanente y órgano de control entre las personas y los representantes en el parlamento y el gobierno”²⁰.

De igual forma, el tribunal alemán también ha dicho que “Solo una discusión pública libre sobre asuntos de interés general asegura la libre formación de la opinión pública, que se representa en el Estado democrático liberal (...)”²¹.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha empleado en reiteradas oportunidades el *argumento democrático* para conferirle una protección especial a la libertad de expresión. Concretamente, a juicio de esa Corporación, la razón principal para otorgarle a este derecho una “posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos” es precisamente su estrecha relación con la democracia. Mediante su protección y ejercicio, sostiene la Corte, “se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación”²².

¹⁹ Caso del Tribunal Constitucional Alemán del 6 de agosto de 1966, BVerfGE 20, 162 1 BvR 586/62, 610/63 and 512/64 *Spiegel-decision* [inglés], http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=651

²⁰ *Ibidem*. Traducción libre.

²¹ Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia de 25 de enero de 1961, BVerfGE 12, 113 [Schmid vs. Revista Spiegel], http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/revista_spiegel.pdf

²² *Ibidem*. Sentencia T-391 de 2007.



Hoja No. 15. Directiva No. **72 0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Además, agrega que el libre flujo de la información y de la opinión "es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo"²³.

b. Consecuencias de la protección prevalente de la libertad de expresión

Como consecuencia de los motivos anteriormente señalados, la Corte Constitucional ha establecido una serie de subreglas que buscan materializar en la práctica esa protección especial que esta libertad reclama. Así, por ejemplo, ese alto Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha fijado una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión²⁴, de cuyo contenido se derivan tres efectos jurídicos principales:

- i. Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional.
- ii. Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales.
- iii. Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto²⁵.

2. Ámbito de aplicación de la Directiva: los periodistas

La libertad de expresar el pensamiento y opiniones no se limita a los periodistas y comunicadores, sino que de conformidad con el artículo 20 de la

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

²⁵ Estas presunciones en materia de libertad de expresión han sido reiteradas por la Corte Constitucional en pronunciamientos recientes. Por ejemplo, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao; Corte Constitucional, Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Hoja No. 16. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

Constitución, está garantizado a "toda persona". Sin embargo, como los periodistas rutinariamente hacen un uso intensivo de este derecho, es decir, como son "los titulares principales –pero no únicos– del proceso de producción informativa"²⁶, el sistema constitucional colombiano ha reconocido para éstos una protección especial. El mismo artículo 73 de la Constitución así lo confirma al precisar lo siguiente: "La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional".

En esa medida, aunque se trata de un derecho general, el ejercicio periodístico, en relación con la libertad de expresión, presenta una serie de particularidades fácticas y jurídicas que justifican una directiva orientada a establecer las condiciones en las cuales quienes se dedican a este oficio pueden ser citados de manera excepcionalísima por la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior en consideración de que –en palabras de la propia Corte– "el discurso periodístico como modalidad del derecho a la información y expresión, es uno de los modos de expresión sujetos a un mayor margen de regulación estatal, debido a su incidencia en el interés público y al impacto que tiene la información emitida por los medios de comunicación en el pensar de la gente, por ello lleva implícitas cargas, deberes y responsabilidades constitucionales expresas"²⁷.

Para el efecto, es necesario precisar i) quiénes pueden ser considerados como periodistas, ii) qué relación debe existir entre la información conocida y el ejercicio de su oficio, iii) la diferencias entre el periodista como testigo y como inculpado de un delito y, finalmente, iv) las diferencias entre información y opinión periodísticas.

²⁶ Marc Carrillo, *Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los comunicadores* (Barcelona: Universidad Pompeu Fabra), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf>

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Hoja No. 17. Directiva No.  0007 "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

a. Quiénes son periodistas

No es fácil adoptar una definición de lo que ha de entenderse por periodistas – y no le corresponde tampoco a la Fiscalía General de la Nación fijarla–. La democratización del acceso a los medios de comunicación y a la información de interés público, el proceso de masificación del periodismo, el auge de los blogs, las redes sociales y el periodismo ciudadano, entre otros factores, complejizan la elaboración de un concepto de esta índole. Sin embargo, se impone la necesidad de delimitar esta categoría, puesto que de ello dependerá determinar a quiénes deben aplicarse los lineamientos fijados en el presente documento²⁸. Por esa razón, a continuación se proponen algunos rasgos definitorios del oficio periodístico. El propósito de la siguiente presentación no es –se insiste– fijar una definición normativa, sino asistir a los operadores judiciales al momento de determinar, en el caso concreto, si se trata o no de un periodista.

Para Bourdieu, periodista es todo aquel que “como trabajo principal y retribuido, se dedica a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla por cualquier medio de comunicación, de forma cotidiana o periódica”²⁹. Aunque tiene cierta utilidad, esta definición deja por fuera un grupo de personas que deben concebirse también como periodistas. Por ejemplo, quienes de manera esporádica, e incluso no remunerada, colaboran con algún medio de comunicación, como es el caso de los columnistas de opinión o los colaboradores intermitentes de los medios. De ese modo, si bien el criterio de regularidad y de trabajo principal puede contribuir a identificar a los periodistas en muchos casos, no es una condición necesaria y *sine qua non* para rotular a un periodista como tal.

²⁸ Debe recordarse que por medio de la Sentencia C-087 de 1998, la Corte Constitucional estableció que para el ejercicio del periodismo no se requería haber obtenido ningún título profesional, ni haber obtenido previamente una tarjeta profesional de periodista. En suma, sostuvo que la connotación de periodista estaba marcado por el ejercicio del oficio.

²⁹ Pierre Bourdieu, *Les libertés publiques* (4a ed. París, 1972), 268. Tomado de: Marc Carrillo, *Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf>



Hoja No. 18. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Sin el ánimo de establecer una definición estricta, sino de servir de parámetro ilustrativo para los fiscales (y sin perjuicio de que otras personas también puedan ser consideradas como tal), esta Directiva se basa en el concepto de Bourdieu –y de algún modo lo complementa– según el cual los periodistas son quienes como trabajo, labor principal o accesorio, remunerada o no, se dedican a obtener, investigar, procesar, elaborar y editar información u opiniones para difundirlas por cualquier medio de comunicación de forma cotidiana, esporádica u ocasional³⁰.

A pesar de la anterior delimitación semántica, ciertamente puede haber casos en los que no resulte sencillo para los fiscales establecer si, en efecto, en el caso concreto la citación recae sobre un periodista³¹. Para esas circunstancias difíciles, los siguientes criterios también pueden resultar útiles para determinar si es aplicable el contenido de esta Directiva:

- i. El carácter periódico o habitual de la publicación.
- ii. La forma de presentación de la información.
- iii. El carácter periodístico de la información divulgada.
- iv. El reconocimiento de esa persona como periodista dentro de una comunidad.
- v. El nivel de influencia de la información dentro de una comunidad.

Estos criterios son de carácter orientador. Es decir, no son taxativos ni deben cumplirse todos y cada uno para concluir que la actividad que desarrolla una

³⁰ Esta definición amplia es acorde a lo dicho por la Corte Constitucional en torno a la titularidad del derecho a la libertad de información. En la Sentencia T-391 de 2007, el alto Tribunal sostuvo lo siguiente: "En atención a las distintas fases del proceso comunicativo, la libertad de información abarca las actividades de buscar información e investigar en las fuentes donde puede estar la información, procesar la información descubierta y transmitirla a través de un medio determinado, y recibir tal información".

³¹ Es el caso, por ejemplo, de las personas que publican información en sus redes sociales y que a través de ello se crea un impacto relativo en un grupo de personas.



Hoja No. 19. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

persona es de carácter periodístico. Finalmente, resulta pertinente mencionar que la Corte Constitucional ha considerado que no solo las personas que tengan un título profesional pueden ser periodistas:

"(...) Cuando el artículo 73 de la Constitución protege de modo explícito la actividad del periodista para garantizarle su "libertad e independencia profesional" es claro que lo hace en función de la tarea específica que tal profesional cumple, y no de la simple circunstancia de poseer un documento oficial, consecutivo a una experiencia anterior o al cumplimiento de ciertos requisitos académicos. Resulta, entonces, pertinente afirmar, sin el más leve asomo de ambigüedad, que los derechos, de cualquiera índole, los privilegios (prestacionales, de seguridad social como los previstos en la ley 100/93, o los de alguna otra especie) y aún los deberes éticos y jurídicos que al periodista incumben, como se indicó más arriba, derivan del ejercicio de su actividad (acreditable por cualquier medio probatorio) y no del hecho contingente de poseer o no una tarjeta expedida por una agencia oficial. (...)"³² (subrayado fuera del texto).

b. No hay lugar para dar aplicación a la presente Directiva cuando el periodista sea testigo directo y accidental de una conducta delictiva

Para que haya lugar a dar aplicación a los lineamientos fijados en el presente documento, debe existir un vínculo directo entre la información conocida por el periodista y su labor. Como cualquier persona, alguien que se dedica al ejercicio periodístico también se desenvuelve dentro de una faceta ajena a su oficio, dentro de un ámbito *no laboral*, en el cual asume el rol que desempeña cualquier ciudadano en la comunidad. En esa medida, es posible que por fuera de la esfera estrictamente periodística aquella persona conozca o sea testigo directo de un hecho que puede revestir las características de un delito. Como aquel comunicador que por cuestiones de azar presencia un hurto o un

³² Corte Constitucional, Sentencia C-087 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Hoja No. 20. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

homicidio, caso en el cual la persona podrá ser llamada a declarar sin considerar lo señalado en este documento.

Por el contrario, si el periodista ha sido testigo directo de la comisión de una conducta delictiva, no de manera accidental y azarosa, sino con ocasión del ejercicio de su labor periodística, deben seguirse los lineamientos trazados en la presente Directiva. De ese modo, en aquellos casos en los que el conocimiento que tuvo la persona sobre los hechos delictivos no ocurrió con ocasión del ejercicio de su oficio, no hay razón para aplicar las pautas establecidas en esta Directiva, y por tanto, debe regir el deber general de testimoniar³³.

En síntesis, el ámbito de aplicación de la presente Directiva está sujeto a que exista una relación causal entre *lo conocido* por la persona y el ejercicio de su labor periodística.

c. Distinción entre el periodista como testigo y como sujeto activo de un delito

La aplicación de las pautas aquí contenidas se limita a los casos en los que el periodista resulte testigo de una conducta delictiva. Esto excluye del espectro normativo aquellos supuestos en los que el comunicador sea sospechoso de haber cometido o participado en la comisión de un hecho punible.

Tales eventualidades exceden el objeto de esta Directiva. No obstante, vale decir que, cuando el periodista opere como inculpado, el tratamiento jurídico y penal será distinto, según se trate de i) delitos cometidos por los periodistas con ocasión de su actividad periodística o ii) delitos cometidos por el periodista sin relación con su actividad periodística, según se indica a continuación:

³³ Artículo 208 del Código General del Proceso.



Hoja No. 21. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

i. Delitos cometidos por los comunicadores con ocasión de su actividad periodística

En algunos casos, los periodistas en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión pueden incurrir en conductas punibles. Tal es el caso del comunicador que en una pieza periodística realiza imputaciones deshonrosas a una persona, las cuales caen dentro de la órbita penal de los delitos contra la integridad moral (injuria y calumnia). En esos casos, no habrá lugar para dar aplicación a los parámetros fijados en el presente documento. Con el propósito de determinar el tratamiento jurídico de los delitos de injuria y calumnia, la fiscalía podrá establecer criterios en otra directiva sobre las pautas para la correcta imputación de los delitos de injuria y calumnia en el contexto de los medios de comunicación.

En consecuencia, la presente Directiva concluye que los periodistas tienen el deber de atender los llamados de la justicia cuandoquiera que sean sujetos de investigación ante infracciones penales cometidas en el marco de su labor periodística. A su vez, esta interpretación es coherente con la jurisprudencia nacional. Para la Corte Constitucional, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal³⁴. De allí, por ejemplo, que no puedan ampararse en la protección de la fuente periodística para proferir afirmaciones injuriosas y calumniosas³⁵, pues ello podría configurar en algunos casos un delito contra la integridad moral. Cuando algo así ocurra, el periodista deberá acudir ante la justicia sin consideración especial. Frente a la reserva de la fuente periodística, la Corte Constitucional sostuvo que:

"Esta norma habilita al periodista [art. 11 ley 51 de 1975³⁶] para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción, aunque responsablemente, pues compeler al periodista a revelar la fuente de su información, conduce a limitar el acceso a los hechos noticiosos, porque

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ Corte Constitucional, Auto 006 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

³⁶ Como se explicará más adelante, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.



Hoja No. 22. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

quien conoce los hechos desea naturalmente permanecer anónimo, cubierto de cualquier represalia en su contra (...).

Naturalmente, el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que está sujeto y que se le pueden exigir, cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas³⁷.

Lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre el alcance del secreto profesional de los periodistas permite asumir que las prerrogativas que se le confieren al ejercicio periodístico no implican una inmunidad ni un fuero especial que los sustraiga del deber general que tiene todo ciudadano de comparecer ante las instancias penales, cuando sea sujeto de una investigación.

Por consiguiente, en aquellos casos en los que un periodista sea sospechoso de haber incurrido o participado en la comisión de un hecho punible directamente relacionado con su actividad periodística, no habrá lugar a la aplicación de los lineamientos trazados en esta Directiva. Para tales efectos, se deberá dar aplicación a lo señalado en la directiva en materia de injuria y calumnia, si en efecto se trata de un hecho lesivo de la integridad moral.

3. Ámbito de aplicación objetiva de la Directiva: información, no opinión

La jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene nociones diferentes de la información y la opinión. El primero de estos fenómenos hace referencia a la difusión de una investigación basada en hechos verificables, donde lo que prima es la descripción de un fenómeno del mundo social, con base en las fuentes que consulta un periodista. Por otro lado, el segundo de ellos se circunscribe a la valoración de unos acontecimientos comprobados por un

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995 M.P: Antonio Barrera Carbonell.



Hoja No. 23. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

analista o líder de opinión que plasma su percepción de los sucesos comprobados a través de cualquier medio de comunicación.

La Corte ha acogido este criterio en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo, en la Sentencia SU-056 de 1995, consideró que el libro "La Bruja", del periodista Germán Castro Caycedo, no había vulnerado el derecho al buen nombre de las hijas de la protagonista, pues el autor se había basado en hechos notorios y, en consecuencia, la información del libro era veraz y no era el producto de una valoración subjetiva de los hechos. En ese momento, la Corte indicó:

"Cuando el propósito del comunicador es informar sobre hechos o situaciones objetivas, debe respetar el derecho de los receptores a recibir información veraz e imparcial e igualmente los demás derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la noticia, en particular los derechos a la intimidad personal y familiar, a la honra y al buen nombre (C.P. art. 15).

En lo que concierne con la libertad de expresión que no se materializa o no tiene por objeto informar, sino recrear en una obra literaria, gráfica, plástica o fílmica, hechos o situaciones reales o imaginarios, no es procedente sujetarla a las exigencias impuestas a la libertad de información, como son el atenerse a la verdad e imparcialidad de la noticia, lo cual no significa que el artista -escritor, periodista, caricaturista, pintor, director- pueda desconocer impunemente los derechos fundamentales de terceras personas, en particular sus derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre"³⁸.

La Corte no ha cambiado su postura al respecto. De hecho, en una reciente providencia, dijo lo siguiente:

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



Hoja No. 24. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

"Por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión, es más amplio y carece de las orientaciones constitucionales explícitas que sí se imponen al derecho a informar, referido a la información veraz e imparcial. Ello porque el ámbito protegido en el derecho a opinar libremente es mucho mayor dada la protección constitucional brindada a los juicios de valor, no corroborables a partir de un referente objetivo, en una democracia pluralista, que el ámbito protegido en el derecho a informar hechos o circunstancias cuya verificación sí es posible por medio de referentes empíricos, sin que ello signifique que la Carta no proteja la divulgación de información que si bien no es exacta, sí se aproxima a la verdad, y fue publicada de buena fe, puesto que la circulación abierta y desinhibida de diversas versiones de la realidad es esencial para la existencia, el funcionamiento y la vitalidad de una democracia. Un segundo ejemplo de una manifestación expresa de la libertad de expresión en su acepción genérica, es la libertad de fundar medios masivos de comunicación"³⁹.

La distinción de la Corte no es un capricho, sino que está fundada en la teoría de las funciones del lenguaje. Diversos teóricos del lenguaje han postulado que este cumple diversas funciones denominadas informativas, expresivas y directivas. Las oraciones informativas corresponden a las que afirman o niegan algo y describen algún aspecto de la realidad de una u otra forma. Las oraciones expresivas son aquellas que se utilizan para manifestar sentimientos, estados de ánimo y emociones, o buscan despertar esos sentimientos y emociones en quien las escucha o lee.

Al contrario, las oraciones directivas están encaminadas a despertar la acción o la inacción de que quien las oye o lee. Un ejemplo clásico es el de las órdenes y los pedidos, los cuales constituyen oraciones directivas. Una orden se hace de modo imperativo, es decir, se hace explícito su carácter de orden,

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Hoja No. 25. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

mientras que un pedido asume una forma interrogativa, pues se busca que el receptor actúe a través de la pregunta⁴⁰.

Al distinguir entre opinión e información es claro que esta última categoría corresponde a la primera función del lenguaje, es decir, a las oraciones informativas, pues al afirmar o negar se hace una proposición que puede ser verificada, mientras las opiniones no pertenecen a esta órbita, ya que no necesariamente afirman algo verificable del mundo social.

Conforme a la anterior explicación, es claro que el ámbito de aplicación de la Directiva recae sobre la información –y no sobre la opinión– que haya sido proferida por el periodista. Con el propósito de discernir los enunciados informativos de los meramente valorativos, los fiscales deberán tener en cuenta las consideraciones precedentes.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de esta Directiva, corresponde precisar el alcance y contenido de la garantía constitucional del secreto profesional que reside en cabeza de los periodistas.

4. El secreto profesional de los periodistas

En sentido genérico, el secreto profesional fue definido por la Corte Constitucional como "la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes por confesión de los delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados"⁴¹.

En lo que concierne al periodista, en un primer momento, el secreto profesional estuvo consagrado en el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, el cual

⁴⁰ Un desarrollo de este punto puede verse en: Copi Irving y Cohen Carl, *Introducción a la lógica* (México. Limusa Editorial), 698.

⁴¹ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional, Auto A-006 de 1993, Sentencia T-074 de 1995; Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



Hoja No. 26. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

señalaba lo siguiente: "El periodista profesional no estará obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones".

Sin embargo, dicha ley fue declarada inexecutable en su integridad por medio de la Sentencia C-087 de 1998. Como fue descrito líneas atrás, esta fue la ocasión en que la Corte Constitucional consideró que era violatorio de la Carta Política supeditar el ejercicio del periodismo al hecho de haber obtenido previamente una tarjeta profesional y haber estudiado una carrera específica.

Si bien la razón de la decisión no estuvo dirigida a afirmar la inconstitucionalidad de la figura de la reserva de la fuente periodística, la Corte concluyó que, al declarar la inexecutable de la exigencia de un título de idoneidad para el ejercicio del periodismo, era necesario retirar la totalidad de la ley del ordenamiento (incluido el artículo 11), por cuanto las otras disposiciones derivaban en ininteligibles e inútiles al ser desprovistas de la sustancia que las justificaba⁴².

Sin embargo, tal decisión no despojó a los periodistas del derecho de guardar sigilo frente a sus fuentes de información. Explícitamente, la Corte sostuvo que, a pesar de la expulsión del ordenamiento de la norma comentada, ello no implicaba la desprotección de las fuentes periodísticas, ya que se debe considerar que todo aquel que ejerza la actividad periodística también está cubierto por el derecho al secreto profesional mencionado en el artículo 74 de la Constitución⁴³.

En consecuencia, no cabe duda de que el periodista está protegido por la garantía del secreto profesional, y que por ende, no puede ser obligado por ninguna autoridad pública o privada, ni en general por ningún tercero, a revelar la información que ha conocido por causa o con ocasión del ejercicio de sus actividades periodísticas. Ello resulta coherente con lo señalado por la

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-087 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-087 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Hoja No. 27. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Corte Constitucional en la Sentencia T-298 de 2009, concretamente en lo relativo al alcance del secreto profesional de los periodistas:

"[L]a inviolabilidad del secreto profesional (la reserva de la fuente) permite que un periodista guarde el secreto sobre la existencia de una determinada información, su contenido, el origen o la fuente de la misma, o la manera como obtuvo dicha información"⁴⁴.

En el campo de lo penal, y como regla general, lo anterior implica una excepción al deber de declarar sobre la relación que existe entre el periodista con su fuente de información⁴⁵.

a. Dimensión colectiva e individual de la protección del secreto profesional de los comunicadores

La protección de la fuente periodística tiene varias funciones dentro de un Estado democrático. Por un lado, desde una dimensión colectiva, esta prerrogativa cumple un papel social vital, pues permite a la opinión pública conocer los acontecimientos y sucesos de interés general o de incumbencia pública, con más detalle y profundidad⁴⁶.

Desde esta perspectiva, el periodista en su labor informativa cumple un "servicio público importante al reunir y difundir información que de otra forma, sin guardar el secreto de las fuentes, no podría conocerse"⁴⁷. De allí que algunos consideren que el secreto profesional del periodista es una garantía destinada a proteger, en primer lugar, a la sociedad misma⁴⁸.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-298 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁵ Artículo 385 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁶ Al respecto, ver, por ejemplo: Corte Constitucional, Auto A-006 de 1993.

⁴⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Punto 37, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

⁴⁸ Marc Carrillo, *Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores*, 419, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf>



Hoja No. 28. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Por otra parte, según la Corte Constitucional, desde una dimensión individual y subjetiva, el secreto profesional le permite al periodista: "Presentar ante la opinión pública denuncias sobre hechos o situaciones, irregulares y aun delictuosas"⁴⁹. Así mismo, desde esta perspectiva, esta garantía constitucional habilita al periodista "para realizar su actividad informativa con la mayor libertad de acción"⁵⁰, "con mayor eficacia y sin prevención"⁵¹, puesto que el reportero tiene mayor facilidad para construir una relación de confianza con su fuente de información y, a través de esto, lograr un mayor nivel de acceso a la información noticiosa. Lo anterior sucede gracias a la tranquilidad y blindaje que es capaz de proveerle el periodista a la fuente, con base en el compromiso del anonimato y la garantía de que ninguna autoridad podrá obligarlo a ponerla al descubierto.

En otras palabras, la razón de ser del secreto profesional de los periodistas es entregarle a los comunicadores una *carta de acción* que será empleada en el proceso de obtención de la información, a efectos de que puedan lograr un mejor y más completo acceso a los hechos noticiosos. Ello en razón de que, una vez resguardada en el anonimato y protegida contra las represalias de cualquier tipo, es dable esperar que la fuente informativa suministrará con mayor libertad información y documentación periodísticamente valiosas.

b. Diferencias entre el secreto profesional de los periodistas y el de otras profesiones

Existen elementos comunes en los secretos profesionales que amparan a los médicos, psicólogos, abogados, clérigos y periodistas. En todos estos casos, dicha figura facilita la confianza que debe existir entre el profesional y su *cliente o usuario* acerca de los asuntos objeto de su relación, con lo cual se hace posible para el primero tener un mayor acceso a la información asociada

⁴⁹ Corte Constitucional, Auto A-006 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-074 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández.



Hoja No. 29. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

con su actividad⁵². De lo contrario, argumenta la Corte, si no existiera este amparo, "no se conocerían pormenores necesarios para alcanzar el éxito de su gestión"⁵³.

A pesar de lo anterior, existe un elemento que en la práctica diferencia al secreto profesional del periodista de aquel que protege al resto de profesionales mencionados. Será descrito en la siguiente sección.

i. Secreto profesional de los médicos, psicólogos y abogados

El secreto profesional del que son titulares profesionales como los médicos, los obliga a no divulgar "todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya[n] visto, oído o comprendido"⁵⁴. Lo mismo sucede frente a los abogados, psicólogos y clérigos. En todas estas profesiones, el secreto profesional se justifica en la idea de que la información conocida no debe trascender por fuera de esa relación⁵⁵ y de la necesidad de que *lo conocido* por el profesional permanezca oculto o, como dice la Corte Constitucional, de que el profesional guarde "para sí el objeto conocido"⁵⁶.

Al tratar el secreto profesional de los psicólogos, la Corte sostuvo lo siguiente:

"Cuando un individuo deposita su confianza en un profesional, ello genera la obligación inviolable que contrae quien conoce la intimidad de una persona, de no revelar lo conocido. Es éste el llamado secreto profesional (...). [E]l secreto implica un deber de reserva plena y total. (...) La reserva significa ocultar al vulgo y dejar para sí el objeto conocido (...). En el tema del secreto profesional, el hecho conocido nunca debe divulgarse. Para entender este juicio, es necesario advertir

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-151 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-151 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁴ Ley 23 de 1981, artículo 37

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-264 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-073A-96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



Hoja No. 30. Directiva No. ²⁴³⁴ **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

que divulgar consiste en el acto de poner en el conocimiento abierto e indeterminado del público, algo de lo que se tiene noción o percepción"⁵⁷.

Obsérvese cómo aquí se enfatiza sobre la vocación que tiene de permanecer desconocida la información a la que el psicólogo accede con ocasión de este vínculo clínico y del correlativo deber que tienen los profesionales de reserva 'plena y total' sobre *lo conocido*. Lo mismo puede hacerse extensivo a los abogados o médicos. También, como explica Marc Carrillo, en estos dos supuestos el secreto profesional "consiste en la exigencia de guardar discreción sobre toda la información que el cliente y el paciente aportan, en virtud de una relación de confianza previamente acordada"⁵⁸.

El deseo de que la información a la que tuvo acceso el profesional permanezca desconocida para el público descansa en el interés constitucional de proteger la intimidad de la persona. Por ejemplo, en el caso del secreto profesional de los psicólogos, la Corte justificó la necesidad de su protección en los siguientes términos:

"Se reserva para la privacidad o exclusividad, con un doble fin: primero, para no dejar indefensa a la persona, al despojarla de la introspección necesaria para vivir dignamente, con su privacidad natural. Y segundo, por la honra, buen nombre y buena fama del depositante del secreto"⁵⁹.

ii. Secreto profesional de los periodistas

Sin embargo, en el caso de los comunicadores, el secreto profesional opera de manera distinta al de las profesiones anotadas. En estos casos, la información a la que tienen acceso los periodistas no tiene siempre la intención de

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-073A-96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁸ Marc Carrillo, *Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores*, 420, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf>

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-073A de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo.



Hoja No. 31. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

permanecer oculta. Debido a la esencia misma de la labor periodística, la información compartida por la fuente tiene la finalidad de ser revelada a la ciudadanía, por regla general⁶⁰, salvo que se trate, como se verá más adelante, de información frente a la cual se convino su no divulgación.

Precisamente, lo que se pretende es poner en el conocimiento abierto e indeterminado del público una información que ha sido revelada por la fuente y que el periodista considera que tiene relevancia pública. Ello demuestra que lo que en realidad se pretende tutelar mediante el secreto profesional de los periodistas no es directamente el derecho a la intimidad –ni del periodista ni de la fuente–, sino el derecho fundamental a la información y a la expresión⁶¹ en un doble sentido: del periodista por un lado, a buscar y acceder a las fuentes de la información, y de la sociedad en general, a conocer los hechos noticiosos.

En otras palabras, principalmente, la reserva de la fuente periodística busca erigirse en una garantía encaminada a asegurar i) que el comunicador pueda tener mejor acceso a las fuentes de las noticias y ii) que la ciudadanía pueda acceder a información de interés público.

Objeto del secreto profesional de los periodistas

Al hilo de lo expuesto en el acápite precedente, puede decirse que el objeto del secreto profesional de los periodistas no comprende toda la información revelada por sus fuentes –como en efecto ocurre en el caso de los médicos, psicólogos y clérigos–. En consideración al hecho de que lo que se busca proteger con el secreto profesional de los periodistas son las relaciones de confianza entre el periodista y sus fuentes (y a través de ellos, las diferentes dimensiones de la libertad de expresión e información), podemos decir que, en

⁶⁰ Como se explicará más adelante, la garantía del secreto profesional de los periodistas también comprende el derecho a no revelar la información suministrada por la fuente de la información.

⁶¹ Marc Carrillo, *Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores*, 421, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/7/21.pdf>



Hoja No. 32. Directiva N.º **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

este caso, el derecho al sigilo comprende i) la identidad de la fuente y toda aquella información que razonablemente pueda conducir a la identificación de la misma y, como se explicará a continuación, ii) la parte no publicada de la información suministrada por la fuente.

El secreto profesional de los periodistas también protege el derecho a no revelar cierta información revelada por la fuente

Frecuentemente, en la práctica periodística se acuerda entre el comunicador y sus fuentes revelar solo una parte de la información divulgada. El informante accede a suministrar datos y elementos a los que ha tenido acceso, aunque no renuncia a tener un control sobre qué aspectos de la información suministrada pueden ser revelados y qué otros deben permanecer ocultos. Tales tipos de acuerdos son perfectamente admisibles.

En esos casos, debe entenderse que la información no descubierta está también protegida por el secreto profesional, en los mismos términos en los que lo está la identidad de la fuente periodística y en los que opera el secreto profesional en los otros ámbitos ya aludidos —medicina, sicología, abogacía—. Obligar al periodista a revelar aquella información que se había comprometido a no divulgar, afectaría notablemente la *relación de confianza* entre el comunicador y su fuente. Relación frente a la cual, como se mostrará, existe un interés constitucional en proteger.

Tal concepción del alcance del secreto profesional tiene un amplio sustento en el derecho comparado. Por ejemplo, en la Recomendación No. R(2000) 7, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo Europeo el 8 de marzo de 2000, por medio de la cual se regula la protección del secreto profesional en la comunidad europea, se establece que el ámbito de protección del secreto



Hoja No. 33. Directiva N° **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

profesional comprende, entre otras cosas⁶², "la parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista".

En síntesis, habría que distinguir entre i) la información suministrada por la fuente que ha sido publicada y ii) la información proporcionada por la fuente que no ha sido publicada. Así, en el primer supuesto, el secreto profesional y el correlativo velo frente a las autoridades públicas recae sobre toda aquella información que razonablemente pueda conducir a la identificación de la fuente. En el segundo caso, en cambio, además de protegerse lo anterior, también se tutela la información no publicada.

El secreto profesional protege los materiales integrantes o directamente relacionados con la información entregada por la fuente, tales como documentos, anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales y/o similares

Se ha dicho aquí que el secreto profesional de los periodistas comprende no solamente el derecho a abstenerse de revelar cualquier dato o elemento que pueda conducir razonablemente a la identificación de la fuente de la información, sino que también protege la posibilidad de mantener oculto cualquier elemento que el periodista haya decidido no revelar. De ahí que los fiscales no puedan solicitar a los periodistas la revelación de elementos materiales integrantes o directamente relacionados con la información entregada por la fuente, tales como documentos, anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales y/o similares.

⁶² La recomendación No. R(2000) 7 del Comité de Ministros del Consejo Europeo sostiene que por "información que identifique una fuente" se entiende: 1) el nombre y los datos personales, así como la voz y la imagen de una fuente, 2) las circunstancias concretas de la obtención de las informaciones obtenidas por un periodista ante una fuente, 3) la parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista, 4) los datos personales de los periodistas y de sus patronos relacionados con su actividades profesional".



Hoja No. 34. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

La razón de lo anterior es doble. Por un lado, porque tales elementos pueden contener información que pueda conducir a la identificación de la fuente y, además, porque esos materiales posiblemente incluyen alguna información suministrada por la fuente que el periodista ha accedido a no revelar.

Es importante destacar que esta prohibición para los fiscales opera indistintamente de si se trata de una fuente periodística anónima o pública, pues se entiende que, aun si la fuente es conocida por la opinión pública, tales elementos relacionados –grabaciones, apuntes, etc.– pueden contener datos protegidos por la garantía del secreto profesional. Puntualmente, se trata de información sobre la cual recae un acuerdo de no revelación entre periodista y fuente que las autoridades públicas tienen que respetar.

Esta interpretación guarda relación con lo establecido en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se dice allí, en el principio octavo, que "todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales".

5. Como regla general, no está justificado citar a un periodista a rendir testimonio o entrevista en relación con información suministrada por sus fuentes

Prima facie y como regla general, está prohibido que los fiscales citen a un periodista a rendir testimonio o entrevista en relación con información suministrada por sus fuentes. Son varias las razones constitucionales, legales y empíricas que llevan a concluir que tal actuación debe ser estricta y absolutamente excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.



Hoja No. 35. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

a. El periodista está exceptuado del deber de declarar sobre aquello que ha conocido en razón de su oficio periodístico

En Colombia todas las personas tienen el deber de rendir testimonio cuandoquiera que así lo soliciten las autoridades judiciales⁶³, salvo en los casos expresamente señalados en la ley. Ello guarda relación con una de las obligaciones ciudadanas que impone la Constitución de 1991: el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 95.7).

Sin embargo, en el ámbito del proceso penal, junto con la garantía constitucional de no autoincriminación ni de declarar contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, se encuentra que el artículo 385 de la Ley 906 de 2004 establece como casos de excepción al deber de declarar las relaciones que existen entre:

- i. Abogado con su cliente.
- ii. Médico con paciente.
- iii. Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente.
- iv. Trabajador social con el entrevistado.
- v. Clérigo con el feligrés.
- vi. Contador público con el cliente.
- vii. **Periodista con su fuente.**
- viii. Investigador con el informante.

⁶³ Código General del Proceso, artículo 208; Ley 906 de 2006, artículo 383.



Hoja No. 36. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

De ahí que la lectura de esta disposición lleve a concluir que los periodistas están exceptuados del deber de declarar sobre los hechos que han conocido gracias a la relación que tienen con sus fuentes, aunque resulten valiosos para una investigación o un proceso penal. La norma no solo busca resguardar bajo el sigilo periodístico la identidad de las fuentes de la información —o cualquier elemento que pudiera conducir a su identificación—, sino también toda aquella información y conocimiento que el periodista ha logrado conocer por su quehacer periodístico.

El legislador ponderó entre la vigencia del deber general de colaborar con la administración de justicia (art. 95.7 Superior) y el interés público que existe en que la actividad periodística se lleve a cabo con plenas garantías y sin cortapisas de ningún tipo (arts. 20 y 73 ídem). Y finalmente concluyó que esto último revestía *in abstracto* mayor importancia, con lo cual resultaba legítimo imponer una verdadera excepción a la obligación constitucional de colaborar con las autoridades judiciales.

Tal excepción guarda coherencia con la protección de las fuentes que ampara a los periodistas. En realidad, la exoneración aquí comentada resulta ser el corolario obvio y natural de la protección del secreto profesional de los comunicadores. Si quienes se dedican a esas actividades pudieran ser compelidos a testificar en causas penales o a rendir entrevista en el curso de una investigación penal sobre aquello que han conocido gracias a las relaciones con sus fuentes, el secreto profesional del que son titulares quedaría desprovisto de todo sentido y derivaría en una protección estéril.

En esa medida, estamos aquí frente a una verdadera excepción al deber general de declarar o, desde la otra perspectiva, frente a un verdadero derecho de los periodistas a no colaborar con la administración de justicia. Derecho que, además, está previsto por el legislador penal (en concordancia con las razones constitucionales que inspiran la protección del secreto profesional), en los mismos términos en que el ordenamiento lo consagra frente a la



Hoja No. 37. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

inexigibilidad de la declaración contra sí mismo o contra cónyuge, compañera o compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad (inciso primero, artículo 385 Ley 906/04).

De conformidad con todo lo anterior, por regla general, los fiscales no podrán citar a un periodista a entrevista, ni solicitar la práctica de su testimonio para que brinde, aclare, precise o complemente información a la que ha tenido acceso con ocasión de las relaciones con sus fuentes.

Adicionalmente, a continuación se explica de qué manera el secreto profesional y la exoneración del deber de declarar que se le concede a los periodistas buscan blindar tanto la identidad de las fuentes como el *clima de confianza* que existe entre estos y los comunicadores, todo lo cual, además, es vital para garantizar el libre flujo de la información y la construcción de una ciudadanía bien informada sobre los sucesos de incidencia pública.

b. La citación de un periodista a rendir testimonio dentro de una investigación o proceso penal es una actuación constitucionalmente sospechosa

Debido a la protección reforzada con la que cuenta la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha señalado que cualquier restricción a este derecho fundamental debe ser analizada por los operadores jurídicos con especial cuidado. Tal fue la conclusión a la que llegó esa Corporación en la Sentencia T-391 de 2007. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional fijó la subregla según la cual "cualquier acto jurídico o actuación de hecho, de carácter general o particular, que de manera directa o indirecta limite el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones,



Hoja No. 38. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

realizado por *cualquier autoridad* estatal (...) ha de considerarse como una invasión sospechosa del ejercicio de este derecho"⁶⁴.

Dicho lo anterior, conviene examinar si requerir a un periodista dentro de unas indagaciones penales puede constituir una limitación directa o indirecta a la libertad de expresión. En esta Directiva se sostendrá, a partir de una visión garantista de la libertad de expresión e información y de un entendimiento amplio de las conductas que pueden llegar a constituir un límite a la libertad de prensa, que es dable pensar que requerir a un periodista para rendir un testimonio o entrevista dentro de un proceso penal puede constituir –en algunos casos– una perturbación indeseable a la libertad de expresión, y que por esa razón, su procedencia debe ser de carácter estrictamente excepcional.

c. La citación de un periodista genera un efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de prensa

Con relativa frecuencia el conocimiento de los hechos periodísticos depende de una fuente confidencial. Las personas que han tenido acceso a dicha información están dispuestas a permitir su acceso a un periodista bajo una única condición: que se mantenga su identidad en total anonimato.

Una exigencia en este sentido puede estar inspirada en diversas razones. La persona puede temer que la revelación de dicha información le acarree eventuales represalias (pérdida del trabajo, lesiones o amenazas contra su vida, por ejemplo). También puede que esa persona no quiera sufrir el *deshonor* de ser quien las revele⁶⁵ o teme que con su descubrimiento salgan a la luz pública hechos que le atañen y le perjudican (que se descubra, por ejemplo, la forma irregular en la que tuvo acceso a esa información, o se descubran actuaciones ilegales en las que ha incurrido), o, sencillamente, por desidia o la razón que

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

⁶⁵ Es el caso de las instituciones con un fuerte espíritu de cuerpo, donde el honor y la lealtad frente a sus pares se convierte en un factor determinante en su voluntad de constituirse en una fuente anónima.



Hoja No. 39. Directiva No. **E 0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

sea, busca evitar posibles llamados de la justicia para servir de testigo en un proceso penal⁶⁶.

En definitiva, la persona busca evitar la exposición de su identidad, al punto que si no estuviera bajo garantía de absoluta reserva, no estaría dispuesta a revelar al periodista la información que posee. Ante esas circunstancias, el ordenamiento jurídico colombiano faculta al periodista para establecer un acuerdo con la fuente –que también es oponible a terceros– para mantener bajo reserva su identidad o para contraer el compromiso de solo revelar parte de la información. Con esa protección, se busca dar la posibilidad al periodista de acceder a información que de otra forma no habría podido conocer y, correlativamente, privilegiar el interés público que existe en lograr un mejor cubrimiento de los hechos de incumbencia general.

d. Existe un interés público en proteger la relación de confianza entre el periodista y sus fuentes de información

Durante el encuentro entre un periodista y una fuente de información bajo garantía de anonimato se teje un vínculo en el cual este último accede a revelar al primero la información que posee sobre unos hechos de relevancia noticiosa, y además, le da vía libre para que los ponga en conocimiento de la opinión pública. La práctica demuestra que esa divulgación se hace posible, fundamentalmente, por una razón: porque la fuente *confía* en que el periodista honrará el acuerdo para mantener oculta la identidad de la fuente. Si sucediera lo contrario, es decir, si no tuviera la expectativa de que el acuerdo será honrado, la fuente se abstendría de revelar la información a ese periodista.

Ese *clima de confianza o atmósfera de cooperación*⁶⁷ resulta vital en la relación entre el periodista y su fuente⁶⁸. Es lo que en esencia le permite al

⁶⁶ Ver, por ejemplo, la reconstrucción de motivos para preferir el anonimato al revelar información a un periodista: Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *caso Branzburg v. Hayes*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>



Hoja No. 40. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

comunicador acceder a la información noticiosa y, a la postre, lo que le va a permitir a la sociedad conocer los hechos de relevancia pública.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que la *confianza*, en estos casos, constituye un ingrediente fundamental para la efectividad del derecho de información en su doble dimensión —la de informar y ser informado—, puede decirse que existe un interés público en proteger no solamente la reserva de la fuente, sino también de salvaguardar, resguardar y preservar esa *relación o clima de confianza* que se forma entre el periodista y sus fuentes de información.

Ello implica también proteger el vínculo periodista—fuente de hostigamientos, presiones, injerencias y evitar incurrir en cualquier comportamiento o proferir cualquier decisión que pueda debilitar o menguar el vigor de la confianza depositada por aquella persona que accede a revelarle a un periodista una información que considera valiosa. En definitiva, el deseo de preservar la confianza entre el comunicador y sus fuentes obliga a las autoridades públicas a abstenerse de proferir cualquier acto capaz de disuadir a la fuente de revelar a un periodista la información de interés público que tiene en su poder.

Consecuentemente, a partir de una visión garantista que reconoce en el libre flujo de la información un elemento esencial del esquema de Gobierno democrático⁶⁷, se llega a la conclusión de que al ordenamiento jurídico le interesa blindar esa *relación de confianza* contra cualquier acto o decisión de una autoridad pública que directa o indirectamente pueda afectarla, pues se reconoce que, gracias a su existencia, el derecho fundamental a la libertad de información se alimenta y fortalece.

⁶⁷ El término es empleado en la siguiente fuente: Vince Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study* (Michigan Law Review), 240 y s.s.

⁶⁸ Sobre la necesidad de la construcción de confianza entre el periodista y su fuente para el éxito del proceso de obtención de las noticias, ver, por ejemplo: Vince Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study* (Michigan Law Review), 240 y s.s.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.



Hoja No. 41. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

e. La citación de un periodista a rendir entrevista o declaración es un acto que puede afectar la relación de confianza con sus fuentes

Dicho lo anterior, vale decir que existen elementos para inferir razonablemente que el hecho de que los operadores judiciales acudan de manera generalizada al conocimiento que un periodista tiene –en razón de su oficio– sobre determinados hechos de relevancia penal, puede constituirse en un factor que influya en los niveles de confianza entre los periodistas y sus fuentes de información, con las consecuencias negativas en términos de libertad del flujo de información que se han anotado.

Así, desde una perspectiva empírica, el llamado judicial hecho a un periodista para absolver una serie de preguntas relacionadas con aquellos hechos de los que ha tenido conocimiento gracias a lo revelado por su fuente, es un acto que por sí mismo tiene la capacidad de alterar los niveles de confianza de esta relación y, por tanto, de actuar como elemento disuasorio en la fuente –y en otras personas– para revelar información relacionada con esos u otros hechos.

f. Las fuentes periodísticas tienen múltiples razones para preferir el anonimato

Es posible imaginar una multiplicidad de razones⁷⁰ por las cuales, en un determinado escenario, la fuente de la información quiere evitar que el periodista sea obligado a acudir ante las instancias judiciales en lo relacionado con los hechos que puso en conocimiento⁷¹. Por ejemplo, la fuente puede sentir el temor de que el periodista, al ser sometido a un interrogatorio, decida

⁷⁰ Al respecto ver, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>. Se dice allí [traducción libre]: "Las fuentes presumiblemente desean el anonimato para evitar verse involucrados como testigos en un juicio criminal o en una investigación de un gran jurado. Quizá tengan temor que la revelación de su identidad pueda amenazar su seguridad laboral o personal, o simplemente que ello conllevará a una deshonra o vergüenza".

⁷¹ Sobre una presentación general de este argumento, ver: Vince Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study* (Michigan Law Review) 265 y s.s.



Hoja No. 42. Directiva No. 0007 "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

divulgar la identidad de la fuente o cualquier elemento adicional que las partes convinieron mantener en reserva.

Puede también sentir temor de que con lo divulgado por el periodista en su testimonio –incluso de manera involuntaria– se termine por poner en riesgo el descubrimiento de su identidad, la forma en la que obtuvo esa información o se descubran irregularidades o delitos en los que esa persona haya podido estar involucrada.

En conclusión, pueden ser muy variados los motivos por los cuales las fuentes prefieren tener en reserva la información y no darla a conocer a las autoridades judiciales. De ahí que en esta Directiva se concluya que el llamado a rendir testimonio o entrevista es un factor que podría minar la confianza depositada por la fuente en el periodista o, también, podría causar que la fuente se abstenga de dar información adicional sobre los hechos investigados (o sobre otros hechos) a ese periodista, u otros de sus colegas.

g. La citación o la posibilidad de que esta pueda tener lugar genera un efecto inhibitor en las fuentes presentes o eventuales

Para que la citación a un periodista a rendir entrevista dentro de una indagación penal pueda ser concebida como un hecho capaz de afectar la confianza e incidir negativamente en el derecho a la libertad de información, no se requiere que el periodista revele o ponga al descubierto la identidad del sujeto o aquella información que acordaron no divulgar. Bastaría con el llamado judicial para que ese acto tenga la potencialidad de generar el efecto inhibitor que se ha mencionado.

Aún más, no se precisa que la citación a un periodista tenga lugar para que se desate el efecto inhibitor. La sola *posibilidad*⁷² de que los operadores judiciales puedan recurrir en las indagaciones penales de manera generalizada,

⁷² Ver: Vince Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study* (Michigan Law Review), 268.



Hoja No. 43. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

sin ningún tipo de barrera o filtro, al conocimiento que posee un periodista sobre los hechos de los que éste ha conocido en razón de sus vínculos con las fuentes, puede tener un efecto disuasorio en la ciudadanía para la revelación de cualquier información que revista algún valor periodístico.

El eventual llamado a rendir testimonio del periodista pasaría a ser un factor adicional que tendría que sopesar la *fuentes eventual* antes de decidir si revela o no la información, lo cual posiblemente incline la balanza en contra de la divulgación en muchos de los casos⁷³.

En razón de todo lo anterior, la decisión de un fiscal de citar a un periodista a rendir entrevista dentro de una investigación penal, además de transgredir la regla general establecida en el inciso literal g del artículo 385 de la Ley 906 de 2004, puede ser concebida como una restricción indirecta al derecho a la libertad de información, y por ende, constituye un acto teñido con sospecha de inconstitucionalidad.

h. En el derecho comparado se reconoce que la citación a un periodista puede constituir una interferencia indebida en la libertad de prensa

Para los fines de esta Directiva, conviene reseñar el estado de la discusión en el derecho comparado sobre esta materia⁷⁴.

⁷³ Si bien el anterior argumento está formulado en términos hipotéticos, no se trata de un argumento meramente especulativo. Justamente, coincide con una aproximación empleada tiempo atrás por la jurisprudencia y acogida por la Corte Constitucional (por ejemplo: Sentencia C-417 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también salvamento de voto de magistrada María Victoria Calle Correa en Sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), según la cual para estudiar las posibles restricciones a la libertad de prensa, conviene también estudiar todas aquellas normas o cualesquiera otras decisiones de autoridades públicas que puedan disuadir o inhibir a las personas de ejercer este derecho. Esta teoría, de origen anglosajón, se le ha denominado en la doctrina como el efecto disuasorio o inhibitorio (*chilling effect*).

⁷⁴ Al respecto, para una completa reconstrucción de la discusión en Estados Unidos, ver: Bates, Stephen, *The Reporter's Privilege, Then and Now*, The Joan Shorenstein Center (Universidad de Harvard), http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/r23_bates.pdf



Hoja No. 44. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Por ejemplo, en Estados Unidos, una de las cuestiones que se ha debatido con mayor fuerza durante los últimos años en materia de la libertad de prensa es si los periodistas deben ser llamados o no a rendir declaración ante un gran jurado⁷⁵.

Por una parte, los periodistas sostienen que el hecho de ser compelidos a rendir testimonio debilitaría su función de mantener a la sociedad informada. Desde esta perspectiva, tal como explica Stephen Bates, se piensa que las citaciones a los comunicadores amenazarían con transformar a la prensa libre en un "brazo investigativo" del Gobierno, con lo cual se terminaría por silenciar a potenciales fuentes confidenciales, y en consecuencia, se afectaría significativamente el libre flujo de información hacia la ciudadanía en general⁷⁶.

En cambio, desde el punto de vista de las autoridades públicas, el hecho de testificar es simplemente una de las obligaciones que la sociedad le impone a sus ciudadanos⁷⁷. A ello se suma que, en razón de su oficio, los periodistas tienen acceso a más y mejores evidencias de las que posee cualquier ciudadano, y que tal información privilegiada resulta en muchas ocasiones de interés para la justicia⁷⁸.

i. Caso *Branzburg v. Hayes*

En 1972, con ocasión del caso *Branzburg v. Hayes*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos analizó la incidencia que tiene, frente a la libertad de prensa, el hecho de citar a un periodista a rendir testimonio dentro

⁷⁵ Al respecto, ver: The New York Times, *Times Reporter Will Not Be Called to Testify in Leak Case* (enero 12 de 2015), http://www.nytimes.com/2015/01/13/us/times-reporter-james-risen-will-not-be-called-to-testify-in-leak-case-lawyers-say.html?_r=0

⁷⁶ Stephen, *The Reporter's Privilege, Then and Now*, The Joan Shorenstein Center (Universidad de Harvard), 1, http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/r23_bates.pdf

⁷⁷ Stephen, *The Reporter's Privilege, Then and Now*, The Joan Shorenstein Center (Universidad de Harvard), 1, http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/r23_bates.pdf

⁷⁸ Stephen, *The Reporter's Privilege, Then and Now*, The Joan Shorenstein Center (Universidad de Harvard), 1, http://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2012/03/r23_bates.pdf



Hoja No. 45. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

de un proceso judicial. El caso concreto involucraba a una serie de periodistas que se negaron a declarar ante un gran jurado o que se abstuvieron de brindar a la justicia información entregada por fuentes confidenciales.

En aquella oportunidad, la Corte estadounidense se planteó el siguiente problema jurídico: ¿viola la libertad de prensa, garantizada en la Primera Enmienda, el hecho de requerir a un periodista para que acuda y testifique ante un jurado federal o estatal?⁷⁹

El argumento que planteaban los representantes de los periodistas en aquella oportunidad puede ser reconstruido de la siguiente manera: dentro del proceso de obtención de las noticias, es necesario acordar la no relevación de la fuente de la información o publicar apenas parte de los hechos revelados en muchas oportunidades. Por esa razón, si el periodista es obligado a revelar ante un gran jurado esa información, las fuentes identificadas y otras eventuales pueden verse disuadidas de suministrar información periodísticamente valiosa, lo cual afecta negativamente el libre flujo de la información que la Primera Enmienda busca proteger.

De acuerdo con el planteamiento, aunque el periodista no deba gozar de un privilegio absoluto en contra de cualquier requerimiento de la justicia, sí resulta necesario destacar que, a juicio de los reclamantes, el periodista no podía ser compelido a testificar, a menos que existieran i) razones fundadas para creer que el reportero posee información relevante sobre un delito que es materia de investigación, ii) que la información que está en poder del periodista no es posible conseguirla a través de otras fuentes, y iii) que la necesidad de la información es de tal entidad que haga necesario limitar la Primera Enmienda⁸⁰.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>



Hoja No. 46. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Adicionalmente, recordaban que –según la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia– cualquier actuación estatal que pueda tener un impacto adverso frente a los derechos protegidos por la Primera Enmienda debe estar justificada por un interés público imperioso y primordial. Además, también ponían de presente aquellos precedentes conforme a los cuales los objetivos gubernamentales no pueden alcanzarse a través de medidas que puedan tener un innecesario impacto en la libertad de prensa y expresión⁸¹. En suma, sostenían que la carga que tendría el obligar a un periodista a revelar información sobrepasaba en importancia cualquier interés público por obtener dicha información⁸².

Finalmente, en una decisión de cinco votos contra cuatro, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desestimó las pretensiones de los periodistas y consideró que no existía una prerrogativa que los exceptuara de la posibilidad de ser requeridos a rendir testimonio. En esa oportunidad, la Corte aseguró que la única excepción frente al deber de testimoniar que se encontraba establecida en la Constitución Federal era la relativa a la no autoincriminación. "Se nos ha solicitado", sigue el argumento, "crear otra excepción a partir de la interpretación de la Primera Enmienda a fin de garantizar a los periodistas un privilegio testimonial del cual no gozan otros ciudadanos. La Corte rechazará esta solicitud"⁸³.

Respecto al punto concreto del efecto disuasorio (*chilling effect*) alegado por los comunicadores, la Corte reconoció que "no es irracional" sostener que el hecho de requerir a un periodista para rendir testimonio puede afectar el libre flujo de las noticias. Sin embargo, dijo la Corte, resulta incierto saber con qué frecuencia y en qué medida las fuentes se verán verdaderamente disuadidas de

⁸¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>



Hoja No. 47. Directiva No: **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

suministrar información a los periodistas, cuandoquiera que los periodistas son citados por un gran jurado⁸⁴.

Según se dijo allí, el efecto disuasorio derivado de la citación se basa en estimaciones divergentes y "en gran medida especulativas"⁸⁵. Así, si bien se reconoció que existían elementos que indicaban que eventualmente algunas fuentes podrían sentirse disuadidas de brindar información si la Corte admitiese que los periodistas pueden ser requeridos de manera generalizada a rendir testimonio, la Corte Suprema concluyó que no existía evidencia suficiente sobre el impacto que las citaciones a los periodistas generaban en el libre flujo de información⁸⁶. Por tanto, negó el reclamo de los periodistas y sostuvo que la Primera Enmienda no confería una excepción al deber de testimoniar.

ii. Directriz del Fiscal General de los Estados Unidos acerca de la citación de periodistas a rendir declaraciones

Después de un proceso de socialización y consenso, el Fiscal General de los Estados Unidos emitió recientemente la Directiva 28 CFR 50.10⁸⁷, por medio de la cual se fijan, entre otras cosas, parámetros para proceder con la citación de periodistas dentro de los procesos penales.

En esa directriz se esboza la preocupación de la Fiscalía de ese país por ponderar entre el interés público que existe en la correcta administración de justicia, por un lado, y la libertad de prensa y la buena labor de los medios de

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Branzburg v. Hayes*, Junio 29 de 1972, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/665>

⁸⁷ Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina del Fiscal General, 28 CFR. 50.10 – Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of...media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media, <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/50.10#>



Hoja No. 48. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

comunicación, por el otro. Se dice allí que el poder estatal de perseguir los delitos no puede ser usado de tal manera que perjudique el cubrimiento de los sucesos públicos⁸⁸.

iii. Recomendación No. R(2000) 7 del Comité de Ministros del Consejo Europeo relativo al derecho de los periodistas a no revelar las fuentes de su información

Consciente de la importancia de la protección de las fuentes periodísticas para la efectividad y vigencia de la libertad de prensa, el Comité de Ministros del Consejo Europeo emitió en el 2000 una recomendación a los miembros de la comunidad europea sobre el derecho de los periodistas a no revelar las fuentes de su información⁸⁹.

En ese documento se establece que los Estados deben dar una clara y explícita protección al derecho de los periodistas a no revelar "la información que identifique una fuente" (principio 1). La "información que identifique una fuente" incluye 1) el nombre y los datos personales, así como la voz y la imagen de una fuente; 2) las circunstancias concretas de la obtención de las informaciones obtenidas por un periodista ante una fuente; 3) la parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista; 4) los datos personales de los periodistas y de sus patronos relacionados con su actividades profesional.

Además, el principio 3 de la Recomendación determina que la protección a las fuentes periodísticas no puede ser objeto de restricciones distintas a las previstas en el inciso segundo del artículo 10 del Convenio Europeo para la

⁸⁸ Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina del Fiscal General, 28 CFR. 50.10 – Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of...media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media, <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/50.10#>

⁸⁹ Comité de Ministros del Consejo Europeo, Recomendación No. R (2000) 7 sobre el derecho de los periodistas a no revelar las fuentes de su información.



Hoja No. 49. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicha disposición normativa establece que el ejercicio de la libertad de expresión solo puede ser sometido a restricciones "previstas por la ley" y que "constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Dicho principio también señala que la decisión de restringir el derecho a la protección de las fuentes periodísticas debe determinar que, en esas circunstancias particulares, el legítimo interés por el descubrimiento de la información es superior al interés público por no descubrir la información que identifique a la fuente.

En suma, debe establecerse que existen razones fundadas, en atención a la naturaleza y la seriedad de las circunstancias, para decidir que el descubrimiento de la información reviste mayor importancia y significación que la protección del derecho de los periodistas.

De igual forma, el literal b del principio 3 señala que el descubrimiento de la información que "identifique a la fuente" no podrá considerarse necesario, a menos de que se establezca de manera convincente que a) no existen medidas alternativas o han sido agotadas por las personas o autoridades públicas que buscan obtener la divulgación, y b) que el interés legítimo en la divulgación supera claramente el interés público que recae sobre el secreto. Para lo segundo, se debe tener en cuenta que i) la necesidad superior para la divulgación ha sido probada, ii) que las circunstancias son lo suficientemente vitales y serias, y iii) que la necesidad de la divulgación responde a un reclamo social constante o urgente.



Hoja No. 50. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

6. Los fiscales deben intentar la colaboración voluntaria de los periodistas con los fines de la investigación

Pese a la prerrogativa de los periodistas según la cual están exceptuados del deber general de rendir testimonio o entrevista, no existe ninguna prohibición constitucional ni legal para que la Fiscalía intente su colaboración voluntaria con los fines de la actividad investigativa.

De hecho, la práctica judicial muestra que con frecuencia los periodistas son los más interesados en que la administración de justicia opere de manera eficaz frente a hechos que ellos han contribuido a denunciar a través de los medios de comunicación. Así, en muchos casos, los comunicadores acuden a la Fiscalía *motu proprio* y espontáneamente, con el ánimo de brindar la información que tienen a su disposición sobre hechos que puedan revestir las características de un delito o información que de alguna u otra manera interesan para los fines investigativos de la Fiscalía.

En esa medida, los fiscales están habilitados para intentar que los periodistas colaboren voluntariamente con los fines de la investigación penal, a fin de que brinden la información con la que cuentan de manera libre y espontánea. Nada de lo anterior supone una transgresión o una excepción a lo previsto en el literal g del artículo 385 de la Ley 906 de 2004.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo que se acoja para solicitar la colaboración voluntaria, los fiscales deben informar a los periodistas con suficiencia y claridad que i) no son sujetos de investigación en el correspondiente asunto y que ii) su decisión de cooperar con la Fiscalía es plenamente voluntaria, pues no están obligados a ello.



Hoja No. 51. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

7. Existen circunstancias excepcionales en las cuales se legitima ponderar la prohibición general de citar a un periodista a rendir entrevista o testimonio

Como se ha dicho aquí, los periodistas están exceptuados *ab initio* del deber de declarar –en sede de entrevista o testimonio– sobre aquellos hechos de los que han tenido conocimiento en razón de su actividad periodística. De conformidad con lo establecido en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, sobre ellos recae una prohibición general de citación a entrevista o testimonio. Además, según lo señalado en los acápites precedentes, y aun si esa prohibición no existiese, la citación de un periodista también constituiría una limitación a la libertad periodística por el impacto inhibitor que ello puede generar en las fuentes para revelar anónimamente la información que poseen. De ahí que se considere que un acto de esas características por parte de la Fiscalía estaría también teñido de *sospecha de inconstitucionalidad*, en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte.

De cualquier forma, la prohibición legal comentada no debe ser entendida en términos absolutos. Esta Directiva considera que, en circunstancias muy particulares y excepcionales, es posible ponderar la prohibición general de citar a un periodista a declarar –ya sea en sede de entrevista o testimonio–, cuando tales actos de investigación o del proceso resulten estrictamente necesarios y proporcionales para la consecución de una finalidad imperativa en el Estado democrático de derecho. En otras palabras, a partir de un riguroso ejercicio de ponderación, en algunas circunstancias, la excepción al deber de declarar en cabeza de los periodistas y el secreto profesional que los ampara deberá ceder, en aras de la satisfacción de una finalidad constitucional imperativa, que en el caso particular reviste mayor importancia.

Cabe señalar que esta interpretación no se opone a la jurisprudencia constitucional en torno a las excepciones al deber de colaborar con la administración de justicia. Por el contrario, está respaldada en algunos



Hoja No. 52. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

pronunciamientos que han atenuado la aplicación de tales exoneraciones y considerado que las mismas no tienen un carácter absoluto e incondicionado.

Recientemente, por ejemplo, en la Sentencia C-848 de 2014, la Corte Constitucional estudió una demanda que consideraba que la disposición legal que exonera del deber de denuncia al cónyuge, compañera o compañero, entre otros, era incompatible con la Constitución, puesto que no establecía una salvedad en los casos en que la víctima del delito fuera un menor de edad y la conducta punible afectara la vida, integridad personal, libertad individual o formación sexual⁹⁰.

La Corte finalmente le dio la razón al demandante. Concluyó que la garantía de no incriminación que le asiste al núcleo familiar no tiene un carácter absoluto⁹¹. Puntualmente, a juicio de esa Corporación, la autonomía y la intimidad familiar protegidas a través de la exoneración al deber de denuncia debían ceder cuando se encontraran "comprometidos el interés público y la afectación de los derechos fundamentales de personas que no pueden reivindicarlos por sí mismas"⁹². De ahí que la Corte resolviera declarar la exequibilidad condicionada de dicha disposición normativa, bajo el entendido de que "la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño"⁹³.

Tal precedente jurisprudencial puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, a la excepción del deber de declarar que recae sobre los periodistas con el objeto de afirmar que, en algunas circunstancias, previo un cuidadoso ejercicio de

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

⁹¹ La disposición demandada por el accionante era el artículo 68 de la Ley 906 de 2004, que establece las siguientes exoneraciones al deber de denunciar: "Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional".

⁹² Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Hoja No. 53. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

ponderación, la libertad de expresión e información protegida a través de dicha prohibición debe limitarse cuando se encuentren comprometidas otras finalidades constitucionales imperativas que tengan mayor peso específico en el caso concreto.

a. La ponderación y el juicio de proporcionalidad como el método para estudiar las posibles excepciones a la prohibición *prima facie* de citar a un periodista a entrevista o a rendir testimonio

El acto de llamar a un periodista para que rinda testimonio o entrevista dentro de una causa penal entraña un escenario de colisión entre distintos derechos y principios de raigambre constitucional, donde la satisfacción de uno implica la restricción del campo de acción del otro. En este caso, la ocurrencia de una diligencia con estas características buscaría eventualmente satisfacer derechos o intereses públicos, a través de una limitación al derecho fundamental a la libertad de información y a una de las garantías derivadas del derecho al secreto profesional.

Por tratarse de un caso de conflicto y tensión entre derechos o principios fundamentales, el operador judicial debe acudir al método de la ponderación para determinar qué interés debe primar en el caso concreto.

Vale decir que, desde hace algún tiempo, la Corte Constitucional ha empleado el juicio de proporcionalidad como la forma de resolver tensiones entre derechos fundamentales y analizar la compatibilidad de ciertas restricciones a derechos constitucionales con la Carta Política. La naturaleza esencialmente conflictiva del derecho constitucional y el hecho de que no exista en nuestro ordenamiento ningún derecho absoluto han llevado a la jurisprudencia constitucional a adoptar el método de la ponderación como herramienta de solución de tensiones entre principios de origen constitucional.



Hoja No. 54. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

Tal como explica la Corte, "el juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medio-fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas"⁹⁴. Este examen parte de la base de que el Estado solo puede restringir derechos fundamentales "cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión"⁹⁵, concretamente cuando "se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja"⁹⁶.

Así las cosas, la Corte ha construido un juicio de proporcionalidad conforme al cual para que una restricción a un derecho fundamental pueda reputarse como constitucionalmente admisible debe establecerse que la restricción i) persigue un fin constitucionalmente legítimo, ii) constituye un medio idóneo para alcanzarlo, iii) es necesaria para el cumplimiento de tal finalidad y que iv) existe una proporcionalidad entre los costos y beneficios derivados de la aplicación de la medida⁹⁷.

Tal como explica la Corte: "Las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad no se aplican con la misma intensidad en todos los eventos"⁹⁸. Por esa razón, esa corporación ha empleado tres niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad (leve, intermedio o estricto), según "la materia y los bienes en juego" de cada caso particular⁹⁹, y de acuerdo con los "grados de intensidad en la exigencia de la motivación de la diferencia"¹⁰⁰.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

⁹⁷ Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-862 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy.



Hoja No. 55. Directiva No.



0007

"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

De esa manera, comoquiera que aquí se pretende establecer en qué casos es constitucionalmente admisible imponer una restricción a un derecho constitucional que de manera categórica le confiere a los periodistas la protección del secreto profesional, y que derivado de ello los sustrae –por vía legal– de la obligación de declarar ante los jueces sobre aquella información conocida a causa de su oficio, se debe dar aplicación en el presente asunto a un control estricto¹⁰¹.

A continuación, por tanto, se abordará el examen de las citaciones de los periodistas a rendir testimonio o entrevistas a partir de cada una de las fases que comprenden el juicio de proporcionalidad prohijado por la Corte en su versión estricta.

B. Juicio de proporcionalidad: examen de procedencia de la citación a los periodistas a rendir testimonio

1. Cuando se cite a declarar a un periodista se debe perseguir el logro de finalidades imperativas

Conforme al primer paso del juicio de proporcionalidad, el primer elemento que debe concurrir para que pueda reputarse como válida la limitación a la excepción de declarar –que la ley procesal penal le confiere a los periodistas– es que con esa diligencia se persiga la consecución de ciertas finalidades constitucionales imperativas¹⁰². Es decir, la citación a un periodista por parte de los fiscales solo podrá reputarse como una medida constitucionalmente

¹⁰¹ La Sentencia C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) establece que uno de los supuestos en los que se debe dar aplicación a un test estricto de razonabilidad es cuando "la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental".

¹⁰² Por ejemplo, en sede de restricciones a la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha considerado que estas finalidades imperativas deben ser: i) la protección de los derechos de los demás, ii) la protección de la seguridad y el orden público, iii) la protección de la salud pública o iv) la protección de la moral pública, en concordancia con lo señalado por la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda.



Hoja No. 56. Directiva No. ~~0000~~ **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

admisible si con ella se persigue una finalidad constitucionalmente legítima, importante e imperiosa¹⁰³.

Dado que la citación a un periodista a entrevista o a rendir testimonio se inscribe dentro de una restricción a la libertad de expresión y constituye un acto jurídico teñido de *sospecha de inconstitucionalidad*, corresponde a los fiscales dar aplicación de las condiciones que, según la Corte Constitucional, deben apreciarse en la valoración de estas finalidades constitucionales cuando se invoquen, con el objeto de restringir dicho derecho fundamental¹⁰⁴. Estas son:

- a. Las finalidades imperativas que se invoquen para citar a un periodista a rendir testimonio o entrevista deben ser objeto de una interpretación restringida, con el fin de maximizar el ámbito de aplicación de la libertad de expresión y el secreto profesional.
- b. Debe tratarse de una finalidad imperativa explícitamente reconocida como tal.
- c. Para determinar la procedencia de la citación no basta con invocar la finalidad en forma abstracta, sino que debe establecerse para cada caso concreto y así definir si se está frente a la satisfacción de una finalidad constitucional imperativa. Es decir, el interés público que se persigue con la práctica de la diligencia no puede ser formulado en forma vaga y abstracta, sino que debe ser determinado en forma concreta y específica.
- d. La formulación concreta y específica del interés público que se persigue mediante citación debe ser compatible con los principios

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Se dice allí lo siguiente: "Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*".

¹⁰⁴ Estos criterios son una adaptación para el caso que nos ocupa de las subreglas señaladas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.



Hoja No. 57. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

esenciales de una sociedad democrática y del Estado Social de Derecho (CP, art. 1).

- e. La referida formulación concreta y específica de las finalidades perseguidas con la citación debe ser compatible con el principio de la dignidad humana¹⁰⁵.

Dicho lo anterior, les corresponde a los fiscales examinar si la citación a un periodista a rendir testimonio cumple alguna de las finalidades imperativas explícitamente reconocidas como tal por nuestro ordenamiento jurídico y ceñirse a las condiciones que establece la Corte en cuanto a su valoración.

2. La citación de un periodista a rendir testimonio o entrevista debe ser idónea para el logro de las finalidades imperativas

El segundo punto de análisis en el examen de procedencia de la citación del periodista consiste en establecer que su testimonio o entrevista resulta idóneo para el logro de alguna de las finalidades imperativas.

A juicio de la Corte, en esta instancia del test debe verificarse si "la medida enjuiciada resulta útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue"¹⁰⁶, es decir, si efectivamente logra conseguir aquello que se propone. Al tratarse de un test de proporcionalidad en su modalidad estricta, el análisis es mucho más riguroso por cuanto se debe determinar si la medida restrictiva es "efectivamente conducente"¹⁰⁷. Ello impone el deber a las autoridades de cumplir con una carga de argumentación más exigente, ya que se debe acreditar "de manera fehaciente la existencia de una relación de causalidad positiva entre la adopción de la medida enjuiciada y la satisfacción del fin propuesto"¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.



Hoja No. 58. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

En este punto del examen de procedencia de la diligencia judicial, les corresponderá a los fiscales acreditar que existen elementos suficientes para creer que el periodista tiene información útil para esclarecer un hecho de gran relevancia dentro de la investigación penal. Dicha verificación debe hacerse antes de emitir una citación a un periodista.

Esto implica determinar *ex ante* que el periodista posee información relacionada directamente con elementos tales como i) la existencia del delito, ii) la existencia de una agravante, iii) la existencia de una atenuante, iv) la ocurrencia de una causal que excluya alguno de los elementos del delito y/o v) la culpabilidad o inocencia de una persona que es sujeto de investigación¹⁰⁹.

De esta manera, los fiscales deben abstenerse de citar a un periodista cuando con ello se busque simplemente establecer elementos periféricos¹¹⁰, accesorios e incidentales dentro la investigación penal, y en general, cualquier información que recaiga sobre hechos que no guarden relación directa con alguno de los elementos principales de la investigación, en razón de la exigencia de la utilidad especial de la información derivada de esta fase del análisis. Lo anterior conforme a la sana crítica y la experiencia del operador judicial.

3. La citación de un periodista a rendir testimonio o entrevista debe ser necesaria para el logro de finalidades imperativas

Los fiscales tendrán que acreditar que no existe otro medio menos lesivo para la libertad de información y de expresión que el de acudir al testimonio del

¹⁰⁹ Estos parámetros han sido empleados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en la directiva para citar a periodistas a declarar en las investigaciones civiles o penales. Ver, por ejemplo: Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina del Fiscal General. 28 CFR. 50.10 – Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of...media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/50.10#>

¹¹⁰ *Ibidem*.



Hoja No. 59. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

periodista para lograr, con eficacia similar, la finalidad perseguida. Es decir, tal como lo exige la Corte Constitucional, en esta etapa del test de proporcionalidad, el operador judicial deberá hacer un ejercicio comparativo para verificar si el mismo propósito que se busca con dicha diligencia "puede alcanzarse por medio de medidas que sean menos gravosas de los restantes principios, valores y derechos en juego"¹¹¹. En caso afirmativo, se deberá prescindir de la posibilidad de llamar al periodista a rendir su versión y se preferirá el otro medio de prueba.

Con base en este requisito, para que la citación de un periodista se repunte *materialmente necesaria*, los operadores judiciales deben acreditar los siguientes elementos:

- a. Que la información que posee el periodista sobre un elemento esencial de la investigación penal se ha intentado conseguir sin éxito a través de otros medios de prueba¹¹².
- b. Que existen razones fundadas para creer que no es posible obtener dicha información a través de un medio distinto, menos lesivo, al de acudir al conocimiento que tiene dicho periodista sobre aquellos hechos que son materia de investigación.
- c. Que existen razones suficientes para creer que el periodista cuenta con información adicional relevante distinta a la que ya ha publicado a través de los medios.
- d. Que existen razones fundadas para creer que el periodista cuenta con información distinta a la que ya posee la Fiscalía.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹² Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina del Fiscal General, 28 CFR, 50.10 – Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of... media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media, <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/50.10#>



0007

Hoja No. 60. Directiva No. _____ "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

4. La práctica de la diligencia de entrevista o testimonio debe ser lo menos restrictiva posible

Asimismo, el test estricto prohijado por la Corte Constitucional exige que la limitación a la libertad de expresión e información, esto es, para el caso concreto, la práctica de la diligencia de entrevista o testimonio, sea lo menos invasiva y restrictiva posible¹¹³.

En desarrollo de lo anterior, y con el propósito de dar cumplimiento al mandato constitucional, a continuación se establecen una serie de lineamientos sobre la forma en la cual se debe proceder en dichas actuaciones judiciales, a fin de no limitar más allá de lo estrictamente necesario los derechos de los periodistas a la libertad de expresión e información, y por ende, de no afectar innecesariamente la *relación de confianza* entre fuente y periodista:

- a. Las preguntas formuladas al periodista no pueden estar dirigidas a develar la identidad de la fuente de la información o a descubrir su origen. Para tal fin, los fiscales se abstendrán de formular cualquier pregunta cuya respuesta pueda razonablemente arrojar datos o elementos que permitan inferir el origen de la información.
- b. Los fiscales en sus diligencias no pueden formular preguntas dirigidas a cuestionar la forma en la que el periodista o su fuente ha obtenido la información divulgada a través de los medios de comunicación.
- c. Las preguntas formuladas al periodista en la diligencia deben estar acotadas a la información que ha sido divulgada por el periodista a través de los medios de comunicación. En esa medida, dichas

¹¹³ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.



Hoja No. 61. Directiva No. **00 07** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

preguntas deben estar dirigidas exclusivamente a precisar, aclarar y/o verificar el alcance de la información publicada¹¹⁴.

- d. Los fiscales en sus diligencias no pueden solicitarle al periodista la revelación de elementos materiales integrantes o directamente relacionados con la información entregada por la fuente, tales como documentos, anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales y/o similares.

5. La citación al periodista para rendir testimonio debe ser estrictamente proporcional

Como se ha dicho antes, por tratarse de una restricción a la libertad de información, y por tanto, de un supuesto bajo *sospecha de inconstitucionalidad*, el operador judicial deberá aplicar un test estricto de constitucionalidad del acto de citación al periodista. Ello implica una etapa en la cual debe verificar que la citación de un periodista a rendir testimonio dentro de la investigación o el proceso penal es una medida que se reputa como estrictamente proporcional, esto es, que "los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales"¹¹⁵, en este caso, sobre la libertad de información.

En desarrollo de este análisis, antes de proferir una orden de citación a un periodista, el fiscal debe ponderar, entre i) el grado de afectación del derecho fundamental a la libertad de información que entraña dicho acto, para lo cual se debe determinar si la intensidad de dicha afectación es grave, intermedia, o

¹¹⁴ Ver, por ejemplo: Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina del Fiscal General, 28 CFR. 50.10 – Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of...media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media, <http://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/50.10#>

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



Hoja No. 62. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

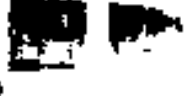
moderada; ii) la importancia de la satisfacción del interés público contrario; y
iii) si la satisfacción del segundo justifica la afectación del primero¹¹⁶.

Adicionalmente, la satisfacción del interés público que entra en colisión con la libertad de información debe representar gran importancia en el caso concreto. Para tal fin, el fiscal deberá tener en cuenta elementos como los siguientes:

- a. La naturaleza y gravedad de los hechos y/o los delitos que son objeto de investigación dentro de la causa criminal en la cual se pretende citar al periodista.
- b. El grado de afectación a los derechos fundamentales resultado de la comisión de los hechos punibles materia de investigación.
- c. La calidad de las víctimas, para lo cual debe analizar si, por ejemplo, se trata de personas que son objeto de especial protección constitucional (niños niñas y adolescentes, personas de la tercera edad o personas en situación de discapacidad), o personas que gozan de una protección especial en términos penales.
- d. El número de víctimas afectadas con la conducta punible materia de investigación.
- e. El número de personas involucradas como sujetos activos.
- f. La fase del proceso penal y el estado de avance de las investigaciones.
- g. La importancia que tiene para una determinada comunidad el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

¹¹⁶ En este punto se incorporan los estándares interamericanos en materia libertad de expresión, los cuales fueron sentados por la Corte Interamericana en el caso *Kimel v. Argentina*, a efectos de examinar la validez de la restricción de este derecho.



Hoja No. 63. Directiva No.  0007 "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

IV. CONCLUSIONES

La importancia democrática de la libertad de prensa ha llevado a la Corte Constitucional a desarrollar a través de los años una jurisprudencia muy consolidada en beneficio de la libertad de expresión, cuando esta entra en colisión con otros derechos o intereses de origen constitucional. Así, por ejemplo, ha desarrollado una *presunción constitucional* a favor de la libertad de expresión de la cual se derivan tres efectos jurídicos principales.

En primer lugar, una *presunción de cobertura* conforme a la cual toda expresión se entiende cubierta por el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 constitucional, salvo que se logre demostrar que existen serias razones para limitar esa expresión en el escenario concreto.

En segundo lugar, el principio *pro libertad de expresión* implica una *presunción de primacía* que consiste en que en cualquier conflicto o tensión que se suscite entre esta garantía constitucional y otros derechos, valores o principios constitucionales, debe partir de la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión, salvo que se demuestre con suficiencia que la satisfacción del otro interés constitucional reviste mayor importancia y peso específico en el caso concreto.

En tercer lugar, tal prevalencia hace que exista una *sospecha de inconstitucionalidad* sobre aquellos actos proferidos por cualquier autoridad pública que de alguna u otra manera limiten, interfieran o regulen el ejercicio de la libertad de expresión. Tal sospecha obliga, a su vez, a dar aplicación de un control de constitucionalidad estricto.



Hoja No. 64. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

A. Citar a un periodista a rendir entrevista o testimonio puede perturbar la libertad de expresión

Dentro de este contexto, a partir de una concepción ampliamente garantista de la libertad de expresión e información y de un entendimiento amplio de las conductas que pueden llegar a constituir una restricción a esos derechos, es posible sostener como regla general que el requerir a un periodista para rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación o un proceso penal, respectivamente, puede constituir una perturbación indeseable a la libertad de expresión.

Lo anterior sucede debido a que la citación judicial tiene el riesgo de incidir negativamente en el proceso periodístico de obtención de la información noticiosa, afectar los niveles de confianza entre el comunicador y su fuente, y con esto, afectar el derecho fundamental del periodista a *buscar y acceder* a la información y el derecho de la ciudadanía para lograr mejores niveles de conocimiento sobre hechos de incumbencia pública. Así mismo, hace que aquellos actos de citación deban ser de carácter estrictamente excepcional, y además, que deben ser siempre analizados a la luz de la subreglas constitucionales derivadas de la *sospecha de inconstitucionalidad*, esto es, dar aplicación a los criterios de procedencia fijados por la presente directiva.

De cualquier forma, aunque requerir a un periodista constituya una excepción a la regla general según la cual no es posible citarlos a rendir testimonio o entrevista sobre hechos que han conocido en su oficio periodístico, y a pesar de que en algunos casos ello configure una limitación indirecta a la libertad periodística —por las razones que aquí se han explicado—, no se excluye de plano la posibilidad de que una citación de estas características tenga lugar.

A partir de un riguroso análisis de ponderación, que será producto de aplicar el test de proporcionalidad en la versión más estricta prohijada por la Corte, los fiscales pueden desvirtuar la presunción de *sospecha de inconstitucionalidad*



Hoja No. 65. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

que recae sobre aquel acto de citación, cuandoquiera que existan razones especialmente fundadas.

B. La excepción al deber que tienen los periodistas de declarar no es un derecho absoluto

Tanto el derecho de información y de expresión, como el de la excepción al deber de declarar en cabeza de los periodistas, son derechos ponderables cuando está de por medio la satisfacción de valores, derechos o principios que se consideran de mayor importancia en el caso concreto. Por tal razón, la posibilidad de que los periodistas sean requeridos para rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación o un proceso penal, respectivamente, debe analizarse desde esta perspectiva. De cualquier forma, ello deberá determinarse en cada caso concreto, conforme a las circunstancias y particularidades del mismo, a partir de la aplicación del test de proporcionalidad estricto fijado en la presente Directiva. Así mismo, cada caso debe estar orientado siempre bajo el mandato cardinal según el cual las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía no pueden ser ejercidas de tal manera en que restrinjan u obstruyan indebidamente el libre ejercicio periodístico.

Comuníquese y cúmplase,

27 MAR. 2016

Dada en Bogotá, a los

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación



Hoja No. 66. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

ANEXOS

- Carta de invitación para diligencia de entrevista a los periodistas.
- Carta de lectura en entrevista para diligencia de entrevista a los periodistas.



Hoja No. 67. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

ANEXO 1

CARTA DE INVITACIÓN PARA DILIGENCIA DE ENTREVISTAS A LOS PERIODISTAS

La presente comunicación tiene por objeto invitarlo muy amablemente a la práctica de una diligencia de entrevista el día ____ de _____ de _____ en _____, dentro de la investigación que actualmente adelanta la Fiscalía General de la Nación en relación con _____.

La invitación a entrevista que se hace por medio del presente escrito está motivada en el hecho de que se considera que usted puede tener información útil y relevante sobre hechos que son materia de la presente investigación.

Tenga presente:

1. La entrevista a la cual se le invita no tiene por objeto indagar por la identidad de la fuente de la información a la cual usted ha tenido acceso a través de su labor periodística, ni busca cuestionar la forma en que ha tenido acceso a la misma.
2. Su comparecencia a la diligencia mencionada es absolutamente voluntaria, pues en razón de su condición de periodista, usted no está obligado(a) a declarar sobre información que ha conocido en razón de su oficio. Por tanto, su inasistencia no tendrá ningún efecto o consecuencia adversa.
3. La invitación a colaborar a través de una diligencia de entrevista se hace en su calidad de tercero dentro del proceso. Esto quiere decir que usted no es una persona que esté siendo investigada por la Fiscalía por estos hechos.



Hoja No. 68. Directiva No. **0007** "Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"

ANEXO 2

PROTOCOLO PARA DILIGENCIA DE ENTREVISTA A LOS PERIODISTAS

Antes de dar inicio a la diligencia de entrevista en la investigación que se sigue en relación con _____, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de ponerle de presente una serie de derechos y garantías especiales que a usted le asisten debido a su condición de periodista.

En primer lugar, usted debe saber que su citación es resultado de un riguroso examen de ponderación. Mediante este análisis, la Fiscalía General de la Nación ha sopesado, por un lado, la utilidad que puede derivarse de su declaración para establecer algunos hechos relevantes que son materia de esta investigación, y por otro, la eventual interferencia o afectación que esto le pueda causar en las relaciones de confianza con las fuentes de información.

Su entrevista se ha estimado como necesaria para los propósitos e intereses en juego dentro de esta investigación. En todo caso, su calidad de periodista le impone a la Fiscalía el deber de ser especialmente cautelosa en la presente diligencia con el fin de no vulnerar su garantía inviolable al secreto profesional y sus derechos constitucionales de libertad de expresión e información.

Por esa razón, a continuación le enunciaré los derechos que a usted le asisten en la presente diligencia, de la cual se derivan una serie de obligaciones a cargo de la Fiscalía.

- Usted tiene derecho a abstenerse de contestar cualquier pregunta que se le formule en la presente diligencia que considere que está dirigida a descubrir la identidad de la fuente de la información a la cual usted ha



Hoja No. 69. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

tenido acceso con ocasión de su labor periodística. Su secreto profesional es inviolable.

- Tiene derecho de no responder preguntas que considera que pueden arrojar elementos que permitan inferir razonablemente el origen de la información.
- Tiene derecho de no contestar cualquier pregunta que se le plantee en la presente diligencia y que, a su juicio, esté dirigida a cuestionar la forma en la que usted o su fuente han tenido acceso a la información relacionada con los hechos que son materia de la presente investigación.
- Las preguntas que la Fiscalía le puede formular solo pueden estar dirigidas exclusivamente a precisar, aclarar o verificar el alcance de la información que usted ha publicado y que hacen relación a los hechos materia de la presente investigación. Usted tiene derecho a abstener de contestar cualquier pregunta que no cumpla con estos requisitos.
- Usted no está obligado a entregar en la presente diligencia ningún elemento material integrante o directamente relacionado con la información entregada por la fuente de la información, tales como documentos, anotaciones, apuntes, grabaciones, materiales audiovisuales o similares. La Fiscalía tampoco puede solicitárselos. Cualquier material adicional que quiera aportar como respaldo a su declaración debe provenir de una decisión plenamente libre y espontánea.
- Finalmente, recuerde que esta entrevista se solicita en su calidad de tercero, pues se considera que usted tiene información útil para la investigación que se adelanta. Tenga presente que usted no está siendo investigado en el presente caso.



Hoja No. 70. Directiva No. **0007** *"Por medio de la cual se establecen pautas para la citación de periodistas a rendir entrevista o testimonio dentro de una investigación y/o un proceso penal"*

- Si tiene alguna duda sobre sus derechos y garantías a lo largo de esta diligencia, puede manifestarla en cualquier momento.