

Víctimas y prensa después de la guerra

Tensiones entre
intimidación,
verdad histórica
y libertad de
expresión

*Vivian Newman Pont
María Paula Ángel Arango
María Ximena Dávila Contreras*

DOCUMENTOS 43

Vivian Newman Pont

Abogada de la Universidad Javeriana y licenciada en Derecho por homologación en la Universidad de Barcelona, con posgrado (DSU) en Derecho Administrativo y maestría (DEA) en Derecho Público Interno de la Universidad de París II Panthéon-Assas y en Cooperación y Desarrollo de la Universidad de Barcelona. Actualmente se desempeña como subdirectora de Dejusticia. Sus últimas publicaciones incluyen: *Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público* (2015), y en coautoría, *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo* (2017) y *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política* (2017).

María Paula Ángel Arango

Abogada *Cum Laude* y politóloga de la Universidad de los Andes. Estudiante de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como investigadora en la sublínea de Transparencia e Intimidad en Dejusticia. Coautora de los libros *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo* (2017) y *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política* (2017).

María Ximena Dávila Contreras

Abogada de la Universidad de los Andes e investigadora de la sublínea de Transparencia e Intimidad en Dejusticia, donde ha trabajado en temas relacionados con el acceso a la información pública, investigación y sanción de la corrupción, y derechos humanos en el marco del posacuerdo.

Víctimas y prensa después de la guerra

**Tensiones
entre intimidación,
verdad histórica
y libertad de
expresión**

Vivian Newman Pont

María Paula Ángel Arango

María Ximena Dávila Contreras

Documentos Dejusticia 43

VÍCTIMAS Y PRENSA DESPUÉS DE LA GUERRA

Tensiones entre intimidad, verdad histórica y libertad de expresión

Este trabajo se desarrolló gracias al apoyo de *Privacy International* e *International Development Research Centre* (IDRC).

ISBN: 978-958-5441-29-3 Versión impresa
978-958-5441-30-9 Versión digital

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá, D.C.
Teléfono: (57 1) 608 3605
info@dejusticia.org
<http://www.dejusticia.org>

Este texto puede ser descargado gratuitamente en <https://www.dejusticia.org>
Creative Commons Attribution-Non Commercial Share-Alike License 2.5.



Revisión de textos: María José Díaz Granados
Preprensa: Diego Alberto Valencia
Cubierta: Alejandro Ospina
Impresión: Ediciones Antropos Ltda.

Bogotá, febrero de 2018

Contenido

AGRADECIMIENTOS	9
INTRODUCCIÓN	11
La narración del conflicto y la transición a la paz	11
El propósito y la metodología de la investigación	13
CRITERIOS DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS EN TENSIÓN	15
Los derechos a la intimidad y al habeas data: ¿qué son y hasta qué punto una injerencia en su ejercicio se puede considerar legítima?	16
Derecho a la intimidad	16
Derecho al habeas data	28
Los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva: ¿cuál es su contenido y hasta qué punto pueden ser limitados de manera legítima?	33
Derecho a la libertad de expresión	34
Derecho a la verdad histórica en su dimensión colectiva	39
CASO DE ESTUDIO	46
Hechos objeto de estudio	46
Narración de los hechos y legitimidad de la injerencia en el derecho a la intimidad de las víctimas de Bojayá	47
Sobre el carácter público o privado y sobre la conducta de las víctimas de Bojayá	48
Sobre los hechos y actos que componen el proceso de exhumación	50
Sobre el lugar donde suceden los hechos que componen el proceso de exhumaciones	55
Legitimidad de la limitación de la narración	58
Sobre la exigencia de que la limitación a la libertad de expresión se encuentre en una ley en sentido formal y material	60
Sobre el objetivo imperioso que debe perseguir la limitación a la libertad de expresión	65

Sobre la idoneidad de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión.....	65
Sobre la necesidad de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión.....	66
Sobre la proporcionalidad en sentido estricto de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión	70
SUBREGLAS ÚTILES PARA PROTEGER EL DERECHO A LA INTIMIDAD SIN DESCONOCER LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LA VERDAD HISTÓRICA	72
Las víctimas del conflicto armado no son personajes públicos.....	73
Cuando los hechos o actos involucran sentimientos íntimos debe presumirse que los mismos hacen parte de la intimidad personal de quienes allí se encuentran.....	74
En caso de que las víctimas pertenezcan a una minoría étnica reconocida debe tenerse en cuenta la noción de intimidad que hace parte de su cosmovisión.....	75
En los casos en que la prensa cubra actos relacionados con la garantía de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de las víctimas del conflicto armado, el cubrimiento no puede limitar la garantía de estos derechos	76
En todo caso debe garantizarse la pluralidad de verdades sobre el conflicto y la transición a la paz.....	76
La regulación del cubrimiento de hechos del conflicto armado y la transición a la paz no puede implicar censura previa.....	77
RECAPITULACIÓN	78
REFERENCIAS	80
NORMATIVIDAD.....	82
JURISPRUDENCIA	83
ANEXOS.....	86

AGRADECIMIENTOS

Antes que nada queremos reconocer la generosidad de Leyner Palacios y los demás integrantes del Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá, quienes nos recibieron en su comunidad y en sus casas, asistieron a nuestro taller y nos compartieron sus historias y puntos de vista. Las reflexiones consignadas en este libro están a su disposición.

Nuestra investigación no hubiera sido posible sin el apoyo financiero de la organización Privacy International, a la que expresamos nuestra gratitud. La ayuda y el acompañamiento que recibimos de Alexandrine Pirlot de Corbion y Francisco Vera fueron valiosos para el desarrollo del documento.

El diálogo conjunto con otras organizaciones fue una parte fundamental de este proceso. Por eso quisiéramos extender nuestro agradecimiento a los integrantes del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), la Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol), el Centro de Estudios en Periodismo de la Universidad de los Andes (Ceper), el Proyecto Antonio Nariño (PAN), la Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano (FNPI), y el medio de comunicación Verdad Abierta. El interés por conciliar los derechos en tensión nos llevó a organizar colectivamente el *Conversatorio entre periodistas y víctimas: intimidad, libertad de prensa y ética*.

De igual forma, el conocimiento y las ideas de Catalina Botero y Juan Carlos Upegui nos ayudaron a esclarecer las zonas grises del debate. En particular agradecemos a Juan Carlos por el concepto presentado en el marco de esta investigación.

Nuestros amigos y colegas de Dejusticia también aportaron sus conocimientos para enriquecer nuestras reflexiones. Muchas gracias a

Carlos Andrés Baquero y Daniel Gómez por sus valiosos comentarios al contenido de este texto, y a Carolina Gutiérrez por el acompañamiento y la facilitación de nuestro trabajo de campo. Asimismo, al equipo administrativo de Dejusticia por su colaboración constante en la realización de las labores diarias. Particularmente, agradecemos a Elvia Sáenz por su colaboración en el proceso editorial de este documento.

INTRODUCCIÓN

La narración del conflicto y la transición a la paz

Narrar la guerra también es narrar el fin de la guerra. En sociedades en transición a la paz, como Colombia, la relación entre los terceros que cubren los acontecimientos de la guerra y las víctimas puede extenderse hasta los contextos de posacuerdo.¹ Se presentan hechos que merecen ser narrados por su gran relevancia social e histórica, como las conmemoraciones públicas, los actos de reconocimiento y homenaje a las víctimas, los procesos de reparación, los proyectos impulsados por comunidades de víctimas, entre otros. De hecho, por encontrarse en el centro de los procesos de justicia transicional, las víctimas deben ser las principales protagonistas de esos hechos, lo que impone nuevos retos a los terceros (periodistas, académicos y sociedad civil) que cubran actos relacionados con el posacuerdo.

En el estudio que presentamos en este documento entendemos la narración como el proceso de contar hechos que, en este caso, son propios del conflicto armado interno y el proceso posterior de transición. La necesidad de narrar los conflictos armados radica en la importancia de estos hechos para una sociedad. La narración de la guerra no solo cumple el deber de informar a quienes no la viven directamente; también puede servir de plataforma para dar voz a las víctimas. A largo plazo, narrar también

1 Hemos decidido llamar posacuerdo al contexto colombiano posterior a la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera firmado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno colombiano y la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP).

evita que se olviden las causas y consecuencias de la guerra, y así impide que una sociedad caiga de nuevo en los ciclos de violencia.

La guerra puede ser narrada por las víctimas, los victimarios, el Estado o por terceros externos que tengan un interés en informar. Estos terceros pueden ser periodistas, académicos u organizaciones de la sociedad civil, aunque en este documento la narración de la prensa adquiere mayor relevancia, pues los hechos que lo originaron cuestionaron principalmente a la comunidad de periodistas. A su vez, el acto de narrar está mediado por el punto de vista de quien narra, y este punto de vista determina el enmarque de la narración (Currie, 2010, pp. 88-89). Así, una noticia o una historia puede ser contada desde el punto de vista de las comunidades que han sido víctimas, o desde el de los victimarios o de los gobiernos; puede narrarse, también, a partir de una historia individual o del recuento impersonal de los hechos. Tener en cuenta que el enmarque depende de un punto de vista concreto es importante por dos razones. Primero, porque un enmarque particular puede determinar la respuesta de las audiencias a los hechos narrados (p. vi); y, segundo, porque el enmarque también depende de los intereses y las motivaciones de quienes narran los hechos.

En particular, las motivaciones de un tercero para retratar los conflictos y posconflictos pueden ser diversas. Los periodistas, por ejemplo, cubren este tipo de hechos por distintos motivos. Por un lado, existen razones como la necesidad de informar, la curiosidad investigativa, o simplemente la motivación de contar historias que consideran de gran trascendencia (McLaughlin, 2016, p. 21). Por otro lado, hay razones más utilitaristas, como la posibilidad de obtener lucro monetario o algún reconocimiento personal, o menos altruistas, como los sesgos editoriales o la intención soterrada o explícita de atacar una política o de contaminar el debate público. En tales casos, pueden surgir problemas en el plano ético, pues este tipo de motivaciones resultan en la instrumentalización del sufrimiento de las víctimas o en un cubrimiento parcializado que solo muestra una cara de la guerra.

Tan diversos como los motivos pueden ser los ángulos que un periodista adopte para narrar la guerra y los instrumentos que utilice para hacer esa narración. Un reportaje que busca dar voz a los problemas de las víctimas y enmarcar la complejidad del conflicto no es equivalente a un cubrimiento que se realiza únicamente para encender las alarmas mediáticas, aunque uno y otro pueden coincidir. De la misma forma, en este último predomina un lenguaje más directo y se da prevalencia a las imágenes, lo

que es contrario, por ejemplo, a una pieza de periodismo investigativo o a una etnografía, en la que predomina el análisis de los hechos y el relato de historias locales. Por tanto, optar por una determinada forma de cubrir y narrar la guerra también implica elegir qué voces se amplifican y qué otras se silencian.

Del mismo modo, los periodistas son actores importantes para el desarrollo de un proceso de justicia transicional, pues el cubrimiento que hacen puede ser una fuente para interpretar los hechos de la transición. En este sentido, David Tolbert y Refik Hodzik mencionan que la relación entre el periodismo y la justicia transicional existe en un espectro entre la simbiosis y el conflicto (Hodzik y Tolbert, 2016, pp. 2-6). Es decir, los periodistas pueden promover un enmarque de los hechos que guíe la realización de los derechos de las víctimas; sin embargo, también pueden adoptar un enmarque que se encuentre en directa tensión con estos derechos. En algunos casos, el interés por cubrir determinado hecho puede chocar con los intereses de las víctimas. Un ejemplo de este choque de intereses sucede cuando las víctimas requieren legítimamente que los periodistas –o terceros en general– den prioridad a ciertos ángulos de la narración y eviten otros.

En el plano jurídico, este choque de intereses da lugar a una tensión entre distintos derechos fundamentales, entre los cuales pueden destacarse: la intimidad de las víctimas, el *habeas data*, la libertad de prensa, la de expresión e información de los terceros, y la verdad en su dimensión colectiva en contextos de posacuerdo. En esta ocasión hemos decidido abordar esta tensión e intentaremos buscar un equilibrio entre estos derechos.

Un caso que ilustra de manera adecuada esta tensión deriva de las diferencias que se generaron en mayo de 2017, en el municipio de Bojayá, Chocó, entre víctimas y periodistas, por el cubrimiento de las exhumaciones de cuerpos de víctimas de la masacre perpetrada el 2 de mayo de 2002 en el antiguo casco urbano de Bojayá, en medio de enfrentamientos entre las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las FARC-EP. En este texto decidimos incluir el estudio de este caso, con el fin de abordar la tensión que se presenta entre los derechos de las víctimas y los derechos de los periodistas y la sociedad en general.

El propósito y la metodología de la investigación

Este escrito tiene como propósito el planteamiento y la respuesta, desde una perspectiva sociojurídica, de la siguiente pregunta de investigación:

¿cómo narrar los hechos relacionados con el conflicto armado y la transición a la paz sin vulnerar el derecho a la intimidad de las víctimas involucradas? O, de manera más concreta, ¿cómo puede un periodista dejar constancia de un acontecimiento dramático o contar una injusticia que conmueva a sus lectores respetando los límites de la vida privada de las víctimas?

No es una tarea fácil, pues el periodista cumple con su responsabilidad democrática cuando informa a la sociedad de un hecho de interés público, como son las exhumaciones de Bojayá. Pero a las víctimas les debemos tanto que la sola protección y tranquilidad en su duelo íntimo, aunada a la mínima autorregulación del periodista parecen poca cosa. Con todo, en nuestro análisis jurídico hemos tratado de valorar el conflicto entre derechos fundamentales de suerte que la conclusión sea válida, no solo en el caso de Bojayá, sino en los futuros años de transición, pues tanto las víctimas como la sociedad en general nos beneficiamos de una prensa libre y responsable, y del respeto de la vida privada.

Para responder a la pregunta de investigación, el texto abordará cuatro secciones. En la primera sección presentamos un estudio de los derechos que pueden estar en tensión cuando los terceros narran el conflicto armado y la transición a la paz. Así mismo, señalamos los criterios que deben ser cumplidos para determinar si la limitación a estos derechos resulta legítima o ilegítima. En esta sección argumentamos que, aunque ciertas injerencias en la intimidad pueden considerarse como abusivas o ilegítimas, esto no puede ser causal de desconocimiento de la libertad de expresión y la verdad histórica, pues también existen criterios que permiten determinar cuándo una limitación a estos derechos es legítima o no. En la segunda sección presentamos el estudio de caso de las exhumaciones de cuerpos en la comunidad de Bojayá.² En concreto, hacemos una

2 Para obtener información sobre el caso de las exhumaciones de Bojayá que desarrollamos en este estudio realizamos, en primer lugar, una revisión de prensa que nos permitió extraer una primera lista de hechos y tensiones relevantes; llevamos a cabo trabajo de campo para dialogar directamente con los miembros del Comité de Víctimas de Bojayá, previa invitación del mismo; pudimos conversar con el Comité y escuchar sus dudas y preferencias sobre el cubrimiento de actos relacionados con las exhumaciones. De igual forma, tuvimos la oportunidad de discutir este tema en diferentes sesiones de trabajo con el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), la Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano (FNPI), Verdad Abierta, el Proyecto Antonio Nariño (PAN) y el Centro de Estudios en Periodismo de la Universidad de los Andes (Ceper). Junto a estas

evaluación del caso a la luz de los criterios expuestos en la primera parte del texto. En tercer lugar, a partir del análisis hecho hasta ese punto, ofrecemos una serie de subreglas útiles para resolver casos análogos en los que, debido al cubrimiento de terceros, el derecho a la intimidad y los derechos a la verdad histórica y a la libertad de expresión puedan entrar en tensión. Finalmente, hacemos una recapitulación para contribuir a la búsqueda de un equilibrio en los derechos en tensión.

CRITERIOS DE LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS EN TENSIÓN

Como lo anunciamos, el cubrimiento y la narración del conflicto armado y la transición a la paz pueden generar tensiones entre distintos derechos. Por un lado, algunas prácticas de cubrimiento periodístico o investigación académica que involucren víctimas pueden vulnerar sus derechos a la intimidad y al *habeas data*. Por otro lado, los terceros que tengan un interés en informar al resto del país sobre ciertos actos o hechos relacionados con las víctimas, el conflicto armado y la transición a la paz se sienten legitimados para hacerlo en nombre de los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su faceta colectiva.

A pesar de que el contexto de cada situación es importante para realizar una debida ponderación de los derechos en tensión, es posible establecer criterios de limitación que tengan un alcance general y puedan ser aplicados a cada caso concreto. Por eso, en esta sección haremos una caracterización de los mencionados derechos en tensión y una descripción de los criterios que nos permiten identificar las limitaciones que resultan legítimas. En primer lugar, estudiaremos el contenido del derecho a la intimidad y al *habeas data*, y los casos en que una injerencia en estos derechos es legítima o abusiva. Posteriormente, pasaremos a estudiar hasta qué punto es posible limitar los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva, en caso de que su ejercicio implique una injerencia abusiva en el derecho a la intimidad. Para ello, explicaremos el contenido de estos dos derechos y las condiciones de limitación de cada uno.

organizaciones de la sociedad civil llevamos a cabo un conversatorio cerrado el 16 de agosto, en el que pudimos reunir a víctimas, periodistas y académicos para escuchar sus diferentes visiones sobre el tema.

Los derechos a la intimidad y al habeas data: ¿qué son y hasta qué punto una injerencia en su ejercicio se puede considerar legítima?

En esta parte del texto estudiaremos: i) el contenido de los derechos a la intimidad y al *habeas data*; y, ii) los criterios para determinar si una injerencia en ellos puede considerarse legítima o abusiva. Frente a este último punto cabe destacar que, si bien la jurisprudencia nacional e internacional no ha desarrollado ni sistematizado criterios unificados para evaluar el grado de legitimidad de las injerencias en el derecho a la intimidad, a partir de los elementos esenciales de este derecho hemos formulado algunos criterios que consideramos de gran utilidad para el análisis de los casos en que el derecho a la intimidad entra en tensión con otros derechos.

Derecho a la intimidad

Contenido

El derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. [...]

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales, y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

El derecho a la intimidad también es reconocido como parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, tanto el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CAHD), como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Al interpretar el alcance y contenido de este derecho, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el mismo “implica amparo positivo a la vida privada”,³ entendida como una esfera, ámbito o espacio ontológico –no material– del individuo, que está sustraído a la injerencia o al conocimiento de terceros, y en el que se encuentran fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que solo le interesan al titular del derecho.⁴ Al respecto, es importante recordar que, si bien esta es la definición de “vida privada” que ha sido construida por la jurisprudencia, “es cierto que el concepto de vida privada es harto difícil de poder definirse con precisión, pues tiene connotaciones diversas según la sociedad que se trate, el medio ambiente de cada uno, y la época que se analice o el periodo de tiempo al que se aplique” (Gómez-Robledo, 1995, p. 243) .

La Corte también ha sostenido que el derecho a la intimidad: i) tiene por finalidad aislar a las personas de las injerencias arbitrarias de terceros, así como proteger su imagen;⁵ ii) es una de las expresiones del libre desarrollo de la personalidad y una forma para garantizar la dignidad de las personas;⁶ y, iii) se proyecta en dos dimensiones, a saber: “como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como *secreto*, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como *libertad individual*, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”.⁷

Precisión conceptual

Cabe destacar que, en otras latitudes, las dos dimensiones del derecho a la intimidad han sido claramente diferenciadas bajo dos conceptos distintos. Así, por ejemplo, el tratadista argentino Carlos Santiago Nino considera que el derecho a la intimidad únicamente hace referencia a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349. Expediente: T-13211. M. P. José Gregorio Hernández Galindo: 27 de agosto de 1993.

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-056. Expedientes: T-40754 y T-44219. M. P. Antonio Barrera Carbonell: 16 de febrero de 1995.

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-213. Expediente: T-10.113. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 8 de junio de 1993.

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011. Expediente: T-716. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 22 de mayo de 1992.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-222. Expediente: T-026. M. P. Ciro Angarita Barón: 17 de junio de 1992.

los demás. De acuerdo con este tratadista, la intimidad es “la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intrusión de los demás” (Nino, 2002, p. 328), y suele infringirse por medio del allanamiento del domicilio, la interceptación de papeles privados, correspondencia y comunicaciones, y el registro de datos personales. Por su parte, las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros caben más bien en lo que él conoce como el derecho a la privacidad. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano –tanto en la Constitución Política como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional– se ha encuadrado bajo el concepto de *derecho a la intimidad*, tanto el derecho a que la vida privada esté exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, como la posibilidad de actuar libremente en el ámbito de la vida privada sin más limitaciones que los derechos de terceros. Por ello, en nuestro país no ha existido una clara diferenciación entre los conceptos de intimidad y privacidad, los cuales suelen ser tratados por el Alto Tribunal Constitucional de forma indistinta.⁸

Condiciones para limitar el ejercicio del derecho

El segundo inciso del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos se señala que: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Al interpretar este inciso, Benente señala acertadamente que “no está absolutamente vedada la intromisión en esferas íntimas, sino que lo que se prohíbe es aquella que sea abusiva o arbitraria” (2010, p. 67). ¿Cuáles son, entonces, las condiciones que determinan que una injerencia en la intimidad pueda considerarse legítima o abusiva? A diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales, no existe como tal un test especializado que ya haya concretado esas condiciones; al menos, no uno distinto al test de proporcionalidad comúnmente utilizado por la Corte Constitucional. No obstante, a partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional, internacional y comparada es posible identificar ciertos criterios

8 Algunas de las decisiones judiciales que tratan de forma indistinta los conceptos de privacidad e intimidad son las siguientes: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-881. Expediente D-10273. M. P. Jorge Ignacio Pretelet: 19 de noviembre de 2014; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-050. Expediente T-5145787. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza: 10 de febrero de 2016.

que, mirados en conjunto, pueden dar señales sobre la arbitrariedad o legitimidad de una determinada injerencia.

Antes de señalar esos criterios debe resaltarse que, a diferencia de los derechos a la honra y al buen nombre, la violación del derecho a la intimidad se da con la sola injerencia o divulgación abusiva o arbitraria, y sin necesidad de que se cause un daño adicional a otros bienes jurídicos del titular del derecho. En palabras de Eguiguren:

... la vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de esta y que su titular desea mantener en reserva (2000, p. 143).

Por su parte, la Corte Constitucional ha dicho que esta vulneración puede darse de tres maneras,⁹ a saber:

... la primera de ellas es la *intrusión o intromisión irracional* en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda consiste en la *divulgación* de los hechos privados; y la tercera, finalmente, se da mediante la *presentación tergiversada o mentirosa* de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.¹⁰ (Énfasis agregado)

No obstante, en nuestra opinión, esta última situación tiene que ver únicamente con los derechos a la honra y al buen nombre, y no con el derecho a la intimidad.

9 División que, a su vez, parece estar basada en las cuatro grandes categorías utilizadas por Prosser (1941) en su libro *Handbook of the law of torts*, y que consisten en: i) intrusion on plaintiff's privacy; ii) public disclosure of private facts; iii) putting the plaintiff in a false light in the public eye; iv) appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo del 2012.

Con esto en mente, a continuación haremos una descripción de los criterios de valoración de injerencias en la intimidad previamente anunciados. Sin embargo, antes de describirlos queremos dejar claro que estos criterios por sí solos no son concluyentes ni definitivos. Por el contrario, deben ser evaluados en conjunto, de suerte que entre más criterios se cumplen, más legítima es la injerencia.

Así, consideramos que el carácter legítimo de una injerencia en la intimidad dependerá de las características propias de:

- (i) El *titular* del derecho.
- (ii) El *hecho o acto divulgado* o en el que ha sucedido la intromisión.
- (iii) El *lugar* en donde sucede dicho hecho o acto.

A continuación señalaremos las características concretas que deben ser analizadas para determinar el contenido de cada uno de estos criterios.

(i) *Características del titular del derecho a la intimidad*

En lo que respecta al titular del derecho es necesario valorar: a) el carácter público o privado de esa persona, así como b) su conducta. El *carácter público o privado* resulta relevante, pues, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia SU-1723 de 2000:

Quienes por razón de sus cargos, actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública, inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral. En estos eventos, el derecho a informar se torna más amplio y su primacía es, en principio, razonable.¹¹

Del mismo modo, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quienes ostentan un carácter público

...tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública. En efecto, debido a su condición –que implica una mayor influencia social y mayor facilidad de acceso a los medios

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1723. Expediente: T-235650. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 12 de diciembre de 2000.

de comunicación– estos tienen más posibilidades de dar explicaciones o responder a los cuestionamientos o las críticas que se les formulen (2009, párr. 40).

En esa medida, al tener una mayor exposición voluntaria al escrutinio público, las personas públicas deben exhibir un mayor grado de tolerancia a la intromisión y a la crítica.

Para identificar el carácter público de una determinada persona resulta útil traer a colación la escala de notoriedad incluida en la guía “Fuera de Juicio. Manual para periodistas denunciados por injuria y calumnia”, publicada por la FLIP. De conformidad con esta escala, los grados de notoriedad pueden ser distribuidos en una escala de 0 a 100, siendo 0 el nivel de notoriedad de los particulares (personas “comunes y corrientes”), cuyas acciones u omisiones, por lo general, no afectan el interés general. En el otro extremo de la escala (100) se encuentran los cargos de elección popular (presidente, alcalde, congresista, etc.), descritos como “personas que buscan la confianza del ciudadano para representarlo. Pueden ser candidatos, estar en ejercicio o haber cumplido su mandato. Están más expuestos a la vigilancia del público” (FLIP, 2012, p. 37). Por último, en el interregno entre esos dos puntos extremos se sitúan tanto los particulares que se han involucrado voluntariamente en la vida pública (piénsese, por ejemplo, en artistas, deportistas, dirigentes gremiales y sindicales, etc.), como los funcionarios públicos (ministros, militares, superintendentes, etc.). En ambos casos, se trata de personas que realizan actividades que de una u otra forma afectan el interés general y, por ende, cuyo nivel de protección a la intimidad va reduciéndose progresivamente, aunque nunca hasta el punto de las personas ubicadas en el grado 100 de la escala.

La *conducta*, por su parte, es la segunda característica que se le debe evaluar al titular del derecho a la intimidad. Así, es necesario establecer si la conducta de la persona se orienta a mantener la privacidad de sus hechos o actos, o si, por el contrario, implica un consentimiento a su comunicación (Eguiguren, 2000). Al respecto, es pertinente traer a colación la posición de la Corte Constitucional, quien ha establecido que quien decide salir al espacio público adopta una conducta que da a entender que se asume como sujeto observado (aunque no identificable).¹² Por el

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1233. Expediente: T-486155. M. P. Jaime Araújo Rentería: 22 de noviembre de 2001.

contrario, consideramos que quien se resguarda en el *vestier* de un almacén de ropa para probarse una prenda adopta una conducta que da cuenta precisamente de lo contrario; es decir, de que no tiene la intención de comunicar a los demás los actos que allí sucedan.

(ii) *Características del hecho o acto divulgado o en el que ha sucedido la intromisión*

Pasemos ahora a señalar cuáles son las características del *hecho o acto divulgado o en el que ha sucedido la intromisión*, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de definir la legitimidad de una determinada injerencia en el derecho a la intimidad. A partir de la jurisprudencia y de la doctrina hemos podido identificar que en el caso de los actos o hechos es preciso valorar: a) el nivel o grado de intimidad en el que se inserta; b) su incidencia o vinculación con la función o actividad que hace que el titular del derecho a la intimidad sea una persona pública; c) sus repercusiones sociales; d) la relevancia pública de la información que de allí se extrae; y por último, e) su interés histórico, científico o cultural.

En primer lugar, para determinar el *nivel o grado de intimidad* en el que se inserta el hecho o acto divulgado se debe tener presente que de acuerdo con la Corte Constitucional, “dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (CP, art. 15)”.¹³ Aunque el derecho a la intimidad protege todas estas esferas de la vida privada de las personas, la intensidad de la protección varía. Así, por ejemplo, el grado de protección de la intimidad personal es casi absoluto. En ese sentido, solo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión en la esfera que ella cobija. En lo que respecta a la intimidad familiar, para la respectiva esfera también existe una intensa protección constitucional, pero hay mayores probabilidades de injerencias ajenas legítimas. Por último, en el caso de la intimidad social y gremial “la protección constitucional a la intimidad autonomía (sic) es mucho menor, aún cuando no desaparece, pues no se puede decir que las autoridades pueden examinar

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-787. Expediente: T-722765. M. P. Rodrigo Escobar Gil: 18 de agosto de 2004.

e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad”.¹⁴

En segundo lugar, la *incidencia o vinculación del acto o hecho con la función o actividad que hace que el titular del derecho a la intimidad sea una persona pública*, por su parte, es uno de los criterios más destacados en la jurisprudencia y en la doctrina analizada. Así por ejemplo, este criterio fue utilizado para resolver el caso argentino “Ponzetti de Balbín”, en el que se analizaba la responsabilidad civil de una editorial que había publicado, sin autorización de los familiares, fotos del político y candidato presidencial Carlos Balbín en estado agonizante. En la *ratio decidendi* de este caso –y de donde sale el nombre de la hoy llamada Doctrina de “Ponzetti de Balbín”– se estableció que “en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general”¹⁵ (énfasis agregado). Así mismo, esta posición también fue adoptada por el Tribunal Constitucional Español al resolver el caso “Paquirri”,¹⁶ en el que se estudiaba la responsabilidad de un medio de comunicación que había hecho y comercializado –sin autorización– algunas imágenes de la corrida que llevó a la muerte al torero Francisco Rivera Pérez (Paquirri), y del posterior tratamiento médico en la enfermería del lugar. Al igual que en Argentina, el tribunal español consideró que la información relativa a los personajes públicos “será legítimamente divulgada solo cuando la noticia o dato, se relacione indefectiblemente con la actividad que hace a la notoriedad pública adquirida en la sociedad” (énfasis agregado) (Basterra, 2011, p. 378).

En ese sentido, el carácter público de una determinada persona no es un elemento suficiente para asegurar la legitimidad de una injerencia en su intimidad. Por el contrario, resulta indispensable evaluar también si el hecho o acto que se pretende divulgar *tiene relación* con esa determinada actividad o característica que lo ha hecho público. De no ser así, se estará ante una injerencia ilegítima en la vida privada de una persona (siendo indiferente si es o no una persona pública).

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-505. Expediente: D-2278. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 14 de julio de 1999.

15 “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.”, Fallos 306:1892 (1984).

16 STC 231/1988, del 02 de diciembre de 1988, www.boe.es.

En tercer lugar, se deben valorar las *repercusiones sociales* que tiene el acto o hecho a divulgar. Si bien esta característica no suele ser aducida por la doctrina ni por la jurisprudencia internacional o comparada, fue insistentemente utilizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-407 de 2012, en la que se discutía si la instalación de cámaras de seguridad en el aula de clase, para posibilitar la seguridad de los estudiantes, constituía una injerencia ilegítima, desproporcionada e irrazonable que afecta el núcleo esencial de los derechos de los estudiantes al libre desarrollo de la personalidad, de la libertad de cátedra de los profesores, y del derecho a la intimidad de unos y otros. De conformidad con la Corte, la garantía del respeto a la intimidad “es absoluta cuando *las acciones que en ella realizan los ciudadanos no tienen repercusiones sociales* y solo interesan al titular del derecho, mientras que se atenúa cuando se trata de espacios cerrados menos íntimos en los que se desarrollan *actividades con mayores efectos sociales*”¹⁷ (Énfasis agregado). En ese sentido, a medida que los actos o hechos tienen mayores repercusiones sociales, el grado de protección del derecho a la intimidad tiende a atenuarse.

La *relevancia pública de la información* es la cuarta característica de los hechos o actos divulgados que debe ser evaluada, y consiste en que la comunicación a la opinión pública sea necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o de su contribución al debate público (Benente, 2010, p. 74). Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dicho que en el caso de los funcionarios públicos (que como ya mencionamos tienen grado de notoriedad 100), su información es de relevancia pública cuando:

... a) de alguna manera, a pesar de tener un componente de vida privada, tiene que ver con las funciones que esa persona ejecuta; b) se refiere al incumplimiento de un deber legal como ciudadano; c) resulta un dato relevante sobre la confianza depositada en él, y d) se refiere a la competencia y las capacidades para ejercer sus funciones.¹⁸

Este criterio de relevancia pública ha sido comúnmente denominado como el “elemento objetivo”, que junto al “elemento subjetivo” o

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. No de expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo del 2012.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fontevecchia D'Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238, párr. 17.

carácter público de la persona permiten que la protección del derecho a la intimidad disminuya. El mismo fue utilizado, por ejemplo, en el caso “María Isabel Preysler Arrastia”,¹⁹ en el que el Tribunal Constitucional español discutía la legitimidad de una nota divulgada por la revista *Lecturas*, bajo el título “La cara oculta de Isabel Preysler”, en la que se exponían hechos y situaciones relacionados con la señora Preysler Arrastia, familiares y amigos, así como sobre las costumbres de su casa. En esa ocasión, el tribunal español estableció que “a fin de que la tutela constitucional de los derechos de la personalidad sea exigible, resulta necesaria la concurrencia –junto a ese *elemento subjetivo del carácter público del individuo* afectado– el *elemento objetivo*; que los hechos constitutivos de la información, *por su relevancia pública*, no menoscaben la intimidad” (énfasis agregado) (Basterra, 2011, p. 382).

Caso similar fue el del fallo argentino “Menem C. Editorial Perfil”,²⁰ el cual fue resuelto por las cortes nacionales con base en la ya mencionada Doctrina de “Ponzetti de Balbín”. En este caso se discutía la legitimidad de la difusión de una serie de notas y fotos periodísticas por parte de la revista *Noticias*, sobre una presunta paternidad extramatrimonial del presidente Carlos Saúl Menem, y el estado anímico de su excónyuge respecto de tal situación. En aquel momento, la Corte argentina resolvió que tales informaciones no estaban relacionadas con su carácter de presidente de la República y que en esa medida, debía condenarse a la revista. Sin embargo, en una sentencia posterior la Corte IDH recurrió al criterio de relevancia pública para sostener que:

... los periodistas fueron condenados a indemnizar al presidente de la República por publicar información que ya se encontraba en el dominio público y que, además, *era de interés público dado que se trataba de:* a) el posible uso del poder del Estado para fines particulares por parte del presidente de la Nación; b) el posible enriquecimiento ilícito de una diputada; c) la posible existencia de amenazas de muerte contra el hijo del entonces presidente, y d) el incumplimiento del deber legal por parte del expresidente de reconocer al niño, acto que no es una mera liberalidad de los padres.²¹ (Énfasis agregado)

19 STC 115/2000, del 05 de mayo de 2000, www.boe.es.

20 Fallos 324:2895, sentencia del 25 de septiembre de 2001.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fontevecchia D’Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238, párr. 18.

La quinta característica que se debe analizar en relación con el hecho o acto divulgado o en el que ha sucedido la intromisión es *su posible interés histórico, científico o cultural*. Este criterio parte del artículo 8 de la Ley española 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, según el cual “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, *ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*” (énfasis agregado). Según Antonio Niño y Carlos Sanz (2012), este criterio pretende proteger la investigación científica y la investigación con fines históricos en particular, de una aplicación abusiva de la protección de la intimidad personal.

(iii) *Características del lugar en donde sucede el hecho o acto divulgado o en el que ha sucedido la intromisión*

Por último, resta establecer las características del lugar en donde sucede el hecho o acto por divulgar, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la legitimidad de una injerencia en el derecho a la intimidad. Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-407 de 2012, arriba mencionada. Según la Corte, “no todos los lugares cerrados diferentes a la residencia gozan de la misma protección constitucional porque la privacidad en cada caso debe ponderarse con otros derechos. En otras palabras, la Corte reconoce que existen diferentes esferas de privacidad e intimidad, asociadas a variados espacios, a las que corresponden distintos grados de protección”.²² En esa medida, se refiere a espacios públicos,²³ semipúblicos, semiprivados y privados,²⁴ asignando a cada uno de ellos un grado distinto de protección.

22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo del 2012.

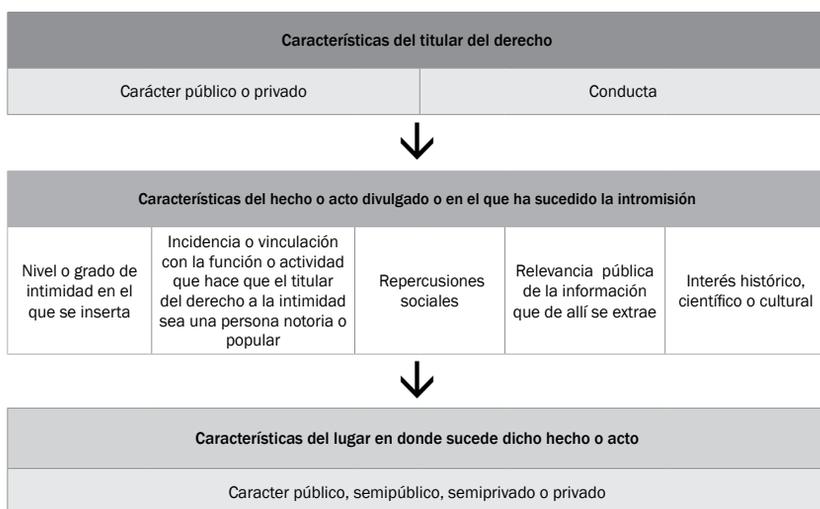
23 Según la Corte, “el espacio público es una categoría que exhibe una clara connotación constitucional, en la que se comprenden aquellas áreas destinadas a la circulación, la recreación, la instalación de servicios públicos, de preservación de obras públicas, y en general todas las zonas en las que prevalezca el interés y las necesidades colectivas, sobre las particulares, en relación con su uso y disfrute”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo del 2012.

24 Según la Corte, “el espacio privado se define como el lugar donde la persona desarrolla libremente su intimidad y su personalidad en un ‘ámbito reservado e inalienable’. En este sentido, las residencias y los lugares en los que las personas habitan son el espacio privado por excelencia”. Corte Constitucional

Según la Corte, en el caso de los espacios semiprivados las injerencias en la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos son limitadas. Esto, teniendo en cuenta que se trata de lugares en los que las personas realizan actividades cotidianas y en donde son menores los efectos sociales de las conductas desplegadas por los sujetos. Por su parte, en los espacios semipúblicos las restricciones a la intimidad son tolerables, por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios. En lo que respecta al espacio público, esta Corte ha sido clara al establecer que a partir del momento en que una persona pisa el espacio público, “tácitamente se asume y reconoce frente a los demás en tanto sujeto observador y en tanto sujeto observado.”²⁵

En conclusión, a partir de la doctrina y de la jurisprudencia nacional e internacional contamos con un conjunto de criterios (figura 1) que pueden ser utilizados a la hora de determinar si una injerencia en el derecho a la intimidad es legítima, o si, por el contrario, estamos ante una limitación arbitraria que, por consiguiente, debe ser evitada.

Figura 1
Criterios para identificar la legitimidad de una injerencia en el derecho a la intimidad



FUENTE: elaboración propia.

de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo del 2012.

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1233. Expediente: T-486155. M. P. Jaime Araújo Rentería: 22 de noviembre de 2001.

Si a partir de la aplicación de estos criterios se comprueba que una determinada injerencia en el derecho a la intimidad de una persona resulta arbitraria, se tienen argumentos suficientes para proceder a limitar esa intromisión. Sin embargo, ¿hasta qué punto pueden instaurarse limitaciones, sin que estas impliquen el desconocimiento absoluto de los demás derechos en tensión? Dado que en el presente texto hemos seleccionado la libertad de expresión y la verdad histórica como los otros derechos que entran en juego a la hora de narrar el conflicto armado y la transición a la paz, a continuación procedemos a abordar tanto su contenido, como las formas legítimas en las que estos derechos pueden ser limitados. Sin embargo, antes de proceder con esos derechos haremos una breve descripción del derecho al *habeas data*, pues el mismo también podría entrar en tensión en los contextos que aquí abordamos.

Derecho al *habeas data*

Contenido

El derecho al *habeas data* también se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, que en su parte pertinente establece:

Artículo 15. Todas las personas [...] tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Así mismo, su contenido ha sido desarrollado tanto en la Ley Estatutaria 1266 de 2008 “por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”, como en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

Al interpretar el alcance y contenido de este derecho, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el mismo surgió para proteger a los individuos del uso abusivo de sus datos personales²⁶ por medio de

26 Según la Corte Constitucional, las características del dato personal son: “i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside

las modernas tecnologías de información. Sin embargo, fue primero interpretado como una garantía del derecho a la intimidad y al buen nombre. Posteriormente surgió al interior de la Corte una segunda línea interpretativa que consideraba el *habeas data* como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, el derecho al *habeas data* fue entendido como un derecho autónomo compuesto por la autodeterminación informática y la libertad.²⁷

Inicialmente, la Corte denominó el derecho al *habeas data* como *libertad informática*, definiéndola como “la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás”.²⁸ No obstante, en el año 2002 la Corte adoptó la definición que continúa manejando hoy en día y según la cual el derecho al *habeas data* es:

... aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales.²⁹

En esa medida, este alto tribunal constitucional ha señalado que el contenido del derecho al *habeas data* se manifiesta en cuatro facultades concretas que están en cabeza de su titular, a saber: i) el derecho a conocer las informaciones que a él se refieren; ii) el derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos; iii)

exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-729. Expediente: T-467467. M. P. Eduardo Montealegre Lynett: 5 de septiembre de 2002.

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-260. Expediente: T-3.273.762. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 29 de marzo de 2012.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-414. Expediente: T-534. M. P. Ciro Angarita Barón: 16 de junio de 1992.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-729. Expediente: T-467467. M. P. Eduardo Montealegre Lynett: 5 de septiembre de 2002.

el derecho a rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad; y, iv) el derecho a la caducidad del dato negativo.³⁰

Condiciones para limitar el ejercicio del derecho

La legitimidad de las limitaciones del derecho al *habeas data* depende del cumplimiento de cinco principios de creación jurisprudencial –hoy incluidos en la Ley 1581 de 2012–, que según la jurisprudencia y la ley deben guiar el tratamiento de los datos personales.

Por un lado se encuentra el *principio de libertad*, según el cual, “el tratamiento [de datos personales] solo puede ejercerse con el *consentimiento previo, expreso e informado del titular*. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento” (énfasis agregado). Por otro lado, el *principio de finalidad* establece que la publicación o divulgación de los datos personales solo puede ser permitida si se sustenta en un fin constitucionalmente legítimo. El *principio de necesidad*, por su parte, se satisface si “la información personal que deba divulgarse guarda ‘relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación’”.³¹ En lo que respecta al *principio de veracidad*, este prohíbe la publicación de información personal que no se ajuste a la realidad o sea incorrecta. Por último, el *principio de integridad* señala que “no puede evidenciarse parcialidad o fragmentación en los datos que se suministran, en otras palabras, la información debe ser completa”.³²

En esa medida, si

... el titular manifiesta su consentimiento para introducir una limitación permitida por el ordenamiento a su libertad personal en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad [...] [s]e configura así una *injerencia consentida y, como tal, no arbitraria ni abusiva* en los alcances que a estos términos reconocen tanto los pactos internacionales como la doctrina.³³ (Énfasis agregado)

-
- 30** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-082. Expediente: T-40.966. M. P. Jorge Arango Mejía: 1 de marzo de 1995.
- 31** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-634. Expediente: T-3900495. M. P. María Victoria Calle Correa: 13 de septiembre de 2013.
- 32** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-050. Expediente: T-5.145.787. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 10 de febrero de 2016.
- 33** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-022. Expediente: T-4452. M. P. Ciro Angarita Barón: 29 enero de 1993.

Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de los otros principios de finalidad, necesidad, veracidad e integridad mencionados.

Reservas sobre la aplicación de este derecho en el presente caso

Sin embargo, existen dos razones que nos llevan a dudar de la inclusión del derecho al *habeas data* en la tensión de derechos que aquí nos ocupa.

En primer lugar, se debe tener en cuenta la posición de autores como Juan Carlos Upegui, que circunscriben el ámbito de aplicación del derecho al *habeas data* al “tratamiento estructurado de datos personales”. De acuerdo con Upegui,

... la distinción entre información personal sometida a tratamiento independientemente de su relación con una base de datos personales, e información personal sometida a tratamiento a partir de una base de datos personales puede ser una herramienta analítica útil para definir el alcance, por lo menos, del derecho fundamental al *habeas data* en Colombia (2017, p. 97).

A partir de esa distinción, este autor considera que el *habeas data* no es un derecho que permita la protección de la información personal en cualquier tipo de contexto, sino únicamente cuando está de por medio una base de datos personales estructurada. Lo anterior, en la medida en que “la existencia de este tipo específico de organización de la información personal es un presupuesto del reconocimiento del llamado ‘poder informático’ y del fundamento del *habeas data* como una ‘libertad informática’” (Upegui, 2017, p. 96).

Así, a pesar de que tenemos conocimiento de casos como los abordados en las sentencias T-260 de 2012³⁴ y T-277 de 2015,³⁵ en donde el análisis de la violación del derecho al *habeas data* versó sobre tratamientos de datos no estructurados, también somos conscientes de que en la

34 En donde se analizó si se afectaba el interés superior del menor y los derechos fundamentales de una niña al *habeas data* y a la honra, con la creación de una cuenta en Facebook a su nombre por parte de su padre.

35 En donde se analizó si la información incompleta publicada por la Casa Editorial El Tiempo en su portal de internet sobre la captura y vinculación de la señora Gloria a un proceso penal por el delito de trata de personas vulneraba los derechos de la accionante, por cuanto no se informa en la publicación que la accionante no fue vencida en juicio, debido a que se presentó la prescripción de la acción penal.

sentencia de unificación SU-458 de 2012 la Corte Constitucional coincidió con la posición de Upegui:

El derecho al *habeas data* opera en el contexto determinado de la administración de bases de datos personales. Por tanto, su ejercicio es imposible jurídicamente en relación con información personal que no esté contenida en una base o banco de datos, o con información que no sea de carácter personal. Estos presupuestos han permitido que esta Corte descarte la invocación del *habeas data* por ejemplo para proteger información personal que conste en distintos soportes, no organizados en una base de datos o en un fichero, o para proteger información de otro carácter, como información académica, científica, técnica, artística que, a pesar de estar contenida en base de datos o archivos, esté desvinculada de personas naturales o jurídicas.

En segundo lugar, también se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el literal d) del artículo 2º de la Ley 1581 de 2012, la mencionada Ley Estatutaria de Habeas Data no le es aplicable a “las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales”, en virtud del tipo de intereses allí involucrados y que ameritan una regulación especial y complementaria. Si bien el parágrafo de ese mismo artículo establece que los principios generales que regulan el tratamiento y la protección de datos (arriba mencionados) sí serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las allí exceptuadas,³⁶ en nuestra opinión aún no es claro cómo se aplican dichos principios a datos con naturaleza especial.

Por eso, consideramos necesario que el legislador estatutario, por medio de desarrollos específicos y adicionales en materia de protección del *habeas data*, regule lo referente al mismo respecto de la información periodística. O en últimas, que la Corte Constitucional, al igual que ya lo ha hecho en otras oportunidades, aclare el alcance que los principios de protección de datos personales tienen en relación con la información

36 Así mismo, al interpretar dicho artículo 2º la Corte Constitucional dejó claro que “aunque en principio es constitucional la consagración de algunas excepciones a la aplicación de algunas disposiciones de la ley, ello no significa que aquellos ámbitos, así como todos los demás en los que se lleva a cabo tratamiento de datos personales, estén excluidos de las garantías básicas del derecho al *habeas data*, así como de las garantías de otros derechos fundamentales que en cada caso puedan resultar lesionados con el tratamiento de datos personales”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-748. Expediente: PE-032. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 6 de octubre de 2011.

periodística. Al respecto, vale la pena traer a colación lo hecho por la Corte en la sentencia C-540 de 2012, en donde decidió acoger un grupo de principios “en orden a las características distintivas que ofrece la materia de inteligencia y contrainteligencia, y con la finalidad de crear fórmulas armónicas de regulación que permitan la satisfacción equitativa de los derechos de los titulares, fuentes de información, operadores de bases de datos y usuarios”. En ese ejercicio, la Corte dejó por fuera el principio de libertad, lo que probablemente sucedió “como consecuencia de un ejercicio de ponderación en el que se ha sopesado el bien jurídico protegido por el *habeas data* con los bienes de la inteligencia que se verían seriamente afectados si se pone en sobreaviso al titular de los datos de la intención de tratar los mismos” (Ramírez, Ángel, Albarracín, Uprimny y Newman, 2017, p. 49).

En forma análoga, sería interesante conocer si por la naturaleza especial de “las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales”, en ese caso tampoco se requiere cumplir con el consentimiento previo, expreso e informado de los titulares de los datos que allí se registren; o si por el contrario dicho requisito sí es aplicable, al menos en casos sensibles como los que aquí nos ocupan, en donde parece clara la reticencia de las víctimas, en su calidad de titulares del *habeas data*, a que sus datos personales sean recolectados. Aunque dadas las circunstancias nos inclinamos por esta segunda opción, preferimos esperar a que exista un pronunciamiento de autoridad en la materia.

Entonces, dado que no es claro si el derecho al *habeas data* es aplicable en los contextos de tratamiento no estructurado de datos que aquí se analizan, ni en todo caso, cómo aplicarlo a la información periodística, consideramos preferible abstenernos de incluirlo en el análisis del estudio de caso que aquí se pretende abordar. Lo anterior, no sin antes dejar sentado que, en todo caso, el derecho al *habeas data* aporta elementos que es conveniente no perder de vista en esta discusión.

Los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva: ¿cuál es su contenido y hasta qué punto pueden ser limitados de manera legítima?

En esta parte analizaremos el contenido de los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva. De igual forma,

presentaremos algunos criterios útiles para saber bajo qué condiciones es posible limitar legítimamente estos derechos.

Derecho a la libertad de expresión

Contenido

El derecho a la libre expresión e información se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Este derecho también ha sido garantizado por el derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad. Al respecto, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

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

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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

Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone la misma libertad en análogos términos, solo que incluyendo una cláusula adicional más amplia según la cual, “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”.

Al interpretar el alcance y la importancia de este derecho, la Corte Constitucional de Colombia ha sido clara al señalar que: i) es un derecho comunicacional o de doble dimensión: “una dimensión individual, consistente en el *derecho de cada persona a expresar* los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el *derecho de la sociedad a procurar y recibir* cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”³⁷ (énfasis agregado); y, ii) cubre tanto la comunicación de *ideas y opiniones*, siendo estas personales y estrechamente vinculadas al derecho a la libertad de pensamiento (libertad de expresión en sentido estricto), como “la comunicación de *informaciones*, entendidas como datos que describen una situación con sustento empírico, no constituyendo una mera opinión”³⁸ (énfasis agregado) (libertad de prensa e información).

Por su parte, la jurisprudencia interamericana ha establecido que este derecho ampara todas las expresiones de cualquier contenido, independientemente de lo chocante, ofensivo, escandaloso o grosero que pueda considerarse el contenido de lo que se habla, escribe o expresa de cualquier modo.³⁹ De acuerdo con la CIDH, “esta *presunción general de*

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-040. Expediente: T-3.623.589. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 28 de enero de 2013.

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-277. Expediente: T-4296509. M. P. María Victoria Calle Correa: 12 de mayo de 2015.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107, párr. 113.

cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos, y como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público” (2009, párr. 30). Así mismo, el derecho a la libertad de expresión e información concede una protección especial y reforzada para ciertos discursos (“discursos especialmente protegidos”), como son: i) el discurso político y *sobre asuntos de interés público*;⁴⁰ ii) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos;⁴¹ y, iii) el discurso que expresa elementos esenciales de la identidad o dignidad personales,⁴² como pueden ser las expresiones que se realizan en la lengua propia de miembros de grupos étnicos, las expresiones religiosas o las que manifiestan la propia orientación sexual o identidad de género. Lo anterior, por la importancia de esta clase de expresión para la democracia y para los derechos humanos.

Por último, tanto la jurisprudencia nacional como la interamericana han coincidido en sostener que el derecho a la libertad de expresión e información cumple una triple función en el sistema democrático, a saber:

... a) asegura el derecho individual de toda persona a pensar por cuenta propia y a compartir con otros el pensamiento y la opinión personal, b) tiene una *relación estrecha, indisoluble, esencial, fundamental y estructural con la democracia*, y en esa medida, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos, mediante la protección y fomento de la libre circulación de ideas y opiniones, y c) finalmente, es una *herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales*⁴³ (énfasis agregado).

40 Ver por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, núm. 193, párr. 121.

41 Ver por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párrs. 87 y 88.

42 Ver por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, núm. 141, párr. 169.

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-040. Expediente: T-3.623.589. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 28 de enero de 2013.

Condiciones para limitar el ejercicio del derecho

Al igual que el resto de los derechos, el derecho a la libertad de expresión e información no es un derecho absoluto.⁴⁴ Lo anterior, en la medida en que, tal y como bien lo establece el numeral segundo del artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Por ello, la jurisprudencia interamericana ha dejado claro que este derecho puede ser restringido, siempre y cuando las limitaciones no sean abusivas o arbitrarias. Para determinar el carácter legítimo o arbitrario de una determinada limitación es necesario aplicar el llamado “test tripartito” o “juicio de necesidad”, consagrado en el inciso segundo del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De conformidad con este inciso:

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

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (Énfasis agregado)

Al interpretar dicho inciso, la jurisprudencia interamericana ha dejado claro que las condiciones que deben cumplir las limitaciones al derecho de libertad de expresión e información para ser legítimas son:

- (i) Haber sido establecidas mediante una ley⁴⁵ (formal y material), que defina la limitación de forma precisa y clara.
- (ii) Estar orientadas al logro de alguno de los objetivos imperiosos incluidos en los literales a) y b) del inciso citado.
- (iii) Ser:

44 Ver por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177, párr. 54; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135, párr. 79; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107, párr. 120.

45 Entendiendo por ley una norma vinculante, general y abstracta adoptada por el órgano legislativo constitucionalmente previsto.

- *Necesarias* en una sociedad democrática para el logro de los objetivos imperiosos que se buscan: que tales objetivos legítimos no puedan alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos.
- Estrictamente *proporcionales* a dichos objetivos: debe determinarse si el sacrificio del derecho a la libertad de expresión resulta exagerado o desmesurado en comparación con el beneficio que con este se obtiene. Para establecer la proporcionalidad de una restricción que tiene el objetivo de preservar otros derechos se deben evaluar concretamente los siguientes tres factores: “(i) el grado de afectación del derecho contrario— grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión” (CIDH, 2009, párr. 89).
- *Idóneas* para el logro de los mismos: debe tratarse de una medida efectivamente conducente para el efecto.

Al respecto, cabe destacar que el último elemento de este test tripartito que propone la Corte IDH (Paso iii) contiene los mismos elementos del test de proporcionalidad que utiliza la Corte Constitucional de Colombia para evaluar la validez y legitimidad de cualquier limitación a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

A la hora de aplicar las condiciones antes enunciadas es preciso tener presentes las siguientes tres guías que han sido establecidas en la jurisprudencia interamericana y que son de especial relevancia en el presente caso: i) estas condiciones “se aplican a la leyes, así como a las decisiones y actos administrativos y de cualquier otra índole, es decir, a toda manifestación del poder estatal”;⁴⁶ ii) “al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho *acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad*, incluyendo las *circunstancias* y el *contexto* en los que estos se presentaron”⁴⁷ (énfasis agregado); y, iii) “algunos tipos de limitaciones, *por el tipo de discurso sobre el cual recaen* o por los medios que utilizan, se deben sujetar a *un examen más estricto y*

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Alvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, núm. 141, párr. 165.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 154.

exigente para ser válidas bajo la Convención Americana” (énfasis agregado) (CIDH, 2009, párr. 62).

En lo que respecta a las posibles limitaciones o restricciones que se deben evaluar, también resulta necesario tener en cuenta que: i) “no se puede invocar la protección de la libertad de expresión o de la libertad de información como un objetivo que justifique a su turno restringir la libertad de expresión o de información” (CIDH, 2009, párr. 78); ii) las limitaciones no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios; iii) existe una prohibición absoluta de censura previa; y, iv) existe una prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión, que pueden provenir incluso de actos entre particulares. Al respecto, “el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no solo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también ‘controles particulares’ que produzcan el mismo resultado”.⁴⁸

Derecho a la verdad histórica en su dimensión colectiva

Contenido

Generalmente se han atribuido cuatro elementos fundamentales a la justicia transicional (Teitel, 2003): verdad, justicia, reparación y no repetición. En los procesos de transición, la búsqueda y el esclarecimiento de la verdad han servido para alcanzar distintos objetivos: i) contribuir a establecer un registro histórico oficial que ii) se basa en la creación de una línea divisoria entre pasado y futuro. Además, iii) ayuda a las víctimas a obtener una respuesta sobre un pasado violento y iv) promueve la reconciliación entre estas, los victimarios y, en general, la población. De igual manera, también tiene efectos retributivos, pues v) impulsa a la rendición de cuentas, y efectos preventivos, pues vi) promueve la reforma a través de recomendaciones de las comisiones de la verdad (Daly, 2008).

A partir de las experiencias internacionales en materia de procesos transicionales se han identificado al menos dos maneras de entender la verdad: como fenómeno histórico y como fenómeno judicial. Esta última se refiere a la verdad que se descubre como consecuencia de la investigación en procesos judiciales (Resta y Zeno-Zencovich, 2013). Por su parte, la verdad histórica hace referencia a la reconstrucción y narración de las causas, los actores y las consecuencias del conflicto (Resta y

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 367.

Zeno-Zencovich, 2013). Se trata de un intento por otorgar “responsabilidades políticas a sujetos colectivos, así como de establecer el contexto del conflicto armado en que se produjeron este tipo de crímenes” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2012, p. 160).

En el ordenamiento interno, el derecho a la verdad fue consagrado constitucionalmente a partir del Acto Legislativo 01 de 2012 que, a su vez, introduce en la Constitución Política el artículo 66 transitorio, el cual reza:

Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; *y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.* Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo. (Énfasis agregado)

Sin embargo, la consagración en el texto constitucional no es la primera aproximación jurídica al derecho a la verdad en Colombia. La Corte Constitucional, de manera previa, lo ha reconocido en distintas ocasiones y ha consolidado una serie de decisiones que analizan a profundidad los elementos centrales de este derecho. En concreto, lo ha definido como la “posibilidad de conocer lo que sucedió y [la búsqueda de] una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real”.⁴⁹ De igual manera, ha sostenido que, en contextos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, el derecho a la verdad constituye un derecho *autónomo, inalienable e imprescriptible*,⁵⁰ cuyo contenido fundamental implica “la garantía de conocer de manera exhaustiva y completa la verdad de los hechos ocurridos, las circunstancias específicas y quiénes participaron en las mismas, incluidas las condiciones bajo

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-282. Expediente D-3672, M. P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett: 3 de abril de 2002.

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576. Expediente T-1.247.553. M. P. Humberto Sierra Porto: 5 de junio de 2008.

las cuales tuvieron lugar las vulneraciones y los motivos que incidieron en producirlas”.⁵¹

En el mismo sentido, al adoptar lo enunciado en el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, la Corte destacó que el derecho a la verdad se compone de tres elementos fundamentales: i) el derecho inalienable a la verdad; ii) el deber de recordar; y iii) el derecho de las víctimas a saber.⁵²

Así, en diferentes decisiones, la Corte ha adoptado diversos criterios jurisprudenciales para determinar el contenido y alcance de este derecho: i) el derecho a la verdad se encuentra fundamentado en el derecho a la dignidad humana, el deber de memoria histórica y el derecho al buen nombre de las víctimas; ii) los titulares del derecho a la verdad son las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto; iii) en su dimensión colectiva, el derecho a la verdad “significa que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “memoria pública” sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”;⁵³ vi) el derecho a la verdad es inalienable e imprescriptible; v) el derecho a la verdad se encuentra directamente relacionado con la justicia y la reparación de las víctimas; vi) es necesaria la existencia de mecanismos alternativos y extrajudiciales de reconstrucción de la verdad, como comisiones de la verdad de carácter administrativo; vi) los familiares de personas desaparecidas tienen derecho a saber el paradero de los desaparecidos.

Uno de los puntos más relevantes para el propósito de este texto es el reconocimiento de una doble dimensión del derecho a la verdad.⁵⁴ En

51 *Idem.*

52 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-454. Expediente D-5978. M. P. Jaime Córdoba Triviño: 7 de junio de 2006.

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715. Expediente D-8963. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 13 de septiembre de 2012.

54 Instrumentos internacionales como los Principios de Joinet también reconocen la doble naturaleza de la verdad histórica de la siguiente manera: “No se trata solo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. [...] en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo”.

efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la verdad es un derecho individual de las víctimas y un derecho colectivo de la sociedad: “el conocimiento sobre el pasado es fundamental en un proceso de justicia transicional, no solo como materialización de un derecho de las víctimas a la verdad, sino también como un componente fundamental de una reconciliación real y del restablecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico”.⁵⁵ Es decir, el derecho a la verdad tiene tres tipos de titulares: las *víctimas*, pues “tienen derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado”;⁵⁶ los *familiares de las víctimas*, pues tienen derecho a conocer la verdad sobre los hechos victimizantes y, en caso de desapariciones forzadas, sobre el paradero de sus familiares; y la *sociedad*, pues tiene derecho a conocer los hechos relacionados con las violaciones de derechos humanos, con el fin de forjar una memoria colectiva que recuerde a las víctimas.

La Corte explica que la faceta colectiva del derecho a la verdad “supone conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”.⁵⁷ Es decir, para la Corte, “este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.⁵⁸ Por otro lado, la Corte indica que deben existir determinadas garantías para que el derecho a la verdad en su faceta colectiva pueda materializarse. Así, sostiene que una de estas garantías es “la conservación y consulta públicas de los archivos oficiales correspondientes. En tal sentido, se deben tomar medidas cautelares para impedir la destrucción, adulteración o falsificación de los archivos en que se recogen las violaciones cometidas”.⁵⁹

Entonces, es posible ver que el derecho a la verdad tiene una faceta colectiva que es fundamental para construir una memoria colectiva del conflicto y la transición hacia la paz. Es decir, el derecho a la verdad está

55 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-694. Expediente D-9818. M. P. Alberto Rojas Ríos: 11 de noviembre de 2015.

56 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370. Expediente D-6032. M. P. Manuel José Cepeda *et al.*: 18 de mayo de 2006.

57 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-872. Expediente D-4537. M. P. Clara Inés Vargas Hernández: 30 de septiembre de 2003.

58 *Idem.*

59 *Idem.*

en cabeza, no solo de las víctimas, sino de toda la sociedad que ha tenido que enfrentar las adversidades del conflicto.

Por otro lado, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre el contenido del derecho a la verdad de una manera similar a como lo ha hecho la Corte Constitucional. La Corte IDH inició el análisis del derecho a la verdad a partir del estudio de los casos de desaparición forzada en las Américas. Así, por ejemplo, en el Caso Rodríguez Vera (desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia, esta Corte manifestó que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención Americana, el derecho a conocer la verdad”.⁶⁰ La Corte considera que este derecho “se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”⁶¹ que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual constituye además una forma de reparación.

De igual forma, la Corte IDH también ha reconocido la doble faceta del derecho a la verdad. En el Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, la Corte estudia el caso del asesinato de una antropóloga guatemalteca a manos de los militares de ese país. En esta decisión, la Corte manifiesta que el derecho a la verdad, por un lado, implica “el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”.⁶² Por otro lado, la Corte argumenta que “los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”.⁶³

A pesar de que los órganos oficiales de esclarecimiento de la verdad son comisiones de la verdad o figuras análogas, consideramos que la participación de terceros y la sociedad civil es fundamental para enriquecer la faceta colectiva de este derecho. En particular, creemos que el papel de

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 287, párr. 511.

61 *Idem.*

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, párr. 209.

63 *Ibid.*, párr. 274.

los periodistas en el esclarecimiento de la verdad cumple una importante función. El cubrimiento periodístico puede ser un insumo para el trabajo de las comisiones de la verdad, en cuanto contiene información, ángulos y versiones que no existen en otras fuentes. No obstante, este no es el único aporte del periodismo al esclarecimiento de la verdad. Como lo afirman Refik Hozik y David Tolbert, “los medios pueden apoyar y promover la implementación de los mecanismos de justicia transicional al reflejar los nuevos valores de la sociedad y las demandas de las víctimas” (Hozik y Tolbert, 2016, p. 1). Es decir, el periodismo tiene el poder de favorecer ciertas narrativas sobre otras y puede evitar que determinados hechos queden en el olvido. En ese sentido, los periodistas dan a los hechos un significado que se amplifica y puede ayudar a formar una conciencia colectiva sobre los hechos del conflicto y la transición. Finalmente, a partir del anterior recuento sobre el reconocimiento del derecho a la verdad en la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, es posible extraer al menos tres elementos fundamentales de este derecho. En primer lugar, se trata de un *derecho inalienable*. Así mismo, *impone a los Estados diferentes obligaciones con el fin de satisfacerlo tanto a las víctimas como a la sociedad*. De igual manera, se entiende que el derecho a la verdad comporta una *doble dimensión*: por un lado, es un derecho individual e inalienable en cabeza de las víctimas y, por otro, tiene una dimensión colectiva directamente relacionada con preservar la memoria histórica de toda la sociedad y, de tal manera, evitar que los hechos atroces vuelvan a ocurrir.

Condiciones necesarias para limitar el ejercicio del derecho

Al igual que el derecho a la intimidad y el resto de derechos fundamentales, el derecho a la verdad en su dimensión colectiva es inalienable.⁶⁴ Por tanto, no puede ser completamente desconocido, y sus limitaciones deben ser legítimas. La jurisprudencia aún no ha definido los casos en los que es posible limitar de forma legítima el derecho a la verdad en su dimensión colectiva. En principio, para determinar si el derecho a la verdad en su dimensión colectiva debe ser limitado por encontrarse en tensión con otros derechos debería seguirse la fórmula de ponderación genérica utilizada por la Corte Constitucional y que recibe el nombre de juicio de proporcionalidad.

64 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576. Expediente T-1.247.553. M. P. Humberto Sierra Porto: 5 de julio de 2008.

Sin embargo, también consideramos que, a partir del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de este derecho, es posible extraer criterios para evaluar si determinada limitación a la verdad en su dimensión colectiva puede considerarse legítima. Cabe aclarar que estos criterios responden directamente al propósito de este texto; es decir, han sido pensados para evaluar casos en los que se presente una tensión entre el derecho a la verdad en su dimensión colectiva y el derecho a la intimidad. Por tanto, los criterios pueden variar si el derecho a la verdad se encuentra en tensión con otros derechos de distinta naturaleza. Una vez hecha esta aclaración, mencionaremos los criterios que hemos diseñado para definir si, ante una eventual tensión entre la intimidad y el derecho a la verdad en su dimensión colectiva, la limitación de este último derecho resulta legítima:

1. Cuando la protección del derecho a la intimidad no sea un obstáculo para garantizar la construcción plural de la verdad.
2. Cuando la satisfacción del derecho a la verdad en su faceta colectiva entra en tensión directa con la satisfacción de los derechos individuales de las víctimas.

A continuación pasamos a explicar cada uno de estos criterios con mayor detalle.

1. Cuando la protección del derecho a la intimidad no sea un obstáculo para garantizar la construcción plural de la verdad

Si el principal objetivo de la verdad histórica es contribuir al esclarecimiento de los hechos del conflicto y la transición a la paz, entonces es necesario contar con las diversas voces que participaron en estos procesos. La verdad contada debe alimentarse de diversas fuentes para garantizar la pluralidad de relatos y perspectivas sobre determinado hecho o acto. Por esa razón, el sistema interamericano de derechos humanos ha hecho énfasis en la importancia de otros mecanismos que sirvan como fuentes de verdad histórica, más allá de las comisiones de la verdad (CIDH, 2014, par. 206-235), tales como iniciativas dirigidas por víctimas u organizaciones de la sociedad civil. La pluralidad de verdades se hace necesaria, al menos por una razón primordial: la complejidad del conflicto armado requiere de la inclusión de diversos puntos de vista sobre los hechos; en ese sentido, silenciar los relatos de ciertos actores puede dar como resultado una verdad sesgada e incompleta (Daly, 2008).

2. Cuando la satisfacción del derecho a la verdad en su faceta colectiva puede entrar en tensión directa con la satisfacción de los derechos individuales de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición

Las víctimas del conflicto, por su condición particular, tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.⁶⁵ La Corte Constitucional ha reconocido y desarrollado el contenido de estos derechos a partir de “una interpretación armónica de los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta Política, así como de los lineamientos trazados por el derecho internacional humanitario y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos respecto de los derechos de las víctimas”.⁶⁶ Estos derechos son inherentes a las víctimas, y su reconocimiento deriva de su potencialidad para cambiar el estado de vulnerabilidad de quienes han sufrido graves violaciones de derechos humanos en el marco del conflicto armado. Por esta razón, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las víctimas del conflicto armado deben prevalecer en todo momento. Si estos derechos son desconocidos en aras de satisfacer el derecho a la verdad en su dimensión colectiva, este último debe limitarse, pues en un contexto de transición, la centralidad de las víctimas es un presupuesto básico y el desconocimiento de sus derechos puede ser causal de revictimización.

CASO DE ESTUDIO

Hechos objeto de estudio

Los hechos de la transición a la paz cuya narración pretendemos estudiar a profundidad tienen que ver con el proceso de exhumación, entrega de los cuerpos, y ceremonias relacionadas con la masacre perpetrada el 2 de mayo de 2002 en el municipio de Bojayá, Chocó. En medio de enfrentamientos entre las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las FARC-EP, un cilindro bomba fue lanzado a la iglesia de la localidad de Bellavista (cabecera municipal de Bojayá), en donde los habitantes de este municipio se refugiaban y se protegían del cruce de fuego entre los dos grupos

65 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-694. Expediente D-9818. M. P. Alberto Rojas Ríos: 11 de noviembre de 2015; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-828. Expediente T-4.417.194. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 5 de noviembre de 2014.

66 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715. Expediente D-8963. M. P. Luis Ernesto Vargas: 13 de septiembre de 2012.

armados. Después de la masacre, muchos de los habitantes de Bellavista tuvieron que desplazarse forzosamente hacia la ciudad de Quibdó y el municipio de Vigía del Fuerte. Ante la imposibilidad de dar un entierro digno a quienes murieron en este hecho, los cuerpos fueron arrojados a fosas comunes, sin poder determinar la cantidad e identidad de las personas fallecidas.

Quince años después, en mayo de 2017, el Estado colombiano realizó la exhumación de los cuerpos de quienes fallecieron en la masacre de Bojayá. Al respecto, cabe destacar que las exhumaciones fueron parte de un proceso de reparación colectiva previamente discutido y socializado con el Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá. A su vez, las exhumaciones se enmarcan en un proceso penal adelantado por la Fiscalía 37 de Derechos Humanos y DIH de Medellín, cuyo propósito es esclarecer los hechos y atribuir responsabilidad a los autores de la masacre del 2 de mayo de 2002.⁶⁷ Por último, la búsqueda, identificación y exhumación de los cuerpos de personas asesinadas o desaparecidas en el contexto del conflicto armado fue un tema discutido en la mesa de negociaciones de los Acuerdos de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. En concreto, en el Comunicado Conjunto No. 62, del 17 de octubre de 2015, los negociadores anunciaron la consolidación de un acuerdo para “poner en marcha unas primeras medidas inmediatas humanitarias de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado interno” (Delegaciones de Paz del Gobierno Nacional y las FARC-EP, 2015), desarrolladas como parte del proceso de construcción de confianza y de reparación de las víctimas del conflicto armado.

Narración de los hechos y legitimidad de la injerencia en el derecho a la intimidad de las víctimas de Bojayá

Los procesos de búsqueda y exhumación de cuerpos han sido característicos de diversos procesos de transición a la paz, precisamente por su importancia para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas y la

67 Esta información fue brindada por la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación mediante el oficio del 30 de noviembre de 2017, que daba respuesta a una solicitud de acceso a la información previamente presentada.

sociedad (ver Anexo 1). Y el caso de Colombia no es la excepción. Por esta razón, la exhumación, la entrega de los cuerpos y las ceremonias de duelo relacionadas con la masacre de Bojayá pueden ser de gran interés público, no solo para la comunidad de ese municipio, sino también para la opinión pública y la sociedad en general. Este proceso tiene un carácter histórico importante para la sociedad colombiana, pues hace parte de los procesos de reparación de las víctimas del conflicto armado, y, en general, de los esfuerzos de transición a la paz. De igual forma, las exhumaciones y actividades relacionadas llevadas a cabo en Bojayá se pueden entender como hechos constitutivos de verdad histórica, pues el objetivo de las exhumaciones y demás fases del proceso, además de reparar a las víctimas de la masacre, es ayudar a esclarecer una situación relacionada directamente con el conflicto armado, como es la identificación de las víctimas y el paradero de sus restos. Por esas razones, en el marco del posacuerdo existe un alto interés en que este proceso sea narrado por los medios de comunicación, los académicos, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y demás personas interesadas.

Sin embargo, ¿la narración de los procesos de exhumación, entrega de los cuerpos y ceremonias de duelo relacionadas con esta masacre implica una vulneración del derecho a la intimidad de las víctimas de Bojayá? Como señalamos anteriormente, no toda injerencia en el derecho a la intimidad está prohibida. Por el contrario, solo están prohibidas aquellas que, de acuerdo con los criterios previamente reseñados, resulten arbitrarias o ilegítimas. En consecuencia, en este estudio de caso es necesario analizar si el registro y reporte de información sobre el proceso de exhumación, entrega de los cuerpos y ceremonias relacionadas con la masacre, por parte de los medios de comunicación, los académicos, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y las personas externas en general constituía una injerencia legítima en el derecho a la intimidad de las víctimas, o si, por el contrario, se trataba de una injerencia arbitraria que, por ende, debía ser limitada. A continuación estudiaremos de qué forma los criterios sobre la legitimidad de una injerencia a la intimidad tienen aplicación en el caso de estudio de Bojayá.

Sobre el carácter público o privado y sobre la conducta de las víctimas de Bojayá

Para efectos de lo desarrollado en este documento se entenderá que todos los integrantes de la comunidad de Bojayá deben ser considerados

víctimas. Lo anterior, en la medida en que se trata de sobrevivientes de la masacre del 2 de mayo de 2002, familiares de las víctimas fallecidas, personas desplazadas a raíz de la situación, o afectados por los quiebres y las rupturas en el tejido social, en los procesos organizativos y en las dinámicas socioculturales que el conflicto armado –y en particular la masacre– generó. Tal y como lo señala el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica titulado *Bojayá. La guerra sin límites*, “toda familia quedó de alguna manera en duelo, todas las familias tuvieron que participar en la búsqueda y el conteo de sus víctimas” (2010, p. 22).

Al tener esta condición de víctimas, estas personas han perdido el anonimato del que gozan las personas privadas o del común. De esta manera, en los últimos quince años se han visto inmersas en múltiples entrevistas y reportajes, ruedas de prensa y eventos conmemorativos. Del mismo modo, sus derechos y, en general, su destino han adquirido un carácter de interés público. Sin embargo, el hecho de que esa exposición no haya sido adquirida *voluntariamente*, hace que no pueda considerárseles como personas de carácter público en el sentido de que deban admitir la reducción de su esfera íntima. Así mismo, debe tenerse en cuenta que –a diferencia de los funcionarios públicos, de las celebridades y de los candidatos a elección popular– las víctimas no cuentan con influencia social, ni con mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación para poder dar explicaciones o responder a los cuestionamientos o a las críticas que se les formulen. Por esas razones, en este documento hemos decidido denominarlas *personas notables*, pues si bien no puede decirse que sean de carácter público, tampoco es apropiado equipararlas a las personas del común.

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para admitir el carácter público de algunos líderes de víctimas que al participar de manera voluntaria en procesos políticos y electorales, se han convertido en actores políticos relevantes, y por ende, en personas más públicas. Entonces, a pesar de que en el presente caso no haremos un estudio de las implicaciones de privacidad para los líderes de víctimas, consideramos relevante hacer esta distinción entre los diferentes grados de protección a la intimidad que pueden tener las víctimas y las víctimas que progresivamente y de manera voluntaria se han convertido en actores políticos relevantes y, por tanto, ostentan un carácter más público que se conjuga con el de exclusivamente notables.

En lo que respecta a su *conducta*, la actitud de las víctimas de Bojayá frente a los sucesos de los últimos meses no parece dar cuenta de su voluntad de comunicar sobre su vida y sus actuaciones. Para el efecto, resulta

pertinente traer a colación lo dicho por la periodista María Jimena Duzán en sus columnas *Aprender de Bojayá* (2015) y *El fin del periodismo* (2016), en las que llamó la atención sobre la reacción de rechazo que tuvieron las víctimas de Bojayá frente a los medios de comunicación, al prohibir la entrada de periodistas a la ceremonia de reconciliación con las FARC llevada a cabo el 6 de diciembre de 2015. Del mismo modo, los hechos acontecidos entre el 7 y 13 de mayo y narrados por la periodista Patricia Nieto en el artículo titulado *El silencio de Bojayá* (2017), no dan a entender que hubo consentimiento de las víctimas para comunicar lo que allí ocurría. Por el contrario, son una manifestación clara de su deseo de “ser dejados solos”.

En consecuencia, si se analizara la legitimidad de una eventual injerencia de los medios de comunicación, los académicos, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y la ciudadanía en general en la intimidad de las víctimas, exclusivamente a partir de las características de los titulares de ese derecho, se concluiría que el cubrimiento del proceso de exhumación, entrega de los cuerpos y ceremonias de duelo relacionadas con la masacre de Bojayá hubiese constituido una injerencia abusiva o arbitraria. Lo anterior, en la medida en que se trata de personas que, si bien no son privadas, tampoco están sujetas a las mismas condiciones de intimidad reducida que se impone a las personas de carácter público. Así mismo, en lugar de suponer que hubo consentimiento para comunicar los sucesos que rodean su vida, la conducta de las víctimas de Bojayá da a entender que desean vivir su duelo con intimidad, para poder llorar a sus familiares y darles un entierro digno.

Sobre los hechos y actos que componen el proceso de exhumación

Sin embargo, dado que las características del titular del derecho a la intimidad no pueden ser valoradas de manera aislada, debemos evaluar también las características de los hechos y actos que hacen parte de los procesos de exhumación, entrega de los cuerpos y ceremonias de duelo relacionadas con la masacre. En concreto, estamos hablando de hechos tales como: i) los rituales realizados por jaibanás de las comunidades embera-dovida para conseguir que las almas de los difuntos permitieran que sus cuerpos fueran trasladados sin percances; ii) los rituales realizados por los sabedores afro para facilitar el trabajo de los profesionales de la Fiscalía; iii) los procesos de exhumación de los restos de las personas sepultadas en los cementerios municipales de Bellavista, Riosucio y Vigía del Fuerte; iv) el

traslado de los cuerpos por parte de los funcionarios judiciales a las bóvedas provisionales en donde reposarían antes de ser trasladados a Medellín para someterlos a pruebas de identificación; v) los coros de cantoras y caminos de honor preparados por la comunidad para rendir tributo a los recién exhumados; y, vi) las misas ofrecidas para honrar a las personas cuyos cuerpos fueron exhumados. A continuación pasamos a analizar cada uno de estos hechos para evaluar si la injerencia en los mismos tenía o no un carácter legítimo.

No obstante, antes de proseguir con ese análisis queremos resaltar que, en general, los momentos de sufrimiento y dolor vividos por las víctimas en cualquiera de los hechos antes enunciados se insertan en la intimidad personal de las víctimas de Bojayá. Este nivel de intimidad comprende la esfera más íntima de la vida, correspondiente a los sentimientos y pensamientos más personales. Tal como lo señala el investigador Sebastián Lalinde, este primer grado de intimidad

... hace referencia a lo que Warren y Brandeis (1890) denominaron, siguiendo al juez Cooley, “the right to be let alone”, es decir, el derecho a ser dejado solo o, como también lo ha traducido la Corte Constitucional, el derecho a ser dejado en paz. Este nivel de intimidad, que está respaldado constitucionalmente por la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (art. 15), y por la inviolabilidad del domicilio (art. 28), permite que las personas construyan y desarrollen su personalidad sin ser vistas o escuchadas (2015, pp. 36-37).

Entonces, dado que la intimidad personal tiene el grado de protección más alto, solo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión en la esfera que cobija.

No obstante, también debe considerarse que, generalmente, los sentimientos no existen en abstracto, y, por el contrario, suceden o se materializan en determinados hechos o actos. Por esa razón, que los sentimientos y las emociones se inserten en el nivel de mayor protección no implica una prohibición de cubrimiento de los hechos que involucren sentimientos o emociones. Empero, sí reclama tener en cuenta que el cubrimiento directo de los sentimientos y las emociones que se manifiestan durante estos hechos puede llegar a constituir una injerencia ilegítima en la intimidad de las víctimas. Más aún, cuando el dolor se convierte en una “mercancía”.

Los rituales, las misas y los coros realizados por la comunidad de Bojayá

Al hacer la aclaración sobre el grado de intimidad de los sentimientos, procedemos a estudiar a qué nivel de intimidad pertenecen los hechos previamente enumerados y que hacen parte de los procesos de exhumación. Los rituales, las misas y los coros se incluyen dentro de las costumbres y creencias religiosas de las comunidades étnicas que habitan en Bojayá, pues tienen un fuerte componente cultural y hacen parte de su concepción étnica sobre los rituales necesarios para hacer el tránsito de la vida a la muerte. Por esta razón, consideramos que estos hechos *se insertan en lo que se conoce como la intimidad familiar de las víctimas*, que “responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar”.⁶⁸ Tal y como lo ha señalado la Corte, a esta esfera corresponde información que concierne a las relaciones familiares, costumbres, creencias religiosas, prácticas sexuales o salud, que la persona solo comparte con un núcleo muy cercano a ella, siendo este el familiar.

Al respecto, cabe destacar que en el presente caso nos encontramos ante una comunidad afrodescendiente de pequeñas dimensiones, para cuyos integrantes “toda la comunidad es la familia”. Incluso, en el trabajo de campo pudimos constatar que varios de los integrantes de la comunidad son primos de sangre, siendo los apellidos Palacios, Mosquera, Cuesta, Hurtado, Chaverra, Martínez y Rivas los que se repiten constantemente en la lista de personas fallecidas que reposa de manera conmemorativa en la iglesia del viejo Bellavista. En esa medida, cualquiera de los eventos celebrados por esta comunidad continúa insertándose dentro de su intimidad familiar.

Por otra parte, consideramos que la tradición de los rituales, las misas y los coros *no tiene vinculación con la calidad (de víctimas) que hace que los titulares del derecho a la intimidad sean personas notorias*. Si bien estos actos se llevan a cabo para honrar a familiares fallecidos en un hecho que sí tiene relación con su calidad de víctimas (la masacre del 2 de mayo de 2002), la tradición de hacer estos rituales no nace con los hechos del año 2002. Es decir, los rituales, las misas y los coros hacen parte de su identidad cultural, una identidad que antecede y excede su calidad de víctimas. Por otro lado, la naturaleza de los rituales, las misas y los coros tiene

68 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-787. Expediente: T-722765. M. P. Rodrigo Escobar Gil: 18 de agosto de 2004.

ciertos significados e implicaciones que son de completo entendimiento únicamente para los miembros de la comunidad; por ende, solo los afecta a ellos de manera directa. Así, dado que la realización de estos actos culturales *no tiene repercusiones sociales para la sociedad en general, tampoco los consideramos de relevancia pública*. Siendo así, tampoco creemos que su registro y divulgación pueda contribuir al debate público en torno a los procesos de verdad, justicia y reparación que se están adelantando en Bojayá.

Por último, cabe destacar que la comunicación de estos actos *sí podría generar un posible interés histórico y cultural*, en la medida en que se trata de expresiones culturales de una comunidad étnica de nuestro país. Empero, dado que no se trata de un interés predominante en el contexto del posacuerdo, consideramos que la presencia de esta única característica no es suficiente para poder identificar como legítima la injerencia en los ritos y en las misas ofrecidas.

Exhumaciones y traslado de los cuerpos exhumados a las bóvedas provisionales

Por su parte, los procesos de exhumación y traslado de los cuerpos exhumados pueden tener una triple dimensión: i) acto cultural del pueblo de Bojayá; ii) actuación del proceso de reparación colectiva del pueblo de Bojayá; iii) procedimiento que se enmarca en el proceso judicial llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación. Esto quiere decir que la caracterización de estos hechos debe tener en cuenta estas tres perspectivas.

En la decisión de la Corte IDH sobre el Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador, la Corte indicó que “para [los] familiares es de suma importancia recibir los cuerpos de las personas que fallecieron en las masacres, ya que les permite sepultarlos de acuerdo a sus creencias, así como cerrar el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de [los] años”.⁶⁹ Así, las exhumaciones de Bojayá pueden verse como ceremonias privadas por medio de las que los familiares lloran a sus muertos, les rinden un homenaje y les dan una despedida digna. De hecho, en nuestro trabajo de campo miembros de la comunidad de Bojayá nos compartieron que, desde su perspectiva, las exhumaciones eran oportunidades para reencontrarse con sus muertos. Posteriormente, en el conversatorio cerrado que se llevó a cabo el 16 de agosto de 2017, uno de los representantes de

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm.252, párr. 331.

la comunidad de Bojayá sostuvo que cuando se perpetró la masacre nadie pudo darle un debido entierro a los cuerpos, lo que significaba que las almas permanecían rondando sin poder descansar. Por esa razón, la exhumación es un acto fundamental para dar un entierro digno a los cuerpos y, de esa manera, poder realizar los rituales necesarios para que las almas de quienes murieron descansen en paz. Según las palabras del representante de Bojayá, estos actos también son necesarios para que sus familiares puedan superar el dolor y reincorporarse a su comunidad.

Desde esta perspectiva parece claro que estos hechos *se insertan en la intimidad familiar de las víctimas de Bojayá*, pues se vinculan tanto con sus relaciones familiares, como con sus costumbres y creencias religiosas. Como se dijo, si bien para esta esfera también existe una intensa protección constitucional, hay mayores probabilidades de injerencias ajenas legítimas, cuya procedibilidad dependerá –en nuestro concepto– de que cumplan con las otras características propias del hecho o acto divulgado o en el que ha sucedido la intromisión.

Sin embargo, las exhumaciones también se dan en el marco de un procedimiento judicial, pues los resultados de este proceso pueden dar respuestas sobre la identidad de los cuerpos exhumados y servir de prueba en un eventual proceso penal en contra de los responsables de la masacre. Por esta razón, consideramos que los informes o documentos que versen sobre los resultados de las exhumaciones deben ser de carácter público, al menos a partir del momento procesal en que “se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos”, pues se trata de información que, en términos de la Ley 1712 de 2014, está “en poder, custodia o posesión” de una entidad del Estado. Lo anterior, teniendo en cuenta las excepciones de acceso a la información pública consagradas en los artículos 18 y 19 de la misma ley. Es decir, en ningún momento la publicación de esta información podrá vulnerar los derechos a la intimidad, vida, salud, *habeas data* de una persona, o entorpecer los procesos judiciales, entre otros.

Por otra parte, a diferencia de los rituales, las misas y los coros propios de la cultura embera-dovida, las exhumaciones y el traslado de cuerpos exhumados *sí parecen estar relacionados con la condición (de víctimas) que hace que los titulares del derecho a la intimidad sean personas notorias*. La masacre del 2 de mayo de 2002 fue el hecho victimizante que dio la calidad de víctimas a los integrantes de la comunidad de Bojayá; por tanto, las exhumaciones y el traslado de los cuerpos de quienes fallecieron en la masacre tienen una relación directa con la calidad de víctimas de esta

comunidad. Además, en su dimensión de acto de reparación colectiva, estos hechos representan un desagravio a las víctimas por parte del Estado, con el fin de proporcionarles espacios adecuados para honrar a sus familiares y asumir su dolor.

Por eso mismo, *la realización de estos actos tiene repercusiones sociales*, pues representa el avance del Estado colombiano en el cumplimiento de los compromisos adquiridos con las víctimas. Del mismo modo, su ejecución no es solo relevante para las víctimas, sino que *resulta de relevancia pública para la sociedad colombiana*, en un contexto en el que el Estado colombiano se ha comprometido a corregir sus errores. En forma similar, es difícil ignorar que *el conocimiento de la realización de las exhumaciones puede contribuir al debate público* sobre el cumplimiento de los compromisos del Acuerdo de Paz, y por eso mismo, *genera un predominante interés histórico*.

Sin embargo, dado que continuamos hablando de actos que hacen parte de la intimidad familiar de las víctimas, esta injerencia se debe realizar con todas las garantías posibles, de tal manera que se privilegie la divulgación del hecho sobre la de la identidad de las personas allí involucradas (para quienes, como hemos visto, persiste la protección de su intimidad). Más aun, cuando el protagonismo de las personas implica la captura de expresiones de dolor y sufrimiento que, como vimos, hacen parte de la intimidad personal e inviolable de las víctimas de Bojayá.

Sobre el lugar donde suceden los hechos que componen el proceso de exhumaciones

Para la Corte Constitucional de Colombia el espacio público consiste en “aquellas áreas destinadas a la circulación, la recreación, la instalación de servicios públicos, de preservación de obras públicas, y en general todas las zonas en las que prevalezcan el interés y las necesidades colectivas, sobre las particulares, en relación con su uso y disfrute”.⁷⁰ Por su parte, al hablar de espacios semipúblicos la Corte se ha referido a aquellos lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar actividades dentro de un espacio compartido.⁷¹

A partir de estas definiciones, un observador desprevenido podría afirmar que la mayoría de los actos y hechos arriba referidos suceden en

70 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo de 2012.

71 *Idem*.

espacios que son usualmente considerados como públicos (piénsese, por ejemplo, en los cementerios o las vías públicas) o semipúblicos (las iglesias o los lugares cerrados en los que se han realizado los diferentes eventos conmemorativos y de ofrecimiento de perdón). Espacios en donde las injerencias son más admisibles que en los privados (las casas) o semiprivados (las instituciones educativas).

Sin embargo, esta delimitación no es tan sencilla. Al respecto, debe recordarse que el 29 de diciembre de 1997 el Estado colombiano reconoció al Consejo Comunitario Mayor del Medio Atrato (Cocomacia) título colectivo en tres municipios chocoanos, dentro de los que se encuentra Bojayá (PNUD, 2011). De esta manera, en el presente caso nos encontramos ante territorios colectivos titulados a comunidades negras (también llamados legalmente tierras de las comunidades negras).⁷² Según el Observatorio de Territorios Étnicos, “el otorgamiento de un título colectivo a una comunidad negra [...] es básicamente el reconocimiento jurídico del *derecho de propiedad* como desarrollo del derecho fundamental al territorio de las comunidades negras que han venido habitando de forma ancestral en un espacio físico determinado o determinable” (énfasis agregado) (Observatorio de Territorios Étnicos, 2012, p. 22). Al respecto, se debe tener en cuenta que la propiedad es una de las limitaciones al derecho de locomoción. Tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional para el caso de los resguardos indígenas,

... la propiedad sobre un resguardo es un derecho-deber, así: a) para el propietario –comunidad indígena–, es un derecho subjetivo que goza de las características consagradas en el artículo 669 del Código Civil, que establece: el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno[...] En particular se exige la necesidad de contar con el consentimiento del propietario(s) para circular en él. A su vez, la propiedad también es un deber porque tiene una función social. b) Para los terceros, es un deber respetar la propiedad ajena (art. 95.1) y no circular por ella sin el consentimiento del propietario.⁷³

72 Ley 70 de 1993, artículo 4.

73 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-257. Expediente: T-10.239. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 30 de junio de 1993.

Entonces, si bien este derecho de propiedad no puede ser equiparado al de propiedad privada, pues no permite un uso privativo de las tierras en cabeza de una persona,⁷⁴ se podría concluir que sí hace que todos los espacios allí incluidos pasen a ser semiprivados. Es decir, “espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparte una actividad y en los que el acceso al público es restringido”,⁷⁵ y en donde, por ende, las injerencias al derecho a la intimidad son menos legítimas.

No obstante, también es importante saber que según el artículo 6 de la Ley 70 de 1993, las adjudicaciones colectivas no comprenden el dominio sobre los bienes de uso público, ni sobre las áreas urbanas de los municipios. Entonces, dado que los hechos aquí comentados tuvieron lugar en el casco urbano de Bojayá, no es legalmente posible afirmar que los mismos sucedieron dentro de territorios colectivos titulados a comunidades negras. Por el contrario, se trata de hechos sucedidos en el cementerio, la iglesia o la vía pública, lugares que, como se dijo, deben ser considerados públicos o semipúblicos.

¿Qué significa esto para efectos de la procedibilidad de injerencias a la intimidad de las personas allí presentes? En principio, que en esos lugares la protección del derecho a la intimidad se ve reducida, toda vez que allí las personas se exponen a ser observadas. Sin embargo, es pertinente recordar que, incluso en aquellos espacios, la protección del derecho a la intimidad no desaparece. Al respecto, cabe recordar que el derecho a la intimidad no protege un espacio físico, sino un espacio personal ontológico que acompaña a la persona independientemente del lugar en el que se encuentre. Precisamente por esa razón,

... debe admitirse que ciertos hechos deben conservar reserva y privacidad, y no ser divulgados, a pesar de verificarse en “lugares públicos”. Así, por ejemplo, la situación traumática emocional que pueda experimentar una persona víctima de un accidente o de

74 Según el Observatorio de Territorios Étnicos:

“A diferencia de la propiedad privada, el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras integra tres elementos que la estructuran:

- Un título en cabeza de una comunidad y la posibilidad de disponer de las tierras familiares, solo entre miembros de la comunidad de acuerdo a sus propias pautas o acuerdos de manejo del territorio (reglamentos internos, planes de manejo, Ley 70 de 1993).
- El uso y disfrute del territorio, de acuerdo a sus prioridades de desarrollo.
- El control y manejo por parte de sus autoridades étnicas” (2012, p. 23)

75 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo de 2012.

un asalto en la calle, o el dolor de los deudos en el sepelio de un familiar en el cementerio, no deben perder la consideración de hechos protegidos por la intimidad y privacidad, a pesar de verificarse ante terceros y en lugares de acceso público (Énfasis agregado) (Eguigurem, 2000, p. 156).

En esa medida, el hecho de que los acontecimientos y actos que hacen parte del proceso de la exhumación, traslado de los cuerpos exhumados y ceremonias sucedieran en espacios públicos o semipúblicos, por sí solo no excluye a los allí presentes de la protección del derecho a la intimidad. Sin embargo, el alcance de esa protección sí dependerá de que se cumplan también los otros criterios analizados arriba, como el de la calidad de la persona (pública o privada), la conducta, el grado de intimidad, la conexión del hecho con la actividad que hizo pública a la persona, las repercusiones sociales, la relevancia pública y el interés histórico, científico o cultural de los hechos.

Legitimidad de la limitación de la narración

Como se vio, los hechos que componen el proceso de exhumación, entrega de los cuerpos y ceremonias relacionadas con la masacre hacen parte de la intimidad familiar de las víctimas de Bojayá. Teniendo en cuenta que en este nivel de intimidad las injerencias deben ser limitadas, y que los momentos de sufrimiento y dolor vividos por las víctimas durante todos estos hechos pertenecen a su intimidad personal, parece en principio acertada la decisión de regular dichas injerencias, para asegurar el respeto del derecho a la intimidad de las víctimas de Bojayá.

Sin embargo, no puede desconocerse que la protección de la intimidad implica inevitablemente la limitación de los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva. Ante esto, cabe preguntarse si fueron legítimas las limitaciones a estos derechos adoptadas en el caso de Bojayá. En medio de la coyuntura del proceso de exhumación, el 11 de mayo de 2017 el Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá (en adelante el Comité) expidió el “Protocolo para el manejo de comunicaciones en el marco de los acuerdos del Proceso de Paz para Bojayá” (en adelante el Protocolo) (Ver Anexo 2). Por medio de este Protocolo, el Comité les comunicó a los medios de comunicación, a los académicos y a las personas externas, que con el fin de hacer respetar sus derechos, su dignidad, su cultura y su derecho a la no revictimización:

i) se les solicitaba “abstenerse de filmar, tomar fotografías, grabar, escribir o realizar entrevistas individuales a las familias o a cualquier persona vinculada con el *proceso de la exhumación, entrega de los cuerpos, y ceremonias relacionadas con la masacre del 2 de mayo de 2002*, desde el 4 de mayo de 2017 hasta el fin de las exhumaciones” (énfasis agregado); ii) la información referente al *proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá* debía ser revisada, retroalimentada y avalada para su publicación por el equipo vocero delegado para comunicaciones del Comité, quien determinaría qué información sería reservada y qué información sería pública; y que iii) el Comité, contando con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sería el encargado de hacer el registro de video y fotografías del *proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos* y, posteriormente, de determinar las imágenes que considerara respetuosas con la dignidad de las víctimas, para hacer entrega pública de las mismas a los medios de comunicación y entidades interesadas. Por otra parte, les ordenó a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales involucradas concertar con el Comité cualquier comunicación relacionada con dichos procesos. Por último, el Comité le solicitó a la Policía de Bellavista su ayuda para hacer respetar el Protocolo en el cementerio de Bojayá y en las bóvedas temporales donde reposarían las víctimas de la masacre mientras eran trasladados a Medicina Legal.

De lo anterior pueden identificarse dos medidas incluidas en el Protocolo que podrían limitar los derechos a la libertad de expresión y a la verdad histórica en su dimensión colectiva:

1. Limitación del registro del proceso de exhumaciones: “abstenerse de filmar, tomar fotografías, grabar, escribir o realizar entrevistas individuales a las familias, o a cualquier persona vinculada con el proceso de exhumación, entrega de cuerpos y ceremonias relacionadas con la masacre del 2 de mayo de 2002 desde el 4 de mayo de 2017 hasta el fin de las exhumaciones” (numeral 1 del apartado I del Protocolo).

2. Limitación de publicar información relacionada con el “proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá”: “El Comité será quien determine qué información es reservada y qué información es pública. Cuando se produzca información referente al proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá esta información deberá ser revisada, retroalimentada y avalada para

su publicación por el equipo vocero delegado para comunicaciones del Comité” (numeral 2 del apartado I del Protocolo).

Para determinar la legitimidad de las limitaciones impuestas en el Protocolo recurriremos a los criterios reseñados en relación con los derechos a la libertad de expresión e información y a la memoria histórica en su dimensión colectiva.

Sobre la exigencia de que la limitación a la libertad de expresión se encuentre en una ley en sentido formal y material

Como se señaló, para ser legítimas, las limitaciones al derecho a la libertad de expresión e información deben haberse establecido mediante una ley en sentido formal y material, que defina la limitación de forma precisa y clara. Lo anterior, para asegurar la compatibilidad de las limitaciones con el principio democrático. En el caso del Protocolo de Bojayá, consideramos que hay al menos dos posibles interpretaciones para determinar si se cumple o no con esta exigencia.

En primer lugar, es posible aproximarse al cumplimiento de este requisito desde una *interpretación cerrada*. En este sentido, las disposiciones que deben estudiarse son únicamente las contenidas en el Protocolo, sin tener en cuenta otras normas del ordenamiento jurídico que sean relevantes en el caso concreto. Bajo esta interpretación, la restricción no cumpliría con el primer requisito del test tripartito por las siguientes razones. Por un lado, se debe señalar que el Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá es –en palabras del Comité– una respuesta organizativa que busca atender

...las necesidades de la comunidad bojayaseña respecto a los hechos ocurridos el 2 de mayo de 2002 donde perdieron la vida 79 personas, de manera que se pueda tener un grupo de personas encargadas de interlocutar con las entidades del Estado, organizaciones internacionales y demás, en busca de unas mejores condiciones de vida y de la reparación integral de la comunidad del municipio de Bojayá, con un enfoque étnico y territorial (Comité por los Derechos de las víctimas de Bojayá, s.f.).

De conformidad con la página web del Comité, este se encuentra constituido por diez miembros, entre los cuales figuran nueve personas afrodescendientes y un líder indígena.

Dado que el Protocolo fue expedido por este grupo de ciudadanos sin facultades de dictar actos de autoridad o de gobierno, se puede decir

que el mismo no cuenta con el carácter material ni formal de una ley. Siendo así, el Protocolo solo puede ser considerado un acto político, que carece por ende de carácter vinculante.

Sin embargo, de acuerdo con la comunicación enviada por la Oficina de la ONU para los Derechos Humanos a diferentes periodistas, académicos y organizaciones de la sociedad civil para dar a conocer el Protocolo, “el Comité [por los Derechos de las Víctimas de Bojayá] pensó y escribió el ‘Protocolo’ luego de discutirlo en *Asamblea Comunitaria*” (énfasis agregado). Por su parte, aunque el texto del Protocolo es escrito a nombre del mencionado comité, el mismo habla de “decisiones tomadas en *Asamblea*” (énfasis agregado).

En caso de que la Asamblea a la que allí se refieren sea una reunión general de miembros de la comunidad de Bojayá para decidir sobre asuntos comunes, nos encontraremos nuevamente ante un acto político, y no de autoridad o de gobierno. Lo anterior, en la medida en que al igual que el Comité, no existe fuente legal ni constitucional que haya investido a los miembros de la comunidad de la facultad de dictar leyes en sentido material o formal. Por el contrario, en caso de que el Protocolo expresara las decisiones tomadas dentro de una de las asambleas generales a las que hace referencia el artículo 4 del Decreto 1745 de 1995, y que, con la junta, integra un consejo comunitario, la discusión se ampliaría a las facultades de dicho Consejo. Al respecto, cabe recordar que en virtud del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas, estas tienen derecho a autogobernarse.⁷⁶ Por eso, en el artículo 3 del Decreto 1745 de 1995 se estableció que

... una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. [...] Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario.

En esa medida, tratándose de ese tipo de asambleas, estaríamos ante un llamado acto de gobierno, que para el caso de las comunidades étnicas podría eventualmente ser equiparado a una ley en sentido material.

76 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-693. Expediente: T-2.291.201. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 23 de septiembre de 2011.

No obstante, como ese no es el caso, una interpretación cerrada obliga a concluir que la restricción impuesta en el Protocolo incumple con el primer requisito exigido por el sistema interamericano de derechos humanos para limitar de manera legítima el derecho a la libertad de expresión.

No obstante, en este caso consideramos que esta aproximación pierde de vista que en el ordenamiento jurídico existen disposiciones normativas de rango legal que pueden ser útiles para sustentar la legitimidad de la restricción. Por esa razón, en este documento hemos decidido adoptar una *interpretación abierta*, que se basa en una lectura sistemática de las normas legales y constitucionales que sustentan la restricción contenida en el Protocolo. En efecto, consideramos que los artículos 31 y 33 de la Ley 1801 de 2016 “por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia” (en adelante Código de Policía) justifican la restricción del numeral 1 del apartado I del Protocolo, según la cual los terceros deben “abstenerse de filmar, tomar fotografías, grabar, escribir o realizar entrevistas individuales a las familias, o a cualquier persona vinculada con el proceso de exhumación, entrega de cuerpos y ceremonias relacionadas con la masacre del 2 de mayo de 2002 desde el 4 de mayo de 2017 hasta el fin de las exhumaciones”. Estas normas protegen el derecho a la intimidad en las relaciones entre particulares y “sirven como marco general para interpretar las conductas relacionadas con las posibles afectaciones a la intimidad” (Upegui, 2017, p. 11); por tanto, justifican también la colaboración de la Policía Nacional en el proceso de exhumaciones, con el fin de proteger la intimidad de las víctimas de Bojayá.

Específicamente, el artículo 31 del Código de Policía indica que “el derecho a la *tranquilidad y a unas relaciones respetuosas* es de la esencia de la convivencia. Por ello, es fundamental prevenir la realización de comportamientos que afecten la tranquilidad y la privacidad de las personas” (énfasis agregado). En complemento, el artículo 33 menciona los comportamientos que afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y que, por tanto, no deben efectuarse:

Los siguientes comportamientos afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y por lo tanto no deben efectuarse: [...] 2. En espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público: a) irrespetar las normas propias de los lugares públicos tales como salas de ve-lación, cementerios, clínicas, hospitales, bibliotecas y museos, entre otros. (Énfasis agregado)

Esta última norma muestra que el Estado ya se ha encargado de regular previamente el derecho a la intimidad en espacios como cementerios y salas de velación, que son los lugares más análogos al área donde se realizaron las exhumaciones. Así, bajo una lectura conjunta de los artículos 31 y 33 del Código de Policía puede advertirse que el irrespeto de las normas propias de salas de velación y cementerios es violatorio del derecho a la intimidad –entendida como protección de la tranquilidad– y, por ende, justifica la intervención excepcional de la Policía Nacional. Así mismo, consideramos que los artículos 31 y 33 del Código de Policía deben leerse en conjunto con el párrafo 2 del artículo 25 de la Resolución 5194 de 2010 del Ministerio de Protección Social “por la cual se reglamenta la prestación de los servicios de cementerios, inhumación, exhumación y cremación de cadáveres”. Según esta norma, “para el proceso de exhumación se prohíbe la presencia de menores de edad y *personas no autorizadas para el proceso de exhumación*” (énfasis agregado).

Una lectura de estas normas permite afirmar que las víctimas y las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso de exhumación tienen la facultad de restringir el acceso de ciertas personas que puedan obstaculizar el proceso y atentar contra la tranquilidad de quienes están allí presentes. En el caso que nos ocupa, la restricción no hace referencia al acceso de personas, sino al uso de ciertos dispositivos y a la realización de ciertos actos, como tomar fotografías o grabar videos. Como lo mencionaron los miembros del Comité en la visita de campo que realizamos, no se trata de limitar el acceso a los periodistas o el cubrimiento de las exhumaciones. Lo que se busca es que los periodistas puedan estar en calidad de asistentes, acompañando a las víctimas y respetando su duelo, para narrar lo sucedido posteriormente.

De ese modo, consideramos que la limitación contenida en el numeral 1 del apartado I del Protocolo está orientada a salvaguardar la tranquilidad de las víctimas en el proceso de exhumación. Esto, a su vez, significa respetar las creencias y prácticas ancestrales de la comunidad de Bojayá relacionadas con el tránsito a la muerte de sus familiares. En este sentido, la disposición del Protocolo refleja el deseo de las víctimas de que terceros respeten los procedimientos que implican una fuerte carga emocional para la comunidad. Esta expresión de voluntad está soportada por normas de carácter legal y reglamentario que, de manera previa, han determinado que debe existir una mayor expectativa de intimidad y tranquilidad en espacios como cementerios (entendidos en un sentido amplio) y en

procesos de exhumación, debido a lo que estos procesos representan para sus asistentes.

Con base en esta argumentación consideramos que la medida consagrada en el numeral 1 del apartado I del Protocolo no es en sí misma una limitación autónoma. Por el contrario, se trata de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 31 y 33 del Código de Policía. Por tanto, pensamos que la existencia de estas normas y su aplicabilidad a este caso son suficientes para concluir que el primer requisito del test tripartito se satisface. Sin embargo, esto no significa que la Policía Nacional tenga potestad para limitar la libertad de expresión en cualquier situación o contexto. En este caso, su intervención se encuentra justificada por las normas legislativas específicas del Código de Policía que hemos mencionado, y por la salvaguardia de los derechos de las víctimas, quienes manifestaron su voluntad de restringir cierto tipo de cubrimiento que puede resultar irrespetuoso en el contexto de las exhumaciones.

No obstante, nos gustaría dejar explícita una precisión, y es que la argumentación aquí presentada únicamente es aplicable a la medida contenida en el numeral 1 del apartado I del Protocolo. Frente a la segunda medida de limitación, consagrada en el numeral 2 del apartado I del Protocolo,⁷⁷ no identificamos una ley en sentido formal y material que estuviera siendo aplicada con su consagración o la sustentara de alguna manera.

Finalmente, no desconocemos la existencia de otras interpretaciones con relación a la aplicación del test tripartito para la evaluación de las limitaciones a la libertad de expresión.⁷⁸ No obstante, consideramos que

77 El texto de este numeral es el siguiente: “El Comité será quien determine qué información es reservada y qué información es pública. Cuando se produzca información referente al proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las Farc-Ep sobre Bojayá esta información deberá ser revisada, retroalimentada y avalada para su publicación por el equipo vocero delegado para comunicaciones del Comité”.

78 Por ejemplo, una aproximación propuesta por el abogado Juan Carlos Upegui sugiere que la limitación de la libertad de expresión contenida en el Protocolo no precisa el agotamiento del test tripartito del sistema interamericano de derechos humanos, puesto que la limitación de este caso no está orientada a hacer efectivas las “responsabilidades ulteriores” referidas en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para Upegui, “la vocación del test es evitar que, por la vía de las responsabilidades ulteriores, estas sí explícitamente permitidas por la Convención, termine por anularse, en la práctica, la libertad de expresión” y, en ese sentido, “la regla general ‘toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse [...] en una ley’ está orientada a que sea la ley la que establezca ‘en forma diáfana las causales de responsabilidad pos-

las dos posiciones explicadas son las aproximaciones con más relevancia para el caso del Protocolo de Bojayá.

Sobre el objetivo imperioso que debe perseguir la limitación a la libertad de expresión

El Protocolo y las limitaciones allí incluidas estuvieron orientadas al cumplimiento de uno de los objetivos imperiosos incluidos en el literal a) del inciso segundo del artículo 13 de la Convención Americana, a saber: el respeto de los derechos de los demás. Tal y como se señala en el texto del Protocolo, el mismo está orientado a proteger la dignidad, la diversidad étnica y el derecho a la no revictimización de las víctimas de Bojayá. Adicionalmente, en el trabajo de campo pudimos concluir que el objetivo principal del Protocolo fue permitir que los familiares de las víctimas pudieran vivir su duelo en *intimidad*, y que pudieran realizar el reencuentro con sus muertos de acuerdo con su *cultura*, lo cual implicaba necesariamente la ausencia de cualquier tipo de registro que pudiese perturbar la ubicación de los cadáveres. Al respecto, cabe destacar que de acuerdo con los líderes del Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá, culturalmente los habitantes del municipio atribuyen la ausencia de los cadáveres en los lugares inicialmente buscados a la presencia de cámaras. Por eso mismo, el equipo de comunicaciones del Comité, que fue el único autorizado para registrar el proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos, debió ser sometido a un “proceso de armonización” con las almas allí presentes.

Sobre la idoneidad de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión

A partir de las anteriores consideraciones parece claro que las prohibiciones de registro de los procesos de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos (ya fuese por medio de filmaciones, fotos, grabaciones, entrevistas o toma de notas) y de publicación de información sobre las exhumaciones,

terior”. Aunque respetamos esta posición, no la acogemos en este texto, pues consideramos que la restricción contenida en el Protocolo sí debe ser sometida a la aplicación del test tripartito. En efecto, la Corte Constitucional ha aplicado este test a restricciones que limitan la libertad de expresión, pero que no implican necesariamente responsabilidades ulteriores. En la Sentencia T-543 de 2017 la Corte estudia un caso en el que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ordenó cesar de manera inmediata la difusión de un comercial de televisión relacionado con los peligros de tomar bebidas azucaradas. En esta decisión, la Corte aplica el test tripartito para analizar la restricción impuesta por la SIC, a pesar de que no contemplaba responsabilidades ulteriores.

consagradas en los numerales 1 y 2 del apartado I del Protocolo eran idóneas para lograr la protección de la dignidad, la cultura y el derecho a la no revictimización de las víctimas de Bojayá. Lo anterior, en la medida en que conducían efectivamente a que los familiares de las víctimas: i) asistieran al proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos; ii) elaboraran su duelo en intimidad; iii) pudieran reencontrarse con las almas de sus familiares sin ningún tipo de interferencia; y iv) logaran que su cultura y costumbres fuera representadas externamente de manera adecuada.

Sobre la necesidad de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión

Para verificar la necesidad del Protocolo, a continuación analizamos cada una de las medidas concretas allí incluidas.

Limitación de registro de las exhumaciones: medida consagrada en el numeral 1 del apartado I del Protocolo

Consideramos que no existía medida alguna que fuese igual de efectiva y menos restrictiva de los derechos a la libertad de expresión e información y a la memoria histórica, pues cualquier tipo de admisibilidad de registro hubiese implicado –según la cosmovisión de los habitantes de Bojayá– la perturbación indebida tanto del duelo de los familiares como del tránsito de las almas de las víctimas. Así mismo, la adopción de cualquier otra medida menos gravosa con los derechos a la libertad de expresión e información y a la memoria histórica hubiese conllevado la vulneración del derecho de las víctimas a la reparación. Al respecto, cabe recordar que los procesos de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos se produjeron en el marco de una reparación colectiva a favor de la comunidad de Bojayá. Según la Dirección de la Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, el proceso de exhumación de las víctimas de la masacre de Bojayá

... concierne a una labor previamente acordada, socializada y aprobada por el Comité para la Defensa de las Víctimas de Bojayá (sic), sus asesores forenses Equitas, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Oficina de Derechos Humanos de la ONU con sede en Quibdó, la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, la Unidad de Reparación Integral para las Víctimas (UARIV), que actualmente adelanta un plan integral de reparación colectiva en esa comunidad, del cual hace parte el proceso de exhumación de las víctimas de Bojayá.⁷⁹

79 Dirección Nacional de la Fiscalía Especializada de Justicia Transicional. Oficio del 30 de septiembre de 2017.

La implementación de las medidas de reparación debe ser concertada con las víctimas, pues solo ellas saben cuál es el medio idóneo para resarcir los daños que han sufrido. Además, al tratarse de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, que hacen parte de una comunidad étnica,⁸⁰ las medidas de reparación deben tener un enfoque diferencial que considere la importancia de su cosmovisión y costumbres. Por tanto, si en el marco de la implementación de la medida de reparación, la comunidad de Bojayá estimaba que el registro indiscriminado por parte de terceros limitaba el potencial reparador de las exhumaciones, la adopción de una medida distinta hubiera implicado el desconocimiento de su voluntad.

Por otra parte, la participación de las víctimas en la determinación de los mecanismos de reparación cobra mayor importancia cuando se trata de reparaciones colectivas como consecuencia de graves violaciones de derechos humanos. Las reparaciones colectivas son aquellas que “se obtienen a través [...] de medidas de satisfacción y carácter simbólico, o medidas que se proyecten en la comunidad”. De modo que las reparaciones colectivas son contextuales; es decir, debido a su carácter simbólico, no pueden ser replicadas de manera exacta de una comunidad a otra, pues guardan conexidad con las prácticas y costumbres de cada comunidad. En este sentido, el proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos de Bojayá puede considerarse como una medida de reparación en una dimensión colectiva, pues busca reparar el dolor de un pueblo que vio morir a sus familiares y no tuvo la oportunidad de darles un entierro. En este sentido, la participación de la comunidad de Bojayá en la determinación del tipo de reparación y el modo en que se debe implementar la medida reparadora es fundamental para garantizar que la reparación cumpla con su objetivo. Además de esto, no contar con la participación de las víctimas en el proceso de determinación e implementación de las medidas de reparación pudo haber sido revictimizante, pues habría dado lugar a la implementación de una medida no idónea para garantizar sus derechos.

En la misma línea, la participación de las víctimas en la determinación e implementación de las medidas de reparación cobra una mayor importancia cuando se trata de comunidades compuestas en gran parte de minorías étnicas. En primer lugar, el derecho a la consulta previa debe

80 En diversos comunicados públicos, el Comité por los derechos de las víctimas de Bojayá se pronuncia en nombre de la comunidad como un pueblo compuesto por población afrocolombiana e indígena.

garantizarse a los grupos étnicos “cuando se acredita que la medida legislativa, administrativa o el proyecto correspondiente [les] afecta directamente”. Con relación a esto, es relevante mencionar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce la autonomía y participación de los pueblos indígenas y tribales como principios fundamentales para garantizar los derechos de estos grupos poblacionales. En concreto, el literal a) del artículo 5 menciona que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. Y, en el mismo sentido, el literal a) del artículo 7 señala que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Así mismo, se ha reconocido que el proceso de reparación de las minorías étnicas debe tener un enfoque especial, pues “debido a sus particularidades, imaginarios, estereotipos, factores atávicos de rechazo, exclusión y discriminación, [las minorías étnicas] son especialmente vulnerables y han sufrido o mantienen procesos de marginalización y garantía limitada de sus derechos, y el conflicto armado los impacta de manera diferenciada y desproporcional” (Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2011). Por último, se debe tener en cuenta que “solamente los pueblos [...] conocen cómo han sido afectados por distintos hechos, de manera que la definición de los daños y de las medidas de reparación debe provenir de los mismos pueblos y sus organizaciones” (Dejusticia y ONIC, 2011).

Por último, la necesidad de esta medida también surge del hecho de que las exhumaciones son un procedimiento que hace parte de un proceso judicial. En efecto, todo proceso “relacionado con la exhumación, verificación de identidad y entrega de cuerpos hace parte del proceso penal que actualmente adelanta la Fiscalía 37 de Derechos Humanos y DIH de Medellín, relacionado con la masacre de Bojayá, que actualmente se encuentra en investigación previa”.⁸¹ Como lo consagra el “Protocolo de Minnesota para la investigación de posibles ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias”⁸² (en adelante Protocolo de Minnesota), la transparencia debe

81 Dirección de la Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional. Oficio del 30 de septiembre de 2017.

82 Este protocolo es un instrumento de *soft law* creado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACNUDH).

ser la regla general en los procedimientos judiciales de investigación. Sin embargo, el numeral 33 de este Protocolo indica que esta regla general tiene excepciones. Así, la transparencia o publicidad de la información relacionada con procedimientos judiciales puede limitarse si con ello se busca un propósito legítimo, “tal como la protección de la privacidad y la seguridad de las víctimas, lo que asegura la integridad de las investigaciones”.⁸³ En este caso, el proceso de exhumaciones en Bojayá tiene un significado especial para la comunidad y su cultura ancestral, pues es necesario para dar descanso y entierro digno a los cuerpos de sus familiares. Se trata, entonces, de un hecho que pertenece a su intimidad familiar, una esfera que, si bien acepta injerencias, deben ser excepcionales. Por esta razón consideramos que, en concordancia con el artículo 33 del Protocolo de Minnesota, la restricción a la publicidad de las exhumaciones –entendidas en el marco de un procedimiento judicial– es en este caso necesaria.

Limitación de publicar información relacionada con el “proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá”: medida consagrada en el numeral 2 del apartado 1 del Protocolo

Caso distinto parece ser el de la limitación consagrada en el numeral 2 del apartado I del Protocolo, que establece la obligación de que el Comité revise, retroalimente y avale la información antes de su publicación.⁸⁴ En primer lugar, consideramos que esta limitación no se refiere únicamente al registro sino, en general, a cualquier producción de información. De la misma manera, no hace referencia exclusiva al proceso de exhumaciones, ceremonias

Es aplicable a todas las investigaciones que realicen autoridades del Estado y que estén relacionadas con la investigación de posibles ejecuciones extrajudiciales. Puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.hchr.org.co/phocadownload/publicaciones/Libros/protocolo%20de%20minnesota.pdf>

- 83** El texto completo de este numeral es el siguiente: “33. Any limitations on transparency must be strictly necessary for a legitimate purpose, such as protecting the privacy and safety of affected individuals ensuring the integrity of ongoing investigations, or securing sensitive information about intelligence sources or military or police operations. In no circumstances may a state restrict transparency in a way that would conceal the fate or whereabouts of any victim of an enforced disappearance or unlawful killing, or would result in impunity for those responsible”.
- 84** “2. El Comité será quien determine qué información es reservada y qué información es pública. Cuando se produzca información referente al proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las Farc-Ep sobre Bojayá esta información deberá ser revisada, retroalimentada y avalada para su publicación por el equipo vocero delegado para comunicaciones del Comité”.

y entrega de cuerpos, sino en general al “proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá”. En esa medida, eventualmente incluiría hechos tales como los actos públicos de conmemoración de la masacre, las reuniones de la comunidad de Bojayá con los representantes del Estado para la coordinación y rendición de cuentas sobre los procesos de reparación, o la ceremonia de reconciliación con las FARC que tuvo lugar unos meses atrás. En consecuencia, y precisamente por la amplitud de su alcance, se trata de una medida que, aunque idónea para la consecución de los fines imperiosos antes reseñados, no es necesaria.

Además, la implementación de un filtro previo a la publicación de cualquier tipo de información que sea producida en relación con el proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá resulta innecesaria para lograr la protección de los derechos de las víctimas. Como vimos, para esto era suficiente prohibir el registro de las exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos. En esa medida, se puede decir que existía una medida alternativa que era igualmente efectiva para la consecución de los fines imperiosos que buscaba el Comité, pero que sacrificaba en menor medida los derechos a la libertad de expresión e información y a la memoria histórica.

Sobre la proporcionalidad en sentido estricto de la medida que limita el derecho a la libertad de expresión

Nuevamente, para verificar la proporcionalidad del Protocolo pasamos a analizar cada una de las medidas concretas allí incluidas.

Limitación de registro de las exhumaciones: medida consagrada en el numeral 1 del apartado I del Protocolo

La prohibición de registro no implicaba *per se* la prohibición de informar sobre el proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos. Tal y como lo señalaron los líderes del Comité, estaba permitido que los medios de comunicación, periodistas y comunicadores independientes o empleados, académicos y demás personas externas a la comunidad estuvieran presentes en todas las etapas del proceso, siempre y cuando estuviesen “en el contexto de la actividad”. Lo anterior implicaba que se incorporaran en las actividades de manera respetuosa, “sin filmar, tomar fotografías, grabar, escribir o realizar entrevistas individuales a las familias”. Según los integrantes del Comité, esta exigencia no era óbice para que al momento de retirarse de las actividades, los periodistas y demás personas externas a la comunidad pudiesen dar cuenta de los hechos presenciados, pero de

manera posterior, con base en la experiencia que hubiesen tenido durante el proceso, y no en el registro tomado del mismo.

De esta manera, la prohibición de registro se erige como una medida estrictamente proporcional que no sacrifica de forma desproporcionada el derecho a la libertad de expresión e información ni el derecho a la memoria histórica. Más aún, si se tiene presente que, de acuerdo con el numeral 3 del apartado I del Protocolo, el Comité se comprometió a hacer el registro de video y fotografías del proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos, y a entregarle posteriormente a los medios de comunicación y entidades interesadas las imágenes que se considerasen respetuosas con la dignidad de las víctimas.

Limitación de la publicación de información relacionada con el “proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá”: medida consagrada en el numeral 2 del apartado 1 del Protocolo

Consideramos que la obligación de que el Comité retroalimiente y revise la información antes de su publicación impone una carga desmesurada sobre el derecho a la verdad histórica. Al respecto, cabe destacar que, desde una perspectiva comparada, una de las mayores críticas a los mecanismos extrajudiciales de búsqueda de la verdad es la pretensión de unificar todas las voces en una verdad “oficial”, que silencia ciertas perspectivas y puntos de vista. En este sentido, la verdad no es una sino muchas, y una de las exigencias de las comisiones de la verdad debe ser la reconstrucción y narración de estas verdades, incluso cuando resulten discordantes entre sí. Por tanto, el derecho a la verdad histórica se ve limitado si únicamente se cuentan las versiones de los hechos que han sido previamente filtradas por el Comité y que, por ende, tendrán inevitablemente una misma visión de lo sucedido.

Por otro lado, la medida en comento resulta abiertamente desproporcionada frente al derecho a la libertad de expresión e información pues, como veremos a continuación, constituye censura previa. De acuerdo con la Corte IDH, la censura previa

... supone el control y veto de la expresión antes de que esta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información. En otras palabras, la censura previa produce “una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias”.

En nuestra opinión, el filtro que pretendió establecer el Comité impide la libre circulación de la información producida, lo que impedirá que cierta información llegue al conocimiento público. De esa manera, impone una carga desmedida e incluso ilegal sobre: i) el derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación, periodistas y comunicadores independientes o empleados, académicos y demás personas externas interesadas en narrar el proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá; y ii) el derecho a la libertad de información que tiene la sociedad en general. Por estas razones, pensamos que esta medida es desproporcionada en sentido estricto.

En conclusión, consideramos que las limitaciones incluidas en el Protocolo deben ser analizadas por separado, para poder evaluar si constituyeron limitaciones legítimas a los derechos a la libertad de expresión e información y a la verdad histórica. Al hacerlo pudimos constatar que la prohibición de registro del proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de los cuerpos constituyó una limitación legítima a esos derechos. Por el contrario, consideramos que la obligación de que el Comité revise, retroalimente y avale la información sobre el proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá antes de su publicación es ilegítima, pues no fue establecida mediante ni con base en una ley en sentido formal y material, y resultaba innecesaria y desproporcionada.

SUBREGLAS ÚTILES PARA PROTEGER EL DERECHO A LA INTIMIDAD SIN DESCONOCER LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LA VERDAD HISTÓRICA

La información y el análisis presentado hasta ahora corresponden a un conjunto de consideraciones jurídicas que surgen de un proceso de ponderación de derechos. A partir de este, ha sido posible establecer que la implementación de instrumentos tales como el “Protocolo para el manejo de comunicaciones en el marco de los acuerdos del Proceso de Paz para Bojayá” puede resultar en limitaciones de los derechos a la libertad de expresión e información y a la verdad histórica en su dimensión colectiva. Estas limitaciones resultan en algunos casos legítimas porque son necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y, en otros casos, ilegítimas por ser innecesarias o desproporcionadas. En todo caso, estos derechos pueden ser ejercidos, siempre y cuando no representen una injerencia

arbitraria en el derecho a la intimidad de las víctimas, como fueron en este caso las de la masacre de Bojayá.

En esta sección del texto nos concentramos en formular algunas subreglas que se desprenden del marco normativo expuesto en la primera sección, así como del estudio del caso de Bojayá. Generalmente utilizadas en el ámbito de decisiones judiciales, las subreglas son enunciados abstractos que se derivan de la decisión de un caso concreto y que permiten aplicar una solución análoga a situaciones similares. En este caso, acogemos el uso que se les da a las subreglas en el ámbito judicial, con el fin de presentar formulaciones que puedan servir como pautas de ponderación dirigidas a víctimas, periodistas y terceros interesados en cubrir hechos sobre el conflicto armado y la transición a la paz.

Sin embargo, queremos aclarar que estas subreglas no pretenden imponer restricciones a la forma en la que se cubren determinados hechos o actos. Por el contrario, estas subreglas están pensadas como guías tanto para las comunidades y autoridades públicas que en un futuro quieran expedir protocolos de comunicación o instrumentos para proteger la intimidad de las víctimas en ciertos actos, como para los periodistas, académicos y terceros que decidan autorregularse a la hora de cubrir dichos eventos.

Por último, cabe aclarar que estas subreglas están pensadas, principalmente, para el cubrimiento de hechos relacionados con la transición a la paz. Si bien pueden ser aplicadas a la narración de contextos de conflicto armado, consideramos que este tipo de narración necesita de otro tipo de criterios que se adapten a la inmediatez de los hechos de la guerra. Así, estas *subreglas* no son suficientes para la narración y el cubrimiento del conflicto armado. En parte, porque es la temporalidad de la transición a la paz la que permite acercarse a las costumbres de las comunidades de víctimas, entender sus preferencias y aplicar ejercicios de autorregulación más reflexivos que respeten su cultura.

Las víctimas del conflicto armado no son personajes públicos

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, los personajes que se consideran públicos tienen una menor expectativa de protección a su intimidad, sin que eso signifique que renuncian a este derecho, pues es de carácter inalienable. Cuando hablamos de personajes públicos nos referimos a personas que *voluntariamente* han escogido cargos, labores o profesiones

que implican una mayor exposición al público. Los funcionarios públicos, por ejemplo, pueden considerarse personajes públicos, ya que el ejercicio de su cargo hace que tengan una relación más directa con la ciudadanía.

En el caso de las víctimas, debido al valor mediático de los hechos relacionados con el conflicto armado, estas han perdido el anonimato característico de una persona del común, lo que implica que los hechos y actos que las involucran tienen un carácter de interés público. Sin embargo, ¿este interés que genera la vida de las víctimas del conflicto armado implica que su expectativa de intimidad se asimila a la de una persona pública? Las víctimas no han escogido voluntariamente ser focos de atención e interés público; por el contrario, lo que las ha puesto bajo la luz pública son los hechos victimizantes que han tenido que sufrir. Por esta razón, hemos decidido denominar a las víctimas del conflicto armado como *personas notables*; sin embargo, de este carácter no se deduce que su expectativa de intimidad se equipare a la de una persona pública. Imponerles tal carga sería desproporcionado y revictimizante, pues se estaría legitimando el mensaje de que, además de expropiarles su dignidad e integridad, el conflicto también puede expropiarles su intimidad.

Cuando los hechos o actos involucran sentimientos íntimos debe presumirse que los mismos hacen parte de la intimidad personal de quienes allí se encuentran

Como lo explicamos, existen diferentes grados de intimidad: personal, familiar, social y gremial. La intimidad personal se refiere específicamente a los aspectos más íntimos de la vida del individuo, y corresponde a los sentimientos, pensamientos y relaciones más privadas y personales. En este sentido, la intimidad personal permite que el individuo pueda expresar libremente sus opiniones y emociones, “sin más limitaciones que los derechos de las demás personas y el ordenamiento jurídico”.⁸⁵ Por esta razón, el grado de protección de este tipo de intimidad resulta muy amplio, por lo que las intromisiones que se consideran legítimas son excepcionales.

Debe presumirse que los sentimientos íntimos de las víctimas del conflicto armado –como las exhumaciones de Bojayá– hacen parte de su intimidad personal. Por tanto, deben protegerse en mayor medida, pues

85 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-640. Expediente D-7999. M. P. Mauricio González Cuervo: 2010.

una injerencia de terceros podría vulnerar el derecho a la intimidad de las víctimas de forma más grave y causar mayores daños.

En caso de que las víctimas pertenezcan a una minoría étnica reconocida debe tenerse en cuenta la noción de intimidad que hace parte de su cosmovisión

El respeto por la multiculturalidad y las prácticas culturales de distintos grupos encuentra su consagración en el artículo 7 de la Constitución Política, según el cual “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. De este breve artículo se deriva el reconocimiento de que las minorías étnicas tienen derechos especiales, tales como el derecho a la subsistencia; el derecho a la identidad étnica y cultural; el derecho al territorio y a la propiedad colectiva de la tierra; y el derecho a la consulta previa.⁸⁶

El fundamento de estos derechos se basa en la conciencia de que existen minorías que no comparten los postulados occidentales relativos a la cultura, las costumbres y la forma de vivir en sociedad.⁸⁷ Por esta razón, el concepto de *intimidad* no puede ser impuesto de manera homogénea en los términos en que la sociedad occidental lo ha entendido, pues, con motivo de sus prácticas ancestrales, las minorías étnicas pueden concebir la intimidad de manera distinta. Por tanto, los criterios para determinar si una injerencia a la intimidad es o no legítima –presentados en la Sección I de este texto– deben aplicarse a cada caso tomando en consideración el contenido que cada grupo étnico decida darle a este concepto. Imponer nociones que no se adecuan a su cosmovisión puede constituir un hecho revictimizante y con tinte ajeno, pues desconocería el fundamento por el cual han sido reconocidos los derechos de los que hoy gozan las minorías étnicas.

86 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-052. Expediente T-4.445.122. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 3 de febrero de 2017.

87 Para profundizar sobre esta idea se recomienda ver de Sousa Santos (2010) y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2007).

En los casos en que la prensa cubra actos relacionados con la garantía de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de las víctimas del conflicto armado, el cubrimiento no puede limitar la garantía de estos derechos

El cubrimiento de los hechos o actos relacionados con el conflicto armado y la transición hacia la paz que involucren víctimas debe respetar sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los actos violentos. Las víctimas del conflicto armado interno son titulares de estos derechos por el hecho de haber sufrido directa o indirectamente los perjuicios de la guerra. Bajo un primer análisis, no es claro de qué forma el cubrimiento por parte de terceros de ciertos actos o hechos que involucren a las víctimas puede llegar a vulnerar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Sin embargo, el caso de Bojayá es un buen ejemplo para mostrar por qué determinado cubrimiento, registro y narración por parte de terceros del conflicto y la transición puede amenazar el derecho a la intimidad de las víctimas.

Si, además, como en el caso de Bojayá, se trata de minorías étnicas reconocidas, los programas de reparación deben ser discutidos y aprobados de manera previa en conjunto con la comunidad. Esta facultad hace parte del núcleo esencial de los programas de reparación colectiva cuando se aplican a minorías étnicas. Es decir, el poder reparador de la medida depende enteramente de que esta se lleve a cabo de la forma en que las comunidades de víctimas quieran que se haga. De lo contrario, el programa de reparación colectiva pierde efecto resarcitorio y no cumple con su propósito. Por ende, el hecho de que las víctimas de una comunidad decidan que, por respeto a sus costumbres y su cultura, desean que el programa de reparación se lleve a cabo sin la presencia de terceros, constituye un criterio importante al momento de analizar la tensión entre intimidad, libertad de expresión y derecho a la verdad histórica de la sociedad.

En todo caso debe garantizarse la pluralidad de verdades sobre el conflicto y la transición a la paz

Uno de los componentes fundamentales del derecho a la verdad es la pluralidad de voces que puede llegar a reunir. La narración de la verdad

histórica, en aras de construir una memoria colectiva, no puede oficializarse ni monopolizarse en una sola voz, pues necesariamente se estarían silenciando otras tantas. Por el contrario, la verdad histórica debe narrarse teniendo en cuenta las distintas perspectivas de quienes vivieron el conflicto y la transición a la paz, incluso cuando resulten discordantes entre sí; solo así se garantiza un registro fiel de la complejidad de los procesos de guerra y transición. De este modo, debe reconocerse que los actores externos, como periodistas y académicos, son importantes para garantizar el cubrimiento, el análisis y la visibilización del conflicto y la transición a la paz. En particular, los periodistas tienen la tarea de fomentar el debate público sobre los hechos del conflicto y generar una reflexión nacional sobre los mismos (Hodzík y Tolbert, 2016).

Por tanto, el derecho a la verdad histórica se ve limitado si se cuenta con una única versión de los hechos y la existencia de esta única versión no se debe a una situación de fuerza mayor, sino a una restricción previamente deliberada. Debe tenerse en cuenta que no todos los hechos o actos que involucren directamente a las víctimas son relevantes para forjar una memoria colectiva en la sociedad. Sin embargo, frente a los hechos o actos que sí tengan ese potencial, debe garantizarse la pluralidad de posiciones y perspectivas.

La regulación del cubrimiento de hechos del conflicto armado y la transición a la paz no puede implicar censura previa

Como lo explicamos, la censura previa –entendida como toda medida preventiva que limite el derecho a la libertad de expresión⁸⁸ está prohibida por la Constitución Política (art. 20) y los instrumentos internacionales aplicables en Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13.2). El rechazo de la censura previa, como bien lo dijo la Corte Constitucional, recae en que esta medida “corresponde a [una] actividad desplegada por diversas autoridades para impedir u obstaculizar gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido. Es una medida de control preventivo, quedando la publicación o la emisión sujeta a una autorización previa procedente de la autoridad.”⁸⁹

88 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592. Expediente D-8908. M. P. Jorge Iván Palacio: 25 de julio 2012.

89 *Idem*.

Es decir, las limitaciones a la libertad de expresión deben presentarse *a posteriori* y no *a priori*.

El caso de Bojayá es un ejemplo ilustrativo. El Protocolo creado por el Comité contenía apartes que podían interpretarse como censura previa, pues condicionaban la publicación de cualquier comunicación periodística por parte de terceros a la autorización del Comité. Por tanto, debe tenerse en cuenta que, ante futuros casos similares, los protocolos de comunicación o los instrumentos que sean creados para proteger la intimidad de las víctimas en ciertos actos no pueden contener disposiciones que limiten o condicionen de manera general, desproporcionada y previa cualquier manifestación de la libertad de expresión.

De igual forma, para poder ser exigibles, dichos protocolos deben estar contenidos en una ley en sentido formal y material. Por eso, en los casos en los que se considere imperioso proteger bienes jurídicos distintos al derecho a la libertad de expresión, se hace necesaria una mayor intervención de las entidades del Estado (incluyendo las autoridades administrativas étnicas), que permita dotar de legalidad y vinculatoriedad a las limitaciones que se planteen. Estas limitaciones, en cualquier caso, deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad descritos.

Por último, se debe asegurar que en todos los casos, las mencionadas limitaciones sean divulgadas oportunamente, para que los periodistas, académicos y terceros interesados en cubrir los hechos de transición a la paz puedan tener el tiempo suficiente para adaptarse a las exigencias allí establecidas.

RECAPITULACIÓN

El conflicto armado y la transición a la paz son contextos que deben ser narrados como parte de un proceso de reconstrucción de la memoria colectiva que busca la conmemoración de las víctimas y la no repetición de actos violentos. Sin embargo, la narración del conflicto armado y la transición a la paz pueden dar lugar a injerencias abusivas en la intimidad de las víctimas, lo cual resulta revictimizante en algunos casos.

Por esa razón, la investigación presentada en este texto tenía la finalidad de responder a la pregunta de cómo proteger el derecho a la intimidad de las víctimas, sin desconocer o limitar injustificadamente los derechos a la libertad de expresión e información y a la verdad histórica de la sociedad. Para esto, realizamos un estudio del contenido de los derechos en tensión y formulamos criterios para analizar en qué casos las injerencias

a la intimidad y las limitaciones a la libertad de expresión y a la verdad histórica resultan legítimas. Después de esto, aplicamos tales criterios a un caso de estudio particular: el cubrimiento de las exhumaciones de quienes fallecieron en la masacre de Bojayá. En este punto concluimos que el Protocolo de comunicaciones creado por el Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá contenía algunas limitaciones a la libertad de expresión y al derecho a la verdad histórica que pueden considerarse legítimas, mientras que otras resultan innecesarias y desproporcionadas.

A lo largo de ese análisis mencionamos la importancia de respetar el concepto de intimidad propio de los grupos étnicos como la comunidad de Bojayá. De la misma forma, criticamos la imposición de una noción occidental que desconoce la multiculturalidad y va en contra del reconocimiento de las prácticas culturales ancestrales, que deben ser preservadas y protegidas. Así mismo, rechazamos en todos los casos la censura previa. Por último, hicimos una mención de algunas subreglas derivadas tanto del análisis en abstracto de los derechos en tensión, como del estudio de caso de Bojayá. Estas subreglas pueden ser útiles en casos futuros y similares, en los que el cubrimiento de hechos o actos relacionados con el conflicto armado o la transición a la paz amenace con vulnerar la intimidad de las víctimas.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (2007). *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos*. Bogotá: Acnur. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/4885.pdf>
- Basterra, M. (2011). El derecho a la intimidad y a la libertad de informar en España. El caso argentino y el porqué del análisis del sistema español. *Revista Jurídica*, 15, 351-395.
- Benente, M. (2010). Tensiones entre derecho a la intimidad y libertad de expresión. El caso argentino. *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (22), 53-77.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (2017). *El Derecho a la Libertad de Expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio*. Bogotá: Dejusticia.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (2011). *Tejiendo derechos: la reparación de los pueblos indígenas*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_213.pdf
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2010). *Bojayá. La guerra sin límites*. Bogotá: Editorial Taurus.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2012). *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá: Editorial Taurus.
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009). *Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/09.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho a la verdad en América*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- Comité por los Derechos de las víctimas de Bojayá (s. f.). *Home*. Recuperado de <http://www.comitevictimasbojaya.org/index.php/el-comite>
- Consejería de DD.HH. de la Presidencia de la República de Colombia (2017). *Las exhumaciones de Bojayá, un paso hacia el derecho a la verdad*. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2017/Paginas/exhumaciones-bojaya-derecho-verdad.aspx>
- Crocker, David A. (2000). Truth Commissions, Transitional Justice and Civil Society. En Rotberg, R. I. y Thompson, D. (eds.). *Truth v. Justice: The*

- Moral Efficacy of Truth Commissions: South Africa and Beyond*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Currie, G. (2010). *Narratives and Narrators: A Philosophy of Stories*. New York: Oxford University Press.
- Daly, E. (2008). Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition. *The International Journal of Transitional Justice*, 2.
- Duzán, M. J. (2015). Aprender de Bojayá. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/maria-jimena-duzan-aprender-del-perdon-que-pidio-las-farc-las-victimas-de-bojaya/454103-3>
- Duzán, M. J. (2016). *El fin del Periodismo*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/maria-jimena-duzan-el-fin-del-periodismo/461264>
- Eguiguren, F. (2000). La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano. *Ius et Praxis*, 6 (1), 135-175.
- Fundación para la Libertad de Prensa (2012). *Fuera de Juicio. Manual para periodistas denunciados por injuria y calumnia*. Bogotá: National Endowment for Democracy (NED).
- Gobierno Nacional de Colombia (2016). *Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdo-Final.pdf>
- Gómez Nadal, P. (2017). Bojayá no censura. *Colombia Plural*. Recuperado de <https://colombiaplural.com/bojaya-no-censura/>
- Gómez-Robledo, A. (1995). El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión. *Derechos humanos fundamentales. Ars Iuris*, 236-253.
- Halliday, F. (1999). Manipulation and limits: Media coverage of the gulf war, 1990-91. En Allen, T. y Seaton, J. (eds.). *The Media Conflict: War Reporting and Representations of Ethnic Violence*. London: Zed Books.
- Hodzík, R. y Tolbert, D. (2016). *Media and transitional justice: A dream of symbiosis in a troubled relationship*. Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ): New York.
- Lalinde, S. (2015). *Requisas ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- McLaughlin, G. (2016). *The War Correspondent*. London: Pluto Press.
- Mieszkowski, J. (2009). Watching war. *PMLA*, 12, 1648-1661.

- Nieto, P. (2017). El silencio de Bojayá. *Verdad Abierta*. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/victimas-seccion/organizaciones/6634-el-silencio-de-bojaya>
- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Niño, A. y Sanz, C. (2012). Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 34, 309-342.
- Observatorio de Territorios Étnicos (2012). *Derechos territoriales de las comunidades negras: una mirada desde la diversidad*. Bogotá: Observatorio de Territorios Étnicos.
- PNUD (2011). *Afrocolombianos. Sus territorios y condiciones de vida*. Bogotá: Colección Cuadernos INDH.
- Prosser, W.L. (1941). *Handbook of the law of torts*. St. Paul: West Publishing Co.
- Ramírez, A. M., Ángel, M. P., Albarracín, M., Uprimny, R. y Newman, V. (2017). *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá: Dejusticia.
- Resta, G. y Zeno-Zencovich, V. (2013). Judicial “truth” and historical “truth”: The case of the Ardeatine Caves Massacre. *Law and History Review*, 31 (4).
- Sousa Santos, B. de (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. La Paz: Plural editores.
- Teitel, R. (2003). Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16 (63).
- Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2011). *Enfoque étnico: pueblos y comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y pueblo ROM*. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoqueetnico.PDF>
- Upegui, J. C. (2017). Comentario a la Sentencia T-020 de 2014 de la Corte Constitucional Colombiana. Apuntes sobre el “tratamiento estructurado de datos personales”. *Revista Estudios en Derecho a la Información (REDI)*, 4.

NORMATIVIDAD

- Constitución Política de Colombia (1991).
- Convención Americana de Derechos Humanos (1978).
- Organización Internacional del Trabajo (1991). *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales*.

Congreso de la República. Ley 70 de 1993 Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. *Diario Oficial* 41.013, agosto 31 de 1993.

Congreso de la República, Ley 1581 de 2012 Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. *Diario Oficial* 48587, octubre 18 de 2012.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia T-414. Expediente: T-534. M. P. Ciro Angarita Barón: 16 de junio de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-022. Expediente: T-4452. M. P. Ciro Angarita Barón: 29 de enero de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T-257. Expediente: T-10.239. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 30 de junio de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia SU-082. Expediente: T- 40.966. M. P. Jorge Arango Mejía: 1 de marzo de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia T-696. Expediente: T-105948. M. P. Fabio Morón Díaz: 5 de diciembre de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia T-307. Expediente: T-187958. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 5 de mayo de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-505. Expediente: D-2278. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 14 de julio de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia SU-1723. Expediente: T-235650. M. P. Alejandro Martínez Caballero: 12 de diciembre de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-710. Expediente: D-3287. M. P. Jaime Córdoba Triviño: 5 de julio de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia T-1233. Expediente: T-486155. M. P. Jaime Araújo Rentería: 22 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-282. Expediente: D-3672. M. P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett: 3 de abril de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-729. Expediente: T-467467. M. P. Eduardo Montealegre Lynett: 5 de septiembre de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-872. Expediente: D-4537. M. P. Clara Inés Vargas Hernández: 30 de septiembre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-787. Expediente: T-722765. M. P. Rodrigo Escobar Gil: 18 de agosto de 2004.

- Corte Constitucional. Sentencia C-370. Expediente: D-6032. M. P. Manuel José Cepeda *et al.*: 18 de mayo de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia C-454. Expediente: D-5978. M. P. Jaime Córdoba Triviño: 7 de junio de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia T-576. Expediente: T-1.247.553. M. P. Humberto Sierra Porto: 5 de junio de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia T-693. Expediente: T-2.291.201. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 23 de septiembre de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-748. Expediente: PE-032. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 6 de octubre de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-260. Expediente: T-3.273.762. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 29 de marzo de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia T-407. Expediente: T-3.348.314. M. P. Mauricio González Cuervo: 31 de mayo de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C-715. Expediente: D-8963. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: 13 de septiembre de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia T-040. Expediente: T-3.623.589. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 28 de enero de 2013.
- Corte Constitucional. Sentencia T-634. Expediente: T-3900495. M. P. María Victoria Calle Correa: 13 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional. Sentencia T-828. Expediente: T-4.417.194. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 5 de noviembre de 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia C-881. Expediente: D-10273. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 19 de noviembre de 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia T-277. Expediente: T-4296509. M. P. María Victoria Calle Correa: 12 de mayo de 2015.
- Corte Constitucional. Sentencia C-694. Expediente: D-9818. M. P. Alberto Rojas Ríos: 11 de noviembre de 2015.
- Corte Constitucional. Sentencia T-050. Expediente: T-5.145.787. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 10 de febrero de 2016.
- Corte Constitucional. Sentencia Corte T-543. Expediente: 6029705 y 6131760. M. P. Diana Fajardo Rivera: 24 de julio de 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de fondo núm. 90/05. Caso núm. 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña, Chile, 24 de octubre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Hu-

- manos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez *vs.* Honduras. Sentencia del 1º de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Eduardo Kimel *vs.* Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fontevecchia D'Amico *vs.* Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, núm. 238.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños *vs.* El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 287.
- Fallos 324:2895, sentencia del 25 de septiembre de 2001.
- “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.,” Fallos 306:1892 (1984).
- STC 231/1988, del 02 de diciembre de 1988, www.boe.es
- STC 115/2000, del 05 de mayo de 2000, www.boe.es

ANEXOS

Anexo 1.

Procesos comparados de exhumación y entierro en transiciones a la paz

Argentina: víctimas de la dictadura militar (1976-1983)	
Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: politización de las exhumaciones y los entierros</p> <ul style="list-style-type: none"> Las excavaciones y los entierros generaron controversia en la población: dado que muchas víctimas habían desaparecido, la exhumación fue prueba de su muerte, dificultando la cooperación entre el Gobierno y los familiares de las víctimas (Crossland, 2000). Además, algunos de los familiares de las víctimas vieron la exhumación y el retorno de los restos como una exoneración de responsabilidades: una estrategia deliberada del nuevo Gobierno democrático para poner fin a una página oscura en la historia y evitar buscar castigo para los perpetradores. “Cada vez más, un nuevo entierro y una nueva ceremonia llevan a la nación más cerca del cierre, mientras dejan sin cuestionar a los responsables” (Crossland, 2000, p. 155).ⁱ 	<ul style="list-style-type: none"> Crossland, Z. (2000). Buried lives: forensic archaeology and the disappeared in Argentina. <i>Archaeological Dialogues</i> 7.2, 146-159. Robben, A. C. G. M. (2015). Exhumations, territoriality, and necropolitics in Chile and Argentina. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 53-75.
<p>i. Cita original: "Each burial and ceremony incrementally brings the nation as a whole closer to closure, while leaving those responsible unchallenged".</p>	

Bosnia: víctimas de la masacre de Srebrenica (1995)	
Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: politización de las exhumaciones y los entierros</p> <ul style="list-style-type: none"> Las exhumaciones y conmemoraciones se dieron en el marco del oportunismo político: "los líderes políticos y religiosos bosnios aprovechan la oportunidad de la conmemoración, no solo para dirigirse a sus vecinos serbobosnios y serbios, sino también para hablar directamente con la comunidad internacional, las agencias de ayuda y representantes de los medios" (Wagner, 2008, p. 193).ⁱⁱ 	<ul style="list-style-type: none"> Fondebrider, L. (2015). Forensic anthropology and the investigation of Political violence. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 41. Pollack, C. E. (2003). Burial at Srebrenica: Linking place and trauma. <i>Social science & medicine</i>, 56.4, 793-801.
<p>ii Cita original: "And the Bosniak political and religious leadership uses the opportunity of the commemoration not only to address their Bosnian Serb and Serbian neighbors, but also to speak directly to the international community present</p>	

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<ul style="list-style-type: none"> ■ La presencia de los medios también permitió ese oportunismo político. Al analizar una fotografía de un político local que llora por los restos de su padre, Wagner sostiene que "con las elecciones municipales a solo tres meses, su dolor personal le dio una buena publicidad, independientemente de si había tenido la intención de exponerse" (Wagner 2008, p. 209).ⁱⁱⁱ <p>Contexto: presencia de los medios de comunicación</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ La transferencia de los cuerpos y la conmemoración fueron "a la vez íntimos y públicos" (Wagner, 2008, p. 206). Los periodistas tuvieron presencia notable en la conmemoración. Las escenas emocionales, incluido el llanto fuerte, fueron grabadas y utilizadas por los periodistas (p. 208). Incluso cuando las normas religiosas y culturales entraron en juego, los medios parecían estar exentos: "En la sección VIP, las mujeres abandonaron el área inmediata a petición de los hombres musulmanes a punto de orar. Las únicas excepciones fueron las mujeres representantes de los medios de comunicación que permanecieron dentro de sus filas, operando cámaras y micrófonos para capturar las imágenes y los sonidos del servicio religioso" (p. 224).^{iv} ■ Algunos eventos de la conmemoración de los cuerpos fueron más públicos que otros. Por ejemplo, la noche antes de la conmemoración del 11 de julio, "la mayoría de los miembros de los medios ya se habían marchado, pues había poco interés periodístico en las escenas silenciosas de la oración" (Wagner, 2008, p. 211).^v 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pollack, C. E. (2003). Intentions of burial: Mourning, politics, and memorials following the massacre at Srebrenica. <i>Death Studies</i>. ■ Wagner, S. (2008). <i>To know where he lies: DNA technology and the search for Srebrenica's missing</i>. University of California Press.
<p>ii Cita original: "And the Bosniak political and religious leadership uses the opportunity of the commemoration not only to address their Bosnian Serb and Serbian neighbors, but also to speak directly to the international community present among the diplomatic corps, aid agencies, and media representatives".</p> <p>iii Cita original: "With the municipal elections only three months away, his personal grief made for good publicity – regardless of whether he had intended the exposure".</p> <p>iv Cita original: "In the VIP section, women left the immediate area at the request of the Muslim men about to pray. The only exceptions were the female media representatives, who remained within their ranks, operating cameras and microphones to capture the sights and sounds of the religious service".</p> <p>v Cita original: "most members of the media had already left, as there was little newsworthy in the quiet scenes of the prayer".</p>	

Camboya: homicidios sistemáticos por parte de los Jemeres Rojos (1975-1979)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: politización de las exhumaciones y los entierros</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Los campos de exterminio de Camboya sirven tanto de cementerio como de lugar conmemorativo dedicado a la preservación de la memoria. Sin embargo, los motivos detrás de su diseño están fuertemente inspirados en la política actual: "Los restos humanos sirven como una poderosa herramienta de legitimación para los regímenes posgenocidas, particularmente aquellos que desean retratarse a sí mismos como fuerzas liberadoras" (Lesley, 2015, p. 216).^{vi}	<ul style="list-style-type: none">▪ Lesley, E. (2015). Death on Display: Bones and Bodies in Cambodia and Rwanda. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 213-239.
<p>vi Cita original: "Human remains serve as a powerful tool of legitimization for postgenocide regimes, particularly those that wish to portray themselves as liberating forces".</p>	

Chile: desapariciones forzadas durante la dictadura militar (1973-1990)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: poca legitimidad del Gobierno en la búsqueda de personas desaparecidas</p> <ul style="list-style-type: none">▪ En 2006 se inició un proceso de identificación y exhumación después de que varios gobiernos se olvidaron de dirigir esfuerzos en la búsqueda de los cuerpos y la judicialización de los responsables, lo que generó identificaciones erróneas y ausencia de rendición de cuentas. Si no hubiera sido por la presión social, los gobiernos nunca se habrían enfocado realmente en la realización de estos procedimientos (Robben, 2015, p. 70).	<ul style="list-style-type: none">▪ Robben, A. C. G. M. (2015). Exhumations, territoriality, and necropolitics in Chile and Argentina. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 53-75.

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: poca legitimidad en el proceso de exhumación y entierro</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Debido al "duradero abandono institucional y legal" (Ferrandiz, 2013), España no tuvo exhumaciones oficiales de víctimas republicanas hasta el año 2000. Estas exhumaciones reavivaron un debate que había sido evitado durante muchos años (Ferrandiz, 2013). ▪ Las asociaciones de memoria histórica han emitido críticas contra los procesos de exhumación adelantados por el Estado: "A nivel nacional, por ejemplo, grupos importantes como la Asociación Nacional para la Recuperación de la Memoria Histórica y el Foro por la Memoria han disentido en sus puntos de vista sobre los procesos de exhumación. Para la Asociación Nacional para la Recuperación de la Memoria Histórica, la exhumación y el entierro de cadáveres están directamente relacionados con los deseos de los familiares y la forma en que quieren vivir su luto. Para el Foro por la Memoria, estos actos deberían constituir una forma de reivindicar, antes que nada, las identidades e historias políticas de las víctimas" (Aregueta-Toribio, 2015, p. 14). <p>Contexto: presencia de los medios</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Una discusión muy similar a la de Bojaya surgió cuando algunas asociaciones locales de víctimas argumentaron a favor de una cobertura limitada por parte de los medios: "No queremos ver escenas patéticas y escenas de indignidad, no queremos ver heroicidades utilitarias, sino valores profundos y sentidos, no queremos tener éxito en las televisiones, sino que tenemos que reclamar con dignidad y llorar en silencio a nuestros muertos, presos y exiliados" (Comunicado sobre las Fosas). Sin embargo, la oposición que tenía esta posición se desvaneció gradualmente en los años siguientes. Aun así, este hecho "muestra las fricciones que a menudo ocurren en las exhumaciones, y que surgen a partir de las diferencias entre las agendas de los familiares, la política local y nacional, los desacuerdos entre las asociaciones y la reconstrucción de los hechos por parte de los medios" (Ferrandiz, 2013). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Araguete-Toribio, Z. (2015). Negotiating identity: reburial and commemoration of the civil war dead in southwestern Spain. <i>Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal</i> 1.2, 5-20. ▪ Ferrándiz, F. (2013). Exhuming the defeated: Civil War mass graves in 21st-century Spain. <i>American Ethnologist</i>, 40.1 38-54. ▪ Ferrándiz, F. (2008). Cries and whispers: Exhuming and narrating defeat in Spain today. <i>Journal of Spanish Cultural Studies</i> 9.2, 177-192. ▪ Renshaw, L. (2010). Missing bodies near-at-hand: the dissonant memory and dormant graves of the Spanish Civil War. <i>An Anthropology of Absence</i>. New York: Springer, 45-61. ▪ Comunicado sobre las Fosas Comunes de Oviedo (2002). Septiembre 28. http://www.fosacomun.com/comunicado.htm

Grecia: víctimas de la Guerra Civil (1941-1950)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: politización</p> <ul style="list-style-type: none">▪ A pesar de una historia reciente de guerra civil y una transición pacífica a la democracia, Grecia se ha mantenido en silencio sobre el tema de las exhumaciones.▪ En los últimos años no se han identificado intentos por hacer nuevas exhumaciones y entierros de las víctimas debido a la posibilidad de encontrar verdades inconvenientes para algunos sectores políticos. Por un lado, está "la posibilidad de verificar de una manera científica que la violencia era una estrategia del DSE [la insurgencia comunista] para reclutar combatientes tiene el potencial de deslegitimar la narrativa principal de los derrotados, según la cual ellos pelearon por una noble causa y sus miembros eran idealistas. Mientras tanto, la sociedad civil sigue siendo reacia a abrir las tumbas, pues la identificación de los restos eslavo-macedonios entre las víctimas podría llevar a un nuevo capítulo de confrontación en el conflicto macedonio" (Stefatos y Kovras, 2015, p. 166).^{vii}▪ Una excepción es la isla de Lesbos, donde las diferencias políticas no son tan problemáticas como en el resto de Grecia. Como resultado, las exhumaciones y los entierros se convirtieron en actos de resistencia localizados y despolitizados (Stefatos y Kovras 2015, p. 176).	<ul style="list-style-type: none">▪ Stefatos, K. y Kovras I. (2015). Buried silences of the greek civil War. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 161.
<p>vii Cita original: "The prospect of verifying in a scientific way that violence was a strategy DSE used to recruit fighters has the potential to delegitimize the master narrative of the defeated, namely that they fought for a noble cause and their members were idealists. Meanwhile, civil society remains reluctant to open the grave because identification of SlavMacedonians remains among the victims could potentially lead to a new confrontational chapter in the "Macedonian conflict".</p>	

Guatemala: víctimas de la masacre de Panzós (1978)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: poca legitimidad del Gobierno en la búsqueda de personas desaparecidas</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Los entierros de las víctimas mayas suelen ser abiertos al público: "Después de identificar los cuerpos, ya sea en la tumba o en uno de los laboratorios de la Guatemalan Forensic Anthropology Foundation (FAFG) en la ciudad de Guatemala, los restos se ubican en osarios individuales y se devuelven a las familias en el pueblo. Cuando llega el momento del funeral, los cuerpos [...] se llevan por las calles del pueblo en una procesión pública, su presencia 'proclama una verdad escondida durante muchos años'" (Garrard-Burnett, 2015, p. 187). <p>viii El ritual incluye un sacerdote, un chamán y a toda la comunidad, durante los rituales mayas, los ritos religiosos y los entierros.</p> <p>Contexto: cooperación de la sociedad civil</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Las organizaciones locales tuvieron más éxito que el Estado en brindar atención psicosocial a las comunidades en el marco de las exhumaciones y los entierros: al incorporar las tradiciones mayas en su trabajo, estas organizaciones lograron acercarse a los miembros de la comunidad, quienes eran escépticos acerca de los programas creados por el Gobierno (Arriaza y Roht-Arriaza, 2008, p. 168). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Arriaza, L. y Roht-Arriaza, N. (2008). Social reconstruction as a local process. <i>The International Journal of Transitional Justice</i>, 2.2, 152-172. ▪ García, M. L. (2014). The long count of historical memory: Ixhil Maya ceremonial speech in Guatemala. <i>American Ethnologist</i>, 41.4, 664-680. ▪ Garrard-Burnett, V. (2015). Living with ghosts: Death, exhumation, and reburial among the Maya in Guatemala. <i>Latin American Perspectives</i> 42.3, 180-192. ▪ Stewart, J. (2004). When local troubles become transnational: The transformation of a Guatemalan indigenous rights movement. <i>Mobilization: An International Quarterly</i>, 9.3, 259-278.
<p>viii Cita original: "After the bodies are identified, either at the grave site or at one of the FAFG's laboratories in Guatemala City, the remains are placed in individual ossuaries and returned to the families in the village. When it is time for the community-wide funeral, the bodies [...] are carried through the streets of the village in a public procession, their presence "proclaiming a truth hidden for many years".</p>	

Perú: víctimas de los asesinatos y desapariciones forzadas contra miembros de la comunidad quechua (1980-2000)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: poca legitimidad del Gobierno en el proceso de exhumación y entierro</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Se llevaron a cabo exhumaciones y entierros para las víctimas, tanto de los rebeldes como de los paramilitares. Debido a los lazos paramilitares con los políticos que conservaron el poder después del conflicto, la oposición política a las exhumaciones fue significativa, por temor a repercusiones legales (Rojas-Pérez 2016). <p>Contexto: politización</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Los actores estatales decidían a qué ceremonias debían asistir. Algunos medios, por tanto, decidían exponer y sobremediatizar ciertas exhumaciones en perjuicio de otras. Por ejemplo, las exhumaciones de víctimas de masacres perpetradas por grupos insurgentes eran más mediatizadas. En contraste, las exhumaciones relativas a masacres perpetradas por las fuerzas armadas del Estado peruano no se cubrían con el mismo interés (Azevedo, 2016, p. 42). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Robin Azevedo, V. (2016). Restoring the dignity of the war's disappeared? Exhumations of mass graves, restorative justice and compassion policies in Peru. <i>Human Remains and Violence: An Interdisciplinary Journal</i>, 2,2, 39-55. ▪ Rojas-Pérez, I. (2015). Death in Transition. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 185. ▪ Rojas-Pérez, I. (2017). <i>Mourning Remains: State Atrocity, Exhumations, and Governing the Disappeared in Peru's Postwar Andes</i>. Stanford: Stanford University Press.

Ruanda: víctimas del genocidio (1994)

Métodos de exhumación y entierro	Fuentes
<p>Contexto: politización</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Se han exhumado y enterrado restos individuales junto con los de otras víctimas en lugares conmemorativos. Tanto los cuerpos como los lugares de conmemoración han servido como prueba física y memoria del genocidio. ▪ Las familias y las comunidades no estaban satisfechas con los entierros en los que no eran consultadas. Este tipo de entierros no contaban con ritos funerarios y costumbres funerarias más tradicionales (Mayor, 2015, p. 167). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Lesley, E. (2015). Death on Display: Bones and Bodies in Cambodia and Rwanda. <i>Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights</i>, 213-239. ▪ Major, L. (2015). Unearthing, untangling and re-articulating genocide corpses in Rwanda. <i>Critical African Studies</i>, 7,2, 164-181.

Anexo 2.

Texto del “Protocolo para el manejo de comunicaciones en el marco de los acuerdos del Proceso de Paz para Bojayá”

Bellavista, Chocó, mayo 11 de 2017

Valoramos la labor de los medios de comunicación, la academia y todas las instituciones o personas que nos acompañan y, al mismo tiempo, les solicitamos apoyarnos en el cumplimiento de este Protocolo

El Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá valora la importancia de visibilizar los acuerdos del proceso de paz con relación a Bojayá, ya que esto debe contribuir a avanzar hacia el cumplimiento de los mismos y a la construcción de la paz, basada en el respeto y garantía de los derechos humanos, tanto políticos como económicos y culturales.

Con el fin de que se respeten nuestros derechos, nuestra dignidad, nuestra cultura

2. Los actores externos deben reconocer al Comité y a sus voceros como los únicos interlocutores válidos para establecer acuerdos en este sentido.

3. El Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá designa como vocero, para la comunicación en el marco de estos procesos, a Leyner Palacios.

4. Adicionalmente, las solicitudes escritas serán recibidas en el siguiente correo electrónico: contacto@comitevictimasbojaya.org

I. Respecto a los medios de comunicación, académicos y personas externas

1. Las víctimas de Bojayá solicitan a todos los medios de comunicación, periodistas y comunicadores independientes o empleados, académicos y demás personas externas a la comunidad abstenerse de filmar, tomar fotografías, grabar, escribir o realizar entrevistas individuales a las familias, o a cualquier persona vinculada con el proceso de la exhumación, entrega de los cuerpos, y ceremonias relacionadas con la masacre del 2 de mayo de 2002, desde el 4 de mayo de 2017 hasta el fin de las exhumaciones, esto por respeto a nuestra dignidad, creencias y cultura.

2. El Comité será quien determine qué información es reservada y qué información es pública. Cuando se produzca información referente al proceso de los acuerdos suscritos entre el Gobierno y las FARC-EP sobre Bojayá esta información deberá ser revisada, retroalimentada y avalada para su publicación por el equipo vocero delegado para comunicaciones del Comité.

3. El Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá, contando con el apoyo de ONU Derechos Humanos, hará el registro de video y fotografías del proceso de exhumaciones, ceremonias y entrega de cuerpos y, posteriormente, el Comité determinará las imágenes que considere respetuosas con la dignidad de las víctimas para hacer entrega pública de las mismas a los medios de comunicación y entidades interesadas.

4. El Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá ha solicitado a la Policía de Bellavista que ayude a que se respete este protocolo en el cementerio de Bojayá y las bóvedas temporales donde reposarán nuestros familiares y amigos mientras son trasladados a Medicina Legal.

II. Respecto a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales involucradas en el proceso

1. Todas las instituciones deberán concertar con el Comité por los Derechos de las Víctimas de Bojayá cualquier comunicación relacionada con los procesos.

• DOCUMENTOS 1

ETNORREPARACIONES: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Yukyan Lam

2011

• DOCUMENTOS 2

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas

2012

• DOCUMENTOS 3

LA ADICCIÓN PUNITIVA:

La desproporción de leyes de drogas en América Latina

Publicación digital e impresa

Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán, Jorge Parra Norato

2012

• DOCUMENTOS 4

ORDEN PÚBLICO Y PERFILES RACIALES:

experiencias de afrocolombianos con la policía en Cali

Publicación digital e impresa

Yukyan Lam, Camilo Ávila

2013

• DOCUMENTOS 5

INSTITUCIONES Y NARCOTRÁFICO:

la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia

Publicación digital

Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa Restrepo,

Felipe Jiménez Ángel

2013

• DOCUMENTOS 6

ENTRE ESTEREOTIPOS: Trayectorias laborales de mujeres y hombres en Colombia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Annika Dalén

2013

• DOCUMENTOS 7

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL TRABAJO:

Un estudio experimental en Bogotá

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Juan Camilo Cárdenas C.,

Juan David Oviedo M., Sebastián Villamizar S.

2013

• DOCUMENTOS 8

LA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA

Publicación digital

Annika Dalén, Diana Esther Guzmán, Paola Molano
2013

• DOCUMENTOS 9

ACOSO LABORAL

Publicación digital

Diana Guzmán, Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 10

ACCESO A LA JUSTICIA: Mujeres, conflicto armado y justicia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 11

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO

Publicación digital e impresa

Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 12

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y ENFOQUE DE GÉNERO

Publicación digital e impresa

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro
2013

• DOCUMENTOS 13

RAZA Y VIVIENDA EN COLOMBIA: la segregación residencial y las condiciones de vida en las ciudades

Publicación digital e impresa

María José Álvarez Rivadulla, César Rodríguez Garavito, Sebastián Villamizar Santamaría, Natalia Duarte
2013

• DOCUMENTOS 14

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES Y PARTIDOS. Posibilidades a partir de la reforma política de 2011.

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 15

BANCADA DE MUJERES DEL CONGRESO: una historia por contar

Publicación digital

Sylvia Cristina Prieto Dávila, Diana Guzmán Rodríguez
2013

• DOCUMENTOS 16

OBLIGACIONES CRUZADAS: Políticas de drogas y derechos humanos

Publicación digital

Diana Guzmán, Jorge Parra, Rodrigo Uprimny
2013

• DOCUMENTOS 17

GUÍA PARA IMPLEMENTAR DECISIONES SOBRE DERECHOS SOCIALES

Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Celeste Kauffman
2014

• DOCUMENTOS 18

VIGILANCIA DE LAS COMUNICACIONES EN COLOMBIA El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales

Publicación digital e impresa

Carlos Cortés Castillo
2014

• DOCUMENTOS 19

NO INTERRUMPIR EL DERECHO

Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE

Publicación digital

Nina Chaparro González, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 20

DATOS PERSONALES EN INFORMACIÓN PÚBLICA: oscuridad en lo privado y luz en lo público

Publicación digital e impresa

Vivian Newman
2015

• DOCUMENTOS 21

REQUISAS, ¿A DISCRECIÓN?

Una tensión entre seguridad e intimidad

Publicación digital e impresa

Sebastián Lalinde Ordóñez
2015

• DOCUMENTOS 22

FORMACIÓN EN VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO: una propuesta metodológica para funcionarios

Publicación digital

Silvia Rojas Castro, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 23

CASAS DE JUSTICIA:

una buena idea mal administrada

Publicación digital

Equipo de investigación: Mauricio García Villegas,
Jose Rafael Espinosa Restrepo, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Lina Arroyave Velásquez, Carolina Villadiego Burbano
2015

• DOCUMENTOS 24

LOS REMEDIOS QUE DA EL DERECHO.

El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 25

EL EJERCICIO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

Publicación digital

Margarita Martínez Osorio, Annika Dalén,
Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 26

CUIDADOS PALIATIVOS:

abordaje de la atención en salud desde un enfoque de derechos humanos

Publicación digital e impresa

Isabel Pereira Arana
2016

• DOCUMENTOS 27

SARAYAKU ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:

justicia para el pueblo del Medio Día y su selva viviente

Publicación digital e impresa

Mario Melo Cevallos
2016

• DOCUMENTOS 28 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

LOS TERRITORIOS DE LA PAZ.

La construcción del estado local en Colombia

Publicación digital e impresa

Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Javier Revelo Rebolledo, Jose R. Espinosa Restrepo,
Natalia Duarte Mayorga
2016

• DOCUMENTOS 29 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

NEGOCIANDO DESDE LOS MÁRGENES:
la participación política de las mujeres en los procesos de paz en Colombia (1982-2016)

Publicación digital e impresa
Nina Chaparro González, Margarita Martínez Osorio
2016

• DOCUMENTOS 30 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

LA PAZ AMBIENTAL:
retos y propuestas para el posacuerdo

Publicación digital e impresa
César Rodríguez Garavito, Diana Rodríguez Franco,
Helena Durán Crane
2016

• DOCUMENTOS 31 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

ACCESO A LOS ARCHIVOS DE INTELIGENCIA
Y CONTRAINTELIGENCIA EN EL MARCO DEL POSACUERDO

Publicación digital e impresa
Ana María Ramírez Mourraille, María Paula Ángel Arango,
Mauricio Albarracín Caballero, Rodrigo Uprimny Yepes,
Vivian Newman Pont
2017

• DOCUMENTOS 32

JUSTICIA TRANSICIONAL Y ACCIÓN SIN DAÑO
Una reflexión desde el proceso de restitución de tierras

Publicación digital e impresa
Aura Patricia Bolívar Jaime, Olga del Pilar Vásquez Cruz
2017

• DOCUMENTOS 33

SIN REGLAS NI CONTROLES
Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad

Publicación digital e impresa
Diana Guarnizo Peralta
2017

• DOCUMENTOS 34

ACADEMIA Y CIUDADANÍA
Profesores universitarios cumpliendo y violando normas

Publicación digital e impresa
Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Andrea Ramírez Pisco, Juan Camilo Cárdenas Campo
2017

• DOCUMENTOS 35 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

ESTRATEGIAS PARA UNA REFORMA RURAL TRANSICIONAL

Publicación digital e impresa

Nelson Camilo Sánchez León

2017

• DOCUMENTOS 36 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

SISTEMA DE JUSTICIA TERRITORIAL PARA LA PAZ

Publicación digital e impresa

Carolina Villadiego Burbano, Sebastián Lalinde Ordóñez

2017

• DOCUMENTOS 37

DELITOS DE DROGAS Y SOBREDOSIS CARCELARIA EN COLOMBIA

Publicación digital e impresa

Rodrigo Uprimny Yepes, Sergio Chaparro Hernández,

Luis Felipe Cruz Olivera

2017

• DOCUMENTOS 38 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

COCA, INSTITUCIONES Y DESARROLLO

Los retos de los municipios productores en el posacuerdo

Publicación digital e impresa

Sergio Chaparro Hernández, Luis Felipe Cruz Olivera

2017

• DOCUMENTOS 39 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

RESTITUCIÓN DE TIERRAS, POLÍTICA DE VIVIENDA Y PROYECTOS PRODUCTIVOS

Ideas para el posacuerdo

Publicación digital e impresa

Aura Patricia Bolívar Jaime, Angie Paola Botero Giraldo,

Laura Gabriela Gutiérrez Baquero

2017

• DOCUMENTOS 40

CÁRCEL O MUERTE

El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto

Publicación digital

Ana Jimena Bautista Revelo, Anna Joseph,

Margarita Martínez Osorio

2017

• DOCUMENTOS 41

SOBREDOSIS CARCELARIA Y POLÍTICA DE DROGAS EN AMÉRICA LATINA

Publicación digital e impresa

Sergio Chaparro Hernández, Catalina Pérez Correa

2017

SOBREPESO Y CONTRAPESOS

***La autorregulación de la industria no es suficiente
para proteger a los menores de edad***

Publicación digital e impresa

Valentina Rozo Ángel

2017

El impulso de esta investigación nace

de la tensión que se presentó en mayo de 2017 en el marco del cubrimiento periodístico de las exhumaciones de quienes fallecieron en la masacre de Bojayá. Así, este escrito tiene como propósito el planteamiento y la respuesta, desde una perspectiva sociojurídica, de la siguiente pregunta de investigación: ¿cómo narrar los hechos relacionados con el conflicto armado y con la transición a la paz sin vulnerar el derecho a la intimidad de las víctimas? O ¿cómo puede un periodista dejar constancia de un acontecimiento dramático o contar una injusticia que conmueva a sus lectores respetando los límites de la vida privada de las víctimas?

Para responder a este cuestionamiento, en el presente documento se examinan las tensiones de derechos que pueden generarse en la narración de la transición a la paz como parte del ejercicio periodístico. Se busca que la conclusión presentada sea válida, no solo en el caso de Bojayá, sino en los futuros años de transición, pues tanto las víctimas como la sociedad en general se benefician de una prensa libre y responsable, y del respeto de la vida privada.

978-958-5441-29-3



9 789585 441293