

PROYECTO DE LEY No. ___/18SENADO

Por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto promover el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico y actos terroristas, mediante la prohibición de conmemoraciones públicas a sus victimarios.

Artículo 2º. Prohibición de actos públicos de conmemoración o exaltación. Prohíbese la celebración de actos públicos, oficiales o no, conmemorativos o que exalten a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación.

Parágrafo. A los efectos del presente artículo, se consideran actos conmemorativos o de exaltación los homenajes, exhibición pública de monumentos, placas, escudos, menciones honoríficas, premios, banderas, pancartas, pendones o cualquier otra pieza publicitaria, u otro similar que sea alusiva o que suponga un reconocimiento o distinción personal o colectiva, ya sea en vida o póstumamente.

Artículo 3º. Adiciónese el siguiente literal al numeral 2 del artículo 33 de la ley 1801 de 2016:

“f) Rendir homenaje, enarbolar banderas, pancartas, pendones o cualquier otra pieza gráfica alusiva o que suponga un reconocimiento o distinción personal o colectiva a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada,



grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación.”

Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 53 de la ley 1801 de 2016:

“Parágrafo 3°. Ninguna autoridad administrativa podrá autorizar reuniones o manifestaciones públicas que busquen conmemorar o exaltar a personas sancionadas por comportamientos constitutivos de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley, grupos terroristas nacionales o extranjeros, aún después de su desarticulación.”

Artículo 5°. Responsabilidad disciplinaria. Los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, que autoricen, promuevan, convoquen o de cualquier modo patrocinen, o participen en actos públicos prohibidos por la presente ley incurrirán en causal de mala conducta.

Artículo 6°. Intangibilidad de tratamientos judiciales especiales. La prohibición de que trata la presente ley no enervará los efectos jurídicos de tratamientos judiciales especiales, ni el ejercicio de derechos políticos derivados de acuerdos suscritos entre el Gobierno Nacional y organizaciones armadas al margen de la ley.

Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

PAOLA HOLGUÍN

JUAN ESPINAL

Senadora de la República

Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY No. ___/18SENADO

Por medio de la cual se promueve el respeto y la defensa de la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes y se dictan otras disposiciones

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los postulados reconocido como principio básico *sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, formulado y aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005¹, dicta que,

Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.²

Este principio sintetiza, al tiempo fundamenta, la obligación que les asiste a los Estados de asegurar las condiciones necesarias que les permitan a las víctimas de graves crímenes la superación de los hechos victimizantes, dejándolas a

¹ Idéntico mandato es encontrado en Resolución 2005/35, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del 19 de abril 2005.

² En la misma Resolución, la Asamblea General precisó que, para efectos de la misma, se entendía como víctima *“toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario.”*

salvo de situaciones que vulneren sus derechos, pongan en riesgo su seguridad, afecten su intimidad o que supongan un tratamiento discriminatorio o lesivo a su dignidad.

Específicamente, el debido trato que ha de proporcionársele a las víctimas de delitos comprende el aseguramiento de su bienestar físico y psicológico, lo que involucra, evidentemente, prevenir que se les confronte nuevamente con los crímenes sufridos; de este modo ha sido entendido por la Organización de Naciones Unidas,

Principio 37. Ámbitos incluidos en las garantías de no repetición.

El Estado debe tomar las medidas apropiadas a fin de que las víctimas no puedan ser de nuevo confrontadas a violaciones que afecten su dignidad. (...)³

Este compromiso internacional de los Estados frente a las víctimas, les significa la inaplazable obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir o sancionar situaciones que conllevan un desconocimiento de la memoria colectiva, por representar una negación intrínseca de los crímenes y la correspondiente responsabilidad de sus perpetradores. Sin lugar a dudas, en el amplio catálogo de situaciones de esta naturaleza, la celebración de actos públicos de exaltación o conmemoración de los victimarios, así como de los grupos armados al margen de ley, ocupa un lugar privilegiado, por constituir una expresión apologética del crimen y un leve atentado a la dignidad de sus víctimas.

Ello ha motivado a diferentes Estados a adoptar, o procurar hacerlo, medidas legislativas que proscriben este tipo de expresiones, mediante el recurso a instrumentos jurídicos de corrección, esencialmente de carácter penal. Entre los

³ Aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías*, de la Organización de Naciones Unidas, como *Principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*.

casos más paradigmáticos se cuentan el italiano, el francés y el alemán, en relación con la prohibición de la apología del fascismo y del nazismo (prohibición de la ideología), y el español, que criminaliza la incitación al odio, discriminación o violencia, y la exaltación del terrorismo.

Así, el código penal italiano castiga con prisión y multa la *apología del fascismo*, conducta que se materializa en actos de enaltecimiento o propaganda con dicha finalidad (Artículo 4 de la *Legge 20 giugno 1952*); el código penal francés, en el artículo R645-1, igualmente le reconoce la calidad de delito la “*muestra o exhibición de cualquier uniforme, insignia o emblema*” alusivas a organizaciones que hayan sido declaradas como ilegales con fundamento en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional –como el partido nazi–⁴; en tanto que los artículos 86 y 86a del código penal alemán, castiga los actos de propaganda de organizaciones anticonstitucionales –como el partido nazi–, así como la exhibición de símbolos, alusivos a estas, tales como banderas o realizar públicamente el saludo nazi.

⁴ El artículo 9º de este Estatuto del Tribunal de Núremberg (1945) prescribía:

Artículo 9

En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal.

Una vez recibido el Escrito de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que estime convenientes si estima que la acusación pretende que el Tribunal haga tal declaración, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal permiso para ser oído por el mismo respecto de la cuestión de la naturaleza criminal de la organización.

El Tribunal estará facultado para acceder a la petición o denegarla. En caso de acceder, el Tribunal podrá indicar la forma en que serán representados y oídos los solicitantes.

De otro lado, la legislación española, si bien no proscribiera expresamente el antisemitismo, el fascismo o nazismo, como prácticas o ideologías, castiga con penas de prisión y multa la promoción o incitación pública, directa o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia. (Art. 510 del código penal). Asimismo, en el artículo 61 de la ley 29 del 22 de septiembre de 2011 sobre el *Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo*, relativo a la *defensa del honor y la dignidad de las víctimas*, el Estado español prohíbe la exhibición pública de monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas, individual o colectivo del terrorismo, de los terroristas o de las organizaciones terroristas, así como la celebración pública de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas o de los familiares de estas.

En el caso colombiano, no existe disposición legal alguna que proscriba específicamente actos de esta naturaleza, aunque debe anotarse como precedente la tipificación de la *apología del genocidio*, que se hace en el artículo 102 de la ley 599 de 2000 –entendida como la difusión, por cualquier medio, de ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas –.

Ahora bien, lo previsto en los artículos 4º y 25 de la ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, puede ser tenido como base axiológica suficiente para proscribir manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas

al margen la ley, en la medida en que reconoce el derecho de las víctimas a ser tratadas *con consideración y respeto* a su integridad y honra⁵, y a ser reparadas integralmente, lo que involucra las garantías de no repetición, en sus dimensiones *individual, colectiva, material, moral y simbólica*⁶.

El presente proyecto, en consideración del deber de defensa y protección de la dignidad y honra de las víctimas de graves crímenes que le asiste al Estado colombiano, y especialmente al derecho de estas a no ser revictimizadas o expuestas a situaciones que entrañen la negación de los hechos victimizantes y de la responsabilidad de las personas sancionadas por los mismos, pretende prohibir en forma expresa la celebración pública de actos de conmemoración o exaltación de los victimarios o de las organizaciones armadas ilegales, aún después de su desestructuración.

El proyecto, como más adelante se explica con mayor rigor, igualmente parte por reconocer los actos proscritos como atentatorios o lesivos de la convivencia ciudadana y la moralidad pública, por lo que procura una modificación del

⁵ARTÍCULO 4°. DIGNIDAD. *El fundamento axiológico de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas. Las víctimas serán tratadas con consideración y respeto, participarán en las decisiones que las afecten, para lo cual contarán con información, asesoría y acompañamiento necesario y obtendrán la tutela efectiva de sus derechos en virtud del mandato constitucional, deber positivo y principio de la dignidad. El Estado se compromete a adelantar prioritariamente acciones encaminadas al fortalecimiento de la autonomía de las víctimas para que las medidas de atención, asistencia y reparación establecidas en la presente ley, contribuyan a recuperarlas como ciudadanos en ejercicio pleno de sus derechos y deberes.*

⁶ARTÍCULO 25. DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL. *Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.*

Código Nacional de Policía y Convivencia vigente, ley 1801 de 2016, en sentido de reconocerlas dicha calidad y habilitar la aplicación de los consecuentes correctivos policivos, sin perjuicio de que las mismas puedan adecuarse a descripciones típicas del Código Penal vigente.

2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

2.1. De las víctimas de graves crímenes en Colombia

En Colombia, las víctimas del terrorismo y otras violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario están amparadas por las siguientes normas: Ley 1448 de 2011, Convenio 169 de la OIT, la ley 21 de 1991, Ley 387 de 1997, Ley 418 de 1997 (convivencia y justicia), Decreto 1290 de 2008 (reparación individual), y la Ley 975 de 2005 (justicia y paz), pero ninguna proscribía las manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas al margen la ley.

De acuerdo con cifras oficiales en Colombia entre 1958 y 2012 el conflicto armado ha ocasionado la muerte de por lo menos 220.000 personas. Así mismo al 31 de marzo del 2013 el Registro Único de Víctimas – RUV1 – de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas reportó que 166.069 civiles fueron víctimas fatales del conflicto armado desde 1985 hasta esa fecha (2017).

Sin embargo, este balance es parcial debido a que el marco legal solo reconoce a las víctimas a partir del 1º de enero de 1985, lo que excluye a 11.238 víctimas documentadas en la base de datos del Grupo de Memoria Histórica entre 1958 y

1984. Así mismo, es importante señalar que en el RUV no están incluidos los combatientes muertos en las acciones bélicas.

Cifras del GMH, indican que entre 1958 y 2012, murieron 40.787 combatientes y de estas muertes el 81,5% corresponde a civiles y el 18,5% a combatientes; es decir que aproximadamente ocho de cada diez muertos han sido civiles, y que, por lo tanto, son ellos – personas no combatientes, según el Derecho Internacional Humanitario – los más afectados por la violencia.

Según el subregistro que, proyectado a la totalidad de casos documentados por el GMH entre 1985 y 2012 (36.674 civiles muertos), evidencia un total de, por lo menos, 31.500 casos que deberían ser verificados y validados para su inclusión en el RUV.

Al 31 de marzo del 2013, el RUV reportó 25.007 desaparecidos, 1.754 víctimas de violencia sexual, 6.421 niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados, y 4.744.046 personas desplazadas.

De acuerdo con el GMH reporta 27.023 secuestros asociados con el conflicto armado entre 1970 y 2010.

De otra parte el Programa Presidencial de Atención Integral contra Minas Antipersonal (PAICMA) reporta 10.189 víctimas de minas antipersonal entre 1982 y 2012.

El fenómeno del desplazamiento según proyecciones de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – Codhes, indican que para el periodo 1985-1995 estiman que 819.510 personas fueron desplazadas como consecuencia del conflicto armado. La cifra de desplazados podría acercarse a las 5.700.000 personas, lo que equivaldría a un 15% del total de la población colombiana.

Los documentos de memoria histórica indican que de las 1.982 masacres¹² documentadas por el GMH entre 1980 y 2012,¹³ los grupos paramilitares perpetraron 1.166, es decir el 58,9% de ellas. Las guerrillas fueron responsables de 343 y la Fuerza Pública de 158, lo que equivale al 17,3% y 7,9% respectivamente. Por otra parte, 295 masacres, equivalentes al 14,8% del total, fueron cometidas por grupos armados cuya identidad no se pudo esclarecer.¹⁴ Las veinte masacres restantes corresponden a acciones conjuntas de grupos paramilitares y miembros de la Fuerza Pública, o a acciones de otros grupos armados (agente extranjero¹⁵ o milicias populares). Esto significa que, aproximadamente, por cada masacre que perpetraron los grupos guerrilleros, los paramilitares efectuaron tres.

Sobre este fenómeno del secuestro, de los 27.023 secuestros reportados entre 1970 y 2010,¹⁹ las guerrillas son autoras de 24.482, lo que equivale al 90,6%. Los paramilitares han realizado 2.541 secuestros, correspondientes al 9,4%.

El Registro Nacional de Desaparecidos reportó al mes de noviembre del 2011, 50.891 casos, de los cuales se presume que 16.907 corresponden a desapariciones forzadas, mientras que el RUV registra 25.007 personas desaparecidas forzosamente como producto del conflicto armado.

De acuerdo con la información provista por Cifras & Conceptos para el GMH, entre 1970 y 2010 se registraron en Colombia 27.02379 secuestros asociados con el conflicto armado. Otros 9.568 más perpetrados por la criminalidad organizada; 1962, por otros autores; y de otros 500 no se conoce a los responsables.

Fue entre los años de 1996 y el 2002, cuando el secuestro alcanzó los niveles más altos en la historia del conflicto armado en Colombia, pues se perpetraron 16

veces más secuestros que en los periodos anteriores. Las FARC se convirtieron en los principales perpetradores con 8.578 secuestros, seguidos por el ELN con 7.108 y otras guerrillas con 354.

Otro capítulo de la historia que ha dejado miles de víctimas son las minas antipersona; de 861 víctimas entre 1990 y 1999, se pasa a 5.113 entre 2000 y 2006, y 4.152 entre 2007 y 2012.

Según los registros oficiales, la letalidad de las minas antipersonal, por lo menos en el caso colombiano, es comparativamente menor respecto a otras modalidades de violencia: ha dejado 8.070 lesionados y 2.119 muertos. (Programa Presidencial de Acción Integral contra las Minas Antipersonal, consultado el 8 de junio del 2013)

El Grupo de Memoria Histórica documentó 95 atentados terroristas en el conflicto armado entre 1988 y el 2012, con un total de 223 víctimas fatales y 1.343 heridos. De los 95 casos, 77 fueron perpetrados por las guerrillas (principalmente las FARC, con 55, y el ELN, con 12), 16 por grupos armados no identificados y 2 por autodefensas ilegales.⁷

2.2. Deber del Estado y derecho de las víctimas de graves de delitos a la memoria histórica.

Pierre Nora, quizá el más sobresaliente precursor de la expresión “*memoria histórica*”, en cita de Eduardo Porrás Mendoza, explica en forma excepcional la relación entre los dos términos que la componen (memoria e historia). Para Nora, la integración de términos en apariencia incompatibles, da por resultado una expresión que alude, tanto a la subjetividad de quien ha sido protagonista

⁷Cifras tomadas del Informe “Basta Ya” Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad

de determinadas vivencias, como al ejercicio intelectual de reconstrucción intersubjetiva de lo ocurrido en el pasado a partir del análisis, interrelación y comparación de los “rastros” disponibles.

Memoria e historia funcionan en dos registros radicalmente diferentes, aun cuando es evidente que ambas tienen relaciones estrechas y que la historia se apoya, nace de la memoria. La memoria es el recuerdo de un pasado vivido o imaginado. Por esa razón, la memoria siempre es portada por grupos de seres vivos que experimentaron los hechos o creen haberlo hecho. La memoria, por naturaleza, es afectiva, emotiva, abierta a todas las transformaciones, inconsciente de sus sucesivas transformaciones, vulnerable a toda manipulación, susceptible de permanecer latente durante largos períodos y de bruscos despertares. La memoria es siempre un fenómeno colectivo, aunque sea psicológicamente vivida como individual. Por el contrario, la historia es una construcción siempre problemática e incompleta de aquello que ha dejado de existir, pero que dejó rastros. A partir de esos rastros, controlados, entrecruzados, comparados, el historiador trata de reconstituir lo que pudo pasar y, sobre todo, integrar esos hechos en un conjunto explicativo. La memoria depende en gran parte de lo mágico y sólo acepta las informaciones que le convienen. La historia, por el contrario, es una operación puramente intelectual, laica, que exige un análisis y un discurso críticos. La historia permanece; la memoria va demasiado rápido. La historia reúne; la memoria divide.⁸

En tal sentido, *Memoria e historia* se acoplan para aludir a los esfuerzos que las sociedades humanas llevan a cabo con el propósito de rehacer, registrar y socializar con las siguientes generaciones su pasado. La preservación y transferencia intergeneracional de específicas vivencias deviene en factor individualizador y cohesionador de las sociedades.

Ahora bien, las atrocidades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial y, concretamente, la necesidad colectiva de asegurar que en el futuro no se repitieran, así como conmemorar perennemente a sus víctimas, explican los ingentes esfuerzos llevados a cabo para registrarlos una vez cesada la conflagración. De otro lado, alrededor del mundo, diversos Estados, de tradiciones jurídicas disímiles, han incorporado a sus ordenamientos

⁸ PORRAS MENDOZA, Eduardo. *La odisea de la Historia en tiempos de memoria: entre los cantos de sirenas y el manto de Penélope*. Revista Historia y Memoria. Julio-Diciembre, Año 2014, Tunja, Colombia. Páginas 21-56. Página 27.

normativos disposiciones que proscriben la evocación y exaltación de los regímenes represivos que los patrocinaron y a sus perpetradores, al tiempo que reconocen la dimensión de los crímenes y procuran su no repetición.

La generación de conciencia colectiva entorno a situaciones que desestabilizan la convivencia de las naciones y representan una amenaza a la comunidad humana, como especie, ha evolucionado hasta nuestros días en un deber de los Estados democráticos de llevar a cabo acciones por preservar y transferir la información sobre este tipo de situaciones; de ahí que, en la actualidad, se tienda a asociar exclusivamente dicho término con un pasado de atrocidades.

En Colombia, el artículo 143 de la Ley 1448 de 2011 alude al *Deber de Memoria del Estado*, que se traduce “en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones..., puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.”-Sic— En estos términos, el Estado colombiano está en la obligación de llevar a cabo e incentivar acciones sociales que tengan estos fines, con un doble propósito: (i) Servir de tributo o reconocimiento a las víctimas de los graves de los crímenes, y (ii) hacer las veces de garantía de no repetición.

Ahora bien, la memoria histórica, en relación con contextos de violencia generalizada y sistemática, tiene una dimensión adicional: constituye un *derecho de las víctimas a ser reconocidas como tales y dignificadas* a través de del registro de los crímenes sufridos.

La Corte Constitucional, en sentencia T-653 de 2012, afirmó en este sentido que,

El derecho a la memoria ha sido estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclarando su alcance. En su jurisprudencia –como en el caso de los 19 Comerciantes- ha ordenado a los Estados adoptar medidas para la preservación de la

memoria de las víctimas como parte de la reparación y también ha ordenado medidas para la preservación de la memoria histórica. La Corte Interamericana ha distinguido esas dos dimensiones del derecho: por un lado, aquella cuya finalidad es contribuir a resarcir a los individuos afectados con la violación de los derechos humanos y, por otro, la que busca la no repetición de tales violaciones. Hay, entonces, un aspecto individual y otro colectivo de este derecho. Esta diferencia quedó establecida claramente, por ejemplo, en el caso Anzualdo Castro vs. Perú, en el que consideró que la construcción del Museo de la Memoria, si bien era significativa en la edificación de la memoria histórica y como medida de no repetición, no lo era como medida individual de satisfacción y se ordenaron otras de carácter individual. En su dimensión colectiva, el ejercicio de la confrontación con el pasado debe estar llamado a superar memorias generales irracionales que justifican actos contrarios a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Debe contribuir a salvar tópicos como “algo habrán hecho” o “fue legítimo en medio de esta guerra”, en los cuales las víctimas terminan siendo culpables de su propia desgracia o, en el mejor de los casos, efectos colaterales que se justifican en el contexto del conflicto. Por otro lado, la memoria de la víctima debe servir para evitar, parafraseando a Theodor Adorno, que los muertos hayan de ser también timados en lo único que nuestra inconciencia les puede regalar: la memoria. Ante los graves hechos generados por la violación de derechos humanos, una parte de la reparación debe consistir en que a las víctimas se les reconozca como tal; en su individualidad no deben pasar a la posteridad como perpetradores sino como receptores de graves ofensas, personas inocentes que perdieron su vida, sus familias, sus tierras o sus proyectos de vida por cuenta del injusto trato de otros.

La memoria histórica, bajo este entendido bidimensional, entraña para el Estado obligaciones de hacer a favor de la promoción y protección de la dignidad de las víctimas, entre las que se cuentan, evidentemente, las que tengan por finalidad prevenir manifestaciones apologeticas como las que se buscan proscribir con el presente proyecto de ley, teniendo por sabido que las mismas conllevan la negación de los crímenes y la consecuente invisibilización de los afectados. En este punto surge evidente la tensión entre el derecho de las víctimas –y el correlativo deber del Estado de protección– con la libertad de expresión de quienes llevan a cabo estas reprochables acciones, la que debe resolverse en favor de las primeras, como pasa a explicarse.

2.3. Derechos de las Víctimas de graves crímenes.

El Derecho Internacional y el doméstico, así como la jurisprudencia y pronunciamientos de organismos de protección de los Derechos Humanos y de tribunales nacionales, han desarrollado un robusto y bien definido marco regulatorio de los derechos de las víctimas de crímenes, en relación con la *verdad, la justicia, la reparación y la no repetición*.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, en desarrollo de la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los distintos Pactos y Protocolos sobre la misma materia, se han aprobado diferentes instrumentos jurídicos que afirman la importancia de las víctimas en el seno de la comunidad de naciones y propenden por la defensa y promoción de sus derechos, como compromiso de los Estados.

En primer lugar, la ya comentada Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas, es clara en afincar los principios que desarrolla –como herramientas para que los Estados cumplan de mejor manera sus obligaciones frente a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario– en el deber de la comunidad internacional en procurar el respeto de la dignidad de este grupo poblacional.

al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia,

(...)

Recordando las disposiciones que reconocen el derecho a un recurso a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos, disposiciones que figuran en numerosos instrumentos internacionales, en particular el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 2, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como a las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario, disposiciones que figuran en el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV), en el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977, y en los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,⁹

La Resolución da cuenta del conjunto de instrumentos internacionales que contienen y desarrollan el compromiso de protección que les compete a los Estados. De esta manera, empieza por describir el alcance de lo que denomina *Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario:*

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de:

- a) Los tratados en los que un Estado sea parte;*
- b) El derecho internacional consuetudinario;*
- c) El derecho interno de cada Estado.*

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

- a) Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;*
- b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;*
- c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación; (Subrayado fuera de texto)*

⁹ Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, sobre *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.*

d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

II. Alcance de la obligación

3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

(...)

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante.

Concretamente, en lo que respecta al tratamiento debido a las víctimas de estos crímenes, esta Resolución es clara en afirmar como base de ello *la humanidad y respeto de su dignidad*. Esto representa para los Estados obligaciones protección de amplio espectro, que abarquen el ámbito multidimensional de desarrollo y de vida de las víctimas.

VI. Tratamiento de las víctimas

10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

Como bien es sabido, uno de los derechos de las víctimas corresponde al de recibir una *reparación integral*, en virtud del cual, según este mismo instrumento, pueden demandar, entre otros aspectos, de sus Estados la *satisfacción*, que enmarca:

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.(Subrayado fuera de texto)

Lo anterior, viene a servir de fundamento conceptual y jurídico al aludido deber de *memoria* que le corresponde al Estado, como mecanismo de reparación y garantía de no repetición de los crímenes, delo que ya se comentó en el punto anterior. En el entendido de la Resolución transcrita, el Estado está en la obligación de llevar a cabo actos de conmemoración y honores a las personas que estén en tal condición; luego, como contracara de este deber específico, a sus autoridades les corresponderá abstenerse y adoptar medidas de distinta naturaleza para prevenir y sancionar acciones que desconozcan los hechos, justifiquen a sus victimarios o contengan mensajes, explícitos o implícitos, de apología al crimen o atenten contra la dignidad de las víctimas.

En sentencia C-344/17, la Corte Constitucional insistió en su propia jurisprudencia y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre

el alcance de los derechos de las víctimas, y concretamente de la reparación integral. Para el Tribunal constitucional, las víctimas tienen derecho, entre múltiples compensaciones, a la *satisfacción*, materializada en medidas *simbólicas reivindicatorias de su memoria y su dignidad*. Por su puesto, ello no se limita a pedidos de perdón y a actos de reconocimiento público, sino además al deber del Estado de preservar y defender su buen nombre y honra; en términos de la Corte:

Ha sostenido la Corte que la reparación involucra distintos componentes: “Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: (1) la restitución plena, que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se incluye la restitución de las tierras usurpadas o despojadas a las víctimas. De no ser posible tal restablecimiento pleno, es procedente (2) la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado. Pero además de éstas, la reparación integral incluye otras medidas como (3) la rehabilitación por el daño causado, mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para esos fines; (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; al igual que (5) garantías de no repetición, para asegurar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan”.

Como ya se ha dicho, este proyecto parte por considerar como afectaciones, graves e injustificadas, a la memoria y la dignidad de las víctimas, las conmemoraciones y exaltaciones públicas a favor de sus victimarios, por lo que concibe como un deber inaplazable del legislativo la incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones que tengan por finalidad la prohibición de este tipo de actos.

2.4. La libertad de Expresión: *Contenido y alcance.*

La libertad de expresión constituye una prerrogativa fundamental, imprescriptible e inalienable que constituye pilar básico de los modelos de Estado democráticos, cuyo contenido y alcance ha sido objeto de regulaciones en el ámbito internacional y nacional, siendo objeto de recurrentes pronunciamientos por organismos de protección, universal y regionales.

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prescribe que *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.* Dicho mandato, guarda estrecha relación con el contenido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero en el que se precisa que dicha libertad no tiene contenido absoluto ni alcance ilimitado, dado que *entraña deberes y responsabilidades especiales:*

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad 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.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

De esta manera, este derecho implica una libertad relativizada por aspectos asociados a la reputación de las personas y a valores asociados a convivencia ciudadana, sin que ello, *per se*, habilite la imposición de restricciones que no respondan a criterios de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*.

Estas mismas previsiones han sido retomadas en instrumentos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero de estos Tratados, alindera el espectro de esta Libertad a partir de valores como *la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral*, así como de *la reputación o derechos ajenos*; en similares términos a los empleados por el Pacto, esta Convención precisa que la libertad de expresión constituye un derecho que entraña deberes y responsabilidades correlativas.

Artículo 10. Libertad de expresión

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.(Subrayado fuera de texto)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰ en su artículo 11 reafirma el derecho a la libertad de expresión e información, anunciaba las medidas para asegurar la garantía de los derechos enunciados previamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; es así como en el artículo 10 del Título Primero sobre derechos y libertades, proclama el mencionado derecho a la libre expresión¹¹ pero en su artículo 10.1 señala las restricciones de las que puede ser objeto este derecho “incidiendo, eso sí, en que las medidas – previstas por la ley- que limiten la libertad de expresión deberán resultar necesarias, en una sociedad democrática”¹².

Sobre el tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión, expresando que no se trata de un derecho absoluto, por lo que tiene restricciones en casos de protección de derechos a terceros como en “*Garaudi V. France*” del 24 de junio de 2003, donde se discutía la negación del Holocausto en un libro, lo que violaba preceptos enmarcados en la convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En Seguridad Nacional el TEDH ha admitido la restricción a la libertad de expresión en cuanto a conductas calificadas como de apología y exaltación al terrorismo como ocurrió en el caso “*Hogefeld V. Germany*”¹³

¹⁰ Recoge en la legislación de la Unión Europea (UE) un conjunto de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>

¹¹ Toda persona tiene derecho a la libertad 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.: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/libertad-de-expresion/>

¹²La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo. Por: Enara Garro Carrera- Investigadora Juan de la Cierva, Universidad del País Vasco

¹³Se secuestró algunas entrevistas a un miembro de la RAF (Rote Arme Fraktion) como medida para evitar el reclutamiento de miembros y seguidores de estos grupos.

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana prevé la posibilidad de restricciones de naturaleza legal, siempre que sean necesarias para asegurar: (i) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*, o (ii) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*. Esta disposición internacional, mucho más explícita que las ya referidas, hace especial énfasis en la prohibición de la apología a la violencia o actos de odio.

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.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido numerosos fallos en los que ha delimitado el espectro práctico de este derecho, estableciendo correlativos límites al poder regulatorio de los Estados; entre las más importantes de estas providencias en los siguientes casos: (i) *La Última Tentación*

de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 2001; (ii) Ivcher Bronstein Vs. Perú, 2001; (iii) Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; (iv) Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; (v) Palamara Iribarne vs. Chile, 2005; (vi) Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006; (vii) Kimel vs Argentina, 2008; (viii) Tristán Donoso vs. Panamá, 2009; (ix) Ríos y otros vs. Venezuela, 2009; (x) Perozo y otros vs. Venezuela, 2009.

La configuración y alcance de la libertad de expresión ha dado lugar a que en diferentes ordenamientos jurídicos, esencialmente penales, se hayan incorporados cláusulas restrictivas que sancionan actos públicos de apología.

En España, la Ley Orgánica 10 de 1995 del Código Penal y de la Ley Orgánica 5 de 2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, incorporó en el Código Penal el delito de enaltecimiento, en el artículo 578 que dice: “*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”.

Señalando de esta manera una efectiva defensa a las víctimas que verían vulnerados sus derechos ante la apología u homenajes a sus victimarios.

En otras naciones como Alemania la legislación interna no permite las consignas nazis ni la exhibición de sus símbolos y, menos, afirmaciones favorables a Hitler o al nazismo en medios de comunicación. En otros términos como lo veremos, la apología del genocidio y su negación también están castigadas por ley.

A propósito, el Código Penal alemán, en su artículo 86 establece la prohibición de exaltación, propaganda o divulgación de organizaciones contrarias a derecho, de la siguiente manera:

"Quien distribuya en el interior medios de propaganda [de organizaciones anticonstitucionales o asociaciones que se dirijan "contra los principios del entendimiento de los pueblos"] o los produzca para su divulgación en el país o en el exterior; los tenga disponibles, los introduzca o los exporte, o los haga accesibles públicamente en archivos de datos electrónicos (...) será castigado con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa".

En Italia el Código Penal castiga "la denominada propaganda referida al régimen fascista y nazi" y "la simbología y gestualidad del partido fascista y del partido nacionalsocialista alemán y sus relativas ideologías", con hasta dos años de cárcel; haciendo una clara defensa a la memoria de las víctimas de los regímenes que tantas muertes causaron.¹⁴

En Colombia, de acuerdo con lo dicho en la introducción de esta exposición motiva, el artículo 102 del Código Penal vigente sanciona la apología al genocidio, aunado a la tipificación de conductas lesivas a la honra y buen nombre de las personas, como la *injuria* y la *calumnia*. Este marco normativo, ha dado lugar a abundante jurisprudencia constitucional, que en sede de tutela – fundamentalmente – ha dejado claro que el ejercicio de esta libertad está limitado por valores democráticos específicos, entre los que se puede contar la dignidad y memoria de las víctimas de graves crímenes.

¹⁴ Hasta la inclusión del artículo 293 bis en el Código Penal, que endureció en 2017 las penas para los transgresores de las normas y recoge ahora castigos de hasta cuatro años de prisión para los delitos de "apología del fascismo" y "reconstrucción del partido fascista".: https://www.huffingtonpost.es/2018/07/26/la-excepcion-franquista-por-que-lo-impensable-en-alemania-e-italia-todavia-es-posible-en-espana_a_23490351/

2.5. Los derechos de las víctimas como factor limitador de la libre expresión.

Aunque la Constitución Política protege el derecho fundamental de la persona a la libertad de expresión y pensamiento en el artículo 20, igualmente es explícita en destacar el contenido social de este derecho, lo que supone en sí misma una autorización para establecer límites que sean necesarios, y resulten ser proporcionales y razonables en función del fin perseguido.

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”.

La configuración de esta disposición constitucional resulta compatible con la normatividad internacional referida en el punto anterior, y es en virtud de estos que debe ser entendida y aplicada.

La Corte Constitucional ha expresado, a propósito, *“Por su parte, de la libertad de expresión se exige que diferencie hechos de opiniones, y en la medida en que incluya supuestos fácticos equivocados o falsos, puede ser sometida a rectificación. También se encuentran prohibidas las apologías al racismo, al odio, a la guerra, y la pornografía infantil. Con todo, ambas libertades deben ejercerse responsablemente, pues no pueden irrespetar los derechos de los demás”*¹⁵

Esta misma Corte ha reconocido que la libertad de expresión pudiera verse limitada con *“las causales que, de conformidad con los tratados internacionales que obligan a Colombia, podrían eventualmente justificar limitar la libertad de expresión en casos concretos, a saber: la preservación de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos de los demás. Estos componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva.*

¹⁵Sentencia T-243/2018 Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-243-18.htm>

Ello implica que el interés público ha de materializarse en un interés puntualmente definido para evitar que categorías de interés público demasiado amplias terminen por erosionar la libertad de expresión”¹⁶

En reiteradas providencias, de constitucionalidad y de tutela, la Corte ha desvirtuado la presunción de cobertura Constitucional de la libertad de expresión en cuatro casos: (i) la propaganda en favor de la guerra; (ii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (iii) la pornografía infantil; y (iv) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Lo anterior evidencia que constitucionalmente si es posible limitar el derecho a la libre expresión en defensa a las víctimas, que no tendrían porqué ser objeto de revictimización con manifestaciones públicas de exaltación o conmemoración de personas sancionadas por violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, narcotráfico o terrorismo, así como a las organizaciones armadas al margen la ley.

Como lo señaló la Corte en la sentencia T-391 de 2007, considerada como hito en la jurisprudencia: *“La libertad de expresión, a semejanza de los demás derechos, no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión stricto sensu, libertad de información o libertad de prensa); puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros*

¹⁶ Sentencia /T-391-07

derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto. Sin embargo, como se ha enfatizado en los apartes precedentes, el carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales – la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura”

De conformidad con dicho precedente, una de las justificaciones más obvias para limitar la libertad de expresión, se da ante la posibilidad de que ese derecho pueda llegar a entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas, que son objeto de protección constitucional.

En términos de la misma providencia,

“El conflicto que se puede suscitar entre el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones y la preservación del orden público ha dado lugar a importantes líneas jurisprudenciales en el derecho comparado, que son pertinentes en tanto herramientas para la delimitación de las posibles circunstancias en que se puede invocar una necesidad de orden público para limitar la libertad de expresión. A modo de ejemplo, se pueden citar las categorías jurisprudenciales de “incitación”, “palabras agresivas” y “audiencias hostiles”, y los casos –particularmente estudiados por la Corte Europea de Derechos Humanos- de limitaciones de la libertad de expresión ante amenazas presentes y claras o actos de terrorismo.”¹⁷

Ahora bien, en criterio del Tribunal Constitucional las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como la que pretende incorporarse al ordenamiento jurídico nacional por vía de esta iniciativa legislativa, necesariamente deben satisfacer criterios de proporcionalidad, además de ser necesarias y razonables

¹⁷Corte Constitucional, Sentencia T-391-07

en relación con el fin propuesto (la defensa y respeto de la dignidad de las víctimas de graves crímenes).

El juicio de proporcionalidad consta de distintas etapas, cuya aplicación en cada caso depende de la intensidad, habiendo sido señalado por la Corte que el juicio puede ser leve, intermedio o estricto, de acuerdo con la materia de que se trate, y que el grado de severidad del juicio determina cuáles etapas del mismo deben ser examinadas. Ha dicho la Corte que cuando la aplicación del juicio es leve es suficiente con establecer que el fin propuesto por la norma se ajusta a la Constitución y es apto para lograr el fin propuesto. También ha indicado que el test intermedio es más exigente, por cuanto en este caso debe corroborarse que la medida, además de ser legítima y apta, es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto. Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que cuando el juicio es estricto, también se debe estudiar si la norma es necesaria y estrictamente proporcional. En cuanto a los pasos, la Corte ha establecido que se debe establecer: (i) si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales – en una relación de costo – beneficio.¹⁸

Aun aplicando el *test o juicio estricto* de proporcionalidad a fin de determinar la constitucionalidad de la iniciativa, se obtienen resultados favorables a la misma en cuanto que: (i) el fin que persigue resulta legítimo desde el punto de vista constitucional, en razón a que pretende la defensa de la dignidad y los derechos de las víctimas de graves crímenes (Artículo 4º CP), reafirmar el deber de memoria del Estado, a partir de la reconocida primacía de los derechos de las víctimas¹⁹ y el marco de obligaciones internacionales que condicionan la actividad estatal; (ii) la proscripción legal y el establecimiento de correctivos de carácter administrativo de actos públicos de conmemoración o exaltación de personas judicialmente declaradas como responsables de los crímenes a los que alude el artículo 1º y 2º del proyecto, resulta adecuada al fin que se propone dada su compatibilidad con la normatividad internacional y nacional, y sus

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-417/09

¹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-595/13 y C-180/14.

desarrollos jurisprudenciales, que regulan el deber y el derecho a la memoria y a la necesidad de la sociedad de desincentivar actos apologéticos que afectan la dignidad de las víctimas de graves crímenes y, en último término, la convivencia y la reconciliación nacional; (iii) del espectro amplio de mecanismos de corrección o control social de que dispone el Estado, la iniciativa recurre a medidas administrativas de naturaleza policiva, por considerar que el empleo del derecho penal en las situaciones o contextos a los que alude resultarían excesivas o demasiado lesivas a otros derechos; y finalmente, (iv) la restricción de la libertad de expresión en los casos de que trata el proyecto, se justifica en el cumplimiento deberes estatales de rango convencional y constitucional, la supremacía de los derechos de las víctimas de este tipo de crímenes y al propósito social de preservar la memoria histórica de un país flagelado por décadas de violencia y subculturas de ilegalidad que merecen el reproche intergeneracional. Bajo estas específicas condiciones de tensión de derechos, la restricción de ciertas libertades resulta ser menos onerosa en relación con los fines propuestos y el contenido de los demás derechos fundamentales que pretende preservar y promocionar.

3. ALCANCE Y JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO.

Conforme lo previsto en el artículo 1º del presente proyecto de ley, esta iniciativa tiene por objeto promover el respeto y defensa de la dignidad y la memoria de las víctimas al Derecho Internacional de los Derechos Humanitario, narcotráfico y actos terroristas, mediante la prohibición de conmemoraciones públicas a sus victimarios. El proyecto refiere, de esta manera, a las víctimas de los delitos más graves, sin que ello enerve el derecho de quienes han sufrido

cualquier otra clase delitos, a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

El proyecto consta de siete (7) artículos, incluido el relativo a la vigencia de la norma, mediante los cuales se adoptan medidas para prevenir y sancionar administrativamente los actos o conmemoraciones públicas a favor de organizaciones armadas al margen de la ley, aún después de su desestructuración, y a las personas sancionadas por los mencionados delitos.

Apoyando en el deber del Estado de promover y proteger la memoria histórica y de llevar a cabo acciones tendientes a la defensa de la dignidad de las víctimas de estos delitos, como parte de compromisos internacionales reconocidos mediante la ratificación de Tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la iniciativa busca incorporar al ordenamiento nacional una prohibición expresa a la celebración de tales actos, por considerarlos atentatorios de la honra de este grupo poblacional de especial protección, de la convivencia ciudadana y la moralidad pública.

Como fue ampliamente expuesto en precedencia, el Estado y sus autoridades tienen la obligación de adoptar mecanismos de prevención y sanción de conductas que entrañen una negación de los crímenes cometidos o la conmemoración de sus perpetradores, comoquiera que suponen un acto de invisibilización y desconocimiento de la dignidad de las víctimas.

Situaciones como la apertura al público de una *casamuseo* para conmemorar la memoria del narcotraficante de Pablo Escobar²⁰ en la ciudad de Medellín, o los homenajes públicos a condenados por violaciones a los derechos humanos y de

²⁰ <https://www.semana.com/nacion/articulo/museo-de-pablo-escobar-en-medellin-fue-cerrado-por-inclumplir-normas-turisticas/583735>

infracciones al derecho internacional humanitario, como Pedro Antonio Marín (alias Tiro Fijo), Guillermo León Saénz Vargas (Alias Alfonso Cano)²¹ o a Víctor Julio Suárez Rojas (alias Mono Jojoy)²², al igual que la realización de actos proselitistas o apologéticas como la exhibición de emblemas alusivos a grupos armados al margen de la ley, merecen un especial reproche por el ordenamiento jurídico y la sociedad nacional. El paso del tiempo no puede terminar desdibujando las responsabilidades de quienes han sido declarados judicialmente como responsables de crímenes que afectan gravemente la estabilidad y el orden público interno, ni mucho menos constituir un acto de desprecio implícito a sus inocentes víctimas.

La necesidad de preservar la memoria del país, de sus tragedias y sus logros, debe convocar los esfuerzos de la sociedad civil y de las autoridades públicas para actuar con firmeza y determinación frente a actos que deshonoran la memoria de los afectados, de modo que se inviertan los valores sociales y las responsabilidades históricas por la tragedia de la violencia que ha vivido el país durante varias décadas.

Concretamente, la etapa de transición seguida a la firma del acuerdo entre el Gobierno Nacional (2010-2018), y la necesidad de reconciliación no es suficiente razón para desconocer la realidad de nuestra tragedia como nación; la reconstrucción del tejido social raído por la multiplicidad y atrocidad de los actores armados extintos o que hoy buscan incorporarse a la legalidad, demanda la preservación de la memoria y la dignificación de los afectados, por lo que en nada contribuye a este propósito la exaltación y evocación nostálgica de los criminales. En todo caso, lo previsto en esta iniciativa no tiene por

²¹ <https://www.elespectador.com/noticias/paz/con-salsa-y-un-documental-se-prepara-homenaje-alfonso-cano-exjefe-de-las-farc-articulo-721298>

²² http://caracol.com.co/radio/2017/09/22/politica/1506110533_795974.html

propósito desconocer los derechos jurídicos obtenidos por quienes se acogieron a dicho pacto político, sino establecer límites racionales, razonables y proporcionales a ciertas expresiones públicas, por lacerar la dignidad de sus víctimas y suponer un ejercicio de revisionismo histórico con el que se pretende invertir responsabilidades y justificar lo injustificable desde lo moral y lo jurídico.

Esta y las próximas generaciones de colombianos tienen la obligación de mantener vivo su pasado y las consecuencias de subculturas ilícitas que han afectado su identidad y su reputación como sociedad, con el fin de que el olvido no dé cabida a la reinvención de la criminalidad o el reencauche de prácticas criminales de las que, por lo menos en la actualidad, aún se tiene conciencia.

El conocimiento por un pueblo de la historia de su represión, pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que le incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas.

(Principio No.2, del *Derecho a Saber*. Consejo Económico y Social de la ONU,
Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997

De los Honorables Senadores,

PAOLA HOLGUÍN
Senadora de la República

JUAN ESPINAL
Representante a la Cámara