

T-015-15

Sentencia T-015/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

SUBORDINACION E INDEFENSION-Concepto

La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos. Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Lineamientos constitucionales para establecer si una persona se encuentra en estado de indefensión

Al delimitar el alcance conceptual de la indefensión como criterio para legitimar la tutela contra particulares, ha precisado la Corte que ésta “(...) no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)” .

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Caso en que a través de medios de divulgación, entre ellos

internet y red social Facebook, se presenta una propuesta artística denominada “Blanco Porcelana”, que incluye información e imágenes sobre episodios relevantes de la niñez y de la vida familiar de la artista

Las modalidades de divulgación utilizadas colocaron a los demandantes en una situación fáctica de indefensión frente a las demandadas, comoquiera que se trataba de medios de gran impacto y con un amplio espectro de difusión, respecto de los cuales las demandantes carecían de todo control. En efecto los demandantes no podían activar ningún mecanismo directo para que los objetos comunicativos que cuestionaban, por considerarlos una injerencia indebida en su vida privada, fuesen retirados de la red o de los espacios físicos en que fueron expuestos. Esta Corporación ha reconocido como una expresión de debilidad manifiesta constitutiva de estado de indefensión, la circunstancia fáctica de inferioridad que produce la divulgación de información u otras expresiones comunicativas, por medios que producen un amplio impacto social y que trasciende al entorno social en el que se desenvuelven los concernidos. Específicamente ha considerado que la divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook configura una situación fáctica de indefensión por cuanto la parte demandada tiene un poder amplio de disposición sobre estos objetos, así como el control de los medios de publicidad en que aparecen los mismos, en cuanto detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación.

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA FRENTE A PARTICULARES-Procedencia excepcional cuando existe indefensión

RACISMO EN COLOMBIA-Problema estructural con un fuerte arraigo social

OBJETIVOS Y FINALIDAD DEL PROYECTO BLANCO PORCELANA-Visibilizar el fenómeno del racismo encubierto y heredado

La finalidad del proyecto ‘Blanco Porcelana’ es la de visibilizar el fenómeno del racismo encubierto y heredado, que se encuentra sutilmente arraigado en la cotidianidad de las familias y las sociedades latinoamericanas. Para ello acude a una estrategia pedagógica que se construye a partir de una propuesta estética basada en la propia historia de una de las artistas demandadas, y que se orienta a provocar una reacción en el espectador la cual estará determinada por sus propias experiencias personales. La propuesta parte de la idea

que el primer peldaño en la lucha contra el problema del racismo encubierto es su denuncia, reconocimiento y visibilización.

DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-Prohíbe cualquier diferenciación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras

PROHIBICION DE DISCRIMINACION RACIAL-Protección constitucional e internacional

DERECHOS FUNDAMENTALES DE GRUPOS TRIBALES, AFROCOLOMBIANOS Y RAIZALES-Protección constitucional

LIBERTAD DE EXPRESION A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO-Alcance y contenido

La libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, se considera digna de ser protegida no sólo por su valor intrínseco, sino debido a que constituye un medio para el logro de otras finalidades valiosas. Así, la libre circulación de ideas y opiniones favorece la búsqueda del conocimiento y es condición de existencia de una sociedad pluralista donde puedan coexistir diversas concepciones sobre lo correcto, lo bueno y lo bello. Adicionalmente, la libre expresión de pensamientos, opiniones y puntos de vista permite el desarrollo de la autonomía individual, al hacer posible que todas las personas puedan tener voz y someterse, ante todo, a su propio criterio al momento de decidir aquello que comunican a otros. Pero es sin duda, el estrecho vínculo entre libertad de expresión y democracia, el argumento que con mayor fuerza y frecuencia se esgrime para justificar la especial protección que se otorga a este derecho en el constitucionalismo contemporáneo.

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION Y DERECHO DE OPINION-Diferencias

La jurisprudencia de esta Corte ha llamado la atención sobre las diferencias existentes entre las libertades de opinión y de información, en tanto cada una de ellas recae sobre un objeto diverso y, por tal razón, están sometidas a límites también diferenciables. Mientras la libertad de opinión, protege “la transmisión de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa”, la libertad de información ampara “la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos,

funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo”. Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido. Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado. Tal exigencia, está ligada a un aspecto fundamental, y es que en el caso de la libertad de información no sólo está involucrado el derecho de quien transmite, sino el de los receptores de la información, los cuales, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 20 constitucional, tienen derecho a que se proteja la veracidad e imparcialidad de la información que reciben

PRESUNCION CONSTITUCIONAL A FAVOR DE LA LIBERTAD DE EXPRESION-Contenido

El lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario.

EXPRESION ARTISTICA-Importancia y protección

Ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte que las expresiones artísticas son discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Las expresiones artísticas, cualquiera que sea la técnica utilizada, constituyen el “medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, amparado en el artículo 16 Superior”. Por esta razón, subrayó la Corte

“la libertad para proyectar en objetos materiales una idea, en tanto pertenece a la esfera privada del individuo, es absoluta; dicha libertad se predica respecto del contenido, significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica”.

DERECHOS A LA INTIMIDAD, BUEN NOMBRE Y HONRA-Protección constitucional

Los derechos fundamentales a la intimidad, y a la honra y el buen nombre gozan de amplia protección constitucional. En este sentido, el artículo 15 de la Carta Fundamental reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, y establece expresamente el derecho de todas las personas a su buen nombre y el deber del Estado de respetar y hacer respetar esos derechos. Así mismo, en el ámbito internacional estas garantías se encuentran protegidas en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DERECHO A LA INTIMIDAD-Alcance y contenido

Ha sostenido la Corte que el área restringida que constituye la intimidad “solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley” y ha precisado que este derecho puede ser limitado únicamente por “razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”. En cuanto a los ámbitos que comprende el derecho a la intimidad la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad “involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses”.

DERECHO AL BUEN NOMBRE-Protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona

El derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen, por consiguiente para constatar una

eventual vulneración al buen nombre es preciso examinar el contenido de la información, y evaluar si es falsa o parcializada o si adjudica a determinadas personas actividades deshonrosas que le son ajenas. Para el mismo efecto resulta imprescindible establecer si las expresiones cuestionadas corresponden al ejercicio de la libertad de información o se inscriben en el ámbito de la libertad de opinión.

LIBERTAD DE EXPRESION ARTISTICA-El Proyecto “Blanco Porcelana” y la Cartilla “Un cuento de AdaS” creados por las artistas demandadas constituyen formas de comunicación protegidas por la Constitución

DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL BUEN NOMBRE FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESION ARTISTICA-No vulneración por cuanto el Proyecto “Blanco Porcelana” y la Cartilla “Un cuento de AdaS” forma parte del derecho a la libertad de expresión y de creación artística e intelectual de las autoras

Acción de tutela instaurada por Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, contra Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz.

Magistrado Ponente:

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y 54A del Acuerdo 05 de 1992, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos el 26 de abril de 2012 y el 30 de mayo de 2012, por los Juzgados Treinta y Seis Penal Municipal de Bogotá y Veintiséis Penal del Circuito de Bogotá, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos y la demanda

1.1. Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, instauraron acción de tutela en contra de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz, solicitando protección a sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, y al buen nombre.

1.2. Informan los solicitantes que el día 1° de noviembre de 2011, la señora Margarita Ariza Aguilar publicó en la red social facebook una cartilla con número de registro ISBN: 978-958-44-9421-4. Esta cartilla es uno de los medios utilizados en el proyecto “Blanco Porcelana”, elaborado por las demandantes, el cual se hizo acreedor al premio Portafolio de Estímulos 2011 en la categoría de Creación y Circulación en Artes Plásticas de la Secretaría Distrital de Cultura, Patrimonio y Turismo del Distrito de Barranquilla.

1.3. Señalan los actores que el proyecto “Blanco Porcelana” propone una reflexión en torno al racismo y es divulgado por diferentes medios, entre otros la plataforma de comunicaciones “Zona Cero” a través de Internet.

1.4. Manifiestan así mismo que en la cartilla “Blanco Porcelana” se les menciona con nombres propios; se publican fotografías personales y familiares; se relatan momentos íntimos de la familia, tales como la muerte de la madre y la abuela, sin que hubiese mediado autorización de su parte.

1.5. Sostienen que a través de dichas revelaciones de su vida privada se les vincula con actos de racismo “a través de acciones de valoración del color y discriminación de las personas entre éstas, de nuestros propios hijos y parientes, lo cual constituye falsedad y afecta nuestro buen nombre.”[1]

1.6. Exponen que el 8 de noviembre de 2011, la señora Margarita Ariza Aguilar anunció y promovió a través de la red social facebook, la página web www.blancoporcelana.com, sitio

virtual en el que se publican los diversos medios a través de los cuales se ha desarrollado el proyecto “Blanco porcelana”, entre ellos, la cartilla ISBN: 978-958-44-9421-4.

1.7. Adicionalmente señalan que se publicaron fotografías en las cuales aparecen sus ancestros y que forman parte de su ámbito íntimo y personal. Dichas imágenes fueron puestas en carteles y objetos como polveras sin la debida autorización, exhibidas en estaciones callejeras de transmetro y en espacios comerciales como la galería Hábitat 80-FEDCO, ubicada en la calle 80 No.51B-80 en Barranquilla.

1.8. Relatan que también aparecen en la publicación frases que se atribuyen a la familia, las cuales tienen contenido discriminatorio, tales como el concepto “blanco porcelana”, que según explicaciones de la señora Margarita Ariza, vertidas en facebook el 4 de octubre de 2011 “Es el término acotado por las tías maternas de Margarita Ariza para designar la blancura ideal de la abuela Teresa. Es el ideal de blancura con el que siguen siendo comparados los niños que nacen en la familia”. No obstante, aclaran los actores, que este término y concepto jamás ha sido expresado por ellos, como tampoco se han referido al ideal de blancura con el que, según el texto, se comparan a los niños que nacen en la familia, lo cual constituye una calumnia.

1.9. Consideran los actores, que los medios utilizados en el proyecto “Blanco Porcelana”, vulneran su buen nombre al vincular sus identidades e imágenes, y las de sus ancestros con un tema tan delicado como el racismo.

1.10. Solicitan que se ordene al colectivo “Blanco Porcelana”, compuesto por las señoras Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz, lo siguiente:

1.10.1. “Retirar las páginas 3 a 7, 11 a 13, 25 a 27 y 29 a 31 de la cartilla titulada Blanco Porcelana número de registro ISBN: 978-958-44-9421-4, la cual fue financiada por la Alcaldía de Barranquilla a través de la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo, la que ha sido impresa a nivel físico y divulgada a través de Internet en la página web denominada www.blancoporcelana.com”.

1.10.2. Retirar de la página web “Blanco Porcelana”, “las frases familiares en que se registran nuestros nombres propios y de nuestros ancestros y retirar y destruir las fotografías, carteles y objetos que contienen nuestros nombres propios así como de

nuestros antepasados en un plazo definido de 48 horas”.

2.1. De la parte demandada

Ada Ruth Margarita Ariza intervino para oponerse a la demanda con base en los siguientes argumentos:

(i) Afirma que el proyecto Blanco Porcelana surgió en el marco de la Política Económica en Cultura y Turismo que forma parte del programa denominado “Barranquilla Cultural”, el cual se orienta a “la promoción de los procesos de formación, producción, distribución circulación y consumo de los bienes y servicios culturales, la consolidación del Sistema Distrital de Cultura y la proyección del patrimonio cultural del Distrito”. A través de esta estrategia, el Distrito de Barranquilla apoya la difusión de los trabajos de las entidades y organizaciones que visibilizan las tradiciones y las manifestaciones culturales, mediante el otorgamiento del Portafolios Estímulos 2011, que se desarrolla dentro de un proceso de convocatoria, selección, socialización, difusión y divulgación de los productos concursantes y ganadores de la convocatoria.

(ii) Con el objeto de participar en las convocatorias vinculadas al Portafolio de Estímulos 2011 que incluía las más variadas expresiones culturales, entre ellas la creación y circulación en artes plásticas, Margarita Ariza Aguilar, Mazal Blanco Labouz y Andrea Quintero Angulo, se constituyeron en la Unión Temporal denominada “Colectivo Blanco Porcelana”.

(iii) Mediante Resolución No. 005 de la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla, el Colectivo Blanco Porcelana fue reconocido y declarado como ganador del portafolio de estímulos 2011 en la modalidad de creación y circulación de artes plásticas. Como parte de este reconocimiento se otorgó al colectivo Blanco Porcelana un estímulo económico para cofinanciar una exposición de artes plásticas, conforme al contenido del proyecto ganador.

(iv) En este contexto, el día 12 de octubre de 2011, día de la raza, para conmemorar el año internacional de la afrodescendencia, el colectivo Blanco Porcelana realizó su primera intervención en el espacio público en las instalaciones de transmetro (sistema de transporte integrado de Barranquilla), en el cual se adhirieron a las paredes frases sueltas, sin autor

determinable, que también sonaban en el sistema de audio. Como parte del mismo proyecto, se realizó un video-instalación con cuna y un video sobre prácticas de belleza.

(v) El día 29 de octubre de 2011, el colectivo Blanco Porcelana, en cumplimiento de las directrices del concurso Portafolio de Estímulos 2011 dio a conocer, tanto a la comunidad en general, como a la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla el producto final del proyecto artístico “Blanco Porcelana”, el cual estaba conformado por las siguientes piezas:

Ø Cartilla denominada “Cuento de Ada S” que narra una historia familiar de contenido autobiográfico, en la que se incluyen frases que se derivan de la costumbre y que subrayan un modelo colonial aún vigente.

Ø La instalación de un escenario en sitio, que recrea una escena familiar en un cuarto de bebé con cuna, el cual incita al espectador a preguntarse sobre el ideal de belleza en el cual hemos nacido.

Ø La publicación, en sitios abiertos, de amplia divulgación, de frases cotidianas que igualmente incitan a la misma reflexión.

Ø Exposición de diferentes productos de belleza que se ofrecen en el mercado y que prometen al consumidor un ideal de belleza que gran parte de la población pretende alcanzar.

Ø Polvera de maquillaje en donde el lugar del espejo contiene la imagen de la abuela Teresa (ideal de belleza) que impide que el espectador aprecie completamente su reflejo

Ø Talleres

Ø Diseño y creación del dominio de la página web www.blancoporcelana.com.

(vi) La cartilla Un Cuento de Ada S fue igualmente publicada en la red social Facebook, en el perfil que se encuentra a nombre de su autora Ada Margarita Ariza, la cual fue objeto de comentarios positivos y negativos, la mayoría de estos provenientes de los aquí accionantes.

(vi) El día 13 de diciembre de 2011, los aquí accionantes solicitaron a la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla que ordenara el retiro de las páginas de la cartilla que contenían las expresiones y afirmaciones que en opinión de los actores, vulneraban su derecho a la intimidad. La respuesta emitida por la entidad requerida es del siguiente tenor:

“(…)Es necesario resaltar que la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla carece de competencia para acceder al objeto de su petición, por cuanto se encuentra por fuera del alcance de sus funciones, exigirle al colectivo Blanco Porcelana retirar las páginas a las que usted hace referencia, ya que, al ser esta cartilla una obra artística de carácter autobiográfico, la autora - en ejercicio de su derecho fundamental a la libre expresión-relata su historia personal y aquella que ha recibido de su propia experiencia y de la transmisión oral.

En estos términos, las autoridades administrativas no poseen ningún tipo de atribuciones para modificar el contenido de una obra literaria. (...)

En consecuencia, y en atención al caso concreto, debe afirmarse que el libro que es motivo de su derecho de petición es una obra literaria que no se puede asimilar a una noticia, razón por la cual no es viable introducir modificaciones a su contenido narrativo, porque autorizarlas implicaría desnaturalizar la esencia material de la obra, aparte de que convertiría a esta secretaría en un crítico de la creación intelectual de la misma, lo cual, por ser una cuestión metajurídica rebasa obviamente su competencia.

Además, es posible que el objeto de su petición para que cambie aspectos esenciales de su contenido sea de imposible cumplimiento, porque obligaría al escritor a reescribir su obra no conforme a su libre expresión.

(...)

Por último, y con relación a la utilización del material fotográfico que utilizó la autora para ilustrar su obra literaria, es indispensable recordarle que la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo carece de competencia para exigirle al colectivo Blanco Porcelana y más exactamente a la autora del libro, que limite la forma de realizar esta actividad de diseño de su obra”.

(vii) Informa la autora de la cartilla Un cuento de Ada S que el día 31 de diciembre de 2011, recibió en su domicilio un documento titulado “Sanción familiar” suscrito por los accionantes y otros familiares en el que la declaran “persona no grata” hasta que se retracte de lo publicado en el proyecto Blanco Porcelana.

(viii) Refiere que ante la continuidad de los “improperios, amenazas e innumerables actos de persecución por parte de los hoy accionantes tendientes a lograr por todos los medios la desnaturalización de mi obra autobiográfica Blanco Porcelana, acudí a la Notaría 39 del círculo notarial de Bogotá, con el objeto de dejar constancia, a través de una declaración extrajuicio de los antecedentes que he tenido que soportar ante la incomprensible e intolerante forma de percibir mi obra, la cual ha sido calificada de una manera prejuiciosa sin sustento real alguno”.

(iv) Expresa que no es cierto que con la publicación de fotografías familiares en la obra Blanco Porcelana se haya vulnerado el derecho a la intimidad de sus familiares. Pone de presente el carácter autobiográfico del proyecto, destacando para el efecto, los siguientes aspectos:

Ø Las experiencias vividas personalmente y conocidas por transmisión ancestral plasmadas en la obra, no son el resultado de una intromisión intencionada y dolosa en la vida íntima de sus familiares. Las fotografías de sus ancestros no pertenecen a la intimidad familiar y en esa medida, el uso y goce sobre ellas pertenece tanto a la familia como a la artista.

Ø El trabajo “está relacionado con aquellos aspectos problemáticos de nuestra realidad que muchas veces no son visibles, por ejemplo costumbres y creencias en las que estamos inmersos, transitando cotidianamente por esa realidad y las cuales muchas veces no se cuestionan, no se piensan y no se hablan”.

Ø Destaca la importancia de la postura desde la cual habla el artista, aludiendo a “la autorreferencialidad donde el artista, desde su propia experiencia del mundo da cuenta de una problemática que cobija a muchas personas. Diálogos con el otro, donde se trata de comprender sus propias lógicas en diálogo con las de otros seres humanos (...). La autorreferencialidad sitúa al sujeto como parte misma del acto creador y como punto de partida para conectar con una realidad más amplia, trascendiendo en ello lo personal para fundirse con la realidad social. En este tipo de prácticas el artista se exhibe a sí mismo, su

obra y él son indivisibles, relacionando los conceptos de vida y arte, donde el artista no solamente se piensa en su individualidad sino que se considera parte de una cultura, de una historia y de una sociedad”.

Ø Mi proyecto Blanco Porcelana, sostiene la demandada, “hace parte de mi propia experiencia de vida, con las conversaciones sobre detalles sencillos que podrían pasar desapercibidos pero que para mí resultaban interesantes y me llenaban de preguntas sobre mi experiencia familiar con la blancura y el color, invisibles para algunos e intocables para otros”.

Ø Aludiendo a su proceso de creación, manifiesta que “El inicio del proceso fue reunir materiales de carácter personal, uno de los primeros mi propio álbum de fotografías de bebé, en el cual se encontraba una carta que se entrega a las madres embarazadas y que una amiga le dio a mi mamá mientras me esperaba, en la cual hay un párrafo que dice: “me gustaría tanto ser tal como tu imaginas, gordito, rosado, de pelito rubio y de ojitos claros, pero si acaso no soy así....no te aflijas por eso””.

Ø En referencia a su experiencia personal expresa que “cuando tuve a mi hijo, viví la experiencia familiar de querer clasificarlo en determinado color y de los roces porque fuera más o menos blanquito a la luz del “Blanco Porcelana” de mi abuela (término que fue siempre común y usado entre mis tías maternas del cual pueden dar testimonio mi mamá, mi tía Cielo y otros familiares), me parecía increíble y para todos era normal, ni siquiera se había pensado por qué lo que se consideraba mejor, era mejor”.

Ø Y agrega que, “aquí surge una interesante reflexión sobre la definición misma de racismo identificada por muchos únicamente con acciones visibles de exclusión y persecución. Sin embargo al recopilar frases cotidianas, prácticas de belleza, y paralelamente estudiar nuestra historia, se llega a la conclusión que existe un racismo velado, que hace parte de la herencia colonial del sistema de clasificación racial, que otorgaba derechos a las personas de acuerdo con su blancura (discriminación étnica), y que hasta hoy se expresa de maneras sutiles, anclado a los elementos y situaciones más cotidianas, sencillas de nuestra vida. Y por supuesto al ser una construcción cultural transmitida de generación en generación es difícil sustraerse de ello. Por eso es tan importante por lo menos pensarlo y hacerlo visible.

Ø Refiere que el proyecto Blanco Porcelana responde a un proceso que, por ende, presenta continuidad y que entraña “Un asunto delicado, del cual muchos no quieren hablar. (...) Para mí este proyecto en particular, es muy valioso porque aborda el tema del racismo, pero no desde los puntos tradicionales del racismo en sus grandes manifestaciones o propiamente desde lo afro, sino desde una común familia mestiza donde el carácter del contenido que se trasmite a través de simples frases familiares y prácticas de belleza se va tejiendo en la costumbre, siendo más difícil de contrarrestar que aquellos asuntos que serían susceptibles de ser legislados (...) el germen más peligroso e invisible es el que se teje en la cotidianidad, el que ha sido transmitido y que se sigue heredando, el que no se ha pensado y sobre el cual difícilmente se podría legislar (...) Si le enseñamos a diario a nuestros niños aun cuando sea inconscientemente que es mejor ser liso que crespo, que es mejor ser más blanquito, que tiene más porte el señor rubio y que es más elegante, estamos configurándoles un modelo de belleza y de valoración que es discriminador”.

Ø Para ahondar en el carácter autobiográfico de la obra, la demandada refiere a la técnica del autorretrato, utilizada a través de un video en el que “el autor se enuncia y se expone al aparato como un bloque de cuerpo, memoria y experiencia”, estrategia que a su vez pone de presente el tema de “la memoria y la experiencia como fuente de investigación y como documentos que nos permiten revisar nuestra historia y su contexto, para confrontarnos con nuestro presente, con nuestra vida diaria y por qué no, con posibles miradas diversas de cara al futuro.

Desde el trabajo autobiográfico resulta especialmente interesante pensar, ¿cómo funciona la propiedad sobre la experiencia de la vida: a quien pertenecen la memoria, los recuerdos y las imágenes de su vida? (...) En mi caso mi historia revela un punto específico en la historia, un entramado social que recoge creencias, usos, palabras, oficios e incluso nombres propios que dan cuenta de esta construcción cultural que se traduce en una asociación de blancura, belleza y valores, es el caso del nombre de mi mamá, ella se llama Blanca Azucena del Sagrario. En uno de los dibujos de la obra relaciono este nombre con la apropiación de la imagen de la obra de Francois Boucher, titulada Muchacha recostada, que en su época era conocida por ser la más bella decían que era “blanca como un lirio”.

En el caso de mis tías maternas todas tenían combinaciones de nombres que hacen referencia a valores religiosos como concepción, ángeles, maría, que dan cuenta de su

época. La historia de mis abuelos, sus oficios y su época marca un momento especial en la historia que muestra el tiempo que ha transcurrido desde la colonia hasta nuestros días, donde el modelo colonial se conserva vigente en la sociedad”.

Ø Uno de los aspectos del proyecto, que destaca la accionada tiene que ver con la interacción entre la obra y el receptor, se crea un contexto en el que las reacciones y comentarios del espectador se incorporan a la obra. A manera de ejemplo, cita la reacción de una de las accionantes, vía facebook:

“¡GENIAL!!! FELICITACIONES, MUY BUEN TRABAJO, AYUDA A REFLEXIONAR EN AMBAS DIRECCIONES, TANTO A LOS AFRODESCENDIENTES QUE QUIEREN ENMASCARAR SUS GENES Y SE ERIZAN PORQUE SE HACE ALUSIÓN A ELLO, NEGANDO SU PROPIA IDENTIDAD, COMO A LOS NO AFRO QUE VELADA O ABIERTAMENTE RECHAZAN ESTA CONDICIÓN.

¡MUY INTELIGENTE!

LOS ACOMPAÑAMOS DE CORAZÓN

TRIPLE ABRAZO:

Agrega la demandada que estos comentarios realizados a través de las redes sociales forman parte de la obra misma, en tanto dejan ver “la reflexión que cada cual generaba a partir de su propia carga personal. Es decir, la obra de arte además genera conocimiento nuevo, en el cual no solamente participa quien ejecuta la obra sino el mismo espectador como parte del acto creador, quien se relaciona con la obra construyendo una nueva manera de ver. Así la obra se verá culminada no por su creador, sino de muy diversas maneras de acuerdo con el espectador. Ana María Brigante en su ensayo, “poética y acción en Paul Valéry”, anotará que “habrá tantas maneras de entender la obra como encuentros, cada encuentro es una verdadera nueva ejecución”.

(...) Pensé mucho en el tema de la recepción de la obra al recibir tales comentarios donde incluso, decían entre otras muchas cosas que yo sometía a mi abuela a vejámenes ignominiosos, al examinar con detalle y releer cientos de veces y revisar el proyecto me encontraba con que esos reclamos sucedían realmente en la recepción y no en la ejecución. Uno de los reclamos, que aún persisten, era que yo maltrataba la memoria de mi abuela,

cuando al leer el cuento uno ve que es descrita en su infinita bondad, que el hecho de descubrir una construcción cultural de su época (que en el cuento en ningún momento la toca a ella), no implica estar juzgando ni condenando a ninguna persona. El proceso realmente revelaba que la obra había generado un efecto importante lejos de lo que yo hubiera podido imaginar”[2].

2.2. Del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia.

Los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito, Paula Rangel Garzón, Ana Margarita González, Carlos Andrés Baquero y Daniel Gómez Mazo, integrantes del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad y del Observatorio de Discriminación Racial, presentaron un escrito en el que solicitan a la Corte que revoque los fallos de tutela sometidos a revisión y proteja el derecho a la libertad de expresión y a la creación artística de Ada Margarita Ariza y sus colaboradoras.

Los intervinientes, luego de reseñar la jurisprudencia de esta Corte sobre el principio de no discriminación y de presentar algunos datos que arrojan los informes del Observatorio de Discriminación Racial y de los organismos internacionales, sostienen que “el racismo es un problema arraigado socialmente que reviste gran envergadura. La población colombiana sufre múltiples formas de violencia y vulneración de derechos humanos, que no son resultado de un conjunto de situaciones desafortunadas inconexas, sino que tienen como raíz común el racismo, esto es, la creencia que los rasgos físicos o pertenencia de una persona a un determinado grupo étnico, otorgan una mayor valía a ciertos individuos. Sin embargo, se trata de un fenómeno invisibilizado y negado tanto por la sociedad como por las autoridades. Por esta razón, las iniciativas que se dirigen a denunciar el racismo y exponerlo públicamente para cuestionar su negación, adquieren especial relevancia en el debate público”.

Destacan la importancia que presenta el proyecto Blanco Porcelana en este contexto, comoquiera que “tiene la intención de develar a partir de una propuesta estética, el entramado de normas de prestigio social y circulación basadas en prejuicios raciales que sustentan el racismo estructural. No se trata de un mensaje que aparezca de forma contingente en la obra sino que se trata de una intención expresa. La propuesta tiene mucho valor porque se enfoca en uno de los aspectos más complejos del racismo y en su

negación por parte de la sociedad y de las autoridades. Por eso, contribuye a plantear abiertamente el debate sobre un asunto de interés público como es el racismo y las prácticas discriminatorias con base en la raza, proscritas (...) por la Constitución y los tratados internacionales”.

Se refieren al contenido de los derechos en tensión, esto es, por una parte, a los derechos a la libertad de expresión y a la creación de obras artísticas y, por otra parte, a los derechos a la intimidad y al buen nombre.

Respecto de los primeros, indican que “tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la jurisprudencia del sistema interamericano, han concedido un alto grado de protección al derecho a la libertad de expresión teniendo en cuenta su importancia para el debate democrático y el ejercicio de una ciudadanía activa. Por eso, cualquier limitación a las expresiones, especialmente cuando ellas tienen el carácter de literarias y artísticas, debe ser excepcional y debe responder a los estrictos criterios previstos en estas providencias. Además reciben un nivel aún más alto de protección los discursos sobre asuntos de interés público; los discursos sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos, y el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa”.

En cuanto al derecho a la intimidad exponen que “este protege un ámbito personal y familiar de las personas que, en principio solo puede revelarse con autorización de los interesados. Sin embargo, la protección disminuye teniendo en cuenta quién es el titular de la información, en qué esfera de la intimidad se produjo y cuál es la finalidad de la difusión de los datos. De este modo, puede anticiparse que cuando la revelación de la información cumple con las mismas finalidades democráticas que el ámbito de mayor protección de la libertad de expresión, es preciso que esta ceda a favor de la ampliación de un debate vigoroso y amplio en la ciudadanía”.

El derecho al buen nombre, subrayan, “es protegido principalmente cuando se divulgan públicamente hechos falsos sobre una persona, tergiversados o tendenciosos que buscan socavar su prestigio o desdibujar su imagen. Por lo tanto, para determinar si existió una violación al buen nombre es indispensable examinar el contenido de la información, y analizar si es falsa o parcializada, o si pone en cabeza de ciertas personas actividades

deshonrosas que les son ajenas”.

Destacan la diferencia que la jurisprudencia ha marcado en la protección a la información y la opinión, señalando que “Sólo es posible solicitar la protección del derecho al buen nombre en el caso de que los datos divulgados correspondan a la acción de informar. Si los datos que se consideran violatorios corresponden a la apreciación del autor nada puede hacer el juez, pues ellas constituyen opiniones sobre lo que una persona percibe de la realidad y de ellas no puede predicarse su veracidad”.

A manera de conclusión Dejusticia, señala que:

(i) Blanco Porcelana es una propuesta artística que tiene como fin reflexionar en torno al racismo en las prácticas de belleza y la cotidianidad de las familias colombianas. En este sentido, la obra se erige como una denuncia sobre un tema de interés general, como es el racismo y la discriminación racial velados tras el mito de la democracia racial. Debido a la negación de estos fenómenos, Blanco Porcelana es una obra necesariamente transgresora, que debe evaluarse como tal, sin desconocer la importancia de la reflexión que propone.

(ii) La denuncia de prácticas racistas que hace la obra no se refiere a fenómenos tradicionalmente explorados como la grave situación de acceso a derechos económicos, sociales y culturales que afronta la población afrocolombiana o el desplazamiento forzado, sino que afronta el racismo velado, que es una situación menos evidente pero igualmente merecedora de reproche puesto que impide la plena eficacia del principio de igualdad, sobre todo en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

(iii) En consideración a que “el combate del racismo y la discriminación racial es tan difícil sin una denuncia previa, el proyecto de Ada Margarita Ariza cobra especial importancia en el propósito constitucionalmente imperativo de su eliminación. Tanto fenómenos como el alto índice de mortalidad infantil entre los niños afrocolombianos, como las frases familiares que dan cuenta de un desprecio por los tonos de piel oscuros deben ser combatidos, pues bajo ambos subyace la idea de que la dignidad y el trato que deben recibir las personas lo define la pertenencia a determinados grupos étnico raciales”.

2.3. De la Universidad Jorge Tadeo Lozano

El Programa de Artes Plásticas de esta institución universitaria, a través de los profesores Alberto Saldarriaga (Decano de la Facultad de Artes y Diseño), y Guillermo Cárdenas Fischer (Coordinador del Área de Plástica Visual), emitió un concepto del cual se destacan los siguientes apartes:

(i) “Uno de los puntos importantes de la obra es que el público pueda ver similitudes entre lo que la artista exhibe y lo que ellos mismos han vivido. Usando espacios virtuales y reales la maestra Ariza le permite a quien observa la obra sentir empatía por aquello que observa e interactuar y por ende enriquecer el proceso creativo de la obra y la artista”.

(ii) La obra Blanco Porcelana recurre a la exploración autobiográfica y a la reconstrucción de la memoria familiar para la expresión artística, en cuanto estas son parte del proceso individual y creativo de la artista, que hacen que la obra sea única e irrepetible. Se trata de un recurso al que se acude con frecuencia en las artes “ya que el punto de partida en los procesos de creación está mediado por las experiencias personales de los artistas. Las memorias que tiene la maestra Margarita Ariza Aguilar acerca de su formación en los núcleos de las familias Ariza y Aguilar son experiencias propias y la percepción que ella tiene de estas son únicas y por ende son propiedad de ella como creadora de las obras, no de terceros”.

Recrea su intervención con algunos casos de artistas que han usado la expresión autobiográfica y la reconstrucción de la memoria familiar como parte de su obra y de su proceso de creación. Menciona al artista ilustrador norteamericano Art Spiegelman, autor de la novela biográfica *Maus*, sobre las pericias de su familia judía durante el holocausto en la segunda guerra mundial. En dicha obra Spiegelman representa a los nazis como gatos, los judíos como ratones y a los polacos como cerdos.

Alude así mismo a la obra del pintor norteamericano Eric Fischl “quien ha basado toda su creación artística en sus experiencias, creciendo como parte de la clase media norteamericana y sus relaciones personales con varias personas de diversos orígenes. La obra de Fischl es en su mayoría pictórica y contiene elementos con connotaciones de índole sexual y social. En algunas de sus obras ha representado a reconocidas personalidades de la cultura tales como el pintor Chuck Close y su novia la artista Sienna Shields sin que ninguno de los dos representados haya dudado de la autoría intelectual y por ende la

posesión de los derechos de autor de Fischl sobre su creación”.

Recuerda al artista plástico alemán Joseph Beuys quien hizo una prolífica obra basada en sus memorias y experiencias traumáticas de la segunda guerra mundial. Y menciona, finalmente, al pintor colombiano Juan Cárdenas Arroyo, quien ha elaborado una extensa obra pictórica basándose en su imagen y la de varios miembros de su familia, mezclando a su vez elementos de la historia nacional e internacional, plasmando en ello su toque personal que son sus percepciones o recuerdos de cómo ocurrieron los eventos que representa.

Todas las manifestaciones artísticas mencionadas, señala “han tenido un valor crítico en el sentido que le han aportado a las artes un punto de vista singular que enriquece la percepción general del público y abren las puertas para que haya un diálogo entre el público, la obra y el artista. Así mismo, la obra Blanco Porcelana permite un diálogo crítico y enriquecedor que contribuye a enriquecer nuestras nociones de qué es la plástica, cuáles son los procesos creativos y cómo nos auto-percibimos como sociedad”.

En alusión a la decisión del juez de tutela en el caso Blanco Porcelana sostiene que “cualquier tipo de “edición” jurídica de la obra es una mutilación de la misma y un claro acto de censura. Sería como quitarle páginas a las novelas de Gabriel García Márquez porque ellas se basan en memorias propias y familiares, o como borrar partes del Guernica de Pablo Picasso porque utilizó imágenes de cómo él percibió el bombardeo y masacre de Guernica en la Guerra Civil Española. Además permitir que se censure una obra de arte y un proceso de creación artística abriría las puertas para que cualquier persona que esté en desacuerdo con una obra de arte pueda instaurar una tutela contra las ideas del artista y que así se acallen los procesos intelectuales y creativos”.

Llama la atención sobre la importancia de conocer el contexto histórico y social en el que se basó la maestra Ariza para la elaboración de su obra: “(...) La ciudad de Barranquilla fue la puerta de entrada para gran parte de los inmigrantes que llegaron al país buscando un mejor futuro. Esta diversidad cultural y racial de la ciudad y del país se evidencia en obras como ‘Blanco Porcelana’.

Es importante reconocer el valor de la obra y la manera en que refleja la percepción que tiene de sí misma una parte de la población de la ciudad y de la nación. Esta es una obra

plástica ganadora del Portafolio de Estímulos 2011 en la categoría de Creación y Circulación en Artes Plásticas, lo que le da mérito y legitimidad como obra plástica y esto se evidencia en su temática y elaboración. En ella no sólo se documentan los recuerdos de la maestra Ariza, sino que deja un legado histórico y cultural para que las futuras generaciones sepan cómo pensábamos y cómo pensaban nuestros antepasados y que puedan corregir errores de discriminación que consciente o inconscientemente hemos cometido a lo largo de nuestra historia”.

2.4 De la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

El Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales -GIDCA- dirigido por el profesor Gregorio Mesa Cuadros, presentó un escrito, en el que luego de hacer amplia referencia a doctrina, jurisprudencia y legislación tanto colombiana como internacional sobre los derechos en tensión, llega a las siguientes conclusiones:

(i) “La protección de la libertad de expresión, y como una manifestación de esta, la libertad artística, es una garantía propia de los regímenes democráticos; en efecto la libre difusión del pensamiento y las ideas es una condición necesaria para la consolidación de la democracia y el respeto mutuo. Sin embargo, esa misma libertad implica responsabilidades, pues una libertad absoluta permitiría la vulneración de otros derechos (...) que son igualmente importantes y deben ser respetados en la fórmula de un Estado social de derecho”.

(ii) “La divulgación de información íntima, privada y familiar, en principio está limitada, pues solo es admisible bajo al menos dos circunstancias; por un lado, que se cuente con la autorización de las personas involucradas y, por otra parte, que la divulgación de dicha información sea necesaria para garantizar el derecho a acceder a la información o el bien común”.

(iii) “En el caso concreto en discusión, no hay una necesidad (basada en el derecho a acceder a la información o en el bien común) que amerite la publicación de la información familiar y privada recolectada en el marco del proyecto “blanco porcelana”, por lo cual, su publicación solo puede realizarse con el consentimiento de las personas involucradas (consentimiento que debe ser informado)”.

(iv) “(...) A pesar del objetivo manifiesto de denunciar un racismo “velado” en expresiones cotidianas (familiares y en la publicidad), racismo que en verdad existe y es una realidad que debe ser afrontada, la forma como pretende cumplirse con este objetivo no es la adecuada, puesto que se realiza una reproducción acrítica de las expresiones discriminatorias, lo que en últimas termina reforzando el mensaje discriminatorio”.

(v) Concluye que “(...) La puesta en marcha de la exposición tal como hasta el momento se ha hecho, resulta contraria a los postulados constitucionales que prohíben la discriminación de colectivos humanos; sin embargo, esto no obsta para que el proyecto pueda ser ajustado para que efectivamente cumpla con su propósito de denunciar el “racismo velado” y en ese sentido contribuya a evidenciar esta situación”.

2.5 De Cimarrón - Movimiento Nacional por los Derechos Humanos de las Comunidades Afrocolombianas.

Juan de Dios Mosquera Mosquera, Director Nacional de Cimarrón solicita a la Corte “Expedir una sentencia ejemplar y formativa, que continúe convocando al conjunto del Estado y de la sociedad a erradicar de la cotidianidad el racismo y la discriminación racial y social”. A continuación se reseñan los apartes más relevantes de su intervención:

(i) Estima el interviniente que se trata de una obra que “cuestiona la aspiración de blancura heredada de la colonia, vigente hoy en un modelo de belleza heredado y reproducido mediáticamente, directamente relacionado con la reproducción cotidiana del racismo y la discriminación racial contra las colombianas(os) afrodescendientes de piel negra u oscura.

(iii) Refiere que “siendo un proyecto de carácter autobiográfico, (práctica ampliamente utilizada en el arte contemporáneo), parte de lo individual en búsqueda de un retrato social, conectando profundamente con la realidad de nuestro país, donde la herencia colonial aún perdura y se refleja en nuestras acciones diarias.

(iv) Expone que “es un atentado contra la creación artística y la identidad cultural nacional censurar o descalificar una obra que nos cuestiona, nos educa y nos hace pensar críticamente sobre la necesidad de liberar nuestra sociedad de las taras de los prejuicios racistas, la desigualdad e injusticia racial y las discriminaciones raciales y sociales. Para

CIMARRON es muy importante constatar, por las redes sociales, que los espectadores han participado en las intervenciones facilitadas por la obra, manifestando situaciones y frases casi idénticas o iguales aludiendo sobre sus vivencias al interior de sus familias, la aspiración de blancura heredada y con ella la discriminación que se genera a diario en las cosas más cotidianas, no quiere ser abordada.

(vi) Considera que “La reflexión que plantea este trabajo artístico es justamente una cuestión de trascendencia pública y este caso una oportunidad invaluable para asumir un análisis de la práctica artística desde los acontecimientos cotidianos, a partir de una idiosincrasia que aún arrastra un racismo estructural velado, más perdurable que el de aquellos comportamientos directamente discriminatorios tan censurados por la misma sociedad que los perpetúa (...). Este caso reviste especial importancia para los artistas, para la educación, también para aquellos que sufren y que trabajan contra la discriminación y para la sociedad en general”.

(vii) Concluye que “la problemática que involucra el presente caso tiene una relevancia que trasciende el caso específico y se sitúa en el orden de los derechos constitucionales fundamentales, de la cultura de derechos y de la no discriminación, de cuestiones tan fundamentales para una sociedad democrática como la posibilidad de la autocrítica y el papel que cumplen la creación artística y la libertad de expresión como forma de denuncia de las injusticias y como instrumento de construcción de relaciones sociales justas”.

2.6 De la Fundación Afroamigos:

Luís Ernesto O., Natalia Santiesteban Mosquera y Danesis Arce Ramírez, en su condición de miembros de la Fundación Afroamigos presentaron un escrito en el que sostienen:

(i) La Fundación Afroamigos apoya toda iniciativa que luche contra el racismo, y encuentra en el proyecto Blanco Porcelana de la artista colombiana Margarita Ariza un aporte de gran potencia para la reeducación social en materia de discriminación. Destacan el objetivo del proyecto de hacer visible la herencia del pensamiento colonial que instituyó la idea de la blancura como signo de superioridad y referente de todas las cualidades humanas positivas.

Señalan que este legado “se ha convertido en la principal piedra de tropiezo para la

emancipación, el crecimiento, la realización, el justo reconocimiento de la diversidad y de la valía de cada individuo dentro de la misma y en última instancia, para el verdadero avance de la democracia”.

(ii) Expresan que el proyecto Blanco Porcelana tiene la intención primordial de “suscitar reflexiones en torno a las ideas y prácticas racistas que, como colombianos, hemos introyectado y naturalizado y seguimos reproduciendo”. Sin pretender incriminar a sujetos particulares (...) busca que cada individuo que lo reciba, lo identifique con su propia historia pues parte de la realidad de que existe un racismo estructural que hay que combatir”.

(iii) Manifiesta que “si bien Blanco Porcelana hace alusión a episodios reales, autobiográficos, en los que se pronunciaron expresiones de la vida cotidiana de muchas familias de nuestro país, es fácil constatar que en ninguna de sus líneas hay acusaciones de racismo a sujetos particulares (...) el proyecto retrata a una sociedad que ha naturalizado prácticas y expresiones con cargas discriminatorias que datan de los procesos de colonización. Su aporte radica justamente en que permite pensar en estos temas que están vigentes en el seno de la célula fundacional de nuestra sociedad: la familia. (...) Es de vital importancia que el proyecto subraye prácticas que no son evidentemente violentas ni discriminatorias y que se han perpetuado gracias a la ceguera sistemática que es uno de los pilares de todas las ideologías de desigualdad, opresión, dominación, etc.”.

(v) Destacan que “Blanco Porcelana señala un cuerpo ideológico importante en el discurso y en las prácticas de estética corporal: es igualmente fácil constatar la obsesión por los cánones blancos de belleza en las publicidades y etiquetas de múltiples productos cosméticos de uso cotidiano en nuestro país y en muchos otros. Muestra de esto es que en el video que hace parte del proyecto que está en exposición la misma artista se somete a procesos de aclarado de vellos, de piel, y de alisado de pelo para reflejar la violencia en su propio cuerpo y en el cuerpo mismo de quien diariamente acude a estos procedimientos (sin por ello ser consciente de las implicaciones que esto tiene y sin tener, necesariamente, una evidente intención racista).”

(vi) Subraya que “la artista, aclara, en su obra, que estas expresiones son TÍPICAS de las familias y que trascienden a la suya propia, que solo figura allí como ejemplo para generar reflexiones individuales frente a los procesos familiares. En ninguno de los apartados

aparecen acusaciones. Las descripciones de los personajes son complejas; no se acusa a nadie de cometer agravios segregacionistas, sino que simplemente se da cuenta de una construcción cultural que impregna aún a nuestras sociedades y que se traduce, muy a menudo, en ejercicios sutiles de discriminación”.

2.7 Del Museo Nacional de Colombia

María Victoria de Robayo, Directora del Museo Nacional de Colombia, remitió a la Corte un concepto elaborado por María Mercedes Herrera Buitrago, curadora de arte de ese centro cultural. A continuación se reseñan los apartes más relevantes:

(i) “La obra Blanco Porcelana se ubica en el conjunto de producciones y prácticas artísticas contemporáneas que busca producir cambios en las sociedades apuntando a los comportamientos y actitudes cotidianos sobre los que generalmente se presta poca atención. Es por ello que Blanco Porcelana busca propiciar una reflexión haciendo énfasis en el lenguaje común de los barranquilleros, donde frases aparentemente inofensivas (...) denigran y descalifican a las personas y revelan los valores de una sociedad.

(ii) Para la Directora del Museo Nacional “Blanco Porcelana es una obra que se realiza en múltiples dimensiones y que compromete no solamente el carácter formal, o lo que en una obra de arte tradicional tendría que ver con el color, la calidad de la línea, el soporte, sino lo que se refiere a un ámbito político y social, lo que explica por qué en el desarrollo de la obra se conjugan marcos conceptuales y metodológicos procedentes de las Ciencias Sociales, el Arte y el Diseño. Esta confluencia de saberes y maneras de hacer se evidencia en tres momentos de la obra que funcionan simultáneamente:

1. Un trabajo de reflexión sobre la memoria individual

2. Una arqueología sobre los recuerdos

3. Una labor etnográfica que recoge las expresiones cotidianas y los mensajes publicitarios”

Con relación al primer momento sostiene que en la actualidad se presenta una indisolubilidad entre lo individual y lo colectivo; lo público y lo privado, cotidiano e íntimo, de manera que las distinciones entre estos conceptos pierden validez, son inoperantes en

cuanto impiden un acercamiento a la realidad. Esta indisolubilidad ha sido objeto de estudio en la actualidad por el campo de la epistemología constructivista, en particular por algunos de sus representantes como los sociólogos Pierre Bourdieu y Norbert Elías.

Y en cuanto al tercer momento, expone que “La etnografía de Blanco Porcelana (...) busca las palabras y los mensajes tanto en el mundo de la publicidad como en el común discursivo de las personas, reflexiona sobre las maneras en que se construye la realidad. Para ello, Blanco porcelana se basa en el giro lingüístico y en los procedimientos etnográficos que desde la década del sesenta del siglo XX irrumpieron con fuerza en el campo de las Ciencias Sociales, planteando la inexistencia de un pasado y la imposibilidad de conocerlo “tal como fue”. Esta idea del lenguaje como la única posibilidad de acercarnos al pasado, hace que en Blanco Porcelana nos enfoquemos en las maneras de decir y hacer”.

(vi) Destaca que en la creación analizada “la exploración autobiográfica y la reconstrucción de la memoria familiar es un proceso legítimo de elaboración de la identidad, donde las fronteras de lo personal trascienden a los ámbitos familiares y sociales y abren de manera conjunta tres ejes de la discusión en términos de género, infancia y cuerpo.

Por tanto el valor crítico de Blanco Porcelana consiste en que se convierte en un canal de expresión política, entendiendo lo político como una de las maneras en que se ejercen relaciones de poder. En este sentido, las palabras denigrantes que se dicen a una niña de piel oscura y con el cabello ensortijado, son expresiones que desdichan de su condición y construyen su identidad de una manera desventajosa y excluyente”

(v) Refiere en su concepto que se trata de “un trabajo documentado que busca transformar realidades y emancipar a los espectadores-participantes en la obra por medio del uso del lenguaje y la transmisión de información, y en este sentido, siendo una práctica artística contemporánea, busca denunciar, evidenciar, criticar un orden establecido, una especie de lenguaje que reproduce las relaciones desventajosas de poder impuestas sobre los cuerpos y las mentes de quienes constituyen la sociedad impidiéndoles el libre desarrollo de la personalidad”.

(vi) En opinión del Museo Nacional “Blanco Porcelana es una obra con función estética y política, y la censura de la que puede ser objeto revela la manera como en la sociedad se permean discursos excluyentes y racistas, y permite ver una ideología, no en el sentido

marxista sino en lo que se refiere a la utilización del lenguaje. Desde Hayden White, ideología es la poética o la fabricación de relatos que pretenden dar cuenta de un pasado, así, en la frase “Ella sí fue la única que sacó los ojos de mi mamá, esperar de pronto en la tercera generación” supone una referencia de un pasado que quisiera verse repetido en un futuro”.

(vii) Para finalizar expone que “Blanco Porcelana es una propuesta artística que permite reflexionar sobre los discursos de limpieza de sangre que han circulado en las zonas de hegemonía de imperios europeos. Esta situación ha sido ampliamente estudiada por las escuelas historiográficas de los estudios poscoloniales y los estudios culturales, desde donde se asegura que comprender la manera como se han establecido los discursos de dominación es una forma de resistencia”.

2.8 Del Museo de Arte Moderno de Barranquilla

María Eugenia Castro Mejía, Directora del Museo de Arte Moderno de Barranquilla, emite un concepto sobre la obra Blanco Porcelana, el cual está avalado, según refiere, por los curadores, la junta directiva y los comités asesores en educación y pedagogía de la institución. Se destacan los siguientes apartes:

(i) Parte del supuesto de que la obra es una creación artística que se puede ubicar en el amplio marco del arte contemporáneo. En cuanto a sus propósitos señala que “la obra pretende tocar aspectos de realidades del presente como temáticas relacionadas con el racismo, el feminismo, lo intimista (historia personal) y el retrato. Estas temáticas son derivativas de planteamientos que han realizado previamente otros artistas contemporáneos y que marcan una clara influencia en el colectivo Blanco Porcelana”.

(ii) Agrega que “desde lo plástico conceptual, la obra se enmarca dentro de las teorías posmodernas de la obra de arte como prácticas artísticas que generan planteamientos abiertos sin final obligado y reclama la participación activa del espectador para que los procesos de la obra se ejecuten. Es decir, sin la participación del público algunas partes de la obra no son viables (...) es clara la intención artística de combinar elementos formales ligados a la figura humana femenina con elementos lingüísticos, lo que revela la influencia de las sentencias conceptuales de los años 70s”.

(iii) En cuanto a la metodología utilizada para su construcción señala que “De los documentos estudiados sobre la obra, es claro que, como la mayoría de las obras contemporáneas, las artistas realizan previamente una investigación ligada a formas y contenidos relacionados con su proyecto, para después volcar todo lo investigado a un terreno de ficción donde se materializa como un corpus artístico”.

(iv) Sostiene que “se logra percibir que el colectivo incursiona en esa práctica actual donde el artista, sin intentar ser escritor, se da a la tarea de imaginar o crear narrativas vinculadas a la obra como elemento que ideologiza el corpus artístico y que pretende catapultarla a formas artísticas anidadas en conceptos de complejidad”.

(v) Concluye que “como toda obra de arte actual, Blanco Porcelana se inscribe en los espacios de la creación artística y, por ello, no se contamina de preceptos morales o metafísicos”.

2.9 Del Banco de la Republica. Unidad de Artes y Otras Colecciones

Efraín Riaño Lesmes, Director de la Unidad de Artes y Otras Colecciones, de la Subgerencia Cultural del Banco de la República, presentó un concepto del que se destacan los siguientes apartes:

(i) “A partir de la memoria personal y familiar de la artista, la obra propone una reflexión en torno a una problemática racial colombiana heredada de la colonia y transmitida de generación en generación a través de expresiones verbales cotidianas, como puede ser precisamente la frase ‘Blanco Porcelana’, que se refiere a la blancura de la piel como símbolo de algo delicado y puro que otorga estatus social. Ariza reflexiona sobre este racismo velado, como una construcción cultural que sigue viva a través del lenguaje, y que responde a una clasificación racial que otorga y quita derechos de acuerdo al grado de blancura en la piel. La artista usa dibujos intervenidos, fotos familiares, polveras (maquillaje), testimonios familiares e históricos para cuestionar a la audiencia sobre su propia herencia cultural en relación con lo racial”.

(ii) “La obra trasciende el espacio de exposición y se inserta en el espacio público a través de intervenciones con textos, talleres, y acciones en la cadena FEDCO de productos de belleza, como una manera de llegar a otros públicos y enfatizar la importancia del tema

desde la faceta pedagógica”.

(iii) “El proyecto de Ariza parte de la propia experiencia de la artista en el marco familiar desde su infancia. A partir de esta experiencia cuestiona el hecho de sentirse inscrita en un contexto cultural donde el racismo se devela mediante el uso de expresiones en el lenguaje cotidiano. Esa experiencia la lleva a investigar y reconstruir la memoria familiar desde el punto de vista de cierta herencia cultural colonial, donde la blancura era un mecanismo de dominación de la élite criolla”.

(iv) “La autobiografía y la memoria familiar en este caso son una estrategia de investigación plástica como punto de partida válido para la creación de una obra que trasciende el contexto personal de la artista y se ubica en un terreno de interés común, que más que hacer señalamientos personales su intención es generar preguntas en la audiencia de la obra, acerca del racismo en el lenguaje en la Colombia contemporánea”.

(iv) “El uso de archivos fotográficos y testimonios es una de las estrategias plásticas que permite a la artista acercarse al tema de la persistencia del racismo colonial en el léxico actual. El uso del archivo familiar por una parte valida su percepción de la problemática gracias a la experiencia vivida como parte de un núcleo familiar; por otra parte el uso de este archivo es pertinente en cuanto el objetivo de las imágenes y las palabras no está en el señalamiento particular de ciertas personas, sino que está en la dimensión social e histórica que se tiene de la problemática. De esta manera el uso de estas imágenes, nombres, expresiones y testimonios que hacen parte de la obra, desde el punto de vista plástico, son totalmente válidos y relevantes dentro de la obra de Margarita Ariza”.

(vii) Destaca la importancia artística de la obra al señalar que “Blanco Porcelana es una obra artística aceptada y valorada por la comunidad artística en Colombia, como lo demuestra en primera instancia la beca de creación que obtuvo para su desarrollo así como la presentación en espacios de relevancia para el arte nacional como la Galería Valenzuela y Klenner entre otros y la favorable respuesta del público. Como obra de arte que parte de una investigación profesional y seria por parte de la artista y el colectivo vinculado al proyecto, cualquier exclusión forzada de una o varias de sus partes afecta la integridad de la misma. Las imágenes, nombres y testimonios se considera que hacen parte integral de la obra que debería poder presentarse tal y como fue concebida para la sala de exposición,

para web y para el espacio público”.

2.10 De la Biblioteca Piloto del Caribe

(i) En su concepto “Blanco Porcelana es fundamentalmente un proyecto de arte conceptual que se expresa a través de elementos literarios (un relato biográfico), una investigación iconográfica acerca del concepto de belleza (imágenes y prácticas culturales de belleza); una instalación que ubica en una cuna un video que ilustra con imágenes vivas prácticas de belleza que tienen a la artista como protagonista; y el desarrollo de una serie de dibujos intervenidos que tienen como imagen central un retrato de infancia de la artista, que recrean en su cabeza diversas imágenes de la historia del arte, imágenes que al situarse topológicamente en su cabeza están significando claramente la naturaleza de lo que constituyen las ideas y los prejuicios en el imaginario de alguien; una serie grabada de testimonios orales que ilustran con frases referidas al color de la piel diversas escenas de la vida familiar de la artista; entre otros desarrollos visuales, sonoros y conceptuales”.

(ii) Para el Director de la Biblioteca Piloto del Caribe “El diálogo de todas estas formas y modalidades de expresión arman el entramado de un código eminentemente estético que busca representar más allá de la anécdota familiar, más allá del referente visual de una foto, más allá de la misma vida personal de la artista, un problema histórico, social y cultural vigente en la vida y la historia de muchas familias colombianas y latinoamericanas, siendo esta realidad un motivo y un pretexto eminentemente loable para que el arte contemporáneo revele a través de nuevas prácticas y modos de representación nuevos modos de significar la experiencia desde lo estético y desde el análisis social y antropológico de las costumbres familiares, que no son más que modelos mentales que aún determinan e influyen la vida en nuestros países. Y el arte está semióticamente llamado a asumir estas realidades culturales para hacer de ellas nuevos textos para la interpretación. Entiéndase bien: nuevos textos para acercarnos racional y estéticamente a una interpretación del mundo que nos rodea”.

(iii) Recordando a teóricos como Roland Barthes y Sebastián Serrano, sostiene que el arte “no es la reproducción de la realidad; es la propuesta de una nueva realidad; una realidad otra; una realidad alterna que le sirve a los seres humanos como metáfora, como forma traslaticia de la realidad para entenderla y para cuestionarse frente a ella. En este caso, la

artista si bien es la autora es también un personaje, un símbolo, una representación; las voces familiares no pertenecen a la familia de la artista en particular: es la proyección de muchas voces, un verdadero coro griego que trasciende la especificidad anecdótica de una familia determinada; por razones de una semiótica del arte, la abuela que encarna el ideal del blanco porcelana no es ya la abuela de la artista; es una abuela arquetípica de Latinoamérica que encarna un ejemplo, un ideal de comportamiento y de belleza en una tradición familiar y cultural, innegable si se mira en el contexto del desarrollo social, político y cultural de toda Latinoamérica como conjunto”.

La historia de Blanco Porcelana, concluye, no es la historia de la abuela de la artista, sino de todas las abuelas que han sido referente y paradigma en sus familias. Y el servirse de la realidad con un propósito estético y conceptual es una de las libertades universales inalienables del artista”.

3. De los fallos objeto de revisión

3.1. Sentencia de primera instancia

El 26 de abril de 2012 el Juzgado Treinta y seis Penal Municipal de Bogotá, profirió sentencia de primera instancia en la que amparó los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre de los demandantes. Sin embargo, mediante proveído del 30 de mayo de 2012, el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas desde el auto admisorio de la demanda, dejando a salvo las pruebas practicadas, en razón a que el despacho de primera instancia no conformó en debida forma el contradictorio, comoquiera que no fueron notificadas de la demanda Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz.

Una vez subsanado el vicio detectado, el 28 de de junio de 2012, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal profirió sentencia de primera instancia en la que

amparó los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre de Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, al estimar que habrían sido vulnerados por Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labous, creadoras del proyecto Blanco Porcelana.

Como consecuencia de ello profirió las siguientes órdenes que deberían cumplir Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labous – Blanco Porcelana:

1. Retirar las páginas 3 a 7, 11 a 13, 25 a 27 y 29 a 31 de la cartilla titulada “Blanco Porcelana un cuento de Ada-S”, con número de registro ISBN:978-958-44-9421-4, y retirar de la página web www.blancoporcelana.com, las frases familiares en que se registran los nombres propios de las accionantes y de sus ancestros, y, retirar y destruir las fotografías, carteles y objetos que contienen los nombres propios de los accionantes, así como de sus antepasados. Para el efecto, concedió un plazo de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo.

2. A través de la página web www.blancoporcelana.com, efectuar una retractación o aclaración sobre los temas objeto de la presente acción de tutela.

Como fundamentos de la decisión se expusieron los siguientes:

(i) De las manifestaciones de los demandantes, corroboradas con la versión de la accionada Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, se constata que no medió autorización para la publicación de los nombres de los accionantes y sus familiares, constituyéndose tal hecho en una evidente vulneración del derecho a la intimidad, y una afectación al buen nombre.

(ii) Luego de citar apartes de la sentencia SU-056 de 1995, sostiene que la ponderación de derechos entre la libertad de expresión plasmada en una obra artística y literaria, y la intimidad personal, conduce a que la obra no pueda consignar datos que afecten la intimidad u otro derecho fundamental. En el caso sometido a examen, destaca, los accionantes pueden ser enteramente identificados con sus fotografías, sus nombres propios, situaciones y vivencias que atañen únicamente a su esfera personal y que fueron expuestos a la luz pública, lo que comporta una flagrante vulneración a la intimidad y al buen nombre.

(iv) Consideró que el derecho a la imagen, es autónomo, que puede ser lesionado de manera concurrente o independiente de los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. Este derecho, subraya, es inherente a la persona en cuanto constituye una expresión de su individualidad e identidad, y se encuentra directamente ligado a su dignidad y libertad.

(v) Sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela señala que el proceso penal no reviste las condiciones de idoneidad y eficacia para la protección inmediata de los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la intimidad, y al control sobre la propia imagen, teniendo en cuenta las especificidades del caso concreto y la naturaleza de las pretensiones de los actores, imposibles de satisfacer oportuna y cabalmente en el ámbito de un proceso penal.

(vi) Estima que una vez constatada la violación a los derechos fundamentales de los actores, como consecuencia de una acción arbitraria atribuible a la demandada, para su protección inmediata resultan suficientes las órdenes que se profieran a través del fallo de tutela, en tanto que para efectos de las consecuencias puramente económicas de tal actuación, los afectados podrán acudir a la acción ordinaria, si lo consideran necesario.

(vii) El fallo se profirió en contra de Margarita Ariza, Andrea Quintero y Mazal Blanco Labuoz. Estimó el despacho que las dos últimas, son igualmente responsables, a pesar de que señalan en sus intervenciones procesales que su participación se limitó a efectuar aportes de contenido gráfico y ortográfico, respecto de una obra que ya había sido creada cuando se conformó el colectivo, lo que implica que no hubiesen participado en la investigación y elección editorial. Para el juzgado lo que resulta relevante para efectos de la responsabilidad colectiva es que la elaboración del proyecto incluía la participación conjunta y el aporte individual de las tres integrantes de la unión temporal “Blanco Porcelana”, cuyo objetivo fue presentar el proyecto para el concurso y por ende, independientemente de que las accionadas hayan dado por terminada la empresa temporal constituida, cada uno de ellos al obtener el premio por el concurso, necesariamente, además de recibir ganancias económicas, recibieron un reconocimiento cultural a nivel nacional e internacional que conllevó la publicación y circulación de ese proyecto.

Impugnación

Ada Ruth Margarita Ariza, a través de apoderado, presentó impugnación contra el fallo de primera instancia en la que solicitó la nulidad de la sentencia de primer grado, aduciendo que el juez se extralimitó en sus funciones al afirmar la existencia de los delitos de injuria y calumnia. En subsidio, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia. Como sustento de su solicitud expuso los siguientes argumentos:

(i) Indicó que el juzgado de primera instancia no tomó en cuenta que todos los seres humanos podemos tomar de referencia nuestras autobiografías y vivencias para la creación de cualquier proyecto artístico. La artista demandada hace un llamado a la reflexión, con alto contenido de socialización, sin calificar o deshonrar conducta alguna.

(ii) Señaló que la obra de arte Blanco Porcelana y su cartilla un Cuento de Ada S, tiene su origen en conocimientos autobiográficos, que además son reproducidos en gran parte de la sociedad colombiana, por tratarse de innumerables expresiones populares, vinculadas con épocas específicas y que en la actualidad aún se observan, por estar sociológicamente ligadas a nuestra idiosincrasia.

(iii) Destacó que la creación artística de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, en lo referente a “los ideales de belleza”, en nada desdice de la calidad humana de las personas mencionadas, pues evoca elementos generales e idiosincrásicos conocidos por ella, a través de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en su labor formadora. Y, precisamente, por la formación obtenida en ese núcleo familiar eleva una invitación para reflexionar, desde un punto de vista artístico, sobre algunos aspectos, sin calificar los mismos.

(iv) En lo relacionado con la publicación de fotografías, resaltó que es importante tener presente, que el artículo 36 de la Ley 23 de 1982, dispone que “La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”. Recuerda, además, que la artista acusada obtuvo las fotografías que hacen parte de la obra “Blanco Porcelana” con la colaboración de su mamá y algunos de sus familiares, y que el acceso a ellas fue pacífico y corresponde al derecho al uso y goce que tiene en relación con sus recuerdos y vivencias familiares. Así las cosas, no se presenta vulneración al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

(v) En cuanto al presunto comportamiento punible a que alude el fallo (injuria y calumnia), enfatizó que el escenario de la acción de tutela no es el foro adecuado para una discusión de esta naturaleza, ya que es claro que la artista no se encuentra incurso en un comportamiento punitivo. El fallo pretende convertir en delito una creación artística, a pesar de que esta “no es consecuencia de una meditación racional, sino cristalización de una

experiencia de los sentidos”.

(vi) Manifestó que se debe considerar el derecho a la libertad de expresión de la artista Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, lo que implica no solamente el derecho a la difusión de su trabajo creativo, sino el de la sociedad a recibir informaciones de toda índole y en especial aquella catalogada como de interés público.

(viii) Expuso que revelar las prácticas ocultas y cotidianas de discriminación, como lo pretende el proyecto Blanco Porcelana, ha sido fundamental en la lucha por la igualdad de los seres humanos. Dicha obra “invita a la reflexión y superación del tipo de discriminación más nocivo para la sociedad, puesto que permanece oculto e invisible en nuestras comunidades: el inconciente y heredado desde la época colonial, referido tanto a los afroamericanos, como a los indígenas”[3].

(ix) Insistió en que Blanco Porcelana es una obra tan importante para el interés público que la Secretaría Distrital de Cultura, Patrimonio y Turismo del Distrito de Barranquilla, le otorgó uno de los premios del Portafolio de Estímulos 2011 en la categoría de Creación y Circulación en Artes Plásticas, de donde deduce que el mismo Estado colombiano ha reconocido la vital importancia para la sociedad de la obra artística de la demandada, la cual además ha tenido amplia acogida en la comunidad artística y académica colombiana.

(x) Señala que al analizar la función de los artistas y su responsabilidad social debe tenerse en cuenta que aquellos, por medio de distintas expresiones y técnicas, generan reflexiones, muchas veces polémicas, en la esfera individual y colectiva e institucional. Son ellos, los artistas, los llamados a presentar y denunciar de manera artística y no violenta, los grandes logros o problemas de las sociedades en aras de lograr cambios estructurales y crecimiento espiritual. El arte permite esa reflexión interior de cada individuo, y ese impacto social, que otorga la posibilidad de repensar muchas cosas, motiva cambios, y permite crecimiento humano en las comunidades.

(xi) Si se acepta la tesis de las accionantes, acogida por el fallo, se llegaría a la prohibición de géneros literarios tan importantes como la autobiografía o el relato, representados en la obra “Antes que anochezca” de Reinaldo Arenas, o “Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia” de la líder indígena guatemalteca.

(xii) Evoca que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión tiene especial importancia y exige una mayor protección por parte del Estado en los casos en que lo publicado sea de interés general. Subraya que el especial interés de la CIDH en la protección de la libertad de expresión en materia de interés público se justifica en la función garantizadora de la democracia que cumple este derecho. Destaca que conforme a la jurisprudencia de este organismo, cuanto más importante sea un tema para la conservación y fortalecimiento de la democracia, tanto más debe protegerse su difusión y su recepción”[4].

Sostiene que en el presente caso no concurren los requisitos que, conforme a la jurisprudencia de la CIDH, deben estar presentes para que pueda restringirse ulteriormente el derecho a la libertad de expresión, a saber: a) estricta formulación de la norma que consagra la limitación o la restricción; b) idoneidad de la restricción; c) necesidad de la medida; d) estricta proporcionalidad.

(x) Concluye señalando que no se ha demostrado la vulneración al derecho a la honra o a la intimidad de las accionantes con la publicación de la obra “Blanco porcelana”; la orden proferida por el juez de tutela es desproporcionada puesto que no existe una ley previa que justifique la restricción ulterior al derecho a la libertad de expresión de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar; las expresiones que supuestamente atentan contra la honra y la intimidad de las accionantes hacen parte de lo que la Corte Interamericana ha llamado “fuentes abiertas”, y por tanto no son protegidas por el derecho a la intimidad y a la honra; por ende el derecho a la libertad de expresión de la demandada debe ser protegido, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por ende, revocarse todas las restricciones impuestas por el fallo de primera instancia.

3.2. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento, negó la nulidad solicitada y confirmó la sentencia que amparó los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre de los demandantes. Sin embargo, modificó el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida en el sentido de:

“Ordenar a Margarita Ariza Aguilar, Andrea Andrade Quintero y Mazal Blanco Labouz, cambiar, reemplazar o sustituir en su totalidad, las fotografías, nombres y sobre nombres de

los accionantes, ancestros y familiares que aparezcan dentro de la cartilla Blanco Porcelana “Un cuento de Ada-s” con nº de registro ISBN:978-958-44-9421-4 y retirar de la página web www.blancoporcelana.com anuncios, carteles y demás objetos publicitarios los nombres, sobre nombres de los accionantes, ancestros y familiares, y fotografías personales y familiares de los mismos, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo”.

Como fundamentos de su decisión expuso los siguientes:

(i) La solicitud de nulidad formulada por el impugnante no está llamada a prosperar comoquiera que no se evidencia que la decisión del juez de primera instancia sea producto de una extralimitación de funciones reflejada en haber emitido pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de los demandados. Las referencias a los tipos penales de injuria y calumnia efectuadas por el a-quo se inscriben en el análisis de la subsidiariedad a efecto de descartar la existencia de otro mecanismo judicial eficaz para la defensa de los derechos invocados.

(ii) Indica que a pesar de que el derecho a la intimidad es “un derecho absoluto, el mismo puede ser objeto de limitaciones o interferencias” ya sea por la propia voluntad del concernido, o por razones justificadas como la relevancia pública del individuo, circunstancias que no concurren en el caso bajo estudio.

(iii) El hecho de que la creación literaria que se cuestiona sea parcialmente autobiográfica, nutrida un poco de imaginación y vivencias propias, no releva a la autora del respeto de los derechos a la intimidad y al buen nombre. Es cierto que la cartilla como creación intelectual debe ser objeto de protección “pero sobre este prima el derecho a la intimidad pues al contener la creación literaria datos personales susceptibles de no ser conocidos, puede vulnerar el derecho a la intimidad, pues a pesar que no puede indicarse que los mismos carecen de verdad e imparcialidad, lo cierto es que no se cuenta con autorización de las personas que allí aparecen para revelar no solo sus nombres, sino además sus fotografías”.

(iv) El hecho de que una de las demandadas haga parte del núcleo familiar de las accionantes, no excluye la vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre y a la intimidad, puesto que su respeto también puede reclamarse a los demás miembros de la familia.

(v) Reconoce que la cartilla creada por la señora Ada Ruth Margarita Ariza tiene un propósito educativo, cuyo fin es tratar un tema de importancia social como es el racismo, esto no implica que “nos encontremos en presencia de una obra de trascendencia pública, que amerite soslayar y desconocer los derechos de sus propios consanguíneos”.

(v) Sostiene que tampoco es posible predicar “que nos encontremos en presencia de una vulneración moderada, mínima o insignificante, pues si bien debe ponderarse la libertad de expresión, opinión y pensamiento a la cual tiene derecho la señora Ada Ruth, con los derechos de los accionantes, quienes en últimas son los personajes de su obra, no puede pasarse por alto que todos ellos son identificables ampliamente no solo por sus nombres, sobre nombres, sino por la exposición de las fotografías que de ellos se hace”.

(vi) Los personajes utilizados en la cartilla no son figuras públicas; las manifestaciones y afirmaciones efectuadas conciernen al ámbito privado de las accionantes, en tanto describen actividades personales como sus profesiones, las zonas del país donde residían, sus quebrantos de salud o enfermedades, los juegos y diálogos que al interior de la familia se sostenían.

(vi) Concluye señalando que le asiste razón a la primera instancia al amparar los derechos fundamentales que por vía de tutela se reclaman. En consecuencia, considera acertada la orden de retirar de la página web y de los carteles y objetos utilizados, los nombres y fotografías de los accionantes y sus ancestros. Sin embargo, considera desproporcionada la orden de retirar de la cartilla Blanco Porcelana un cuento de Ada-s las páginas 3 a 7, 11 a 13, 25 a 27 y 29 a 31, pues con ello se fraccionaría la totalidad de una obra y por tanto se destruiría la misma. A juicio de este despacho “basta con ordenar a su creadora que proceda a cambiar, reemplazar o sustituir los nombres y sobrenombres de cada uno de los accionantes, de sus ancestros y familiares, y retirar y reemplazar cada una de las fotografías”.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos

31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013), expedido por la Sala de Selección Número Doce de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

Presentación del caso, problemas jurídicos y estructura de la decisión

2. Los señores Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, instauraron acción de tutela en contra de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar (familiar de los demandantes), Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre, vulnerados a su juicio, por la divulgación del proyecto Blanco Porcelana.

El mencionado proyecto incluye la exposición de algunos videos, expresiones plásticas y objetos cotidianos pertenecientes a la familia de la artista Margarita Ariza, tales como cunas, tocadores, productos de belleza para aclarar la piel y fotografías de los miembros de la familia de la artista. Además, la exposición incluye una cartilla llamada “Un Cuento de Ada S” creada por Ada Ruth Margarita Ariza, en la que la artista describe acontecimientos de su infancia como los juegos entre las niñas de la familia y las reacciones familiares ante hechos como el nacimiento de los bebés de la familia, resaltando frases como: “este nació blanco, limpiecito”; “(...) nació morenito, pero vieras la alegría que me dio porque sacó el pelo liso”, “es una negra pero fina, tiene facciones de blanca”, entre otras. Para ilustrar la cartilla la autora utiliza las fotos de sus familiares, identificándolas con el nombre correspondiente. Para la artista las frases familiares que evoca en la cartilla pretenden subrayar, mediante la propia historia, el racismo como “una construcción cultural incuestionada.”

De otra parte, afirman los demandantes que ellos nunca prestaron su autorización para la difusión pública de las fotos ni de su historia familiar, por lo que la exposición pública de esta información realizada por la artista, vulnera su derecho a la intimidad. Adicionalmente, estiman que se quebranta su derecho al buen nombre, comoquiera que el material cuestionado hace una conexión denigrante entre su comportamiento y el de sus ancestros con el racismo, por lo que en últimas se les estaría acusando de racistas. Por su parte, las

artistas demandadas afirman en su defensa que su obra está protegida por los derechos a la libertad de expresión y de creación artística, y por ende cualquier restricción que se imponga a la divulgación de la obra atentaría contra los mencionados derechos fundamentales.

3. Los jueces de instancia, consideraron que la obra Blanco Porcelana vulneraba el derecho a la intimidad de los familiares de Margarita Ariza, y ordenaron retirar de la página web y de los carteles y objetos utilizados, los nombres y fotografías de los accionantes y sus ancestros. Adicionalmente, se dispuso (juez de segunda instancia) ordenar a la autora el cambio, reemplazo o sustitución de los nombres y sobrenombres de cada uno de los accionantes, de sus ancestros y familiares, y retirar y reemplazar cada una de las fotografías.

4. Conforme a los mencionados antecedentes, identifica la Sala un aspecto procedimental, que aunque no fue objeto de debate ni consideración por parte de los jueces de instancia, estima la Sala necesario pronunciarse previamente. Se trata de la procedibilidad de la acción de tutela desde el punto de vista de su legitimación pasiva, teniendo en cuenta que la demanda se dirige contra tres personas de condición particular.

5. De superarse este aspecto procesal, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico central: ¿Se vulnera el derecho a la intimidad y al buen nombre de los demandantes, quienes son familiares de una de la creadoras del proyecto Blanco Porcelana, con la difusión, no autorizada, a través de diferentes medios, de una propuesta artística que contiene información e imágenes sobre episodios relevantes de la niñez y de la vida familiar de la artista, en las que plasma su percepción sobre el fenómeno del racismo?

Para absolver esta cuestión central la Corte deberá dar respuesta a otros interrogantes subyacentes: (i) ¿De acuerdo con la naturaleza del Proyecto Blanco Porcelana, este constituye un objeto especialmente protegido por la libertad de expresión y por ende, su divulgación se encuentra amparada por dicha garantía?; (ii) los datos contenidos en la cartilla “Un cuento de Ada S” que forma parte del proyecto envuelven una información o la expresión de una opinión de la autora?; (iii) absueltos los anteriores interrogantes, se debe establecer si el derecho a la intimidad debe ceder ante el derecho a la libertad de expresión, o viceversa; (iv) y finalmente, las referencias familiares que contiene la cartilla

desconocen el derecho al buen nombre de los demandantes?

En procura de resolver los anteriores interrogantes de fondo, la Corte hará referencia a las siguientes materias: (i) El fenómeno del racismo en Colombia, y las finalidades del Proyecto Blanco Porcelana; (iii) el alcance del derecho a la libertad de expresión, con especial referencia a la protección de la creación artística, y la información de interés público; (iv) el alcance de los derechos a la intimidad y al buen nombre; (v) el examen del caso concreto, a partir del marco establecido y la ponderación de los derechos en conflicto.

Cuestión Preliminar. Procedibilidad de la acción de tutela contra particulares en situación de indefensión

6. Tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela está establecida, como regla general, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas frente a la amenaza o vulneración provenientes de acciones u omisiones imputables a autoridades públicas. Sólo de manera excepcional, y ante la consideración de que las personas no siempre se encuentran en un plano de igualdad[5], se contempla la posibilidad de su ejercicio contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público, o (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Art. 86, inciso 5º C.P. y artículo 42 D. 2591 de 1991).

7. En el caso objeto de estudio, es evidente que no se está ante ninguno de los dos primeros presupuestos mencionados en el párrafo anterior, toda vez que las artistas que presuntamente vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes no se encargan de la prestación de un servicio público y, además, de su conducta no se puede derivar una afectación grave y directa al interés colectivo. Sin embargo, es preciso establecer si existe o no un estado de subordinación o indefensión por parte de los accionantes frente a las demandadas y, en caso de ser así, si por dicho motivo, es procedente esta acción.

La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo[6]. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a

otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos[7].

Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales[8].

Al delimitar el alcance conceptual de la indefensión como criterio para legitimar la tutela contra particulares, ha precisado la Corte que ésta “(...) no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)”[9].

8. En el caso sometido a examen de la Corte en esta oportunidad, es evidente que no se configura un estado de subordinación de acuerdo a los parámetros adoptados por esta Corporación, pues no concurre en los demandantes ninguna relación jurídica de dependencia respecto de las demandas. El vínculo de consanguinidad existente entre los actores y una de las demandas no tiene la entidad para estructurar una eventual relación de dependencia o subordinación.

Ahora bien, en lo que concierne a una posible relación de indefensión en que podrían haber sido colocados los actores en la situación concreta, encuentra la Sala que atendiendo al contenido fáctico de esta hipótesis, sí es posible configurar una situación de esta naturaleza, comoquiera que para la difusión de los diferentes elementos que integran la propuesta “Blanco Porcelana” las demandadas se valieron de diversos medios de comunicación como el internet y las redes sociales.

En efecto, tal como se reseña en la demanda la cartilla “Un cuento de Ada S” fue divulgada a través de internet, en la plataforma de comunicaciones “Zona cero”, en tanto que los demás elementos que integran la propuesta fueron expuestos por diversos medios de difusión, convencionales y alternativos, como por ejemplo las exposiciones en galerías y la publicación en sitios abiertos al público, caracterizados por gran afluencia de público. De hecho, uno de los propósitos de la obra era el de generar un gran impacto social que

propiciara una reflexión colectiva sobre sus contenidos.

Las modalidades de divulgación utilizadas colocaron a los demandantes en una situación fáctica de indefensión frente a las demandadas, comoquiera que se trataba de medios de gran impacto y con un amplio espectro de difusión, respecto de los cuales las demandantes carecían de todo control. En efecto los demandantes no podían activar ningún mecanismo directo para que los objetos comunicativos que cuestionaban, por considerarlos una injerencia indebida en su vida privada, fuesen retirados de la red o de los espacios físicos en que fueron expuestos.

Esta Corporación ha reconocido como una expresión de debilidad manifiesta constitutiva de estado de indefensión, la circunstancia fáctica de inferioridad que produce la divulgación de información u otras expresiones comunicativas, por medios que producen un amplio impacto social y que trasciende al entorno social en el que se desenvuelven los concernidos[10]. Específicamente ha considerado que la divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook configura una situación fáctica de indefensión por cuanto la parte demandada tiene un poder amplio de disposición sobre estos objetos, así como el control de los medios de publicidad en que aparecen los mismos, en cuanto detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación[11].

En las razones expuestas fundamenta la Sala la concurrencia del requisito procesal de legitimación pasiva, por lo que procederá al estudio de fondo de la tutela interpuesta, conforme al plan trazado en el fundamento 5.

El fenómeno del racismo en Colombia y los objetivos del proyecto Blanco Porcelana

9. La Constitución Política de Colombia consagra el derecho a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural[12], como pilares esenciales del Estado. Adicionalmente el estado colombiano, ha ratificado los tratados de derechos humanos relativos a la protección del derecho a la igualdad y a la etnicidad, específicamente la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CIEDR)[13] y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales[14]. Así mismo, se han presentado, en las últimas dos décadas, algunos desarrollos legislativos encaminados a combatir la discriminación racial[15] a la vez que se han impulsado políticas públicas orientadas a promover acciones en favor de la

población afrocolombiana y en contra de la discriminación racial[16].

10. Sin embargo, los datos suministrados por informes académicos, especializados en hacer seguimiento al fenómeno de la discriminación racial, por organismos internacionales y por la propia jurisprudencia de esta corporación[17], coinciden en señalar que el racismo en Colombia representa un problema de gran envergadura que se encuentra profundamente arraigado en la sociedad, y que es contrario a los principios morales y éticos de la humanidad, a la naturaleza de las relaciones entre los estados, a los derechos al desarrollo integral de los seres y grupos humanos y al principio de igualdad. A pesar de considerarse una práctica extendida y arraigada en la sociedad colombiana, es objeto de la negación sistemática por parte de la sociedad y en ocasiones de las autoridades, lo que ha conducido a su escasa visibilización.

11. En este sentido resulta relevante mencionar, como lo destaca el informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana denominado “Raza y Derechos Humanos en Colombia”[18], la existencia de patrones estructurales de discriminación racial en Colombia, los cuales se proyectan en la sistemática precariedad de las condiciones básicas de vida de esta población. Se identifica en el estudio un efecto específico de la identidad étnico-racial sobre esta situación precaria:

“Las cifras analizadas a lo largo de este capítulo[19] ofrecen indicios múltiples y sólidos de la existencia de patrones estructurales de discriminación racial en Colombia. En contravía del mito de la democracia y la igualdad racial predominantes en la sociedad y el Estado colombiano, las cifras muestran claramente la existencia de dos fenómenos. De un lado, la precariedad de la situación de la gente negra es sistemática. Como se vio, es patente en todos los indicadores relativos a condiciones básicas de vida digna, desde las tasas de mortalidad infantil y esperanza de vida hasta los relativos a pobreza e indigencia.

De otro lado, las cifras sugieren que hay un efecto específico de la identidad étnico-racial sobre esta situación precaria. En contraste con el argumento frecuente de las autoridades públicas -según el cual la marginalidad de los afrocolombianos es la misma que la de la población colombiana en general-, el análisis precedente muestra que existen diferencias sistemáticas entre los afrocolombianos y los mestizos. La evidencia de esta brecha aumenta cuando se consideran otras variables sociales y económicas, como los ingresos y el nivel

ocupacional. Independientemente del enfoque utilizado para medir la pirámide social colombiana, se concluye que los afrocolombianos están claramente ubicados en las clases y estratos más desaventajados”[20]

El informe, luego de señalar que pese a las obligaciones emanadas de la condición de Estado Parte de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial[21], hasta el año de 2008 el Estado colombiano no se había pronunciado sobre el problema de discriminación racial en los exámenes periódicos surtidos ante el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, concluye que en Colombia el racismo comienza por la negación de la existencia de discriminación por parte del Estado y de la sociedad.

12. En el ámbito internacional, a través de diversas declaraciones, reportes e informes se ha reconocido la existencia estructural de manifestaciones racistas en Colombia, se han condenado estas prácticas de discriminación, e identificado el conjunto de valores superlativos que con ellas se vulneran o menoscaban a la humanidad, como la paz, la democracia, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la honra y la diversidad étnica y cultural. Además, todos esos instrumentos internacionales coinciden en exigir la existencia de mecanismos judiciales eficaces a partir de los cuales se protejan a las víctimas de cualquier acto de segregación.

12.1. Así por ejemplo, la declaración sobre la raza y los prejuicios raciales[22] de la UNESCO al efectuar un balance entre la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia, y las formas de segregación, consignó:

“Observando con la más viva preocupación que el racismo, la discriminación racial, el colonialismo y el apartheid siguen causando estragos en el mundo bajo formas siempre renovadas, tanto por el mantenimiento de disposiciones legislativas y de prácticas de gobierno y de administración contrarias a los principios de los derechos humanos, como por la permanencia de estructuras políticas y sociales y de relaciones y actitudes caracterizadas por la injusticia y el desprecio de la persona humana y que engendran la exclusión, la humillación y la explotación, o la asimilación forzada de los miembros de grupos desfavorecidos”.

En este marco estableció la noción de racismo y lo catalogó como contrario a los principios

morales y éticos de la humanidad, a la naturaleza de las relaciones entre los estados, a los derechos al desarrollo integral de los seres y grupos humanos y al principio de igualdad[23]:

“2. El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales” [24].

12.2 Siguiendo este mismo derrotero, en las observaciones finales que para Colombia efectuó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el año 1999[25], se reconoció:

“3. El Comité acoge con satisfacción, en particular, la sinceridad con que el Estado parte reconoce que las comunidades afrocolombiana e indígena siguen siendo víctimas de discriminación racial sistemática, lo cual ha dado lugar a que esas comunidades sean objeto de marginación, pobreza y vulnerabilidad a la violencia.

(...)

“17. Se expresa también preocupación por la información que los medios de difusión proporcionan sobre las comunidades minoritarias, incluida la constante popularidad de los programas de televisión en que se promueven estereotipos basados en la raza o el origen étnico. El Comité señala que esos estereotipos contribuyen a reforzar el ciclo de violencia y marginación que ya ha tenido graves repercusiones en los derechos de las comunidades históricamente desfavorecidas de Colombia”.

12.3. A similares conclusiones llegó el “Tercer informe sobre la situación de los derechos

humanos en Colombia”[26] en el que se consignan las formas y manifestaciones de segregación en Colombia, de la siguiente manera:

12.4. Para el año 2004 la situación no había cambiado sustancialmente. En efecto, el informe “Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Todas las Formas de Discriminación” presentado en 2004 por el Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia, que da cuenta de una visita a Colombia, sostiene que las acciones gubernamentales tienen un impacto débil en la mejora de la situación de goce de derechos de las personas afrocolombianas en nuestro país, puesto que el 82% de los afrocolombianos viven con necesidades básicas insatisfechas, el 79% vive en situación de extrema pobreza y el 42% no tiene empleo. Además, indica que el nivel de analfabetismo entre los afrocolombianos triplica el de la población general y que solo un 2% accede a estudios de educación superior[27].

12.5 En el año 2009, estos mismos aspectos son destacados en las “Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la Visita del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes Contra la Discriminación Racial a la República De Colombia”. En este documento, la Comisión consigna su preocupación por la situación de derechos humanos de las personas afrocolombianas en nuestro país. Destaca especialmente los problemas relacionados con la pobreza y la exclusión de este grupo; el impacto del conflicto armado sobre los derechos de esta población; la falta de esclarecimiento de los crímenes perpetrados contra personas afrocolombianas; y las limitaciones que pesan sobre el disfrute de la propiedad colectiva sobre la tierra[28].

Un aspecto significativo de este informe es que establece una relación directa entre el racismo y la discriminación estructural padecida históricamente, y las limitaciones que la población afrocolombiana tiene para acceder a los servicios públicos básicos y a los derechos sociales. Sobre el particular el informe señala:

“Las disparidades entre las condiciones sociales y económicas de los afrodescendientes de Colombia y el resto de la población nacional están estrechamente vinculadas a la discriminación estructural padecida históricamente por los afrocolombianos y que persiste hoy. La falta de acceso equitativo y efectivo a servicios sociales obstaculiza la inclusión social de esta población.

En suma, a pesar del diseño de políticas públicas destinadas a promover el desarrollo de la población afrocolombiana, éstas no han sido implementadas en forma efectiva y el logro de resultados en términos del goce igualitario de derechos y la superación de la discriminación estructural continúa presentándose como un gran desafío.”[29]

Es igualmente relevante que el mencionado informe ponga de relieve la negación, a nivel institucional, del racismo y la discriminación racial en Colombia, a pesar de la existencia de cifras que indican de manera contundente la persistencia de un fenómeno de racismo histórico, estructural y arraigado en la sociedad colombiana. Al respecto señala la Comisión:

“Preocupa a la Comisión la ausencia de una política amplia de fomento de la igualdad racial, la inclusión social de las comunidades afrodescendientes marginadas y la no discriminación, por medios administrativos, legislativos, judiciales e institucionales. A pesar de la historia de exclusión social, pobreza e invisibilidad que afecta a este segmento de la población, aun no existe un claro reconocimiento oficial de la situación de discriminación estructural que aqueja a los afrocolombianos. Durante su visita, el Relator observó que en algunos casos, las autoridades reconocieron que la discriminación racial se ha perpetuado en la sociedad colombiana, sin embargo negaron el impacto de la discriminación en el goce equitativo de los derechos de los afrocolombianos y su acceso a servicios básicos.”[30]

Los informes reseñados ponen de manifiesto la situación de racismo estructural que afronta Colombia, y sus efectos en materia de goce efectivo de derechos de las personas afrocolombiana.

13. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido también que las comunidades afrocolombianas han sido sometidas históricamente a la marginalidad y exclusión históricas en el país, y en varios casos ha declarado que las personas afrocolombianas han sido discriminadas y sometidas en ocasiones a prácticas racistas.

13.1. En uno de los fallos más significativos sobre el fenómeno del racismo (sentencia T-1090 de 2005)[31], la Corte fue enfática en señalar que la Constitución proscribe cualquier tipo de discriminación, entre ellas, la que se deriva de razones raciales, y definió este hecho como:

“Un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende-consciente o inconscientemente-anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente a la persona.”

Consideró la Corte que comoquiera que la población afrocolombiana ha sido objeto de desprecio y maltrato sistemático e histórico en razón de su raza, y que este constituye un criterio sospechoso de diferenciación, y por ende un factor de discriminación, las medidas legislativas y administrativas y las demás decisiones que se basen en un criterio racial deben ser sometidas a un estricto escrutinio, so pena de ser consideradas violatorias del principio de no discriminación.

13.2. Adicionalmente, con base en el principio de igualdad material, la Corte ha llamado la atención sobre la necesidad de que las autoridades adopten acciones afirmativas orientadas a reestablecer el goce equitativo de los derechos de las comunidades afrocolombianas. En la sentencia T-422 de 1996 la Corte Constitucional señaló que:

“(...) la raza no puede generalmente dar pie a un tratamiento distinto en la ley. Pero, como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.”

A partir de la reseña anterior se puede concluir que de conformidad con los tratados internacionales que proscriben la discriminación racial, los datos provistos por los informes

académicos y los reportes arrojados por los organismos internacionales que monitorean el fenómeno de la discriminación racial, al igual que la jurisprudencia de esta Corte, en Colombia el racismo es un problema estructural con un fuerte arraigo social, que reviste gran envergadura. Se puede sostener así mismo que existe una relación directa entre el racismo, esto es, la creencia que los rasgos físicos o la pertenencia de una persona a un determinado grupo étnico otorgan una mayor valía a ciertos individuos, y las múltiples formas de violencia y vulneración de derechos humanos que sufre la población afrocolombiana.

Los datos reseñados evidencian también que se trata de un fenómeno invisibilizado y negado tanto por la sociedad como las autoridades. Por esta razón, es preciso hacer referencia a la raíz que subyace en esa forma de racismo velado, presente en expresiones, actitudes y valoraciones cotidianas, aparentemente inocuas, que han sido objeto de importantes estudios sociológicos que las relacionan con un legado de estructuras coloniales como “el discurso de limpieza de la sangre y el dispositivo colonial de la blancura”.

El racismo velado como legado del discurso de la limpieza de la sangre y el dispositivo colonial de la blancura, utilizado como estrategia de clasificación y movilidad social

14. Las artistas acusadas y algunos de los intervinientes, destacan que la reflexión que pretende provocar el proyecto Blanco Porcelana no se centra en formas violentas, y ni siquiera explícitas de segregación racial, sino en expresiones de racismo veladas, camufladas en la cotidianidad, e incluso aceptadas socialmente, frente a las cuales resulta más difícil asumir una postura crítica, la cual debe pasar necesariamente por su identificación y su reconocimiento. Desde una perspectiva sociológica esta dimensión del fenómeno del racismo ha sido estudiada vinculándola con estructuras coloniales fundadas en la superioridad étnica de unas poblaciones sobre otras, concepción con profundo arraigo en la subjetividad de los actores sociales de los países latinoamericanos.

15. En referencia a lo que algunos teóricos del poscolonialismo latinoamericano[32] han denominado el dispositivo colonial de la blancura, Santiago Castro - Gómez explica que “desde el comienzo mismo de la acción colonizadora en el territorio neogranadino, el fenotipo de los individuos (blanco, negro, indio, mestizo) determinó su posición en el

espacio social y, por lo tanto, su capacidad de acceso a aquellos bienes culturales y políticos que podían ser traducidos en términos de distinción”[33]. La racionalidad básica de este dispositivo de blancura radicaba en el ordenamiento social de la población conforme a una jerarquía fundada en la limpieza de sangre. En este sentido, constituyó una de las estrategias utilizadas por la élite colonial neogranadina para establecer un imaginario cultural de blancura que trazara una frontera étnica que impidiera la mezcla de sangre con indios, negros, mulatos o mestizos[34].

16. El discurso de la pureza de la sangre, destaca Castro-Gómez, era el eje alrededor del cual se construía la subjetividad de los actores sociales de la Nueva Granada. Sin embargo, se trataba de un ideal a alcanzar, de un símbolo de estatus, dado que “lo importante aquí no era ser realmente ‘blancos’ puesto que casi ningún miembro de la élite criolla podía probar su pretensión de nobleza, sino escenificar socialmente como blancos y ser aceptados como tales por los estratos sociales más preeminentes. Por esta razón la blancura no tenía que ver estrictamente con el color de la piel, sino que designaba, por encima de todo, el tipo de riqueza y encumbramiento social. La blancura, como diría Bourdieu[35], era un capital cultural que permitía a las élites criollas diferenciarse socialmente de otros grupos y legitimar su dominio sobre ellos en términos de distinción. La blancura es pues, primordialmente un estilo de vida demostrado públicamente por los estratos más altos de la sociedad y deseado por todos los demás grupos sociales”[36].

17. La limpieza de la sangre operó como un discurso hegemónico de subjetivización, que, por ende, demarcaba el modo en que los individuos se pensaban y relacionaban consigo mismos en la Nueva Granada colonial. Sin embargo, este discurso “no fue construido a partir de teorías filosóficas o ideas aprendidas en libros, sino de prácticas culturales inscritas en una red de saber/poder que siguiendo a Mignolo y Quijano he denominado la colonialidad del poder. El dispositivo de blancura se formó al calor de la batalla entablada en contra de otros grupos por la posesión de privilegios sociales, utilizando para ello un conjunto de estrategias de distanciamiento cultural. Sin embargo (...) las comunidades sometidas no fueron jamás elementos pasivos, funcionales al sistema colonial del Apartheid, sino que utilizaron el dispositivo de blancura para posicionarse de forma ventajosa en el espacio social. Siendo la blancura el capital cultural más apreciado no resulta extraño que los miembros de las castas intentaran “blanquearse” paulatinamente como medio para luchar por la hegemonía”. De esta manera, “la cultura del dominador se convirtió en una

“seducción que daba acceso al poder” y los grupos subalternos intentaron apropiarse del capital cultural de la blancura y utilizarlo como instrumento de movilización social. La europeización cultural se convirtió en una aspiración compartida por todos, pero utilizada de diferentes maneras según la posición ocupada por los agentes en el espacio social”[37].

18. El discurso de limpieza de sangre, fundado en el concepto de blancura fue así “un principio de subjetivación compartido por dominadores y dominados, que sirvió como matriz catalizadora de los conflictos de la Nueva Granada, durante los siglos XVI a XVIII (...) No solamente el color de la piel sino en general el fenotipo de una persona jugaba un papel fundamental en el discurso de la limpieza de la sangre que los criollos neogranadinos buscaban a toda costa defender como un capital cultural heredado de la blancura, sobre todo cuando este era amenazado por individuos de raza negra” [38]

19. La jurisprudencia de esta Corte, ha admitido, así mismo, la relación existente entre el sometimiento histórico, el menosprecio cultural y el abandono social de que ha sido objeto la población afrocolombiana o afrodescendiente latinoamericana, y la estratificación social adoptada en la colonia en donde la población afrodescendiente ocupaba el último eslabón de dicha jerarquía. Al respecto, en la sentencia T-1090 de 2005 se señaló:

“6.3. Pues bien, conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos (supra 6.1.), esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social.

6.3.1. De hecho, a nivel latinoamericano se reconoce que las condiciones históricas de vida de la población negra son inferiores a las del resto de los americanos. Al respecto, la presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Marta Altolaguirre, en discurso pronunciado ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, en febrero de 2003, declaró: “La Comisión está consciente de que, pese a algunos esfuerzos de la comunidad internacional y de los gobiernos, el flagelo del racismo y de la discriminación racial sigue siendo fuente de violaciones de los derechos humanos. Es evidente cómo la discriminación conlleva toda una serie de desventajas y situaciones de violencia, que para el caso del individuo puede concretarse en una tragedia personal, para un grupo puede

tener el efecto de la marginación, y para una nación puede significar un impedimento para superar la pobreza, al mismo tiempo que incide negativamente en la efectividad de las instituciones democráticas. (...) En el momento actual se enfrentan nuevas formas, manifestaciones y expresiones de intolerancia, racismo y discriminación racial, que colocan en el tiempo la necesidad de una Convención regional para combatir en forma más eficaz estos nuevos matices de la discriminación, reflejando las particularidades del continente americano”.

Para Martín Hopenhayn[39] la sociedad actual guarda estrecha consonancia con la estratificación social adoptada en la colonia en donde la población afrodescendiente ocupaba el último eslabón de dicha jerarquía[40]. Hoy día - de acuerdo al estudio - estos grupos soportan los peores indicadores económicos y sociales de la región, y su acceso a bienes colectivos como la educación, la propiedad, el empleo y los servicios públicos es pobre[41].

Por su parte, el artículo de los consultores de la CEPAL, Álvaro Bello y Marta Rangel, denuncia que a los grupos afrolatinoamericanos se les ha negado sistemáticamente el acceso a los diversos bienes materiales de la sociedad y también se les ha rechazado el reconocimiento y protección de su propia identidad. La carencia de tales valores - anotan - frente al desarrollo y universalización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, exige de cada uno de los estados la adopción de estrategias para promover en esos grupos el acceso a una ciudadanía moderna entendida como aquella que: “considere los rasgos y conductas propias que definen la identidad de la región. Identidad basada en múltiples y diversas identidades específicas que más que un obstáculo, como hasta ahora se les ha tratado, muestra amplias posibilidades de crecimiento y desarrollo para la integración y la cohesión social en el continente. El punto es comprender las identidades étnicas de los pueblos indígenas y las diferencias culturales como algo que debe ser valorizado a la luz del reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de las sociedades latinoamericanas, abandonando así el paradigma negador y homogeneizador que ha caracterizado a la región” [42].

20. Las anteriores referencias tienen el propósito de aportar elementos para la comprensión de un fenómeno que está presente aún en las sociedades latinoamericanas, como legado de un modelo de estratificación social basado en el fenotipo y en el color de la piel y que

operó en la colonia como un dispositivo que determinaba el estatus y las relaciones de poder. Una mejor comprensión de este fenómeno permitirá abordar el problema que plantea este caso desde una perspectiva objetiva, basada en la observación, tomando distancia de las profundas susceptibilidades y polarizaciones que el mismo ha despertado en el seno de una familia y parte de la sociedad.

Las finalidades del proyecto Blanco Porcelana

21. De acuerdo con la información recopilada en el expediente, especialmente a partir de la presentación que del proyecto hizo el colectivo Blanco Porcelana ante la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla, así como de las intervenciones de expertos, académicos, curadores de arte y organizaciones sociales, se pudo establecer que los objetivos del mismo apuntan a construir una propuesta estética que cuestiona las diferentes prácticas, creencias y costumbres transmitidas de generación en generación, relativas a un arquetipo de belleza y de distinción que una gran parte de la población colombiana y latinoamericana se esfuerza en alcanzar. Se trata de un arquetipo inscrito en normas autoimpuestas, en acciones y consideraciones cotidianas de lo que se considera “adecuado, bello y con clase”.

22. La metodología utilizada por las autoras del proyecto para transmitir el mensaje consistió, inicialmente, en una investigación basada en la revisión documental, la búsqueda y consulta de fuentes relacionadas con el concepto de arte, raza, racismo, poder, dominación, teoría poscolonial y clases. Adicionalmente, se recopilaron fotografías y otros materiales los cuales fueron sometidos a estudios preliminares.

En la etapa de realización se recopilaron imágenes, objetos, documentos de la familia materna y paterna de la artista, los cuales fueron intervenidos a través de un trabajo plástico plasmado en dibujos, trabajos digitales y collage. El proyecto incluye un video o animación, elaborado con base en los testimonios y entrevistas familiares que confronta las imágenes resultantes de la intervención. Se intervinieron así mismo imágenes de las castas coloniales, actualizando su vigencia a través del collage con productos de belleza de uso diario y se imprimieron volantes para ser repartidos en supermercados y otros sitios públicos.

23. La socialización y difusión de la propuesta se realizó en espacios expositivos

tradicionales, y en otros no convencionales como la calle, la red y una página web. Con ello, según las autoras, se persigue que a partir del ámbito privado, la obra se proyecte hacia el espectador, de manera que éste pueda generar sus propias preguntas, estableciendo una interacción con el espectador, la cual hace parte de la obra misma, propiciando en cada sujeto que la aprecia una reflexión sobre un modelo de belleza que clasifica a los individuos por su color de piel, y en torno a las diferentes expresiones que presenta, tanto en el ámbito público como en el privado, el fenómeno del racismo encubierto y heredado.

24. La propuesta estética reconoce de manera explícita que ésta “parte de una historia familiar, del ámbito privado, pero que lejos de ser una historia única es un espejo de la muchas historias que podrían contar miles de personas en Barranquilla y en el mundo”[43].

La artista Ada Ruth Margarita Ariza destaca que el proyecto hace parte de su propia experiencia de vida, en la que las conversaciones sobre detalles sencillos que podrían pasar desapercibidos para otros, generaban en ella una serie de preguntas sobre su experiencia familiar y su relación con la blancura, el color, el concepto y las prácticas de belleza.

De este modo, el proyecto Blanco Porcelana apela a la memoria personal y familiar de la artista para proponer una reflexión sobre el racismo velado, presentándolo como una construcción cultural que sigue viva a través del lenguaje, y que responde a una clasificación racial que otorga y quita derechos de acuerdo al grado de blancura en la piel. En esa medida la expresión ‘Blanco Porcelana’, hace referencia a la blancura de la piel como símbolo de algo delicado y puro que otorga estatus social[44].

25. Para las autoras, el trabajo está relacionado con aquellos aspectos de la vida cotidiana que muchas veces no son visibles, como las costumbres y creencias en las que estamos inmersos, y sobre las cuales no se dialoga, no se cuestionan, no se piensa. A partir de la recopilación de frases cotidianas, prácticas de belleza y su vinculación con estudios históricos, las artistas demandadas llegaron a la conclusión sobre la existencia de “un racismo velado, que hace parte de la herencia colonial del sistema de clasificación racial, que otorgaba derechos a las personas de acuerdo con su blancura (...), y que hasta hoy se expresa de maneras sutiles, anclado a los elementos y situaciones más cotidianas y sencillas de nuestra vida. Y por supuesto, al ser una construcción cultural transmitida de generación en generación es difícil sustraerse de ello. Por eso es tan importante por lo menos pensarlo y hacerlo visible”[45].

26. En criterio de algunos de los expertos convocados por la Corte, la obra constituye un relato de la historia personal de la artista y de aquella que ha recibido de su propia experiencia y de la trasmisión oral[46]. Se trata de una propuesta artística que tiene como fin reflexionar en torno al racismo en las prácticas de belleza y la cotidianidad de las familias colombianas. En este sentido, la obra se erige como una denuncia sobre un tema de interés general, como es el racismo y la discriminación racial velados[47].

La obra cuestionada pone especial énfasis en las expresiones de discriminación racial que no son explícitamente violentas, es decir, en el aspecto velado de esta problemática, revelador de una construcción cultural incuestionada, compuesta por creencias, valores, imágenes, sentidos, palabras y prácticas transmitidas de generación en generación[48]. En esa medida, su propósito es el de suscitar una reflexión en torno a las ideas y prácticas racistas que han sido introyectadas, naturalizadas y se continúan reproduciendo. Sin pretender incriminar a sujetos determinados, la obra busca que cada individuo que reciba el mensaje, lo identifique con su propia historia, se reconozca en él, pues la propuesta parte del reconocimiento de que existe un racismo estructural que debe ser combatido[49].

27. Desde una perspectiva estética el proyecto 'Blanco Porcelana' es descrito como un "diálogo de todas estas formas y modalidades de expresión (que) arman el entramado de un código eminentemente estético que busca representar más allá de la anécdota familiar, más allá del referente visual de una foto, más allá de la misma vida personal de la artista, un problema histórico, social y cultural vigente en la vida y la historia de muchas familias colombianas y latinoamericanas, siendo esta realidad un motivo y un pretexto eminentemente loable para que el arte contemporáneo revele a través de nuevas prácticas y modos de representación nuevos modos de significar la experiencia desde lo estético y desde el análisis social y antropológico de las costumbres familiares, que no son más que modelos mentales que aún determinan e influyen la vida en nuestros países"[50].

28. Desde la óptica de la semiótica del arte se consideró por los expertos convocados que "la abuela que encarna el ideal del blanco porcelana no es ya la abuela de la artista; es una abuela arquetípica de Latinoamérica que encarna un ejemplo, un ideal de comportamiento y de belleza en una tradición familiar y cultural, innegable si se mira en el contexto del desarrollo social, político y cultural de toda Latinoamérica como conjunto. Por tal razón, "la historia de Blanco Porcelana no es la historia de la abuela de la artista, sino de

todas las abuelas que han sido referente y paradigma en sus familias. Y el servirse de la realidad con un propósito estético y conceptual es una de las libertades universales inalienables del artista"[51].

29. En suma, puede afirmarse que la finalidad del proyecto 'Blanco Porcelana' es la de visibilizar el fenómeno del racismo encubierto y heredado, que se encuentra sutilmente arraigado en la cotidianidad de las familias y las sociedades latinoamericanas. Para ello acude a una estrategia pedagógica que se construye a partir de una propuesta estética basada en la propia historia de una de las artistas demandadas, y que se orienta a provocar una reacción en el espectador la cual estará determinada por sus propias experiencias personales. La propuesta parte de la idea que el primer peldaño en la lucha contra el problema del racismo encubierto es su denuncia, reconocimiento y visibilización.

Teniendo en cuenta que la artista demandada, Ada Ruth Margarita Ariza, sustenta su posición jurídica de oposición a la demanda en el carácter autobiográfico de la obra Blanco Porcelana y en su derecho a la libre expresión de su pensamiento, de sus ideas y de sus opiniones, corresponde en este aparte reseñar la jurisprudencia sobre el alcance de esta garantía fundamental, a fin de establecer el marco teórico necesario para determinar el grado de protección constitucional que se confiere a una forma de expresión como la contenida en el proyecto Blanco Porcelana.

La libertad de expresión a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del ordenamiento constitucional colombiano.

30. El derecho a la libertad de expresión está consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política como la garantía reconocida a toda persona para expresar y difundir libremente su pensamiento y opiniones, informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Agrega el precepto superior que estos son libres y tienen responsabilidad social. Garantiza, así mismo el derecho a la rectificación en condiciones de equidad, y proscribela censura.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, esta garantía debe ser interpretada de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, en los cuales se reconoce una amplia protección a la libertad de expresión y se definen con mayor precisión sus contenidos normativos. El

marco normativo internacional está conformado fundamentalmente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 19[52] y 20[53]) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13)[54], entre otras.[55]

En desarrollo de estos parámetros, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[56] ha establecido que la llamada libertad de expresión constituye una categoría genérica que agrupa un conjunto de derechos y libertades. Por su importancia para el presente análisis se destacan, la libertad de opinión, también llamada “libertad de expresión en sentido estricto”, que comprende la libertad para expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones e ideas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión; la libertad de información que protege la libertad de buscar, transmitir y recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole.[57]

31. Tanto la libertad de opinión como la de información, pueden ser ejercidas por cualquier persona y a través de cualquier medio de expresión, y presentan una doble dimensión: la de quien se expresa o informa (dimensión individual), y la de los receptores del mensaje que se está expresando o difundiendo (dimensión colectiva).

En su dimensión individual, “comprende no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento, no se agota por lo tanto en el reconocimiento del derecho a hablar o escribir, sino que va ligada al derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión, indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión. Igualmente esta libertad también abarca el derecho a escoger la forma y el tono que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias”[58]. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su dimensión individual su ejercicio “[r]equiere (...) que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo”.[59]

Por otra parte, en su dimensión colectiva, la libertad de expresión en estricto sentido, incorpora el derecho de todas las personas a ser receptoras de tales pensamientos, ideas,

opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. En términos de la Corte Interamericana, esta dimensión colectiva “implica también (...) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”[60], o “el derecho de todas [las personas] a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.[61]

32. La jurisprudencia de esta Corte ha llamado la atención sobre las diferencias existentes entre las libertades de opinión y de información, en tanto cada una de ellas recae sobre un objeto diverso y, por tal razón, están sometidas a límites también diferenciables. Mientras la libertad de opinión, protege “la transmisión de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa”, la libertad de información ampara “la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo”.[62]

Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido. Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado. Tal exigencia, está ligada a un aspecto fundamental, y es que en el caso de la libertad de información no sólo está involucrado el derecho de quien transmite, sino el de los receptores de la información, los cuales, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 20 constitucional, tienen derecho a que se proteja la veracidad e imparcialidad de la información que reciben[63].

Esta distinción entre la información sobre hechos y su valoración no sólo ha sido empleada para distinguir el ámbito protegido por las libertades de información y opinión, respectivamente, sino también para circunscribir el alcance del derecho a la rectificación, que procede respecto de informaciones inexactas o erróneas, más no respecto de las

opiniones, las cuales pueden ser controvertidas a través del ejercicio de la réplica.[64]

33. No obstante lo anterior, esta Corporación ha reconocido que no es posible establecer una distinción tajante entre actos comunicativos que constituyan manifestaciones de ejercicio de la libertad de opinión, o de información, respectivamente, en tanto “toda opinión lleva, de forma más o menos explícita, un contenido informativo, y toda información, un contenido valorativo de opinión, sin el cual la información ni siquiera se justifica como actividad social”. [65] En consecuencia, aunque se admite que la libertad de opinión no está sujeta a los límites constitucionales que recaen sobre quienes se dedican a informar, pues por definición, no se puede reclamar veracidad e imparcialidad de los juicios de valor, lo que sí se exige a quienes expresan sus opiniones, máxime cuando lo hacen a través de medios masivos de comunicación, es que se aseguren de la veracidad de los hechos sobre los que aquellas se fundan y rectifiquen en caso de que hayan basado sus opiniones en informaciones inexactas o erróneas.[66] Igualmente, a quienes se dedican a la actividad informativa les es exigible que presenten la información de modo tal que los receptores puedan distinguir entre la descripción de los hechos y su valoración por parte del comunicador.

34. Para la Corte la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, se considera digna de ser protegida no sólo por su valor intrínseco, sino debido a que constituye un medio para el logro de otras finalidades valiosas. Así, la libre circulación de ideas y opiniones favorece la búsqueda del conocimiento y es condición de existencia de una sociedad pluralista donde puedan coexistir diversas concepciones sobre lo correcto, lo bueno y lo bello. Adicionalmente, la libre expresión de pensamientos, opiniones y puntos de vista permite el desarrollo de la autonomía individual, al hacer posible que todas las personas puedan tener voz y someterse, ante todo, a su propio criterio al momento de decidir aquello que comunican a otros. Pero es sin duda, el estrecho vínculo entre libertad de expresión y democracia, el argumento que con mayor fuerza y frecuencia se esgrime para justificar la especial protección que se otorga a este derecho en el constitucionalismo contemporáneo.[67]

35. De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que la libertad de expresión ocupa un lugar preferente dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, y es objeto de un grado reforzado de protección. Ha justificado este

tratamiento en cinco tipos de fundamentos: (i) en consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; (ii) en razones derivadas del funcionamiento de las democracias; (iii) en motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; (iv) en consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y (v) en motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera[68].

36. Del lugar preferente en que se ubica la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional, la Corte ha derivado una presunción en favor de esta garantía fundamental:

“La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

1.3.1. Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional. En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión (...).

1.3.2. Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto. Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad.

1.3.4. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible. Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure,

una violación del derecho a la libertad de expresión.”[70]

37. Del anterior planteamiento se deriva que del lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario[71].

38. La presunción de primacía de la libertad de expresión en casos de conflicto con otros derechos, ha sido aplicada por la Corte Constitucional en anteriores oportunidades. Así, por ejemplo, en la sentencia T-602 de 1995, se explicó que la libertad de expresión, en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: “El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, “salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales”[72]

39. Ahora bien, ha señalado la jurisprudencia que si bien todo ejercicio comunicativo, cualquiera sea su contenido, valor y forma de expresión, está prima facie amparado por la libertad de expresión, se ha reconocido que ciertos discursos son merecedores de especial protección constitucional, debido a su importancia para promover la participación ciudadana, el debate y el control de los asuntos públicos. En este sentido, en la sentencia T-391 de 2007, la Corte destacó que las manifestaciones de la libertad de expresión que se refieren a temas políticos, los discursos que debaten sobre asuntos de interés público, así como aquellos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de otros derechos

fundamentales gozan de un mayor grado de protección constitucional.

Al respecto la corporación indicó:

“2.3.1. Dada la amplitud del campo de protección de la libertad de expresión stricto sensu, que abarca prácticamente todo el espectro de la comunicación humana, múltiples formas de discurso y modos de expresión reciben protección constitucional. Sin embargo, por razones tanto históricas como jurídicas, dentro del espectro de expresión protegida, ciertos tipos de discurso o de comunicación reciben un amparo constitucional especialmente reforzado, lo cual tiene un impacto directo sobre la regulación estatal admisible respecto de dichas formas de expresión, sobre las cargas que debe cumplir la autoridad que pretenda limitarlas, y sobre el estándar de control constitucional –particularmente estricto- al que se han de sujetar las limitaciones.

2.3.2. Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse”.

(...)

2.3.3.1. El discurso político y el debate sobre asuntos de interés público. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente- un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de interferencia. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública, política y social de la nación”.

40. Sobre el particular, la CIDH ha reconocido igualmente que todas las formas de expresión están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, sin embargo, algunas de ellas están especialmente protegidas por la Convención Americana, Así ocurre por ejemplo con el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a

ocupar cargos públicos; el discurso político, el que versa sobre asuntos de interés público, y el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa[73].

El carácter de derecho de “doble vía” que se predica de la libertad de expresión cobra todo su sentido en presencia de este tipo de discursos, pues en tales casos la libertad de expresión no sólo ampara el derecho de quienes transmiten información y opiniones críticas sobre temas que involucran el interés público, sino también, y muy especialmente, el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso a estos discursos.

La protección de la libertad artística, en tanto especie del género libertad de expresión.

41. Ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte que las expresiones artísticas son discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión[74]. Las expresiones artísticas, cualquiera que sea la técnica utilizada, constituyen el “medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, amparado en el artículo 16 Superior”. Por esta razón, subrayó la Corte “la libertad para proyectar en objetos materiales una idea, en tanto pertenece a la esfera privada del individuo, es absoluta; dicha libertad se predica respecto del contenido, significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica”.

En las sentencias SU-096 de 1995 y T-104 de 1996, la Corte fijó varias reglas con relevancia para el caso bajo examen:

(i) El juez constitucional no podría exigirle a los autores de las obras literarias ni de otras expresiones artísticas, modificar las técnicas o los contenidos que los autores decidieran incluir en su obra. Ello representaría una interferencia en la expresión intelectual contenida en la obra y una intromisión inaceptable de un tercero en la creación artística.

(ii) La comunidad tiene derecho a apreciar y escoger libremente las expresiones artísticas que considere dignas de su aprobación o rechazo, sin que esta elección esté viciada por la previa valoración de las autoridades y, por lo tanto, la limitación de la divulgación de una obra puede desconocer este derecho de los espectadores derivado de su capacidad crítica y autonomía moral.

(iii) Las tensiones que se presenten con los derechos a la intimidad o el buen nombre deben resolverse mediante una ponderación, en principio, a favor de la divulgación de la obra, puesto que no cualquier afectación a la intimidad y al buen nombre es suficiente para restringir el derecho a dar a conocer la obra.

42. Condiciones para que una limitación a la libertad de expresión sea compatible con la Constitución.

Siguiendo los criterios establecidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos[75], la jurisprudencia constitucional ha sostenido que toda limitación a la libertad de expresión, máxime cuando recae sobre discursos especialmente protegidos, se presume sospechosa y, por tanto, ha de estar sometida a un juicio estricto de constitucionalidad, el cual impone verificar que la restricción que pretende imponerse: (i) esté prevista en la ley; (ii) persiga el logro de ciertas finalidades imperiosas, que han de estar relacionadas con el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; (iii) sea necesaria para el logro de dichas finalidades; (iv) no imponga una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión. Adicionalmente, es preciso verificar que (v) la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite, como también, el que (vi) no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita.[76]

43. En conclusión, la libertad de expresión es una garantía que goza de una amplia protección en el ámbito nacional e internacional. Existe una diferencia relevante entre libertad de opinión y la libertad de información, en cuanto la primera tiene por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor, de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas; en tanto que la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido; las expresiones artísticas son discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión, garantía que se predica respecto del contenido, significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica. Aunque todas las manifestaciones de la libertad de expresión, gozan de protección, hay discursos que tienen una protección reforzada, entre los que se cuentan

aquellos que involucran asuntos de interés público, y la expresión artística. De la posición prevalente que la libertad de expresión ocupa en el ordenamiento constitucional, surge una presunción en su favor, lo que ha conducido a que: (i) toda expresión esté amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos[77], los derechos de los demás constituyen uno de los límites a la libertad de expresión, y que las demandantes consideran que las manifestaciones de la libertad de expresión que dieron origen a la presente demanda, vulneran sus derechos a la intimidad, y al buen nombre, lo que plantea una tensión entre estos derechos, a continuación se presenta una reseña de la jurisprudencia de esta Corte sobre el alcance de los derechos a la intimidad y al buen nombre.

Los derechos a la intimidad y al buen nombre. Reiteración de jurisprudencia.

44. Los derechos fundamentales a la intimidad, y a la honra y el buen nombre gozan de amplia protección constitucional[78]. En este sentido, el artículo 15 de la Carta Fundamental reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, y establece expresamente el derecho de todas las personas a su buen nombre y el deber del Estado de respetar y hacer respetar esos derechos. Así mismo, en el ámbito internacional estas garantías se encuentran protegidas en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[79], 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[80] y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[81].

45. Sobre el alcance del derecho a la intimidad, la Corte ha sostenido que el objeto de este derecho es “garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros” y que “la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que

conciernen a ese ámbito de privacidad” forma parte de esta garantía.[82] Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad “permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores” y que la protección “de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares” es un “prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo”. [83]

En ese orden de ideas, ha sostenido la Corte que el área restringida que constituye la intimidad “solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley” [84] y ha precisado que este derecho puede ser limitado únicamente por “razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”. [85]

46. En cuanto a los ámbitos que comprende el derecho a la intimidad la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad “involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses”. [86] La jurisprudencia de esta Corporación ha referido a los siguientes aspectos:

A ello la Corte ha agregado que en los eventos en que “la imagen reproduce actos o sucesos propios de la intimidad de una persona, su difusión, en contra de su voluntad vulnera, en principio, el derecho fundamental a la intimidad”. [88]

47. De otra parte ha precisado la jurisprudencia que “dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad” [89] que incluyen la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). Respecto de la intimidad social, sostuvo que ésta “involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”. [90] Así mismo, precisó que a pesar de que el alcance de este derecho se restringe en estos casos, “su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la

dignidad humana”.[91]

48. Finalmente, la corporación ha sostenido que se vulnera el derecho a la intimidad cuando: (i) se revelan los datos personales, en especial aquellos considerados sensibles por el ámbito en el que se originan, o por la naturaleza misma del dato que se difunde; (ii) sin contar con la autorización del afectado (principio de libertad); y (iii) valiéndose de maniobras engañosas u hostilidades; (iv) sin que con ello se persiga un interés protegido constitucionalmente como el interés general en acceder a determinada información (finalidad); (v) sin que la información guarde relación con la finalidad de su divulgación (principio de necesidad); y tratándose del derecho a la información que los datos personales divulgados correspondan a situaciones reales (principio de veracidad)[92].

49. En lo que concierne al derecho al buen nombre, la jurisprudencia de esta Corte lo ha definido como “la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás”[93] y “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”.[94]

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos el buen nombre “es un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad”[95]

50. El buen nombre puede ser vulnerado también por los particulares, como lo reconoció la sentencia T-1095 de 2007,[96] en donde indicó: “La vulneración del derecho al buen nombre puede provenir de una autoridad pública, pero es incuestionable que algunos comportamientos de particulares llegan también a afectarlo y habrá de acudirse a lo determinado en el artículo 86 de la Constitución”.

51. Así mismo, la Corte ha indicado que las “expresiones ofensivas o injuriosas”[97] así como informaciones falsas o erróneas que distorsionan el concepto público de una persona, lesionan este derecho, entendido como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona.[98] En este punto, vale destacar que la Corte ha resaltado que el derecho de la personalidad es un factor intrínseco de la dignidad humana, reconocida a las personas.[99]

52. Sobre la honra, la Corte ha señalado que es un derecho “que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”.^[100] Así mismo, ha indicado que aunque este derecho es asimilable en gran medida al buen nombre,^[101] tiene sus propios perfiles que la jurisprudencia constitucional enmarca en “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”.^[102]

53. En suma, el derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen, por consiguiente para constatar una eventual vulneración al buen nombre es preciso examinar el contenido de la información, y evaluar si es falsa o parcializada o si adjudica a determinadas personas actividades deshonrosas que le son ajenas. Para el mismo efecto resulta imprescindible establecer si las expresiones cuestionadas corresponden al ejercicio de la libertad de información o se inscriben en el ámbito de la libertad de opinión.

Análisis del caso concreto.

54. De acuerdo con el relato de la demanda y los demás elementos recaudados en el proceso, Ada Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz participaron en la convocatoria “Estímulos 2011” en la categoría “Creación y Circulación de Artes Plásticas”, promovida por la Secretaría Distrital de Cultura, Patrimonio y Turismo del Distrito de Barranquilla.

Las personas mencionadas conformaron un grupo de trabajo y presentaron la obra Blanco Porcelana, con la cual obtuvieron el primer premio. Entre los elementos centrales de la obra se encuentran diversos productos de belleza, fotografías, y una cartilla denominada Un cuento de AdaS, en el que se narra la historia de una familia tradicional de Barranquilla.

Como parte del reconocimiento obtenido, se efectuó la divulgación inicial de la obra mediante una “instalación” en el sistema de transporte masivo de Barranquilla. El 1º de noviembre de 2011, Margarita Ariza publicó la citada cartilla en la red social Facebook y en otros medios de divulgación como la plataforma “Zona Cero” de internet.

En criterio de los demandantes, la obra Blanco Porcelana plantea una reflexión sobre el racismo, pero manifiestan su inconformidad frente al hecho de que en la cartilla Un cuento de Adas se revelen los nombres de familiares de la artista Margarita Ariza y se divulguen sus fotografías, sin su autorización, lo que consideran violatorio de sus derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre.

Destacan que el relato hace referencia a “momentos íntimos de la familia tal como (sic) la muerte de nuestra madre y abuela, y de sus vidas personales que de manera malversada y malintencionada se vinculan con actos de racismo, a través de acciones de valoración del color y discriminación de las personas entre estas de nuestros propios hijos y parientes”, lo que constituye una falsedad y una violación de su derecho fundamental al buen nombre.

Para los demandantes la cartilla contiene frases con un contenido discriminatorio, como la expresión ‘Blanco Porcelana’ definido por la artista como “el término acotado por mis tías maternas (...) para designar la blancura ideal de la abuela Teresa”, y el parámetro con el cual eran comparados todos los niños nacidos en la familia, expresión que nunca fue utilizada por los peticionarios, por lo que lo expresado en la citada cartilla constituye en su opinión “una calumnia”.

55. En ese marco, el caso sometido a revisión plantea un conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión artística de las demandadas y a la intimidad y el buen nombre de los demandantes, en un escenario en el que se discute la existencia de prácticas discriminatorias en situaciones cotidianas, según se desprende del escrito de tutela y de las intervenciones presentadas ante el juez de primera instancia.

Con el propósito de resolver la colisión de derechos fundamentales que el caso plantea, es preciso establecer en primer lugar, el alcance de la protección constitucional que se brinda a una obra como la que genera los reparos de los demandantes. Para el efecto es necesario tener en cuenta el amplio margen de protección que la Constitución brinda al ejercicio de la libertad de expresión artística; el contenido y finalidades de la obra, especialmente de la cartilla “Un cuento de Adas” a fin de determinar la naturaleza del discurso que contiene y el grado de protección que se brinda al mismo; igualmente se precisa determinar si las expresiones cuestionadas que se plasman en la mencionada obra se ubican en el ámbito de

la libertad de información o corresponden al ejercicio de la libertad de opinión.

De otra parte, debe establecer la Corte, si con las precisiones efectuadas sobre el contenido, alcance y nivel de protección que convoca la obra examinada, esta tiene la potencialidad de vulnerar el derecho a la intimidad de los demandantes, para lo cual es preciso verificar: (i) si revela información sensible teniendo en cuenta el ámbito en que se origina y la naturaleza de los datos que se difunden; (ii) si la información fue obtenida sin autorización de los afectados, o valiéndose de maniobras engañosas u hostilidades; (iii) si la divulgación persigue un interés protegido constitucionalmente; y (iv) si la información guarda conexión con la finalidad de la divulgación, a fin de determinar la necesidad de la misma.

56. En cuanto a lo primero encuentra la Sala que la obra 'Blanco Porcelana', de la cual forma parte fundamental la cartilla 'Un cuento de AdaS' goza de la amplia y reforzada protección que en el orden nacional e internacional se ofrece a la libertad de expresión, dada la importancia que en el funcionamiento de una democracia tienen valores como el pluralismo ideológico y con él la posibilidad de expresar y difundir libremente el propio pensamiento, las opiniones e ideas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio de divulgación; así como la dignidad y autorrealización individual, atributos que indefectiblemente se ven proyectados en una creación artística. En la mencionada obra las artistas de manera pública, en ejercicio de su autonomía y a través de un modo de expresión elegido por ellas, expresan sus opiniones, interpretaciones y valoraciones personales sobre un tema que ha sido producto de una investigación previa. De acuerdo con sus conclusiones, ciertas expresiones que se usan cotidianamente o en acontecimientos importantes de las familias colombianas o latinoamericanas, referidas al color de la piel o al fenotipo de los niños o de otros miembros de la familia, entrañan rezagos de un modelo de estratificación social impuesto en la colonia para adjudicar un estatus social y unos derechos ligados a este.

Para las demandadas estas manifestaciones cotidianas que establecen diferenciaciones basadas en el tono de la piel o en otros rasgos físicos como la configuración del cabello o el volumen de los labios, no cuestionadas por nadie y socialmente aceptadas, lejos de ser inocuas constituyen expresiones de un racismo encubierto, legado de estructuras coloniales basadas en la estratificación y en un ideal de belleza al que todos aspiran, muchas veces

de manera inconsciente.

La convicción sobre la dificultad de combatir esta forma de segregación, a través de otros medios como las acciones judiciales o las iniciativas legislativas fue lo que condujo a las creadoras del proyecto Blanco Porcelana a acudir a una estrategia compleja de comunicación que involucra elementos psicológicos, pedagógicos, literarios, simbólicos y estéticos orientados a provocar una reflexión en el espectador, que lo confronte con su propia experiencia.

57. Una aproximación al contexto en el que nace la obra Blanco Porcelana y en particular a la cartilla 'Un cuento de AdaS, a su contenido y a las finalidades que se propone, permite sostener con fundamento que se trata de una creación artística que se encuentra amparada por la garantía constitucional de la libertad de expresión. En efecto la obra constituye una expresión libre y pública de las creadoras del proyecto en torno a su percepción e interpretación de situaciones cotidianas que se presentan en el seno de una familia colombiana, y que conforme a la investigación que la precedió, plasman vestigios de un legado de estructuras coloniales basadas en el valor social adscrito al dispositivo de la blancura como ideal de belleza, distinción y estatus.

Tanto la cartilla 'Un cuento de AdaS' como los demás elementos que conforman la exposición 'Blanco Porcelana' constituyen expresiones artísticas y literarias que como lo ha recalcado la jurisprudencia de esta corporación[103] son discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Las artistas demandadas se valieron de una serie de objetos, imágenes, símbolos, ayudas técnicas y relatos que se encuentran así mismo amparados por el derecho a la libertad de expresión artística, en cuanto constituyen los medios elegidos por las autoras para plasmar su idea creadora, portadora de un mensaje crítico sobre las diferentes prácticas, creencias y costumbres transmitidas de generación en generación, relativas a un arquetipo de belleza y distinción basado en la blancura.

En efecto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte las estrategias y medios elegidos por el artista para plasmar y difundir su idea creadora se encuentra igualmente protegido por la garantía de la libertad de expresión artística. En el caso de las integrantes del proyecto 'Blanco Porcelana' esta estrategia consistió inicialmente en una investigación basada en la revisión documental, la búsqueda y consulta de fuentes relacionadas con el

concepto de arte, raza, racismo, poder, dominación, teoría poscolonial y clases. Adicionalmente, se recopilaron imágenes, objetos, documentos de la familia materna y paterna de la artista Margarita Ariza, los cuales fueron intervenidos a través de un trabajo plástico plasmado en dibujos, trabajos digitales y collage. Se intervinieron así mismo imágenes de las castas coloniales, actualizando su vigencia a través del collage con productos de belleza de uso diario y se imprimieron volantes para ser repartidos en supermercados y otros sitios públicos.

Una parte fundamental de la estrategia utilizada por las artistas fue el acudir a una historia familiar, la de la artista Margarita Ariza, en la que la autora narra su propia experiencia de vida, plasmando y recreando episodios de su vida familiar, aparentemente intrascendentes para muchos pero que en ella generaron toda una reflexión acerca de su relación con la blancura, el color y las prácticas de belleza. Tratándose de una estrategia que apelaba al recurso autobiográfico es comprensible que la historia se tejiera con la mención a los miembros de su entorno familiar que generaron un mayor impacto en las vivencias que dieron paso a sus inquietudes, interrogantes y cuestionamientos sobre el valor que aún se asignaba en una familia tipo colombiana al concepto de blancura, belleza y distinción.

58. En el contexto de la propuesta estética presentada por las integrantes de la unión Blanco Porcelana, el hecho de anclar su postura crítica respecto de la sobrevaloración de un arquetipo de belleza a una historia familiar con la cual eventualmente se podría identificar cualquier espectador barranquillero, colombiano o latinoamericano, tenía la clara intención de establecer un diálogo con éste, interactuar con él a efecto de permitir que a través de esta estrategia aflorara también su propia historia, que según la percepción de las autoras, podría estar marcada por los mismos paradigmas clasificatorios fundados en el tono de la piel.

Como se puede advertir, el relato autobiográfico al que apela la artista Margarita Ariza en la cartilla `Un cuento de AdaS´ no tiene un propósito informativo, de comunicar la versión de unos hechos, eventos o acontecimientos a un receptor con el fin de que se entere de lo que ha sucedido; su relato plasma la manera cómo, desde su experiencia personal y familiar, la autora ha percibido, interpretado y valorado ciertos hechos y expresiones cotidianos que develan las concepciones arraigadas en una sociedad sobre un arquetipo de belleza que exalta la blancura como sinónimo de distinción, bondad y estatus.

Para la autora de `Un cuento de AdaS´ esas expresiones cotidianas y familiares que exaltan la blancura de la piel y ciertos estereotipos de belleza, en los recién nacidos, como por ejemplo “este nació blanco, limpiecito”, o “nació morenito, pero vieras la alegría que me dio por que sacó el pelo liso”, o, “es una negra pero fina, tiene facciones de blanca”, etc., entrañan una forma de discriminación racial. Su punto de vista coincide con los estudios de algunos teórico del poscolonialismo latinoamericano[104], según los cuales subsisten en las familias y las sociedades latinoamericanas ciertas formas no violentas, y ni siquiera explícitas de segregación racial, camufladas en la cotidianidad, e incluso aceptadas socialmente, frente a las cuales resulta más difícil asumir una postura crítica, la cual debe pasar necesariamente por su identificación y su reconocimiento.

59. Es claro que esta postura crítica de la autora, construida a partir de su experiencia personal, es una forma de comunicación que se encuentra protegida por el derecho a la libertad de opinión, comoquiera que constituye una expresión de su subjetividad, de sus valoraciones, sus apreciaciones e incluso de sus sentimientos, y de la forma como ha elaborado y decantado a través de su vida su relación temprana con un entorno familiar y social en el que se confiere una particular relevancia al tono de la piel y los rasgos fenotípicos que se aproximan o se alejan de un ideal de distinción basado en el dispositivo de la blancura. Por tal razón, por no tratarse de una forma de comunicación en la que prevalezca la finalidad de describir unos hechos o de dar noticia sobre unos acontecimientos, esto es de informar, no resulta pertinente la exigencia de veracidad e imparcialidad que reclaman los demandantes.

El hecho de que se trate de unas opiniones, interpretaciones y valoraciones polémicas, que pueden ser incluso consideradas transgresoras, como lo destacan algunos de los intervinientes, no despoja esta forma de comunicación de la protección que le provee el derecho de las autoras a expresar libremente sus opiniones, y a elegir los medios a través de los cuales se exponen y difunden.

60. Adicionalmente, atendiendo a la modalidad, las finalidades y al contenido de los diferentes objetos de comunicación que integran el proyecto Blanco Porcelana, al cual se encuentra articulada la cartilla `Un cuento de AdaS´, encuentra la Sala que se trata una forma de comunicación que goza de una protección constitucional reforzada desde dos puntos de vista. De una parte, por tratarse de una expresión artística, considerada por la

jurisprudencia de esta Corte como el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano en tanto que refleja una dimensión del libre desarrollo de la personalidad. Esta libertad reconocida al individuo de proyectar en objetos materiales sus ideas, se predica tanto del contenido de la obra, como de los símbolos y los medios utilizados para su manifestación plástica. De otra parte, el mensaje inherente a la propuesta estética involucra un tema de interés público como es la denuncia de una determinada forma de discriminación: el racismo encubierto, velado, sutil e incluso aceptado socialmente. Este tipo de discursos como quedó establecido en el fundamento jurídico No. 35 de esta sentencia, goza de un amparo constitucional reforzado, en cuanto contribuyen al debate público, fortalecen la democracia e impulsan procesos de transformación.

La propuesta artística presentada por Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz, en efecto tiene la finalidad de contribuir al debate público sobre un problema estructural, de gran envergadura y con un fuerte arraigo social como es cierta forma de racismo invisibilizado y negado sistemáticamente por la sociedad y las autoridades.

El interés público que involucra este debate, deviene del hecho de que cualquier modalidad de segregación, independientemente de la forma sutil, refinada o encubierta que presente, es inaceptable por ser contraria a elementales principios morales y éticos de la humanidad, a la naturaleza de las relaciones entre los Estados, a los derechos al desarrollo integral de los seres y grupos humanos y al principio de igualdad. La existencia estructural de manifestaciones racistas vulnera y menoscaba valores superlativos a la humanidad, como la paz, la democracia, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la honra y la diversidad étnica y cultural.

Más allá del debate ético que el tema involucra, se ha demostrado^[105] que existe una relación directa entre la existencia de patrones estructurales de discriminación racial en Colombia, y la situación sistemática de precariedad en las condiciones básicas de vida de la población afrodescendiente. Se ha identificado un efecto específico de la identidad étnico-racial en las condiciones de vida de estas poblaciones y el acceso a servicios básicos, y por ende a la efectividad de los derechos humanos de estas comunidades.

61. El hecho de que se admita que el proyecto Blanco Porcelana involucra un tema de

interés público, referido a la lucha contra formas de racismo no violentas, no explícitas, que se camuflan y mimetizan socialmente en actitudes y expresiones aparentemente inocuas, no comporta un señalamiento ni un juicio de valor respecto del comportamiento de ninguno de los actores involucrados en este asunto, o de los personajes que se mencionan en la cartilla 'Un cuento de AdaS'. En forma descriptiva se presentan unos hechos, para ilustrar un fenómeno que según se dejó explícito en la propuesta presentada por las artistas ante la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla, es una construcción cultural, transmitida de generación en generación, que trasciende el ámbito familiar de la artista y puede ser detectada en otras familias barranquilleras, colombianas, e incluso latinoamericanas. De hecho, uno de los objetivos del proyecto es propiciar, desde la experiencia personal de la artista, una reflexión en el espectador que lo induzca a reconocer, identificar, visibilizar, sentir o pensar en experiencias propias signadas por expresiones o actitudes similares.

63. Sin embargo, pese a la especial protección que el orden jurídico nacional e internacional brindan a la libertad de expresión y en particular a aquellas manifestaciones que acuden a la estética y a los recursos propios del arte y la literatura para contribuir al debate sobre asuntos de interés público, como en efecto ocurre con el proyecto 'Blanco Porcelana', no se trata de una garantía despojada de límites. Ello no implica la desprotección de otros derechos que también gozan de tutela constitucional. Por el contrario, tal como se dejó establecido en el fundamento jurídico No. 35 de esta sentencia la primacía que, en principio, se otorga a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, no se opone a que dicha prevalencia sea desvirtuada ante la manifiesta vulneración de otros derechos fundamentales como la intimidad, la honra y el buen nombre, cuandoquiera que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violen o amenacen esos derechos fundamentales.

A continuación procede la Corte a examinar si en efecto, como lo señalan los demandantes en este proceso, el proyecto Blanco Porcelana y en particular la cartilla 'Un cuento de AdaS', vulnera sus derechos fundamentales a la intimidad y el buen nombre, de tal forma que la especial protección que el orden constitucional brinda a la libertad de expresión de que son titulares las demandadas en este proceso, deba ceder en favor de aquellos.

64. Para los demandantes, la obra Blanco Porcelana, y en particular, la cartilla Un cuento

de AdasS vulnera sus derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre por cuanto revela los nombres de familiares de la artista Margarita Ariza y se divulgan sus fotografías, sin haber obtenido su autorización. Ponen de relieve que el relato hace referencia a momentos íntimos de la familia y a episodios de sus vidas, vinculándolos con actos de racismo, como la referencia que se hace a la expresión “Blanco Porcelana” definido por la artista como “el término acotado por mis tías maternas (...) para designar la blancura ideal de la abuela Teresa”, y el parámetro con el cual eran comparados todos los niños nacidos en la familia. Sostienen que tal expresión nunca fue utilizada por los demandantes.

65. Siguiendo el test propuesto por la jurisprudencia[106] para constatar si se presenta vulneración al derecho a la intimidad de los demandantes, familiares de la artista Margarita Ariza, en primer lugar, encuentra la Corte que los datos que se divulgan en la cartilla ‘Un cuento de AdaS’ corresponde a la categoría de datos personales en cuanto incluyen los nombres propios de los personajes allí mencionados, así como situaciones cotidianas de la familia; y en esa medida están amparados por el derecho a la intimidad. En efecto, el relato escenifica episodios surgidos en el seno de la vida familiar, normalmente sustraídos al conocimiento y a la exposición a terceros, como las reacciones frente al nacimiento de los niños de la familia[107], o los comentarios hacia las niñas de la familia frente a su cuerpo y a un ideal de belleza[108], y en general las permanentes referencias a los rasgos físicos y al color de la piel de los miembros de la familia, destacando siempre el ideal de blancura como arquetipo de belleza.

Si bien se trata de información personal que pertenece al ámbito familiar, y que por ende, en principio, debe estar resguardada de la exposición pública, no se identifica en ella datos personalísimos o sensibles que deban ser objeto de una reserva especial[109], o de una protección reforzada como sí acontece con la libertad de expresión. El relato se focaliza en situaciones cotidianas, que incluso podrían ser compartidas con terceros, en cuanto revelan episodios socialmente aceptados, descritos en forma desprevenida, sin que sobre ellos se emita juicios descalificadores. La historieta no devela información que pudiera ser considerada como reservada en cuanto interese única y exclusivamente a su titular por estar estrechamente relacionada con la protección de sus derechos a la dignidad humana, la intimidad, la preferencia sexual, su credo ideológico o político, o información genética[110]. No se revelan en el relato secretos de la familia o episodios que puedan ocasionarle deshonor o desprestigio a algún miembro de la familia. Por el contrario, se

plasman muchas de las virtudes de los miembros de la familia, especialmente de la “Abuela Teresa” a quien se describe como un ser profundamente espiritual, austero, coherente y con gran sentido de la solidaridad.

66. En segundo lugar, la autora del relato ‘Un cuento de Ada S’ reconoce que no contaba con la autorización de sus familiares para divulgar la información y las imágenes plasmadas en la mencionada cartilla. No obstante, considera la Corte que la ausencia de dicha autorización no conduce, en este caso, a la vulneración del derecho a la intimidad por al menos dos razones.

La primera, porque el relato contenido en la cartilla “Un cuento de Ada S” y las expresiones con las cuales se construye no involucran un ánimo injurioso por parte de la autora, ni devela información que pertenezca de manera exclusiva y excluyente, por corresponder a su fuero personalísimo, a alguna de las personas mencionadas. La obra se limita a plasmar en forma descriptiva las reacciones usuales en una familia tradicional frente a episodios relevantes como el nacimiento de los niños, o aparentemente intrascendentes como sus juegos, los rasgos y características de los miembros de la familia, su formación, sus ocupaciones, las relaciones que se tejen entre ellos, etc.

De otra parte, porque el relato “Un cuento de Ada S” tiene contenido autobiográfico. Aunque la historia acude a una narrativa en tercera persona como recurso literario, es claro que recrea episodios de la vida de Ada Margarita Ariza Aguilar[111]. En esta línea, es la propia experiencia de la artista, su vida en el seno de una familia tradicional y la manera cómo percibe determinados episodios de su niñez, su adolescencia y su madurez, lo que le da sentido al relato. Dado el carácter autorreferencial de la obra, es comprensible que para su construcción debía hacer mención a las personas que integraban su entorno más cercano, a aquellas con quienes interactuó en las diferentes etapas de su vida y que, de una u otra manera, contribuyeron a marcar su historia personal, a reafirmarse como individuo, y a moldear sus opciones e inquietudes vitales: su abuela, sus padres, sus tíos, sus primos y su hijo.

Si bien en esta modalidad de expresión literaria, la autora se sitúa como sujeto del acto creador y como punto de partida de su relato, este exige una conexión con una realidad más amplia que trasciende su individualidad y que la hace parte de un contexto que en este

caso es su familia.

Constituiría una limitación desproporcionada e irrazonable a la libertad de expresión, exigir al artista que utiliza el recurso autobiográfico como medio para la comunicación de su idea creativa, que obtenga la autorización de todos los miembros de la familia que menciona en su relato para poder contar su propia historia.

La necesidad de obtener autorización para divulgar información personal se fundamenta en el respeto por la autonomía individual del titular del dato y en el principio de libertad que debe regir el tratamiento de la información personal.

En cuanto a lo primero, en el relato autobiográfico se parte de la idea de que “el yo del escritor queda plasmado en la escritura, como signo referenciado de su propia existencia”[112], lo que implica que el autor participa de la titularidad de aquella información que le concierne en cuanto contribuye a construir su propia identidad. Tratándose de un entorno familiar, la información relacionada con los miembros cercanos de la familia, con la vida que transcurre en ese entorno, pertenece a los miembros de la familia, la titularidad reposa en ellos, siempre y cuando no se trate de datos personalísimos vinculados a la intimidad y la dignidad de cada uno de los individuos que la integran, sobre la cual cada uno de ellos ejercerá su plena autonomía.

En cuanto a lo segundo, la jurisprudencia de esta corporación ha relacionado el principio de libertad, que rige el tratamiento y circulación de datos personales, con la prohibición del manejo de la información obtenida de manera ilícita[113]. En el presente caso, como se desarrolla a continuación, la información familiar que se plasma en la cartilla Un cuento de Ada S fue obtenido por la autora del relato de manera pacífica y consentida, mediante la paciente recopilación de sus memorias, de sus recuerdos, de las imágenes compiladas en álbumes familiares, valiosas para la reafirmación de sus afectos, imprescindibles para la construcción de su identidad.

67. En tercer lugar, no existe ninguna evidencia que demuestre que la información, e incluso las imágenes utilizadas para ilustrar la cartilla ‘Un cuento de AdaS’ hubiesen sido obtenidas por la autora del relato de manera engañosa o valiéndose de hostilidades. Por el contrario, Margarita Ariza narró a los jueces de instancia la manera en que de la mano de sus padres, de algunos de sus tíos, a través de conversaciones con ellos, valiéndose de su

álbum familiar fue construyendo la historia. Al respecto señala la artista: “El proceso de investigación fue maravilloso porque fue de la mano de mi familia. En Barranquilla mis tíos paternos me prestaban sus fotos, me contaban sus frases caían en cuenta poco a poco de la cantidad de historias que teníamos en todas las generaciones. Mis recuerdos y experiencias anteriores y recientes comenzaron a enlazarse en el ‘Cuento de AdaS’. Mi mamá me aportó muchas historias, anécdotas, información e imágenes. Mi papá trabajaba investigando sobre el árbol genealógico desde hace muchos años y me colaboró con material valioso. La cuna, objeto central de la instalación de la obra es la misma que usé cuando fui bebé, por allí también pasaron doce niños de la familia, incluso mi hijo Simón. Todos los objetos, imágenes, documentos, son muy personales”[114]. Estas manifestaciones sobre la manera como obtuvo el material fotográfico y los objetos con que recrea la obra, no fueron desvirtuadas dentro del trámite de tutela.

68. En cuarto lugar, la divulgación de la información contenida en la cartilla ‘Un cuento de AdaS’, forma parte y se encuentra articulada al proyecto ‘Blanco Porcelana’, cuya finalidad, como ya se indicó, es la de provocar una reflexión colectiva sobre un asunto de interés general como es la existencia de formas encubiertas de racismo, negadas por la sociedad y por las autoridades. Esta finalidad presenta una evidente relevancia constitucional, comoquiera que se encuentra amparada por instrumentos internacionales que condenan todas las manifestaciones de segregación basadas en la raza; se ubica en directa relación con el principio de no discriminación que forma parte del ámbito de garantía del artículo 13 de la Carta, y promueve valores esenciales para la vida en democracia como es el respeto a la diversidad étnica.

69. La información vertida en el relato ‘Un cuento de AdaS’ tiene una relación directa con la finalidad que orienta el proyecto artístico ‘Blanco Porcelana’, comoquiera que son justamente todas aquellas expresiones que se producen cotidianamente en el seno de una familia tipo colombiana o latinoamericana, en torno a un ideal de belleza, que toma como paradigma la blancura de la piel y determinadas características físicas, las que ilustran y develan un fenómeno que según la opinión de las autoras, la cual halla respaldo estudios reseñados en este fallo, constituye vestigio de un modelo de clasificación social basado en el discurso de la blancura y la limpieza de la sangre.

La estrategia de apelar a medios plásticos, a la puesta en escena de una instalación, al

recuento ilustrado, al video y a formas no convencionales de comunicación, desde la perspectiva crítica de las artistas, tiene el propósito de generar una reflexión sobre el fenómeno del racismo velado, no desde la racionalidad individual, sino a partir de los sentidos, los recuerdos, los sentimientos, toda vez que de conformidad con el planteamiento de las autoras, se trata de una realidad inscrita en la memoria colectiva, en los usos no cuestionados, en las expresiones no pensadas, que se repiten y transmiten de generación en generación.

Desde este punto de vista, se puede sostener que si bien no existen elementos para afirmar que la estrategia a la que acuden las artistas, lo que incluye la divulgación de una información que se origina en el ámbito familiar de una de ellas, constituya un medio idóneo para combatir el fenómeno del racismo velado, sí puede afirmarse que la misma cumple con el propósito de denuncia, identificación y visibilización del mismo.

70. Finalmente, cabe precisar, que por ser el proyecto 'Blanco Porcelana' y la cartilla 'Un cuento de AdaS' una manifestación clara de la libertad de opinión y de la expresión artística, y no una forma de comunicación orientada a informar o a sacar a la luz pública unos datos que el receptor tiene derecho a recibir en forma imparcial y veraz, no resulta pertinente indagar por el atributo de la veracidad de la información, predicable y exigible respecto de las formas de comunicación de carácter informativo.

Por tal razón, no se constata la vulneración al derecho al buen nombre de los demandantes, comoquiera que este derecho se conculca cuando se divulgan hechos falsos o que afecten la imagen de una persona. En cuanto a lo primero, tal como ha quedado establecido en esta sentencia, el proyecto Blanco Porcelana es una obra artística, de contenido autobiográfico, mediante la cual las autoras promueven en el espectador una reflexión en torno a unas conductas familiares y sociales que ellas observan, analizan y frente a las cuales asumen una postura personal. Esto ubica la obra en la categoría de objeto de comunicación que transmite una opinión y por ende no les era exigible la veracidad o la imparcialidad.

En cuanto a lo segundo, no encuentra la Corte que la narración plasmada en la cartilla 'Un cuento de AdaS' incorpore un calificativo de "racistas" a quienes aparecen mencionados en el relato. La autora se limita a presentar de manera descriptiva unos episodios de la vida cotidiana de una familia, tomando sus palabras, expresiones y actitudes, sin calificarlas ni

emitir juicio o reproche alguno sobre ellas.

Es cierto que la cartilla en la que se incorpora el relato que los demandantes cuestionan, accede y forma parte integral del proyecto en el que se plasma, acudiendo a elementos de las artes plásticas, la posición crítica de las autoras sobre ciertas prácticas de belleza, categorías, actitudes y expresiones que, en su sentir, estructuran patrones sociales de discriminación racial. No obstante, también introducen en su análisis un elemento central para la comprensión del proyecto, y para darle el verdadero alcance a su posición crítica consistente en que ésta no se dirige a las actuaciones de los protagonistas de 'Un cuento de AdaS', que son mostradas como inocuas, normales e incluso objeto de la aceptación social. El espectro de su posición crítica es mucho más amplio, proyectándose a las familias y a la sociedad colombiana, e incluso latinoamericana.

71. De otra parte, no puede desconocer la Corte que la idea de acudir al relato autobiográfico como medio para provocar la reflexión que promueven las accionadas sobre el racismo velado, forma parte nuclear del derecho a la libertad de expresión y de creación artística e intelectual de las autoras.

Al respecto cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que le está vedado al juez constitucional exigir a los autores de las obras literarias o de otras expresiones artísticas, modificar las técnicas o los contenidos que en ejercicio de su actividad creadora decidieron incluir en su obra, por cuanto ello representaría una interferencia en la expresión intelectual contenida en la obra y una intromisión inaceptable de un tercero en la creación artística[115].

Ha indicado así mismo, esta corporación, que la comunidad tiene derecho a apreciar y escoger libremente las expresiones artísticas que considere dignas de su aprobación o rechazo, sin que esta elección esté viciada por la previa valoración de las autoridades y, por lo tanto, la limitación de la divulgación de una obra puede desconocer este derecho de los espectadores derivado de su capacidad crítica y autonomía moral. Y ha destacado que las tensiones que se presenten con los derechos a la intimidad o el buen nombre deben resolverse mediante una ponderación, en principio, a favor de la divulgación de la obra, puesto que no cualquier afectación a la intimidad y al buen nombre es suficiente para restringir el derecho a dar a conocer la obra[116].

72. Los criterios proporcionados por el anterior escrutinio llevan a la Corte a concluir que el derecho a la intimidad y al buen nombre de los familiares de la artista Ada Margarita Ariza Aguilar no se vieron afectados de manera significativa en la situación concreta examinada, y que en cambio sí existen razones de peso para otorgar un mayor grado de protección a la libertad de expresión de las artistas Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz, creadoras del Proyecto 'Blanco Porcelana' del cual forma parte fundamental la cartilla 'Un cuento de AdaS'.

En efecto, la protección de la libertad de expresión y creación artística plasmada en el Proyecto 'Blanco Porcelana' exige una limitación del derecho a la intimidad de los familiares de la artista demandada, y no se constata vulneración a su derecho al buen nombre. Lo anterior conduce a la Sala a declarar que no existen razones que sustenten la decisión adoptada por los jueces de instancia de imponer limitaciones al derecho a la libertad de expresión de las artistas demandadas. Ni las intervenciones sobre el contenido de la obra Blanco Porcelana' y específicamente sobre la cartilla 'Un cuento de Ada S', ni las limitaciones impuestas a su divulgación se encuentran debidamente justificadas en los fallos examinados, mediante argumentos de peso, o evidencia fáctica que desvirtúe las razones que obran en favor de la libertad de expresión, conforme al examen consignado.

73. En consecuencia la Corte revocará los fallos proferidos el 28 de junio de 2012 por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Bogotá, y el 23 de agosto de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que concedieron la tutela a los accionantes en este proceso, y en su lugar negará la tutela instaurada por Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, en contra de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz.

Consecuencia necesaria de esta determinación es el levantamiento de las afectaciones, modificaciones y sustituciones que los jueces de instancia impusieron a la integridad de la obra "Blanco Porcelana" y de la cartilla "Un cuento de Ada S", así como de las órdenes encaminadas a restringir su divulgación.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar los términos suspendidos por la Sala Novena de Revisión.

Segundo.- Revocar los fallos de tutela proferidos el 28 de julio de 2012 por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Bogotá, y el 23 de agosto de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que concedieron el amparo, y en su lugar negar la tutela instaurada por Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, en contra de Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz.

Tercero. Comunicar esta providencia los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-015/15

LIBERTAD DE EXPRESION ARTISTICA-EI Proyecto “Blanco Porcelana” y la Cartilla “Un cuento de AdaS” protegidas por la libertad de creación artística (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-3765442

Acción de tutela instaurada por Rafael Aguilar Quijano, Teresa Aguilar de Hidalgo, Rosa Aguilar de Quiñones, Ruth Aguilar Quijano, Luz Esperanza Hidalgo Aguilar, Adriana Hidalgo Aguilar, Martha Rosa Quiñones Aguilar y Ana Cielo Quiñones Aguilar, contra Ada Ruth Margarita Ariza Aguilar, Andrea Quintero Angulo y Mazal Blanco Labouz.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto, aclaro mi voto a esta decisión para señalar que, si bien comparto plenamente la decisión de negar el amparo solicitado, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

Aunque en la parte resolutive no se hace expreso, debe entenderse que, como consecuencia de la orden de revocar las decisiones de tutela de instancia, la autora de la obra artística objeto de controversia tiene el derecho de restablecer la obra a su estado original y divulgarla.

De otro lado, estimo que la protección constitucional de la obra “Blanco Porcelana” se enmarca dentro de la libertad de creación artística, más que en la libertad de opinión, como se expresa en algunas de las consideraciones de esta providencia.

Si bien comparto la valoración que se expresa en la sentencia acerca de la importancia de esta obra artística, y el especial valor de la denuncia del racismo que a través de ella se

propone, no comparto la línea argumentativa que conduce a señalar que esta se encuentra especialmente protegida por cuanto se orienta a promover un debate público de especial importancia constitucional. El problema de esta justificación es que, así sea de manera implícita, establece una jerarquía entre las manifestaciones artísticas socialmente útiles y/o orientadas a realizar valores constitucionales y las que no tienen tal finalidad, bien por ser banales, políticamente no comprometidas o por desafiar, mofarse o criticar dichos valores.

No puede perderse de vista que el arte, como decía Oscar Wilde, escapa a la servidumbre de la moral y, por tanto, no puede ser evaluado en términos de su corrección o incorrección. Lo mismo vale, en este caso, para decir que el arte no puede valorarse ni clasificarse en términos de su utilidad social ni de su importancia para promover valores constitucionales. La Constitución opera aquí, a lo sumo, para establecer por vía negativa límites a manifestaciones artísticas que claramente rebasen el ámbito de lo constitucionalmente permitido. Lo que no puede hacerse es utilizar la Constitución como parámetro para juzgar unas obras artísticas como dignas de encomio y otorgarles especial protección respecto de manifestaciones artísticas que, desde el punto de vista constitucional, sean irrelevantes o incluso críticas de dicho orden. Esto nos acercaría a regímenes totalitarios, donde el arte se evalúa y promueve según comulgue o no con los valores del sistema.

Por lo anterior, considero que para fundamentar la decisión adoptada habría bastado con enmarcar claramente la protección de esta obra dentro del ámbito de la libertad de creación artística, y dejar por fuera las consideraciones relativas a la libertad de opinión y especial protección de los discursos de relevancia pública. Las valiosas consideraciones expuestas en la sentencia sobre los patrones estructurales de racismo que la obra pretende sacar a la luz, sirven al propósito de facilitar la comprensión de la obra artística y del contexto en que se crea y divulga, más no para derivar de esto un argumento que la torne merecedora de especial protección constitucional, frente a otras manifestaciones artísticas, en razón de la importancia de esta denuncia.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Fol. 2 de la demanda.

[2] Escrito suscrito por Ada Margarita Ariza Aguilar, abril 18 de 2012. Folios 1 a 29 del Cuaderno de anexos.

[3] Cuaderno original. Intervención de la parte demandada, Fol. 207.

[4] Cita la sentencia del 31 de agosto de 2004, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay.

[5] Sentencia C-134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[7] Sentencia T-1008 de 1999, reiterada en la sentencia T-787 de 2004.

[8] Sentencia T-288 de 1995, reiterada en sentencia T-787 de 2004.

[9] Sentencia T-290 de 1993, reiterada en sentencia T-787 de 2004. Subrayado por fuera del texto original.

[10] Al respecto las sentencias T-921 de 2002, T-787 de 2004 y T-634 de 2013.

[11] Sentencia T-634 de 2013.

[12] Constitución Política, preámbulo, arts. 7º y 13º.

[13] Ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981 y aprobada mediante Ley 22 de 1981.

[14] Aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991.

[15] Mediante la Ley 70 de 1993 se desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución. La mencionada ley reconoció a las comunidades negras de las riberas de la Cuenca del Pacífico, el derecho de propiedad colectiva sobre sus territorios y estableció mecanismos para la protección de su identidad étnica // El Decreto 1627 de 1996 se reglamentó el artículo 40 de la Ley 70 de 1993, en el cual se establecen mayores oportunidades de acceso a la educación superior para los miembros de las comunidades negras y se crea un fondo

especial de becas para estudiantes de comunidades negras de escasos recursos// Mediante la Ley 649 de 2000 se asignaron dos curules en para afrocolombianos en la Cámara de Representantes// El decreto 4466 de 2007 estableció que las familias con un miembro afrocolombiano recibirían un puntaje adicional del 3% en el proceso de calificación para los subsidios de vivienda urbana// En el año 2011 se profirió la Ley 1482 de 2011, por medio de la cual se modificó el código penal para introducir como delitos de “Actos de racismo y discriminación racial” (Art. 134A) y “Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política u origen nacional, étnico o cultural (Art. 134 B).

[16] El documentos Conpes 3310 de 2004, reconoció la situación precaria en que se encontraba la población afrocolombiana, así como la necesidad de implementar un programa de acción que involucrara aspectos básicos como salud, educación, vivienda y servicios públicos, generación de empleos e ingresos para esta población. Con base en esta política se creó la comisión Intersectorial para el Avance de la población afrocolombiana, Palenquera y Raizal, cuyo objetivo es evaluar las condiciones de vida de esta población y hacer recomendaciones para superar las barreras que impiden su avance.

[17] En la sentencia T-1090 de 2005, la Corte realizó un profundo estudio de los instrumentos que han reivindicado el interés de la comunidad internacional en la erradicación definitiva de todas las formas de discriminación, y destacó la manera en que las autoridades del país han reconocido la situación de marginalidad que los afrocolombianos han enfrentado históricamente. En este sentido destacó las observaciones finales que para Colombia efectuó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 1999, en las que este se refiere a “la sinceridad con que el Estado parte reconoce que las comunidades afrocolombiana e indígena siguen siendo víctimas de discriminación racial sistemática, lo cual ha dado lugar a que sean objeto de marginalización, pobreza y vulnerabilidad a la violencia”. Estos planteamientos fueron retomados en las sentencias T-375 de 2006, T-586 de 2007 y recientemente en la T-576 de 2014.

[18] Rodríguez Garavito, César Augusto. Raza y Derechos Humanos en Colombia: Informe sobre discriminación racial y derechos humanos de la población afrocolombiana. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS. Ediciones Uniandes, 2009.

[19] De conformidad con el informe “Raza y Derechos Humanos en Colombia”, debido al excesivo centralismo, a la herencia esclavista y a las limitaciones de movilidad social y geográfica de la población afroamericana, existe una gran concentración de esta población en las regiones más pobres del país (Chocó 82.12%; San Andrés y Providencia 57%). Según el mismo informe, el 60% de los afrocolombianos son pobres, y en las zonas rurales este porcentaje es cercano 75%; alrededor del 25% de esta población vive en la miseria y un 15% padece hambre (Pág. 60). El informe señala así mismo que un afrocolombiano asalariado devenga, en promedio, apenas el 71% de lo que gana una persona mestiza (Pág. 61). Adicionalmente muestra que el 24.8% de los hogares afrocolombianos no tienen acceso a acueducto, el 43% no cuenta con servicio de alcantarillado, el 18% no tiene servicio sanitario, el 10% carece de energía eléctrica y el 44.8% del servicio de recolección de basura (Pág. 64).

[20] Rodríguez Garavito, op. cit. Pág. 65.

[21] Ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981, y aprobada mediante ley 22 de 1981.

[22] Aprobada y proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura, reunida en París en su vigésima reunión, el 27 de noviembre de 1978.

[23] En el Artículo 4, numeral 1, esta declaración establece: “Toda traba a la libre realización de los seres humanos y a la libre comunicación entre ellos, fundada en consideraciones raciales o étnicas es contraria al principio de igualdad en dignidad y derechos, y es inadmisibles”.

[24] *Ibíd.*, Artículo 2, numeral 2.

[25] Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99. CERD/C/304/Add.76. (Concluding Observations/Comments). Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la convención. Vid. supra 6.2.3.

[26] Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 26 de febrero de 1999.

[27] Doudu, Diène. Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Todas las Formas de Discriminación. Informe del Relator Especial sobre las formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia. Visita a Colombia 2003. Naciones Unidas. E/CN.4/2004/18/Add.3.2004.

[28] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones Preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y Contra la Discriminación Racial a la República de Colombia. OEA/Ser.L/V/II.134. 2009. Pár. 34.

[29] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit. Párr. 44 y 45.

[30] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Párr. 122.

[31] En esta sentencia la Corte revisó el caso de una mujer afrocolombiana a la que se le impidió el acceso a un establecimiento de comercio (discoteca) debido a su color de piel.

[33] Castro-Gómez, Santiago. La hybris del punto cero: Ciencia, raza e ilustración de la Nueva Granada. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, segunda edición, 2010. Pág. 69.

[34] Castro-Gómez, Santiago, op. cit. Pág. 70.

[35] Pierre Bourdieu escribió sobre 'sociología espontánea' para ilustrar la manera en que el lenguaje sociológico corre el peligro de filtrar toda una serie de prenociones encerradas en el lenguaje común, que contienen una "filosofía petrificada de los social" (Al respecto Bourdieu Pierre. La distinción. Criterio y bases sociales del gusto. Traducción de María del Carmen Ruíz de Elvira, Madrid, Taurus, 1998.

[36] Castro-Gómez, Santiago, op. cit. Pág. 71.

[37] Quijano Obregón, Aníbal. Colonialidad, poder, cultura y conocimiento en América

Latina. En, Anuario Mariatequiano, vol. 9, No. 9, Lima, Amauta, págs. 113-122.

[38] Castro-Gómez, Santiago, op. cit. Págs. 113 y 114.

[39] Autor del documento “La Pobreza en Conceptos, Realidades y Políticas: Una Perspectiva Regional con Énfasis en Minorías Étnicas” publicado por la CEPAL, División de Desarrollo Social.

[40] Sobre este aspecto, en otro estudio, Álvaro Bello y Marta Rangel, estimaron: “La discriminación étnico-racial actual, heredera del colonialismo luso e hispano-criollos, es la expresión con que se manifiestan formas renovadas de exclusión y dominación constituyendo verdaderos “colonialismos internos” que contradicen el mito de una integración real. Al contrario, la integración de los pueblos indígenas y afrolatinos ha tenido, más bien, un carácter simbólico en el discurso y negados en la práctica” (En: “Etnicidad, “Raza” y Equidad en América Latina y el Caribe”, CEPAL, Introducción, Agosto de 2000).

[41] El balance que se hace respecto de los afrocolombianos no es nada alentador; al respecto se consigna lo siguiente: “Para el caso de las poblaciones afrodescendientes, la situación es igualmente crítica. En Colombia, donde viven alrededor de 10.5 millones de afrodescendientes, los indicadores socioeconómicos los muestran como una población especialmente pobre, asentada en regiones particularmente pobres del país. En dicho país, “el 80% de la población presenta necesidades básicas insatisfechas, el 60% está en situación de pobreza crítica, los ingresos per cápita son de 500/600 dólares al año, la esperanza de vida es solo de 55 años, la tasa de mortalidad infantil es de 130/mil nacidos vivos, el 70% de la población no tiene acceso a servicios públicos, la cobertura educativa es de solo 77% en primaria y 36% en secundaria, hay deficiente infraestructura y dotación en salud, educación. (...) En todos estos ámbitos los promedios para la población afrodescendientes son mucho más críticos que para el promedio de la población colombiana, a lo que se suma el impacto, también especialmente agudo, de los conflictos armados y los desplazamientos sobre los grupos afrodescendientes”.

[42] Ibid, pág 3.

[43] Propuesta del proyecto artístico “Blanco Porcelana” presentada ante la Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla. Cuaderno de anexos, fol. 35.

[44] Intervención de la Unidad de Artes y otras colecciones del Banco de la República.

[45] Intervención de la demandada Ada Ruth Margarita Ariza.

[46] Secretaría de Cultura, Patrimonio y Turismo de Barranquilla.

[47] Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

[48] Intervención del Movimiento Nacional por los Derechos Humanos de las comunidades afrocolombiana (CIMARRÓN).

[49] Intervención de la Fundación Afroamigos.

[50] Intervención de Miguel Iriarte. Biblioteca Piloto del Caribe.

[51] *Ibíd.*

[52] “Artículo 19. 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.”

[53] “Artículo 20. 1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. // 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”

[54] “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.”

[55] Así lo ha establecido, entre otras, en las sentencias T-1319 de 2000, y T-391 de 2007.

[56] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007. En esta sentencia, con ocasión de la tutela interpuesta contra el programa radial “El Mañanero de la Mega” por considerar que sus contenidos procaces afectaban los derechos de los niños, la Corte efectuó un análisis pormenorizado de los contenidos normativos, fundamentos y límites a la libertad de expresión. La reseña jurisprudencial que se inserta en esta sentencia sigue de cerca el análisis efectuado en esta sentencia, actualizándolo con referencias jurisprudenciales más recientes que resultan para la decisión del presente caso.

[57] En la sentencia T-391 de 2007, con ocasión de la tutela interpuesta contra el programa radial “El Mañanero de la Mega” por considerar que sus contenidos procaces afectaban los derechos de los niños, la Corte efectuó un análisis pormenorizado de los contenidos normativos, fundamentos y límites a la libertad de expresión. El siguiente recuento sigue de cerca dicho análisis, actualizado con referencias jurisprudenciales más recientes que desarrollan aspectos pertinentes para la decisión del presente caso, en

especial la sentencia T-904 de 2013.

[58] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-442 de 2011.

[59] Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

[60] Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

[61] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), sentencia del 5 de febrero de 2001. En idéntico sentido, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001; y el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.

[62] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007, tutela contra el programa “El Mañanero de la Mega”, reiterada en la sentencia T-904 de 2013.

[63] Corte Constitucional, sentencia T-904 de 2013.

[64] Sentencias SU-056 de 1995, en la que se resuelve la tutela interpuesta a raíz de la publicación del libro “La Bruja” del periodista Germán Castro Caicedo; SU-1721 de 2000, en la que se concedió parcialmente la tutela interpuesta contra el columnista Roberto Posada García-Peña por la publicación de una columna en la que formula acusaciones contra el Director de la Aeronáutica Civil; T-391 de 2007, resolvió una tutela contra el programa “El Mañanero de la Mega”.

[65] Balaguer Callejón, María Luisa. El derecho fundamental al honor, Madrid, Tecnos, 1992, citado en la sentencia SU-1723 de 2000 en la que se negó la tutela interpuesta por el cantante Diomedes Díaz a raíz de la transmisión de una serie de televisión basada en el libro “El Cacique y la Reina”, donde se mencionan los hechos que rodearon la muerte de una joven y la investigación penal en la que se vio involucrado el demandante.

[66] Al respecto ver sentencias T-602 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz), SU-1721 de 2000

(MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1198 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-218 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), en las cuales se reitera el deber de los comentaristas deportivos y de los columnistas de prensa de rectificar sólo cuando sus opiniones estén sustentadas en informaciones inexactas o contrarias a la verdad.

[67] La sentencia C-650 de 2003 presenta una exposición de las funciones que desempeña la libertad de expresión en una sociedad democrática, al señalar que aquella: (i) permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento; (ii) hace posible el principio de autogobierno y (iii) promueve la autonomía personal; (iv) previene abusos de poder y (v) constituye una “válvula de escape” que promueve la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se compartan, lo que favorece la resolución racional y pacífica de los conflictos, como resultado del debate público y no de la confrontación violenta.

[68] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007.

[69] Así lo ha explicado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional; así, en la sentencia SU-1721 de 2000, se señaló que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación y otros derechos fundamentales, en principio prima la libertad de expresión, por la importancia de la prensa para una democracia: “Tratándose de los supuestos de conflicto de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación,- aún de la libertad de información con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa”. En igual sentido, en la sentencia T-602 de 1995, la Corte explicó que la libertad de expresión, en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: “El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, “salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales” (Sentencia T-80 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)”. En el mismo

sentido la sentencia SU-1723 de 2000 señaló: "...la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión".

[70] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007, reitera SU-1721 de 2000; SU-1723 de 2000 y T-602 de 2005.

[71] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007.

[72] Corte constitucional, sentencia T-080 de 1993, reiterada en la sentencia T-602 de 1995.

[73] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso contra Panamá, Sentencia del 27 de Enero de 2009.

[74] Corte Constitucional, sentencias SU-056 de 1995 y T-104 de 1996. En estas sentencias la Corte examinó dos casos en los que autoridades judiciales o administrativas impusieron restricciones a la divulgación de obras literarias y artísticas.

[75] En particular en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales se señala que toda limitación a la libertad de expresión ha de estar expresamente fijada 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.

[76] Corte Constitucional, sentencias T-391 de 2007; C-442 de 2011; T-904 de 2013.

[77] El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalan que toda limitación a la libertad de expresión ha de estar expresamente fijada 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.

[79] "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a

la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.”

[80] “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (...)”

[81] “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.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 y reputación.3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

[82] También, Corte Constitucional, sentencias T-787 de 2004 y T-634 de 2013.

[83] Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2010, M.P Mauricio González Cuervo.

[84] Corte Constitucional, sentencia T-696 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

[85] Corte Constitucional, sentencia T-517 de 1998. En esta decisión la Corte sostuvo que la sola posibilidad de “escuchar eventualmente risas de los guardias o el ruido producto del radioteléfono que está junto al teléfono” o de ser informado del vencimiento del tiempo de conversación en un centro carcelario en el que las llamadas se pasan de manera directa a los patios, son circunstancias que no constituyen una violación o restricción ilegítima del derecho a la intimidad del actor.

[86] Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007. En esta ocasión, la Corte abordó un caso en el que una grabación anterior a un proceso penal contra el accionante quiso hacerse valer en su contra dentro del proceso. La Corte señaló que la prueba fue obtenida con violación del derecho a la intimidad porque la grabación no fue autorizada por el actor. Sobre la autorización para el uso de la imagen la Corte sostuvo que “las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización

del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto”. Sin embargo, la Corte decidió que la decisión de la Corte Suprema de Justicia no era constitutiva, en su conjunto, de una vía de hecho porque la sentencia condenatoria penal tuvo “como fuente de convicción, elementos probatorios independientes de la prueba ilícita que justifican, por sí mismos, de manera autónoma, la asignación de la responsabilidad penal” al accionante.

[87] Corte Constitucional, sentencia SU-089 de 1995.

[88] Corte Constitucional, sentencia T-408 de 1998.

[89] Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004, reiterada en T-634 de 2013.

[90] *Ibídem*.

[91] *Ibídem*.

[92] Corte Constitucional, sentencias T-787 de 2004 y T-634 de 2013.

[93] Corte Constitucional, sentencias T-405 de 2007, T-977 de 1999, C-498 de 2002 y T-634 de 2013.

[94] Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1995.

[95] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevicchia y D’Amico vs Argentina*. Sentencia del 29 de noviembre de 2001.

[96] Reiterada sobre este aspecto en la sentencia T-634 de 2013.

[97] Corte Constitucional, sentencia T-405 de 2007. También sentencia C-489 de 2002. En la Sentencia SU-082 de 1995, la Corte hizo una relación de la jurisprudencia en torno al concepto y los alcances de los derechos al buen nombre y a la honra.

[98] Corte Constitucional, sentencias C-489 de 2002, T-405 de 2007 y T-634 de 2013.

[99] Corte Constitucional, sentencias T-977 de 1999, C-489 de 2002, y T-634 de 2013.

[100] Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1995.

[101] Corte Constitucional, sentencia SU-082 de 1995.

[102] Corte Constitucional, sentencia T-411 de 1995.

[103] Corte Constitucional, sentencias SU-056 de 1995 y T-104 de 1996. En estos fallos la Corte examinó dos casos en los que autoridades judiciales o administrativas impusieron restricciones a la divulgación de obras literarias y artísticas.

[104] Ver fundamento jurídico 10 y siguientes de esta sentencia.

[105] Ver fundamentos jurídicos 5 al 16 de esta sentencia.

[106] Fundamento jurídico No.44 de esta sentencia. “(..) la corporación ha sostenido que se vulnera el derecho a la intimidad cuando: (i) se revelan los datos personales, en especial aquellos considerados sensibles por el ámbito en el que se originan, o por la naturaleza misma del dato que se difunde; (ii) sin contar con la autorización del afectado (principio de libertad); y (iii) valiéndose de maniobras engañosas u hostilidades; (iv) sin que con ello se persiga un interés protegido constitucionalmente como el interés general en acceder a determinada información (finalidad); (v) sin que la información guarde relación con la finalidad de su divulgación (principio de necesidad); y (vi) tratándose del derecho a la información que los datos personales divulgados correspondan a situaciones reales (principio de veracidad).”

[107] Así por ejemplo se relata en la cartilla: “Una vez llegado al mundo y en su blanca cuna, preparada por su abuela, Blanca Azucena exclamó: “¡Ay, hermana, el niño es blanquito! A lo que una de sus hermanas respondió “¡No hermana, no es tan blanquito! ¡Nunca como el Blanco Porcelana de mi mamá!”. (Un cuento de AdaS, pág. 13). En otro aparte se relata: “Si sabes mijita que Azucenita tuvo un niño negrito, negrito, negrito?” (Ib. Pág. 7).

[108] “¡Ay, Pelu, estás más bonita, has blanqueado; (Ib. Pág. 9). Cuando a una de las niñas se le preguntó sobre qué parte de su cuerpo cambiaría, respondió que sus labios porque eran muy gruesos, lo que había originado que fuese bautizada cariñosamente por su abuela materna: “boca de beso” (Ib. Pág. 3).

[109] De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte el “dato sensible” es aquel que afecta

la intimidad de titular y cuyo uso o tratamiento indebido puede generar discriminación, como podría ser por ejemplo, la orientación sexual, algún tipo de enfermedad, entre otras (Sobre este particular, se pueden consultar las sentencias C-313 de 2014, T-453 de 2013 y C-748 de 2011.

[111] “Muchos años después, Adita había de recordar aquella tarde remota en la que jugaba en casa de su tía Rosita, con sus primas mayores, al juego: “Si pudieras cambiarte algo qué sería?” Cuando le tocó su turno se quedó pensando y decidió ir a mirarse la cara en el espejo del baño. Recordó la tradicional foto de su abuela Teresa y a su prima Luz Esperanza, la más querida por la familia, decían, por ser de la raza de su abuela. No tuvo que pensar mucho la respuesta y regresó con un tono de voz como distraído. Me cambiaría sin duda los labios”. Adita nació casualmente en Buenos Aires (...) su familia la conoció a distancia por fotografías que sus padres enviaban por correo. Ella fue bautizada por su abuela materna: boca de beso.” (Un cuento de Ada S, Pág. 3.)

[112] Laguna González Mercedes. “La escritura autobiográfica”. En, Revista Lindaraja. Estudios interdisciplinarios, ISSN:1698-2169, No. 3, septiembre de 2005.

[113] Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011.

[114] Fol. 9 de la intervención de Ada Margarita Ariza Aguilar

[115] Corte Constitucional, sentencias SU-056 de 1995 y T-104 de 1996.

[116] *Ibíd.*