

25 de marzo de 2021

HONORABLES MAGISTRADOS Y MAGISTRADAS
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Ref.: Intervención ciudadana en el marco de la revisión de
constitucionalidad del Proyecto de Ley 409-2020C /
234/2020S – Expediente PE0000050

Nosotros, Ana Bejarano Ricaurte, Emmanuel Vargas Penagos y Vanessa López Ochoa, directores y abogada de El Veinte; Carolina Botero Cabrera, Lucía Camacho Gutiérrez y Juan Diego Castañeda Gómez, directora e investigadores de la fundación Karisma; Jonathan Carl Bock Ruiz, Raissa Carrillo y Daniela Ospina, director y abogadas de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP); Juan Carlos Upegui Mejía, Daniel Ospina Celis y Verónica Arias Garzón investigadores y pasante del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (Dejusticia); Julio Gaitán Bohórquez, Director del Centro de Internet y Sociedad de la Universidad del Rosario (ISUR); Carlos Cortés Castillo y Luisa Fernanda Isaza Ibarra, director e investigadora de Linterna Verde, identificados como aparece al pie de nuestras firmas y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes la presente intervención en relación con el proyecto de Ley 409- 2020C / 234/2020S (en adelante ‘el proyecto de Ley’). Actuamos, además, como parte de una agrupación de organizaciones de la sociedad civil involucradas en los asuntos relacionadas con derechos fundamentales, democracia y tecnología.

Comenzaremos esta intervención para presentar, a título de introducción y como criterio de interpretación transversal, unas consideraciones generales sobre la relación del proceso electoral y la tecnología con el ejercicio de los derechos humanos para luego resumir de forma general nuestros principales argumentos sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley, y finalmente presentar de forma detallada cada uno de dichos argumentos, acompañados de una solicitud específica.

1. A título de Introducción y como criterio de interpretación transversal: elecciones, tecnología y derechos fundamentales

La Corte Constitucional ha explicado que la democracia es un principio fundante de la sociedad¹ y, además, ha expresado que existe “un vínculo inescindible entre la democracia y la participación, entendida esta última como principio definitorio de la Constitución, derecho y fin esencial del Estado”². De acuerdo con su artículo primero, el proyecto de Ley tiene como objeto regular aspectos esenciales de ese principio democrático y de la participación ciudadana, como son “el derecho constitucional a elegir y ser elegido, las funciones de las autoridades públicas electorales y, ocasionalmente, de los particulares que las ejerzan, como también los procedimientos para su ejercicio”.

Estos temas han sido considerados de un alto nivel de importancia por parte de la Corte Constitucional, en tanto el derecho al sufragio “es el instrumento básico de su intervención en la definición de los asuntos colectivos”³ y es “por excelencia, un derecho del ciudadano como miembro de la comunidad política”⁴.

El ejercicio del derecho al sufragio está estrechamente ligado con la plena vigencia y garantía de diversos derechos fundamentales y principios constitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que “dentro de los elementos de la democracia sustantiva o también denominados principios materiales de la democracia, se encuentran la dignidad humana, libertad, la igualdad y el pluralismo y, dentro de los elementos propios de la democracia procedimental o principios estructurales encontramos, por ejemplo, la participación, la representación, la adopción

1 Corte Constitucional, Sentencia C 018 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

2 Ibid.

3 Corte Constitucional, Sentencia C 230A de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

4 Ibid.

de decisiones por mayoría, el respeto por las minorías, la prohibición de la arbitrariedad y el principio de imparcialidad”⁵.

En la misma línea, la Corte Constitucional se ha referido, entre otros asuntos, a la importancia de la vigencia del derecho a la libertad de asociación como elemento del *sufragio pasivo*⁶; de la libertad de expresión como garantía para la “comunicación colectiva de ideas y opiniones de manera pública y pacífica”⁷; del carácter reservado de la filiación a un partido o movimiento político como garantía propia del sufragio libre y de la libertad de conciencia⁸, al igual que del habeas data y la intimidad⁹. Asimismo, la Corte ha explicado que “el deber de participación en la vida cívica, política y comunitaria del país reconocido en el numeral 5 del artículo 95 de la Constitución, legitima al legislador para imponer límites a la libertad de los ciudadanos bajo la condición de que ellos no resulten excesivos y no afecten el núcleo esencial de otros derechos fundamentales”¹⁰ (subrayado propio).

Tal interpretación es coherente con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, destacamos que el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales” y que el artículo 7 del mismo instrumento indica que “[l]a democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos”. Como complemento de esto, es importante observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que el ejercicio de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos (CADH)]¹¹. Igualmente, la Corte IDH ha indicado que los derechos políticos se relacionan estrechamente con otros derechos de la CADH “como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”¹².

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado que “entre los elementos esenciales de la democracia figura el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹³. El Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación ha indicado, en sentido similar, que, con el fin de sostener el ideal democrático, los regímenes están en la obligación de apoyar el estado de derecho, respetar y proteger los derechos humanos¹⁴. En esa línea, el Relator indica que “[l]a universalidad, la interrelación y la interdependencia de los derechos humanos también se ven reforzadas porque los Estados tienen la responsabilidad de velar por el ejercicio de todos los derechos durante el proceso electoral a fin de obtener resultados positivos”¹⁵.

La evolución de la tecnología y su presencia cada vez más visible dentro de la vida cotidiana tiene una serie de impactos en el ejercicio de los derechos fundamentales y en la democracia. Así lo ha explicado la Comisión de Venecia del Consejo Europeo. De acuerdo con dicha entidad, varias nociones de la democracia son afectadas por el uso de tecnologías digitales. Dentro de los ejemplos que da la Comisión, el voto electrónico y la actualización de registros de votantes tiene un impacto en la democracia electoral en la medida en que funcionan como herramientas para materializar el proceso electoral; la Internet y las nuevas tecnologías de la información tienen el potencial de permitir más transparencia y rendición de cuentas, al igual que más y más amplias formas de participación; y las facilidades que brindan las tecnologías para la organización pueden desencadenar en el fortalecimiento de las posibilidades de control sobre los gobernantes¹⁶. Por

5 Corte Constitucional, Sentencia C 150 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

6 Corte Constitucional, Sentencia C 230A de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

7 Corte Constitucional, Sentencia C 018 de 2018, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

8 Corte Constitucional, Sentencia C 490 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

9 Corte Constitucional, Sentencia C 748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

10 Corte Constitucional, Sentencia C 150 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

11 Corte IDH, Caso Petro Urrego v Colombia, Sentencia del 8 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 406, párr. 93.

12 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párr. 140.

13 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 59/201. Fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia, A/RES/59/201, 23 de marzo de 2005. 14 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, A/68/299, 7 de agosto de 2013., párr. 4.

15 Ibid. párr. 7.

16 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Joint report of the Venice Commission and of the Directorate of information society and action against crime of the directorate general of human rights and rule of law (DGI) on digital technologies and elections, CDL-AD(2019)016, 24 de junio de 2019, párr. 108.

otro lado, la Comisión también indica que las herramientas virtuales pueden ser usadas para la supresión de votantes, alterar resultados, robar información de votantes, conducir acciones de espionaje para coaccionar y desacreditar individuos, o esparcir desinformación y propaganda para alterar la opinión de quienes ejercen el derecho a elegir¹⁷. Con en estas tensiones en mira, la Comisión resaltó que, aunque los Estados tienen el deber de prevenir las interferencias indebidas con los derechos políticos por parte de terceros, la aplicación de medidas excesivas o regulaciones indebidas pueden resultar en el detrimento de esos mismos derechos que se busca proteger¹⁸.

En esta línea, estimamos importante resaltar que la adopción de medidas estatales para aprovechar las bondades de las tecnologías o limitar sus posibles impactos negativos en desarrollo de los procesos electorales debe hacerse bajo el principio esencial de la protección de los derechos fundamentales. Si bien existe una “necesidad de actualizar la legislación a efectos de responder a las exigencias propias de los progresos e innovaciones que a diario surgen en la sociedad”¹⁹, esto debe hacerse con una perspectiva de derechos. Esto se fundamenta en que, como lo ha explicado la Corte Constitucional, “[e]n Internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional”²⁰.

La necesidad de esta aproximación cuidadosa de los derechos humanos ha sido resaltada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH) en el sentido de que “hay una prisa comprensible por regular las nuevas tecnologías. Pero una regulación deficiente puede ser tan perjudicial como la inexistencia de regulación”²¹.

Conscientes de esta realidad, presentamos esta intervención en la que sumamos elementos para evaluar el impacto de la tecnología en los derechos humanos. Traemos a colación parte de la jurisprudencia constitucional aplicable y de la jurisprudencia y pronunciamientos dados en la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución. En ese sentido, nos referiremos a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, al igual que aquellos de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, como la ACNUDH, y distintos procedimientos especiales. También haremos referencia a pronunciamientos del derecho europeo, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Adicionalmente, nos referiremos en algunos puntos a documentos técnicos o académicos que pueden apoyar el estudio de la Corte sobre el proyecto de Ley bajo examen.

2. Resumen de los argumentos en torno a la constitucionalidad del proyecto de Ley 409-2020C / 234-2020S

En el presente escrito exponemos ante la Corte argumentos para estudiar la constitucionalidad de los artículos 44, 102, 103, 104, 255.f, 255.h, 255.n, 263, el parágrafo 4 del artículo 244, y el primer inciso y el parágrafo del artículo 247 del Proyecto de Ley Estatutaria 409-2020C / 234-2020S, “[p]or la cual se expide el código electoral colombiano y se dictan otras disposiciones”.

Para la exposición de nuestros argumentos dividiremos esta intervención en cuatro partes: I. Temas varios relativos a la protección de derechos humanos en el uso de las tecnologías; II. Restricciones a expresiones en el marco del debate público electoral; III. Reglamentación de la propaganda electoral; y IV. Reserva de la información y transparencia del proceso electoral.

El primero de estos temas se enfoca en tres disposiciones. La del artículo 44, la del parágrafo 4 del artículo 244 y la del artículo 263 del Proyecto de Ley.

Específicamente estimamos que brindar una autorización amplia para “todo tipo de biometría” en los sistema de identidad adoptados por la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) acarrea

17 Ibid. párr. 143.

18 Ibid. párr. 146.

19 Corte Constitucional, Sentencia C 242 de 2020, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

20 Corte Constitucional, Sentencia C 1147 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Smart mix” of measures needed to regulate

riesgos para la protección de los derechos a la de igualdad, de privacidad y habeas data y a la libertad de asociación, razón por la que consideramos que dicha expresión debe ser declarada inconstitucional o, subsidiariamente, declarada constitucional bajo la condición de que se cumpla con requisitos de minimización y proporcionalidad.

También estimamos que el otorgamiento de facultades a la Organización Electoral para regular “los procesos no previstos en este Código” otorga una competencia regulatoria en manos de la Organización Electoral que está limitada al legislador estatutario, razón por la que tal consagración debe declararse inconstitucional.

Además, solicitamos que se declare la inconstitucionalidad y en subsidio la constitucionalidad condicionada, de la expresión “como mínimo, contarán con ocho (8) caracteres alfanuméricos y símbolos especiales que serán insertados al mismo tiempo por cada uno de los magistrados”, contenida en el artículo 263, como sistema de seguridad para la contraseña del sistema de software de consolidación de escrutinios, en el sentido de que se deben brindar garantías para la RNEC y el Consejo Nacional Electoral (CNE) en la autonomía para dictar lineamientos de carácter técnico que apunten al diseño de la mejor estrategia de seguridad digital, según estándares aplicables en la materia.

El segundo tema, relativo a las restricciones a expresiones en el marco del debate público electoral, se centra en los literales f, h y n del artículo 255 del Proyecto de Ley. Dicho artículo consagra una serie de conductas que definidas como acciones y omisiones que constituyen violencia política contra las mujeres basadas en el género. Estimamos que las normas establecidas en los literales f y h, referentes a la difamación, injuria, calumnia y expresiones denigrantes con el objetivo de afectar la imagen pública de mujeres en el ejercicio de sus funciones políticas, al igual que aquellas referentes a la difusión de información con el fin de afectar negativamente la imagen pública de mujeres en el ejercicio de sus derechos políticos, son contrarias a la protección constitucional de las expresiones relativas a funcionarios y personajes públicos, al igual que sobre expresiones chocantes, ofensivas o irritantes para parte de la población. Asimismo, estimamos que las expresiones “imprecisa” y “y/u omitan información” del literal n, deben ser declaradas inconstitucionales, toda vez que establecen un estándar más restrictivo que el de veracidad e imparcialidad previsto en el artículo 20 de la Constitución.

El tercer tema, relacionado con la propaganda electoral, se centra en los artículos 102, 103 y 104, relativos al posible impacto de la regulación propuesta para la propaganda electoral sobre las expresiones de personas involucradas en el debate público sobre asuntos electorales. En un primer nivel, solicitamos que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 102 y 104, por establecer restricciones que afectan de forma ambigua el ejercicio de la libertad de expresión por parte de particulares. En un segundo nivel, solicitamos supletoriamente una declaración de inconstitucionalidad de la expresión “redes sociales” contenida en el artículo 102, toda vez que dicha redacción deja desprotegidas expresiones de personas naturales en otros medios de comunicación. En un tercer y último nivel, solicitamos que se declare inconstitucional la expresión “por cualquier medio de divulgación” del artículo 103 por ser desproporcionada y violar la prohibición expresa de censura, dispuesta en el artículo 20 de la Constitución Política.

Por último, el cuarto tema aborda el problema de la transparencia del proceso electoral a partir de la cláusula que define como de “seguridad y defensa nacional” distintas actividades a cargo de la RNEC, según los términos del inciso primero y del párrafo del artículo 247. Estimamos que en este caso el legislador intenta incluir una cláusula de reserva general y abierta que desconoce el contenido mínimo del derecho fundamental de acceso a la información pública y la regla general de la transparencia de la función pública, por lo cual dichas disposiciones deberían ser declaradas inconstitucionales.

I. Temas varios relativos a la protección de derechos humanos y el uso de tecnologías

- 3. La expresión “todo tipo de biometría” del artículo 44 del proyecto de Ley establece una discrecionalidad amplia en manos del Estado sobre la recolección y uso de información personal**

El artículo 44 del proyecto de ley establece los siguientes parámetros de identificación y autenticación por medios digitales:

4

*Artículo 44. Identificación y autenticación por medios digitales. La Registraduría Nacional del Estado Civil será la encargada de la identificación digital y autenticación de todos los colombianos por los diferentes medios tecnológicos de firma digital, a través de la cédula de ciudadanía y tarjeta de identidad digital y por **todo tipo de biometría** o sistemas de autenticación, y se regirá por la regulación y disposiciones que para tal efecto expida la entidad.*

La Registraduría Nacional del Estado Civil deberá permitir a las entidades públicas el acceso a los medios tecnológicos de identificación y autenticación de los colombianos para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, en virtud del principio de coordinación establecido en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

Lo anterior sin perjuicio del resto de mecanismos de autenticación descritos en la ley 527 de 1999 que promueven la digitalización de los colombianos.

Parágrafo. La Registraduría Nacional del Estado Civil implementará la consulta y expedición en línea del registro civil, el cual no incorporará la inscripción de las huellas plantares.

Consideramos que la expresión “todo tipo de biometría” del artículo 44 del proyecto de Ley viola los derechos a la igualdad, a la intimidad, al habeas data y a la libertad de asociación, establecidos en los artículos 13, 15 y 37 de la Constitución.

Tanto la legislación de habeas data como la Corte Constitucional han considerado que el tratamiento de datos sensibles como los datos biométricos puede generar altos riesgos para la libertad, la intimidad y la dignidad de los titulares de los datos. De acuerdo con la Corte Constitucional, para el tratamiento de datos personales sensibles sin autorización del titular y por mandato legal se requiere que el tratamiento esté ordenado por ley estatutaria, sea conforme a las garantías del habeas data y cumpla con el principio de proporcionalidad²².

La Constitución no permite que las autoridades implementen cualquier tecnología biométrica. El examen del cumplimiento de las garantías del habeas data y el principio de proporcionalidad son pasos fundamentales previos para determinar cuál tipo de tecnología biométrica es admisible constitucionalmente. El artículo 44 del proyecto de ley debe ser declarado inexecutable o, en subsidio, executable bajo la condición de que se cumplan las garantías del habeas data, que incluyen los principios de la Ley de Protección de Datos Personales y que se cumpla con el principio de proporcionalidad.

El argumento se desarrolla en el siguiente orden. Primero, aclaramos conceptos de los sistemas de identidad. Segundo, recogemos casos de tecnologías biométricas que han resultado en vulneraciones a derechos humanos. Tercero, analizamos la adecuación de algunas tecnologías biométricas a los requisitos de la Corte Constitucional para los mandatos legales de tratamiento de datos sensibles.

3.1. Identificación, autenticación y autorización

Según el Banco Mundial²³, la identidad se refiere a una combinación de las características que hacen única a una persona en un contexto determinado. Los sistemas de identidad recolectan y validan esos atributos. Estos sistemas cumplen tres funciones: (1) la **identificación** es el proceso de establecer la identidad de una persona recolectando y validando la información relevante de una persona. Segundo, (2) la **autenticación** se refiere a comprobar que una persona que reclama una identidad es la misma inscrita en el sistema. Tercero, (3) la **autorización** se refiere al proceso de determinar si una persona puede acceder a un servicio²⁴.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. - 2.8.4. Examen de la constitucionalidad de las excepciones a la prohibición de tratamiento de datos sensibles - Ahora bien, como se trata de casos exceptuados y que, por tanto, pueden generar altos riesgos en términos de vulneración del habeas data, la intimidad e incluso la dignidad de los titulares de los

datos, los agentes que realizan en estos casos el tratamiento tienen una responsabilidad reforzada que se traduce en una exigencia mayor en términos de cumplimiento de los principios del artículo 4 y los deberes del título VI. Esa mayor carga de diligencia se deberá también traducir en materia sancionatoria administrativa y penal. Finalmente, las excepciones, en tanto limitaciones de alcance general al derecho al habeas data, al igual que en el caso de las excepciones del artículo 2, deben ser desarrolladas por el legislador estatutario. 23 World Bank Group and Identification for Development, "ID4D Practitioner's Guide." World Bank Group, 2019. 24 Ibid.

5

Las autoridades a cargo de cualquier sistema de identidad utilizan elementos para establecer la unicidad de una persona en la identificación y autenticación. Estos elementos pueden ser: algo que una persona *tiene*, por ejemplo, una tarjeta, *sabe*, como una clave, o *es*, como datos biométricos²⁵. La biometría es una técnica que utiliza mediciones de características biológicas o de comportamiento que son distintivas para poder diferenciar el registro de una persona de otra. Esto apareció en el siglo XIX con el racismo científico para controlar los comportamientos de las comunidades en el colonialismo, la migración y la criminalidad²⁶.

La identificación biométrica funciona a partir de la recolección y abstracción de medidas o características corporales. Esta información se almacena en bases de datos que luego se integran en sistemas que comparan los registros guardados con lo que registran sensores (ej. lectores de huellas o cámaras). Los resultados de estas comparaciones siempre se expresan en términos de probabilidad.²⁷

En la actualidad, existen cinco elementos impulsados por la industria tecnológica: las huellas, el rostro, el iris, la voz, el comportamiento, el ADN y los patrones vasculares²⁸. El aumento de sensores en espacios tanto públicos como privados y las nuevas capacidades de estos dispositivos para recolectar, procesar y reconocer impone riesgos para los derechos fundamentales de las personas.

3.2. Riesgos y vulneraciones de derechos fundamentales por el uso de tecnologías

biométricas 3.2.1. Derecho a la Intimidad

El principal riesgo de los sistemas biométricos está en el derecho a la intimidad, pues este tipo de sistemas son capaces de conectar diferentes esferas de la vida de una persona. Considerando la masificación de lo digital, las personas dejamos nuestra vida íntima en datos aislados y la biometría permite conectar esta información con una identidad única basada en las características corporales. El derecho a la intimidad habilita el ejercicio de otros derechos. Por esto, la ACNUDH expresó su preocupación por este tipo de tecnologías para diferentes propósitos que van desde la seguridad nacional, la investigación criminal, el control fronterizo y la identificación para la provisión de servicios elementales. Igualmente, los gobiernos utilizan estos sistemas para propósitos diferentes a los que fueron recolectados, incluyendo vigilancia ilegal y persecución de comunidades, pues no limitan los propósitos para los que se puede identificar a una persona²⁹.

A pesar de que la identidad legal es un derecho fundamental consignado en el artículo 14 de la Constitución Política y la meta 16:9 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible³⁰, la obligación del Estado para entregarle una identidad legal a todas las personas no se traduce en un mandato para recolectar cualquier tipo de dato para identificarlas.

3.2.2. Igualdad y no discriminación

3.2.2.1. Exclusión de personas y comunidades a través del uso de biometría

La identificación y autenticación biométricas no son infalibles y expresan siempre una probabilidad de coincidencia. Por eso, hay múltiples casos de falsos negativos (el sistema no identifica erróneamente) y falsos positivos (el sistema identifica una coincidencia erróneamente)³¹. Como se señala señala a continuación, el problema de confianza se exagera cuando los datos biométricos no siempre pueden ser recolectados. En una encuesta en la Unión Europea (UE) sobre la recopilación

25 Ibid. p. 20

26 Gould, Stephen Jay, *The Mismeasure of Man*, WW Norton & Company, 1996.

27 Asociación por los Derechos Civiles, "La Identidad Que No Podemos Cambiar: Cómo La Biometría Afecta Nuestros Derechos Humanos", 2019. Disponible en:

<https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/027-A-la-identidad-que-no-podemos-cambiar-04-2017.pdf>; Magnet, Shoshana,

When Biometrics Fail: Gender, Race, and the Technology of Identity, Duke University Press, 2011; Hosein, Gus, and Carly Nyst. "Aiding Surveillance. An Exploration of How Development and Humanitarian Aid Initiatives Are Enabling Surveillance in Developing Countries", Privacy International, October 2013.
28 World Bank, "Technology Landscape for Digital Identification", 2018.
29 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos (2018) El derecho a la privacidad en la era digital, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29, párr. 14.
30 Naciones Unidas, Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.
31 Gelb, A. y Clark, J (2013), Identification for Development: the Biometrics Revolution. Working Paper 315, pp. 9 -11.

6

de datos biométricos, 61% de los encuestados reportaron haber experimentado dificultades en la recopilación de datos biométricos³².

Las tecnologías biométricas tienen problemas de funcionamiento con algunos cuerpos que han sido sistemáticamente discriminados³³. Con el reconocimiento facial hay problemas para la identificación de personas con pieles oscuras, especialmente en las mujeres³⁴. Además, el reconocimiento facial depende de aspectos como la luz, el artefacto de captura o si la foto es tomada en interior o en exterior³⁵. El reconocimiento de iris tiene fallas para reconocer personas con ojos oscuros³⁶.

Estos errores de lectura comprometen el acceso de las personas vulnerables a servicios básicos cuando dependen de una autenticación plena. Inclusive, en India los fallos de reconocimiento biométrico están relacionados con el aumento de las muertes por inanición³⁷. Este tipo de fallas pueden reproducir inequidades sociales preexistentes y excluir sistemáticamente a cuerpos que no son blancos y masculinos³⁸.

3.2.2.2. Discriminación por razón de origen, etnia y raza a través de la biometría

En varios contextos, los datos de identificación terminan en sistemas de vigilancia masiva que discrimina ciertas poblaciones³⁹. Como lo menciona la Relatoría Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, el uso de tecnologías biométricas puede generar estructuras discriminatorias que "socavan de manera holística o sistemática el disfrute de los derechos humanos de determinados grupos, por motivos de raza, etnia u origen nacional, solos o en combinación con otros motivos"⁴⁰

En la provincia de Xinjiang en China, las bases de datos biométricas creadas para otorgar identidad legal se utilizan para vigilar y ejercer violencia contra la minoría musulmana uigur. Esta base de datos contiene rostros, ADN, iris, voz y huellas. La Policía usa el sistema para identificar automáticamente uigures en cámaras privadas y públicas⁴¹. Las personas de la comunidad solo pueden circular por ciertas zonas y, cuando se alejan, el sistema informa a las autoridades⁴². Igualmente, sitios públicos como centros comerciales, edificios públicos, mercados y estaciones de tren tienen puntos de control que autentican a las personas y recogen datos de su comportamiento incluyendo localización, hora, frecuencia y razones de visita⁴³.

En India, los datos biométricos de extranjeros y minorías se utilizan para la detención y deportación de minorías "no deseadas" incluyendo refugiados víctimas de violencia como los roinyá⁴⁴. En Europa, los Estados miembros de la UE entregaron el acceso al sistema EURODAC, creado para inscribir a las personas que buscan refugio, a las fuerzas de seguridad para "combatir el

32 European Commission (2016), SWD (2016) 328, Evaluation of the implementation of Regulation (EC) No. 767/2008 of the European Parliament and Council concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas, p. 105.

33 Browne, S. (2015), Black Matters: On the Surveillance of Blackness, Duke University Press.

34 Kaurin, Dragana, "Data Protection and Digital Agency for Refugees", no. 12 (2019): 30.

35 World Bank Group and Identification for Development. Technology landscape for digital identification, p. 23 36 Magnet, S. (2011), When Biometrics Fail: Gender, Race, and the Technology of Identity, Duke University Press, 2011. 37 Huffington Post India (26 September 2018), "Aadhaar Linked To Half The Reported Starvation Deaths Since 2015, Say Researchers". Disponible en: https://www.huffingtonpost.in/2018/09/25/aadhaar-linked-to-half-the-reported-starvation-deaths-since-2015-say-researchers_a_23539768/.

38 Browne, S. (2015). Op. Cit.

39 UNHCR, (2018). UNHCR Strategy on Digital Identity and Inclusion. Disponible en:

https://www.unhcr.org/blogs/wp-content/uploads/sites/48/2018/03/2018-02-Digital-Identity_02.pdf.

40 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reporte de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, A/HRC/44/57, 18 de junio de 2020, párr. 38. 41 Ver: The Economic Times (27 August 2018), Aadhaar verdict: Legal, but limit use to government benefits, says Supreme Court. Disponible en:

World Has Ever Seen, Der Spiegel. Disponible en: <http://www.spiegel.de/international/world/china-s-xinjiangprovince-a-surveillance-state-unlike-any-the-world-has-ever-seen-a-1220174.html>.
42 Ver: Bloomberg (17 January 2018), "China Uses Facial Recognition to Fence In Villagers in Far West", Bloomberg News. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-17/china-said-to-test-facial-recognition-fence-in-muslim-heavy-area>; Chin, J, and C. Bürge (19 December 2017), "Twelve Days in Xinjiang: How China's Surveillance State Overwhelms Daily Life", The Wall Street Journal. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/twelve-days-in-xinjiang-how-chinas-surveillance-state-overwhelms-daily-life-1513700355>. 43Ver: The Economist (31 May 2018), "China Has Turned Xinjiang into a Police State like No Other", The Economist. Disponible en: <https://www.economist.com/briefing/2018/05/31/china-has-turned-xinjiang-into-a-police-state-like-no-other>. Millward, J. (2 March 2018), "What It's Like to Live in a Surveillance State", The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/02/03/opinion/sunday/china-surveillance-state-ughurs.html>.
44 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, A/75/590, 10 de noviembre de 2020, párr. 23.

7

terrorismo⁴⁵. De esta forma, esta población quedó expuesta a la estigmatización y es vigilada de una forma que no sucede con nacionales ni con otros extranjeros. En Nueva Zelanda experimentan con tecnologías de reconocimiento facial para identificar "futuras personas problemáticas"⁴⁶.

En Kenia, las Cortes han puesto freno a la plena adopción de un nuevo sistema de identificación biométrica, en respuesta de la acción judicial por parte de la sociedad civil, que ha alertado del impacto discriminatorio del sistema en los grupos marginados, así como sobre su diseño invasivo, incluida la centralización de almacenes masivos de datos personales sin salvaguardias y control para evitar extralimitaciones, el acceso no autorizado y otras formas de abuso⁴⁷.

3.2.2.3. Dignidad

A pesar de que cualquier afectación de la intimidad y la igualdad tiene consecuencias sobre el derecho a la dignidad, la recolección y la identificación de datos biométricos ha sido caracterizada como indigna por algunas comunidades marcadas por estos sistemas. Por ejemplo, las personas que utilizan prendas por razones religiosas han señalado lo indigno que resulta la recolección de datos faciales y algunas comunidades consideran invasivo la toma de datos biométricos como el iris y el rostro⁴⁸.

En Europa hay casos documentados sobre la recolección e identificación biométrica forzosa con migrantes en condiciones irregulares. Algunas personas migrantes denunciaron cómo la Policía les recolectaban datos biométricos forzosamente para el sistema EURODAC mientras estaban esposados en estaciones de policía. Igualmente, las personas que buscan asilo en Europa han denunciado las formas violentas e impersonales en las cuales los obligan a identificarse⁴⁹.

3.2.2.4. Derecho a la libre asociación

Como se mencionó, las tecnologías biométricas permiten identificar a cualquier persona por medio de los sensores capaces de reconocer los patrones corporales. Esta característica es especialmente problemática para el caso del reconocimiento facial, pues este tipo de sistemas permiten reconocer a las personas en espacios públicos que son vigilados por video. Por esto, el ACNUDH alertó que "El uso de la tecnología de reconocimiento facial para identificar a las personas en el contexto de las manifestaciones tiene efectos adversos considerables sobre los derechos a la privacidad, la libertad de expresión y la reunión pacífica"⁵⁰. Cuando se utiliza esta tecnología en medio de una manifestación o reunión, los procesos de identificación suceden en masa y de forma indiscriminada, pues implican la recolección y análisis de los datos biométricos de todas las personas grabadas. Igualmente, las manifestaciones tradicionalmente han permitido la protección de la identidad de las personas que protestan, siendo una garantía democrática para el libre ejercicio del derecho a la manifestación pacífica. Sin embargo, estos dispositivos de reconocimiento biométrico limitan esta garantía y pueden promover intervenciones indebidas por parte de las fuerzas de seguridad. Este tipo de entramado puede afectar seriamente el derecho a la libre asociación y la manifestación pacífica, pues las personas pueden sentirse desincentivadas a participar cuando temen ser identificadas y sufrir consecuencias negativas⁵¹.

3.2.2.5. Prohibición del uso de algunas tecnologías biométricas

Considerando los riesgos que las tecnologías biométricas tienen para los derechos humanos, varios gobiernos y autoridades locales han tomado acciones para limitar el uso de sistemas de reconocimiento facial. En Estados Unidos, varias ciudades han puesto restricciones para el uso de

- 45 Molnar, P. et al. Technological Testing Grounds: Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up (2020), p. 16.
- 46 Ibid., p. 14.
- 47 Open Society Justice Initiative (marzo de 2020), Documento informativo sobre el Sistema de Manejo de Identidad Integral Nacional en Kenya. Disponible en: https://www.justiceinitiative.org/uploads/477c2588-00eb-4edd-b457-bf0d138fd197/briefing-kenya-niims_03232020.pdf.
- 48 Privacy International, "Biometrics: Friend or Foe of Privacy?" 1997.
- 49 Molnar, P. et al. Technological Testing Grounds: Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up (2020), p. 13-16.
- 50 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Impacto de las nuevas tecnologías en la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las reuniones, incluidas las protestas pacíficas - Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/44/24, 24 de junio de 2020. párr. 33.
- 51 Ibid., Párrafo 34.

8

tecnología de reconocimiento facial por parte de agencias del Estado, incluyendo la Policía⁵². En Marruecos y en la Unión Europea, se han impuesto suspensiones temporales de este tipo de tecnologías hasta que se desarrolle una regulación óptima para que no se pongan en riesgo los derechos humanos⁵³. En varias ciudades de Estados Unidos, Reino Unido y Rusia se han hecho protestas solicitando la prohibición del uso de reconocimiento facial por parte del Estado⁵⁴. Así mismo, organizaciones de derechos humanos como Amnistía Internacional, la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles y otras han solicitado que se prohíba el uso, desarrollo, producción y venta de tecnología de reconocimiento facial para propósitos de vigilancia masiva por parte de las fuerzas de seguridad y otras agencias de los Estados⁵⁵.

Este enfoque ha sido reconocido por diferentes instancias de derechos humanos de las Naciones Unidas. La ACNUDH⁵⁶ y la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁵⁷ han recibido favorablemente el enfoque de prohibiciones totales y suspensiones temporales del reconocimiento facial cuando no hay garantías suficientes para prevenir sus riesgos de discriminación y otras vulneraciones a los derechos humanos. Igualmente, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo⁵⁸ y el Consejo Europeo⁵⁹ consideran que la implementación de tecnologías biométricas debe tener como condición una evaluación de impacto en derechos humanos centrado en comunidades vulnerables, pues no bastará un enfoque puramente "voluntario" en las condiciones de implementación de estos sistemas por parte del Estado.

En síntesis, está demostrado que la implementación de tecnologías biométricas puede resultar en la vulneración de los derechos a la intimidad, habeas data, dignidad humana, igualdad y libertad de asociación. Estos daños y riesgos han sido reconocidos por distintos tribunales y organismos internacionales, lo que ha llevado a la prohibición de estas tecnologías en algunos lugares.

3.3. Las tecnologías biométricas en el ordenamiento jurídico colombiano

Las tecnologías biométricas en Colombia se están implementando sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en la Jurisprudencia Constitucional, en especial, en las sentencias C-1101 de 2008 y C-748 de 2011. Para realizar la recolección de datos sensibles por mandato legal en los términos, de la jurisprudencia y del literal a) del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012, se requiere que:

1. La orden se encuentre en una ley estatutaria
2. La autorización legal sea conforme con las garantías del habeas data
3. La autorización legal cumpla con las exigencias del principio de proporcionalidad⁶⁰.

52 Los gobiernos locales que han tomado estas medidas incluyen: el Estado de California, San Francisco, Somerville, Oakland y Brookline. Algunas ciudades como Nueva York y Portland están estudiando este tipo de medidas. Electronic Privacy Information Center, 'State Facial Recognition Policy'. Disponible en: <https://epic.org/state-policy/facialrecognition/>

53 Huszti-Orbán, Krisztina, y Fionnuala Ní Aoláin. (2020) "Use of Biometric Data to Identify Terrorists: Best Practice or Risky Business?" Human Rights Center University of Minnesota. Disponible:

<https://www.law.umn.edu/human-rights-center/research/use-biometric-data-identify-terrorists>. p. 26.

54 The Guardian (3 de marzo de 2020), "Ban this technology": students protest US universities' use of facial recognition". Disponible en <https://www.theguardian.com/us-news/2020/mar/02/facial-recognition-us-colleges-ucla-ban>; The Moscow Times (7 febrero 2020), "Moscow Activists Protest Widespread Facial Recognition With Face Paint". Disponible en; [Moscow Activists Protest Widespread Facial Recognition With Face Paint - The Moscow Times](#); BBC New (18 de marzo de 2020) "Facial recognition: Artists

trying to fool cameras". Disponible en: <https://www.bbc.com/news/av/uk-51913870>.

55 Amnesty International (11 de junio de 2020), "Amnesty International Calls for Ban on the Use of Facial Recognition Technology for Mass Surveillance". Disponible en:

<https://www.amnesty.org/en/latest/research/2020/06/amnesty-international-calls-for-ban-on-the-use-of-facial-recognition-technology-for-mass-surveillance/>.

56 Asamblea General de las Naciones Unidas, Impacto de las nuevas tecnologías en la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las reuniones, incluidas las protestas pacíficas - Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/44/24, 24 de junio de 2020, párr. 38.

57 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reporte de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, A/HRC/44/57, 18 de junio de 2020, párr. 56. 58 Huszti-Orbán, Krisztina, y Fionnuala Ní Aoláin (2020) "Use of Biometric Data to Identify Terrorists: Best Practice or Risky Business?", Human Rights Center University of Minnesota. Disponible: <https://www.law.umn.edu/human-rights-center/research/use-biometric-data-identify-terrorists>, p.p. 26-27

59 Council of Europe (2021) "Guidelines on Facial Recognition". Disponible en: <https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3>

60 Corte Constitucional. Sentencia C 748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretel Chaljub. Sección 2.8.4. "Examen de la constitucionalidad de las excepciones a la prohibición de tratamiento de datos sensibles Ahora bien, como se trata de casos exceptuados y que, por tanto, pueden generar altos riesgos en términos de vulneración del habeas data, la intimidad e incluso la dignidad de los titulares de los datos, los agentes que realizan en estos casos el tratamiento tienen una responsabilidad reforzada que se traduce en una exigencia mayor en términos de cumplimiento de los principios del artículo 4 y los deberes del título VI. Esa mayor carga de diligencia se deberá también

9

3.3.1. Legalidad

La Relatoría Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo ha señalado que las bases legales para la recolección de datos biométricos deben: ser predecibles, ser accesibles y tener suficientes protecciones contra el abuso⁶¹.

En particular, la predictibilidad se refiere a la posibilidad de que las personas tengan una indicación razonable acerca de cuándo y en qué condiciones las autoridades pueden interferir en el goce de sus derechos fundamentales⁶². Como lo ilustra el caso de China, la implementación del reconocimiento facial como tecnología biométrica de identificación se transformó en un sistema de seguridad discriminatorio⁶³. La deriva funcional ("function creep"), es decir, la constante ampliación de las finalidades del uso de una tecnología puede resultar en contra de la predictibilidad que hace parte del requisito de legalidad como se ha entendido en el sistema europeo de derechos humanos.

Aunque la finalidad que persigue la recolección y almacenamiento de datos biométricos como los necesarios para el reconocimiento facial es inicialmente la identificación, estos datos pueden usarse para identificar personas con finalidades discriminatorias o represivas, como muestran los ejemplos que ofrecemos en la sección anterior. Además, bastaría con instalar cámaras con reconocimiento facial en las plazas principales de las ciudades para identificar a las personas que ejercen su derecho a la reunión y manifestación pacífica. Estas cámaras también se pueden instalar en las vías públicas para identificar infractores de normas de tránsito, lo que puede resultar en una violación al derecho al debido proceso⁶⁴, o en las estaciones de sistemas de transporte masivo⁶⁵. Los usos que efectivamente se dé a las tecnologías de reconocimiento facial dependen de la autoridad que instale y controle las cámaras y tenga convenio con la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La facultad que tendría la Registraduría Nacional del Estado Civil para emplear "todo tipo de biometría" junto con la potestad que tiene para celebrar convenios o acuerdos con entidades públicas y privadas para el acceso a estas bases de datos⁶⁶ significa la posibilidad de usar tecnologías como el reconocimiento facial en formas impredecibles, que no estarían establecidas en la ley y que pueden violar derechos fundamentales.

3.3.2. Garantías del derecho al habeas data

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el derecho al habeas data consiste en el derecho a conocer la información que existe sobre ellas en bases de datos, de actualizar la información, de rectificarla y excluir cierta información⁶⁷.

La Ley 1581 de 2012 desarrolló este derecho y estableció una serie de principios de obligatorio cumplimiento en cualquier caso de tratamiento de datos personales. Como ya se expuso, el artículo

traducir en materia sancionatoria administrativa y penal. Finalmente, las excepciones, en tanto limitaciones de alcance general al derecho al habeas data, al igual que en el caso de las excepciones del artículo 2, deben ser desarrolladas por el legislador estatutario". 61 Huszti-Orbán, Krisztina, y Fionnuala Ní Aoláin. (2020) "Use of Biometric Data to Identify Terrorists: Best Practice or Risky Business?" Human Rights Center University of Minnesota. Disponible en:

<https://www.law.umn.edu/human-rights-center/research/use-biometric-data-identify-terrorists>.

62 TEDH, Sunday Times v. The United Kingdom (no. 1), no. 6538/74, sentencia del 26 de abril de 1979, § 49; TEDH, Malone v. The United Kingdom, no. 8691/79, sentencia del 2 de agosto de 1984, §§ 66-68; TEDH, Roman Zakharov v. Russia [GC], no. 47143/06, sentencia del 4 de diciembre de 2015, párr. 230; Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/69/397, 23 de septiembre de 2014, párr. 35.

63 Ver supra 3.2.2.2. Discriminación por razón de origen, etnia y raza a través de la biometría.

64 Corte Constitucional, Sentencia C 038 de 2020, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

65 En años pasados se ha propuesto el uso de cámaras con reconocimiento facial en Transmilenio y otros sistemas de transporte público en Colombia. La iniciativa en Transmilenio falló en parte por la falta de una base de datos biométrica con la cual comparar los rostros captados por las cámaras. Esta falta podría superarse si la Registraduría Nacional del Estado Civil recolectara datos biométricos para reconocimiento facial. Ver: Sáenz, Pilar, y Ann Spanger. 2018. "Cámaras indiscretas: Análisis del fallido sistema de videovigilancia inteligente para Transmilenio". Fundación Karisma. Disponible en: <https://web.karisma.org.co/camaras-indiscretas/>. 66 Subsanción de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano registrador nacional del estado civil Alexander Vega Rocha. Radicado D-13668. "No se pretende que nadie tenga acceso a la información que reposa en las bases de datos de esta institución propia de la organización electoral; pues claramente el ordenamiento jurídico permite que incluso los particulares puedan servirse de aquellas que no estén sujetas a reserva. Lo que ocurre es que, ello debe ser objeto de examen por parte de la Registraduría como custodio de la información y resuelto a través de convenios, acuerdos u otro tipo de actos jurídicos en los que las reglas sean impuestas por ella en razón del conocimiento especializado atributo propio de los principios de autonomía e independencia que ostenta respecto de su manejo".

67 Corte Constitucional, Sentencia C 748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

10

6 de esa Ley prohíbe el tratamiento de datos personales sensibles que, según el artículo 5, son aquellos "que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación". Los datos biométricos están expresamente reconocidos como datos sensibles.

La prohibición para el tratamiento de datos sensibles tiene algunas excepciones contempladas en el artículo 6 de la misma Ley. La primera de ellas es que haya autorización del titular de los datos sensibles para hacer su tratamiento. La segunda, contemplada en el mismo literal, es la existencia de una ley que releve al responsable del tratamiento de datos de obtener la autorización del titular. Para la Corte Constitucional, esta excepción es admisible si cumple con las garantías del derecho al habeas data, en particular con los principios reconocidos como parte de este derecho y cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad.

3.3.2.1. Principio de finalidad

Uno de los principios del habeas data que destaca la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del literal a) del artículo 6 de la que después sería la Ley 1581 de 2012 es el principio de finalidad. De acuerdo con la Ley, este principio ordena que "el Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular" (literal b artículo 2).

Para la Corte, en virtud del principio de finalidad, el tratamiento de datos debe obedecer a una finalidad constitucional y legalmente legítima, debe ser informada al titular, debe comprender solo los datos "estrictamente necesarios", es decir, sólo los que sean adecuados, pertinentes y acordes para las finalidades del tratamiento.⁶⁸

Si bien la recolección de datos biométricos tiene por objetivo la identificación de la persona, la identificación y autenticación a través de estos mismos datos tiene fines indeterminados ya que la cédula como documento de identificación cumple las funciones de (1) identificación, (2) facilitación del ejercicio de derechos civiles y (3) asegurar la participación de las personas en las vida política, además, acredita la mayoría de edad, lo que llevó a la Corte Constitucional a afirmar que es "un instrumento de gran importancia en el orden tanto jurídico como social"⁶⁹.

El uso amplio de la identificación y autenticación que tienen los instrumentos de identificación en Colombia, así como su importancia jurídica y social, exige mayores precauciones para la inclusión de datos biométricos como parte de estos registros. Ni el legislador ni la Corte pueden determinar para qué se usará la identificación de personas a través de datos biométricos como los que permiten el reconocimiento facial y, por tanto, no se puede establecer si su recolección y uso son necesarios y proporcionales.

3.3.3. Test de Necesidad y Proporcionalidad y evaluaciones de impacto en derechos humanos

La ACNUDH recomienda a los Estados que “[v]elen por que los sistemas que emplean un gran volumen de datos, incluidos los que implican la recopilación y conservación de datos biométricos, solo se utilicen cuando los Estados puedan demostrar que son necesarios y proporcionales para lograr un fin legítimo”⁷⁰.

En el contexto de los sistemas de identidad, algunas Cortes han declarado la inconstitucionalidad de algunas partes del sistema o de su totalidad a partir del examen de proporcionalidad⁷¹. En Jamaica, la Corte resolvió la inconstitucionalidad de todo el sistema de identidad ya que algunos de sus elementos, como la recolección de información biográfica o el acceso a este sistema por parte de terceros pueden producir riesgos desproporcionados de acuerdo con los objetivos del sistema. En Kenia, la Corte detuvo el sistema de identidad hasta que el gobierno implementara un sistema robusto de protección de datos. La Corte de la República de Mauricio decidió que el sistema de identidad era inconstitucional debido a los riesgos que comporta la posibilidad de accesos abusivos a los datos del sistema⁷².

68 Íbid.

69 Corte Constitucional, sentencias C-511 de 1999, T-069 de 2012 y T-522 de 2014.

70 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos (2018) El derecho a la privacidad en la era digital, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 3 de agosto de 2018, A/HRC/39/29. 71 Trikanad, Shruti (2020) “Judicial Trends: How Courts Applied the Proportionality Test”, CIS India.

Disponible en: <https://digitalid.design/judicial-trends-pt2.html>.

72 Íbid.

11

Recientemente, el Consejo Europeo expidió unas guías sobre el reconocimiento facial que establece que las entidades que usen estos sistemas deben hacer una evaluación de impacto en protección de datos y otros derechos fundamentales. Este examen debe reconocer no solamente los riesgos, sino las medidas necesarias para mitigarlos. Además, este examen debe contar con la participación de los actores afectados y debe ser público⁷³. Esto implica explicar: la legalidad del uso de estas tecnologías, los derechos fundamentales que están implicados, la vulnerabilidad de los titulares de los datos, cómo los riesgos pueden ser mitigados, un examen de necesidad y proporcionalidad de la implementación del sistema y un examen de los riesgos para otros derechos humanos fundamentales⁷⁴.

En síntesis, la identificación de personas con datos biométricos puede resultar en vulneraciones a derechos humanos y garantías constitucionales que dependen del tipo de datos biométricos de que se trate y las formas en las que se realice la identificación a partir de este tipo de datos.

Los datos biométricos del iris o huellas digitales requieren la cooperación de la persona que se requiera identificar. El reconocimiento facial, en cambio, puede realizarse sin la cooperación o incluso sin el conocimiento de las personas afectadas. Los fines para los cuales se realice la identificación de personas a través del reconocimiento facial son indeterminados e impredecibles.

Por tanto, la identificación digital y autenticación a través de “todo tipo de biometría” que compete a la Registraduría Nacional del Estado Civil según el Proyecto de Ley debe quedar restringida a los datos biométricos mínimos necesarios para la identificación y autenticación de las personas y cuyo tratamiento, en tanto intromisión en los derechos a la intimidad, habeas data y dignidad humana, sea proporcional respecto al objetivo de identificación de personas.

Como se explicó en detalle, algunas tecnologías de identificación y autenticación biométrica como el reconocimiento facial pueden fallar y excluir a ciertas personas en función de su raza, género o etnia, lo que implica que no son necesarias para la identificación de personas. Además, pueden producir daños por exclusión de las personas tanto del acceso a los avances tecnológicos y científicos, como del acceso a los servicios o bienes que requieren identificación⁷⁵. Los usos potencialmente ilimitados de las tecnologías de identificación biométrica exigen base legal para cada dato y cada forma de tratamiento –recolección, almacenamiento, identificación, autenticación, entre otras– y un análisis en cada caso de su necesidad y proporcionalidad.

Por las razones expuestas, solicitamos que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “todo tipo de biometría”, toda vez que es una expresión amplia que abre la posibilidad para la recolección y uso desmedidas de datos personales, contrario a las protecciones constitucionales de los derechos a la igualdad, a la intimidad, al habeas data y a la libertad de asociación. De manera

supletoria solicitamos se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “todo tipo de biometría” que debe quedar restringida a los datos biométricos mínimos necesarios para la identificación y autenticación de las personas y cuyo tratamiento, en tanto intromisión en los derechos a la intimidad, habeas data y dignidad humana, sea proporcional respecto al objetivo de identificación de personas, teniendo en cuenta las características y riesgos particulares de cada tecnología de identificación biométrica.

4. El párrafo 4 del artículo 244 del proyecto de Ley otorga una competencia regulatoria en manos de la Organización Electoral que está limitada al legislador estatutario

El artículo 244 del proyecto de ley reglamenta la progresividad en la implementación de sistemas de asistencia tecnológica en los procesos electorales. En el párrafo 4 de dicho artículo, el proyecto de ley establece lo siguiente:

Parágrafo 4. La Organización Electoral regulará los procesos no previstos en este Código, cuando del uso de medios tecnológicos se trate.

73 Council of Europe (2021) “Guidelines on Facial Recognition”. Disponible en:

<https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3>, p. 14

74 Ibid.

75 Leslie, David (2020) “Understanding Bias in Facial Recognition Technologies”, SSRN Scholarly Paper ID 3705658, Rochester, NY: Social Science Research Network. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3705658>.

12

La totalidad del párrafo 4 del artículo 244 debe ser declarada inconstitucional.

Esta disposición tiene como propósito habilitar a la Organización Electoral, y en especial, al CNE, con una especial competencia regulatoria sobre los “procesos no previstos” en el proyecto de Código, en lo relativo al “uso de medios tecnológicos”. Una competencia adicional a las ya previstas para el CNE en el artículo 15 del mismo proyecto de Ley Estatutaria. Esto, según los principios interpretativos del efecto útil y del legislador no redundante, debe entenderse como una competencia diferente a la de “ejercer la potestad reglamentaria en los asuntos de su competencia”, ya prevista a favor del CNE en el numeral 17, del citado artículo 15 del proyecto de Código.

Si aceptamos que esto es así y esta disposición no es una reiteración de la potestad reglamentaria en los asuntos de su competencia del CNE, cabe preguntarse por el tipo de competencia regulatoria que el Legislador pretende otorgar, y sobre qué aspectos específicos se predica esta competencia. Esto, como un paso previo para evaluar las razones de su constitucionalidad.

Una lectura sistemática de las disposiciones de este proyecto de Código da cuenta de que el término *procesos* del párrafo 4 del artículo 244 puede interpretarse como equivalente a *procesos electorales*. En especial, por la centralidad de este concepto a lo largo de todo el texto del proyecto de Código Electoral.

Son los procesos electorales el objeto específico de la regulación del Código Electoral. El artículo 1 fija como objeto del Código asegurar que “el proceso electoral” represente con “fidelidad” la voluntad de los electores. El artículo 2 establece que las disposiciones del código se aplicarán a los “actos y procesos electorales mediante los cuales se eligen (...) autoridades de elección popular”. El artículo 6 define como objetivo del derecho al voto el de materializar la participación a través de “procesos electorales”. Igualmente, el título XI, donde se inserta la disposición bajo examen, versa sobre “los sistemas de asistencia tecnológica a los procesos electorales” y el propio artículo 244, titulado “Progresividad” está referido a la implementación progresiva de los sistemas de asistencia técnica en los “procesos electorales”.

Bajo esta lectura sistemática del proyecto de ley, la expresión “procesos” para definir el objeto de la potestad regulatoria que se busca conferir en el párrafo 4, del artículo 244, no parece ser otra que la de los “procesos electorales” y que las circunstancias para las que se habilita dicha potestad son aquellas que supongan “el uso de medios tecnológicos.”

Si el objeto del proyecto de Ley, su ámbito de regulación y su extenso contenido es precisamente la

de regular los procesos electorales y la de incorporar los adelantos tecnológicos en esta tarea, no se entiende cómo el propio Legislador parece otorgar, con una cláusula residual, competencias normativas en la Organización Electoral sobre los “procesos” cuando del “uso de medios tecnológicos se trate”.

La competencia regulatoria sobre los procesos electorales cuando de medios tecnológicos tiene una relación consustancial con las competencias exclusivas del Congreso de la República para regular los “derechos fundamentales” de las personas, y las “instituciones y mecanismos de participación ciudadana”, mediante el trámite y aprobación de las leyes estatutarias, según los términos de los literales a y d, del artículo 152 de la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el núcleo esencial del derecho al sufragio supone tres elementos: i) la libertad política de escoger un candidato; ii) el derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a buen término; y iii) el deber ciudadano de contribuir con el voto a la materialización de la democracia⁷⁶. Siguiendo la jurisprudencia constitucional, una regulación debe someterse al trámite cualificado de las leyes estatutarias si versa sobre el núcleo esencial, los aspectos centrales y los principios básicos de un derecho o deber fundamental⁷⁷.

Así por ejemplo, en la sentencia C-748 de 2011, la Corte consideró que las leyes estatutarias “deben pretender regular los derechos fundamentales de manera integral, estructural y completa”. En

76 Corte Constitucional, Sentencia C 142 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

77 Corte Constitucional, Sentencia C 015 de 2020, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

aquella ocasión, y haciendo eco de su jurisprudencia⁷⁸, la Corte indicó que no es admisible que a través de actos administrativos se regulen materias sobre las que la ley estatutaria no se ha ocupado y que hacen parte de los elementos estructurales del derecho. En consecuencia, declaró la inexequibilidad del artículo 27 de lo que posteriormente sería la Ley 1581 de 2012, en tanto el proyecto delegaba en el gobierno nacional la regulación de lo concerniente al tratamiento de datos que requieren una regulación especial.

Los procesos electorales y su regulación, la conformación del censo electoral, el voto electrónico y el escrutinio, cuando se adelantan con ayuda o a través del “uso de medios tecnológicos” hacen parte del segundo elemento del derecho fundamental al sufragio. No en vano el Código Electoral se tramitó como una ley estatutaria. Lo anterior aplica para la totalidad de las disposiciones contenidas en el Código Electoral, incluido el parágrafo 4 del artículo 244. Es el legislador estatutario quien tiene la potestad de regular los procesos electorales.

No es constitucionalmente admisible que el Legislador estatutario delegue su potestad regulatoria en la Organización Electoral cuando se trata de materias sometidas a reserva de ley estatutaria y que versan sobre los elementos centrales del derecho fundamental al voto y del derecho a participar en las decisiones que nos afectan. De esa forma, la regulación de esos temas en el futuro perdería la garantía del debate democrático en el Congreso de la República y del control de la Corte Constitucional en el control previo de normas de carácter estatutario.

En conclusión, debido a que el parágrafo 4, del artículo 244, le otorga a la Organización Electoral la competencia para regular los procesos electorales, cuando del uso de medios tecnológicos se trate, y que dicha competencia es exclusiva del Congreso de la República mediante la forma jurídica del procedimiento legislativo estatutario, tal disposición es claramente inconstitucional, y así debe ser declarada por la honorable Corte Constitucional.

5. El artículo 263 establece un mecanismo de seguridad sobre la información de consolidación del escrutinio que es contrario a la autonomía con que deben poder operar el CNE y la RNEC

El artículo 263 establece el procedimiento para el acceso al software de consolidación de escrutinios de la siguiente manera:

Artículo 263. Acceso al software de consolidación de escrutinios. Para garantizar que no se presenten alteraciones o manipulaciones en el proceso electoral a través del software de consolidación de escrutinios, una vez hayan sido aceptadas o aprobadas las correcciones, reclamaciones y saneamientos de nulidad sobre el escrutinio, los magistrados del Consejo Nacional Electoral y el registrador Nacional del Estado Civil o su delegado, deberán realizar los cambios correspondientes. Para ello, ingresarán con identificación biométrica y claves simultáneas que, como mínimo, contarán con ocho (8) caracteres alfanuméricos y símbolos especiales que serán insertados al mismo tiempo por cada uno de los magistrados.

Una vez adelantado cualquier tipo de cambio en el software de escrutinio; esta deberá ser aceptada por cada uno de los usuarios anteriormente señalados dentro de la plataforma.

En todas las modificaciones u operaciones deberá existir un log que identifique usuario, acción, operación y ubicación. (Subrayado propio)

El artículo 263 del proyecto de Ley limita las características que debe satisfacer la contraseña que deberán emplear los magistrados del Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil o su delegado para ingresar al software de consolidación de escrutinios. En este sentido, el aparte subrayado del artículo 263 es contrario a la **autonomía** con que debe operar el CNE y la RNEC al vigilar, inspeccionar, controlar, así como organizar y dirigir las elecciones, según lo establecido en los artículos 264, 265.1 y 266 de la Constitución Política.

Dicha previsión tiene el potencial de impactar negativamente en el ejercicio de las facultades constitucionales asignadas al CNE en la inspección, vigilancia y control de la organización electoral y a la RNEC en la organización y dirección de las elecciones, según lo dispuesto en los artículos 265.1

78 Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

14

266, inciso 2, respectivamente. Tal impacto surge de la limitación que se impone a través de esta norma en la facultad administrativa de actualizar las prácticas seguras en materia de contraseñas que tienen el potencial de evolucionar más rápidamente que el texto de una ley.

Dicha autonomía para vigilar, inspeccionar y controlar, así como dirigir y organizar las elecciones se extienden a la organización de las mesas de votación, la disposición de tarjetas electorales o instrumentos de identificación del votante -entre otros-, también, a la fijación de las condiciones de seguridad en el acceso a los sistemas de software que serán empleados en el proceso electoral, incluyendo el de consolidación de escrutinios. Los estándares de buenas prácticas en la implementación de sistemas de seguridad son contrarios a un sistema tan rígido como el se propone.

En este sentido la norma es antitécnica: se casa con una forma de tecnología que en el futuro muy próximo puede no ser el estándar de seguridad que se requiera. Los expertos en seguridad digital recomiendan no confiar en ninguna tecnología en particular como la forma definitiva de protección. Por el contrario, se deben estar reevaluando constantemente las prácticas en relación con los siempre cambiantes estándares de seguridad digital.

A manera de ejemplo, la Resolución 1519 de 2020 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -Mintic- reconoce la autonomía con que esas entidades deben orientar las previsiones en dicha materia, al decir que deberán “adoptar autónomamente políticas para implementar un sistema de gestión de seguridad digital y seguridad de la información, conforme con las buenas prácticas internacionales.”⁷⁹(Subrayado propio)

Esa Resolución no indica ningún requisito sobre mínimos o máximos permitidos en materia de contraseñas, pues tal y como lo sugiere, esas son características que deben ajustarse a “buenas prácticas internacionales”. Dicha norma prevé que en materia de contraseñas se debe:

Exigir mecanismos de autenticación dentro de los sitios web a través de la creación de contraseñas fuertes y solicitar renovaciones periódicas de las mismas garantizando la

*accesibilidad de persona con discapacidad*⁸⁰.

¿Cuáles son los estándares internacionales para la creación de “contraseñas fuertes”? Según la misma Resolución 1519, las entidades tienen la autonomía de orientarse por el contenido de los estándares de la familia ISO 27000 y/o los recomendados por el Instituto Nacional de Tecnología y Estándares (NIST, por sus siglas en inglés).

Los estándares ISO 27001⁸¹ en su anexo A.9 sobre control de accesos, prevén en el punto A.9.4.3 específicamente que, para el manejo de contraseñas seguras:

There are lots of conflicting views on password management systems and password policies so we encourage organisations to look at the frequently changing best practices and adopt approaches based on the risk appetite and culture of the organisation.

Hay muchos puntos de vista no convergentes sobre los sistemas de manejo de contraseñas y políticas de contraseñas, así que aconsejamos a las organizaciones a mirar con frecuencia las mejores prácticas y adoptar las aproximaciones que se basen en el apetito del riesgo y la cultura de la organización. (Traducción propia)

Por su parte, las recomendaciones del NIST sobre contraseñas y que fueron modificadas en 2020⁸² señalan que, entre los cambios recientes se eliminó la recomendación de crear contraseñas con caracteres alfanuméricos y con símbolos especiales, tal y como lo dicta el artículo 263, porque:

one change is that strict complexity requirements have been removed (ex. required special characters, numbers, uppercase characters, etc.). This is because these types of rules have

79 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, (2020), Resolución 1519 de 2020 !Por la cual se definen los estándares y directrices para publicar la información señalada en la Ley 1712 del 2014 y se definen los requisitos materia de acceso a la información pública, accesibilidad web, seguridad digital, y datos abiertos.”, anexo 3, 3.2 (num. 1)

80 Ibid. (num. 7)

81 ISMS.Online, ISO 27001 – Annex A.9: Access Control. Disponible en:

<https://www.isms.online/iso-27001/annex-a-9-access-control/>, 82 Stealthbits, NIST password guidelines in 2020. Disponible en:

<https://stealthbits.com/blog/nist-password-guidelines/>.

15

become counter-productive, as users end up creating simpler passwords than if there were fewer restrictions.

uno de los cambios es la eliminación de los requisitos de complejidad estricta (por ejemplo, requerir caracteres especiales, números, mayúsculas, etc.). Esto es así porque este tipo de reglas se han vuelto contraproducentes, ya que los usuarios terminan por crear contraseñas más simples que las que crearían si hubiera menos restricciones. (Traducción propia)

Entendemos la preocupación del legislador vertida en el proyecto de artículo 263, al especificar las características de la contraseña de ingreso al sistema de software de consolidación del escrutinio como una manera de sugerir que el sistema debe tener mecanismos de seguridad fuertes.

Sin embargo, la seguridad de un software de naturaleza sensible como el de consolidación de los escrutinios no se garantiza solamente a través de contraseñas con características como las que pretende fijar el artículo 263 del proyecto de Ley. Lo más probable es que, si se consultara a un experto de seguridad digital, este diga que esos parámetros ya son obsoletos para proteger la seguridad de la información sensible y, en todo caso, nada garantiza que tengan alguna función de protección en solo unos meses.

Los mecanismos de seguridad implican -como lo sugiere el anexo A.9 de la norma 27001-, una cultura organizacional que apunte al fortalecimiento de las medidas de seguridad de un sistema determinado, la alfabetización y sensibilización de los actores involucrados -los Magistrados del CNE así como del Registrador Nacional-, la valoración de la seguridad del sistema desde una perspectiva técnica, entre otros. Condiciones que, en su conjunto, no ordena ni prevé el artículo 263 señalado.

Consideramos que, en tanto resulta inconveniente que el artículo 263 fije las características de la contraseña del sistema de software de consolidación de escrutinios por las razones antes expuestas, es importante que la Corte pueda referirse en este asunto declarando la inconstitucionalidad de la expresión “como mínimo, contarán con ocho (8) caracteres alfanuméricos y símbolos especiales que serán insertados al mismo tiempo por cada uno de los magistrados”. En subsidio, solicitamos que se declare la constitucionalidad condicionada de dicho aparte en el entendido de que las autoridades en materia electoral deberán contar con la autonomía necesaria para dictar lineamientos de carácter técnico que, en su conjunto, apunten al diseño de la mejor estrategia de seguridad digital según estándares aplicables en la materia.

II. Restricciones a expresiones en el marco del debate público electoral

6. Los literales f y h del artículo 255 del proyecto de ley establecen restricciones desproporcionadas sobre expresiones especialmente protegidas por la libertad de expresión sobre candidatas a cargos de elección popular

Los literales f y h del artículo 255 del proyecto de ley establecen las siguientes acciones y omisiones que constituyen violencia política contra las mujeres basadas en el género:

f. Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas, con base en estereotipos de género, con el objetivo de afectar negativamente su imagen pública y/o limitar o anular sus derechos políticos;

h. Divulguen imágenes, mensajes o revelen información de las mujeres en ejercicio de sus derechos políticos, por cualquier medio físico o virtual, en la propaganda político-electoral o en cualquier otra que, basadas en estereotipos de género transmitan y/o reproduzcan estereotipos de género, con el objetivo de afectar negativamente su imagen pública y/o limitar sus derechos políticos

Los literales f y h del artículo 255 del proyecto de ley deben ser declarados inconstitucionales, porque (i) desconocen la protección especial existente sobre las expresiones respecto a funcionarios y personajes públicos, y el consecuente deber de estas personas de tolerar la crítica y (ii) por que la ambigüedad de las expresiones “afectar negativamente su imagen pública” y “Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas” desconoce las exigencias jurisprudenciales para limitar de forma legítima la libertad de expresión.

16

6.1. La protección especial de las expresiones respecto a funcionarios y personajes públicos y el consecuente deber de estas personas de tolerar la crítica

Los literales antes descritos constituyen una flagrante violación al artículo 20 de la Constitución Política, por cuanto limitan el derecho a la libertad de expresión de manera injustificada y establecen criterios demasiado amplios para definir los actos que constituyen violencia política.

En desarrollo de este artículo la Corte Constitucional ha establecido una serie de subreglas que resultan esenciales para determinar la constitucionalidad de la norma demandada. La primera de ellas es que los discursos y expresiones sobre funcionarios y personajes públicos merecen una protección especial y reforzada. Sobre esta materia la Corte ha considerado:

hay cierto tipo de discursos que reciben una protección más reforzada que otros, como lo son el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público y la opinión sobre funcionarios y personajes públicos. Los discursos políticos o sobre temas de interés público hacen referencia no sólo a aquellos de contenido electoral sino a todas las expresiones relevantes para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida de la Nación, incluyendo las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos⁸³.

En el marco de las contiendas electorales, la Corte Constitucional se ha referido a la prohibición sobre “propaganda negativa” en el sentido de que esta:

introduce una limitación inconstitucional a la libertad de expresión y al derecho de difundir libremente las ideas y programas. Fuera de que la Constitución y la ley de suyo no dan abrigo a la difamación y sancionan el abuso de estas dos libertades esenciales en el sistema democrático, no parece razonable que los partidos y movimientos se vean privados de referirse y descalificar tanto los programas de sus émulos como las personas que los encarnan. Salvo que la publicidad tenga connotaciones que por lesionar la honra y la intimidad de las personas, no se puedan sustentar en la libertad de expresión, se mutila innecesariamente el debate político y el ejercicio de la oposición, si éstos no pueden extenderse a las personas de los candidatos, cuya consideración no es indiferente para el electorado⁸⁴.

La posición de la Corte IDH en relación con las expresiones sobre funcionarios públicos en ejercicio, de figuras públicas, políticos y candidatos electorales es similar a la de la Corte Constitucional. En este contexto, la Corte IDH ha establecido:

El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar⁸⁵.

tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público⁸⁶.

83 Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

84 Corte Constitucional, Sentencia C 089 de 1994, Eduardo Cifuentes Muñoz.

85 Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 90.

86 Ibid. párr. 103.

En el contexto de la aplicación de la norma censurada en este acápite, es importante resaltar lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre las expresiones en contexto electoral. En *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, el TEDH consideró que un editorial que criticaba a un candidato era algo que sucedía como parte de un “debate político sobre cuestiones de interés general, área en la que, enfatiza la Corte, las restricciones a la libertad de expresión exigen una interpretación restrictiva”⁸⁷. Asimismo, en el caso de *Prunea v. Romania*, el TEDH indicó que un candidato en las elecciones parlamentarias, al ingresar a dicha disputa, “entró a la política y se expuso inevitable y conscientemente a un escrutinio minucioso” por parte de periodistas y el público general, por lo que se esperaba un mayor nivel de tolerancia por su parte⁸⁸.

Tal nivel de protección también ha sido resaltado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Observación General 34, en los siguientes términos:

[E]n el debate público sobre figuras políticas y de las instituciones públicas a efectos del Pacto es sumamente importante que la expresión pueda tener lugar sin inhibiciones. Por lo tanto, el simple hecho de considerar que una declaración insulta a una figura pública no basta para justificar la imposición de sanciones, aunque las personalidades públicas también pueden beneficiarse de las disposiciones del Pacto⁸⁹.

Asimismo, resaltamos que la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del

derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU ha indicado que el debate en tiempos electorales debe ser lo más desinhibido posible:

Para la protección de la libertad de expresión durante los procesos electorales es esencial que los candidatos y los partidos políticos sean libres para expresar ideas y transmitir información sobre cualquier cuestión que consideren conveniente. La expresión no regulada y el acceso a la información son cruciales en tiempos de cambio político, y toda restricción a la expresión política puede poner en grave peligro el proceso democrático⁹⁰.

En este sentido, no cabe duda de que se ha otorgado una protección reforzada a las expresiones acerca de las personas que integran o que participan en una contienda electoral, incluyendo los y las aspirantes a cargos de elección popular. Esto sucede toda vez que se trata de expresiones que enriquecen el debate público y la discusión sobre asuntos de interés público. Ciertamente, este tipo de expresiones son indispensables para los sistemas democráticos que, por su naturaleza, deben ser tolerantes ante las críticas.

Si aceptamos que las opiniones e informaciones sobre funcionarios públicos son discursos especialmente protegidos, fuerza concluir también que estas personas están obligados a soportar un nivel de escrutinio más amplio sobre su conducta pública y privada, y que deben ser más tolerantes frente a la crítica. En este sentido, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que se requiere un estándar más alto de afectación a los bienes jurídicos protegidos -por los tipos penales de injuria y calumnia- en los casos en que el sujeto pasivo es un funcionario público o una figura "reconocida o con influencia". Lo anterior, puesto que son personas que se encuentran obligadas a soportar una mayor injerencia de otros sujetos dentro de sus funciones e, incluso, de su vida personal, en razón a las actividades que desarrollan. En efecto:

*Lo anterior implica, tanto para servidores públicos como para figuras reconocidas o con influencia en círculos sociales y culturales, que **la protección de su derecho al buen nombre (o reputación) solamente procederá en situaciones excepcionales.***
(...)

A su vez, en la providencia CSJ AP, 5 dic. 2016, rad. 45215, la Sala sostuvo:

87 TEDH, Caso Lopes Gomes da Silva v. Portugal, No. 37698/97, Sentencia del 28 de septiembre de 2000. Párr.

33. 88 TEDH, Caso de Prunea v. Romania, No. 47881/11, Sentencia del 8 de enero de 2019.

89 Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34 - Artículo 19 -Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 38.

90 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014, párr. 50.

*“La doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional tienen decantado de vieja data que una de las obligaciones aparejadas al desempeño de funciones públicas es la de **soportar un mayor escrutinio sobre sus actividades funcionales y personales, por lo cual el ámbito de protección de los derechos a la intimidad y al patrimonio moral son menos amplios que los de las gentes del común.***

Quienes ejercen cargos públicos o responsabilidades políticas en democracia, ceden parte de esos derechos como costo necesario que facilita el control social de sus actividades, lo que se convierte en una forma de legitimación de las mismas.

*En ese orden de ideas, si el ámbito de protección es menor, el de **defensa de esos derechos también se restringe, o mejor, debe adecuarse a las obligaciones de cohesión social que se imponen a quienes ejercen actividades públicas de liderazgo social.***

Ahora bien, lo hasta ahora señalado no conlleva siempre ni en todos los casos la impunidad de cualquier señalamiento que pueda efectuarse a

*un funcionario. Tan solo significa que tendrán consecuencias jurídico penales aquellos ataques a la reputación de un servidor público o de una figura pública que realmente sean deshonrosos y muy graves. El juez ponderará cada situación bajo los parámetros establecidos y supeditado a las circunstancias del caso en particular.*⁹¹ (Subrayado propio)

Así como se toman estas previsiones especiales en los casos de responsabilidad penal, es necesario que en cualquier ámbito se busque la materialización de la protección especial y reforzada de la libertad de expresión en relación con los funcionarios y personajes públicos. Siendo así, e incluso tratándose de un cuerpo normativo en materia electoral, es indispensable que se adopten las medidas tendientes a la garantía de las prerrogativas constitucionales antes descritas. Esto en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional, según la cual “[l]as 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 regulación”⁹². En la misma línea, la Corte IDH ha indicado que “debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”⁹³.

Es evidente que los literales señalados no cumplen con estos requisitos mínimos y, por tanto, no deben formar parte del ordenamiento jurídico.

6.2. Sobre la ambigüedad de la expresión “afectar negativamente su imagen pública” y sobre la indeterminación, contraria a las exigencias jurisprudenciales para la libertad de expresión, de la frase “Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas”.

Los literales censurados en este aparte contienen dos expresiones sumamente amplias que representan un grave peligro para la libertad de expresión: “afectar negativamente su imagen pública” y “Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas”. El peligro de estas expresiones radica en que son indeterminadas y pueden llevar, eventualmente, a la sanción de cualquier tipo de comportamiento.

Bajo este entendido, tales expresiones no cumplirían el requisito de legalidad de las restricciones a la libertad de expresión que deben formularse “con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que sea razonable,

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP592 del 27 de febrero de 2019. (M.P: Eugenio Fernández Carlier) (Rad.: 49287)

92 Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

93 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párr. 127.

de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar”⁹⁴. Este requisito de legalidad, puesto en palabras de la CIDH, también implica que “Las normas que limitan la libertad de expresión deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación”⁹⁵.

En lo que respecta a la primera expresión “afectar negativamente su imagen pública” vale la pena destacar que muchas expresiones pueden afectar negativamente la imagen pública de un funcionario, pero no por eso pierden su protección constitucional. Por el contrario, la Corte Constitucional ha señalado que “la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono”⁹⁶.

Esto está en línea con la jurisprudencia internacional. El debate electoral es en muchos momentos de un carácter pasional e incisivo que puede llevar a expresiones que chocan, ofendan o irriten a

parte de la población, incluyendo a las personas sobre las que la expresión se refiere. No obstante, las garantías establecidas a nivel internacional y constitucional sobre la libertad de expresión protegen este tipo de expresiones. De esta forma es que la Corte IDH ha considerado lo siguiente:

*En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población*⁹⁷.

El TEDH también ha dado una protección especial a las expresiones que chocan o molestan al Estado o a parte de la población⁹⁸, al igual que expresiones “duras, virulentas y ofensivas”⁹⁹, que tienen un grado de “exageración o incluso provocación”¹⁰⁰. Adicionalmente, el TEDH ha dicho que la sátira, como manifestación de la libertad de expresión artística, “a través de la exageración y distorsión de la realidad que la caracteriza, naturalmente pretende provocar y agitar”¹⁰¹.

En consecuencia, los literales f y h del artículo 255 establecen una limitación a la libertad de expresión que no se compadece con el tipo de discurso propio de la contienda electoral, tal y como ha sido entendido y protegido por la Corte Constitucional y por los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Tal y como está redactada la norma, orientada a la protección de la “imagen pública” podría limitar la posibilidad de expresar informaciones que sean ciertas y parte del control político natural a cualquier democracia.

Por otra parte, en lo que respecta a la frase “Difamen, calumnien, injurien o realicen cualquier expresión que denigre a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas”, vale la pena resaltar que en Colombia no existe el delito de difamación. En este sentido, no existe ningún instrumento legal que permita definir la palabra difamación para aplicar esta norma. Por otro lado, la referencia a la injuria y la calumnia no deja claro si se está aludiendo a los tipos penales que consagran dichos delitos y, si tal fuera el caso, la norma tampoco deja entrever alusión alguna a los criterios interpretativos dados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema con respecto a esos tipos penales¹⁰². De la misma manera, se destaca que la expresión denigrar a las mujeres en ejercicio de sus funciones políticas tampoco es lo suficientemente detallada como para cumplir con los estándares legales necesarios.

Frente a este punto recordamos que la Corte Constitucional ha determinado que las restricciones que se imponen a la libertad de expresión deben ser estudiadas a partir de una sospecha de

94 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238. Párr. 90.

95 CIDH. Informe Anual 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1. 25 de febrero de 2009, párr.107. 96 Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

97 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Párr.

88. 98 TEDH, Handyside v. the United Kingdom, 7 de diciembre de 1976, serie A no. 24, párr. 49.

99 TEDH, Ümit Bilgiç v. Turkey, no. 22398/05, 3 de septiembre de 2013. párr. 131.

100 TEDH, Pedersen and Baadsgaard v. Denmark [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI. párr. 71.

101 TEDH, Welsh and Silva Canha v. Portugal, no. 16812/11, 17 de septiembre de 2013, párr. 29.

102 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C 442 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

inconstitucionalidad:

toda restricción a los discursos que versen sobre asuntos de interés público o involucren críticas al Estado o sus funcionarios es vista con sospecha, debido a que: “(i) a través de ellos no sólo se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión, sino que se realizan todas las demás finalidades por las cuáles se confiere a ésta una posición preferente en los estados constitucionales; (ii) este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas, por cuanto quienes detentan mayor poder social, político o económico pueden llegar a ser afectados por tales formas de expresión y, en consecuencia, verse tentados a movilizar su poder para censurar dichas manifestaciones y reprimir a sus autores¹⁰³.
(subrayado propio)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario realizar un control estricto de constitucionalidad. Así, para que la norma se adecúe al sistema es necesario desvirtuar la presunción de protección constitucional de toda expresión:

*4.1.3.3. Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. **Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública -en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa.** En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión **está sujeta a un control constitucional estricto**, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es estricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación¹⁰⁴. (Subrayado propio)*

En este caso concreto, las expresiones demandadas son tan amplias que no pasarían un test estricto de constitucionalidad, pues ni siquiera se tiene certeza sobre el alcance de las mismas. En este sentido, se estaría incorporando al ordenamiento jurídico una limitación a la libertad de expresión ambigua y peligrosa. Por las razones expuestas, nos permitimos solicitar se declare la inconstitucionalidad de los literales f y h del artículo 255 del proyecto de ley.

7. El literal n del artículo 255 del proyecto de ley establece un estándar de información más restrictivo que el de veracidad e imparcialidad y por ello viola parcialmente el artículo 20 de la Constitución Política

El literal n del artículo 255 del proyecto de ley establece las siguientes acciones y omisiones que constituyen violencia política contra las mujeres basadas en el género:

n. Proporcione a las mujeres en ejercicio de sus derechos políticos información falsa, errada o imprecisa y/u omitan información a la mujer, que induzca al inadecuado ejercicio de sus derechos políticos en condiciones de igualdad.

La Constitución Política establece que el derecho a la libertad de expresión comprende recibir información veraz e imparcial. Es así como la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado estos conceptos entendiendo que el estándar de veracidad “supone que los enunciados fácticos puedan ser verificados razonablemente, es decir, no exige que la información publicada sea irrefutablemente cierta, sino un deber de diligencia razonable del emisor”¹⁰⁵. Por su parte, frente al

103 Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019. (M.P: Diana Fajardo Rivera).

104 Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

105 Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2019. M.P: Alberto Rojas Ríos

principio de imparcialidad ha definido que el mismo implica el contraste de fuentes y puntos de referencia para que el receptor de la información pueda tomar decisiones basadas en la noticia desde un ángulo lo suficientemente enriquecido de fuentes¹⁰⁶.

Estos estándares han sido frecuentemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional pues los mismos son el límite legítimo del derecho a la libertad de expresión. Este derecho, de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia nacional e interamericana, tiene una mayor protección, de manera que las restricciones al mismo son excepcionales, pues se trata de uno de los pilares de las sociedades democráticas¹⁰⁷. Es por esto que los estándares de veracidad e

imparcialidad previamente definidos constituyen una restricción expresa proporcional, idónea y eficaz que permite proteger el debate participativo, pluralista y democrático.

Ahora bien, el literal n propone que el entregar información falsa o errada es una forma de violencia contra la mujer sin hacer ningún tipo de reparo sobre la intención del emisor. En este sentido, la norma podría estar castigando a personas que cometan errores no intencionales en el suministro de información. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que existe una presunción de buena fe sobre los emisores que opera en los siguientes términos:

Con todo, la buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, lógicamente, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario¹⁰⁸.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que en las tensiones entre la libertad de expresión y derechos como la honra y buen nombre debe determinarse si hubo una intención dañina del emisor. En este sentido, la Corte ha indicado que:

[E]n la divulgación de ciertas opiniones o pensamientos pueden identificarse expresiones desproporcionadas en relación con los hechos que se quieren comunicar o cierto grado de insulto que denotan la intención injustificada de dañar, perseguir u ofender a la persona, lo que deriva en una vulneración de los derechos al buen nombre, honra e intimidad, entre otros relacionados.

Por tanto, conforme a la jurisprudencia, la intención dañina, desproporcionada o insultante no va a depender de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo y neutral que de la misma se haga y que arroje como resultado la vulneración del núcleo esencial de los derechos al buen nombre y a la honra¹⁰⁹.

Esto en consonancia con lo dispuesto por el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas¹¹⁰.

Asimismo, la norma propuesta dispone que proporcionar información imprecisa a la mujer que ejerce política es una especie del género violencia contra la mujer. El término impreciso excede los límites dispuestos por la Constitución Política y es una nueva restricción que, en la práctica, podrá prestarse para arbitrariedades o interpretaciones que conduzcan a la censura de ciertos discursos. Previamente, la Corte Constitucional ha enfatizado que la constitución ha previsto el mecanismo de

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU 056 de 1995. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU 420 de 2019. M.P.: Jose Fernando Reyes Cuartas.

¹¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>.

la rectificación como aquel que da las garantías suficientes para hacer frente a la imprecisión de la información que se difunda. La disposición cuestionada del nuevo Código Electoral implica que cualquier cuestionamiento sobre una manifestación pública sobre una mujer política puede ser categorizada como imprecisa y como violencia contra la mujer. Si bien se busca generar una protección especial con enfoque de género, esta disposición reduce la posibilidad de que se haga

una veeduría sobre su actividad y gestión. Al respecto precisamos que esta inmediatez en la declaración de la agresión, sin que medie un proceso previo para su eventual revisión, resulta altamente gravosa y estaría imponiendo sobre los emisores de información en ambientes políticos una carga extra que no está contemplada en la Constitución Política ni se encuentra estudiada por la jurisprudencia de esta Corporación.

Adicionalmente, esta disposición también estipula que la omisión de “información a la mujer” puede considerarse violencia contra ella y el ejercicio de sus derechos políticos. Observamos serios problemas en la implementación de este apartado pues se está imponiendo un nuevo escenario en el que el emisor de la información es quien debe soportar la carga de medir su discurso de manera tal que en el mismo no se esté omitiendo información. Por la sola amplitud de esta frase se genera un efecto inhibitorio sobre la libre circulación de información pues no deja claro además cómo se puede probar que el emisor efectivamente está omitiendo información.

Encontramos además que resulta altamente restrictivo que no se detalle si dicha omisión debe partir de una intención por parte del emisor. Este solo planteamiento genera barreras en la implementación de la disposición que llevarían a cuestionar el cómo se va a determinar si una persona efectivamente tenía o no la intención de omitir determinada información. Se podría definir que no habría base sólida y clara para la imposición de una sanción derivada de esta conducta.

En sintonía con el argumento anterior, resulta desproporcionado que esta omisión de información recaiga sobre todo tipo de información. En esta disposición abierta cabrían todas las interacciones que eventualmente se den entre cualquier ciudadano colombiano y una mujer que ejerce la política. De nuevo, permitir que en una disposición legal queden amplias restricciones a la libertad de expresión genera un clima adverso para ejercer este derecho y se presta para la autocensura, escenario constitucionalmente prohibido en Colombia.

Brevemente quisiéramos mencionar que, en el año 2013, se aprobó en Ecuador la Ley Orgánica de Comunicación. Esa norma disponía que los medios de comunicación y periodistas “*debían abstenerse de omitir información*”¹¹¹. Frente a esta Ley, varias organizaciones nacionales e internacionales advirtieron el riesgo que significaba para la libertad de expresión las normas que restringían la libertad de expresión con un lenguaje amplio pues las mismas abrían la puerta a la censura y lesionaban el núcleo del derecho a la libertad de expresión¹¹².

En suma, en los dos escenarios existe el riesgo que la implementación de la disposición lleve a la censura de discursos que podrían resultar valiosos para el ejercicio político democrático y la veeduría del ejercicio político por parte de mujeres. Este tipo de disposiciones, en el que se abren nuevas categorías de restricción a la libertad de expresión, pueden tener un grave efecto inhibitorio e invitar a la autocensura de la ciudadanía, los medios de comunicación, las organizaciones de veeduría ciudadana y los y las pares de las mujeres que ejercen política, generando con ello una obstrucción en el libre flujo de información del más alto interés público. A todas luces se estaría vulnerando entonces el artículo 20 de la Constitución Política, pues en la implementación de esta disposición se está generando un ambiente proclive a la censura y la autocensura.

De conformidad con lo descrito con anterioridad, respetuosamente solicitamos se declare la inconstitucionalidad de las expresiones “falsa”, “errónea”, “imprecisa” y “y/u omitan información”.

III. Reglamentación de la propaganda electoral

8. La lectura conjunta de los artículos 102 y 104 no cumple con el requisito de legalidad exigido para cualquier limitación a la libertad de expresión

¹¹¹ Asamblea Nacional de Ecuador. Ley Orgánica de Comunicación, artículo 10. 21 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ec/ec067en.pdf>

¹¹² Human Rights Watch. *Ecuador debe terminar con sus ataques a la libre expresión*. Junio 17 de 2013. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2013/06/17/ecuador-debe-terminar-con-sus-ataques-la-libre-expresion>

Artículo 102. De la propaganda electoral. Entiéndase por propaganda electoral toda forma de publicidad realizada en cualquier medio de divulgación, con el fin tácito o expreso de obtener el voto de los ciudadanos a favor de partidos o movimientos políticos, listas o candidatos a cargos o corporaciones públicas de elección popular, del voto en blanco, o de una opción en los mecanismos de participación ciudadana.

No se considerará como propaganda electoral el contenido de apoyo difundido, de manera espontánea, sobre candidatos o partidos por parte de personas naturales a través de sus redes sociales.

En la propaganda electoral solo podrán utilizarse los símbolos, emblemas o logotipos previamente registrados ante el Consejo Nacional Electoral por los partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, movimientos sociales, coaliciones o comités de promotores; los cuales no podrán incluir o reproducir los símbolos patrios, los de otros partidos o movimientos políticos, ni ser iguales ni generar confusión con otros previamente registrados.

Por su parte, el artículo 104 del proyecto de ley prevé los siguientes límites para la propaganda electoral por medios electrónicos:

Artículo 104. Límites de la propaganda electoral por medios electrónicos. La propaganda electoral desplegada a través de redes sociales, correos electrónicos, mensajes de texto y las plataformas digitales que permiten crear, publicar, reproducir y repetir publicidad en un espacio digital no podrá exceder los topes de gastos de campaña establecidos por el órgano electoral y le serán aplicables todas las disposiciones establecidas en este código.

Las personas naturales o jurídicas que conforme a lo dispuesto en el artículo 102 elaboren, contraten y reproduzcan propaganda electoral a través de cualquier medio, incluyendo plataformas digitales, redes sociales y telefonía, deberán reportar al Consejo Nacional Electoral los gastos de publicidad y promoción con el objeto de verificar los topes de campaña establecidos.

Parágrafo. El Consejo Nacional Electoral establecerá la reglamentación de la propaganda electoral por medios electrónicos, en un plazo no superior a seis (6) meses contados desde la entrada en vigencia de la presente ley.

El artículo 102 del proyecto de Ley prescribe que se entenderá como propaganda electoral toda forma de publicidad que tenga el fin, tácito o expreso, de obtener el voto de los ciudadanos. Según el artículo, no se considerará como propaganda electoral el contenido de apoyo difundido **de manera espontánea** sobre candidatos o partidos por parte de personas naturales a través de sus redes sociales. Por su parte, el artículo 104 establece que las personas naturales o jurídicas que **elaboren, contraten y reproduzcan** propaganda electoral a través de cualquier medio, incluyendo plataformas digitales, deberán reportar los gastos al Consejo Nacional Electoral.

Dichos artículos establecen limitaciones ambiguas para la actividad de los ciudadanos en redes sociales en tiempos electorales, generando así un riesgo alto de arbitrariedades y de violaciones al derecho fundamental a la libertad de expresión. En este sentido, los artículos 102 y 104 del proyecto de ley son contrarios al artículo 20 de la Constitución Política y al artículo 13 de la CADH por vía del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 superior. Este último artículo de la CADH, como se explicó anteriormente, establece tres requisitos que se deben cumplir a la hora de establecer una restricción legítima a la libertad de expresión, a saber:

1. Legalidad: la restricción debe estar expresa y claramente definida en una ley.
2. Objetivo legítimo: la restricción debe buscar la protección de un objetivo legítimo, como los derechos de los demás y la seguridad nacional, el orden, la moral y la salud públicas.
3. Las restricciones deben ser necesarias y estrictamente proporcionales para conseguir el objetivo legítimo.¹¹³

113 Estos tres requisitos se derivan de lo establecido en el numeral 2 del artículo 13 de la CADH, el cual establece que: 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 [legalidad] y ser necesarias [necesidad y proporcionalidad] 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 [objetivo legítimo].

Esta prueba tripartita ha sido desarrollada tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la interamericana. En ellas se ha explicado que el requisito de **legalidad** exige no sólo que la restricción se consagre en una ley en sentido material y formal, sino que dicha restricción debe estar redactada de manera expresa, taxativa, precisa y clara.¹¹⁴ De esta forma, tanto los ciudadanos como las autoridades tendrán claro el alcance de la prohibición, los primeros, para ajustar su conducta a la ley y los segundos para no restringir la libertad de expresión más allá de la intención del legislador.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha explicado que las leyes deben estar redactadas “en los términos más claros y precisos posibles” para dar seguridad jurídica a los ciudadanos:

En este sentido, las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos.¹¹⁵

En términos similares se ha referido la Corte Constitucional al requisito de legalidad:

De conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida. El nivel de precisión con el cual se han de formular las leyes correspondientes debe ser lo suficientemente específico y claro como para permitir que los individuos regulen su conducta de conformidad con ellas. Este requisito se identifica con la prohibición de limitar la libertad de expresión con base en mandatos legales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados.¹¹⁶ (subrayado propio)

Los artículos 102 y 104 no cumplen con dicho requisito de legalidad porque no dan claridad sobre qué acciones son permitidas a los ciudadanos y cuándo se deben reportar gastos al Consejo Nacional Electoral.

No está claro qué acciones de los usuarios de redes sociales están excluidas de la definición de propaganda electoral. El criterio de “espontaneidad” que usa el artículo 102 es ambiguo. En vez de recurrir a expresiones subjetivas que dejan un amplio margen para evaluar la motivación del sujeto (si se realiza por impulso propio o sin estímulo exterior), la ley debería recurrir a criterios objetivos, como que la publicación provenga de la cuenta de un partido político o uno de sus candidatos o quién financia el material. ¿Si un ciudadano pega en su carro un anuncio que le entregó un partido político, es esto espontáneo?, ¿en qué momento se cruza la línea entre lo espontáneo y lo deliberado?

Tampoco es claro si cualquier publicación que le genere costos a un individuo u organización deba ser reportada al CNE. La expresión “personas naturales” del artículo 104 es tan amplia que se entendería que cualquier tipo de gasto en el que incurra un ciudadano cualquiera debería ser reportado. ¿Si un ciudadano quiere apoyar a su candidato y contrata la elaboración de una pieza multimedia para redes sociales, debe reportar este gasto al CNE? ¿Si una ciudadana toma contenido

gráfico de su partido y autónomamente lo difunde pagando publicidad en redes sociales, debe reportar el gasto al CNE? ¿Si una organización invierte dinero en un estudio para hacer público que uno de los candidatos no ha pagado su declaración de renta, este es un gasto reportable? ¿debe alguien reportar el costo del su plan de datos o de conexión fija de Internet cuando esta fue usada para difundir publicidad electoral?

Todas estas dudas muestran que la ambigüedad de la redacción genera un alto riesgo de arbitrariedad por parte de las autoridades en la aplicación de la norma. Prácticas como las descritas

¹¹⁴ Al respecto puede verse la sentencia de la Corte Interamericana para el caso Palamara Iribarne Vs. Chile (sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 79) y la opinión consultiva OC-5/85 de la misma corte, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (opinión del 13 de noviembre de 1985, párr. 39 y 40).

¹¹⁵ CIDH, Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Marco Jurídico

anteriormente, habituales en los tiempos de campaña, podrían ser restringidas dada la falta de claridad de las normas.

La Corte Constitucional ha sostenido que las normas que establecen restricciones a la libertad de expresión deben ser tan específicas y claras que las personas entiendan cómo deben regular su conducta¹¹⁷. Por el contrario, la indefinición puede generar que los ciudadanos se sientan disuadidos de expresar opiniones legítimas al no tener claras las consecuencias de sus acciones. En palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH:

*Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades.*¹¹⁸

En suma, consideramos que la redacción de los artículos 102 y 104 no permiten que los particulares tengan claridad sobre qué tipo de expresiones en apoyo de un candidato serían consideradas como propaganda electoral y, por consiguiente, estarían cubiertas por el deber de reporte ante el CNE. Esto, en últimas desencadena en una restricción vaga y ambigua sobre expresiones relacionadas con el proceso electoral. Como resultado, la norma tiene el efecto de abrir la posibilidad para restringir en forma desmedida el debate público en elecciones o generar autocensura. En virtud de esto, consideramos que los artículos 102 y 104 deben ser declarados inconstitucionales.

9. La expresión “redes sociales” del artículo 102 del proyecto de ley desconoce la protección de expresiones de personas naturales a través de otros medios de difusión del pensamiento que gozan de protección constitucional, limitando la libertad de expresión y el derecho a la participación en Democracia

De manera supletoria a lo solicitado en el anterior cargo, encontramos que la expresión “redes sociales” contenida en el inciso segundo del artículo 102 del proyecto de ley desconoce la protección constitucional a expresiones a través de diversos medios de comunicación.

Dicha norma implica que se considerará propaganda electoral el contenido de apoyo difundido, de manera espontánea, sobre candidatos o partidos por parte de personas naturales, en medios de divulgación diferentes a las redes sociales. De esa redacción se puede inferir claramente que la expresión “redes sociales” excluye del ámbito de protección a los ejercicios de libertad de expresión que, en la hipótesis contemplada por el inciso segundo, del artículo 102, se realicen a través de otros medios de divulgación. Tal exclusión que no podría subsanarse mediante interpretación extensiva de la garantía, debido al carácter restrictivo con el que deben interpretarse las excepciones.

Consideramos que la expresión “redes sociales” del artículo 102 del proyecto de ley desconoce el principio democrático consagrado en los artículos 1 y 3 de la Constitución por atentar contra las posibilidades de participación efectiva de la ciudadanía en los procesos de conformación del poder político. Además, dicha norma también vulnera el artículo 20 constitucional por imponer una distinción injustificada en términos constitucionales entre las expresiones que se realizan a través de las redes sociales y aquellas que se efectúan a través de otros medios, a efectos de proteger las primeras y excluir las segundas de dicha protección y, finalmente, atenta contra el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación del poder político, consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

La Constitución Política establece una serie de lineamientos que orientan la actividad democrática en Colombia. Dentro de estos, el artículo primero indica que Colombia es una República “democrática, participativa y pluralista”. Aunque los procesos electorales no son suficientes para garantizar la conformación democrática de las instituciones públicas, sí son una condición para que pueda catalogarse un régimen como democrático, debido a que habilitan un procedimiento para las decisiones colectivas y libres, así como el balance de las diferentes fuerzas sociales y políticas.

De

117 Ibid.

118 CIDH, Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión), OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51, 30 diciembre 2009. Párr 71.

26

esta forma, las decisiones ciudadanas en las elecciones, promovidas por la propaganda electoral, constituyen uno de los momentos esenciales de la participación política.

El ejercicio de la democracia electoral no se limita simplemente al derecho de voto. Por el contrario, hay toda una órbita de derechos y libertades de la ciudadanía que se manifiestan en el principio democrático. Entre estos derechos y libertades es fundamental el derecho de la ciudadanía a opinar, bien sea a través de medios digitales, o de cualquier otro medio. Tal y como lo consagra el artículo 20 superior: “Se garantiza a **toda persona** la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones...” (negrilla fuera del texto original).

Así, la libertad de expresión tiene un rol fundamental dentro de los procesos electorales, lo cual no impide que legítimamente pueda moderarse durante las campañas políticas en aspectos como la duración o mediante las regulaciones de propaganda y las prohibiciones sobre difusión, siempre y cuando se realicen dentro del marco del respeto de las garantías constitucionales a los derechos de las ciudadanas y de los ciudadanos.

En esta línea, la Corte Constitucional ha resaltado que la libertad de expresión tiene relevancia en los regímenes democráticos en el sentido de que “permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento. Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada”¹¹⁹. De aquí se deriva que la libertad de expresión está ligada de manera profunda a las sociedades democráticas y, por ende, debe ser protegida por parte de las instituciones como un elemento fundamental para la salud del debate político.

Al respecto, la Corte IDH y la CIDH han establecido que la libertad de expresión es indispensable para la existencia de una sociedad democrática. De hecho, la Corte IDH sostiene que ese derecho debe protegerse y garantizarse durante todo el proceso de ejercicio político en el marco de un proceso electoral¹²⁰.

Por otro lado, además del reconocimiento en el artículo 20, el derecho a la libertad de expresión encuentra una protección relacionada con el contexto electoral en el artículo 40 de la Carta, en el que se establece que “[t]odo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, y en el numeral 3 del mismo: “Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”.(subrayado propio).

De este modo, resulta claro que la intención del constituyente fue la de garantizar la libertad de expresión, no solo de manera general, sino también en las épocas de elecciones, de manera que la participación de la ciudadanía no se vea limitada a recibir propaganda política, sino también a difundir y discutir los programas de los partidos.

Adicionalmente, resaltamos que el artículo 13 de la CADH establece explícitamente que el derecho a la libertad de expresión existe “sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Sobre este asunto se ha pronunciado la Corte IDH en los siguientes términos:

la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente¹²¹.

Ahora bien, el artículo 102 del proyecto de ley estatutaria analizado en este expediente es contrario a la Constitución Política por contrariar las garantías establecidas en los artículos 1 y 3 en relación

119 Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
120 Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. 121 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5., párr. 31.

27

con el principio democrático, en el artículo 20, que consigna el derecho a la libertad de expresión, así como el artículo 40, que en su numeral 3 promueve el derecho de los ciudadanos a debatir y promocionar los programas políticos de los partidos.

Si bien el artículo cuestionado se limita a dar una definición de propaganda electoral, la precisión del inciso segundo, correspondiente a las personas naturales, puede generar situaciones que atenten contra el principio democrático. El artículo cuestionado en este aparte consagra una protección al derecho a la libertad de expresión ciudadana, pero el objeto de esta protección se limita de manera injustificada y exclusiva al ámbito de las redes sociales.

En consonancia con lo dicho sobre el derecho a la libertad de expresión, la protección establecida en el párrafo del artículo 102 no puede limitarse solamente a las redes sociales. Como se explicó en el anterior capítulo, la categoría de “propaganda política” genera para los emisores de este tipo de información una serie de cargas que son intolerables para las personas naturales. Por este motivo, dejar por fuera de la cobertura de la garantía el contenido que las personas naturales realizan por fuera de sus redes sociales para considerarlo “propaganda política” conllevaría a la vigilancia de las manifestaciones espontáneas de las personas naturales por parte del CNE en espacios como la radio, las columnas de opinión, los salones de clase, las manifestaciones públicas y muchos otros escenarios ajenos al espacio de las redes sociales y parte de la vida cotidiana. De una vigilancia de esta magnitud solo puede derivarse una censura masiva contra la ciudadanía, tanto en épocas de campaña electoral como fuera de estas. Lo anterior, por supuesto, no sólo es violatorio de derechos fundamentales de las personas naturales, sino que también atenta contra la democracia.

Aunque el contexto actual provocado por la pandemia de COVID-19 pone como prioridad de la agenda la regulación de los temas relacionados con las redes sociales, no hay que perder de vista que el Nuevo Código Electoral y sus definiciones están pensadas con vocación de permanencia.

El artículo 102 acierta en evitar que las cargas que conlleva la definición de “propaganda política” se apliquen a las personas naturales en el contexto digital. Sin embargo, esta protección también debe aplicarse por fuera de las redes sociales y en todos los medios de comunicación. De otro modo, estaría admitiéndose que las únicas opiniones que merecen ser protegidas son aquellas que se publican en redes sociales, que tampoco incluyen otros ámbitos digitales diferentes a las redes sociales.

Por las razones expuestas, de manera supletoria a lo expuesto en el anterior capítulo, solicitamos que el aparte “a través de sus redes sociales” del inciso 2 del artículo 102 del Proyecto de Ley sea declarado inconstitucional por atentar contra el derecho fundamental a la libertad de expresión, a la participación política y contra las garantías y derechos que soportan la democracia.

10. La expresión “por cualquier medio de divulgación” del artículo 103 del proyecto de ley es desproporcionada y viola la prohibición expresa a la censura, dispuesta en el artículo 20 de la Constitución Política

El artículo 103 del proyecto de ley establece los siguientes lineamientos para los límites temporales de la propaganda electoral:

Artículo 103. Periodo de la propaganda electoral. Las actividades de propaganda electoral, a través de cualquier medio de divulgación, únicamente podrán realizarse dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la respectiva votación.

El artículo 103 del Proyecto de Ley dispone una limitación para la divulgación de contenido político en el término de 3 meses previos a las elecciones que aplica para “cualquier medio de divulgación” y, por consiguiente, vulnera garantías constitucionales y medulares de la libertad de expresión. Tal disposición es contraria a la jurisprudencia constitucional que brinda una especial importancia a la libertad de expresión en escenarios electorales y no supera la prueba tripartita que fue anteriormente expuesta.

El artículo 20 de la Constitución Política establece que en el país “no habrá censura”. Esta prohibición expresa ha sido estudiada por esta Corporación a través del concepto de censura previa de la Corte IDH, según el cual:

28

*Tal como ha establecido la Corte anteriormente, las infracciones al artículo 13 de la Convención pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido. No toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, **por medio del poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias**. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.¹²²*

La disposición descrita en el artículo 103 podría llegar a ser catalogada como una censura previa. Esto porque se está restringiendo a priori expresiones por su potencial contenido político. Ahora bien, la censura previa temporal, según análisis previos de esta Corte Constitucional, es legal y pretende proteger unos fines específicos en el ordenamiento jurídico colombiano¹²³.

Sin embargo, la disposición “por cualquier medio de divulgación” que establece el artículo 103 del proyecto de ley resulta poco clara, es desproporcionada y atenta contra la libertad de expresión.

Este panorama debe leerse en conjunto con el escenario de las elecciones. Como ya se explicó, distintas instancias en lo nacional e internacional se han referido a ese escenario como uno de especial relevancia para la libertad de expresión. Esto por cuanto es la coyuntura en la que la ciudadanía hace un gran uso de su libertad de recibir información¹²⁴ para la toma de decisiones sobre quién va a hacer parte de la configuración de su gobierno y de su Estado. Esto inevitablemente implica que la información que expone alternativas electorales se convierte en información de un altísimo interés público que además termina siendo una de las más importantes garantías de la democracia. Como ya ha sido recurrentemente insistido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos discursos de interés público tienen una protección reforzada en el ordenamiento jurídico colombiano por lo que cualquier restricción que se quiera imponer a ellos debe ser tomada con sospecha¹²⁵.

10.1. Aplicación de la prueba tripartita en el caso concreto

Para analizar el primer criterio de la citada prueba tripartita es importante rescatar esta precisión que ha hecho previamente la Corte IDH, en donde menciona el alcance del estándar de claridad de las normas:

La Corte considera que la ley debe estar formulada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que sea razonable, de acuerdo a las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar. Como ha sido señalado, si bien la certeza en la ley es altamente deseable, ello puede traer una rigidez excesiva. Por otra parte, la ley debe ser capaz de mantenerse vigente a pesar de las circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica.

De acuerdo con lo anterior, se puede considerar que la norma demandada no supera

completamente el primer criterio ya que la expresión “por cualquier medio de divulgación” no es suficientemente clara. La redacción de la norma deviene en una cobertura tan amplia y vaga que termina abarcando diversas conductas de particulares y en las expresiones de los mismos candidatos en los medios digitales, considerados como nuevos escenarios de interacción en las campañas electorales. Esto deja espacio a que la norma se quede corta en la precisión, lo que

122 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs Chile, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C. no 135. Párr. 68.

123 Corte Constitucional, Sentencia C 490 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

124 Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. Declaración conjunta sobre libertad de expresión y elecciones en la era digital. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1174&IID=2>.

125 Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

29

abiertamente dificulta que las personas puedan regular su conducta con respecto a ella. En la falta de claridad de esta disposición encontramos, entre otras cosas, los siguientes vacíos: i) la entidad que vigilaría las conversaciones e interacciones en redes sociales no está explícita, ii) no es preciso si el alcance de esta vigilancia puede o no incluir interacciones o expresiones privadas como las que suceden dentro de un chat o un grupo de conversación, iii) no es preciso si el alcance de esta vigilancia puede o no incluir interacciones de un ciudadano que reproduce algún contenido de un candidato, partido o movimiento político, iv) el rol de los intermediarios y las plataformas no es claro, v) atado a esto, no hay claridad sobre si la norma implica un mandato hacia estos intermediarios de bloquear o no contenido que puedan considerar como propaganda electoral.

Estos vacíos que se acaban de enumerar evidencian los efectos de la falta de claridad de la disposición. Así las cosas, dan cabida a diversas interpretaciones que, como se mencionará líneas abajo pueden crear un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión.

Frente al segundo requisito de la prueba tripartita introducimos varias precisiones. Esta disposición puede entenderse orientada a proteger los objetivos establecidos en el artículo primero como:

*regular el derecho constitucional a elegir y ser elegido, las funciones de las autoridades públicas electorales y, ocasionalmente, de los particulares que las ejerzan, como también los procedimientos para su ejercicio, **con el fin de asegurar que el proceso electoral, el resultado de las elecciones y las demás manifestaciones de la participación política electoral representen con fidelidad, autenticidad, imparcialidad, transparencia y efectividad, la voluntad de sus titulares.*** (Subrayado propio)

Esto lo traducimos, para efectos de leerlo en conjunto con la norma estudiada en este capítulo, como los derechos a la igualdad entre candidatos, de los terceros, la ciudadanía en general y el orden público. Previamente, la Corte Constitucional se había referido a los límites temporales de la propaganda electoral y su justificación en los fines que pretende proteger en estos términos:

El proyecto de norma estatutaria establece una limitación al acceso a los medios de comunicación y al espacio público para efectos de propaganda electoral, consistente en que si se efectúa utilizando el primer medio solo podrá realizarse dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la respectiva votación, y la que se realice a través del segundo medio, dentro de los tres (3) meses anteriores a ese evento, limitación que, a juicio de la Corte, se encuentra justificada en la medida que responde a un propósito de preservación del equilibrio informativo entre los distintos partidos o movimientos políticos, pues es un límite temporal común a todos ellos para la promoción de sus campañas, antes de la fecha de la votación, que constituye un claro reconocimiento del legislador estatutario respecto de la importancia, la disímil cobertura e impacto de los medios de comunicación social, y en menor medida del espacio público, como mecanismos de difusión de los mensajes, ideas y programas en la dinámica de las campañas políticas contemporáneas, con lo que su regulación se orienta a salvaguardar la equidad y el equilibrio informativo en el despliegue de la propaganda electoral.¹²⁶

De acuerdo con lo anterior se podría considerar que la redacción de la norma sí obedece a unos fines legítimos que hacen énfasis en el equilibrio informativo sobre la propaganda electoral por tratarse de un límite común a todos los partidos y movimientos políticos que va a facilitar el

balance en la entrega de la información. En esa misma línea, la Corte también ha indicado que la falta de una reglamentación puede llevar a que “organizaciones políticas con mayores recursos económicos podrían anticipar en su provecho la iniciación material de sus campañas y serían írritas las normas legales que restringen y gobiernan la propaganda electoral, aparte de que con antelación a la fecha de inscripción oficial de listas y candidatos, con base en la mera propaganda, se ha podido predisponer el ánimo del electorado”¹²⁷.

No obstante, quisiéramos insistir en que, como lo ha dicho también la Corte IDH la existencia de un fin legítimo no implica que la restricción supere la prueba¹²⁸, pues también se debe cumplir con los requisitos de legalidad y de proporcionalidad.

126 Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

127 Corte Constitucional, Sentencia C 089 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

128 Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 207. párr. 66.

30

En cuanto al tercer criterio de la prueba tripartita, la disposición no es proporcionada ni idónea para los fines que se persiguen. En los desarrollos jurisprudenciales se ha puesto de presente que proponer condiciones que limiten la propaganda electoral persigue la consecución del equilibrio informativo y la tranquilidad y armonía en el espacio público¹²⁹, conceptos éstos que se engloban dentro del orden público y el interés de la colectividad.

Ahora bien, al realizar el análisis sobre la proporcionalidad de la aplicación de esta norma sobre los entornos digitales encontramos que se está imponiendo una restricción que desconoce completamente las dinámicas digitales. En reiteradas ocasiones se ha definido que estos entornos digitales tienen una naturaleza interactiva y multidireccional y es un espacio propicio para el intercambio de ideas en tiempo real¹³⁰. Con esto en mente, es evidente que la medida de restricción de la propaganda electoral **en redes sociales**, en el periodo anterior a los tres meses previos a las elecciones, es desproporcionada y no es idónea para la consecución de los fines descritos. Al respecto, y frente a la desproporcionalidad, enfatizamos que esta disposición implica en la práctica un mandato sobre las conductas de los usuarios de las redes sociales que usan este escenario para ejercer su derecho a la libertad de expresión en tiempo real. Incluso los mismos candidatos, que son titulares de este derecho, usan esta herramienta para expresar sus ideas y exponer puntos de sus candidaturas con la posibilidad de recibir respuestas inmediatas o incluso ser replicados por otros usuarios en tiempo real.

La norma estudiada es entonces un mandato a esos usuarios que en la práctica no podrían usar sus cuentas para reproducir mensajes que sean propaganda electoral, que plantea de paso un control desfasado sobre este escenario digital. La norma no lo detalla, como ya se mencionó, pero resulta preocupante que el mandato de quien eventualmente vigile el cumplimiento de esta disposición incluya un excesivo monitoreo que puede implicar conversaciones privadas o expresiones espontáneas cuya restricción no va en consonancia con los fines que esta norma pretende proteger y que, sea dicho de paso, no afectan el desarrollo de las elecciones.

Al respecto, es muy importante que esta Corporación tome en consideración las preocupaciones que ya ha puesto de presente la CIDH sobre las vigilancias y perfilamientos en Colombia¹³¹. Es necesario que los operadores judiciales, entendiendo este fenómeno, evalúen el verdadero impacto de las disposiciones que incluyen mandatos regularizadores en redes sociales, pues los mismos pueden prestarse a arbitrariedades sobre quién debe ejecutar e implementar esas medidas.

Muy ligado a esto, nace una preocupación sobre el rol de los intermediarios (en este caso las redes sociales) en la implementación de esta norma. No es claro, como ya se mencionó, si esta norma es además un mandato a estos intermediarios para que ejerzan vigilancia sobre los usuarios que están llevando a cabo expresiones de propaganda política. Como se expresó líneas arriba, en la práctica este rol implicaría un monitoreo y vigilancia excesivo que desconocería las dinámicas digitales y los parámetros de protección a la libertad de expresión en Colombia.

Las redes sociales son en la actualidad uno de los más grandes instrumentos para ejercer la libertad de expresión y cualquier afectación a este derecho en estos entornos debe ser debidamente analizada tomando en cuenta las particularidades de cada plataforma¹³².

Notamos que esta disposición, por la falta de claridad en su implementación, y la desproporcionalidad en la intromisión sobre expresiones que se llevan a cabo en estos entornos, desencadenaría un efecto inhibitorio en la libertad de expresión en redes sociales. Esto por cuanto los usuarios (en donde se incluyen ciudadanos, candidatos y miembros de partidos que no son candidatos) tendrían un mandato para regular su conducta que, en principio, tiene como efecto una medición y dosificación sobre cualquier expresión en la que estén invitando a votar por algún candidato. Este escenario se presta para que los mismos usuarios se abstengan de responder de forma inmediata y de reproducir información oficial sobre candidatos.

En suma, la cobertura amplia de la norma implica un desconocimiento de los entornos digitales y podría generar un efecto inhibitorio sobre las interacciones en redes sociales entre los mismos

129 Op. Cit.

130 CIDH, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo de 2017. 131

CIDH, RESOLUCIÓN 6/2021, Medidas cautelares No. 207-20 Ricardo Calderón Villegas respecto de Colombia 14 de enero de 2021.

132 Ver Corte Constitucional, Sentencia SU 420 de 2019, M.P.: Jose Fernando Reyes Cuartas.

31

candidatos y la ciudadanía en general. Este escenario se presenta entonces en contravía con la Constitución y su prohibición expresa “no habrá censura”.

De acuerdo con los argumentos acá expuestos, solicitamos que la expresión “por cualquier medio de divulgación” del artículo 103 del proyecto de ley sea declarada inexecutable pues la misma introduce una limitación a la libertad de expresión que no es clara, ni necesaria en una sociedad democrática.

IV. Reserva de la información y transparencia del proceso electoral.

11. El inciso primero y el párrafo del artículo 247 del proyecto de Ley son incompatibles con el derecho de acceso a la información pública y con el principio constitucional de transparencia en la función pública

El inciso primero del artículo 247 del proyecto de Ley califica como de “seguridad y defensa nacional” “todas las actividades” relacionadas con el “registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana” que realice la RNEC. El párrafo de este artículo complementa la disposición al indicar que esta calificación de “seguridad y defensa nacional” no puede “usarse” como argumento para “impedir la transparencia del proceso”.

*Artículo 247. Seguridad nacional y protección del proceso electoral. **Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana son de seguridad y defensa nacional.***

Las fuerzas militares y de la policía bajo la dirección del Presidente de la República, prestarán su apoyo en la custodia de los documentos electorales y la infraestructura tecnológica. Adicionalmente, cuando las circunstancias así lo obliguen colaborarán en el transporte del material electoral y de los servidores públicos.

La transmisión de resultados se realizará conforme al protocolo de seguridad y de ciberseguridad que disene la Registraduría Nacional del Estado Civil con el apoyo de los organismos de seguridad del Estado.

*Parágrafo. **Las condiciones de seguridad no pueden usarse en ningún momento para limitar la observación al proceso electoral de organizaciones nacionales o internacionales debidamente acreditadas, así como para impedir la transparencia del proceso.***

Estimamos que el primer inciso de este artículo introduce una reserva genérica y omnicompreensiva sobre toda la información en la que se dé cuenta de, o en la que consten, “actividades” relacionadas con el registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana de la RNEC, en tanto califica tales “actividades” como “de seguridad y defensa nacional”.

Esta técnica de regulación invierte el estándar constitucional e interamericano en materia de acceso a la información pública, según el cual, frente a cualquier información en posesión de los órganos del Estado, incluida la RNEC, la transparencia es la regla y la reserva es la excepción.

Adicionalmente, esta técnica de regulación desconoce el precedente constitucional en materia de excepciones admisibles al derecho fundamental de acceso a la información pública, según el cual, las excepciones a este derecho deben ser claras y precisas.

11.1. El contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública

El derecho fundamental de acceso a la información pública es un derecho constitucional innominado, reconocido como tal por la Corte Constitucional en las sentencias C-491 de 2007 y C 274 de 2013. Es el producto de una interpretación armónica entre las disposiciones de los artículos 20 (derecho de acceso a la información *in genere*), 23 (derecho de petición) y 74 (derecho de acceso a los documentos públicos), en concordancia con el artículo 13 de la Convención Americana, tal y como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, fue reconocido como tal por el legislador estatutario en la Ley 1712 de 2014. No hay duda, en el derecho positivo colombiano, sobre la naturaleza fundamental y sobre el carácter autónomo del derecho de acceso a la información pública.

32

Este derecho se basa en el principio de máxima publicidad, reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Jurisprudencia constitucional y en la Ley 1712 de 2014. Según este principio, toda la información en poder de los sujetos obligados es pública y su acceso sólo puede ser limitado en casos excepcionales consagrados en la Ley o en la Constitución. Este principio y su principal manifestación: el derecho de acceso a la información pública es una garantía básica del sistema democrático de gobierno, de la transparencia de la actividad estatal, y del buen funcionamiento del Estado de Derecho. Todo esto, en tanto permite que los ciudadanos puedan controlar el ejercicio del poder público y participar activamente en la toma de las decisiones que los afectan¹³³.

Por su capital importancia para el buen funcionamiento del régimen democrático y del Estado de Derecho, las restricciones al principio de máxima publicidad son excepcionales y de interpretación restrictiva. Esto implica que los límites al derecho de acceso a la información pública no pueden ser genéricos, amplios o indeterminados.

Sobre este punto específico, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del párrafo 2 del artículo 5 del entonces proyecto de ley de transparencia (que fue aprobada como Ley 1712 de 2014) estableció que, si bien la seguridad y defensa nacional constituyen motivo válido para reservar cierta información, la forma de regular esta excepción no puede ser general, ni puede utilizarse para abrigar un universo indeterminado de casos¹³⁴.

Esto, por dos razones. Primero, porque este tipo de regulaciones extensivas o “tout court” desconocen el carácter restrictivo de la limitación al derecho de acceso a la información pública, y terminan por imponer la opacidad sobre porciones enteras de la actividad estatal, en abierto desconocimiento del valor de la transparencia. Y segundo, porque este tipo de regulaciones facilitan el ejercicio arbitrario de la competencia de reserva, en tanto permiten que los servidores públicos, bajo su amplio amparo, no entreguen la información pública que les sea solicitada; incluso en aquellos casos en que la información no guarde una estrecha relación con el importante valor constitucional de la seguridad nacional.

En efecto, al estudiar la constitucionalidad del entonces párrafo 2 del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria de transparencia que incluía como reservadas, entre otras, “[t]oda la información, documentos, base de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional”, la Corte declaró su inconstitucionalidad con el siguiente argumento:

“[E]ste listado genérico cobija todo tipo de información, sin precisar de manera clara y concreta el tipo de información cobijada por la reserva, ni las razones por las cuales esa reserva deba garantizarse.

Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP).

Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional”¹³⁵. (Subrayado propio)

En efecto, establecer excepciones generales al derecho de acceso a la información pública ha sido considerado como la negación misma de este derecho fundamental¹³⁶. Impide que los ciudadanos ejerzan control sobre las actividades de los sujetos obligados y habilita a los servidores públicos para aplicar de forma extensiva una reserva sobre información que es, por definición en un Estado

133 Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. 151, párr. 86 y

87. 134 Corte Constitucional, Sentencia C 274 de 2013, M.P.: María Victoria Calle.

135 Corte Constitucional, Sentencia C 274 de 2013, M.P.: María Victoria Calle.

136 Ibid.

democrático de derecho, información pública, y que debe ser, en consecuencia, fácilmente accesible. En palabras de la propia Corte Constitucional:

“Para la Constitución la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública. Las decisiones o actuaciones de los servidores públicos que no se quieren mostrar son usualmente aquellas que no se pueden justificar. Y el uso secreto e injustificado del poder del Estado repugna al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática”¹³⁷.

Adicionalmente, la Corte Constitucional se ha referido en jurisprudencia reciente a la validez constitucional del principio de máxima publicidad y de excepcionalidad de las reservas como parte del derecho fundamental de acceso a la información pública. En tal sentido, le ha señalado al Legislador que, al momento de introducir dichas reservas precise: i) la información específica que será cobijada por la reserva, ii) en qué condiciones la reserva es oponible, iii) qué autoridad puede hacer valer dicha reserva y iv) qué mecanismos de control operan respecto de las actividades reservadas¹³⁸. En palabras de la Corte:

La presunción de publicidad implica que las normas que establecen limitaciones al derecho de acceso a la información pública son de interpretación restrictiva y la reserva exige motivación. Estos límites, a su vez, están sometidos a reserva de ley, en los términos del artículo 74 de la Constitución. Dicha legislación debe ser precisa, en el sentido de identificar qué tipo de información está sometida a reserva, qué autoridades pueden establecerla, las condiciones bajo las cuales puede hacerse oponible y los sistemas de control sobre dichas actuaciones. Por lo tanto, una definición genérica o vaga sobre esa materia se opone al derecho de acceso, en los términos analizados¹³⁹. (subrayado propio)

Este conjunto de garantías propias del derecho fundamental de acceso a la información pública y del principio constitucional de transparencia está ausente en la regulación del inciso primero del artículo 247, y de su parágrafo, en apariencia bien intencionado, pero en todo caso deficiente en términos constitucionales.

Máxime cuando la fórmula adoptada por el legislador fue la de calificar toda la actividad relacionada con la identificación, el registro civil, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana, adelantada por la Registraduría Nacional como de “seguridad y defensa nacional”, sin que sea claro cómo todo el universo de información pública que se pueda generar con ocasión de estas actividades tiene relación con estos importantes valores constitucionales.

En efecto, esta alternativa de justificación de la reserva es extraña a la discusión internacional sobre los tipos de información que es esperable proteger por razones de seguridad y defensa nacional. Una mirada a los “principios Tshwane”, los “Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información, redactados por 22 organizaciones durante un periodo de dos años, en el que se contó con la asesoría de más de 500 expertos de más de 70 países”, no considera que la información relacionada con la actividad de identificación, el registro civil, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana tenga una relación con aspectos típicos de la seguridad y defensa nacionales.

Es claro para nosotros que los principios Tshwane no son vinculantes para el Estado colombiano. Los invocamos en este escrito porque estimamos que tales principios reflejan un consenso mínimo entre la comunidad internacional de expertos en materia de limitaciones admisibles al derecho de acceso a la información por razones de seguridad nacional. Y en este sentido, estimamos, pueden facilitar una mejor ilustración sobre el delicado asunto que la honorable Corte Constitucional tiene ahora bajo examen.

Si se revisa el principio 9, “Información que puede ser clasificada en forma legítima [por razones de seguridad nacional]”, y el principio 10, “Categorías de información sobre las cuales existe una fuerte presunción o un interés preponderante a favor de su divulgación”, de los principios Tshwane, es fácil advertir que no figura, por ninguna parte, información relacionada con los procesos electorales,

137 Corte Constitucional, Sentencia C 491 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba.

138 Corte Constitucional, Sentencia C 276 de 2019, M.P.: Gloria Stella Ortiz.

139 Corte Constitucional, Sentencia C 276 de 2019, M.P.: Gloria Stella Ortiz.

34

el registro civil o los mecanismos de participación ciudadana. Ni por la positiva, esto es, en el sentido de identificar qué información es legítimo reservar por razones de seguridad nacional, como es claramente el caso de “(i) Información sobre planes de defensa en curso, operaciones y cuestiones sobre capacidad”, o la “(ii) Información sobre la producción, capacidades, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares, incluidos los sistemas de comunicaciones.” Ni tampoco por la negativa, esto es, en relación con la información sobre la que pesa una presunción de publicidad o un “interés preponderante sobre su divulgación” como la relacionada con “A. violaciones graves de los derechos humanos o violaciones serias del derecho internacional humanitario”, o “D. Decisiones relativas al uso de la fuerza militar o a la adquisición de armas de destrucción masiva”, entre otras.

Esta constatación del contenido de los principios Tshwane nos permite afirmar que la cláusula de reserva que ahora debe ser estimada en su constitucionalidad, contenida en el inciso primero del artículo 247, no tiene una relación clara y evidente con información que sea necesario reservar para proteger los altos valores de la seguridad y la defensa nacional.

En conclusión, estimamos que el legislador, al pretender arropar todo lo relativo al registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación bajo el manto de la reserva por motivos de “seguridad y defensa nacional”, en tanto establece una cláusula de reserva general y abierta (esto es que no es precisa, ni concreta respecto del tipo de información que busca cubrir) respecto de múltiples actividades estatales que no guardan una relación clara o evidente con los importantes valores de la seguridad y defensa nacional, ha desconocido el contenido mínimo del derecho fundamental de acceso a la información pública (artículos 20, 23 y 74 constitucionales) y la regla general de la transparencia de la función pública (artículo 209 constitucional), tal y como han sido precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

11.2. Insuficiencia del párrafo del artículo 247 para enervar la inconstitucionalidad de la totalidad de la cláusula de reserva

Por último, no ignoramos que, en contra del argumento anterior, podría afirmarse que esta opacidad, preordenada por la vía de una reserva de amplio espectro, ha sido enervada con la inclusión del párrafo del artículo 247. Según este párrafo “las condiciones de seguridad no pueden usarse (...) para impedir la transparencia del proceso [electoral]”. No compartimos esta

posible defensa de la constitucionalidad del proyecto de artículo por tres razones.

Primero, por la ambigüedad en la que está redactada, en especial, por el uso de términos en apariencia similares. En efecto, en este caso, la exclusión en favor de la “transparencia” se predica de las “condiciones de seguridad”, y no de la circunstancia de haber calificado como de “seguridad y defensa nacional” todas las actividades relacionadas con el registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana. Por tanto, no es una excepción que deje a salvo las garantías del derecho de acceso a la información pública en relación con las actividades estatales reguladas en este artículo, y en general, a lo largo del proyecto de Código Electoral, en cabeza de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Segundo, porque la disposición del párrafo del artículo 247, al limitarse a la expresión “transparencia del proceso [electoral]” deja por fuera los otros asuntos contenidos en el artículo 247, cobijados por la reserva de “seguridad y defensa nacional”. Esto es, deja por fuera y, por tanto, en un alto riesgo de opacidad, toda la información relacionada con “el registro civil, la identificación (...) y [los] mecanismos de participación ciudadana”.

Tercero, porque de aceptarse que el párrafo es una salvaguarda del valor constitucional de la transparencia, del principio constitucional de la transparencia de la actuación oficial, y del derecho fundamental de acceso a la información pública, tanto en su dimensión de transparencia activa (la obligación de publicar información de forma proactiva que pesa sobre todas las autoridades públicas), como de transparencia pasiva (el derecho que tiene toda persona de acceder a la información pública que solicite).

Es una salvaguarda insuficiente porque no menciona de forma explícita que su propósito es asegurar el derecho fundamental de acceso a la información pública (artículos 20, 23 y 74, constitucionales), ni el principio constitucional de la transparencia de la función pública (artículo 209 constitucional), ni el principio de transparencia activa (artículos 7 y 8 de la Ley 1712 de 2014). En últimas, porque no

35

fue concebida pensando en el valor de la transparencia, ni en la importancia del derecho fundamental del acceso a la información pública en materias tan trascendentales para el buen funcionamiento del sistema democrático de gobierno y el Estado de Derecho, como lo son precisamente las relacionadas con el registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana.

En conclusión, ante la clara incompatibilidad entre las normas del artículo 247 (inciso primero y párrafo) del proyecto de Código Electoral, con las normas derivadas de los artículos 20, 23 y 74 (derecho fundamental de acceso a la información pública) y 209 (transparencia de la función pública) de la Constitución Política. Esto es, ante la clara incompatibilidad de dichas normas con el principio de máxima publicidad de la información en poder del Estado, la excepcionalidad y legalidad de las reservas, y la exigencia de que estas sean claras y precisas. Y dada la falta de relación clara y evidente entre la información sometida a reserva y los valores de la seguridad y defensa nacional. Y, por último, en atención a los graves efectos que el proyecto de artículo 247 podría tener para el buen funcionamiento del sistema democrático de gobierno y del Estado de derecho, solicitamos respetuosamente que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad del primer inciso del artículo 247, así como de la totalidad del párrafo del mismo artículo 247 del proyecto de Ley.

12. Conclusión General

Explícitos los argumentos sobre los cuatro temas mencionados: asuntos que abordan la protección de los derechos humanos en el uso de tecnologías digitales, restricciones a la libertad de expresión en el marco del debate público electoral, regulación de la propaganda electoral, y transparencia del proceso electoral y de las actividades generales de la RNEC, respetuosamente, solicitamos a la honorable Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad parcial o total de las disposiciones contenidas en los artículos 44, 102, 103, 104, 255.f, 255.h, 255.n, 263, el párrafo 4 del artículo 244, y el primer inciso y el párrafo del artículo 247 del Proyecto de Ley Estatutaria 409-2020C / 234-2020S, “[p]or la cual se expide el código electoral colombiano y se dictan otras disposiciones”, según la

siguientes:

V. Solicitudes

PRIMERO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de la expresión “*todo tipo de biometría*” del artículo 44 del proyecto de Ley. En subsidio solicitamos se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “*todo tipo de biometría*” que debe quedar restringida a los datos biométricos mínimos necesarios para la identificación y autenticación de las personas y cuyo tratamiento, en tanto intromisión en los derechos a la intimidad, habeas data y dignidad humana, sea proporcional respecto al objetivo de identificación de personas, teniendo en cuenta las características y riesgos particulares de cada tecnología de identificación biométrica.

SEGUNDO: Que se declare la **inconstitucionalidad** del párrafo 4, del artículo 244, del proyecto de Ley.

TERCERO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de la expresión “como mínimo, contarán con ocho (8) caracteres alfanuméricos y símbolos especiales que serán insertados al mismo tiempo por cada uno de los magistrados” del artículo 263 del proyecto de ley. Y, en subsidio, que se declare la constitucionalidad condicionada de dicha expresión, en el entendido de que las autoridades en materia electoral deberán contar con la autonomía necesaria para dictar lineamientos de carácter técnico que, en su conjunto, apunten al diseño de la mejor estrategia de seguridad digital según estándares aplicables en la materia.

CUARTO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de los literales f y h del artículo 255 del proyecto de ley.

QUINTO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de las expresiones “*falsa*”, “*errónea*”, “*imprecisa*” y “*y/u omitan información*” del literal n del artículo 255 del proyecto de ley.

SEXTO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de los artículos 102 y 104 del proyecto de ley, y de manera subsidiaria, que se declare la **inconstitucionalidad** de la expresión “a través de sus redes sociales” del inciso 2 del artículo 102 del proyecto de ley.

SÉPTIMO: Que se declare la **inconstitucionalidad** de la expresión “por cualquier medio de divulgación” del artículo 103 del proyecto de ley.

OCTAVO: Que se declare la **inconstitucionalidad** del primer inciso del artículo 247, así como del párrafo del mismo artículo 247 del proyecto de Ley.

De los honorables magistrados y magistradas,

Ana Bejarano Ricaurte
El Veinte
C.C. 1136879823

Ruiz
Fundación para la Libertad de
Prensa C.C. 80084291



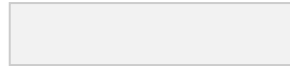
Juan Carlos Upegui Mejía
Dejusticia
C.C. 94514290
Emmanuel Vargas Penagos
El Veinte
C.C. 1020727252

Botero Cabrera
Fundación Karisma

Carolina

Lucía Camacho

Gutiérrez
Fundación Karisma



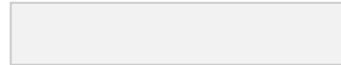
Daniel Ospina Celis Dejusticia
C.C. 1020819027
Vanessa López Ochoa
El Veinte
C.C. 1010229149

Daniela

Ospina
Fundación para la Libertad de
Prensa C.C. 1020809286

Raissa Carrillo
Fundación para la Libertad de
Prensa C.C. 1020743422

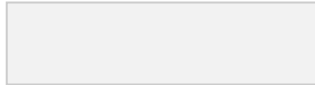
Juan Diego Castañeda Gómez
Fundación Karisma



Verónica Arias Garzón
Dejusticia
C.C. 1019140045

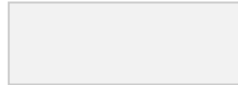


Julio Gaitán Bohórquez
ISUR
Carlos Cortés



Castillo Linterna
Verde

Luisa Fernanda Isaza



Ibarra Linterna Verde