

Bogotá D.C., diciembre de 2016
Magistrados
Corte Constitucional
E.S.D.

Ref.: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 32, 95 parcial, 139 parcial, 146 parcial, y 237 de la Ley 1801 de 2016.

CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, persona natural identificado con C.C. No. 79.555.322 de Bogotá, ciudadano en ejercicio y vecino de esta ciudad, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (en adelante “Dejusticia”); VIVIAN NEWMAN PONT, persona natural identificada con C.C. No. 32.691.759 de Barranquilla, ciudadana en ejercicio y vecina de esta ciudad, subdirectora de Dejusticia; MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO, persona natural identificado con C.C. No. 91514122 de Bucaramanga, ciudadano en ejercicio y vecino de esta ciudad, investigador de Dejusticia; MARYLUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ, persona natural identificada con C.C. No. 1.128.055.154 de Cartagena, ciudadana en ejercicio y vecina de esta ciudad, investigadora de Dejusticia; y MARÍA PAULA ÁNGEL ARANGO, persona natural identificada con C.C. No. 1.020.766.444 de Bogotá, ciudadana en ejercicio y vecina de esta ciudad, investigadora de Dejusticia¹, con fundamento en el numeral 1 del artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, presentamos ante la Sala Plena de la Corte Constitucional ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD contra los artículos 32, 95, 139, 146 y 237 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*”.

I. NORMAS DEMANDADAS

Esta demanda está dirigida contra el artículo 32, numeral 8° del artículo 95, 139 parcial, parágrafo 2° del artículo 146 e incisos primero y segundo del artículo 237 de la Ley 1801 de 2016 (en adelante “Código de Policía”).

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Las normas acusadas desconocen los artículos 15, 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política de Colombia. Además, en virtud del artículo 93 de la Carta, también violan los artículos 11, 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia con fundamento en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política.

IV. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Los apartes demandados de los artículos 32, 95, 139, 146 y 237 del Código de Policía implican o propician la sujeción de la población al monitoreo indiscriminado. En esa medida, establecen mecanismos de vigilancia masiva que por su ausencia de definiciones y límites y por su falta de ponderación entre medios y fines, resultan violatorios de los derechos a la intimidad y al habeas data, consagrados en el artículos 15 de la Constitución Política, así como en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En primer lugar, el artículo 32 incluye una definición de privacidad que trae como consecuencia obligada, que el derecho a la intimidad esté condicionado a que la persona se encuentre situada en espacios privados. Así, al definir el derecho a la intimidad como si se tratara del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el legislador termina disminuyendo el ámbito de protección del derecho a la intimidad, restringiéndolo a los ámbitos espaciales exclusivos de la persona. En

¹ En la elaboración de este documento participó también Helen Kerwin, pasante de Dejusticia.

consecuencia, al calificar varios lugares como “no privados”, excluye indirectamente a las personas y muebles que allí se encuentren de la protección propia del derecho a la intimidad.

En segundo lugar, el numeral 8º del artículo 95 establece la obligación de registrar el IMEI en una base de datos positiva que incluye el nombre (s) y apellido (s), dirección y teléfono de contacto del propietario del equipo terminal móvil. Dado que el IMEI permite rastrear la ubicación del equipo terminal móvil, y que a la base de datos positiva tienen acceso irrestricto tanto las autoridades judiciales y policivas como las autoridades administrativas, el registro del IMEI se constituye en una herramienta de rastreo sobre los propietarios del equipo terminal móvil, representando así una amenaza innecesaria y desproporcionada al derecho a la intimidad de las personas.

En tercer lugar, el artículo 139 clasifica al espacio electromagnético como espacio público, con lo cual—en conjunción con la definición de derecho a la privacidad incluida en el artículo 32—anula la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas constitucionalmente prevista para las comunicaciones que por él transitan. Con ello, propicia el abuso de mecanismos de vigilancia masiva actualmente vigentes en Colombia, como lo son el monitoreo del espectro electromagnético y la retención de datos.

El párrafo 2º del artículo 146, por su parte, impone a los operadores de servicio público de transporte masivo de pasajeros la obligación de implementar cámaras de vigilancia dentro de los vehículos destinados a la prestación del servicio. Así, al asumir que en espacios semi-públicos ya no existe la protección del derecho a la intimidad, establece un mecanismo de vigilancia masiva que carece de límites y salvaguardas suficientes para evitar los abusos, y que por lo tanto, resulta en una injerencia innecesaria y desproporcionada en el derecho a la intimidad de los pasajeros.

En quinto lugar, el primer inciso del artículo 237 cambia la naturaleza de los datos personales captados y/o almacenados por los sistemas de video vigilancia públicos y privados, para volverlos datos públicos y por ende, sin restricción de acceso. Con ello, potencia de forma innecesaria, injustificada y desproporcional el poder informático de quien quiera que acceda a las imágenes allí registradas, amenazando así el derecho al habeas data de los titulares de esos datos.

Por último, el segundo inciso del artículo 237 autoriza el enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos, de propiedad privada y pública, que se encuentren instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, a la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional. Así, al considerar que los espacios físicos intermedios ya no son objeto de protección por parte del derecho a la intimidad, fortalece el sistema de vigilancia masiva de CCTV de la Policía, dándole alcance (inmediato y sin requerimiento judicial) hasta lugares en los que sin embargo, se tiene una expectativa legítima de privacidad. En esa medida, constituye una injerencia innecesaria y desproporcionada en el derecho a la intimidad de las personas.

De esta manera, el legislador introduce al ordenamiento jurídico un conjunto de herramientas que le permiten al Estado recolectar indiscriminadamente grandes cantidades de información sin las garantías constitucionales suficientes. Como consecuencia, establece o propicia mecanismos de vigilancia masiva que interfieren de manera innecesaria y desproporcionada en el derecho a la intimidad de las personas. De igual forma, y teniendo en cuenta el carácter instrumental del derecho a la intimidad para propiciar el ejercicio de las libertades personales, estos mecanismos también inhiben el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la reunión y manifestación pública y el derecho a la libertad de asociación, consagrados en los artículos 16, 20, 37 y 38 constitucionales, así como en los artículos 11, 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior, toda vez que anulan en la práctica el anonimato y la confidencialidad de los actos, comportamientos y comunicaciones.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El presente apartado de la demanda ha sido dividido en dos grandes secciones. En primer lugar, se abordarán los siguientes puntos como marco constitucional aplicable: (i) la vigilancia masiva como una amenaza a los derechos humanos; (ii) el derecho a la intimidad; (iii) el derecho al habeas data; (iv) el derecho a la libertad personal y sus diferentes manifestaciones. Y en segundo lugar, se pasará a desarrollar los cargos concretos de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

1. Marco constitucional aplicable

(i) La vigilancia masiva como una amenaza a los derechos humanos

Para poder comprender la vulneración del derecho a la intimidad, al habeas data y a las libertades personales en el marco del nuevo Código de Policía, es indispensable entender las capacidades de un esquema de vigilancia y el tipo de impacto que tiene la tecnología en el ejercicio de los derechos fundamentales. Si los jueces no cuentan con la información adecuada para situar los casos en el entorno más amplio de los cambios tecnológicos y para evaluar el potencial de abuso de la tecnología², la magnitud de la vulneración a los derechos fundamentales puede pasar desapercibida.

La vigilancia masiva o a gran escala es la sujeción de una población o un componente significativo de un grupo al monitoreo **indiscriminado**, y tiene como propósito recolectar grandes cantidades de información para análisis posterior. A diferencia de la vigilancia selectiva, la vigilancia masiva no depende de que se sospeche previamente de la persona o la organización que se someterá a vigilancia. Por ello, cualquier sistema que genere y recopile datos sobre individuos, sin limitarlo a personas determinadas, es una forma de vigilancia masiva. De acuerdo con la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional,

“A diferencia de la vigilancia "dirigida" (...), la vigilancia estratégica no comienza necesariamente con una sospecha contra una persona o personas en particular. (...) Tiene un elemento proactivo, con el objetivo de encontrar o identificar un peligro en lugar de simplemente investigar una amenaza conocida. Aquí reside tanto el valor que puede tener para las operaciones de seguridad, como los riesgos que puede suponer para los derechos individuales”³.

Habiendo comenzado como mecanismos para capturar las acciones "públicas", hoy en día las técnicas de vigilancia masiva ya no están restringidas a las actividades públicas, teniendo cada vez más injerencia en la vida privada de las personas. La vigilancia masiva en espacios públicos se hizo común con el despliegue de cámaras de televisión de circuito cerrado (CCTV). Los sistemas más antiguos recogían imágenes vagas con capacidades limitadas de vincular las imágenes capturadas con información personal. Sin embargo, hoy en día la identificación automatizada y en tiempo real de un gran número de personas es una práctica real. *“Los sistemas públicos de video vigilancia modernos consisten en redes de cámaras conectadas, repartidas en grandes porciones del espacio público. Estas cámaras pueden equiparse con tecnologías tales como alta resolución y ampliación, detección de movimiento, visión infrarroja e identificación biométrica, todo ello vinculado a una poderosa red capaz de rastrear, archivar e identificar automáticamente el comportamiento sospechoso”*⁴.

Concretamente, se puede hablar de cuatro tipos de tecnologías de video vigilancia: a) tecnologías de observación; b) tecnologías de grabación; C) tecnologías de seguimiento; y d) tecnologías de identificación. Dentro de las tecnologías de observación, *“[l]as primeras cámaras de circuito cerrado de vigilancia -y las que todavía utilizan muchas entidades públicas y privadas- pueden "ver" como un ojo humano pero con un campo de visión más estrecho. Las cámaras modernas, por el contrario, pueden girar e inclinarse en la dirección de los controladores para ampliar su área de cobertura efectiva, y la ampliación puede mejorar exponencialmente el detalle de las imágenes que las cámaras pueden captar”*⁵. Las tecnologías de grabación, por su parte, permiten complementar las grabaciones con metadatos⁶ que aumentan la utilidad de la grabación. Adicionalmente, dan la posibilidad de buscar individuos o actividades específicas que coincidan con un patrón especificado o crear un "dossier digital" sobre un individuo. En lo que respecta a las tecnologías de seguimiento, *“[n]o sólo los sensores de movimiento simples permiten que una cámara se active cuando detecta movimiento, sino que una tecnología más avanzada puede permitir que la cámara rastree automáticamente un objeto que se mueve a través de su campo de visión. Combinado con la tecnología panorámica, de inclinación y zoom, una cámara de este tipo podría rastrear a una persona que recorre la longitud de una manzana entera de una ciudad, alrededor de esquinas, o*

² Y en nuestra opinión, el examen de constitucionalidad de la Ley 1621 de 2013 (Ley de Inteligencia y Contrainteligencia) fue una oportunidad perdida para hacer precisamente esto.

³ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. (2015). *Actualización del Informe de 2007 sobre la supervisión democrática de los servicios de seguridad y del Informe sobre la supervisión democrática de las agencias de inteligencia*. 102ª Sesión Plenaria. Disponible en Internet a través de: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)006-e)

⁴ The Constitution Project. (2007). *Guidelines for public video surveillance. A guide to protecting communities and preserving civil liberties*. Washington, DC. p. xi.

⁵ The Constitution Project. (2007). *Guidelines for public video surveillance. A guide to protecting communities and preserving civil liberties*. Washington, DC. p. 4.

⁶ Información sobre la grabación en sí o sobre las imágenes capturadas.

desde una tienda a un vehículo”⁷. Las tecnologías de identificación por último, son las más nuevas. Es interesante notar que tradicionalmente, la identificación no era un objetivo central de la video vigilancia, pues los funcionarios encargados ya conocían la identidad del individuo a quien querían vigilar. Sin embargo, dado que con la vigilancia masiva no se tiene un objetivo de vigilancia determinado, los sistemas de reconocimiento facial se han tornado cada vez más útiles.

Sin embargo, las discusiones más recientes acerca de la vigilancia masiva se centran hoy en día en la vigilancia de las comunicaciones. Cada vez que utilizamos un teléfono, un computador o cualquier otro tipo de dispositivo electrónico, producimos grandes cantidades de información personal que puede revelar nuestras afiliaciones políticas y religiosas, estados de salud, intereses sexuales, y patrones de comportamiento. Hoy en día, los Estados cuentan con varios mecanismos para monitorear, recopilar, almacenar y analizar nuestras comunicaciones e interacciones. Tal como lo señala el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emerson, en su informe anual de 2014:

“Al intervenir los cables de fibra óptica por los que se transmite la mayoría de las comunicaciones digitales, los Estados en cuestión han podido vigilar a gran escala los metadatos y el contenido de las comunicaciones, lo cual les ha dado a los organismos de inteligencia y encargados de hacer cumplir la ley la posibilidad de vigilar y grabar no solo las comunicaciones de sus propios ciudadanos, sino también las de personas que se encuentran en otros Estados. Esta capacidad suele verse reforzada por las leyes de conservación obligatoria de datos que obligan a los proveedores de servicios de telecomunicaciones e Internet a conservar los datos de tráfico de las comunicaciones para su inspección y análisis. Utilizando software de escaneo, criterios para la definición de perfiles y términos de búsqueda específicos, las autoridades competentes pueden filtrar grandes cantidades de información almacenada para detectar patrones de comunicación entre las personas y las organizaciones. Los algoritmos de extracción automatizada de datos vinculan nombres, lugares, números y direcciones de protocolo de Internet comunes e identificativos, y buscan correlaciones, intersecciones geográficas de los datos de ubicación y patrones de las relaciones en línea, ya sean sociales o de otro tipo”⁸.

Al igual que en el caso de la video vigilancia, existen tres tipos de tecnologías para la vigilancia de las comunicaciones, desarrolladas e implementadas alrededor del mundo: a) las ofensivas de uso dirigido; b) las dirigidas y semidirigidas para comunicaciones móviles, y b) las de vigilancia masiva en Internet. En las primeras, “[s]in el conocimiento del propietario del equipo y a distancia, el agente usa “puertas traseras” (*backdoors*) del sistema o de un programa en particular, o las crea con un software maligno o troyano. De ahí el adjetivo de “ofensivo” de esta tecnología”⁹. Las tecnologías dirigidas y semidirigidas para comunicaciones móviles, por su parte, permiten monitorear las comunicaciones móviles en terreno, pudiendo estar dirigidas a un sujeto en particular o indiscriminadamente contra todas las personas que tengan teléfonos móviles en la zona. En lo que respecta a las tecnologías de vigilancia masiva en Internet, existen dos vías para acceder a la información que allí se encuentra: con la colaboración del proveedor del servicio o, de manera subrepticia, abriendo una puerta trasera o monitoreando el tráfico que pasa por algún punto de la red. Como se ve, entre más nos alejamos de las tecnologías de uso dirigido, más nos encontramos ante escenarios de vigilancia indiscriminada y por ende, masiva.

No obstante, cabe destacar que la vigilancia de las comunicaciones no se circunscribe únicamente a la intervención del contenido de éstas. Las comunicaciones generan también grandes cantidades de datos de transacciones. Estos datos de tráfico de las comunicaciones (o metadatos) comprenden información personal de los particulares, su ubicación y sus actividades en línea. Por ello, muchos Estados han promulgado leyes que obligan a los proveedores de servicios de telecomunicaciones e Internet a recopilar y conservar los datos de tráfico de las comunicaciones para que posteriormente estén disponibles para su análisis. De acuerdo con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emerson, “[e]stos datos se almacenan y registran con facilidad, y pueden utilizarse para crear perfiles de las personas que son tan privados como el contenido de las comunicaciones (véase A/HRC/27/37, párr. 19). Al combinar y agrupar la información derivada de

⁷ The Constitution Project. (2007). *Guidelines for public video surveillance. A guide to protecting communities and preserving civil liberties*. Washington, DC. p. 5.

⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2014). *Informe anual sobre Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 68 a) del programa. A/69/397. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/545/22/PDF/N1454522.pdf?OpenElement>

⁹ Cortés, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Bogotá: Dejusticia. p. 18.

los datos de tráfico de las comunicaciones, es posible determinar la ubicación de una persona, sus asociaciones y sus actividades”¹⁰.

Por su evidente interferencia con el derecho a la intimidad de las personas, varios de los mecanismos de vigilancia masiva antes enumerados se sitúan fuera de los marcos jurídicos vigentes, pero han sido ampliamente adoptadas por los Estados. Son amplios los ejemplos del uso de este tipo de mecanismos para adelantar actividades de vigilancia masiva declaradas y encubiertas en jurisdicciones de todo el mundo, revelándose como un hábito peligroso y no como una medida excepcional. El 5 de junio de 2013, por ejemplo, el periódico inglés *The Guardian*¹¹ publicó el contenido de una orden judicial clasificada dictada por el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos que obligaba a Verizon, uno de los mayores proveedores de telecomunicaciones de Estados Unidos, a entregar diariamente al Organismo Nacional de Seguridad (NSA, por sus siglas en inglés) todos los “metadatos telefónicos” por un período de tres meses y prohibía a la empresa que revelara la existencia de la solicitud o de la propia orden judicial. Nuevamente, el 21 de junio de 2013 *The Guardian*¹² reveló que a través de la operación Témpera, la agencia de inteligencia británica GCHQ había estado interceptando y almacenando cantidades masivas de información transmitida por fibra óptica (que lleva las llamadas telefónicas y el tráfico de Internet), y había comenzado a procesar amplios flujos de información personal sensible que estaría compartiendo con la NSA. Por su parte, el 24 de enero de 2014 el periódico estadounidense *The New York Times*¹³ reportó que el gobierno de Ucrania utilizó la tecnología telefónica para identificar con precisión las ubicaciones de teléfonos celulares en uso cerca de las protestas adelantadas en Kiev el martes 21 de enero de 2014. Según el medio de comunicación, las personas cercanas a los enfrentamientos entre la policía antidisturbios y los manifestantes recibieron un mensaje de texto poco después de la medianoche diciendo: “Querido suscriptor, estás registrado como participante en un disturbio de masas”. Otro ejemplo de vigilancia masiva es el de Santiago de Chile, en donde el 16 de agosto de 2015 las municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea implementaron un sistema de vigilancia a través de cámaras aéreas de alta tecnología, mediante la elevación pública de los dispositivos involucrados, con los que resulta posible visualizar y monitorear una amplia área de dichas comunas, incluyendo el interior de los hogares y patios de las y los vecinos¹⁴.

Tal como lo señaló la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “las revelaciones acerca de la vigilancia digital masiva han suscitado interrogantes acerca de hasta qué punto tales medidas son consistentes con los estándares jurídicos internacionales y sobre si se requieren salvaguardas más fuertes para proteger los derechos humanos”¹⁵. Y es que los estándares internacionales en materia de derechos humanos requieren que cualquier interferencia con el derecho a la intimidad a) esté autorizada por una ley nacional que sea accesible y precisa b) tenga un objetivo legítimo, y c) cumpla los criterios de necesidad y proporcionalidad¹⁶. Sin embargo, el punto está en que la vigilancia masiva constituye una intrusión *indiscriminada* en la privacidad colectiva. En ese sentido, incluso cuando se demuestre que está prevista en una ley

¹⁰ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2014). *Informe anual sobre Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 68 a) del programa. A/69/397. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/545/22/PDF/N1454522.pdf?OpenElement>

¹¹ The Guardian. (2013). *NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily*, 5 de junio. Disponible en Internet a través de: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>

¹² The Guardian. (2013). *GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications*, 21 de junio. Disponible en Internet a través de: <https://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>

¹³ The New York Times. (2014). *Ukraine's Opposition Says Government Stirs Violence*, 24 de enero. Disponible en Internet a través de: http://www.nytimes.com/2014/01/22/world/europe/ukraine-protests.html?partner=rss&emc=rss&smid=tw-nytimesworld&_r=1

¹⁴ Al respecto, el 4 de marzo de 2016 la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó retirar los globos de vigilancia en Las Condes y Lo Barnechea, luego de acoger un recurso de protección presentado por vecinos que buscaban terminar con la medida de seguridad por considerar que vulneraba su derecho a la privacidad. Ver: Emol. Nacional. (2016). *Corte ordena retirar globos de vigilancia en Las Condes y Lo Barnechea*, 4 de marzo. Disponible en Internet a través de: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/04/791421/Corte-acoge-recurso-de-proteccion-contr-globos-de-vigilancia-en-Las-Condes-y-Lo-Barnechea.html>

¹⁵ Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones. A/HRC/27/37. Disponible en Internet a través de: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A-HRC-27-37_sp.doc

¹⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 29; Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Artículo 17; Comentarios Generales No. 27, Adoptado por el Comité de Derechos Humanos bajo el Artículo 40, Parágrafo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Noviembre 2, 1999; Ver también Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, Frank La Rue. Consejo de Derechos Humanos, 23 período de sesiones. A/HRC/23/40.

nacional y que cumple un objetivo legítimo, es improbable que una medida de vigilancia masiva logre pasar el test de necesidad y proporcionalidad. Al respecto, cabe destacar lo dicho por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emerson, en su informe anual de 2014:

“Suponiendo, por consiguiente, que sigue existiendo un derecho al respeto de la privacidad de las comunicaciones digitales (...), la adopción de tecnología de vigilancia a gran escala sin duda menoscaba la esencia misma de ese derecho (véanse los párrs. 51 y 52). Su uso es potencialmente incompatible con el principio básico de que los Estados adopten los medios menos perturbadores disponibles cuando invaden los derechos humanos protegidos (véase el párr. 51), excluye cualquier evaluación individualizada de la proporcionalidad (véase el párr. 52), y está rodeado de argumentos de confidencialidad que dificultan enormemente cualquier otro tipo de análisis de proporcionalidad (véanse los párrs. 51 y 52). Los Estados que realizan vigilancia a gran escala hasta ahora no han conseguido justificar públicamente su necesidad en detalle y con pruebas, y casi ningún Estado ha promulgado legislación nacional que autorice expresamente su uso (véase el párr. 37). Desde el punto de vista del artículo 17 del Pacto, esto prácticamente equivale a derogar por completo el derecho a la privacidad de las comunicaciones digitales”¹⁷.

En otras palabras, los esquemas de vigilancia masiva son *prima facie* desproporcionados. Lo anterior, en la medida en que se trata de una vigilancia sin definiciones ni límites y sin ponderación entre medios y fines.

Tal como lo estableció el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, en su informe anual de 2009:

“Los regímenes de vigilancia adoptados como medidas antiterroristas han ejercido un profundo efecto de inhibición en otros derechos humanos fundamentales. Además de constituir en sí un derecho, la intimidad es la base de otros derechos cuyo disfrute efectivo sería imposible sin ella. La intimidad es necesaria para crear zonas que permitan a las personas y grupos de personas pensar y desarrollar ideas y relaciones. Otros derechos como la libertad de expresión, asociación y circulación necesitan la intimidad para su disfrute efectivo”¹⁸.

Por ello, los impactos de la vigilancia masiva incluyen no sólo la afectación del derecho a la intimidad, sino que se extienden a impactos sociales más amplios sobre la capacidad de formar y expresar ideas y opiniones libremente (derecho a la libertad de expresión), asociarse y organizarse (derecho a la libertad de asociación), y estar en desacuerdo con las ideologías políticas dominantes (derecho a la reunión y manifestación pública). La capacidad de expresarse o asociarse libremente incluye el derecho a hacerlo sin revelar la identidad del autor y el contenido de las manifestaciones. Las personas no sólo tienen derecho a participar en el discurso y la protesta en las calles públicas, sino también a hacerlo de manera anónima para que puedan hablar sin temor a represalias del gobierno. Por eso, la amenaza de ser objeto de vigilancia produce cambios en la conducta humana y, en consecuencia, modifica nuestra forma de actuar, hablar y comunicarnos, incluso en tratándose de conductas completamente legales y constitucionalmente protegidas. Este es el llamado “efecto inhibitorio” (*chilling effect*) de la vigilancia: que puede limitar, inhibir o disuadir el ejercicio legítimo de nuestros derechos.

En consecuencia, al juzgar la legalidad de diversas medidas de vigilancia masiva, los tribunales alrededor del mundo han evaluado detenidamente el tipo de vigilancia, el alcance de la vigilancia, las salvaguardas existentes y la necesidad social de la medida. Así, han llegado a la conclusión de que la recopilación y retención de información personal a gran escala es un acto de vigilancia masiva que debe ser controlado. A continuación presentamos algunos ejemplos de jurisprudencia comparada, en los que se ha evaluado la legalidad de diversas medidas de vigilancia masiva y que por ello, pueden ser de utilidad en el caso *sub examine*.

¹⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2014). *Informe anual sobre Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 68 a) del programa. A/69/397. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/545/22/PDF/N1454522.pdf?OpenElement>

¹⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin. Consejo de Derechos Humanos, 13o período de sesiones. A/HRC/13/37. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/178/07/PDF/G0917807.pdf?OpenElement>

En el caso *Klass y otros v. Alemania*¹⁹, por ejemplo, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos, los demandantes, ciudadanos alemanes, demandaron provisiones de una ley “*que conlleva una restricción del secreto de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones. No rebaten al Estado el derecho de recurrir a las medidas de vigilancia previstas por la legislación: atacan que esta última no contiene ninguna obligación absoluta de notificar a las personas después de que la vigilancia de su correo, etc., haya cesado y excluye cualquier recurso ante los tribunales contra la aplicación de las medidas. (...)*” (párr. 10). En esa ocasión, la Corte consideró que no había violación del derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, señaló que “*(...) por su simple existencia, la legislación misma crea para todos aquellos a los cuales se podría aplicar, una amenaza de vigilancia, ataca necesariamente la libertad de comunicación entre usuarios de servicios postales y telecomunicaciones y constituye por sí una «injerencia de una autoridad pública» en el ejercicio del derecho de los demandantes respecto de su vida privada y familiar, así como de su correspondencia*” (párr. 41).

En el caso *Peck v Reino Unido*²⁰, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, el demandante, que estaba sufriendo de depresión, demandó la divulgación de las imágenes de una cámara de circuito cerrado de televisión (CCTV) ubicada en la vía pública, en las que aparece caminando solo con un cuchillo de cocina en la mano. A pesar de que las imágenes fueron captadas en el espacio público, la Corte reconoció que determinados incidentes que se producen en público pueden seguir perteneciendo a la vida privada de alguien, y por ende para ellos se puede continuar teniendo una expectativa razonable de privacidad.

En el caso *Weber y Saravia v. Alemania*²¹, también resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, los demandantes, una periodista alemana y un uruguayo que vivían en Montevideo, demandaron provisiones de una ley alemana (la misma objeto de la demanda en *Klass*) que permitían la vigilancia selectiva de las comunicaciones de personas naturales. La Corte declaró inadmisibles las demandas, por ser “*manifiestamente infundada*”. Sin embargo, tomó nota de que:

"visto el riesgo de que un sistema de vigilancia secreta para la protección de la seguridad nacional pueda socavar o incluso destruir la democracia bajo el manto de defenderla, la Corte debe estar convencida de que existen garantías adecuadas y efectivas. Esta evaluación depende de todas las circunstancias del caso, tales como la naturaleza, el alcance y la duración de las posibles medidas, los motivos necesarios para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizarlas, llevarlas a cabo y supervisarlas, y el tipo de recurso previsto por la ley nacional” (párr. 106).

En el caso *Liberty y otros v. Reino Unido*²², varias organizaciones demandaron ante la Corte Europea de Derechos Humanos un sistema de vigilancia masiva de todas las comunicaciones entre Inglaterra e Irlanda que existió durante los años 90. Las organizaciones demandantes hicieron comunicaciones regulares a través de canales de comunicación que habrían sido vigilados durante ese tiempo; entre otras cosas, a través de esos canales dieron consejos legales que debían haber sido protegidos por el secreto profesional. En esta ocasión, la Corte declaró una violación del artículo 8 de la Convención Europea (vida privada y familiar), y también precisó la aplicación de la regla anunciada en *Weber y Saravia* sobre sistemas de vigilancia masiva indiscriminada:

"Es cierto que el Tribunal de Justicia desarrolló por primera vez los requisitos mencionados anteriormente [requisito de “previsibilidad” jurídica] en relación con medidas de vigilancia dirigidas a personas o direcciones específicas (...). El Tribunal no considera que exista ningún fundamento para aplicar diferentes principios relativos a la accesibilidad y claridad de las normas que rigen la interceptación de comunicaciones individuales, por una parte, y programas más generales de vigilancia, por otra” (párr. 63).

En el caso *United States v. Jones*²³, la Corte Suprema de Estados Unidos evaluó la legalidad de la instalación de un GPS en el carro de un sospechoso para vigilar sus movimientos durante 28 días. En esa ocasión, la Corte consideró que la medida era inconstitucional, pues vulneraba la expectativa razonable de privacidad del sospechoso. De acuerdo con la opinión mayoritaria:

“La conciencia de que el Gobierno puede estar observando inhibe las libertades de asociación y expresión. Y el poder irrestricto del Gobierno de reunir datos que revelan aspectos privados de la identidad es susceptible de abuso. El resultado neto es que el monitoreo por GPS, al poner a disposición, a un costo relativamente bajo, una cantidad

¹⁹ Demanda 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978.

²⁰ (2003) 36 EHRR 41; [2003] EMLR 287.

²¹ Demanda 54934/00 (2006).

²² Demanda 58243/00, Sentencia del 1 de julio de 2008.

²³ 132 S Ct 945 (2012).

sustancial de información íntima sobre cualquier persona que el Gobierno, a su libre discreción, escoja rastrear, puede alterar la relación entre el ciudadano y el gobierno en una manera que es hostil a la sociedad democrática”.

En el caso *Digital Rights Ireland Ltd v. Ireland*²⁴, la Corte Europea de Justicia acumuló dos casos de Irlanda y Alemania que pidieron declarar la inexecutable de leyes europeas que ordenan la retención de datos de comunicaciones electrónicas durante un periodo fijo para detectar y judicializar crímenes. La Corte encontró que la “ausencia general de límites” en la ley, y la falta de un criterio objetivo para el uso posterior de los datos recabados, dejó claro que la ley no cumplía con el principio de proporcionalidad en relación a la interferencia con los derechos consagrados en los artículos 7 y 8 de la Convención Europea.

En el caso *ACLU v. Clapper*²⁵, la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) demandó ante el Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York el programa de recolección de metadatos telefónicos de la NSA y el FBI, alegando que el programa excedía la autoridad estatutaria de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Exterior (FISA, por sus siglas en inglés), y violaba la Primera y la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En el transcurso del litigio, el gobierno federal alegó que su programa de recolección de metadatos era legal bajo la FISA porque cualquier comunicación interceptada y almacenada por la NSA y el FBI podría llegar a ser “relevante” (el estándar legal) en una investigación en algún momento del futuro. Sin embargo, en segunda instancia la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito rechazó esta amplia definición y decidió que los metadatos telefónicos asociados a las llamadas telefónicas hechas por y para prácticamente todos los estadounidenses no eran relevantes para las investigaciones autorizadas contra el terrorismo por parte del gobierno y, por lo tanto, la recopilación de información bajo estudio excedía la autoridad estatutaria. De acuerdo con la Corte, en tanto el programa en cuestión se extendía a todos los registros que existían y a registros que aún no existían, esta expansión representaba una contracción sin precedente de las expectativas de privacidad de todos los estadounidenses (Id. at 813).

Por último, en el caso *Szabó y Vissy v. Hungría*²⁶ resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos, los peticionarios demandaron parte de una ley anti-terrorismo húngara que permitía la creación de sistemas de vigilancia secreta. La Corte declaró una violación del artículo 8 de la Convención Europea (vida privada y familiar), considerando que, a pesar del interés nacional en la legislación, no estaba claro que ofreciera salvaguardias suficientes para evitar abusos. En particular, el alcance de las medidas podría incluir prácticamente a cualquier persona en Hungría, con nuevas tecnologías que permitían al Gobierno interceptar masas de datos de personas ajenas a la gama de operaciones original, sin orden judicial y durante un periodo de tiempo no especificado. Además, el ordenamiento de tales medidas se estaba realizando enteramente en el ámbito del ejecutivo y sin una evaluación de si la interceptación de comunicaciones era estrictamente necesaria y sin medidas correctivas efectivas.

(ii) El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Esta misma garantía también hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad. Al respecto, tanto el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

²⁴ C 293/12 de 8 de abril de 2014 (Grand Chamber).

²⁵ 785 F.3d 787 (2d Cir. 2015)

²⁶ Demanda 37138/14, Sentencia del 12 de enero de 2016.

y Políticos establecen que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

De acuerdo con la Corte Constitucional:

“Esta Corte acoge plenamente la doctrina que considera la intimidad como un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”²⁷.

En esa medida, la Corte ha interpretado que el derecho a la intimidad protege a las personas contra atentados que afectan tanto el secreto de su vida privada, como la libertad que en ella se ejerce. Frente al particular, cabe destacar que por *vida privada* la Corte Constitucional ha entendido una esfera, ámbito o espacio ontológico—no material— del individuo, que está sustraído a la injerencia o al conocimiento de terceros, y en el que se encuentran fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que sólo le interesan al titular del derecho.

Inicialmente, la Corte tendió a definir el derecho a la intimidad haciendo más énfasis en la protección del secreto de la vida privada del individuo, que en la libertad que en ella se ejerce. Así por ejemplo, en la sentencia T-411 de 1995, en la que se intentaba dilucidar si la publicación de tres avisos en el diario El Tiempo que describían a la demandante como deudora de la Fábrica de Ropa el As Ltda. violaba su derecho a la intimidad, la Corte señaló:

“Tradicionalmente se ha definido el derecho a la intimidad como aquella esfera de la personalidad del individuo que éste ha decidido reservar para sí, ocultándola y liberándola de la injerencia de los demás miembros de la sociedad”²⁸ (subrayado fuera del texto).

Tiempo después, la Corte utilizó una definición similar en la sentencia SU-056 de 1995, en la que se buscaba resolver si la inclusión de características de las demandantes en los personajes del libro “*La Bruja*” de Germán Castro Caicedo vulneraba su derecho a la intimidad. En esa ocasión, estableció:

“El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños”²⁹ (subrayado fuera del texto).

Sin embargo, en los últimos años la segunda dimensión de la intimidad, entendida como la libertad en la vida privada, ha empezado a aparecer junto a la dimensión de secreto en las definiciones de intimidad. Como ejemplo tenemos la sentencia T-517 de 1998, en la que se definía si se le había violado al actor su derecho a la intimidad personal al haber sido escuchadas sus conversaciones privadas por parte de los guardias de vigilancia del centro penitenciario en el que se encontraba recluido. En esa sentencia, la Corte refirió:

“(…) el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”³⁰ (subrayado fuera del texto).

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-222 del diecisiete (17) días de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). No. de Expediente: T-026. M.P.: Ciro Angarita Barón. (Revisar la cita)

Ver también:

Corte constitucional. Sentencia C-489 del dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995). No. de Expediente: D-878. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-411 del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). No. de Expediente: T-49272. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-046 del diez y seis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995). No. de Expediente: T-40754 y T-44219. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-517 del veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). No. de Expediente: T-166764. M.P.: Alejandro Martínez Caballero .

Así mismo, esta definición fue reiterada en la sentencia T-787 de 2008, en la cual la Corte intentaba definir si la difusión de la caricatura “La Flor del Trabajo” con datos íntimos de una profesora vulneraba su derecho a la intimidad. En esa ocasión, la Corte Constitucional se refirió al derecho a la intimidad de la siguiente manera:

“(…) el núcleo esencial del derecho a la intimidad, supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”³¹ (subrayado fuera del texto).

Caso similar es el de la sentencia T-407 de 2012, en la que se estudió si la instalación de cámaras de seguridad en el aula de clase de un colegio, para posibilitar la seguridad de los estudiantes, tenía el carácter de injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad de los estudiantes. En esa ocasión, la Corte nuevamente utilizó la definición de intimidad previamente incluida en la sentencia T-517 de 1998 ya mencionada, para hacer énfasis en que el derecho a la intimidad implica el derecho a poder actuar libremente en la esfera de la vida privada, en ejercicio de la libertad personal y familiar y sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico.

En otras latitudes, las dos dimensiones del derecho a la intimidad han sido claramente diferenciadas bajo dos conceptos distintos. Así, por ejemplo, el tratadista argentino Carlos Santiago Nino considera que el *derecho a la intimidad* únicamente hace referencia a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. De acuerdo con este tratadista, la intimidad es “*la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intrusión de los demás*”³², y suele infringirse por medio del allanamiento del domicilio, la interceptación de papeles privados, correspondencia y comunicaciones, y el registro de datos personales. Por su parte, para el tratadista argentino las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros caben más bien en lo que él conoce como el *derecho a la privacidad*. Para Nino, “[l]as acciones son privadas en la medida en que solo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros”³³. En esa medida, Nino entiende la privacidad como la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, entendiendo por éstas no sólo las que se desarrollan en la esfera íntima, sino en general, las que no perjudican a terceros, sin importar si se realizan a la luz del día y con amplio conocimiento público. En consecuencia, en ocasiones parece como si para él, el denominado derecho a privacidad se refiere al derecho del individuo a construir su propio plan de vida según lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte derechos de terceros.

Sin embargo, en Colombia la Corte Constitucional ha encuadrado bajo el concepto de derecho a la intimidad tanto el derecho a que la vida privada esté exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, como la posibilidad de actuar libremente en el ámbito de la vida privada sin más limitaciones que los derechos de terceros. Por ello, en nuestro país no ha existido una clara diferenciación entre los conceptos de intimidad y privacidad, los cuales suelen ser tratados por el Alto Tribunal Constitucional de forma indistinta.

De otra parte, la jurisprudencia también ha considerado que existen distintos niveles de intimidad. Al respecto, es importante resaltar la sentencia T-787 de 2004 ya citada, en donde la Corte estableció que “*dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15)*”³⁴.

La intimidad personal, por un lado, comprende la esfera más íntima de la vida, correspondiente a los sentimientos y pensamientos más personales. Tal como lo señala el investigador Sebastián Lalinde, este primer grado de intimidad “*hace referencia a lo que Warren y Brandeis (1890) denominaron, siguiendo al juez Cooley, the right to be let alone, es decir, el derecho a ser dejado solo o, como también lo ha traducido la Corte Constitucional, el derecho a ser dejado en paz. Este nivel de intimidad, que está respaldado constitucionalmente por la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (art. 15), y por la inviolabilidad del domicilio (art. 28), permite que las personas construyan y desarrollen su personalidad sin ser*

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-787 del dieciocho (18) de agosto de dos mil cuatro (2004). No. de Expediente: T-722765. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³² Nino, C.S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea. p. 328.

³³ Nino, C.S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea. p. 317.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-787 del dieciocho (18) de agosto de dos mil cuatro (2004). No. de Expediente: T-722765. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

vistas o escuchadas”³⁵. La intimidad familiar, por su parte, cobija la esfera privada en sentido estricto, a la que corresponden los aspectos de la vida de una persona en ámbitos usualmente considerados como privados, como puede ser la casa o el ambiente familiar. Al respecto, cabe destacar que de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución, “[l]a honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”. En tercer lugar se encuentra la intimidad social, que comprende la esfera social o individual de la vida de las personas. Esta esfera “*involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social*”³⁶. En esa medida, allí se encuentran las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o públicas. Por último tenemos la intimidad gremial, que se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse la explotación de cierta información. En la Constitución, la intimidad gremial se expresa principalmente en el artículo 74 sobre el secreto profesional, en el artículo 61 sobre la propiedad intelectual y en el numeral 24 del artículo 150 sobre la propiedad industrial.

Así, de acuerdo con la Corte Constitucional el derecho a la intimidad protege todas estas esferas de la vida privada de las personas, aunque unas con mayor intensidad. Por un lado, el grado de protección de la intimidad personal es casi absoluto. En ese sentido, sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión en la esfera que ella cobija. En lo que respecta a la intimidad familiar, para la esfera que ella cobija también existe una intensa protección constitucional, pero hay mayores probabilidades de injerencias ajenas legítimas. Por último, en el caso de la intimidad social y gremial “*la protección constitucional a la intimidad autonomía es mucho menor, aún cuando no desaparece, pues no se puede decir que las autoridades puede examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad*”³⁷.

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que el nivel de protección del derecho a la intimidad también se encuentra determinado por el tipo de espacio físico del que se trate. Concretamente, en la sentencia T-407 de 2012 en la que se resolvía si la instalación de cámaras de seguridad en las aulas de clase de un colegio, para posibilitar la seguridad de los estudiantes, constituía una injerencia ilegítima, desproporcionada e irrazonable en el núcleo esencial del derecho a la intimidad de los estudiantes, la Corte se refirió a cuatro tipos de espacio físico. Según el Alto Tribunal, además del espacio privado y público, existen también espacios intermedios, que tienen características tanto privadas como públicas. Así, definió los espacio semi-privados como “[e]stos espacios cerrados en los que un conjunto de personas comparten una actividad y en los que el acceso al público es restringido”³⁸. Como ejemplos, mencionó el caso de los lugares de trabajo y estudio, aclarando que “*no son espacios privados, porque las acciones de cada uno de los individuos en una oficina, o en un establecimiento educativo, tiene repercusiones sociales: no se trata del individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo en una comunidad*”.

Por su parte, definió los espacios semi-públicos como aquellos

“(…) lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido: un cine, un centro comercial, un estadio. A diferencia de los espacios públicos, en estos lugares puede exigirse determinada conducta a las personas y eventualmente requerirse condiciones para la entrada: por ejemplo la compra de una boleta para ingresar a un teatro, la necesidad de apagar los celulares en un cine y de guardar silencio, etc. Sin embargo, algunos requisitos no son tan estrictos como en los lugares semi-privados: para entrar a un centro comercial no es necesario que las personas tengan uniforme, como sí puede suceder en un colegio o en una oficina, ni tampoco se exige que las personas permanezcan en dicho espacio, a diferencia de los colegios u oficinas donde se debe cumplir con una jornada laboral. Aunque son sitios cerrados, hay gran flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento (...)”³⁹.

Según la Corte, a cada uno de estos espacios le corresponde un grado distinto de protección en términos del derecho a la intimidad. Concretamente, “[e]xiste una relación inversamente proporcional entre la mayor o menor libertad en los espacios y el nivel de control de la conducta

³⁵ Lalinde, S. (2015). Requisas ¿A Discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. p. 36-37.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-881 del diecinueve (19) de noviembre de dos mil catorce (2014). No. de Expediente: D-10273. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-505 del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de Expediente: D-2278. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

para fines preventivos que justifica la intromisión en la intimidad de las personas, **siempre que no afecte la dignidad humana o que resulte desproporcionadamente lesiva para los derechos fundamentales**⁴⁰ (negrilla fuera del texto). Por ello, en el caso de los espacios semi-privados las injerencias en la intimidad y demás libertades que se ejercen en tales contextos, son limitadas. Esto, teniendo en cuenta que se trate de lugares en los que las personas realizan actividades cotidianas y en donde son menores los efectos sociales de las conductas desplegadas por los sujetos. Por su parte, en los espacios semi-públicos las restricciones a la intimidad son tolerables, por razones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios. Sin embargo, cabe resaltar que incluso en los espacios públicos la protección del derecho a la intimidad no desaparece. Al respecto, cabe destacar la sentencia T-696 de 1996 en la cual la Corte Constitucional decidió una demanda en contra de un noticiero televisivo por mostrar una nota personal que el accionante escribió secretamente en una sesión plenaria en el Congreso de la República. La Corte concedió la tutela y fue enfática en afirmar que:

“[t]ampoco está de acuerdo la Sala con que el accionante, por haber entrado en un recinto público en calidad de apoderado del señor Presidente de la República, sin voz ni voto, haya perdido su derecho a la intimidad. Enterarse o simplemente intentar observar lo que la persona escribe sobre el escritorio, haciendo su trabajo o no y sin su consentimiento, constituye no solamente una evidente vulneración del derecho a la intimidad, sino un acoso que nadie está destinado a resistir [...], pues así como en esta oportunidad, por fortuna, se trataba de algo relacionado con el tema objeto de debate, perfectamente en otra puede tratarse de algo completamente ajeno a él, una carta de amor o algo mucho más íntimo, verbigracia, que con el simple hecho de ser objeto de filmación, sale del ámbito privado que nunca debe sobrepasar”⁴¹.

Así las cosas, parece claro que la intimidad es un derecho cuyo ejercicio no depende del lugar en el cual se esté, aunque dicho lugar sí determine la expectativa razonable de intimidad que se tiene⁴². Y esto es precisamente lo que diferencia al derecho a la intimidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 28. *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (...).*

Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado el domicilio como “el lugar (fortaleza) de la persona donde se ejerce el derecho a la intimidad”⁴³. Concretamente, se ha referido a un espacio físico, que puede comprender tanto el lugar de habitación de las personas naturales (domicilio en sentido estricto), como el domicilio corporativo de las personas jurídicas y los otros espacios cerrados, distintos al lugar de habitación, en donde existe un ámbito de intimidad a ser protegido (domicilio ampliado)⁴⁴. En consecuencia, ha dejado claro que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil, pues comprende todos aquellos espacios físicos cerrados en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad⁴⁵.

A partir de esa concepción del domicilio, la Corte Constitucional ha entendido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene como objeto “proteger los ámbitos en los que se desarrolla la

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-696 del cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). No. de expediente: T-105948. M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁴² De acuerdo con la Sentencia C-881 de 2014, el concepto de expectativa razonable de privacidad fue creado en Estados Unidos, como un criterio para establecer en qué eventos la fiscalía puede realizar actuaciones de investigación y búsqueda sin una orden judicial y cuándo ésta se exige en virtud de la Cuarta Enmienda. En esa medida, fue creado para establecer un límite entre las labores de vigilancia y aquellas que al ser consideradas como allanamiento y registro requieren orden judicial. De manera similar, en Colombia la expectativa razonable de intimidad es un criterio utilizado para definir aquellos eventos en los cuales la policía judicial o la Fiscalía General de la Nación pueden realizar una vigilancia y seguimiento de manera autónoma y cuando requieren de una orden. Sin embargo, ello no le resta utilidad para ser utilizado en la evaluación de cualquier otra injerencia en el derecho a la intimidad. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-881 del diecinueve (19) de noviembre de dos mil catorce (2014). No. de Expediente: D-10273. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992). No. de Expediente: T-2650. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-505 del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de Expediente: D-2278. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-024 del veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). No. de Expediente: D-350. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

*intimidad o privacidad de la persona*⁴⁶ (subrayado fuera del texto). Al respecto, la Corte ha sido clara al establecer que:

“(…) no se trata simplemente de resguardar un sitio o ubicación física sino de preservar la condición de posibilidad de su misma intimidad, lo que no es posible sin reservar un espacio aislado de las influencias y actos provenientes del entorno social y de la autoridad y que sólo esté sujeto al control de la persona que hace del mismo un reflejo personalísimo de su propio ser”⁴⁷. (subrayado fuera del texto)

Entonces, a diferencia del derecho a la intimidad –que protege espacios ontológicos–, el derecho a la inviolabilidad del domicilio pretende resguardar espacios físicos con el fin de preservar la condición de posibilidad del derecho a la intimidad. En esa medida, su ejercicio sí depende de la presencia de dichos espacios.

(iii) El derecho al habeas data

En su parte pertinente, el artículo 15 de la Constitución establece:

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

Inicialmente, la Corte Constitucional denominó al derecho al habeas data como libertad informática, definiéndola como “*la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás*”⁴⁸. A partir de eso, llamó “métodos de encarcelamiento del alma”, y por ende, mecanismos expeditos de control social, a todos aquellos “(…) métodos de observación, de técnicas de registro, de procedimientos de indagación y de pesquisa, de aparatos de verificación y, en general, de tratamiento de informaciones que condicionan y manipulan el comportamiento ciudadano sin necesidad de ejercer una coacción o una amenaza de coacción física sobre los individuos”⁴⁹ (subrayado fuera del texto).

Tiempo después, pasó a definirlo como “*un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo*”⁵⁰. Finalmente, en la sentencia T-279 de 2002 adoptó la definición que continúa manejando hoy en día y según la cual el derecho al Habeas Data es:

“*aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales*”⁵¹.

En esa misma sentencia, la Corte hizo dos cosas que para efectos de la presente demanda resulta importante recordar. En primer lugar, la Corte procedió a caracterizar los datos personales, estableciendo:

“*la Corte ha señalado como características del dato personal las siguientes: i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera*

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-041 del tres (03) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). No. de Expediente: D-365. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-414 del diez y seis (16) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). No. De Expediente: T - 534. M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-414 del diez y seis (16) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). No. De Expediente: T - 534. M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-307 del cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de expediente: T-187958. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). No. de expediente: T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”⁵².

En segundo lugar, en la sentencia T-729 de 2002 la Corte también propuso una tipología de los datos, posteriormente confirmada en la sentencia C-640 de 2010⁵³, encaminada a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma. Desde entonces, la Corte se ha venido refiriendo a cuatro (4) grandes tipos de información, siendo éstos, la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. Al respecto ha dicho:

“la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.

La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc”⁵⁴ (subrayado fuera del texto).

Por último, cabe destacar que el derecho al habeas data se sustenta en 5 principios de creación jurisprudencial, hoy incluidos en la Ley 1581 de 2012, que según la jurisprudencia y la ley deben guiar el tratamiento de los datos personales. Por un lado se encuentra el principio de libertad, según el cual, *“sin existir obligación impuesta por parte del ordenamiento jurídico con el objeto de cumplir un fin constitucionalmente legítimo o sin contar con su consentimiento libre, los datos de una persona no pueden ser divulgados, ni registrados, pues, de lo contrario, se constituye una conducta ilícita”*⁵⁵. Por otro lado, el principio de finalidad establece que la publicación o divulgación de los datos personales solo puede ser permitida si se sustenta en un fin constitucionalmente legítimo. El principio de necesidad, por su parte, se satisface *“si los datos que se van a revelar guardan relación con un soporte constitucional”*⁵⁶. En lo que respecta al principio de veracidad, éste prohíbe la publicación de información personal que no se ajuste a la realidad o sea incorrecta. Por último, el principio de integridad señala que *“no puede evidenciarse parcialidad o fragmentación en los datos que se suministran, en otras palabras, la información debe ser completa”*⁵⁷.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). No. de expediente: T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-640 del diez y ocho (18) de agosto de dos mil diez (2010). No. de Expediente: D-7999. M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-729 del cinco (5) de septiembre de dos mil dos (2002). No. de expediente: T-467467. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-050 del diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016). No. De Expediente: T-5.145.787. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-050 del diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016). No. De Expediente: T-5.145.787. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-050 del diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016). No. De Expediente: T-5.145.787. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

(iv) El derecho a la libertad personal y sus diferentes manifestaciones

El preámbulo de la Constitución Política de Colombia señala a la libertad como un *valor* superior y el artículo 2 instituye a las autoridades para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido un *principio* de libertad que autoriza a las personas a hacer todo lo que no esté prohibido o que no esté subordinado a condiciones específicas y las faculta para tomar decisiones que determinen el curso de su vida, siendo así el presupuesto fundamental del ejercicio de los derechos fundamentales.

Por su parte, muchas de sus manifestaciones tienen un carácter de *derecho fundamental* en la Constitución de 1991. Así, varias disposiciones de la Constitución le reconocen a la libertad personal un carácter fundamental en diferentes manifestaciones como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de expresión y de información (art. 20), el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica (art. 37) y la libertad de asociación (art. 38).

- **El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

“se trata de un derecho cuyo contenido implica la posibilidad que tiene todo individuo de desarrollarse según sus propias aptitudes y capacidades, sin restricciones ajenas y adicionales a las contempladas por el ordenamiento jurídico. De ahí que, se entiende que se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”⁵⁸ (subrayado fuera del texto).

Así mismo, la Corte ha establecido claramente su diferencia con el derecho a la intimidad en su dimensión de libertad. Al respecto, en la sentencia T-532 de 1992 manifestó:

“La autodeterminación se refiere al ser humano y a la potencialidad de desarrollarse según su propia naturaleza y aptitudes y acorde con su dignidad. A diferencia del derecho a la intimidad (CP art. 15), que involucra un derecho a no ser molestado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de status activo que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”⁵⁹ (subrayado fuera del texto).

En esa medida, aunque en ambos casos se trata del despliegue de las capacidades individuales sin restricciones ajenas, la diferencia radica en las materias sobre las cuales se ejerce dicha libertad. Así, mientras la dimensión de libertad del derecho a la intimidad se refiere a la libertad de tomar decisiones que conciernen a la esfera de la vida privada, el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre la libertad de escoger el plan de vida o circunstancias que dan sentido a la existencia.

- **La libertad de expresión**

La libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

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

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-034 del veintiocho (28) de enero de dos mil trece (2013). No. de Expediente: T-3595627. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-532 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992). No. de Expediente: T-3007. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

Esta misma garantía también hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad. Al respecto, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece un catálogo amplio de garantías propias de la libertad de expresión. Así, en primer lugar reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho, en los términos de la Convención, comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. La norma internacional determina también que el ejercicio de esta libertad no puede estar sometida a censura previa, sino únicamente a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por la ley y mostrarse necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas. A su vez, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone la misma libertad en análogos términos, solo que incluyendo una cláusula adicional más amplia según la cual, “*nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones*”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana, este derecho, también llamado libertad de expresión en *stricto sensu*, es definido como:

“el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Apareja el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva”⁶⁰.

Su importancia radica en que la libre manifestación y comunicación del pensamiento, así como el libre flujo social de información, ideas y opiniones, se han convertido en un prerrequisito para evitar la atrofía o el control del pensamiento, y en un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas⁶¹. Su efectividad, por su parte, depende, entre otros aspectos, de permitir que en la sociedad se manifiesten libremente y sin constreñimiento alguno las más diversas posturas y opiniones.

- **El derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica**

El derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica se encuentra consagrado en el artículo 37 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

Esta misma garantía también hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad. Al respecto, tanto el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que “[s]e reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional,

“La Constitución Política garantiza el derecho a reunirse y manifestarse públicamente tanto en una dimensión estática (reunión) como dinámica (movilización), de forma individual como colectiva, y sin discriminación alguna, pues así se deriva de la expresión “toda parte del pueblo”. Todo ello, sin otra condición distinta, a que sea pacífico, o sea, sin violencia, armas ni alteraciones graves del orden público”⁶².

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-391 del veintidós (22) de mayo de dos mil siete (2007). No. de expediente: T-1248380. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-452 del veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016). No. de expediente: D-11205. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-366 del veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013). No. de expediente: T-3779365. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Este derecho ha sido reconocido como una de las varias manifestaciones que tiene la libertad de expresión⁶³. Así mismo, la Corte ha señalado que dentro de un régimen jurídico pluralista que privilegia la participación democrática, la protesta social tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades de ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades⁶⁴.

- **La libertad de asociación**

La libertad de asociación se encuentra consagrada en el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia, según el cual:

Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

Esta misma garantía también hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, integrado al bloque de constitucionalidad. Al respecto, tanto el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescriben que “1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses” y “2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (...)”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional,

“[e]l art. 38 de la Constitución, garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Es por consiguiente, una de las formas como se realiza la libertad personal, en el sentido de que se le reconoce a toda persona su voluntad autónoma y el ejercicio de la opción espontánea y libre de estructurar, organizar y poner en funcionamiento, mediante la unión permanente con otras personas, de asociaciones que encarnen propósitos o ideas comunes en relación con el cumplimiento de ciertos objetivos lícitos y que se juzgan útiles en el medio social”⁶⁵.

2. Cargos concretos

2.1. El artículo 32 del Código de Policía viola el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque desnaturaliza el derecho a la intimidad, condicionando su ejercicio a que la persona se encuentre situada en espacios privados.

De acuerdo con el artículo 32 del Código de Policía:

Artículo 32. Definición de privacidad. Para efectos de este Código, se entiende por privacidad de las personas el derecho de ellas a satisfacer sus necesidades y desarrollar sus actividades en un ámbito que le sea exclusivo y por lo tanto considerado como privado.

No se consideran lugares privados:

1. Bienes muebles o inmuebles que se encuentran en el espacio público, en lugar privado abierto al público o utilizados para fines sociales, comerciales e industriales.
2. Los sitios públicos o abiertos al público, incluidas las barras, mostradores, áreas dispuestas para: almacenamiento, preparación, fabricación de bienes comercializados o utilizados en el lugar, así como también las áreas dispuestas para el manejo de los equipos musicales o Disc jockey, y estacionamientos a servicio del público.

El citado artículo define el derecho a la privacidad para efectos del Código, conceptualizándolo como el derecho de las personas a satisfacer sus necesidades y desarrollar sus actividades en un ámbito que le sea exclusivo y por lo tanto considerado como privado. En esa medida, el artículo

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-650 del cinco (5) de agosto de dos mil tres (2003). No. de expediente: OP-068. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-742 del veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012). No. de expediente: D-8991. M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-374 del veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996). No. de expediente: T-95869. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

demandado hace depender el ejercicio del derecho a la intimidad de que la persona se encuentre en un espacio físico exclusivo, y por ende, privado. Tal como pasamos a ver, esta disposición viola abiertamente el **derecho a la intimidad** de los ciudadanos, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues desconoce que lo que el derecho a la intimidad protege no es un espacio físico, sino un espacio personal ontológico⁶⁶ que acompaña a la persona independientemente del lugar en el que se encuentre.

Tal como bien lo ha establecido la Corte Constitucional:

“(…) el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una **esfera o espacio de vida privada** no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”⁶⁷.

Así, lo que el derecho a la intimidad protege es “(…) un ámbito en la existencia de cada persona, que solamente le concierne y está reservada a ella. (...) ámbito en el cual el individuo tiene derecho a impedir intrusiones y a limitar el derecho de los demás”⁶⁸ (resaltado fuera del texto). Se trata entonces de un conjunto de fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que hacen parte de la vida privada de la persona, y que por ende, deben estar sustraídas a la injerencia o al conocimiento de terceros⁶⁹.

Así las cosas, el derecho a la intimidad acompaña al titular independientemente del espacio físico en el que se encuentre, y por ende puede ejercerse en medio de espacios que no sean estrictamente privados⁷⁰. De hecho, es por ello por lo que el profesor de Derecho Administrativo chileno Luis Cordero Vega señala que “*la condición del ejercicio del mismo depende del contenido de las actividades y además de la pretensión del sujeto que ejerce su derecho*”⁷¹.

El hecho de que el legislador equivocadamente ate el derecho a la intimidad de las personas a la existencia de un ámbito exclusivo y por ende privado, no sólo desnaturaliza el concepto del derecho, sino que trae consecuencias indeseadas para su protección. Concretamente, de la definición del derecho a la privacidad incluida en el artículo 32 el legislador deriva la categoría de lugares que no son privados. Así, sugiere que en la medida en que esos lugares no son privados, en ellos no se ejerce el derecho a la privacidad, dejando así desprotegidos a quienes allí se encuentren.

Al respecto, cabe resaltar que esta desprotección se amplía aún más en la era digital, en la que de ordinario existen bienes muebles que circulan en el espacio público pero que recogen o guardan información totalmente privada. Piénsese, por ejemplo, en una persona que camina por una calle con su teléfono celular y escribe un mensaje a una persona amiga. ¿Podría este bien mueble, que es el aparato celular, no considerarse sujeto de protección del derecho a la intimidad de su titular? Ciertamente no.

En nuestra opinión, el legislador confunde el derecho a la intimidad con el derecho a la inviolabilidad del domicilio descrito en el marco constitucional, para cuyo ejercicio sí se requiere de la existencia de un lugar físico. Como ya se mencionó en el marco constitucional aplicable, el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege los ámbitos físicos en los que se suele desarrollar la intimidad de las personas. Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a la intimidad no se ejerza en otros lugares, pues como se dijo, se trata de un derecho que protege el ámbito ontológico conocido como vida privada, y que por ende, puede ejercerse en cualquier lugar (aunque su protección se vaya reduciendo a medida que el titular se mueve hacia el espacio público).

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-517 del veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). No. de Expediente: T-166764. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-424 del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). No. de Expediente: T-1246. M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁶⁹ Al respecto, cabe destacar que la protección que el derecho a la intimidad provee a ese ámbito de la existencia se sustenta en el principio de dignidad humana y autodeterminación. “*En otras palabras, el fundamento último de la Constitución de 1991 es la dignidad de la persona, una de cuyas principales premisas es el desarrollo de la personalidad, el cual a su vez tiene como supuesto la intimidad*”. Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-011 del veintidos (22) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992). No. de Expediente: T-716. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁰ Sin perjuicio de que se reconozca que la expectativa razonable de intimidad se va reduciendo a medida que el titular se va moviendo hacia espacios públicos.

⁷¹ Cordero, L. (2008). *Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad*. Revista de Derecho Público. 70. Disponible en Internet a través de: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/37768/39415> p. 375.

Bajo ese entendido, se comprende que lo que el legislador quiso señalar con los numerales 1 y 2 fue que los lugares allí enlistados corresponden a espacios que no caben dentro del concepto de domicilio (ni en sentido estricto, ni ampliado) y en los que por ende, no es posible reclamar el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, la desafortunada disposición incluida en el primer inciso del artículo 32 *sub examine* ha llevado a que en la práctica se termine reduciendo en forma inconstitucional el ámbito de aplicación del derecho a la intimidad, circunscribiéndolo equivocadamente a los ámbitos físicos privados de las personas. Por ello, se solicita a la Corte que declare inconstitucional el artículo 32 del Código de Policía.

2.2. El numeral 8° del artículo 95 del Código de Policía viola los artículos 15, 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 11, 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque el registro del IMEI representa una amenaza innecesaria y desproporcionada al derecho a la intimidad de las personas.

De acuerdo con el artículo 95 del Código de Policía:

Artículo 95. Comportamientos que afectan la seguridad de las personas y sus bienes relacionados con equipos terminales móviles. Los siguientes comportamientos afectan la seguridad de las personas y sus bienes, y por lo tanto no deben realizarse:

(...)

8. No solicitar o no realizar el registro individual de equipo terminal móvil con su número de IMEI al momento de ser importado al país.

(...)

Parágrafo 1. *Se entiende por equipo terminal móvil, todo dispositivo que posea un IMEI (Identificador Internacional de Equipo Móvil), por sus siglas en inglés, o aquel identificador que cumpla una función equivalente a este, y por medio del cual el usuario accede a las redes de telecomunicaciones móviles para la prestación de servicios de comunicaciones de voz y/o datos.*

Parágrafo 2. *Corresponde a las personas naturales o jurídicas verificar que el equipo a comprar, alquilar, usar, distribuir, almacenar o vender, no se encuentre reportado como hurtado y/o extraviado en la base de datos negativa de que trata el artículo 106 de la Ley 1453 de 2011 y proceder al registro en base de datos positiva. La consulta pública de la base de datos negativa estará disponible a través del sitio web que indique la Comisión de Regulación de Comunicaciones y para el registro de los equipos terminales móviles en la base de datos positiva los proveedores deberán disponer de los medios definidos en la regulación.*

Parágrafo 3. *Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados, será objeto de la aplicación de las siguientes medidas correctivas, sin perjuicio otras medidas y sanciones establecidas en la ley: (...)*

Parágrafo 4. *Si el número de equipos móviles comprometido en los comportamientos es superior a uno se aplicará la medida correctiva señalada por cada equipo móvil. La autoridad policial deberá judicializar a las personas de conformidad con la ley penal.*

Parágrafo 5. *Se aplicarán o mantendrán las medidas correctivas si se continúa desarrollando en el lugar la misma actividad económica que dio lugar a su imposición, aun cuando se cambie la nomenclatura, el nombre del establecimiento, su razón social, propietario, poseedor o tenedor del mismo.*

Parágrafo 6. *Las medidas correctivas mencionadas para el incumplimiento de los anteriores comportamientos, se aplicarán, sin perjuicio de lo establecido en la legislación especial que regula esas materias.*

Parágrafo 7. *Cuando se aplique la medida de suspensión temporal de actividad porque el responsable del establecimiento no permitió el ingreso de autoridades de Policía, la medida se extenderá hasta tanto se autorice el ingreso de la autoridad que en ejercicio de su función o actividad de Policía, requiera hacerlo.*

Parágrafo 8. *Quien en el término de un año contado a partir de la aplicación de la medida incurra nuevamente en alguno de los comportamientos prohibidos en el presente capítulo que dan lugar a la medida de suspensión temporal, será objeto de suspensión definitiva de la actividad.”*

El numeral 8° del artículo 95 antes citado sanciona a los usuarios de celulares importados al país que incumplan la obligación de realizar el registro individual de equipo terminal móvil con su número de IMEI. En nuestra opinión, la obligación de realizar ese registro viola abiertamente el **derecho a la intimidad** de los propietarios de esos dispositivos, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así mismo, la

imposición de esta medida atenta contra las libertades personales de esos propietarios, como pueden ser el **libre desarrollo de la personalidad**, la **libertad de expresión**, el **derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica** y el **derecho a la libre asociación**, consagrados en los artículos 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política respectivamente, así como en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal como lo explica el investigador Carlos Cortés,

“El teléfono móvil es, a la larga, un punto que siempre está en el radar del operador. Cada vez que prendemos nuestro celular o a medida que nos movemos con él, la estación base más fuerte se conecta con el dispositivo para determinar su identidad y legitimidad dentro del sistema. Dicha autenticación se logra a través del IMEI (International Mobile Equipment Identity)”⁷² (subrayado fuera del texto).

En esa medida, el Identificador Internacional del Equipo Móvil (IMEI, por sus siglas en inglés) es un código de quince (15) dígitos pregrabado en los equipos terminales móviles, que los identifica de manera específica y de esa manera, sirve para rastrear su ubicación.

Una vez el usuario efectúa el registro individual del equipo terminal móvil que le exige el numeral *sub examine*, su IMEI queda registrado en una base de datos positiva. De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1630 de 2011, la base de datos positiva contiene la relación de los equipos terminales móviles, identificados por su IMEI, ingresados o fabricados legalmente en el país. “Cada IMEI registrado en la base de datos deberá estar asociado al **número de identificación del propietario del Equipo Terminal Móvil**” (negrilla fuera del texto). Pero adicionalmente, y según lo estableció el artículo 7 de la Resolución CRC 3128 de 2011, cada IMEI queda también asociado al **nombre (s) y apellido (s)**, **dirección** y **teléfono de contacto** del propietario del equipo terminal móvil. En esta medida, la base de datos positiva creada permite vincular el IMEI con los datos personales del propietario del equipo terminal móvil. Base de datos, que por lo demás, es de libre acceso para las autoridades judiciales, administrativas y policivas. Así, de conformidad con el artículo 9 de la Resolución CRC antes mencionada,

“[l]as autoridades administrativas tales como el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Superintendencia de Industria y Comercio y la CRC, así como las autoridades policivas y judiciales, podrán consultar en línea la información consignada en la Base de Datos Negativa y en la Base de Datos Positiva, en forma exacta y actualizada, registro a registro. En lo que se refiere al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la CRC, estos podrán consultar en línea toda la información consignada en la Base de Datos Negativa y en la Base de Datos Positiva, en forma exacta y actualizada, tal acceso será permitido también por parte de los PRSTM, especialmente para el cumplimiento de las competencias legales previstas en la Ley 1341 de 2009” (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1630 de 2011, el sistema de registro de IMEI pretende permitirle a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles (PRSTM) y a las autoridades competentes hacer uso de la información asociada al IMEI para restringir la utilización de Equipos Terminales Móviles que han sido reportados como hurtados y/o extraviados en la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles.

Sin embargo, el hecho de que la base de datos positiva vincule el IMEI con los datos personales del propietario del equipo hace que el registro individual de equipo terminal móvil se haya convertido en una herramienta de vigilancia masiva que puede ser utilizada tanto por las autoridades judiciales y policivas como por las autoridades administrativas (que incluyen, pero no exclusivamente, al MinTic y la CRC) para rastrear a los propietarios de los equipos terminales móviles allí registrados. Lo anterior, sin necesidad de obtener una autorización judicial o motivar el respectivo acceso.

Tal como se pasará a argumentar a continuación, esta medida resulta abiertamente desproporcionada y violatoria del derecho a la intimidad de los propietarios de los equipos terminales móviles. Para sostenerlo, recurriremos al test de proporcionalidad utilizado por la Corte Constitucional. La Corte ha establecido que cuando se presentan tensiones entre derechos fundamentales, es necesario analizar las medidas restrictivas de los derechos y libertades aplicando un juicio de proporcionalidad para establecer si las medidas son razonables y proporcionadas. Aunque existen tres niveles de intensidad en la aplicación de dicho juicio, consideramos que en este caso debe aplicarse un test estricto. Lo anterior, teniendo en cuenta que el posible rastreo de

⁷² Cortés, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Bogotá: Dejusticia. p. 17.

propietarios de equipos terminales móviles afecta prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental, como lo es el derecho a la intimidad.

De acuerdo con la jurisprudencia,

el “[t]est estricto, (...) incorpora elementos especialmente exigentes. Así, en este tipo de estándar no sólo se exige que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma”⁷³.

Como ya se dijo, el registro individual de equipo terminal móvil con el número de IMEI tiene como fin restringir la operación de equipos terminales hurtados que son utilizados para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles y de esa forma, reducir el hurto de estos equipos. Evidentemente, se trata de un fin constitucional, que resulta además importante e imperioso en vista de la necesidad de mitigar el riesgo asociado que soportan los usuarios de la telefonía móvil de perder la vida frente a situaciones de hurto de sus dispositivos. Tal como bien lo describe la parte motiva de la Resolución CRC 3128 de 2011, la importante problemática social y de seguridad que se ha venido presentando en Colombia alrededor de este asunto se revela en los informes de Asocel –Asociación de la Industria Celular–, hoy Asomóvil, según los cuales en el año 2009 fueron hurtados 2,1 millones de equipos terminales, cifra que de acuerdo con los registros de la Policía Nacional con corte al 31 de diciembre de 2010, aumentó en 900.000 casos.

En lo que respecta al carácter adecuado, conducente y necesario de la medida, el mismo se encuentra en discusión. En primer lugar, desde la implementación del sistema de registro individual de equipo terminal móvil (2011) no se ha podido identificar una clara correlación entre el registro individual y la disminución del número de dispositivos hurtados. De hecho, hasta el momento las autoridades competentes no han implementado indicadores adecuados que permitan medir dicha correlación.

En segundo lugar, existen varios medios alternativos que resultarían menos lesivos para los derechos a la intimidad de los propietarios. Por un lado, la sola existencia de la base de datos negativa bastaría para cumplir con la función de reducción del hurto. De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1630 de 2011, la base de datos negativa contiene la elación de los IMEI de todos los equipos terminales móviles que han sido reportados como hurtados y/o extraviados en Colombia como en el exterior y, por lo tanto, están inhabilitados para operar en las redes de telecomunicaciones móviles. En esa medida, esa sola base sería útil para identificar y bloquear los equipos terminales hurtados que son utilizados para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles. Por otro lado, también se podría pensar en la existencia de la base de datos positiva *sin* la inclusión de los datos personales de los propietarios. Quienes argumentan la necesidad de incluir el nombre (s) y apellido (s), dirección, teléfono de contacto y número de identificación del propietario del equipo terminal móvil en la base de datos positiva aducen que esos datos resultan indispensables para la identificación de los IMEI repetidos o duplicados (IMEI contenidos en dos o más equipos terminales móviles diferentes) que presenten actividad en las redes móviles de todos los PRSTM. Lo anterior, en la medida en que permiten contactar a los titulares de los IMEI para que acudan a justificar la autenticidad de su equipo. Sin embargo, esto nos lleva a evaluar el carácter desproporcionado de la medida.

De acuerdo con los comentarios presentados por TigoUne al proyecto regulatorio “Revisión de las condiciones y criterios para la identificación de equipos terminales móviles: etapa de verificación centralizada”, *“los IMEIS duplicados son tan solo alrededor del 4% del problema (en el escenario más ácido conforme la CRC, aunque estimaciones internas con aplicación de algoritmos tiempo y distancia sería menos del 1% del problema)”*⁷⁴. Siendo así, nos encontramos ante un beneficio muy reducido, que no se acompaña con los grandes riesgos que representa para los derechos de los propietarios de los equipos terminales móviles el registro individual de IMEI. Que exista la posibilidad de que cualquier autoridad administrativa pueda acceder—sin restricción alguna—a los datos personales asociados al IMEI de un equipo, nos pone ante una potencial herramienta de vigilancia masiva (rastreo indiscriminado) que no ofrece salvaguardas suficientes para evitar

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

⁷⁴ TigoUne. (2016). *Comentarios proyecto regulatorio “Revisión de las condiciones y criterios para la identificación de equipos terminales móviles: etapa de verificación centralizada”*. Disponible en Internet a través de: https://www.crc.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/mod_4813/TigoUne.pdf p. 20.

abusos. En consecuencia, el registro individual de IMEI representa una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad de los propietarios de los equipos. Así mismo, la amenaza de violación de la intimidad de esos propietarios repercute también sobre sus libertades personales, como lo son su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica y la libertad de asociación. Como ya se dijo, la mera posibilidad de ser sujetos de rastreo puede inhibir actitudes y comportamientos propios de la personalidad de la persona, que hacen incluso parte de su plan de vida. Del mismo modo, y tal como lo señaló la entonces Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Catalina Botero: “*la mera existencia de este tipo de programas produce una limitación indirecta que genera un efecto inhibitor sobre el ejercicio de la libertad de expresión*”⁷⁵, dentro de la que se encuentra el derecho a la reunión y la manifestación pública como una de sus manifestaciones. Y qué decir de la libertad de asociación, que implica el ejercicio de la opción espontánea y libre de estructurar, organizar y poner en funcionamiento asociaciones que encarnen propósitos o ideas comunes en relación con el cumplimiento de ciertos objetivos lícitos y que por ende, requiere contar con las garantías de la intimidad y el anonimato de sus acciones.

La obligación de realizar el registro individual de equipo terminal móvil con su número de IMEI en la base de datos positiva no es entonces una medida comprobadamente adecuada ni conducente para reducir el hurto de dispositivos móviles. De la misma forma, se ha demostrado que la medida no es necesaria y que resulta desproporcionada en vista de la carga excesiva que genera sobre el derecho a la intimidad y a las libertades personales de los propietarios de los equipos terminales móviles, al convertirse en una herramienta de vigilancia masiva de estas personas. Por ello, solicitamos a la Corte Constitucional que proceda a declarar la inconstitucionalidad del numeral 8° del artículo 95 del Código de Policía.

2.3. El artículo 139 parcial del Código de Policía viola los artículos 15, 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 11, 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque la clasificación del espacio electromagnético como espacio público anula la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas constitucionalmente prevista para las comunicaciones que por él transitan.

De acuerdo con el artículo 139 del Código de Policía:

***Artículo 139. Definición del espacio público.** Es el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional.*

Constituyen espacio público: el subsuelo, el espectro electromagnético, las áreas requeridas para la circulación peatonal, en bicicleta y vehicular; la recreación pública, activa o pasiva; las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías y aislamientos de las edificaciones, fuentes de agua, humedales, rondas de los cuerpos de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares; las instalaciones o redes de conducción de los servicios públicos básicos; las instalaciones y los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones; las obras de interés público y los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos, paisajísticos y artísticos; los terrenos necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales; los terrenos necesarios de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas, corales y bosques nativos, legalmente protegidos; la zona de seguridad y protección de la vía férrea; las estructuras de transporte masivo y, en general, todas las zonas existentes y debidamente afectadas por el interés colectivo manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

***Parágrafo 1.** Para efectos de este Código se entiende por bienes fiscales, además de los enunciados por el artículo 674 del Código Civil, los de propiedad de entidades de derecho público, cuyo uso generalmente no pertenece a todos los habitantes y sirven como medios necesarios para la prestación de las funciones y los servicios públicos, tales como los edificios, granjas experimentales, lotes de terreno destinados a obras de infraestructura dirigidas a la instalación o dotación de servicios públicos y los baldíos destinados a la explotación económica.*

⁷⁵ Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Libertad de Expresión e Internet*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 11/13. Disponible en Internet a través de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

Parágrafo 2. *Para efectos de este Código se entiende por bienes de uso público los que permanentemente están al uso, goce, disfrute de todos los habitantes de un territorio, como por ejemplo los parques, caminos o vías públicas y las aguas que corren.*

El apartado subrayado del segundo inciso del artículo 139 antes citado establece que el espectro electromagnético constituye espacio público. En nuestra opinión, la categorización del espectro electromagnético como espacio público, en conjunción con lo ya señalado sobre el artículo 32 del Código de Policía, vulnera abiertamente la **garantía de inviolabilidad de las comunicaciones** consagrada en el tercer inciso del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁶. Así mismo, amenaza el **libre desarrollo de la personalidad**, la **libertad de expresión**, el **derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica** y el **derecho a la libre asociación**, consagrados en los artículos 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política respectivamente, así como en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Diccionario de Ciencias Físicas de F. Bueche establece que el espectro electromagnético está conformado por "[l]as diversas ondas electromagnéticas que se extienden desde las longitudes de ondas largas a las cortas del modo siguiente: radio, radar y microondas, infrarrojas y calor, luz, ultravioleta, rayos X y rayos gamma". En esa medida, se trata del conjunto de las ondas o frecuencias de radiación electromagnética, que comprende desde la bajísima frecuencia aprox. 10 a 100 Hertzios que corresponde a los campos generados por las actividades de generación y transmisión de electricidad, hasta frecuencias mayores a los 10 Hertzios que corresponden a la radiación de los rayos cósmicos.

Sin embargo, hay que decir que en repetidas ocasiones, la Corte Constitucional lo ha entendido como el espacio a través del cual se desplazan esas ondas electromagnéticas. Así, tanto en la sentencia T-081 de 1993⁷⁷, como en las sentencias C-815 de 2001⁷⁸, C-151 de 2004⁷⁹ y C-540 de 2012⁸⁰ la Corte señaló:

“Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas”⁸¹ (subrayado fuera del texto).

⁷⁶ Al respecto, cabe destacar que de acuerdo con el informe de Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia, publicado el 17 de noviembre de 2016 por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

“(…) al Comité (…) [l]e preocupa también que el nuevo Código de Policía, que entrará en vigor en enero de 2017, prevea una definición muy amplia de lo que es espacio público, que incluye el espectro electromagnético” (subrayado fuera del texto original).

Por ello, el Comité recomendó al Estado colombiano:

“d) Velar por que la aplicación de la legislación que regule cuestiones que puedan tener consecuencias en el goce del derecho a la vida privada, en particular la Ley 1621 y el nuevo Código de Policía, sea totalmente conforme con las obligaciones que surgen del Pacto, en particular el artículo 17”.

Ver: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2016). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia*. Sesiones 3313^a y 3314^a. CCPR/C/COL/CO/7. Disponible en Internet a través de: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCOL%2fCO%2f7&Lang=en

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-081 del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993). No. de Expediente: T-7324. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-815 del dos (2) de agosto de dos mil uno (2001). No. de Expediente: D-3367. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-151 del veinticuatro (24) de febrero de dos mil cuatro (2004). No. de Expediente: D-4728. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-540 del doce (12) de julio de dos mil doce (2012). No. de Expediente: PE-033. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-081 del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993). No. de Expediente: T-7324. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De esta forma, ha establecido que “(...) este espacio permite la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones”⁸² (subrayado fuera del texto)⁸³.

Sea que se trate de un conjunto de frecuencias de radiación electromagnética o del espacio por el que éstas transitan, lo cierto es que nos encontramos ante el medio de conducción de las telecomunicaciones. La radio, la telefonía, la difusión por cable, el telégrafo, el télex, etc. son algunos de los medios que utilizan el espectro electromagnético para enviar y recibir mensajes, y en general toda clase de datos o información que se encuentra protegida por la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

De acuerdo con la sentencia C-1024 de 2002, “*el derecho a la privacidad de las comunicaciones ha tenido asiento directo en la Constitución por cuanto los seres humanos, a través del lenguaje en sus distintas modalidades, entran en contacto con sus semejantes, hacen conocer de ellos lo que piensan, expresan sus afectos, sus animadversiones, aun sus intenciones más recónditas, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas, reciben informaciones personales, a veces íntimas o que, con razón atendible o sin ella, por su propia determinación no quieren compartir con otros*”⁸⁴. Por ello, el deber de respetar la privacidad y la seguridad de las comunicaciones privadas implica que las personas tienen derecho a compartir información e ideas entre sí sin la injerencia del Estado (o de un agente privado), con la certeza de que sus comunicaciones llegarán a sus destinatarios y solo éstos las leerán/escucharán.

Sin embargo, tal como ya vimos, del artículo 32 del Código de Policía se deriva, erróneamente, que en todos aquellos espacios que no se consideren privados no se goza del derecho a la intimidad. En esa medida, si se considera al espectro electromagnético como un espacio público, las comunicaciones que por él transitan quedan desprotegidas del derecho a la intimidad de sus titulares, y por consiguiente, de la garantía a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Para comprender las consecuencias prácticas de esta desprotección, resulta necesario recordar los límites constitucionales que tienen hoy en día las labores de control y vigilancia de las telecomunicaciones. De conformidad con la sentencia T-708 de 2008:

“(…) el ejercicio de las labores de control y vigilancia sobre el espectro electromagnético así como el uso que de las frecuencias designadas para socorro y seguridad nacional hagan los organismos de inteligencia autorizados para ello, encuentran como límite los derechos fundamentales los cuales no pueden ser vulnerados so pretexto del adelantamiento de tales actividades. En efecto, las autoridades de policía conservan la facultad de monitoreo del espectro electromagnético siempre y cuando no vulneren el derecho a la intimidad de las personas”⁸⁵ (subrayado fuera del texto).

Sin embargo, ¿qué sucede cuando se parte de la base, cómo lo hace el Código, de que en los espacios públicos—como el espectro electromagnético—no se ejerce el derecho a la intimidad? El resultado es que quienes realizan labores de control y vigilancia sobre el espectro electromagnético dejan de tener al derecho a la intimidad como límite. Evidentemente, esto resulta abiertamente inconstitucional y violatorio del mandato de inviolabilidad de las comunicaciones. Más aún, teniendo en cuenta que en Colombia el monitoreo del espectro electromagnético y la retención de datos son medidas de vigilancia masiva actualmente vigentes. Así, cabe recordar que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1621 de 2012, los organismos de inteligencia y contrainteligencia están autorizados para adelantar actividades de monitoreo del espectro electromagnético sin necesidad de orden judicial⁸⁶. Por su parte, el artículo 44 de la Ley 1621 de

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-815 del dos (2) de agosto de dos mil uno (2001). No. de Expediente: D-3367. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁸³ Resulta lamentable que la Corte confunda las ondas electromagnéticas con el espacio físico en el que ellas se transportan. Más aún, cuando en el artículo 101 de la Constitución el constituyente ha dejado claro que se trata de conceptos diferentes, y que el espectro electromagnético se refiere al primero de ellos. Al respecto, recuérdese que de conformidad con dicho artículo, “*el espectro electromagnético y el espacio donde actúa*” (subrayado fuera del texto) son parte de Colombia.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1024 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil dos (2002). No. de expediente: RE 123. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-708 del catorce (14) de julio de dos mil ocho (2008). No. de Expediente: T-1771946. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁶ Sobre el particular, es preciso destacar lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el informe de Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia, publicado el 17 de noviembre de 2016 y según el cual:

“(...) al Comité le preocupa que en el desarrollo del “monitoreo del espectro electromagnético” contenido en el artículo 17 la Ley 1621 de 2013 pudieran presentarse en la práctica injerencias en las comunicaciones privadas realizadas a través del espectro electromagnético que no estén sujetas a una estricta evaluación de legalidad, necesidad y proporcionalidad”.

Por ello, recomendó al Estado colombiano:

2012 obliga a los operadores de servicios de telecomunicaciones a guardar, por un período de 5 años, el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización. Así mismo, los obliga a suministrar esta información a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada y siempre que sea técnicamente viable⁸⁷.

Así, el hecho de que el espectro electromagnético tenga la calidad de espacio público disminuye inevitablemente la protección constitucional que existe sobre las comunicaciones privadas que por él transitan. Con ello, se pierden también las salvaguardas que hasta el momento ponen límites a las actividades de inteligencia y contrainteligencia antes mencionadas. Como consecuencia, se pierde a su vez la certeza de confidencialidad de las comunicaciones, cuya probabilidad de vulneración se ve incrementada en vista de la existencia de mecanismos de vigilancia masiva. De acuerdo con la Corte Constitucional,

“el libre ejercicio del derecho a comunicarse se afecta, hasta el extremo de hacerlo inútil, cuando el contenido de la comunicación carece de la necesaria espontaneidad, por el temor a la injerencia extraña o a la exposición pública del mensaje o del intercambio de expresiones, lo que implica, obviamente, vulneración del derecho, también fundamental, a la intimidad”⁸⁸ (subrayado fuera del texto).

En esa medida, con la reducción de la protección constitucional que existe sobre las comunicaciones privadas no sólo se vulnera abiertamente la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sino también el derecho a la libertad de expresión y las demás libertades personales (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica y derecho a la libertad de asociación), las cuales se ven amenazadas cuando se pierde la garantía de confidencialidad. Tal como se evidenció en el marco constitucional aplicable, al desproteger las “zonas” que permiten a las personas pensar, comunicarse, manifestarse y relacionarse con libertad, se genera un efecto inhibitorio, que lleva a las personas a actuar y comunicarse de una forma diferente, lo que puede repercutir incluso en la selección de su plan de vida.

Entonces, parece claro que fue su naturaleza de bien público (también llamado de uso público)⁸⁹ la que llevó al legislador a incluir el espectro electromagnético dentro de la categoría de espacio público⁹⁰. Sin embargo, cabe destacar, por un lado, que las características propias del espectro

“c) Adoptar las medidas necesarias para garantizar que toda injerencia en el derecho a la vida privada, incluyendo aquellas que pudieran tener lugar en el marco del monitoreo del espectro electromagnético, cumpla con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad;

d) Velar por que la aplicación de la legislación que regule cuestiones que puedan tener consecuencias en el goce del derecho a la vida privada, en particular la Ley 1621 y el nuevo Código de Policía, sea totalmente conforme con las obligaciones que surgen del Pacto, en particular el artículo 17” (subrayado fuera del texto).

Ver: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2016). Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia. Sesiones 3313^a y 3314^a. CCPR/C/COL/CO/7. Disponible en Internet a través de:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCOL%2fCO%2f7&Lang=en

⁸⁷ Al respecto de este artículo actualmente vigente, cabe destacar que de acuerdo con la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

“[I]a conservación obligatoria de datos de terceros —característica frecuente de los regímenes de vigilancia de muchos Estados, cuyos gobiernos exigen a las compañías telefónicas y a los proveedores de servicios de Internet que almacenen los metadatos acerca de las comunicaciones y la ubicación de sus clientes para que las fuerzas del orden y los organismos de inteligencia puedan acceder posteriormente a ellos— no parece necesaria ni proporcionada” (subrayado fuera del texto).

Ver: Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones. A/HRC/27/37. Disponible en Internet a través de: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A-HRC-27-37_sp.doc

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-594 del veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014). No. de expediente: D-10055. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁹ El artículo 75 de la Constitución Política refiere que “[e]l espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”. Al describirlo, la Corte Constitucional ha dicho que “[e]l espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la Nación (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado”⁸⁹ (subrayado fuera del texto).

⁹⁰ Recuérdesse que de acuerdo con el primer inciso del artículo 139 bajo estudio, el espacio público:

electromagnético no se adecúan a lo que el mismo Código entiende por bienes de uso público. Según dicta el Parágrafo 2º del artículo aquí acusado, “[p]ara efectos de este código se entiende por bienes de uso público los que permanentemente están al uso, goce, disfrute de todas los habitantes de un territorio, como por ejemplo, los parques, caminos y vías públicas, o las aguas que corren”.

Si bien el espectro electromagnético es un bien de uso público, el mismo no se encuentra permanentemente al uso, goce y disfrute de todos los habitantes de un territorio. Por el contrario, el espectro electromagnético ha sido caracterizado por la jurisprudencia como un bien de uso público restringido, precisamente por ser un recurso natural limitado “que no puede usarse sin control, o arbitrariamente, pues si así ocurriera, se generarían interferencias que dificultarían notablemente los intercambios de informaciones, e incluso llegarían a poner en riesgo otras actividades, como la aviación”⁹¹. Así, a pesar de que el artículo 75 de la Constitución exige que se garantice la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley, la Corte Constitucional ha explicado que:

“De acuerdo con la Constitución, al uso del mismo tienen acceso los particulares, en igualdad de condiciones, en los términos que fije la ley. Sin embargo, es claro que para dicho acceso no se aplican, de manera absoluta, las reglas que gobiernan el sistema de libre iniciativa (...)”⁹².

En ese sentido, el espectro electromagnético no entra dentro de la categoría de bien de uso público en los términos en que la define el código.

Por otro lado, es preciso recalcar lo ya reconocido por la Corte, en el sentido de que los bienes de uso público no necesariamente constituyen espacio público⁹³. De acuerdo con la Corte, “[e]l espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área en la cual todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo”⁹⁴. Por ello, las tierras comunales, los resguardos indígenas y el espectro electromagnético son ejemplos de bienes de uso público que sin embargo, no pueden ser considerados espacio público, pues su acceso admite restricciones.

Por todo lo anterior, se solicita a la Corte que proceda a declarar la inconstitucionalidad del aparte “el espectro electromagnético” incluido en el segundo inciso del artículo 139.

2.4. El parágrafo 2º del artículo 146 del Código de Policía viola los artículos 15, 16, 20 y 38 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 11, 13 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque la implementación de cámaras de vigilancia dentro de los vehículos destinados a la prestación del servicio público de transporte resulta en una injerencia innecesaria y desproporcionada en el derecho a la intimidad de los pasajeros.

De acuerdo con el artículo 146 del Código de Policía:

Artículo 146. Comportamientos contrarios a la convivencia en los sistemas de transporte motorizados o servicio público de transporte masivo de pasajeros. Los siguientes comportamientos son contrarios a la convivencia en los sistemas de transporte público colectivo e individual de pasajeros y por lo tanto no deben efectuarse:

1. Realizar o permitir el control informal de los tiempos durante el rodamiento del vehículo, mientras se encuentran estos en circulación.

Es el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional (subrayado fuera del texto).

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-287 del ocho (8) de marzo de dos mil (2000). No. de Expediente: L.A.T.-150. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-815 del dos (2) de agosto de dos mil uno (2001). No. de Expediente: D-3367. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁹³ Ver:

Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de Expediente: T-168937 y acumulados. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de Expediente: T-168937 y acumulados. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

2. *Impedir el ingreso o salida prioritaria a mujer embarazada, adulto mayor, persona con niños o niñas, o personas con discapacidad.*
 3. *Transportar mascotas en vehículos de transporte público incumpliendo la reglamentación establecida para tales efectos por la autoridad competente.*
 4. *Irrespetar la enumeración y los turnos establecidos en estos medios, así como el sistema de sillas preferenciales, y no ceder el lugar a otra persona por su condición vulnerable.*
 5. *Agredir, empujar o irrespetar a las demás personas durante el acceso, permanencia o salida de estos.*
 6. *Consumir alimentos, bebidas o derivados del tabaco o sustancias cuando estén prohibidas.*
 7. *Evadir el pago de la tarifa, validación, tiquete o medios que utilicen los usuarios para acceder a la prestación del servicio esencial de transporte público de pasajeros, en cualquiera de sus modalidades.*
 8. *Destruir, obstruir, alterar o dañar los sistemas de alarma o emergencia de los vehículos destinados al transporte público o sus señales indicativas.*
 9. *Obstaculizar o impedir la movilidad o el flujo de usuarios en estos sistemas.*
 10. *Poner en peligro la seguridad operacional de los sistemas de transporte masivo, colectivo o individual, aéreo, fluvial o terrestre, con los siguientes comportamientos:*
 - a) *Operar durante el vuelo o sus fases preparatorias, teléfonos móviles, radios transmisores o receptores portátiles, computadoras y demás equipos electrónicos, que puedan interferir con los sistemas de vuelo, comunicaciones o navegación aérea, contrariando las indicaciones de la tripulación;*
 - b) *Transitar, sin autorización de la autoridad aeronáutica, por las pistas de los aeropuertos, rampas o calles de rodaje;*
 - c) *Introducir, sin autorización de las autoridades aeronáuticas, bienes muebles a las pistas, rampas o calles de rodaje de los aeropuertos;*
 - d) *Operar, sin autorización de la autoridad aeronáutica, vehículos aéreos ultralivianos en aeropuertos controlados, parapentes, aeromodelos, paracaídas, cometas tripuladas o no, y demás artefactos de aviación deportiva cerca de las cabeceras de las pistas o dentro de sus zonas de aproximación;*
 - e) *Sustraer, o hacer mal uso de los chalecos salvavidas y demás equipos para la atención en los sistemas de transporte público;*
 - f) *Resistirse a los procesos de seguridad en los filtros de los sistemas de transporte público;*
 - g) *Introducir al medio de transporte cualquier sustancia o elemento que pueda poner en peligro la salud de los tripulantes y demás pasajeros;*
 - h) *Contravenir las obligaciones que se determinen en los reglamentos y/o manuales de uso y operación, que establezcan las autoridades encargadas al respecto;*
 11. *Perturbar en los medios de transporte públicos, la tranquilidad de los demás ocupantes mediante cualquier acto molesto;*
 12. *Ingresar y salir de las estaciones o portales por sitios distintos a las puertas designadas para el efecto.*
 13. *Alterar, manipular, deteriorar, destruir o forzar, las puertas de las estaciones o de los buses articulados, metro, tranvía, vehículo férreo, cable aéreo, o de los diferentes medios de transporte de los sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, impedir su uso y funcionamiento normal, salvo en situaciones de emergencia.*
 14. *Omitir, por parte de las empresas prestadoras del servicio de transporte, el deber de mantener los vehículos de transporte público en condiciones de aseo óptimas para la prestación del servicio.*
 15. *Perturbar en los medios de transporte públicos, la tranquilidad de los demás ocupantes mediante cualquier acto obsceno.*
 16. *Irrespetar a las autoridades del sistema.*
- Parágrafo 1.** *Quien incurra en uno o más de los comportamientos antes señalados será objeto de la aplicación de las siguientes medidas: (...)*
- Parágrafo 2.** *En el marco de la regulación del servicio público de transporte masivo, las empresas públicas, privadas o mixtas que presten el servicio público de transporte masivo de pasajeros deberán implementar cámaras de vigilancia dentro de los vehículos destinados a la prestación del servicio, so pena de incurrir en Multa General Tipo 4 e inmovilización del vehículo.*
- Esta medida solo será exigible a los vehículos destinados a la prestación del servicio que entren en circulación a partir de la expedición de la presente ley.*

El parágrafo 2º del artículo 146 antes citado señala que las empresas públicas, privadas o mixtas que presten el servicio público de transporte masivo de pasajeros deberán implementar cámaras de vigilancia dentro de los vehículos destinados a la prestación del servicio, so pena de incurrir en Multa General Tipo 4 e inmovilización del vehículo. Tal como se pasa a ver, la instalación de

cámaras de vigilancia dentro de los vehículos que presten el servicio público de transporte masivo constituye una medida de vigilancia masiva desproporcionada que vulnera el **derecho a la intimidad** de los ciudadanos, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así mismo, la imposición de esta medida atenta contra las libertades personales de los pasajeros, como pueden ser el **libre desarrollo de la personalidad**, la **libertad de expresión** y el **derecho a la libre asociación**, consagrados en los artículos 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política respectivamente, así como en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los vehículos destinados a la prestación del servicio público de transporte masivo son espacios semi-públicos, pues se trata de lugares de acceso relativamente abierto en los que: (i) diferentes personas se encuentran en determinado momento dentro de un espacio compartido; y (ii) se requiere del cumplimiento de ciertas condiciones —el pago de un pasaje— para la entrada. Adicionalmente, estos espacios se caracterizan por el hecho de que, aunque son sitios cerrados, hay más flujo de personas y mayor libertad de acceso y salida.

Tal como se señaló en el marco constitucional aplicable, en los espacios semi-públicos las restricciones a la intimidad son tolerables por cuestiones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas en dichos espacios. Sin embargo, la jurisprudencia también ha sido clara en establecer que ninguna injerencia en la intimidad puede afectar la dignidad humana o resultar desproporcionadamente lesiva para los derechos fundamentales. En esa medida, la pregunta a resolver es: ¿Es la instalación de cámaras de vigilancia dentro de los vehículos destinados a la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros una medida que afecte de manera desproporcionada el derecho a la intimidad de los pasajeros? Para resolver la cuestión planteada, será necesario ponderar los derechos de los ciudadanos en espacios que no son del todo privados, pero en los que sin embargo, se continúa teniendo una expectativa razonable de intimidad. Para llevar a cabo esa ponderación, recurriremos al test de proporcionalidad en sentido estricto tal y como lo ha utilizado la Corte Constitucional.

Como muchas de las otras medidas de vigilancia masiva, la instalación de cámaras de vigilancia responde a las necesidades de seguridad y convivencia que puedan requerirse en todo tipo de espacios. En el caso particular de los vehículos de transporte público, apunta a prevenir, detectar y facilitar la investigación de delitos como el hurto (en sus diferentes modalidades de atraco o “*cosquilleo*”). Entonces, estando orientada a garantizar la seguridad y convivencia de los pasajeros, es posible afirmar que la medida *sub examine* en efecto busca un fin constitucional⁹⁵, que resulta importante e imperioso en un contexto de inseguridad como el que viven las ciudades en Colombia.

En segundo lugar, se requiere establecer si la medida es adecuada, efectivamente conducente y necesaria respecto del fin pretendido. En el presente caso, nos encontramos ante el uso de cámaras de vigilancia como medida de prevención y detección del delito. Al respecto, cabe destacar que los estudios sobre la efectividad de las cámaras de televisión de circuito cerrado (CCTV) en la lucha contra la delincuencia no son coincidentes ni contundentes en mostrar reducciones del delito, como lo demuestran Welsh y Farrington en una investigación del año 2002⁹⁶. Así, por ejemplo, un estudio del Ministerio del Interior del Reino Unido, adelantado por Martin Gill y Angela Spriggs en el año 2005 y titulado “*The impact of CCTV fourteen case studies*” revela que:

“En general, el impacto del CCTV ha sido variable...es importante recordar que las características de las zonas y los problemas de la delincuencia que se generan en ellas varían considerablemente, y la idoneidad del CCTV dependerá, por lo menos, de la naturaleza de los problemas, la presencia de otras medidas, y el compromiso y habilidades de gestión del personal para hacer que el CCTV funcione. La creencia de que el solo CCTV puede contrarrestar los problemas sociales complejos no es realista en el extremo. En el mejor de los casos el CCTV puede trabajar junto a otras medidas

⁹⁵ De acuerdo con el artículo 2° de la Constitución,

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la **convivencia pacífica** y la vigencia de un orden justo” (negrilla fuera del texto).

⁹⁶ Welsh, B.C & Farrington, D.P. (2002). Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review. Home Office Research Study 252. Disponible en Internet a través de: http://www.popcenter.org/Responses/video_surveillance/PDFs/Welsh%26Farrington_2002.pdf

para generar algunos cambios, pero no es la panacea, y hay aún mucho por aprender acerca de cómo utilizarlo de manera óptima”⁹⁷ (subrayado fuera del texto).

En línea con estos hallazgos, en 2008 la Red Internacional de Investigación Campbell Collaboration publicó un estudio titulado “*Effects of Closed Circuit Television Surveillance on Crime*”, en el que se señala:

“Es plausible sugerir que los sistemas de circuito cerrado de televisión con alta cobertura, y otras intervenciones, y dirigidos específicamente sobre los delitos de vehículos, son eficaces. Por el contrario, las evaluaciones de los sistemas de circuito cerrado de televisión en la ciudad y en el centro de las ciudades y la viviendas de interés social midieron una gama mucho más amplia de tipos de delitos y sólo un pequeño número de estudios incluyeron otras intervenciones. Estos esquemas de circuito cerrado de televisión, así como los que se centraron en el transporte público, no tuvieron un efecto significativo sobre la delincuencia”⁹⁸.

En esta medida, para estos estudios las cámaras reducen la criminalidad en unos lugares y en otros no, reducen ciertos delitos y otros no, y cuando reducen un crimen en un lugar donde hay cámaras, se incrementa en otro donde no las hay, generándose un efecto de desplazamiento del delito, pero no de reducción. Así las cosas, aunque existen evidencias aisladas que podrían demostrar la adecuación de las cámaras para disuadir el delito en ciertos escenarios y bajo ciertas condiciones, no hay estudios contundentes que puedan sostener que las mismas resultan efectivamente conducentes, y mucho menos necesarias para reducir el delito dentro de los vehículos de transporte público.

Por el contrario, en materia de transporte público existen otras alternativas que han probado ser efectivas y menos lesivas en términos de derechos. Así, por ejemplo, se cuenta con la posibilidad de implementar esquemas de agentes uniformados y entrenados para patrullar en los vehículos de transporte público; o la instalación de botones de comunicación de emergencia dentro de los vehículos. Así mismo, valdría la pena analizar otras medidas, como podrían ser, la homogenización de los proveedores de transporte público (sistemas integrados), o el mejoramiento de técnicas de investigación criminal.

Finalmente, evaluemos si el sacrificio del derecho a la intimidad resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida por la medida de vigilancia masiva bajo estudio. En primer lugar, y como se mencionó anteriormente, los vehículos de transporte públicos son espacios semi-públicos de uso cotidiano para la mayoría de la ciudadanía, en donde pasan una gran parte de su día. En segundo lugar, se trata de una medida de vigilancia masiva que recoge de forma indiscriminada cantidades masivas de datos, sin que exista un criterio claro para el uso posterior de los mismos. En tercer lugar, y en relación con el punto anterior, cabe percatarse de que quien controlará las grabaciones no será el titular de los datos grabados, ni el Estado, sino el dueño del vehículo de transporte público. En esa medida, existe un potencial de abuso sin límites claramente definidos.

Adicionalmente, la limitación del derecho a la intimidad que se genera tiene también repercusiones sobre las libertades personales de los pasajeros, como lo son sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y a la libertad de asociación. Al respecto, es preciso recordar que “*la presencia de una vigilancia no deseada disuade de realizar todo aquello que el individuo quisiera hacer fuera del alcance de la percepción ajena y por consiguiente recorta la autonomía en la determinación de su obrar*”⁹⁹. En esa medida, la presencia de cámaras de vigilancia en los vehículos de servicio público puede inhibir los comportamientos normales de la persona, quien puede ser inducida a modificar conductas por completo legítimas, de las que sin embargo, no quiere dejar registro. Incluso, le puede impedir, de forma arbitraria, escoger libremente pequeñas acciones y comportamientos que sin embargo dan sentido a su existencia.

Bajo esas circunstancias, y teniendo en cuenta la falta de certeza de la efectividad de las cámaras vigilancia, consideramos que la implementación de las mismas invade de manera irrazonable y desproporcionada los derechos y libertades que se ejercen en el interior de los vehículos de transporte público, al intervenir de forma desproporcionada en la esfera social de las personas,

⁹⁷ Gill, M. y Spriggs, A. (2005). *The impact of CCTV fourteen case studies*, Disponible en Internet a través de: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218135832/http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs05/rdsolr1505.pdf>. p. 36.

⁹⁸ Campbell Systematic reviews. (2008). *Effects of Closed Circuit Television Surveillance on Crime*. Disponible en Internet a través de: <http://www.campbellcollaboration.org/library/effects-of-closed-circuit-television-surveillance-on-crime-a-systematic-review.html> p. 19.

⁹⁹ Rojas, M. E. (2011). *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Tesis doctoral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

reprimir conductas que no necesariamente se constituyen en infracciones e inhibir relaciones y procesos propios de estos espacios.

Por ello, solicitamos que la Corte declare la inconstitucionalidad del párrafo 2° del artículo 146.

2.5. El primer inciso del artículo 237 del Código de Policía viola el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque el cambio de naturaleza de los datos personales captados y/o almacenados por los sistemas de video vigilancia públicos y privados amenaza de forma innecesaria y desproporcionada el derecho al habeas data de los titulares de esos datos.

De acuerdo con el artículo 237 del Código de Policía:

***Artículo 237. Integración de sistemas de vigilancia.** La información, imágenes, y datos de cualquier índole captados y/o almacenados por los sistemas de video o los medios tecnológicos que estén ubicados en el espacio público, o en lugares abiertos al público, serán considerados como públicos y de libre acceso, salvo que se trate de información amparada por reserva legal.*

Los sistemas de video y medios tecnológicos, o los que hagan sus veces, de propiedad privada o pública, a excepción de los destinados para la Defensa y Seguridad Nacional, que se encuentren instalados en espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se enlazarán de manera permanente o temporal a la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional.

***Parágrafo.** En tratándose de sistemas instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se requerirá para el enlace a que hace referencia el presente artículo, la autorización previa por parte de quien tenga la legitimidad para otorgarla.*

El primer inciso del artículo 237 antes citado convierte a la información, imágenes, y datos de cualquier índole captados y/o almacenados por los sistemas de video o los medios tecnológicos que estén ubicados en el espacio público, o en lugares abiertos al público, en datos públicos y de libre acceso, salvo que se trate de información amparada por reserva legal. Tal como se pasa a ver, el cambio de naturaleza de los datos captados viola abiertamente el **derecho al habeas data** de los ciudadanos, consagrado en el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución Política.

Si recordamos la tipología de datos personales establecida por la Corte Constitucional y aludida en el marco constitucional aplicable, comprenderemos que los datos que la ley convierte en datos públicos pueden originalmente tener la naturaleza tanto de datos reservados, como de datos privados, semi-privados o públicos. De hecho, la naturaleza de los mismos dependerá del alcance y de las características técnicas de los diferentes sistemas de video y medios tecnológicos a los que la norma sea aplicable.

De acuerdo con el profesor Cordero Vega¹⁰⁰, existen, al menos, tres tipos de video vigilancia: (i) las cámaras de filmación continua, que permiten obtener observaciones panorámicas, grabándose las imágenes de todas las actividades que tienen lugar en ese espacio; (ii) las cámaras con posibilidades de enfoque personalizados, mediante las cuales se puede, sobre una persona determinada, seguir y grabar sus movimientos, lo que también es posible mediante la obtención más detallada con el correspondiente zoom; y (iii) el registro de sonido, en que la grabación puede incluir la escucha y grabación de las conversaciones de las personas en los espacios en los que éstas se encuentran ubicados. Podemos entonces estar hablando de datos tan diversos como la imagen de la persona caminando por la calle, el zoom que logra hacerse a su huella digital, o la conversación que tiene con su amante en un restaurante.

Si bien el legislador está facultado para asignarle a esos datos la naturaleza de públicos por mandato de la ley, consideramos que dicho cambio resulta, en primer lugar, innecesario. Lo anterior, teniendo en cuenta que las autoridades de Policía ya contaban con la posibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 10° de la Ley 1581 de 2012. En virtud de ese artículo, en ejercicio de sus funciones las entidades administrativas—como lo son las autoridades de Policía— pueden requerir información sin necesidad de contar con la autorización del titular de los datos. En ese orden de ideas, incluso antes de la adopción del Código bajo estudio ya se contaba con un medio igualmente

¹⁰⁰ Cordero, L. (2008). *Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad*. Revista de Derecho Público. 70. Disponible en Internet a través de: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/37768/39415> p. 364.

efectivo para efectos de acceder a esa información, pero mucho menos lesivo en términos de afectación del derecho al habeas data de las personas objeto de grabación.

En segundo lugar, consideramos que el cambio de la naturaleza de los datos también resulta injustificado y desproporcional, habida cuenta de los grandes riesgos que el libre acceso de los mismos puede generar para sus titulares. Como comprenderá la Corte, éste no es un problema de índole menor. Por el contrario, la relevancia de la materia radica en que, tal como bien lo ha planteado este Alto Tribunal:

“quien tiene la posibilidad de acopiar, ordenar, utilizar y difundir datos personales adquiere un poder de facto, denominado “poder informático”, en ejercicio del cual puede influir decisivamente, por ejemplo, en la definición de perfiles poblacionales que servirán de base para decisiones de política económica, o en la clasificación de una persona, según criterios predeterminados, a fin de definir si debe ser sujeto de una determinada acción pública o privada. Como puede advertirse, el abuso o la negligencia en el ejercicio de este enorme poder, apareja un serio riesgo, entre otros, para los derechos fundamentales a la personalidad, a la identidad, a la igualdad, a la intimidad, a la honra, al buen nombre o al debido proceso del sujeto concernido”¹⁰¹ (subrayado fuera del texto).

En esa medida, el libre acceso al que hace referencia el primer inciso del artículo *sub examine* trae como consecuencia la creación de un poder informático en cabeza de todos los ciudadanos. Poder, cuyo ejercicio negligente o abusivo plantea riesgos para los titulares de los datos personales, que van desde el “*profiling*”, hasta el seguimiento, e incluso la discriminación y exclusión.

Frente a estos riesgos, propios del tratamiento de datos personales, el derecho al habeas data tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo. Sin embargo, al darle a esos datos el carácter de públicos, muchas de las garantías que prevé el derecho de habeas data dejan de ser aplicables. Así, por ejemplo, se pierde la garantía prevista en el principio de libertad, según el cual, el tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento previo, expreso e informado del titular. Del mismo modo, tampoco se cuenta con la garantía prevista en el principio de acceso y circulación restringida, que establece que los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable. En el mismo sentido, tampoco se puede reclamar lo dictado por el principio de confidencialidad, según el cual,

“Todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma”¹⁰² (subrayado fuera del texto).

Como se ve, al cambiar la naturaleza de los datos personales captados y/o almacenados por los sistemas de video o los medios tecnológicos que estén ubicados en el espacio público, o en lugares abiertos al público, el inciso bajo examen deja a sus titulares en un evidente estado de desprotección. Por ello, solicitamos que la Corte Constitucional proceda a declarar inconstitucional el primer inciso del artículo 237 de la Constitución, para asegurar así la protección del derecho al habeas data de los ciudadanos.

2.6. El segundo inciso del artículo 237 del Código de Policía viola los artículos 15, 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 11, 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque el enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos públicos y privados que se encuentren instalados en espacios intermedios a la red de la Policía Nacional constituye una injerencia innecesaria y desproporcionada en el derecho a la intimidad de las personas.

De acuerdo con el artículo 237 del Código de Policía:

Artículo 237. Integración de sistemas de vigilancia. La información, imágenes, y datos de cualquier índole captados y/o almacenados por los sistemas de video o los medios

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-307 del cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de expediente: T-187958. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰² Literal h) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012.

tecnológicos que estén ubicados en el espacio público, o en lugares abiertos al público, serán considerados como públicos y de libre acceso, salvo que se trate de información amparada por reserva legal.

Los sistemas de video y medios tecnológicos, o los que hagan sus veces, de propiedad privada o pública, a excepción de los destinados para la Defensa y Seguridad Nacional, que se encuentren instalados en espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se enlazarán de manera permanente o temporal a la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional.

Parágrafo. *En tratándose de sistemas instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se requerirá para el enlace a que hace referencia el presente artículo, la autorización previa por parte de quien tenga la legitimidad para otorgarla.*

Tal como se señaló en el marco constitucional aplicable, el sólo despliegue de cámaras de televisión de circuito cerrado (CCTV) ya constituye un sistema de vigilancia masiva, que resulta *prima facie* desproporcionado. Sin embargo, el segundo inciso del artículo 237 antes citado va más allá de eso. Concretamente, permite el enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos, *de propiedad privada y pública*, que se encuentren instalados en *áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público*, a la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional. Como se pasará a argumentar a continuación, el enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos ubicados en esos lugares constituye una injerencia desproporcionada en el **derecho a la intimidad** de las personas que los frecuentan, violando así el artículo 15 de la Constitución Política, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así mismo, la instauración de esta medida atenta también contra las libertades personales de los ciudadanos, como pueden ser el **libre desarrollo de la personalidad**, la **libertad de expresión**, el **derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica** y el **derecho a la libre asociación**, consagrados en los artículos 16, 20, 37 y 38 de la Constitución Política respectivamente, así como en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El término “*áreas comunes*” es utilizado por la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 675 de 2001) para referirse a las áreas de circulación, recreación, reunión, instalaciones técnicas, zonas verdes y de disfrute visual que se encuentran ubicadas **dentro** de las unidades inmobiliarias cerradas y que son compartidas por sus habitantes. Evidentemente, se trata de espacios semi-privados, compartidos por todos los habitantes de la unidad pero cuyo acceso por parte de terceros es limitado. Por su parte, los “*lugares abiertos al público*”, como podría ser un restaurante o un centro comercial, son espacios semi-públicos, en tanto son lugares de acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido. En estos lugares, aunque son sitios cerrados, hay gran flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento.

En lo que respecta a los “*lugares que siendo privados trasciendan a lo público*”, cabe destacar que de acuerdo con el artículo 84 del Código bajo estudio:

Artículo 86. Control de actividades que trasciendan a lo público. *Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro establecidas o que funcionen bajo la denominación de clubes sociales sin ánimo de lucro cuya actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión, expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, karaoke, sala de masajes o cualquier tipo de espectáculo para sus asociados o para el público en general, estarán sujetos a las normas del presente Código.*

Parágrafo 1. *Como consecuencia de lo anterior, los alcaldes distritales o municipales podrán establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos antes mencionados, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el presente Código.*

Parágrafo 2. *Facúltase a las autoridades de Policía y Comandantes de Estación de Policía para ingresar a los establecimientos mencionados en el presente artículo con el fin de verificar el cumplimiento de horarios dispuestos por los alcaldes distritales o municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan.*

En esta medida, parece claro que la figura de lugares privados que trasciendan a lo público ha sido incorporada en el Código para hacer referencia a los clubes sociales sin ánimo de lucro, las casas culturales, los centros sociales privados o clubes privados o similares. En esa medida, es indudable que en esos casos nos encontramos también ante espacios semi-privados, pues no se trata del

individuo en su propio ámbito de acción, sino del individuo dentro de una comunidad de la que es “socio”.

Como ya se dijo, tanto a los espacios semi-privados como a los semi-públicos les corresponde un grado distinto de protección en términos del derecho a la intimidad. En particular, “[e]xiste una relación inversamente proporcional entre la mayor o menor libertad en los espacios y el nivel de control de la conducta para fines preventivos que justifica la intromisión en la intimidad de las personas”¹⁰³. Sin embargo, cabe aclarar que incluso en los espacios en los que la intromisión es justificada, la protección del derecho a la intimidad sigue existiendo. Así, incluso en el caso de los espacios semi-públicos la protección constitucional a la intimidad no desaparece, pues “no se puede decir que las autoridades puede (sic) examinar e informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad”¹⁰⁴. Sobre el particular, cabe destacar lo dicho por la Corte en la sentencia T-407 de 2012, según la cual:

“Cuando los individuos se relacionan entre sí en determinados **entornos sociales**, de alguna manera renuncian a mantener en reserva algunos aspectos de su personalidad o informaciones que les conciernen. En estos espacios, las personas comparten algunos intereses o conforman una comunidad que tiene una finalidad, y en estos ámbitos la injerencia de terceros puede inhibir la realización de las actividades de sus integrantes. **Pero si bien la protección de estos ambientes es más flexible que la que se garantiza al individuo en su ámbito privado, o a la familia, en estos contextos sociales, también se requiere evitar la injerencia de personas extrañas. Entonces, incluso en entornos sociales, los individuos no pierden su derecho a la intimidad y es posible ampararlo frente a las intromisiones injustificadas de terceros”¹⁰⁵. (resaltado fuera del texto).**

Por consiguiente, lo que se debe establecer es si el enlace a la red de la Policía de los sistemas de video y medios tecnológicos que se encuentren instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, constituye o no una intromisión justificada de las autoridades en la intimidad de quienes frecuenten esos lugares. Para ello, nuevamente procederemos a aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que suele utilizar la Corte.

El fin del enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos que se encuentren instalados en los espacios antes mencionados es el de aumentar la cobertura de la red de vigilancia de la Policía. Evidentemente, se trata de un fin legítimo, importante e imperioso, pues responde a las necesidades de seguridad y convivencia que intenta satisfacer el Código. Así, la medida cumple con el requisito, pues se encuentra encaminada a garantizar bienes jurídicos de especial importancia para la vida en sociedad.

Pasemos ahora a evaluar la adecuación, conducencia y necesidad de la medida. En lo que respecta a la *identificación y judicialización* de delitos, las imágenes captadas por los sistemas de CCTV sí resultan útiles en el marco de las investigaciones penales. De hecho, no se puede desconocer que en el contexto de las investigaciones del feminicidio, secuestro, acceso carnal violento y tortura de la menor Yuliana Andrea Samboni las grabaciones de las cámaras de seguridad de las vías públicas y del edificio del presunto culpable han sido fundamentales. Sin embargo, y tal como ya se dijo en el cargo contra el parágrafo 2º del artículo 146, los estudios no son contundentes en mostrar la efectividad de los CCTV para *disminuir* el delito. De hecho, la misma Corte Constitucional fue consciente de ello en la sentencia T-407 de 2012 en la que reconoció que:

“Sin duda no se trata de una medida contraproducente o que no aporte a la solución del problema. Sin embargo no hay muchos estudios que sustenten, más allá de la percepción de la gente, la real disminución de la violencia y los hechos delictivos como consecuencia de la instalación de cámaras de seguridad”¹⁰⁶.

Del mismo modo, la necesidad de la medida también es cuestionable. ¿Existen otros mecanismos menos lesivos para lograr el fin señalado con una eficacia similar al del enlace de los sistemas de video? En nuestra opinión sí los hay. Se podría pensar, por ejemplo, en la posibilidad de que—tal como sucedió en el caso de Yuliana Andrea Samboni— la Policía solicite las grabaciones de los sistemas de video y medios tecnológicos una vez esté investigando un delito, en vez de tener acceso indiscriminado y masivo a toda la información. De esta forma, se cumpliría con los objetivos de

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-505 del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999). No. de Expediente: D-2278. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P: Mauricio González Cuervo.

seguridad y convivencia, pero sin afectar de forma irrazonable el derecho a la intimidad de las personas ubicadas en los espacios semi-privados y semi-públicos objeto de grabación.

Por último, consideramos que la medida es desde todo punto de vista desproporcional. Como pasaremos a sustentar a continuación, en aras de la salvaguarda de la seguridad y la convivencia se están sacrificando más de la cuenta los derechos que se ven afectados con la medida.

En primer lugar, se trata de la implementación de una tecnología de vigilancia masiva, que *prima facie*, no encaja con el principio de proporcionalidad. Tal como lo afirma el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emerson, en su informe anual de 2014:

“La capacidad técnica para ejecutar programas de recopilación y análisis de grandes cantidades de datos es sin duda un medio adicional para realizar investigaciones en el marco de la lucha contra el terrorismo y de la aplicación de la ley. Sin embargo, una evaluación de la proporcionalidad de estos programas también debe tener en cuenta el daño colateral a los derechos a la privacidad colectivos. Los programas de recopilación de datos a gran escala al parecer contradicen el requisito según el cual los organismos de inteligencia deben elegir la medida menos perturbadora para los derechos humanos (...). Dado que no hay oportunidad de evaluar individualmente la proporcionalidad antes de recurrir a estas medidas, estos programas al parecer también vulneran la propia esencia del derecho a la privacidad. Excluyen por completo el análisis de “cada caso en particular” que el Comité de Derechos Humanos consideró esencial y, por tal motivo, pueden considerarse arbitrarios, aunque persigan un objetivo legítimo y hayan sido aprobados sobre la base de un régimen jurídico accesible (véase A/HRC/27/37, párr. 25)”¹⁰⁷ (subrayado fuera del texto).

En segundo lugar, el hecho de que el enlace a la red de la Policía recaiga sobre diversos tipos de sistemas de video y medios tecnológicos hace que el alcance de la medida, y por ende el alcance de su injerencia en la vida privada de las personas, no tenga límites claros. Como ya se mencionó previamente, existen distintos tipos de video vigilancia: las cámaras de filmación continua, las cámaras con posibilidades de enfoque personalizados y el registro de sonido. Adicionalmente, la medida no se limita expresamente a sistemas de video y medios tecnológicos **fijos**, como las cámaras de CCTV, pudiendo también incluir las cámaras de vigilancia **en movimiento**. Así, podemos estar también ante el enlace de las cámaras ubicadas en los uniformes de los policías o en los vehículos aéreos no tripulados (comúnmente conocidos como “drones”), los cuales pueden facilitar la recopilación de una amplia variedad de información, incluso sin necesidad de una línea directa de visión, durante largos períodos de tiempo y en áreas extensas (con un alto riesgo de recolección de datos en masa). En ese orden de ideas, aunque los sistemas a enlazar se encuentren en espacios semi-privados o semi-públicos, la injerencia en la vida privada de las personas dependerá de las tecnologías utilizadas, pudiendo ir desde su esfera social y gremial, hasta la personal y familiar, dependiendo de las características técnicas de las diferentes cámaras que se enlacen. Así, desde la vida pública hasta el ámbito más íntimo y personal de la vida privada, podrán ser objeto de observación y escrutinio por parte de las autoridades públicas.

En tercer lugar, la limitación de la intimidad de las personas también tiene un efecto de inhibición en sus libertades personales, como lo son el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y de asociación, así como su derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica. El hecho de que todas las cámaras se encuentren enlazadas al sistema de vigilancia de la Policía hace que las personas modifiquen inevitablemente determinados comportamientos (incluso los que hacen parte fundamental de su plan de vida y que resultan completamente legítimos), por temor a dejar registro de ellos. Tal como lo concluyó el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, Frank La Rue, en su informe de 2013 sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión,

“[L]os Estados no pueden garantizar que las personas estén en condiciones de buscar y recibir información ni de expresarse a menos que respeten, protejan y promuevan su derecho a la intimidad. La intimidad y la libertad de expresión se relacionan entre sí y son mutuamente dependientes; la vulneración de una de estas puede ser tanto la causa como la consecuencia de la vulneración de la otra”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2014). *Informe anual sobre Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Sexagésimo noveno período de sesiones, tema 68 a) del programa. A/69/397. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/545/22/PDF/N1454522.pdf?OpenElement>

¹⁰⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, Frank La Rue.

Del mismo modo, “[l]os derechos a la libertad de asociación y reunión se ven también amenazados por la vigilancia. Estas libertades suelen requerir reuniones y comunicaciones privadas que permitan a las personas organizarse frente a los gobiernos u otros actores poderosos”¹⁰⁹. Así, por ejemplo, en el Reino Unido se suelen utilizar cámaras de vigilancia en las manifestaciones de protesta¹¹⁰, y una reciente encuesta realizada en ese país permitió averiguar que una tercera parte de la población se inclina a no participar en manifestaciones de protesta por temor a injerencias en su intimidad¹¹¹.

Por último, y tal como lo ha reconocido la Corte en oportunidades anteriores, “las cámaras no solo graban las actuaciones delictivas sino todas las actividades que realizan las personas (...), con el agravante de que los ciudadanos a veces no saben que están siendo grabados, ni tampoco quién los está observando y para qué se utilizan dichos videos”¹¹². Más aún, cuando se trata de espacios intermedios y en los que por ende, las personas **no** se asumen y reconocen tácitamente frente a los demás en tanto sujetos observados¹¹³.

Sin embargo, cabe aclarar que incluso en el caso de los espacios públicos, reconocerse como sujeto observado no implica aceptar tácitamente la pérdida del anonimato. Así, “dado que la vigilancia en espacios públicos implica la observación de personas corrientes yendo y viniendo de un lugar a otro en un espacio abierto, público y accesible para todos, en tales espacios las personas corrientes tienen la expectativa de mantener su anonimato, es decir, el poder ir y venir sin ser identificado, y sin que sus actividades estén sujetas a una especial o prolongada observación”¹¹⁴. En esa medida, existe una diferencia tangible entre la observación de las personas y su grabación por medios tecnológicos que tienen incluso, sistemas de reconocimiento fácil. Al respecto, cabe destacar lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *P.G y P.H con Reino Unido*, resuelto en el año 2001. En dicha ocasión, el Tribunal expresó:

“(…) una persona que camina por la calle será, inevitablemente, visible a cualquier persona del público que también esté presente. El monitoreo por medios tecnológicos de la misma escena (por ejemplo, un guardia de seguridad observando a través de circuitos de televisión cerrados) es de similar carácter. Sin embargo, pueden surgir consideraciones desde el punto de vista de la vida privada una vez que toma existencia de cualquier registro sistemático o permanente de tal material desde el dominio público”¹¹⁵.

Por esta razón, consideramos que si bien la seguridad y convivencia son un objetivo legítimo, el enlace de las cámaras de propiedad privada y pública a la red de la Policía constituye un mecanismo de vigilancia masiva que tiene una injerencia sistemática y desproporcionada en el derecho a la intimidad de un número potencialmente ilimitado de personas que según el artículo 29 de la Constitución Política, se presumen inocentes. Así mismo, y de forma consecuente, resulta violatorio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión, y a la libertad de asociación de esas personas, así como su derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica.

Consejo de Derechos Humanos, 23 período de sesiones. A/HRC/23/40. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/133/06/PDF/G1313306.pdf?OpenElement>

¹⁰⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin. Consejo de Derechos Humanos, 13o período de sesiones. A/HRC/13/37. Disponible en Internet a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/178/07/PDF/G0917807.pdf?OpenElement>

¹¹⁰ The Guardian. (2009). *Revealed: police databank on thousands of protesters*, 6 de marzo. Disponible en Internet a través de: <https://www.theguardian.com/uk/2009/mar/06/police-surveillance-protesters-journalists-climate-kingsnorth>

¹¹¹ The Guardian. (2009). *Poll shows public disquiet about policing at environmental protests*, 25 de agosto. Disponible en Internet a través de: <https://www.theguardian.com/environment/2009/aug/25/christian-aid-policing>

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia T-407 del treinta y uno (31) de mayo del dos mil doce (2012). No de expediente: T-3.348.314. M.P.: Mauricio González Cuervo.

¹¹³ Como sí sucede en los espacios públicos, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-1233 de 2001, en la que se buscaba determinar si la exhibición unilateral de una fotografía que le fue tomada al accionante en la vía pública sin su consentimiento, violaba sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-1233 del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001). No. de Expediente: T-486155. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁴ Cordero, L. (2008). *Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad*. Revista de Derecho Público. 70. Disponible en Internet a través de: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/articulo/viewFile/37768/39415> p.362.

¹¹⁵ Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Caso *P.G. y P. H. con Reino Unido*. Sentencia del 5 de septiembre de 2001.

Por ello, solicitamos a la Corte Constitucional que proceda a declarar la inexecutable del segundo inciso del artículo 237.

VI. PRETENSIONES

PRIMERA (1). Que se declare la inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

SEGUNDA (2). Que se declare la inconstitucionalidad del numeral 8º del artículo 95 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

TERCERA (3). Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*el espectro electromagnético*” contenida en el artículo 139 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

CUARTA (4). Que se declare la inconstitucionalidad del párrafo 2º del artículo 146 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

QUINTA (5). Que se declare la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 237 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

SEXTA (6). Que se declare la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 237 de la Ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y convivencia*”.

VII. ANEXOS

Nos permitimos anexar a la presente demanda:

1. Copia de la demanda para el Ministerio Público.
2. Copia de la demanda para el archivo de la Corte.

VIII. NOTIFICACIONES

Los demandantes recibimos notificaciones en el correo electrónico malbarracin@dejusticia.org, o en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—, ubicado en la Carrera 24 No. 34-61, Bogotá D.C., Colombia.

Atentamente,

Cesar Rodríguez Garavito

Representante Legal y Director

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 79.527 del Consejo Superior de la Judicatura

Vivian Newman Pont

Subdirectora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 58.064 del Consejo Superior de la Judicatura

Mauricio Albarracín Caballero

Investigador

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 17.0071 del Consejo Superior de la Judicatura

MaryLuz Barragán González

Investigadora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 20.0267 del Consejo Superior de la Judicatura

María Paula Ángel Arango

Investigadora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad—Dejusticia—

T.P.: 27.3703 del Consejo Superior de la Judicatura