

Inconstitucionalidad parcial del artículo 247 proyecto de Código Electoral

Descripción de la disposición bajo examen

El inciso primero del artículo 247 del proyecto de Código Electoral califica como de “seguridad y defensa nacional” todas las actividades relacionadas con el registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación que realice la Registraduría Nacional del Estado Civil. El párrafo de este artículo complementa la disposición al indicar que esta calificación de “seguridad y defensa nacional” no puede “usarse” como argumento para “impedir la transparencia del proceso”. Transcribimos el artículo bajo examen:

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

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

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

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

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

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

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

Parámetro de control: el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública

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

Este derecho se basa en el principio de máxima publicidad, reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Jurisprudencia constitucional y en la Ley 1712 de 2014. Según este principio, toda la información en poder de los sujetos obligados es pública y su acceso sólo puede ser limitado en casos excepcionales, que deben estar consagrados en la Ley o en la Constitución. Este principio, y su principal manifestación el derecho de acceso a la información pública, es una garantía básica del sistema democrático de gobierno, de la transparencia de la actividad estatal, y del buen funcionamiento del Estado de Derecho. Todo esto, en tanto permite que los ciudadanos puedan controlar el ejercicio del poder público y participar activamente en la toma de las decisiones que los afecten¹.

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

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

Esto, por dos razones. Primero, porque este tipo de regulaciones extensivas o “tout court” desconocen el carácter restrictivo de la limitación al derecho de acceso a la información pública², y terminan por imponer la opacidad sobre porciones enteras de la actividad estatal, en abierto desconocimiento del valor de la transparencia. Y segundo, porque este tipo de regulaciones facilitan el ejercicio arbitrario de la competencia de reserva, en tanto

¹ Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Consideraciones 86 y 87.

²Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013. Declaratoria de inexecutable del párrafo 2º del Artículo 5º del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “*por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional*”. Consideración 2.3.4.

permiten que los servidores públicos, bajo su amplio amparo, no entreguen la información pública que les sea solicitada; incluso en aquellos casos en que la información no guarde una estrecha relación con el importante valor constitucional de la seguridad nacional.

En efecto, al estudiar la constitucionalidad del entonces parágrafo 2 del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria de transparencia, que incluía como reservadas entre otras “Toda la información, documentos, base de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional”, la Corte declaró su inconstitucionalidad con el siguiente argumento, que fungió como la **ratio decidendi** del caso:

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

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

Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, **sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional.**” (resaltado fuera de texto) (consideración 3.2.5, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle)

En efecto, establecer excepciones generales al derecho de acceso a la información pública ha sido considerado como la negación misma de este derecho fundamental³. Impide que los ciudadanos ejerzan control sobre las actividades de los sujetos obligados y habilita a los servidores públicos para aplicar de forma extensiva una reserva sobre información que es, por definición en un Estado democrático de derecho, información pública, y que debe ser, en consecuencia, fácilmente accesible. En palabras de la propia Corte Constitucional:

“Para la Constitución la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública. Las decisiones o actuaciones de los servidores públicos que no se quieren mostrar son usualmente aquellas que no se pueden justificar. Y el uso secreto e injustificado del poder del Estado repugna al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática”⁴.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle. Declaratoria de inexecutable del parágrafo 2º del Artículo 5º del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “*por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional*”. Consideración 2.3.5.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba. (Estudio de constitucionalidad de la Ley 1097 de 2006 (Ley de Gastos Reservados)). Consideración 9.

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en sentencia reciente, ha afirmado, en obiter, la validez constitucional del principio de máxima publicidad y de excepcionalidad de las reservas, como parte del derecho fundamental de acceso a la información pública. En tal sentido, le ha señalado al Legislador que, al momento de introducir las mentadas reservas precise: i) la información específica que será cobijada por la reserva, ii) en qué condiciones la reserva es oponible, iii) qué autoridad puede hacer valer dicha reserva y iv) qué mecanismos de control operan respecto de las actividades reservadas⁵. En palabras de la Corte:

La presunción de publicidad implica que las normas que establecen limitaciones al derecho de acceso a la información pública son de interpretación restrictiva y la reserva exige motivación. Estos límites, a su vez, están sometidos a reserva de ley, en los términos del artículo 74 de la Constitución. **Dicha legislación debe ser precisa, en el sentido de identificar qué tipo de información** está sometida a reserva, qué autoridades pueden establecerla, las condiciones bajo las cuales puede hacerse oponible y los sistemas de control sobre dichas actuaciones. Por lo tanto, **una definición genérica o vaga sobre esa materia se opone al derecho de acceso**, en los términos analizados. (resaltado fuera de texto) (consideración 28.2 (sic) Sentencia C-276 de 2019, MP Gloria Stella Ortiz)

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

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

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

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019 MP Gloria Stella Ortiz (Estudio de constitucionalidad del artículo 298 de la Ley 906 de 2004 sobre la habilitación para divulgar en medios de comunicación las órdenes de captura). Reiteración de jurisprudencia de la Sentencia C-274 de 2013, que a su vez reiteró la Sentencia C-491 de 2007. Consideración 28.2 (sic).

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

Si se revisan el principio 9 “Información que puede ser clasificada en forma legítima [por razones de seguridad nacional]” y el principio 10 “Categorías de información sobre las cuales existe una fuerte presunción o un interés preponderante a favor de su divulgación” de los principios Tshwane, es fácil advertir que no figura, por ninguna parte, información relacionada con los procesos electorales, el registro civil o los mecanismos de participación ciudadana. Ni por la positiva, esto es, en el sentido de identificar qué información es legítimo reservar por razones de seguridad nacional, como es claramente el caso de “(i) Información sobre planes de defensa en curso, operaciones y cuestiones sobre capacidad”, o la “(ii) Información sobre la producción, capacidades, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares, incluidos los sistemas de comunicaciones.” Ni tampoco por la negativa, esto es, en relación con la información sobre la que pesa una presunción de publicidad o un “interés preponderante sobre su divulgación” como la relacionada con “A. violaciones graves de los derechos humanos o violaciones serias del derecho internacional humanitario”, o “D. Decisiones relativas al uso de la fuerza militar o a la adquisición de armas de destrucción masiva”, entre otras.

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

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

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

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

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

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

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

Tercero, porque de aceptarse que el párrafo es una salvaguarda del valor constitucional de la transparencia, del principio constitucional de la transparencia de la actuación oficial, y del derecho fundamental de acceso a la información pública, tanto en su dimensión de transparencia activa (la obligación de publicar información de forma proactiva que pesa sobre todas las autoridades públicas), como de transparencia pasiva (el derecho que tiene toda persona de acceder a la información pública que solicite). Es una salvaguarda claramente insuficiente. Lo es porque no menciona de forma explícita que su propósito es asegurar el derecho fundamental de acceso a la información pública (artículos 20, 23 y 74, constitucionales), ni el principio constitucional de la transparencia de la función pública (artículo 209 constitucional), ni el principio de transparencia activa (artículos 7 y 8 de la Ley 1712 de 2014). En últimas, porque no fue concebida pensando ni en el valor de la transparencia, ni en la importancia del derecho fundamental del acceso a la información pública en materias tan trascendentales para el buen funcionamiento del sistema democrático de gobierno y el Estado de Derecho, como lo son, precisamente las relacionadas con el registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana.

Conclusión y petición

En conclusión, advertida la clara incompatibilidad entre las normas aquí estudiadas, esto es del inciso primero y del párrafo del artículo 247 del proyecto de Código Electoral, y las normas derivadas de los artículos 20, 23 y 74 de la Constitución Política (derecho fundamental de acceso a la información pública) y 209 (transparencia de la función pública), tal y como han sido precisadas por la Jurisprudencia Constitucional; en especial, al reconocer el principio de máxima publicidad, la excepcionalidad de las reservas y las exigencias para que en su previsión el legislador lo haga de forma clara y precisa, con tal de que se eviten reservas genéricas y ominicomprendivas, y por último, teniendo en cuenta los grave efectos que el proyecto de artículo 247 podría tener para el buen funcionamiento del sistema democrático de gobierno y del Estado de derecho, y la falta de relación clara y

evidente entre la información sometida a reserva y los valores de la seguridad y defensa nacional, solicitamos a la Corte Constitucional, respetuosamente, que declare la inconstitucionalidad de la totalidad del primer inciso del artículo 247, así como de la totalidad del párrafo del mismo artículo 247, tal y como fueron aprobados en el proyecto de Código Electoral.