

Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2021

Honorable Magistrado
Alejandro Linares Castillo
Corte Constitucional de Colombia

Asunto: Intervención
Radicado: T-8.197.643
Accionante: Juanita María
Goebertus Estrada y otros
Accionados: Ministerio de
Salud y otros

Honorable Magistrado:

DANIEL FELIPE OSPINA CELIS, JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA, CLAUDIA HELENA BOTINA BOLAÑOS y VÍCTOR PRÁXEDES SAAVEDRA RIONDA, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, presentamos la siguiente intervención en el marco del proceso de tutela de la referencia, presentada por Juanita María Goebertus Estrada y otras contra el Ministerio de Salud y otros.

Dejusticia es un centro de estudios jurídicos y sociales localizado en Bogotá, Colombia. Nos dedicamos al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Promovemos el cambio social a través de estudios sociojurídicos y propuestas de política pública. A lo largo de dieciséis años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con la protección de los derechos fundamentales. Una de las líneas de trabajo de Dejusticia es la línea de Transparencia, Tecnología y DDHH, en la cual trabajamos en la promoción de derechos como el de acceso a

la información pública en favor de la ciudadanía, a través de investigaciones académicas y de acciones jurídicas.

En el presente caso, le corresponde a la Honorable Corte Constitucional decidir sobre la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de locomoción y al habeas data de las peticionarias, en su condición de usuarias de los servicios aeroportuarios y de la aplicación CoronApp.

En las instancias, el *a quo* estimó que la acción de tutela no era procedente para cuestionar actos administrativos de carácter “general, impersonal y abstracto”, en alusión a las medidas adoptadas por el Ministerio de Salud para ejecutar el Decreto Legislativo 539 de 2020. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, estimó sobre el fondo que no existía violación del habeas data de las peticionarias al no disponer de evidencia de que “el INS haya incurrido en la transferencia o uso indebido, de los datos personales” de las demandantes o de que los operadores aeroportuarios simplemente hayan “vulnerado o amenazado” el mentado derecho. El *ad quem* confirmó con el argumento de la improcedencia de la tutela para la protección del derecho fundamental al habeas data, en este caso, por no haber agotado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 42, numeral 6, del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1581 de 2012. Ninguno de los jueces de instancia estudió el fondo del caso a la luz del contenido del derecho fundamental al habeas data.

El desconocimiento de los derechos fundamentales a la libertad de locomoción y al habeas data de las peticionarias partió, en este caso, de aceptar una premisa problemática: la existencia de la obligación (jurídica) de los usuarios del servicio de transporte aéreo de descargar y reportar su información personal en CoronApp como condición para ingresar a los aeropuertos del país. Tal obligación no existía para la fecha de los hechos, o a lo sumo su existencia era dudosa, debido a la redacción ambigua de la Resolución 1517 de 2020, a los pronunciamientos públicos de las autoridades gubernamentales sobre el carácter voluntario de la aplicación CoronApp, y a la explicitud sobre este

carácter voluntario en los términos y condiciones de la mentada aplicación. Al no examinar de fondo el caso, no estudiar el contenido del derecho fundamental al habeas data, y no cuestionar la validez de esta premisa, los jueces de instancia convalidaron la vulneración de los mentados derechos fundamentales.

Consideramos que el problema jurídico del presente caso es: ¿puede el concesionario de un aeropuerto, a partir de la interpretación de normas reglamentarias, exigir a los usuarios del servicio público de transporte aéreo la descarga de una aplicación como CoronApp (con lo que esto implica en términos de recolección de datos personales sensibles) y la exhibición del registro de información en dicha aplicación, como requisito para ingresar a sus instalaciones? Nuestra tesis es que no. Y no puede hacerlo por dos razones. Primero, porque la intervención en los derechos fundamentales tiene reserva de ley y no puede ser introducida por actos administrativos. Y segundo, porque dicha limitación, en todo caso, sería claramente desproporcionada por afectar un elemento del contenido básico del derecho fundamental al habeas data.

Para sustentar esta tesis, indicaremos cuál es el elemento del contenido básico del derecho fundamental al habeas data que resultó comprometido en este caso (1). Mostraremos por qué la interpretación realizada por los operadores aeroportuarios, que no fue debidamente controlada por los jueces de instancia, es equivocada (2). Y, posteriormente, propondremos algunas líneas de solución para mitigar la afectación de los derechos fundamentales originada con la conducta de los operadores aeroportuarios (3).

1.- El contenido del derecho fundamental al habeas data

El principio de libertad y el consentimiento.

El objeto protegido por el derecho fundamental al habeas data es el poder de controlar la suerte de la propia información. En el centro de esta idea está,

desde las Sentencias T-414 de 1992, SU-082 de 1995 y T-729 de 2002, la protección del consentimiento o de la libertad individual como presupuestos de la legitimidad constitucional de todo tratamiento de información personal. Estas nociones fueron recogidas por el Legislador estatutario que, en la Ley 1581 de 2012, reconoce el principio de libertad y la centralidad del consentimiento como fundamento de la legalidad de toda actividad de tratamiento de datos personales.

Así, **la regla general es que los datos personales no pueden ser recopilados, ni sometidos a tratamiento, sin el consentimiento libre, expreso, previo e informado de su titular**, a menos que medie mandato legal o judicial que releve dicho consentimiento. Esta regla general ha sido reconocida, desde la Sentencia T-729 de 2002, como el “principio de libertad”, y fue tipificada por el legislador en el literal c, del artículo 4, de la Ley 1581 de 2012.

La exigencia de mandato legal o judicial para las intervenciones o limitaciones al derecho fundamental al habeas data y, en concreto, para introducir limitaciones o excepciones a la garantía de la libertad para decidir sobre la suerte de la propia información personal, es la concreción de un principio clásico del constitucionalismo. Los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por el Congreso -mediante una ley- o por el Juez natural -mediante una decisión adoptada en el marco del debido proceso-. En tal sentido, las normas que consagran el principio de libertad (art. 4 de la Ley 1581 de 2012) y las excepciones al consentimiento (art. 10 de la Ley 1581 de 2012) son la concreción de las figuras de la reserva de ley y de la reserva de jurisdicción, garantías normativas e institucionales de todo derecho fundamental.

Según este contenido del derecho fundamental al habeas data, **para que los operadores aeroportuarios pudieran actuar como lo hicieron debían estar habilitados por una norma con fuerza formal y material de ley o por una orden judicial** que inequívocamente estableciese que pesaba sobre

los pasajeros la obligación de descargar y usar la aplicación CoronApp para el acceso a las instalaciones aeroportuarias, en tanto dicha obligación supone la entrega forzosa de múltiples datos personales, incluso de carácter sensible. No era este el caso. Por tanto, la vulneración del derecho fundamental al habeas data de las peticionarias no admitía entonces, ni admite hoy, lugar a dudas.

El principio de proporcionalidad de las limitaciones

Toda limitación a los derechos fundamentales debe respetar el principio de proporcionalidad. En este caso y de forma hipotética (pues, como se verá, la existencia y el sentido de tal obligación, al momento de ocurrencia de los hechos, era, por lo menos, ambigua) una limitación que ordenara la descarga de la aplicación CoronApp y la entrega de información personal sensible como requisito para ingresar a los aeropuertos sería claramente desproporcionada. En primer lugar, porque tendría la entidad de vaciar el contenido de libertad, propio del derecho al habeas data. No es libre el consentimiento para el tratamiento de los datos personales sensibles si el mismo es otorgado como una condición *sine qua non* para ingresar a los aeropuertos y para poder ejercer la libertad de locomoción. Desconociendo, además, la clara prohibición legal contenida en el artículo 6 de la ley 1581 de 2012. Este artículo prohíbe, por regla general, el tratamiento de datos sensibles. Excepto “cuando a) [e]l Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización”. Mandato legal que fue claramente incumplido en este caso, y que nuevamente nos lleva a nuestro punto de partida: la centralidad de la libertad del titular de su propia información para decidir su destino.

Una norma semejante -en un sentido hipotético para el caso, reiteramos- desconocería además los elementos característicos de las limitaciones proporcionales a los derechos fundamentales en el contexto específico en que se desplegaron sus efectos. Porque la

exigencia de entregar los datos personales sensibles, en este caso, a un tercero -el Instituto Nacional de Salud, como responsable del tratamiento de la información personal recogida por intermedio de CoronApp- no era idónea para lograr la finalidad perseguida. Esto es, no era idónea para alcanzar la protección de la salud pública a partir del tratamiento agregado de los datos personales de millones de personas; y adicionalmente, porque la misma no era necesaria para lograr dicha finalidad. No solo no era idónea ni necesaria, era, como los hechos lo han demostrado, contraproducente. En efecto, así terminó por reconocerlo el propio Ministerio de Salud al indicar que la exigencia de demostrar el registro en CoronApp como requisito para ingresar a los aeropuertos era contraproducente pues estaba propiciando condiciones para la transmisión del virus al generar aglomeraciones en las puertas de los aeropuertos¹. El resultado es trágico. En este caso se afectaron los derechos fundamentales de las peticionarias, sin que esto fuera útil o necesario para avanzar en la protección de la salud pública, y peor, se afectaron mediante conductas claramente contraproducentes para dicha finalidad.

2.- Un error interpretativo que termina en la violación de derechos fundamentales

Como afirmamos, la conducta de los operadores aeroportuarios solo sería legítima si fuese cierta la siguiente premisa: “la descarga y uso de CoronApp es obligatoria para los pasajeros en el momento de acceder a las instalaciones aeroportuarias”. Pero no lo era.

El error interpretativo: la posición de las partes.

De todas las entidades que participaron en las instancias, solo los operadores aeroportuarios defendieron dicha obligatoriedad. Lo hicieron sobre la base de

¹ En particular, desde el propio Ministerio se indicó que “en la medida que se ha venido aumentando el tráfico aéreo, se ha estado observando que las filas de los aeropuertos se convierten en un mecanismo de aglomeración, por lo que el beneficio de Coronapp se reducía.”
Fuente:
<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-expuso-las-nuevas-medidas-para-la-reactivacion-.aspx>

una única fuente: el Anexo Técnico de la Resolución 1517 de 2020², que establecía el deber de “verificar el diligenciamiento de la encuesta de viaje dispuesta para el seguimiento del viaje en la aplicación CoronApp-Colombia”. Sin mayor desarrollo argumentativo, los operadores aeroportuarios habrían deducido de este deber la obligación de los usuarios del servicio público de transporte aéreo de descargar CoronApp.

No obstante, existían entonces y existen ahora diversos argumentos para soportar la no obligatoriedad de descargar CoronApp, y de entregar por este medio información personal, como requisito para el ingreso a las instalaciones aeroportuarias.

El primero y más concluyente es que **no existe norma con rango de ley, ni orden judicial, que releve el consentimiento de los usuarios de los servicios de transporte aéreo para entregar sus datos personales sensibles**, mediante la descarga y el uso de la aplicación CoronApp. El anexo técnico de una resolución ministerial no tiene rango jurídico suficiente para desplazar el consentimiento del titular de los datos personales.

El segundo es la posición del **Instituto Nacional de Salud, responsable del tratamiento** de los datos personales obtenidos mediante CoronApp. Esta autoridad **descartó de plano dicha obligatoriedad** al señalar, en su respuesta a la demanda de tutela, que “el uso de CoronApp es voluntario y el ciudadano será libre de utilizar esta aplicación, que ningún derecho esta (sic.) sujeto a que el ciudadano instale la aplicación.”

Y por último, el tercero -ya solo con el ánimo de abundar en el análisis- es que **de la interpretación sistemática de la Resolución 1517 de 2020**

² Sobre la suerte de estas normas es importante resaltar la existencia de cambios normativos antes y durante el trámite de la presente acción de tutela. La Resolución 1517 de 2020, del 1 de septiembre de 2020, fue subrogada por la Resolución 411 del 29 de marzo de 2021. En esta última, la existencia del deber de descargar CoronApp y de demostrar el registro en dicha aplicación como requisito para ingresar a los aeropuertos es claro y no deja lugar a equívocos. Sin embargo, este deber fue derogado, 2 meses más tarde, con la expedición de la Resolución 777 del 2 de junio de 2021.

difícilmente se puede concluir la obligatoriedad de la descarga y uso de CoronApp. El numeral 3.1.1.6 establece que los operadores de aeropuertos “recomendarán” a los pasajeros la aplicación CoronApp. Recomendar, no exigir. El numeral 3.2.1.5 apunta en el mismo sentido: las aerolíneas harían la misma recomendación al realizar el *check in*, sea electrónico o presencial³. Si bien el numeral 3.5.4 refiere a la instalación de CoronApp, el subsiguiente 3.5.10 solo establece el reporte del estado de salud -a lo que se obligó a las demandantes para ingresar en las instalaciones aeroportuarias- si durante los 14 días posteriores al vuelo se presentan síntomas. Momento, en todo caso, posterior al ingreso al aeropuerto. Como puede verse, las disposiciones no eran para nada claras, ni concluyentes, en relación con el deber o la obligación de la descarga y el registro en CoronApp, con todas las implicaciones que tienen estas conductas en relación con la entrega y recolección de datos personales.

El error interpretativo: la posición de los jueces de instancia.

Por su parte, **los dos jueces de instancia olvidaron que parte de su función como garantes de los derechos fundamentales incluye el análisis formal de las intervenciones o limitaciones en los derechos fundamentales.** De haberlo hecho, habrían fácilmente confirmado la ausencia formal de tal obligatoriedad, simplemente por no estar contenida en una norma con fuerza formal y material de ley.

Pero no solo eso, también les correspondía un análisis material de las restricciones. Un análisis en clave constitucional de este caso les habría permitido advertir que no se cumplían los presupuestos para la validez material de una obligación en ese sentido. Esto es que, ni siquiera en términos hipotéticos, una obligación como esta superaría el test de proporcionalidad.

³ La inclusión de ambos no es menor puesto que el modo electrónico suele realizarse antes del ingreso en el aeropuerto, pero el presencial necesariamente después. Por lo que no solo el verbo, sino también el momento cronológico, no pueden referir a una obligación relacionada con dicho ingreso.

En lugar de esto, **los jueces de instancia desconocieron su rol y desviaron la atención del problema jurídico del caso.** El objeto de la litis estaba claramente determinado por las accionantes: revisar la constitucionalidad de la conducta de los operadores aeroportuarios de condicionar el ejercicio del derecho a la libertad de locomoción, a la entrega de datos personales vía la descarga de CoronApp. **Las peticionarias no cuestionaron la validez facial del acto administrativo que supuestamente le daba fundamento a la actuación de los operadores aeroportuarios.** Y no tenían tampoco el deber de agotar el requisito de procedibilidad de la acción de tutela de que trata el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que regula la procedencia de la acción de tutela contra particulares, como equivocadamente lo estimó el *ad quem*, por una razón muy sencilla: el Instituto Nacional de Salud, responsable del tratamiento de la información personal recogida mediante la aplicación CoronApp, es una entidad del Estado, no un particular.

3.- Algunas ideas para resolver el caso y proteger los derechos fundamentales vulnerados.

En resumen, la violación del derecho fundamental al *habeas data* y la afectación a la libertad de locomoción de las peticionarias surge a partir de la interpretación y aplicación por parte de los operadores aeroportuarios de las disposiciones del anexo técnico de la Resolución 1517 de 2020 (mediante el cual se adoptaron protocolos de bioseguridad), en torno a la aparente existencia de una obligación de descargar y exhibir la descarga y diligenciamiento de la encuesta en CoronApp como requisito para ingresar a los aeropuertos. La falta de claridad y la ambigüedad de dichas disposiciones condujo a que el uso de CoronApp terminara (*de facto*) siendo un requisito para el acceso a los aeropuertos. El uso de CoronApp es problemático porque supone la entrega de datos personales, incluidos datos sensibles. Adicionalmente, este uso de la aplicación ha sido reconocido explícitamente como voluntario en sus términos y condiciones y así lo han declarado distintas

autoridades gubernamentales. Incluso durante este proceso el INS fue claro al indicar que ningún derecho podía condicionarse a la instalación de la aplicación.

A partir de estas premisas, el caso no parece revestir gran complejidad. Aparece con claridad que la conducta de los operadores aeroportuarios afectó la libertad de locomoción y el habeas data de las peticionarias, a partir de una normatividad que no tenía la entidad suficiente para regular elementos centrales del contenido del derecho fundamental al habeas data. En concreto, la afectación de estos derechos se evidencia en que las peticionarias, para poder volar, se vieron obligadas a registrar sus datos personales en CoronApp en una conducta que no fue libre.

Los operadores aeroportuarios interpretaron las normas de la Resolución 1517 de 2020 de modo manifiestamente inconstitucional -al derivar una obligación de los pasajeros que no estaba claramente recogida, pero que además no podía estar en dicha resolución-, con el resultado efectivo y neto de vulnerar tanto la libertad de locomoción como el habeas data de las peticionarias.

La libertad de locomoción se ve limitada por un control de acceso a las instalaciones aeroportuarias que en sí mismo es inconstitucional porque depende de la entrega de datos personales a través de la aplicación CoronApp. El goce de derechos, en este caso la libertad de locomoción, no puede estar condicionado a la entrega de datos personales y, menos aún, de datos sensibles, como los relacionados con la situación de salud de las personas.

Según el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución, “[e]n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías constitucionales”. La entrega de esta información debe respetar, en todo caso, la libertad de su titular. Y, en ausencia de un mandato legal o judicial, esto se traduce en una clara violación del derecho al habeas data. Máxime si partimos de que el principio de libertad solo acepta limitaciones si estas respetan la

reserva de ley y el principio de proporcionalidad. No fue el caso. Entregar la información no era obligatorio y el acceso a los aeropuertos no podía condicionarse a esta entrega.

En este caso, la conducta de los operadores aeroportuarios y de los jueces de instancia parece concretar una práctica que debe ser rechazada de forma enérgica: la aceptación de intervenciones sustantivas en el contenido de los derechos fundamentales a partir de normas infralegales, bajo el argumento de haber sido expedidas en el contexto de una emergencia sanitaria.

Los derechos fundamentales no se pueden limitar sin respetar las garantías formales e institucionales propias de los Estados constitucionales. Esta regla aplica tanto en las situaciones de normalidad como en las situaciones de emergencia. La inobservancia de estas garantías por parte de los actores en este caso (operadores aeroportuarios, Ministerio de Salud y jueces de instancia) trajo un resultado claramente inconstitucional, en perjuicio de los derechos fundamentales de las peticionarias. En este caso: a) se aceptó la intervención o la limitación en los derechos fundamentales al habeas data y a la libertad de locomoción sin una argumentación suficiente que soportase su legitimidad; y b) se omitió cualquier consideración a las garantías normativas de los derechos fundamentales como, en el caso de autos, el rango normativo requerido para expedir las normas que ordenen o impliquen la entrega compulsiva de datos personales sensibles y la verificación de la proporcionalidad de la medida.

Finalmente, en relación con la forma de remediar las violaciones a los derechos fundamentales a la libertad de locomoción y al habeas data de las peticionarias, sugerimos a la Corte estudiar las siguientes alternativas:

En primer lugar, frente a los operadores aeroportuarios, la orden perentoria de abstenerse, en lo sucesivo, de exigir la entrega de información personal, por cualquier medio, incluida la aplicación CoronApp, como un requisito para el

ingreso a las instalaciones aeroportuarias, si dicha exigencia no está definida de forma clara y precisa en una norma con fuerza formal y material de ley.

En segundo lugar, frente al responsable de la base de datos personales conformada y alimentada mediante el uso de la aplicación CoronApp -esto es el Instituto Nacional de Salud o quien haga sus veces-, la orden de eliminar de forma definitiva todos los datos personales de las peticionarias que hayan sido registrados en ella mediante la aplicación CoronApp.

Atentamente,

Daniel Felipe Ospina Celis

C.C. 1.020.819.027

Jūan Cārlos Upegui Mejía

C.C. 94.514.290

Claudia Helena Botina Bolaños

C.C. 1.193.383.390

Víctor Práxedes Saavedra Rionda

C.E. 705.406