

Bogotá D.C., Diciembre 17 de 2020

Honorable jueza

Lina Ángela María Cifuentes Ruiz

Juzgado Cuarenta y Tres (43) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta

Radicado N. 110013337043-2020-00319-00

Actuación Impugnación acción de tutela

Accionantes: Juanita Goebertus Estrada

Alejandra Martínez Hoyos

Sol Marina de la Rosa Flórez

Claudia Julieta Duque

Accionados: Ministerio de Salud

Instituto Nacional de Salud

Aeronáutica Civil de Colombia

OPAIN S.A

Aeropuertos de oriente S.A.S

Airplan S.A.S

Nosotras, **JUANITA MARIA GOEBERTUS ESTRADA**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, domiciliada en la ciudad de Bogotá; **ALEJANDRA MARTINEZ HOYOS**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, domiciliada en Zipaquirá; **SOL MARINA DE LA ROSA FLÓREZ**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, domiciliada en la ciudad de Bogotá; y **CLAUDIA JULIETA DUQUE ORREGO**, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, domiciliada en la ciudad de Bogotá; en nuestro ejercicio del derecho a la acción de tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con los decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1983 de 2017 interponemos ante su despacho **RECURSO DE APELACIÓN** de la sentencia de tutela del Juzgado Cuarenta y Tres (43) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Cuarta notificada el día 14 de diciembre de la presente anualidad, de conformidad con los siguientes argumentos de derecho que se exponen a continuación:

Actualización de los hechos

- 1.- Al momento de presentación de la acción de tutela, la Sra. Claudia Julieta Duque tenía la intención imperiosa de viajar a visitar a sus padres dado su frágil estado de salud. Que por el temor de ser obligada a descargar y usar CoronApp en contra de su voluntad, se radicó escrito de insistencia sobre la solicitud de la medida cautelar que había sido negada en un primer momento, en tanto que la tutelante ya tenía una fecha cierta de viaje.
- 2.- Que la medida cautelar se negó en una segunda ocasión en desprecio de la amenaza imperiosa que representaba su viaje y la negativa para el ejercicio de su libertad de elegir no descargar ni usar CoronApp. Sin una medida de protección a su favor, finalmente Claudia Julieta Duque se transportó vía aérea el 6 de diciembre a visitar a sus padres.
- 3.- El día 6 de diciembre Claudia Julieta Duque fue obligada en contra de su voluntad y libertad, a descargar y usar CoronApp como condición de ingreso al aeropuerto el Dorado.

Sustentación de la impugnación

Los problemas jurídicos que se plantean por la jueza de instancia inferior y que resultan relevantes en este recurso de impugnación son los siguientes:

Primero. ¿Es obligatoria la descarga y uso de CoronApp como requisito para volar a destinos nacionales?, la respuesta a la que arribamos es que no es obligatoria:

- De acuerdo a una lectura sistemática de la Resolución 1517 de 2020
- De acuerdo a una lectura integral de la política de tratamiento de datos de la aplicación CoronApp

Segundo. Si CoronApp es obligatoria como requisito para volar a destinos nacionales ¿es esa una obligación conforme a derecho?, la respuesta a la que arribamos es que no es conforme a derecho:

- De acuerdo con una lectura de la Ley Estatutaria de Protección de Datos 1581 de 2012
- De acuerdo a un test de proporcionalidad de la obligatoriedad de dicha medida

1.- ¿Es obligatoria la descarga y uso de CoronApp como requisito para volar a destinos nacionales?

1.1 Una lectura sistemática de la Resolución 1517 de 2020 permite deducir que el uso y descarga de CoronApp no constituye una obligación para los pasajeros de vuelos con destinos nacionales.

Al respecto, la jueza de instancia inferior efectuó una lectura parcial de la Resolución 1517 de 2020 al haberse detenido exclusivamente en el contenido de los numerales 3.1.3.1 (d), 3.2.1.4 y 3.2.1.6 que mencionan los deberes que tienen a su cargo por una parte las aerolíneas y explotadores de aeronaves, sin haber referido a los deberes que tienen a su cargo los pasajeros que vuelan a destinos nacionales.

Una lectura sistemática de la Resolución 1517 de 2020 como un verdadero todo indisociable, permite comprender que las aerolíneas y los explotadores de aeronaves tienen el deber de *verificar* y *recomendar* el uso de la aplicación CoronApp. Que dichas acciones, a su turno, no están asociadas a la posibilidad de negar o condicionar el ingreso a los aeropuertos a los pasajeros que decidan, luego del proceso de verificación y recomendación, que no descargarán ni usarán la aplicación CoronApp.

Esa misma lectura sistemática permite evidenciar al mismo tiempo, que la Resolución 1517 de 2020 no impone en ningún momento para los pasajeros de vuelos nacionales, el deber de descargar y usar la aplicación CoronApp como requisito para ingresar a las instalaciones aeroportuarias del país.

El Ministerio de Salud y Protección Social en su respuesta a la acción de tutela, decide obviar toda referencia a la Resolución 1571 de 2020 para aclarar de una buena vez cuál era el propósito original de las previsiones del anexo a dicha norma de rango infralegal en la que se relaciona el uso de CoronApp en el protocolo de bioseguridad para vuelos nacionales. Las respuestas de los Aeropuertos de Bogotá, Medellín, Santa Marta y Bucaramanga sugieren, por su parte, una distinción sutil pero necesaria la cual compartimos nosotras las tutelantes.

Una cosa es la (1) obligatoriedad de la Resolución 1517 de 2020 que consagra el deber de verificar y recomendar el uso de CoronApp a cargo de aerolíneas y explotadores de aeronaves --asunto que nosotras las tutelantes en ningún momento ponemos en duda--; y otra muy distinta (2) la obligación de los pasajeros de descargar y usar la aplicación CoronApp como un requisito para volar a destinos nacionales, el cual no encuentra asidero en el texto de la citada resolución. Distinción que desestima la jueza de instancia inferior sin que medie razón alguna.

Dicha distinción se hace patente en las respuestas que las concesionarias proveyeron sobre el escrito de tutela que se refieren al deber que tienen en sus manos de *verificar* y *recomendar* el uso de CoronApp. No se refieren los aeropuertos accionados a la obligación que tienen los pasajeros de descargar y usar la aplicación móvil y dicen nada más que:

“dicho acto administrativo establece como una obligación de los operadores de los aeropuertos, la de realizar la verificación del diligenciamiento de la encuesta dispuesta para el seguimiento del viaje en la aplicación CoronApp”¹

“en cumplimiento como parte de los requisitos de ingreso se hace la validación del diligenciamiento de la encuesta de viaje de la aplicación CoronApp, se definió en el protocolo de bioseguridad de OPAIN que, como parte de los requisitos de ingreso se hace la validación del diligenciamiento de la encuesta de viaje de la aplicación CoronApp.”²

“Airplan, en su calidad de operador aeroportuario en virtud de las normas proferidas por la autoridad de Salud en el marco de la emergencia sanitaria, deberá verificar como condición para el ingreso al aeropuerto de los pasajeros y viajeros, el diligenciamiento de la encuesta de viaje dispuesta en CoronApp o la que estipule el Ministerio de Salud”³

Es más, dicha obligación de *verificación* fue ejecutada por los aeropuertos de Bogotá, Medellín, Santa Marta y Bucaramanga en la mayoría de los trayectos que efectuaron las tutelantes. Su ejecución sin embargo fue excesiva porque transgredió los límites de lo que verificar o recomendar implican, y decidieron en cambio condicionar el ingreso a las instalaciones aeroportuarias de las tutelantes a la efectiva descarga y uso de la aplicación CoronApp.

No puede entenderse de otra manera el hecho de que, por ejemplo, Alejandra Martínez junto a su pareja e hijo hubieran podido viajar en el trayecto Bogotá-Medellín sin tener que diligenciar la aplicación CoronApp, lo que requirió en todo caso una disposición considerable de tiempo de viaje y el despliegue de capacidades de negociación con los funcionarios de OPAIN quienes finalmente permitieron el tránsito luego de que la pasajera demostrara estar informada sobre sus derechos fundamentales. Un lujo de tiempo y ánimo con el que no contaron -ni del que tenían por qué disponer- las demás tutelantes que se vieron obligadas a descargar y usar la aplicación móvil.

Es tan clara esa disociación entre los deberes que tienen a cargo los aeropuertos accionados y los deberes que tienen los pasajeros que viajan a nivel nacional, que OPAIN en la respuesta a la acción de tutela comenta que tiene a su cargo *verificar* y *recomendar* el uso de CoronApp, pero que al tiempo tiene un

¹ Respuesta de Aeropuertos de Oriente citada por la jueza de instancia inferior

² Respuesta de OPAIN citada por la juez de instancia inferior

³ Respuesta de AirPlan citada por la juez de instancia inferior

protocolo alternativo para aquellos pasajeros que decidan no descargar ni usar la aplicación -- protocolo que claramente no fue atendido en los casos particulares de las tutelantes--:

“Sin embargo, en el mismo protocolo se estableció un plan alerno que consiste en hacer un registro manual del nombre, número de identificación y número de vuelo del pasajero a fin de tener la trazabilidad requerida por las autoridades sanitarias, pero sin afectar su viaje”.⁴

Entonces, la lectura detenida de la Resolución 1517 de 2020 y la sana lógica hasta ahora permiten concluir con relación a este punto argumental:

- (i) que existe la obligación de verificar y recomendar el uso de CoronApp a cargo de los aeropuertos
- (ii) que a esa obligación no le sigue la posibilidad de condicionar el ingreso a los aeropuertos al uso y descarga de CoronApp por parte de los pasajeros de vuelos nacionales,
- (iii) que la Resolución no prevé la obligación de descarga de la aplicación CoronApp por parte de los pasajeros de vuelos nacionales y en consecuencia
- (iv) que los hechos planteados en la tutela ponen de presente que los aeropuertos por los que transitaron las accionantes, ejecutaron sus obligaciones de verificación y recomendación de manera excesiva, y que dicho exceso configuró una vulneración a sus derechos fundamentales al *habeas data*, libre locomoción y unidad familiar.

No puede dejar de advertirse, Su Señoría, que de la lectura de las respuestas de los aeropuertos se extrae una conclusión relevante: se presiona en la práctica al uso de CoronApp a pesar de que la Resolución 1517 de 2020 no los obliga a ello, situación que refleja los excesos en que pueden incurrir terceros obligados a cumplir con los protocolos de bioseguridad de cuya verificación depende la autorización para la prestación de servicios, lo cual merece en sede de tutela ser evaluado respecto de otros actores y sectores económicos que han reactivado sus operaciones pues CoronApp puede estar siendo obligada en la práctica en otros espacios.

1.2 La lectura de la política de tratamiento de datos de CoronApp permite deducir que el uso y descarga de CoronApp no constituye una obligación.

Una revisión sosegada de la política de tratamiento de datos de CoronApp cuyo responsable es el Instituto Nacional de Salud, señala con relación a la obligatoriedad de la aplicación móvil:

“Uso voluntario de CoronApp Colombia.

El uso de CoronApp es voluntario y el ciudadano será libre de descargar, utilizar o desinstalar esta aplicación, así como de solicitar la eliminación de sus datos personales”⁵.

La misma previsión fue reiterada por el Instituto Nacional de Salud en la respuesta a la acción de tutela al expresar que no se previó como finalidad su empleo para condicionar el ejercicio de derechos, y que su uso y descarga una vez más, obedecen a la voluntad de la persona:

“El uso de CoronApp es voluntario y el ciudadano será libre de utilizar esta aplicación, que ningún derecho está sujeto a que el ciudadano instale la aplicación.

⁴ Respuesta de OPAIN citada por la juez de instancia inferior

⁵ Ver pag. 4 Política de Tratamiento de Datos de CoronApp

Respecto de lo anterior dice que CoronApp en ningún momento restringe o vulnera el derecho fundamental a circular libremente por el territorio colombiano, puesto que no está dentro de sus finalidades (...)”.⁶

Aun cuando la política de tratamiento de datos señala sin lugar a dudas que el uso de CoronApp es libre y voluntario, no puede desestimarse el relato fáctico de las tutelantes que fueron obligadas a descargar y usar en contra de su voluntad una aplicación que fue concebida para ser empleada, una vez más, de manera libre y voluntaria.

Ésta situación hace patente la incompatibilidad del actuar de los aeropuertos que en la ejecución defectuosa de sus deberes de verificar y recomendar el uso de la aplicación decidieron exigir a las pasajeras la descarga y uso de CoronApp para ingresar a las instalaciones aeroportuarias, siendo que la *finalidad* de la aplicación móvil no es restringir la movilidad o tránsito de las personas y mucho menos obligar a las personas a su uso.

Lo que esto sugiere, no es otra cosa distinta a la configuración de una violación a la política de tratamiento de datos de CoronApp por parte de los aeropuertos y de la que son responsables, no porque tengan a cargo el tratamiento de datos, sino porque con su accionar viciaron de entrada el consentimiento de las tutelantes que bajo presión, y sin ninguna alternativa --salvo en el único trayecto en que Alejandra Martínez con mucho esfuerzo pudo escapar de dicha imposición--, tuvieron que usar sus teléfonos móviles, descargar la aplicación CoronApp y registrar sus datos personales en tanto que no hacerlo implicaría para cada una un costo muy alto: el de pérdida de cada uno de sus vuelos, o la inversión de un tiempo adicional y valioso para negociar y explayarse con los funcionarios de cada aeropuerto tal y como, reiteramos, logró hacerlo en una sola ocasión Alejandra Martínez.

De ese modo, haber obligado a las tutelantes a entregar sus datos en una aplicación que no querían usar y que fue diseñada para ser usada y descargada de manera voluntaria y libre, no solo configura una violación a la política de tratamiento de datos, sino que pone en evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de las tutelantes al *habeas data* y la libre locomoción de las mismas.

El derecho de *habeas data* habilita a determinadas facultades asociadas al tratamiento de los datos personales (poder modificarlos, suprimirlos, actualizarlos, etc.) pero sobre todo, ampara el ejercicio de la autonomía de la voluntad del titular quien en ejercicio de su derecho, está en la libertad de decidir si entregar sus datos personales. Las tutelantes, según el relato fáctico, no decidieron la entrega de sus datos personales a través de CoronApp de manera libre, fueron obligadas a hacerlo.

Extraña en ese sentido que la jueza de instancia inferior hubiera apreciado por su parte que no hubo vulneración del derecho de *habeas data* porque, en su parecer, no había sido presentada evidencia que probara el uso indebido de los datos de las tutelantes al decir:

“no se puede evidenciar que la autoridad encargada de la protección de datos personales que se consignan en la aplicación móvil que en este caso corresponde al Instituto Nacional de Salud, haya incurrido en la transferencia o uso indebido, de los datos personales de las aquí demandantes, como tampoco de los demás usuarios que descargan la aplicación”.⁷

⁶ Respuesta del Instituto Nacional de Salud citada por la juez de instancia inferior

⁷ Fallo de la jueza de instancia inferior, pg.20

Su Señoría, nosotras no sugerimos ni pretendimos probar el uso indebido de los datos, ni sugerimos que se haya incurrido en errores de seguridad en su transferencia. Lo que pusimos de presente en todo momento fue el desconocimiento grave que se hizo por los aeropuertos accionados del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad que nos habilitaba a cada una a elegir no usar y no descargar CoronApp. Libertad que es reconocida de manera explícita por la política de tratamientos de la aplicación CoronApp y que reiteró por su parte el Instituto Nacional de Salud en la respuesta a nuestra acción de tutela. Es decir, nuestra intención es mostrar que el requisito de consentimiento libre e informado que antecede a la autorización de tratamiento de nuestros datos fue viciado y que de ahí se desprende la violación a nuestros derechos fundamentales.

De todo lo dicho hasta ahora, se desprende entonces (i) que según la política de tratamiento de datos, CoronApp es de uso libre y voluntario y que no tiene como fin restringir el derecho a la circulación de las personas, (ii) que las tutelantes fuimos obligadas a usar CoronApp en contra de nuestra libertad y voluntad para transitar en aeropuertos y por tanto, abordar aviones, (iii) que dicha obligación impuesta por los aeropuertos de Bogotá, Medellín, Santa Marta y Bucaramanga constituyó una violación de la política de tratamiento de datos al viciar el consentimiento de nostras las tutelantes y contrariar la previsión según la cual CoronApp es de uso libre y voluntario, y (iv) que ese vicio de la autonomía de las titulares de los datos personales, es de suyo una vulneración del derecho de *habeas data*.

2.- Si CoronApp es obligatoria como requisito para volar a destinos nacionales ¿es esa una obligación conforme a derecho?

Emprendamos ahora, Su Señoría, el ejercicio argumental contrario suponiendo, como lo hizo la jueza de instancia inferior, que el uso y descarga de CoronApp es obligatorio para pasajeros que quieran volar a destinos nacionales. Obligación que, tal y como hemos dejado claro más arriba, no es impuesta por la Resolución 1517 de 2020 para pasajeros de vuelos internos. La pregunta que conviene formular, a partir de dicho supuesto, es si tal obligación es o no conforme a derecho.

Para efectuar este análisis conviene tener en cuenta lo siguiente (i) que la Resolución 1517 de 2020 es de rango infra legal y como tal, no puede imponer restricciones efectivas al ejercicio de derechos fundamentales, que (ii) no existe a la fecha ley propiamente expedida por el Congreso de la República que ordene el uso de CoronApp para volar a destinos nacionales, t, (iii) que ningún Decreto Ley de los que fue expedido por el Ministerio de Salud en el marco de la emergencia económica, ecológica y social, alude directa ni indirectamente al uso obligatorio de CoronApp a cargo de pasajeros en el marco de los protocolos de bioseguridad para vuelos internos.

¿Cómo emprender pues, este análisis?, teniendo en cuenta, por supuesto, las condiciones según las cuales es legítimo limitar derechos fundamentales en atención a la interpretación restrictiva que se impone en dichas circunstancias. Y verificando, como paso seguido, si tales condiciones se configuran o no en el caso particular de las tutelantes.

Reiteramos previo a emprender este ejercicio argumentativo, que nuestra intención, Su Señoría, no es la de cuestionar la obligatoriedad ni el contenido de un acto administrativo por lo que no tiene sustento el decir de la jueza *a quo* en que se está retando un acto administrativo “general, impersonal y abstracto”⁸. Lo que se somete a examen es la obligatoriedad del uso y descarga de CoronApp como

⁸ Fallo de la jueza de instancia, pg. 18

requisito para volar, obligación cuya fuente normativa sigue siendo indeterminada y que no obstante se materializó en los actos desplegados por los aeropuertos accionados.

En nuestro escrito de tutela reconocimos, Su Señoría, que no hay derechos absolutos y que el derecho de nosotras las tutelantes al *habeas data*, la libre circulación y la unidad familiar podría limitarse bajo circunstancias específicas. Como el derecho de *habeas data* es el eje articulador cuya vulneración desencadenó a manera de cadena causal la vulneración de otros derechos, efectuaremos nuestro análisis en apego a las condiciones que advierte nuestro marco constitucional para la limitación de ese derecho fundamental en exclusivo. Empecemos.

2.1 No es conforme a derecho la obligación de descargar y usar CoronApp según la Ley 1581 de 2012 de protección de datos

La Ley 1581 de 2012 sobre protección de datos prevé, como excepción al consentimiento del titular para autorizar el tratamiento de sus datos -es decir, como excepción a su libertad y voluntad para usar o no CoronApp en nuestro caso- los supuestos consagrados en el artículo 10 “casos en que no es necesaria la autorización”. El artículo 10 de la Ley Estatutaria de Protección de Datos 1581 de 2012 establece lo siguiente:

Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

- a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;
- b) Datos de naturaleza pública;
- c) *Casos de urgencia médica o sanitaria;*
- d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;
- e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley. (Subrayado propio)

El artículo 10 (lit. c) bajo cita establece que es posible obviar la autorización de la persona en casos de urgencia médica o sanitaria. No obstante, debe resaltarse que la Corte Constitucional, en la sentencia que analizó la exequibilidad de la Ley 1581 de 2012 C-748 de 2011 puso de presente que dicha excepción:

*“opera sólo en los casos en que dada la situación concreta de urgencia, no sea posible obtener la autorización del titular o resulte particularmente problemático gestionarla, dadas las circunstancias de apremio, riesgo o peligro para otros derechos fundamentales, ya sea del titular o de terceras personas”.*⁹ (subrayado propio)

Seguramente, Su Señoría, cualquier persona luego de la lectura del artículo 10 (lit. c) arribaría temprano a la conclusión de que, por ser la pandemia producto del COVID-19 un evento que configura una verdadera emergencia sanitaria, aquello daría lugar al supuesto de hecho necesario según

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

la norma en comento para que el consentimiento o la voluntad y libertad de usar CoronApp, se torne irrelevante por el período en que la misma pandemia dure.

Sin embargo, debe recordarse que se trata de una excepción legal, y que como tal, su interpretación debe ser restrictiva, aplicada solo a casos concretos. Hacer una interpretación abstracta y general de dicha excepción no solo es efectista sino que impone una limitación indefinida al ejercicio de un derecho fundamental.

Tal y como lo advierten expertos que sostienen esta misma aproximación en torno al literal c del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 “[l]a situación de emergencia sanitaria no puede servir de atajo para la captura masiva o para el tratamiento inconsulto de los datos personales, ni resultar en esa suerte de catástrofe que justifica el sacrificio de la libertad en el ara de la eficiencia”.¹⁰

La interpretación restrictiva de una excepción, obliga al intérprete a “respetar en la mayor medida posible el tenor literal de los enunciados normativos en cuestión”.¹¹ En ese sentido, lo previsto por el literal (c) del artículo 10, la excepción al consentimiento para justificar la obligación de descargar y usar CoronApp en los eventos de urgencia médica o sanitaria, aplica siempre que concurren los supuestos que advirtió la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad de dicha norma que exige:

Primer supuesto necesario: que se trate de casos concretos de urgencia médica o sanitaria que afecten a una persona en particular

Segundo supuesto necesario: que sea problemático obtener el consentimiento de esa persona en esa circunstancia particular

Tercer supuesto necesario: que estén en riesgo o peligro otros derechos del titular del dato o de terceros

De otra mano, una lectura alternativa que decida insistir en la aplicación del literal c del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 para justificar la obligación para que pasajeros de vuelos nacionales descarguen y usen CoronApp para viajar, podría preguntar lo siguiente: ¿puede entenderse que el temor de contagio del covid-19 constituye un peligro o riesgo para el ejercicio de derechos del titular o de terceros?

Dicha pregunta sin embargo, se responde a sí misma cuando se revisan los supuestos que enuncia la Corte Constitucional, veamos:

Primer supuesto necesario: El covid-19 no es un caso personal de emergencia o urgencia médica que inhabilite a la persona a decidir libremente el uso y descarga de la aplicación CoronApp para volar.

Segundo supuesto necesario: El tránsito particular de una persona por un aeropuerto no torna “particularmente problemático” gestionar la obtención de su consentimiento para descargar o usar CoronApp, máxime cuando esta se dirige de manera libre, consciente y autónoma al aeropuerto para trasladarse.

¹⁰ Ver [“La excepción que fue regla”](#) por Víctor Praxedes Saavedra y Juan Carlos Upegui, investigadores de Dejusticia que ahondan sobre el impacto que tiene una lectura facilista del lit. c del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-461, 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Por tanto, en respuesta a la pregunta anterior, Su Señoría, el segundo supuesto no se configura y al no tener lugar, no solo releva el análisis del tercer supuesto, sino que derriba la configuración de la aplicabilidad del literal c del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 en sí misma.

Reconocemos que la pandemia significa una situación que torna relevante el cuidado de la salud colectiva, pero su presencia indefinida en el escenario global mal podría servir como justificador automático para la suspensión indefinida e incondicionada de los derechos fundamentales -supuesto que ni siquiera es aceptado en la vigencia de estados de emergencia o excepción-

Entonces, se desprende hasta ahora, que según la lectura de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 de protección de datos, la obligación de descargar y usar CoronApp como requisito para volar a destinos nacionales, no encuentra sostén alguno en la literalidad de su texto y lo contenido en el artículo 10 lit. c

2.2 No es conforme a derecho la obligación de descargar y usar CoronApp una vez efectuado el test de proporcionalidad

La jueza de instancia inferior tiene razón al decir que:

“es legítima la limitación de un derecho siempre y cuando: i) no se afecte el núcleo esencial del derecho fundamental, ii) se señale que la justificación de la limitación con las causas de la perturbación que esto genere, y iii) se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad y motivación de la norma”.¹²

Nuevamente se echa en falta la omisión del Ministerio de Salud que no contribuyó con sus respuestas a resolver el problema jurídico en ciernes ni aportó ninguna justificación sobre la limitación de nuestro derecho a consentir, en la medida en que, como lo probamos, fuimos obligadas a descargar y a usar CoronApp para viajar a destinos nacionales en el marco de los protocolos de bioseguridad. El Ministerio de Salud y Protección Social no contribuyó con ninguna propuesta argumental sobre la finalidad, necesidad y proporcionalidad que satisfaría eventualmente la existencia de la obligación que permite demandar a los pasajeros de vuelos nacionales la descargar y uso de CoronApp.

Dicho trabajo argumental tampoco fue desarrollado en debida forma por la jueza de instancia inferior quien concluyó que la limitación de los derechos de nosotras las tutelantes fue legítima, ello sin que hubiera manifestado de manera clara y suficiente --en detrimento además del principio de explicabilidad de las decisiones judiciales-- el camino de razones que fue emprendido por ésta para arribar a dicho puerto.

Nuevamente, tal y como lo hicimos en nuestra acción de tutela, proponemos a Su Señoría un test de proporcionalidad para determinar si la obligación de usar y descargar la aplicación CoronApp es o no conforme a las condiciones que la propia jueza de instancia señaló como necesarias para determinar la legitimidad de la limitación de un derecho fundamental.

Conviene recordar que el test de proporcionalidad, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional consta de la satisfacción argumental de los criterios de idoneidad, necesidad, razonabilidad -o test de proporcionalidad en sentido estricto-

¹² Fallo de la jueza de instancia

Por el requisito de idoneidad debe entenderse la:

“adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.”¹³

Por el requisito de necesidad se hace referencia:

“a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.”¹⁴

El criterio de razonabilidad o test de proporcionalidad en sentido estricto:

“permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico (sic) modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia.

Así, desarrollamos el test de proporcionalidad de la siguiente manera:

→ **Idoneidad:** *no se sabe cómo la obligatoriedad del uso y descarga de CoronApp para pasajeros a nivel nacional contribuye al cuidado de la salud pública en la pandemia.*

La idoneidad de una medida requiere cumplir dos supuestos. Primero, que la finalidad perseguida no esté prohibida por la Constitución Política. Segundo, que la medida prevista, logre en efecto el fin supuesto.

En ese sentido, el cuidado de la salud pública es un fin constitucionalmente permitido (art. 49 de la Constitución Política), a lo que cabe la pregunta sobre cuál es el fin concreto que persigue la obligatoriedad del uso y descarga de CoronApp para vuelos nacionales en la pandemia ¿se pretende detectar casos de pasajeros sintomáticos?, ¿se pretende facilitar el rastreo de personas que tuvieron contacto estrecho con un pasajero que tuvo síntomas positivos de contagio?, ¿qué es lo que persiguen en concreto las autoridades aeroportuarias al exigir la aplicación móvil como condición para ingresar a los aeropuertos y para abordar un vuelo con destino nacional?

Sin duda, el cuidado de la salud pública es prioridad pero se precisan fines concretos para saber si el medio elegido responde a su logro de lo contrario, cualquier medio empleado será visto como valioso para el logro de ese fin abierto e indeterminado que es “el de cuidado de la salud pública”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia, C-144, 2012, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez

¹⁴ ídem

Retomemos en todo caso, lo dicho por el Instituto Nacional de Salud en la contestación de la acción de tutela al decir que CoronApp:

“es una estrategia tecnológica de vigilancia digital que permite apoyar el proceso de respuesta en salud pública frente a la emergencia por COVID-19. CoronApp establece la frecuencia y distribución de síntomas autorreportados por los usuarios de la CoronApp, definiendo categorías de riesgo. **Realiza un sentimiento continuo y sistemático a través de un mecanismo de vigilancia participativa** con el fin de presentar datos e información útil y oportuna para orientar estrategias de prevención y control en el marco de la pandemia por COVID-19”¹⁵ (subrayado propio)

Sin embargo, no es claro de modo alguno cómo la descarga obligatoria y el uso de una aplicación móvil contribuye a ese fin abierto y amplio como lo es el cuidado de la salud pública en la pandemia que advierte el INS en su respuesta. De dicha respuesta, es preciso llamar además la atención por el reconocimiento de CoronApp como mecanismo participativo lo cual por sí mismo se apoya en la naturaleza voluntaria y libre de su uso y descarga.

Por tanto, no se satisface el requisito de idoneidad pues no se sabe cómo la obligatoriedad del uso y descarga de CoronApp para pasajeros a nivel nacional, contribuye -y cómo- al cuidado de la salud pública -como fin valioso pero indeterminado- en las actividades asociadas al tránsito aéreo de pasajeros. CoronApp no pasa de ser una forma experimental de cumplir el registro de contactos que forma parte de la estrategia de rastreo de contactos -que abordamos en detalle en nuestro escrito de tutela-

→ **Necesidad:** *Existen otras medidas idóneas que permitan lograr el fin que se desea vinculado al cuidado de la salud pública en el tránsito aéreo nacional por lo que la obligatoriedad de descarga y uso de CoronApp no se justifica.*

El análisis sobre la necesidad de una medida implica la valoración sobre alternativas menos invasivas del derecho que se pretende limitar y que puedan conducir igualmente a la realización del fin querido que es, por supuesto, el cuidado de la salud pública en las actividades asociadas al tránsito aéreo nacional.

¿Qué alternativas pueden ser menos invasivas de la privacidad y que además no sean excluyentes y permitan llevar a cabo la trazabilidad de pasajeros que eventualmente pudieron haber estado expuestos al covid-19 y que puede constituir en sí mismo un fin necesario?

Si lo que se pretende es facilitar el contacto de la persona que pudo haber estado expuesta en su vuelo al contagio de covid-19, puede serle requerido el deber de informar, previo al abordaje de su vuelo, bien a través de un *canal digital o físico* -con alternativas que pueda elegir la persona de manera libre y voluntaria-, sus datos de contacto en caso de ser requerido por las autoridades sanitarias para avisarle sobre su eventual exposición al virus.

Como medida alternativa al uso de CoronApp, se puede emplear --tal y como lo ha propuesto OPAIN en su propio protocolo-- el registro de datos de contacto de la persona, con datos básicos como nombre, correo y teléfono celular. Una medida sin duda mucho menos invasiva de la privacidad y que

¹⁵ Respuesta del Instituto Nacional de Salud citada por la juez de instancia inferior

las personas deben poder elegir libremente. El registro de datos de contacto como su nombre, número de teléfono o correo electrónico que, siendo datos personales, *no son sensibles* y no detallan información asociada a su vuelo ni destino final, lo que resultaría en últimas siendo mucho menos invasivo del derecho a la intimidad.

A manera de ejemplo de alternativa útil para considerar, debe decirse que, en el marco del Convenio 108 “para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal” del Consejo de Europa, se publicó el informe “Soluciones digitales para combatir el COVID-19” que analiza las medidas tomadas por los países miembros en esta materia.

Aunque Colombia no forma parte del mismo --habiendo dado pasos en 2019 para unirse--, el documento sirve como un referente de los estándares internacionales que pueden guiar a los Estados en la aplicación de medidas excepcionales ante la pandemia. El informe es claro en afirmar que la emergencia no sirve de cheque en blanco para la toma de medidas excepcionales que afecten la privacidad de las personas:

Los países pueden invocar la base jurídica de interés público con referencia a las disposiciones de la legislación sanitaria para contener una pandemia, o las disposiciones generales que permiten a las autoridades regionales mantener el orden. Este motivo ha sido invocado por los países que han introducido escáneres de temperatura obligatorios en las fronteras, los aeropuertos y los lugares públicos o el registro obligatorio de los datos de contacto para las visitas a cafés y restaurantes con el fin de localizar los contactos. Sin embargo, para poder invocar con éxito esta base jurídica, debe existir un vínculo muy estrecho entre la ley y el propósito de interés público, y el país debe asegurar que la tramitación sea estrictamente necesaria para este fin.

Como hemos dicho hasta ahora las tutelantes no desconocemos la relación de interés público entre la medida de registro obligatorio de datos de contacto para el ingreso al aeropuerto y abordaje del avión, pero, eso no hace extensivo el vínculo justificante a las excepciones de la Ley 1581 de 2012 porque, entre otras razones, CoronApp no es la única forma de tramitar esta medida. Los aeropuertos deben cumplir la medida sin violentar la libertad de las personas para decidir libremente usar o no CoronApp y deben hacerlo de forma tal que esa decisión no sea más onerosa de lo normal.

→ **Proporcionalidad en sentido estricto:** *el sacrificio del derecho a la intimidad que supone la obligatoriedad de descarga y uso de la aplicación CoronApp como requisito para viajar vía aérea a nivel nacional, no logra compensar la satisfacción del fin propuesto que apunta al cuidado de la salud pública.*

Siendo que hay en efecto alternativas menos invasivas para el logro del fin propuesto -y que delimitamos más arriba-, la limitación excesiva del derecho a la privacidad que supone no solo la entrega de datos sensibles sobre la salud, tránsito y destino de la persona con condición para poder volar en el país, sino que su entrega además debe ser obligada, no se compensa con el logro del cuidado de la salud pública máxime cuando la efectividad de este tipo de herramientas todavía sigue en duda según así lo ha afirmado la misma Organización Mundial de la Salud.¹⁶

¹⁶ Organización Mundial de la Salud, (2020). Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing, disponible en: https://www.who.int/ethics/publications/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1/en/

Interpretar esta limitación desemboca en una autorización para condicionar la suscripción y ejecución de contratos (en este caso de transporte por vía aérea) a la entrega de información personal que en nada se relaciona con este. Peor aún, implica el condicionamiento a partir de la entrega de información personal a terceros que no tienen relación con la ejecución de dicho contrato. Esto sería comprensible si la información de alguna forma sirviera para facilitar el desarrollo del vuelo, o la protección de otros pasajeros en él, pero, como se ha explicado, no hay certeza de que CoronApp pueda cumplir ese fin. En este aspecto resaltamos la experiencia comparada del Reglamento de protección de datos personales de la Unión Europea, que establece que “Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento”¹⁷.

→ **Por tanto**, la descarga y uso obligatorio de la aplicación móvil CoronApp como un requisito para el transporte aéreo a nivel nacional no es proporcional y no puede, en ese sentido, ser exigido por las autoridades aeroportuarias del país.

En ese sentido, Su Señoría, insistimos en afirmar que la política aplicada por aeropuertos y sus funcionarios, la cual obliga a pasajeras como nosotras a descargar y usar CoronApp para volar a nivel nacional, es del todo desproporcionada y no se ajusta a derecho.

Petición

Su señoría, de manera respetuosa solicitamos al Honorable Tribunal de tutela de segunda instancia que **REVOQUE** la sentencia de primera instancia proferida por la Honorable Jueza Cuarenta y Tres (43) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá -Sección Cuarta-, y que en su lugar acceda a las siguientes pretensiones:

Primero. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social aclarar por los medios que sean necesarios y especialmente a las aerolíneas y todas las autoridades, operadores y aerolíneas que operan el servicio de transporte aéreo nacional, que *no se puede obligar a personas que viajan a nivel nacional a descargar y usar la aplicación CoronApp* y que su no descarga no puede significar un obstáculo o impedimento para ingresar a las instalaciones aeroportuarias del país y que el contenido de la Resolución 1517 de 2020 debe ser respetado en el sentido en que insiste en recomendar o sugerir su uso, por lo que las personas no están obligadas a ello.

Segundo. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social señalar que los aeropuertos y explotadores de aeronaves deben contar con alternativas de trazabilidad para pasajeros expuestos al COVID-19 tanto a través del uso voluntario de medios digitales (incluso más allá de CoronApp) y analógicos, sin que su provisión constituya en todo caso una condición para el derecho a la libre locomoción en aeropuertos nacionales. En este sentido, pedimos a Su Señoría se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social la necesidad de que en dichas alternativas, se capture la mínima cantidad de información útil para tal fin.

¹⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE), Recital 43.

Tercero. Ordenar a la concesionaria OPAIN S.A. (operadora del aeropuerto El Dorado de Bogotá), la concesionaria Aeropuertos de Oriente (operadora del aeropuerto de Santa Marta y del aeropuerto de Bucaramanga) y Airplan (operadora del Aeropuerto José María Córdova), a proveer entrenamiento a su personal para que de ninguna manera se pueda obligar nuevamente a pasajeros que viajan a nivel nacional a descargar y usar la aplicación CoronApp, y que dichas entidades aclaren que su no uso o descarga puede servir de manera alguna como una razón para impedir o negar el ingreso de pasajeros a las instalaciones aeroportuarias del país. Los mecanismos alternativos no podrán ser tan onerosos que en la práctica supongan una presión disfrazada de voluntariedad para el uso de CoronApp, esto sería equivalente a viciar una vez más el consentimiento de las personas en la instalación y uso de la aplicación.

Tercero. Se ordene al Instituto Nacional de Salud la eliminación inmediata de la información suministrada a través de CoronApp por parte de Juanita María Goebertus, Alejandra Martínez Hoyos, Sol Marina de la Rosa Flórez y Claudia Julieta Duque y se las notifique de la realización exitosa de dicho procedimiento.

Cuarto. Se ordene al Instituto Nacional de Salud incluir en su política de tratamiento de datos la prohibición que tienen las autoridades públicas de exigir la descarga y uso de CoronApp como condición para volar a nivel nacional.

Suscriben con deferencia,

Juanita María Goebertus Estrada
C.C. 35.221.518 de Bogotá

Alejandra Martínez Hoyos
C.C. 32.354.659 de San Luis Antioquia

Sol Marina de la Rosa Flórez
C.C. 32'529.617 de Santa Marta

Claudia Julieta Duque Orrego
C.C. 42.097.329

Fin