



Bogotá D.C. 8 de junio de 2020.

Doctor

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Consejero

Consejo de Estado

secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

notifsibarra@consejoestado.ramajudicial.gov.co

Calle 12 # 7-65

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Rad 11001-03-15-000-2020-01901-00

Resolución n.º 000666 de 24 de abril de 2020, por medio de la cual se adoptó el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19.

Respetado Consejero Pazos:

Angélica María Pardo López con CC. 1.020.738.521 de Bogotá, docente investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia; Diego Alejandro Borbón Rodríguez con CC. 1.010.247.360 de Bogotá, estudiante de la facultad de derecho de la Universidad Externado de Colombia y monitor del Centro de Investigación en Política Criminal; y María Juliana Munar Palacios con CC. 1.001.301.355 de Tabio/Cundinamarca, estudiante de la facultad de derecho de la Universidad Externado de Colombia y monitora del Centro de Investigación en Política Criminal, actuando en calidad de ciudadanos y con fundamento en lo previsto en el numeral 2 del artículo 185 del C.P.A.C.A, presentamos a ustedes nuestro concepto sobre la legalidad de la Resolución 666 de 24 de abril de 2020 del Ministerio de Salud, por medio de la cual se adoptó el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19. Al respecto, solicitamos al Consejo de Estado declarar la nulidad de los artículos **3.1.5, 3.1.10, 3.2.2 y 3.2.3** de dicha Resolución y los **apartes 4.1 (puntos 2, 4, 7 y 9), aparte 4.7 (puntos 2, 5, 6, 10 y 11), aparte 5.1 (puntos 6 y 7) y aparte 6 (puntos 1, 4 y 5)** del Anexo Técnico que la acompaña y hace parte integral de la misma.

Normas cuya legalidad se cuestiona:

Artículo 3.1.5 [Responsabilidades del empleador] Reportar a la EPS y a la ARL correspondiente los casos sospechosos y confirmados de COVID-19.



Artículo 3.1.10 [Responsabilidades del empleador] Promover ante sus trabajadores y contratistas que tengan celulares inteligentes el uso de la aplicación CoronApp para registrar en ella su estado de salud.

Artículo 3.2.2 [Responsabilidades del trabajador] Reportar al empleador o contratante cualquier caso de contagio que se llegase a presentar en su lugar de trabajo o su familia para que se adopten las medidas correspondientes.

Artículo 3.2.3. [Responsabilidades del trabajador] Adoptar las medidas de cuidado de su salud y reportar al empleador o contratante las alteraciones de su estado de salud, especialmente relacionados con síntomas de enfermedad respiratoria y reportar en CoronApp

Anexo técnico

Aparte 4.1. Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST

Segundo punto: “Establecer un sistema de verificación para el control en el momento de la notificación positiva (preferiblemente digital), en el que cada trabajador y persona que presten los servicios para la empresa, registren todas las personas y lugares visitados dentro y fuera de la operación, indicando: Fecha, lugar, nombre de personas o número de personas con las que se ha tenido contacto, en los últimos 10 días y a partir del primer momento de notificación, cada día.”

Cuarto punto: “Reporte diario, vía correo electrónico o telefónico o a través de la aplicación CoronApp, sobre el estado de salud y temperatura del personal en trabajo en casa o en trabajo remoto, de acuerdo con autodiagnóstico que permita identificar síntomas y trayectorias de exposición al COVID-19 de los trabajadores.”

Séptimo punto: “Establecer el canal de información entre el empleador, la EPS, la ARL y el trabajador para que informe cualquier sospecha de síntoma o contacto estrecho con personas confirmadas con COVID-19 y manejarlo de manera confidencial.”

Noveno punto: “Se debe desarrollar un proceso diario de monitoreo de estado de salud y temperatura del personal. En lo posible, utilizando termómetro láser o digital (al cual se le debe realizar la limpieza y desinfección después de cada uso), realizando la toma al ingreso y salida del turno por trabajador, con el debido registro nominal en formato establecido por la empresa. Esta medida también aplica al personal en trabajo en casa o en modalidad remota, los cuales deberán reportar su estado de salud y toma de temperatura, mediante correo electrónico o vía telefónica a su jefe inmediato o área de seguridad y salud en el trabajo según estructura orgánica de la empresa.

Aparte 4.7. Manejo de situaciones de riesgo por parte del empleador

Segundo punto: Implementación de un canal de comunicación directo con los trabajadores y todo aquel que se encuentre dentro de las instalaciones, informe inmediatamente sobre cualquier eventualidad de salud que presente dentro de la empresa o de personas que avizoren síntomas de mal estado de salud.



Quinto punto: “Manejo de situaciones de detección de algún trabajador enfermo y cruce con la información de personal con quienes ha estado en contacto (cerco epidemiológico)”

Sexto punto: Identificar posibles contactos al interior de la empresa, e informar oportunamente a los potenciales contactos, en caso de identificarse trabajadores positivos para COVID-19, así como comunicar dichos casos ante las autoridades de salud competentes.

Noveno punto: El trabajador debe informar a la EPS en las líneas de atención que ésta disponga para que inicie el protocolo estipulado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Décimo punto: “Se debe establecer un proceso para el manejo en situaciones de detección de algún trabajador o prestador de servicios, proveedor o cliente enfermo y realizar el cruce con la información de personas con quienes ha estado en contacto, dicha persona, esto también para proveedores y clientes. (Nexo epidemiológico).”

Undécimo punto: “Cuando algún trabajador experimente síntomas respiratorios en casa, debe informar al empleador para que se pueda realizar el aislamiento preventivo en casa. El trabajador debe informar a la EPS en las líneas de atención que esta disponga para que inicie el protocolo estipulado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Aparte 5.1 Prevención y manejo de situaciones de riesgo de contagio.

Prevención de contagio

Sexto punto: “Establecer canales de información para que los trabajadores informen cualquier sospecha de síntoma o contacto con personas diagnosticadas con COVID-19”

Séptimo punto: “Utilizar la aplicación CoronApp, disponible en Android e iOS, para reportar su estado de salud y de su grupo familiar.”

Aparte 6. Pasos a seguir en caso de presentar una persona con síntomas compatibles con COVID-19.

Si una persona presenta síntomas de COVID-19 como fiebre, tos, dificultad para respirar se cumplirá con el siguiente procedimiento:

Primer punto: “Comunicar a su jefe inmediato, verificar que está usando el tapabocas de manera adecuada y deberá ubicarlo en una zona de aislamiento identificada previamente”

Cuarto punto: “Si el trabajador se encuentra en su casa y presenta síntomas de fiebre, tos, dificultad para respirar o un cuadro gripal, deberá contactarse telefónicamente con su jefe inmediato para poner en su conocimiento la situación y tanto el empleador como el trabajador deberán reportar el caso a la EPS y a la secretaría de salud que corresponda para que evalúen su estado.

Quinto punto: Realizar una lista con todas las personas que han estado en contacto estrecho (a menos de 2 metros por más de 15 minutos) con el caso confirmado en los últimos 14 días. Dicha lista se entregará a la secretaría de salud correspondiente para dar seguimiento y los



contactos identificados estarán en aislamiento preventivo por 14 días. Este grupo de personas deberán reportar el cambio de su condición en la aplicación CoronApp.

[Los apartes subrayados son aquellos de los cuales se cuestiona la legalidad]

La presente intervención sostiene en cinco puntos los motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad por los cuales solicitamos la declaratoria de nulidad de las normas anteriormente citadas. En primer lugar, se expondrá cómo la Resolución 666 de 2020 viola el principio de reserva de ley estatutaria, y los derechos a la dignidad humana, la privacidad, a la no discriminación y la libertad. En segundo lugar, se argumentará que se presenta además violación a la ley estatutaria de protección de datos (1581 de 2012) y el decreto que la regula (1377 de 2013) al infringir el régimen que esas normas establecen para el tratamiento de datos sensibles. En tercer lugar, se analizará cómo las normas cuestionadas transgreden los principios de libertad, veracidad, transparencia y seguridad establecidos por la ley estatutaria de protección de datos. En cuarto lugar, se expondrán tres consecuencias negativas de la aplicación de las normas impugnadas, puesto que contrarían el orden democrático. Por último, en quinto lugar, se hará un test de proporcionalidad en el que se analizarán detalladamente las medidas impuestas por la Resolución en relación con los derechos que pretende proteger.

I. LA RESOLUCIÓN 666 DEL 24 DE ABRIL DE 2020 VIOLA LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA, Y LOS DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA, LA PRIVACIDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y LIBERTAD

La Constitución Política de 1991 establece una especial protección a los derechos fundamentales y dificulta sus limitaciones. En ese sentido, se establece en el artículo 152 de la Carta que, exclusivamente, mediante ley estatutaria se podría regular derechos y deberes fundamentales. La naturaleza teleológica de esta exigencia es dificultar la restricción de dichas libertades individuales. Así, para la aprobación, modificación o derogación de una ley estatutaria se exige, siguiendo el artículo 153, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y que se apruebe dentro de una sola legislatura. Tal es la importancia de la protección constitucional de los derechos fundamentales, que, además del proceso legislativo más riguroso, se establece la revisión previa por parte de la Corte Constitucional antes de que el proyecto en cuestión adquiera su fuerza de ley.

Para ese propósito, incluso, resulta importante señalar que la Constitución Política estableció en su artículo 150 la prohibición de que el congreso ceda su competencia de elaborar leyes estatutarias al Presidente de la República. Por otra parte, también se consignó la prohibición de que en el marco de los estados de excepción se suspendan derechos y libertades, así como se exige que, en el transcurso de esas especiales circunstancias, se mantengan los controles políticos y jurídicos al poder que adquiere el ejecutivo (artículo 214 C.P).

Así entonces, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la facultad de expedir leyes estatutarias es competencia exclusiva del legislador, donde podría desarrollar aspectos vinculados al llamado “núcleo esencial” del derecho en cuestión. En ese sentido, en la



Sentencia C-748/2011, la Corte Constitucional define que los asuntos importantes del núcleo esencial de los derechos que pueden ser reguladas en leyes estatutarias son: “(i) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones de alcance general; y (ii) los principios básicos que guían su ejercicio”. De la misma manera, en la misma sentencia, la Corte establece que “otro elemento que puede deducirse a partir de un examen de la estructura de los derechos fundamentales es la definición de las prerrogativas básicas que se desprenden del derecho para los titulares y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos”. Precisamente, para consolidar la facultad de regular el núcleo esencial de los derechos como competencia exclusiva por parte del legislador mediante el procedimiento más restrictivo, se establece la lógica prohibición de vulnerar la reserva de ley estatutaria.

En ese sentido, lo primero que salta a la vista es que el acto administrativo en cuestión, Resolución 666 del 24 de abril de 2020, vulneraría la reserva de ley estatutaria si se encuentra que afecta el núcleo esencial de derechos fundamentales. Si se parte del supuesto de que, en efecto, el acto administrativo regula, limita o afecta derechos y libertades, sería menester abordar el siguiente problema jurídico: ¿puede un acto administrativo de carácter general limitar derechos fundamentales?

Así pues, en el marco del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - control inmediato de legalidad- se procederá a aportar dos perspectivas principales. En primer lugar, se pondrá a consideración del Consejo de Estado argumentos para sostener la posible vulneración de la reserva de ley estatutaria. En segundo lugar, el porqué no puede reputarse como legal la Resolución 666 de 2020 al rebasar la competencia reglamentaria por ser contraria a la ley estatutaria 1581 de 2012.

En Colombia los actos administrativos de carácter general se instituyen como el principal mecanismo de proyección, no sólo normativa, sino reguladora en cabeza de órganos con funciones administrativas, en este caso, el Ministerio de Salud y Protección Social. Es claro que la naturaleza de este tipo de actos busca desarrollar las funciones de la administración para cumplir los mandatos constitucionales y legales. Precisamente, el primer considerando de la Resolución 666 de 2020, hace explícita la intención de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, en el marco del artículo 2 de la Constitución, los fines del Estado. De la misma forma, en el segundo considerando de la resolución se hace referencia directa a la ley estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho a la salud. Sin embargo, precisamente por ser actos emanados de la administración y no del congreso, estos no pueden reglamentar más de lo que legal y constitucionalmente les es permitido.

Con el propósito de aportar argumentos para sostener la ilegalidad de los artículos **3.1.5**, **3.1.10**, **3.2.2** y **3.2.3** y anexos, consideramos que pueden existir suficientes razones para inferir razonablemente que se afecta el núcleo esencial de derechos como la dignidad humana, la privacidad, libertad, al trabajo y el principio de no discriminación, con lo cual se estaría vulnerando la reserva de ley estatutaria. Incluso, la Resolución 666 de 2020 podría estar excediendo su ámbito de aplicación al no reglamentar una ley, sino crear nuevos supuestos legales que a todas luces no pueden establecerse mediante un acto administrativo de carácter general.



a) Dignidad Humana y Libertad

Para fundamentar lo anterior, es imperativo partir del derecho fundamental a la dignidad humana. Es relevante mencionar que la jurisprudencia constitucional ha adoptado el concepto de dignidad humana basado “*en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo*” (T-881-02; C-542/93).

Así pues, desde la esencia del derecho a la dignidad humana, la Resolución 666/2020 establece una evidente instrumentalización del ser humano al asignarle un rol como medio y no como un fin en sí mismo. Los artículos en cuestión, **3.1.5**, **3.1.10**, **3.2.2**, **3.2.3** y anexos, sitúan a la persona como instrumento de control social y desconocen su valor intrínseco dentro de la autonomía y la libertad individual. Como se verá en posteriores puntos de esta intervención, se pondrá de presente que un punto característico de esta resolución es la implantación de dinámicas sociales de futura retaliación, sospecha mutua y denuncia social propio de los regímenes totalitarios. Esto en cuanto la resolución establece obligaciones de reportar/denunciar a los pares por, incluso, meras sospechas de contagio.

De la misma manera, esta peligrosa posibilidad, esto es, las dinámicas sociales que pueden generarse en consecuencia a la Resolución 666 de 2020, presentan un problema adicional alrededor del derecho a la dignidad humana. Este se configura en virtud de la vulneración de los principios de tratamiento de datos personales. En particular, la llamada CoronApp requiere el suministro de significativos datos personales y familiares, así como incluso de geolocalización. Sin embargo, el consentimiento para dar estos datos es de ínfima rigurosidad. Con la mera descarga de la aplicación móvil se toman como aceptadas algunas de implicaciones en materia de seguridad, intimidad y tratamiento de datos personales y con el registro en el formulario, todas las restantes. Por consiguiente, en cuanto al derecho a la dignidad humana en consonancia con la autonomía individual y libertad, el Estado falla al no informar a la persona, utilizada como objeto *de* control y como instrumento *para* el control social, sobre los derechos que estará limitando al otorgar los datos personales y los alcances que va a tener la información que está dando. Véase incluso que, para intentar persuadir a los ciudadanos de descargar la aplicación móvil, se regalan beneficios como datos de internet. De cierta forma, el Estado asume al sujeto más como un objeto de control, que ignorará sus derechos a la privacidad, información y libertad, por lo que no le informa sobre el importante consentimiento que estaría otorgando, o sobre las repercusiones a largo plazo de la renuncia, o limitación, de la privacidad. Sobre este punto, y sobre la vulneración al *habeas data*, se verá a profundidad en un punto posterior.

Por otra parte, la existencia de las obligaciones de reportar a la EPS, ARL, al empleador y a la CoronApp, son responsabilidades indefinidas, pues la Resolución no establece un límite temporal claro. Ni siquiera limita su vigencia a la duración del estado de excepción¹, que tiene claros límites constitucionales, al solo poder ser declarado inicialmente por 30 días y con prórrogas subsistir hasta por 90. La Resolución² limita su vigencia a la declaratoria de

¹ Declarado inicialmente por el Decreto 417 de 2020, por el término de 30 días. Actualmente está vigente el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 con vigencia de 30 días.

² Art. 5 Resolución 666 del 24 de abril de 2020.



“emergencia sanitaria”³, cuya vigencia termina, siguiendo la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, cuando “desaparezcan las causas que le dieron origen o, si estas persisten o se incrementan, podrá ser prorrogada”⁴. Es decir, no existe un límite legal o constitucional a una resolución de “emergencia sanitaria”, contrario a como sí lo tendría un estado de excepción, sino que está supeditada a un hecho futuro e incierto. Esto plantea varias dificultades en su choque con el derecho a la dignidad humana ligada a la autonomía individual y a la libertad. En palabras más claras: se toma al ser humano, primero como objeto de vigilancia estricta y control, y, segundo, como medio para controlar a otros. Todo esto, además, de manera indefinida en el tiempo.

Si esto no fuera lo suficientemente preocupante, desde el objeto de protección o contenido material del enunciado normativo “dignidad humana”, se afectan dos de las con tres distintas perspectivas de la dignidad desarrolladas por la Corte Constitucional:

La dignidad humana tiene tres lineamientos claros⁵ y diferenciables desde el punto de vista de la protección:

- (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
- (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).
- (iii) La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Como ya se analizó, la Resolución en cuestión se encuentra vulnerando el primer lineamiento del concepto de dignidad humana, que se entiende inescindible de la autonomía individual y la libertad (T-532/92; T-477/95; T-472/96). Pero, incluso, vulnera el segundo lineamiento jurisprudencial del concepto de dignidad humana, esto es, la garantía de condiciones mínimas materiales de existencia. Esta infracción se advierte por las repercusiones en la estabilidad laboral de los trabajadores obligados a colocarse en un rol de objetos o instrumentos de control, que, en caso de no someterse a estas obligaciones, o no delatar casos sospechosos de sus colegas de trabajo, podrían tener repercusiones laborales. Poner en riesgo la estabilidad laboral del trabajador, adicionalmente, lo coloca en especial condición de vulnerabilidad que puede incluso afectar su derecho al mínimo vital, especialmente por las circunstancias económicas que por consecuencia de la pandemia están por venir.

Si se analiza de manera integral, el no aceptar un rol como objetos de vigilancia y estricto control e instrumentos para el control de denuncia frente al colega o par sospechoso, pone en riesgo el derecho al trabajo e incluso al mínimo vital. Esto, por otra parte, se configura como una reducción evidente de la libertad y de la autonomía individual, al ser coaccionado para

³ Inicialmente declarada con la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

⁴ De acuerdo con el artículo 1 de la Resolución 844 del 2020 - Prórroga de la emergencia sanitaria- la emergencia sanitaria se prorrogó en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020 y “dicha prórroga podrá finalizar antes de la fecha aquí señalada cuando desaparezcan las causas que dieron origen o, si estas persisten o se incrementan, el término podrá prorrogarse nuevamente”.

⁵ T-881-02; T-291-16



mantener sus condiciones laborales, so pena de renunciar o limitar sus propios derechos inalienables.

A manera de síntesis de las anteriores ideas, tenemos que se ve afectado el núcleo esencial del derecho a la dignidad humana, al utilizarse al ser humano como medio *de* y *para* el control y no como fin en sí mismo. En segundo lugar, por lo menos dos de los tres entendimientos o líneas jurisprudenciales en materia de dignidad humana se ven igualmente vulnerados. Esto es que, si no se doblega la persona a la dinámica social de ser objeto de control o de denuncia al otro sospechoso, se vería su trabajo en riesgo, con ello, sus materiales condiciones de existencia y el mínimo vital. Por ello, se constituye como una flagrante vulneración de la autonomía individual y la libertad de la persona, por ser sometido a una coacción inaceptable con el fin de que renuncie o limite sus propios derechos inalienables. Lo mismo se puede afirmar de la vulneración al derecho a la libertad: si su núcleo esencial protege la libertad general de acción (Corte Constitucional, Sentencia C-336-08), las restricciones de la autonomía individual y la coacción material ejercida por las nuevas obligaciones, afectan directamente el elemento esencial de la libertad, siendo este, la autonomía general de acción.

Como un último punto del derecho a la libertad, es posible hacer una breve acotación sobre el derecho a la libertad de conciencia. El artículo 18 de la Constitución Política determina que *“se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”*. Pues bien, la evolución jurisprudencial de la Corte, al momento de interpretar el artículo 18, ha tenido una amplia evolución, pero al día de hoy, se reconoce sin ninguna duda la existencia del derecho a objetar conciencia. En ese sentido la Sentencia C-370 de 2019 afirma:

Así que la Carta no solo protege el derecho a pensar y creer lo que se quiera (primera parte del artículo 18 que señala que “[s]e garantiza la libertad de conciencia”), sino también el derecho a actuar de conformidad con esos pensamientos y creencias (fragmento final del artículo 18), lo que en estricto sentido constituye el derecho a objetar conciencia.

En ese sentido, si un trabajador no considera que es ajustada a su conciencia el tener que aceptar las nuevas dinámicas sociales y laborales de ser objeto o instrumento de control y denuncia del otro sospechoso, materialmente no podría ejercer su derecho a objetar conciencia y abstenerse de hacer parte de dichas obligaciones. Entiéndase, en primer lugar, que la resolución establece un mandato obligatorio de carácter general, no es voluntario; en segundo lugar, que no menciona la posibilidad de desobedecer por internas convicciones y; en tercer lugar, el trabajador se ve materialmente coaccionado a hacer parte de dicha dinámica de control para no verse afectado en su trabajo y mínimo vital.

A manera de conclusión de este primer apartado, se demostró con suficiencia la vulneración a los derechos a la dignidad humana y libertad y su núcleo esencial. Se procederá entonces a analizar el derecho a la privacidad y el principio de no discriminación para finalmente concluir sobre la vulneración de la reserva de ley estatutaria y del alcance jurídico de un acto administrativo de carácter general.



b) Principio de no discriminación, derechos del trabajador y privacidad

El principio de no discriminación comprende que ningún juicio de diferenciación puede ser contrario a los criterios del artículo 13 de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia, T-131-06). La obligación de reportar la propia condición de salud, o la necesidad de denunciar casos sospechosos de colegas o subordinados, puede conllevar consigo varias situaciones de discriminación social o laboral.

A continuación, se citarán algunos casos en los que la normativa colombiana, justamente en desarrollo del principio de no discriminación en el entorno laboral, protege a los trabajadores de las intromisiones del empleador en su privacidad en el sentido de eximirlos de extender a su empleador datos personales sobre su salud, lo cual nos permite hacer una analogía con el caso que nos ocupa.

Por una parte, los exámenes médicos de salud previos al inicio de las actividades laborales sólo pueden tener como objetivo identificar las capacidades del trabajador para realizar su labor⁶.

Así mismo, los trabajadores que tengan VIH/SIDA no están obligados⁷ a informar a su empleador acerca de su condición de salud y, en caso de hacerlo, es una decisión voluntaria y autónoma sin ningún tipo de presión por parte del empleador. De hecho, de acuerdo con la norma, la persona portadora de este virus solo está obligada a revelar este dato a su pareja sexual y a su médico tratante⁸.

Al igual que el nuevo coronavirus, COVID-19, el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) fueron catalogados como pandemia global hace más de dos décadas. Para esos efectos, pueden consultarse los Boletines de la Organización Mundial de la Salud⁹ y los informes “La pandemia del VIH: implicaciones locales y globales”¹⁰ y en el “Resumen de la situación de la epidemia global del VIH”¹¹ que clasifican a el SIDA como un acontecimiento biológico no sólo impactante si no permanente, constante en el tiempo.

Lo cierto es que frente a las implicaciones en los derechos a la privacidad, dignidad humana y trabajo, la legislación colombiana se ajustó para garantizar y proteger los derechos de los trabajadores que desean reservar sus condiciones de salud con el fin de no ser estigmatizados o verse laboralmente afectados. Al igual que el VIH/SIDA, el nuevo Coronavirus COVID-19 fue catalogado como pandemia y representa retos importantes en materia de salud pública. Por lo tanto, se debe evaluar cómo se maneja y qué relevancia se le da al tratamiento de datos en una situación que es de similar relevancia en materia de derechos fundamentales.

De la misma manera, para proteger a la mujer trabajadora de tratos discriminatorios, la Resolución 3716 de 1994 del Ministerio del Trabajo en su artículo 5 establece que solo se podrá

⁶ Resolución 2346 del 2007. Art. 4.

⁷ Decreto 1543 de 1997. Art. 35.

⁸ Decreto 1543 de 1997. Art. 36.

⁹ Boletín de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁰ <https://www.who.int/bulletin/volumes/83/5/grassly0505abstract/es/>

¹⁰ <https://www.who.int/bulletin/volumes/85/11/06-033779/en/>

¹¹ <https://www.who.int/gho/hiv/en/>



solicitar pruebas de embarazo a las mujeres cuando se trate de empleos en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal embarazo, siendo el fin único de la prueba evitar que la trabajadora se exponga a factores que puedan causarle daño a ella o al feto.

Las anteriores disposiciones surgen precisamente como normas para proteger al trabajador en tanto es la parte débil de la relación laboral y debe ser cuidado frente a posibles tratos discriminatorios. Las obligaciones de reportar al empleador/contratante y a la aplicación CoronApp se muestran como posibles circunstancias que permitan a futuro la aparición de tratos sociales y laborales discriminatorios frente a personas contagiadas o con meras sospechas de contagio de Coronavirus. No se puede considerar al ciudadano como un objeto peligroso, precisamente por la prohibición de este tipo de tratos y la prevalencia del principio de dignidad humana constitucional, sobre el cual se erige la República (artículo 1. C.P.). Las normas de protección de la privacidad y dignidad referentes al VIH y al embarazo son análogas a la actual situación y son evidencia de la protección que el ordenamiento jurídico presta para evitar vulneraciones de los derechos laborales y los derechos fundamentales.

Precisamente la posibilidad de mantener como privado el estado de salud u otras circunstancias personales, emana directamente del artículo 15 de la Constitución Política:

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.

Este derecho se ve afectado en el artículo **3.2.3** de la Resolución 666 del 2020 al exigir “reportar al empleador o contratante las alteraciones de su estado de salud, especialmente relacionados con síntomas de enfermedad respiratoria”, lo cual le daría al empleador la posibilidad abierta de hacer abuso de esta facultad y realizar las conductas que la ley laboral ha intentado evitar, permitiendo que en el futuro se presenten situaciones discriminatorias.

El constituyente consagró, dentro del ámbito de la dignidad humana, a la libertad y privacidad como derechos merecedores de protección constitucional por las implicaciones holísticas en la vida de la persona. En ese sentido, para evitar tratos discriminatorios sociales o laborales, la persona tiene el derecho constitucional de mantener como reservado cualquier dato que pueda afectar su dignidad y sus demás derechos. En estos términos, es relevante poner de presente que para la Corte Constitucional, en Sentencia T-050-16:

El derecho a la intimidad comprende garantizar la privacidad de la vida personal y familiar del sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, pero también la protección respecto de publicaciones o divulgaciones que deben tener una autorización por tratarse de asuntos relacionados con la esfera privada de la persona.

La Resolución 666/2020, entonces, logra todo lo contrario, al vulnerar la privacidad de la persona por parte, no sólo de autoridades del Estado, sino de terceros privados que accederán a esa información. Incluso, ello puede dar cabida a que la información llegue a los mismos colegas, superiores o subordinados de la persona en el trabajo, con lo que no se podría garantizar el respeto de la privacidad y la autonomía de la persona, que podría entonces ser



sujeto de tratos discriminatorios, sociales y laborales. En ese sentido, la garantía del derecho a la privacidad implica la posibilidad que tiene cada persona de poder manejar todo aquello que hace parte de su existencia como tal, de la forma que prefiera, siendo inmune a injerencias externas que lo puedan afectar (Corte Constitucional, Sentencia T-050-16).

Dicho todo lo anterior se puede concluir que la Resolución 666/2020 desconoció la reserva de ley estatutaria en lo relativo a la regulación de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (artículo 152, literal a de la Constitución). Consideramos cumplidos los requisitos para que la norma quede comprendida por la reserva de ley estatutaria, ya que (i) se trata de derechos fundamentales (dignidad, libertad, privacidad, entre otros) y (ii) vulnera, limita y afecta el núcleo esencial de estos derechos fundamentales ya que crea, modifica, suprime criterios y situaciones que solo pueden ser determinados por el legislador en procedimiento especial.

Lo cierto es que la Resolución 666/2020 como acto administrativo de carácter general no es un instrumento producto de la voluntad general depositado en el órgano de representación popular competente para la regulación o limitación de derechos fundamentales y garantías constitucionales. Así, conforme a las disposiciones de la Constitución Política, es el Congreso de la República el competente para proferir manifestaciones o declaraciones mediante un procedimiento más riguroso para limitar o regular derechos fundamentales. En conclusión, la resolución estaría desconociendo la competencia del legislador.

Es importante mencionar que, aun si no se toma en cuenta la vulneración de la reserva de ley estatutaria, de acuerdo con el artículo 189 numeral 11, el presidente puede ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Como excepción está el fenómeno de la deslegalización que evidentemente no es el caso presente. Lo cierto es que, si la Resolución 666 de 2020 fue expedida en ejercicio de la potestad reglamentaria, esta debe ceñirse a los límites de las leyes ya existentes. En ese sentido, como se expondrá a continuación, la resolución también contraría la ley estatutaria 1581 de 2012 en materia de protección de datos y no es un acto administrativo de carácter general válido en la facultad reglamentaria.

II. LA RESOLUCIÓN 666 DEL 24 DE ABRIL DE 2020 VIOLA LA LEY ESTATUTARIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (LEY 1581 DE 2012) Y EL DECRETO 1377 DE 2013, QUE LA DESARROLLA, EN TANTO INFRINGE EL RÉGIMEN DE TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES

La Ley 1581 de 2012 prescribe en su artículo 5 que los datos relativos a la salud son datos sensibles. El artículo 6 de la misma ley, por su parte, prohíbe el tratamiento¹² de datos sensibles salvo cinco excepciones.

Ninguna de las excepciones previstas por la ley estatutaria autoriza el tratamiento de datos que ordena la Resolución 666 del 24 de abril de 2020. Veamos:

¹² De acuerdo con la Ley 1581 de 2012 (art. 3) Tratamiento de datos es “Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.”



Excepciones al tratamiento de datos sensibles:

a) [Cuando] El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización;

La Resolución en cuestión ordena a los trabajadores reportar a su empleador o contratante 1) las alteraciones de su estado de salud, en especial las de tipo respiratorio; 2) los casos de contagio que se hayan presentado en el sitio de trabajo o en su familia; y 3) reportar dicha información en la aplicación CoronApp.

Así mismo, la Resolución ordena a los empleadores o contratantes 1) reportar dicha información a la correspondiente EPS o ARL y 2) promover entre los trabajadores el uso de la aplicación CoronApp¹³.

Todas estas “responsabilidades” son legal y constitucionalmente problemáticas porque, por darse en el marco de una relación de subordinación, se vicia el consentimiento a la hora de reportar los propios datos (tanto al empleador o contratante como a la aplicación CoronApp) y por aludir al tratamiento de datos de terceras personas, que no habrían dado su consentimiento para dicho tratamiento (colegas del trabajo y familia).

En primer lugar, en el marco de una relación mediada por la dependencia y la subordinación, como es la relación trabajador – empleador/contratante, la libertad del consentimiento a la hora de entregar datos personales sensibles y autorizar su tratamiento es altamente cuestionable. Esto porque el trabajador teme por su futuro económico y el de su familia e incumplir con dicha responsabilidad podría acarrearle consecuencias laborales fatales. Además de viciar el consentimiento, este mandato amplifica la relación de subordinación, dándole un gran poder al empleador en relación con el trabajador cuando le ordena a este último algo tan amplio como el reporte de “las alteraciones de su estado de salud” y, especialmente, los “relacionados con síntomas de enfermedad respiratoria”, categorías dentro de las cuales podría caber absolutamente todo.

Igualmente ocurre con la responsabilidad de “reportar en CoronApp” que se asigna al trabajador y que el empleador/contratante debe promover. Al elevar estas conductas a una responsabilidad de carácter laboral, el uso que de la aplicación se haga (que involucra el tratamiento de datos personales) no puede presumirse voluntario ni consentido. Además, las consignadas “responsabilidades” violan el artículo 6 del Decreto 1377 de 2013 que establece que “ninguna actividad podrá condicionarse a que el titular suministre datos personales sensibles”. Al respecto, debemos preguntarnos ¿Cuáles serán las consecuencias, complicaciones o limitaciones laborales que tendría el trabajador en caso de negarse a extender estos datos a su empleador o contratante?

Por otra parte, la Resolución ordena que los trabajadores revelen al empleador o contratante los casos de contagio de COVID-19 en su lugar de trabajo y en su familia. Este mandato es

¹³ Aunque en este punto la Resolución establece como responsabilidad del empleador “promover” la descarga de la aplicación CoronApp, es claro de la lectura completa y sistemática de toda la Resolución que la descarga de dicha aplicación es obligatoria para los trabajadores, quienes deben hacer reporte de sus datos personales de salud en ella.



claramente ilegal e inconstitucional, pues ordena a un particular violar el derecho a la privacidad de un tercero que previsiblemente no ha dado autorización (y mucho menos explícita e informada) para la recolección y tratamiento de dichos datos. Además, viola también el artículo 7 de la Ley Estatutaria de Protección de Datos, el artículo 12 del Decreto 1377 de 2013 y los artículos 15 y 44 de la Constitución Política pues transgrede el derecho a la privacidad y protección de la información personal de los niños, quienes pueden estar dentro del círculo familiar de la persona que hace el reporte a su jefe o al Estado a través de CoronApp. El tratamiento de datos personales de niños está proscrito y, sin embargo, la Resolución en cuestión estaría ordenando a la ciudadanía incumplir dicha norma e ignorar el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, no se puede argumentar que este sea un caso en el que la *ley* exima de la obtención de dicho consentimiento para el tratamiento de datos, toda vez que es claro que en este caso de lo que se trata es de una *resolución* (de menor jerarquía normativa) y, además, ella no hace ninguna previsión en ese sentido.

b) [Cuando] El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización;

Tampoco esta excepción a la prohibición de tratamiento de datos sensibles autoriza la aplicación de los artículos cuestionados de la Resolución 666, pues está claro que dicha previsión hace referencia a los casos vitales en que la persona llamada a otorgar su consentimiento para el tratamiento de datos no pueda hacerlo por encontrarse incapacitada para ello jurídica o físicamente (piénsese en el caso de necesitarse información médica de una persona con el fin de evaluar si es posible hacerle una intervención de urgencia como, por ejemplo, una transfusión de sangre). Evidentemente, no es el caso.

c) [Cuando] El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular;

Tampoco esta excepción a la prohibición de tratamiento de datos sensibles autoriza la aplicación de los artículos cuestionados de la resolución 666, pues el fin de la medida no es político, filosófico, religioso o sindical ni se refiere a los miembros de una determinada organización sino a la generalidad de trabajadores y empleadores/contratantes del país.

d) [Cuando] El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial;

Este punto no requiere mayor argumentación. Está claro que la información objeto de la Resolución 666 no tiene relación alguna con el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial, así que no es materia de la excepción consagrada en este literal.



e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.

Tampoco esta excepción a la prohibición de tratamiento de datos sensibles autoriza la aplicación de los artículos cuestionados de la Resolución 666, pues el tratamiento de datos sensibles que ella ordena no tiene una finalidad histórica, estadística o científica. Lejos de ello, la finalidad es el desarrollo de un protocolo general de bioseguridad en los lugares de trabajo del país.

Como quedó suficientemente evidenciado, el tratamiento de datos sensibles que establece la Resolución 666 no está autorizado por ninguna de las excepciones del artículo 6 de la ley 1581 de 2012, estatutaria de protección de datos.

Ahora bien, ahondando un poco más en el tema del consentimiento, la ley estatutaria en su artículo 10 prevé otros casos en los que la autorización para el tratamiento de datos no es necesaria. Este artículo precisa lo establecido en algunas de las excepciones del artículo 6 de la ley. Como se verá, tampoco tomando como referencia el artículo 10 de la ley 1581 se podría obviar el consentimiento informado, libre y explícito que tendrían que hacer las personas de las cuales se haga tratamiento de los datos sensibles a los que se refiere la Resolución 666.

Dichos casos se analizan a continuación:

a) [Cuando se trate de] Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

El tratamiento de los datos materia de la Resolución 666 se haría por parte de todo tipo de personas que ostenten el papel de empleador/contratante, por lo cual la previsión del literal a) no aplica en este caso.

b) [Cuando se trate de] Datos de naturaleza pública;

La Resolución 666 se refiera a datos de naturaleza eminentemente privada (personales y sensibles), por lo cual esta previsión no se aplica al caso.

c) [Cuando se trate de] Casos de urgencia médica o sanitaria;

Como se explicó en el punto b) del anterior acápite, esta previsión hace referencia a casos de urgencia vital. Frente a este particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-748 de 2011 aclaró: “*Frente a los casos de urgencia médica y sanitaria, en aras de la efectividad del derecho a la libertad en el manejo de datos, la norma debe entenderse que 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 [...]*” (negritas fuera de texto)

Por lo anterior, esta previsión no cubre el tratamiento de datos establecido por la Resolución 666.



d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

Como se explicó en el punto e) del anterior acápite, el tratamiento de datos sensibles que la Resolución 666 ordena no tiene una finalidad histórica, estadística o científica. Lejos de ello, la finalidad es el desarrollo de un protocolo general de bioseguridad en los lugares de trabajo del país, por lo cual esta previsión no cobija la Resolución 666.

e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas

Los datos objeto de la Resolución 666 no tienen que ver con el registro civil de las personas, sino con datos personales sensibles, por lo cual esta previsión no se aplica al caso bajo estudio.

A modo de recapitulación y conclusión tenemos que: los datos a los que se refiere la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 son datos clasificados como “sensibles” por la ley estatutaria, por lo cual se prohíbe que se haga tratamiento de ellos salvo en las excepciones que contempla la misma ley. Puesto que ninguna de las excepciones abarca los supuestos contemplados por la Resolución 666, el tratamiento de los datos sensibles que ella ordena se encuentra prohibido. En consecuencia, las disposiciones cuestionadas de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 deben ser declaradas nulas por no respetar el régimen de tratamiento de datos de la Ley Estatutaria de Protección de Datos (Ley 1581 de 2012), del Decreto 1377 de 2013, que la reglamenta, y el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia.

III. LA RESOLUCIÓN 666 DEL 24 DE ABRIL DE 2020 VIOLA LOS PRINCIPIOS DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES ESTABLECIDOS POR LA LEY ESTATUTARIA 1581 DE 2012

El título II de la Ley Estatutaria 1581 del 2012 (art. 4) establece las bases desde las cuales se deben tratar los datos personales garantizando la protección de dichos datos y los derechos del titular de los mismos. A continuación, se plantean los principios que se vulneran por el tratamiento (recolección, almacenamiento, uso, circulación o difusión) de datos materia de la Resolución 666 de 2020 con el fin de ser tenidos en cuenta por la colegiatura:

Principio de libertad

El primero de los principios que contraría la Resolución 666 es el principio de libertad, según el cual *el Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento.* Como se expuso en el apartado anterior, la norma cuestionada es problemática por motivo de la falta de consentimiento, bien cuando se trata del reporte de los datos propios (dado que por la relación de subordinación en que se daría, dicho consentimiento estaría viciado), o bien por tratarse de datos de terceros reportados de manera inconsulta.



Al respecto, en sentencia C-748 de 2011 la Corte Constitucional ha dicho:

*“El consentimiento del titular de la información es un presupuesto para la legitimidad constitucional de los procesos de administración de datos personales, tratándose de un consentimiento calificado: ya que debe ser **previo**, esto es, que la autorización debe ser suministrada en una etapa anterior a la incorporación del dato; **expreso**, en la medida que debe ser inequívoco; e **informado**, toda vez que el titular no sólo debe aceptar el tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización.”* (Énfasis fuera del texto).

La cantidad de personas sobre cuyos datos personales se haría un tratamiento inconsulto es indeterminada, sin que la norma en cuestión incluya previsión alguna sobre los mecanismo que se tendría para garantizar el consentimiento previo, expreso e informado del titular de la información, resultando de ello una base de datos obtenida ilegalmente que, por lo tanto, viola el principio de libertad.

Principio de veracidad

El tratamiento de datos que prevé la Resolución 666 no prevé ningún mecanismo que permita asegurar la veracidad de la información suministrada. De acuerdo con este principio *“La información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error”*.

Al respecto, la Corte Constitucional (C-748 de 2011) ha dicho que *“los datos personales deben obedecer a situaciones reales, deben ser ciertos, de tal forma que se encuentra prohibida la administración de datos falsos o erróneos.”*

Ahora bien, la Resolución 666 asigna a los trabajadores la responsabilidad de reportar a su empleador/contratante y en CoronApp los casos de contagio en su lugar de trabajo y familia y, de ser positivo para el virus, los nombres de todas las personas con las que ha tenido contacto durante un lapso de tiempo de 10 días, así como las fechas y lugares en que dicho contacto ocurrió. Como es evidente, el peligro de que la información reportada sea inexacta o deliberadamente falsa es inmenso. Hay por ejemplo, el riesgo de que una persona reporte que uno de sus colegas de trabajo está contagiado con COVID-19 sin tener un fundamento para ello o interpretando erróneamente los síntomas. Es posible, también, que con ánimo de retaliación una persona reporte como contagiada a otra del entorno laboral o familiar. Como es materialmente imposible que la información objeto de tratamiento que prevé la Resolución 666 no adolezca de vicios como falsedad, imposibilidad de comprobación o inexactitud (además ella no hace ninguna previsión al respecto), estamos frente a una flagrante violación del principio de veracidad.

Principio de transparencia

El principio de transparencia consiste en que se debe garantizar al titular de los datos personales *en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan.*



Como se expondrá más detenidamente en la próxima parte de esta intervención, es perfectamente posible que una persona termine en la base de datos de alguien totalmente desconocido: el empleador o contratante de una persona que, habiendo resultado ser positivo para COVID-19, diga haberse encontrado con ella durante cierto lapso de tiempo. También es posible que una persona reporte como contagiado a un miembro de su familia y que este no tenga la menor idea de este hecho. La alta probabilidad de que una situación como esta se presente indica, claramente, la violación del principio de transparencia, pues el tercero reportado quedaría totalmente ajeno a la existencia de esta información, que le concierne directamente y que le podría traer serias consecuencias.

Principio de acceso y circulación restringida

De acuerdo con este principio, el tratamiento de los datos *sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley [estatutaria]*.

La falta de consentimiento, transparencia y veracidad de la información recabada por mandato de la Resolución 666 desembocan, así mismo, en la violación de este principio, toda vez que, como se explicó, la información de los titulares podría quedar en poder de alguien totalmente ajeno a ellas y que no cuenta con su autorización para hacer tratamiento de sus datos: el patrón de un colega, familiar, amigo o conocido.

Principio de seguridad

De acuerdo con este principio, *La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;*” con lo cual se garantiza el titular de los datos que ellos serán guardados y custodiados de forma segura.

Es claro que los datos que por virtud de la Resolución 666 de 2020 queden en poder de un tercero que ostente la calidad de empleador/contratante quedan en una situación de grave vulnerabilidad, máxime cuando la mayor parte de las personas a las que se asigna esta responsabilidad no está familiarizada ni es competente para el tratamiento de datos, y mucho menos de una forma segura. Pero además más de esto, en este punto vale la pena hacer una referencia más detallada de las vulnerabilidades de la aplicación CoronApp, aplicación que de acuerdo con la Resolución 666 los empleadores deben promover y los trabajadores deben usar para reportar datos sobre su salud y la de terceras personas.

Al respecto, una evaluación minuciosa de la Fundación Karisma¹⁴ encontró lo siguiente:

- La aplicación no ofrece información precisa sobre quién podrá acceder a los datos.
- “La aplicación enviaba y recibía el tráfico por HTTP, sin SSL, sin seguridad [...] hay que decir que en este punto la aplicación demostraba un grado de improvisación muy

¹⁴ CoronApp, Medellín me Cuida y CaliValle Corona al laboratorio -O cómo se hackea CoronApp sin siquiera intentarlo-
<https://web.karisma.org.co/coronapp-medellin-me-cuida-y-calivalle-corona-al-laboratorio-o-como-se-hackea-coronapp-sin-siquiera-intentarlo/>



alto. Usar HTTPS (HTTP con SSL, es decir, encriptado) es algo que se debe hacer casi que de forma predeterminada y es lo mínimo que se hace para garantizar algo de privacidad a las personas usuarias y más teniendo en cuenta la sensibilidad de los datos que se manejan.”

- *“Había una vulnerabilidad que provocaba un escenario de fuga de información donde era posible para un atacante, no muy sofisticado, exfiltrar total o parcialmente la base de datos de la aplicación y para descubrirla bastaba solo observar el tráfico que viajaba en texto plano.”*
- *“Se encontró otra vulnerabilidad, menos grave, pero igualmente relacionada con el mal manejo de la autenticación del API.”*
- *“En la documentación de esta aplicación no se ofrece información sobre la forma como gestiona de manera segura y respetuosa la privacidad de los datos, no explica cómo es la temporalidad de su naturaleza, ni lo que sucederá con los datos al finalizar esta emergencia. En los términos y condiciones de uso hacen referencias generales a que cumplen la ley, que toman medidas seguras o indican que la información de salud quedará alojada en una infraestructura dedicada, lo que obligaría a preguntarse entonces ¿qué pasa con los datos de localización o contagio por proximidad?”*

Algunas de estas vulnerabilidades fueron corregidas a mediados de abril¹⁵. Sin embargo, queda la duda sobre lo que pasó con los datos de las personas -y de sus familias- que en ese momento ya habían descargado la aplicación, disponible desde mediados de marzo. Así mismo, subsiste la duda sobre otras vulnerabilidades que hagan susceptible la aplicación de abusos, pues como bien lo anota la Fundación Karisma en su informe, la revisión hecha fue superficial al punto que *“se podría hackear la aplicación sin siquiera intentarlo”*. De acuerdo con la Fundación Karisma, no se descarta *“que existan otras vulnerabilidades que no hayan sido encontradas por nuestro análisis, ni otras que puedan generarse con la introducción de nuevas funcionalidades y los cambios entre versiones.”* Al respecto, encomiamos a la colegiatura para que oficie a una organización experta en telecomunicaciones a dar su concepto sobre la seguridad de la aplicación CoronApp.

En conclusión, el incumplimiento de los principios de protección de datos establecidos por la ley 1581 de 2012 se constituye en otro de los motivos para que el Consejo de Estado declare que las partes cuestionadas de la Resolución 666 en esta intervención son nulas.

IV. CONSECUENCIAS DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES SENSIBLES DE LA RESOLUCIÓN 666 DEL 24 DE ABRIL DE 2020 EN EL CONTEXTO DEMOCRÁTICO

a. Las partes de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 que esta intervención cuestiona no sólo violan los artículos 152 (reserva de ley estatutaria), 1 (dignidad humana), 13 (principio de no discriminación y libertad), 15 (privacidad) y 18 (libertad de conciencia) de la Constitución Política y el régimen de protección de datos personales, violaciones que, como extensamente se ha expuesto, revelan la gravedad de mantener con vigencia dicha pieza normativa. Adicionalmente, puesto que los artículos 4 y 6 de la Carta Suprema ordenan a la ciudadanía respetar la Constitución y las Leyes, y los hace responsables de su infracción, las

¹⁵ <https://web.karisma.org.co/que-dice-que-hace-y-que-es-lo-que-realmente-hace-coronapp/>



normas cuestionadas van en contra del orden democrático y constitucional en la medida que exigen a toda persona involucrada en una relación de trabajo que incumpla la ley y la Constitución, al asignarle el deber de hacer tratamiento de datos personales sensibles de terceros (esencialmente recolección). Estamos, entonces, frente a una Resolución que viola múltiples preceptos constitucionales y legales pero que, además, ordena a la ciudadanía transgredirlos.

b. Otra de las consecuencias que tendría la aplicación de las normas cuestionadas es el establecimiento de un sistema de denuncia social propio de regímenes totalitarios con múltiples posibilidades de abuso.

La Resolución ordena que los trabajadores reporten los casos de contagio ocurridos en su lugar de trabajo y en su familia y, en caso de resultar positivo para COVID-19 el trabajador, se le exige reportar el nombre de todas las personas con las que tuvo contacto durante un periodo de 10 días junto con los lugares y fechas donde ello ocurrió (segundo punto del aparte 4.1 del Anexo Técnico que acompaña a la Resolución). La aplicación de semejantes mandatos configuraría un sistema de retaliación, sospecha mutua y denuncia social. En efecto, se crearía un escenario donde i) el trabajador está obligado a revelar información sensible de sus colegas y familiares; ii) el trabajador se ve obligado a revelar datos personales sensibles de sí mismo temiendo que alguien más revele dicha información antes que él mismo, con lo que se configuraría el incumplimiento de la “responsabilidad” laboral que le asigna la Resolución; y iii) habría un incentivo para que las personas que tengan diferencias entre sí denuncien falsamente haber estado en un mismo espacio con la intención de perjudicar o aislar socialmente a otro.

c. Un ejemplo reciente de cómo prácticas de recolección de datos personales como la que ordena la Resolución 666 de 2020 vulnera el derecho al *habeas data* y provoca una amplia insatisfacción ciudadana es el parágrafo del artículo 2 y el artículo 3 del Decreto 131 del 31 de mayo de 2020, expedido por la alcaldesa de Bogotá.

El parágrafo del segundo artículo, después de enlistar 45 actividades permitidas en el contexto del aislamiento preventivo prescribía: *“Todas las personas que desarrollen las actividades antes mencionadas deberán estar acreditadas o identificadas en el registro de movilidad segura en la plataforma www.bogota.gov.co/bogota-cuidadora y deberán dar estricto cumplimiento a lo previsto en el Decreto Distrital 128 de 2020. Las autoridades de Policía podrán verificar en cualquier momento la debida inscripción y registro de movilidad segura en la plataforma www.bogota.gov.co/bogota-cuidadora e imponer las sanciones correspondientes en caso de que no se haya hecho el registro respectivo.”* (Énfasis fuera de texto).

Por su parte, el artículo tercero de dicho decreto mandaba: “Con el fin de dar cumplimiento a la obligación de identificación o acreditación de que trata el parágrafo 1º del artículo 3 del Decreto 749 de 2020, **todas las personas exceptuadas de la medida de aislamiento obligatorio y que deban movilizarse, se inscribirán a través del formulario previsto por la Alcaldía Mayor de Bogotá en la aplicación digital Gobierno Abierto de Bogotá – GABO-o en la página web www.bogota.gov.co/bogota-cuidadora en el registro de movilidad segura** y reporte de síntomas y estado de salud. Las autoridades de policía están facultadas para requerir a cualquier ciudadano que se movilice a fin de comprobar si se



encuentra exceptuado de la medida de aislamiento, para lo cual se podrá acreditar esta situación a través de la constancia de registro de que trata el inciso anterior [...]” (Énfasis fuera de texto).

Ambas previsiones fueron modificadas tan solo dos días después de haber sido expedidas.

Esta medida de control social irracional, ampliamente intrusiva en la vida privada de la ciudadanía (pues habría que registrarse incluso para salir a hacer ejercicio) y violatoria del derecho fundamental a la libertad causó una profunda insatisfacción social, al punto que la administración tuvo que ceder ante la presión y reconocer el grave error en el que había incurrido. Es por eso que en el Decreto 134 del 2 de junio de 2020 (modificatorio de las normas antes citadas), la administración en su motivación expuso que la reforma se hacía en virtud del respeto que se debe al artículo 15 de la Constitución Política *que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal, buen nombre y habeas data, los cuales se encuentran amparados por la Ley Estatutaria 1581 de 2012*. Además, el nuevo Decreto cita como expreso fundamento de su motivación la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que esa corporación define los contenidos mínimos que se desprenden del derecho al *habeas data*.

En ese sentido, las nuevas normas dictan lo siguiente:

"Parágrafo 1. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 749 de 2020 del Gobierno Nacional "Las personas que desarrollen las actividades antes mencionadas deberán estar acreditadas o identificadas en el ejercicio de sus funciones o actividades" y corresponde a las autoridades locales verificar el cumplimiento de lo dispuesto en las medidas de aislamiento preventivo obligatorio."

El cambio elimina la obligación de registrarse en la aplicación de la alcaldía.

Por su parte, el artículo 3 quedó así: *"Con el fin de facilitar a la ciudadanía la acreditación del cumplimiento de una actividad económica y laboral exceptuada por el gobierno nacional, y obtener información que permita adoptar decisiones que reduzcan los riesgos de contagio y propagación de la epidemia del COVID-19 en la movilidad en Bogotá, D.C., las personas que deban movilizarse fuera de su domicilio para realizar actividades económicas y laborales, **podrán acreditar por una vez a través del formulario previsto por la Alcaldía Mayor de Bogotá en la aplicación digital Gobierno Abierto de Bogotá – GABO- o en la página web www.bogota.gov.co/bogota-cuidadora** la actividad económica y la principal forma de movilidad utilizada para adelantarla. La recolección de esta información tiene como objetivo organizar y optimizar formas de transporte bioseguras para la ciudadanía. [...]*

*El suministro de cualquier información en la aplicación digital Gobierno Abierto de Bogotá – GABO- o en la página web www.bogota.gov.co/bogota-cuidadora es **voluntaria** y su tratamiento está sometida al principio de habeas data y a los mandatos establecidos para tal efecto en la Ley [1581](#) de 2012."* (Énfasis fuera de texto).

Como se puede advertir, la modificación en ambas previsiones normativas se enfoca en la facultad de entregar datos personales. Mientras que las normas modificadas hacían obligatorio el registro de movilidad, las nuevas normas hacen de dicho registro algo facultativo, por lo que corresponde a la ciudadanía decidir si hacer o no el registro.



Justamente, es el principio de libertad consagrado en la ley estatutaria de protección de datos lo que se vulneró con las normas modificadas, pues se imponía a la ciudadanía un método de control social casi distópico que exigía entregar datos personales so pena de no poder circular en el territorio de la ciudad o hacerse acreedor de una sanción. En otras palabras, con la aplicación de las medidas derogadas la ciudadanía se veía enfrentada al dilema de escoger entre el derecho a la circulación y el derecho a la privacidad.

Se puede hacer una analogía entre este caso y el de la Resolución 666 de 2020, pues esta última también viola el principio de libertad al excluir el consentimiento de los titulares de los datos en relación con su tratamiento. Como se expuso anteriormente, el hecho de que la Resolución 666 elevara a “responsabilidad” del trabajador entregar datos personales sensibles suyos y de terceros a su empleador/contratante crea una situación en la que el subordinado es puesto en el dilema de escoger entre su derecho a la privacidad (y la de terceros) y el derecho al trabajo.

Ahora bien, el motivo por el cual se trae esta consideración en esta parte del escrito es que normas como el Decreto 131 de 2020 de la Alcaldía de Bogotá y la Resolución 666 de 2020 del Ministerio de Salud imponen obligaciones tan desproporcionadas que amenazan con trastocar el régimen democrático colombiano. Preocupa que las autoridades del ejecutivo cedan a la presión popular antes que a los principios constitucionales, que están obligados a obedecer en todas sus actuaciones. La lógica debe ser expedir normas constitucionales, no expedir normas ajenas a la Carta en espera de la ciudadanía reaccione en contra de ello.

También por los motivos anteriormente expuestos en este aparte, solicitamos al Consejo de Estado que declare la nulidad de las normas cuestionadas.

V. TEST DE PROPORCIONALIDAD

En la Sentencia C-144 de 2015, la Corte Constitucional reitera que: *“El principio de proporcionalidad, entendido como un derrotero que busca poner en relación de equilibrio dos o más institutos jurídicos que han entrado en contradicción, ha sido objeto de numerosos desarrollos tanto en la jurisprudencia nacional, como en la doctrina internacional y actualmente se instituye en una barrera a la imposición de limitantes a los derechos fundamentales y en una garantía de su efectividad”*.

Si bien en nuestro respetuoso concepto una resolución, como acto administrativo de carácter general emanado de la potestad reglamentaria, no puede regular o limitar derechos constitucionales, consideramos que la realización de un test de proporcionalidad puede concluir de manera adecuada el propósito de la presente intervención. En ese sentido, ponemos de presente que el fin constitucionalmente legítimo perseguido por la Resolución 666/20 es, formalmente, la protección de la vida y salud de los trabajadores. Sin embargo, tenemos la convicción de que el mencionado acto administrativo restringe de manera innecesaria y desproporcionada derechos como la dignidad humana, libertad, privacidad, habeas data, trabajo, entre otros, *ergo*, no puede permanecer en el tráfico jurídico.

La jurisprudencia ha reconocido como elementos fundamentales o esenciales del test de proporcionalidad los siguientes:



a. **La idoneidad o adecuación de la medida**, que 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”. Dicha finalidad debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y debe evidenciarse como de imperiosa consecución.

En ese sentido, de los considerandos es claro que el fin que se persigue es proteger la vida, integridad personal y la salud de los ciudadanos. Esto es, claramente, un objetivo constitucionalmente legítimo, en concordancia con los fines constitucionales del Estado (art. 2. C.P.). También parece ser que las medidas se tornan adecuadas, en abstracto, para proteger la vida y la salud, especialmente en entornos laborales. Así pues, la medida supera el subprincipio de idoneidad.

b. **La necesidad** 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, es el que lo consigue de forma menos lesiva a la efectividad del derecho intervenido.

Ahora bien, los artículos los artículos **3.1.5**, **3.1.10**, **3.2.2** y **3.2.3** y los apartados del anexo técnico, no se muestran como medidas necesarias. En otras palabras, para la consecución del fin constitucionalmente legítimo de proteger la vida, integridad y la salud de las personas, existen

alternativas menos lesivas o restrictivas de derechos fundamentales, tales como las normas ya implementadas de distanciamiento social y autocuidado, o la utilización de mascarillas de protección y diferenciación de horarios. Como se ha expresado con suficiencia, las medidas que se desprenden de las mencionadas disposiciones son altamente lesivas de derechos como la dignidad humana, la privacidad, al manejo de la propia información, la libertad, el trabajo, al mínimo vital y el principio de no discriminación. Si lo que se pretende es prevenir el contagio por coronavirus en espacios laborales, no parece ser indispensable la adopción de medidas tan restrictivas de la autonomía individual que pretenden adquirir la mayor cantidad de información posible del ciudadano, desde su espacio laboral, sus datos personales y los de su familia, hasta su ubicación en tiempo real e incluso detectar con qué personas estuvo reunido o próximo físicamente. Por otra parte, tampoco parece necesario que dicha información esté por un término indefinido en manos del Estado, o incluso de terceros privados o que pueda llegar a conocimiento de las demás personas del espacio laboral. En definitiva, las normas ya implementadas de distanciamiento social y autocuidado, o la utilización de mascarillas de protección¹⁶ y diferenciación de horarios, se presentan como normas menos lesivas de derechos fundamentales, que tener un monitoreo permanente sobre el ciudadano, sus actividades, ubicación y relaciones interpersonales. Incluso resulta especialmente preocupante por las mencionadas brechas o problemas de seguridad de la información, o la dinámica de control social que podría ocasionar, característico de regímenes totalitaristas y no algo propio de un verdadero Estado Social de Derecho. En ese sentido, consideramos que la limitación presente

¹⁶ Medidas recomendadas por la OMS. Véase: Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): orientaciones para el público
https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public?gclid=CjwKCAjw2uf2BRBpEiwA31VZj32X1QUz7YdLd1Yd1HmhRwP0dTHgkyPI47XOg8J8k6GH6n54NzqpWBoCnAoQAvD_BwE



de derechos fundamentales en las normas sujetas de control y subrayadas como ilegales e inconstitucionales no superan el subprincipio de necesidad.

c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual 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 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.

Ahora bien, al momento de ponderar en sentido estricto las medidas de la resolución para lograr la protección de la vida, integridad y salud, frente a las serias afectaciones a los derechos a la dignidad humana, la privacidad, la libertad, el trabajo, a la información, al mínimo vital o al principio de no discriminación, se torna evidente que si bien el fin es legítimo, las medidas no son las menos lesivas de derechos. Una medida lesiva podría superar el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto siempre y cuando las ganancias constitucionalmente admisibles obtenidas por la restricción superan los costos o las afectaciones a los derechos fundamentales afectados. Sin embargo, se torna evidente que los costos a los mencionados derechos y principios son más lesivos y representan un peso negativo mayor que las posibles

ganancias que se puedan obtener de la vigilancia estricta de los ciudadanos mediante la intromisión del Estado, de particulares y de sus colegas en su vida personal. En otras palabras, que se vigile permanentemente la ubicación del ciudadano, o que se sepa dónde vive, con quién está, con quién en concreto se ha cruzado en la calle, no parece ser una medida proporcional en sentido estricto para evitar la vulneración de la vida, la integridad personal o la salud de ese ciudadano. En concreto, se está vulnerando gravemente derechos, sin obtener mayor ganancia, frente a, por ejemplo, la adopción de medidas menos lesivas, como la obligación de utilizar tapabocas o elementos de bioseguridad, o establecer medidas de distanciamiento y horarios distintos para la entrada al trabajo. Así pues, al momento de analizar la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas adoptadas por la Resolución 666 de 2020, es evidente que no supera este subprincipio.

A manera de conclusión, las disposiciones cuestionadas representan medidas teleológicamente idóneas o constitucionalmente admisibles, sin embargo, no se muestran como necesarias ni proporcionales en sentido estricto. En ese sentido, no superan el test de proporcionalidad, ergo, deben ser eliminadas del tráfico jurídico al representarse como desproporcionadas, ilegales e inconstitucionales.

PETICIÓN

Por las razones expuestas en las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente al Consejo de Estado declarar la nulidad de los siguientes artículos y apartes del anexo técnico de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020: Artículos **3.1.5**,



3.1.10, 3.2.2 y 3.2.3 y aparte 4.1 (puntos 2, 4, 7 y 9), aparte 4.7 (puntos 2, 5, 6, 10 y 11), aparte 5.1 (puntos 6 y 7) y aparte 6 (puntos 1, 4 y 5) del Anexo Técnico.

De los honorables magistrados,

Angélica María Pardo López

Angélica María Pardo López
CC. 1.020.738.521 de Bogotá

Diego Borbón

Diego Alejandro Borbón Rodríguez
CC. 1.010.247.360 de Bogotá

Maria Juliana Munar Palacios

Maria Juliana Munar Palacios
CC. 1.001.301.355 de Tabio