

## Privacidad y salud pública. Una simbiosis compleja pero necesaria para hacer frente a la COVID-19

### INTRODUCCIÓN

La crisis de salud pública provocada por la irrupción del SARS-CoV-2 (en lo sucesivo, «crisis de la COVID-19») ha obligado a la Unión Europea y a los Estados miembros a afrontar un desafío sin precedentes que ha puesto en jaque, entre otras muchas cuestiones, los sistemas de asistencia sanitaria, el normal funcionamiento de las Administraciones públicas, la estabilidad económica y financiera e, incluso, la efectividad del viejo Estado de Derecho.

En este difícil contexto, marcado por la carencia de soluciones milagrosas, el desarrollo tecnológico derivado de los profundos procesos de digitalización y datificación de la sociedad se ha planteado en múltiples foros como una alternativa cierta para informar a los ciudadanos y ayudar a las autoridades públicas pertinentes en sus esfuerzos por contener la propagación del virus, aun a riesgo de sacrificar derechos y libertades fundamentales capitales para garantizar la dignidad de la ciudadanía ante los envites de la (r)evolución digital, como ocurre en el supuesto de la protección de datos de carácter personal —art. 18.4 CE—.

De esta forma, encontramos numerosas iniciativas públicas y privadas orientadas al diseño de herramientas tecnológicas, sustentadas generalmente en el tratamiento de datos personales, que permitan adoptar medidas eficaces destinadas al seguimiento y la contención de la actual pandemia sanitaria. Sin embargo, la implementación de algunas de estas actuaciones plantea serios interrogantes desde el punto de vista de varios derechos y libertades fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere a los derechos de la privacidad. En las próximas líneas se analizan los principales hitos normativos adoptados por el Reino de España desde la adopción del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma](#), con el firme propósito de dilucidar el alcance y el grado de afectación que los mismos han comportado para la salvaguarda de la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal.

En este sentido, la primera de las cuestiones que conviene clarificar es que la declaración del estado de alarma no conlleva aparejada la suspensión de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía, más allá de las disposiciones contempladas en el artículo 11 de la [Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio](#). En ningún caso, además, pueden suspenderse derechos, sino tan solo adoptarse medidas que condicionen su ejercicio. Así debe interpretarse el artículo 55.1 CE, cuyo tenor literal contempla con meridiana claridad la posibilidad de

proceder a la suspensión de derechos cuando se declare el estado de excepción o de sitio, pero no el de alarma. Adicionalmente, es preciso subrayar que no todos los derechos pueden ser suspendidos, solamente aquellos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2 de la Constitución. Como es bien sabido, el derecho a la protección de datos personales es un derecho autónomo que deriva del artículo 18.4 CE, de modo que ni tan siquiera en los estados de excepción y sitio puede ser suspendido; mucho menos, pues, en el estado de alarma.

Por todo ello, como ha indicado acertadamente la [Agencia Española de Protección de Datos \(aepd\)](#) en reiteradas ocasiones, la premisa esencial de la que debemos partir es que la normativa de protección de datos personales, cuya finalidad no es otra que la de salvaguardar la tutela jurídica de un derecho fundamental, se ha de aplicar en su integridad, incluyendo aquellas situaciones derivadas del tratamiento de datos personales relacionadas con la extensión de la COVID-19, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada en la práctica.

Hecha esta primera apreciación, corresponde analizar el impacto que los diferentes instrumentos normativos adoptados con la finalidad de paliar los perniciosos efectos socioeconómicos provocados por la COVID-19 han supuesto desde la óptica de los derechos de la privacidad. Dentro de este universo de normas que hacen mención expresa a la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en su articulado, distinguimos al menos dos tipologías diferenciadas.

## 1. NORMAS RELATIVAS AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y LA GESTIÓN AEROPORTUARIA

En primer lugar, encontramos instrumentos jurídicos destinados al establecimiento de medidas de gestión de pasajeros aéreos y del personal de aviación en relación a la pandemia COVID-19, cuyo mejor y mayor exponente lo constituye el [Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda](#). Dicha norma destina su Capítulo II al establecimiento de un elenco de actuaciones de obligado cumplimiento para gestores de aeropuertos, compañías aéreas y usuarios orientadas a minimizar el riesgo de contagio del SARS-Cov-2 en el transporte aéreo. Entre este conjunto de actuaciones sobresalen las siguientes:

- El Comité Español de Facilitación del Transporte Aéreo deberá proceder al «establecimiento de directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación en relación a la pandemia COVID-19, aplicables a las operaciones desarrolladas en los aeropuertos situados en territorio nacional, incorporando al ordenamiento jurídico interno las adoptadas por Agencia de la Unión Europea para

la Seguridad de la Aviación (EASA) y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC)» —art. 3.1—.

- Las compañías aéreas, «con carácter previo a la emisión de la tarjeta de embarque, deberán facilitar información a los pasajeros sobre las causas sanitarias por las que un pasajero debe abstenerse de acceder al aeropuerto, así como de las consecuencias derivadas de detectar en los controles sanitarios a una persona con sospecha de padecer COVID-19. Así mismo recabarán la confirmación del pasajero de haber leído esta información y la declaración de estado de salud que figure en las Directrices EASA/ECDC adaptadas, u otra equivalente previamente aprobada por el Comité de Facilitación» —art. 4.3—.
- Los pasajeros «deberán abstenerse de acudir al aeropuerto cuando estén en aislamiento domiciliario debido a que presenten síntomas o hayan sido diagnosticados de COVID-19, o se encuentren en período de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona diagnosticada de COVID-19. Asimismo, se abstendrán de acudir al aeropuerto cuando, sin estar en ninguna de las situaciones señaladas, tengan síntomas evidentes de padecer COVID-19, en cuyo caso contactarán de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma» —art. 5.1—.
- Los pasajeros «están obligados a someterse a los controles sanitarios establecidos por el Ministerio de Sanidad y adoptar las medidas preventivas establecidas conforme a lo previsto en [el precepto anterior]» —art. 5.2—.

Más allá del establecimiento de un conglomerado de medidas diseñadas para garantizar la salud de los agentes que intervienen en la prestación de servicios de transporte aéreo y minimizar el riesgo de expansión de la COVID-19, la importancia capital del Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, reside en los esfuerzos destinados a clarificar el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales realizados en desarrollo de las medidas preventivas y de control sanitario estipuladas en la prestación de los citados servicios de transporte aéreo.

En efecto, la disposición adicional primera de la norma señalada con anterioridad reafirma la plena vigencia de la tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal y de las normas establecidas a tal efecto, presididas por las disposiciones contempladas en el [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 \(Reglamento general de protección de datos —RGPD—\)](#); la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales \(LOPDGDD\)](#), y, cuando proceda, en lo establecido en los artículos 8.1 y 23 de la [Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad \(LGS\)](#).

Concretamente, la disposición adicional primera, en su apartado primero, estipula que en todo caso «las obligaciones de información a los interesados relativas a los datos obtenidos por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación [de la norma] se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento General de Protección de Datos, teniendo en cuenta las excepciones y obligaciones previstas en su apartado 5».

En lo que respecta a la base de licitud del tratamiento de los datos personales de los usuarios destinados al seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, el Real Decreto-Ley establece que la obtención y tratamiento de los mismos no requerirá la adquisición del consentimiento de los pasajeros, acudiendo en su defecto a la cláusula dispuesta en el art. 6.1.e) RGPD, precepto que legitima el tratamiento de datos personales por razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados.

Finalmente, con el firme propósito de minimizar la injerencia sobre la esfera privada de los pasajeros de transporte aéreo, el apartado tercero de la disposición adicional primera contempla la prohibición de que los gestores aeroportuarios y las compañías aéreas que colaboren con las autoridades competentes del Ministerio de Sanidad en la implementación de los controles sanitarios lleven a cabo actuaciones que impliquen el almacenamiento, acceso o tratamiento de los datos de salud, los cuales, recordemos, constituyen una categoría especial de datos personales ex art. 9 RGPD. De igual forma, el Real Decreto-Ley 26/2020 establece que el intercambio de datos con otros países «se regirá por lo estipulado en el Reglamento General de Protección de Datos, [...] teniendo en cuenta la [Decisión n.º 1082/2013/ue del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión n.º 2119/98/CE](#)».

## 2. INSTRUMENTOS NORMATIVOS ORIENTADOS A GARANTIZAR EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA TUTELA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO PARA MINIMIZAR LA EXPANSIÓN DE LA COVID-19

Como hemos señalado con anterioridad, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, contempla una serie de medidas dirigidas a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. En este sentido, la [Orden SND/234/2020, de 15 de marzo](#), sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificada por la [Orden SND/267/2020, de 20 de marzo](#), establece la obligación de remitir al Ministerio de Sanidad información por parte de las Comunidades Autónomas, centros hospitalarios públicos y determinados centros hospitalarios privados.

Adicionalmente, el artículo tercero de la [Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública](#), dispone que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y

del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

En este marco es en el que se incardina la [Orden SND/297/2020, de 27 de marzo](#), por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, instrumento normativo que tiene una doble finalidad. Por un lado, pretende sentar las bases para el desarrollo de canales alternativos de información fiable a los ciudadanos, a través de aplicaciones, asistente conversacional (chatbot) o página web que permitan aliviar la carga de trabajo de los servicios de emergencia de las distintas Administraciones públicas con competencia en materia de salud. Y, por otro lado, la norma aspira a establecer el marco normativo necesario para el desarrollo de un estudio de movilidad de la ciudadanía (DataCOVID-19) aplicado a la crisis sanitaria, con el objetivo de facilitar información relevante acerca de los desplazamientos de la población durante la vigencia de las medidas de confinamiento y comprobar las capacidades sanitarias en cada provincia. Todo ello desde el más estricto cumplimiento de las previsiones establecidas en el marco jurídico de protección de datos de carácter personal, tal y como se desprende del artículo cuarto del citado texto normativo:

[...]lo dispuesto en esta orden se entiende sin perjuicio de la aplicación del régimen previsto en el 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; la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y los criterios interpretativos dados por la Agencia Española de Protección de Datos.

De esta forma, el artículo primero de la Orden SND/297/2020 habilita a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, para que emprenda de manera urgente una serie de actuaciones orientadas al desarrollo de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Con la finalidad de garantizar la tutela jurídica efectiva de la protección de datos personales y minimizar la injerencia del desarrollo tecnológico sobre la esfera privada de la ciudadanía, la orden no solamente se detiene en acotar y delimitar la finalidad de los diferentes tratamientos de datos de carácter personal tendentes a garantizar el correcto funcionamiento de la aplicación digital (promover la autoevaluación básica de síntomas, facilitar consejos prácticos y recomendaciones a los interesados, permitir la geolocalización de los usuarios a los «solos efectos de verificar que se encuentra en la CCAA en que declara estar», etc.); clarificando además el régimen de responsabilidad derivado de las actuaciones de tratamiento de datos personales. Así, las funciones propias del responsable del tratamiento recaen sobre el Ministerio de Sanidad, mientras que las atribuciones del encargado del tratamiento y la titularidad de la aplicación recaen en la Secretaría General de Administración Digital. Consciente de las limitaciones tecnológicas que padecen las

Administraciones públicas, la orden contempla la posibilidad de que el responsable del tratamiento, es decir, el Ministerio de Sanidad, autorice al encargado del tratamiento a recurrir a prestadores de servicios de telecomunicaciones especializados para el desarrollo de la herramienta digital, contexto en el que se enmarca el Convenio entre la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y Telefónica Digital España, SLU, para la operación de la Aplicación ASISTENCIACOV19, publicado por [Resolución de 30 de abril de 2020](#).

Adicionalmente, el artículo 1, apartado segundo, encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de un asistente conversacional/chatbot para ser utilizado vía WhatsApp y otras aplicaciones de mensajería instantánea, con la finalidad de ofrecer un nuevo canal de información oficial ante las preguntas de la ciudadanía. Al igual que en el supuesto anterior, el responsable del tratamiento será el Ministerio de Sanidad y el encargado del tratamiento y titular del chatbot será la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial.

Paralelamente, la Orden SND/297/2020 encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de una web informativa con los recursos tecnológicos disponibles.

Por su parte, el artículo segundo de la orden autoriza a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial para que promueva el análisis de la movilidad de las personas durante la vigencia de las medidas de confinamiento de la población, tras referirse expresamente al RGPD y la LOPDGDD, y una vez atribuida al Instituto Nacional de Estadística la condición de responsable del tratamiento y a los operadores de telecomunicaciones la de encargados.

Todo ello permite evidenciar la importancia que las autoridades sanitarias han otorgado a la salvaguarda de la privacidad a la hora de implementar actuaciones destinadas al desarrollo de instrumentos tecnológicos como estrategia para reducir la expansión de la crisis de la COVID-19, algo que ha sido posible, en gran medida, gracias a la extraordinaria labor desarrollada por la Agencia Española de Protección de Datos, la cual se ha encargado con celeridad de establecer multitud de criterios interpretativos que permitieran delimitar el difícil y necesario equilibrio entre privacidad y salud pública, como atestigua el conjunto de informes y recomendaciones disponibles. Con carácter específico hay que atender al [Comunicado de la aepd sobre apps y webs de autoevaluación del Coronavirus](#).

### 3. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El vertiginoso desarrollo tecnológico se presenta en nuestros días como una herramienta poderosa, capaz de contribuir significativamente en los complejos procesos de toma de decisión por parte de las autoridades sanitarias encaminados a superar la situación de «alarma» provocada por la COVID-19, pandemia que ha provocado unos

efectos devastadores, dejando tras de sí un doloroso rastro de pérdidas humanas y socioeconómicas, y que ha azotado los pilares de la Unión Europea, llegando incluso a poner en duda los propios valores inherentes al concepto de ciudadanía europea.

Pero, más allá de estos efectos demoledores visibles, la COVID-19 ha planteado importantes incógnitas o interrogantes que han propiciado la creación de importantes debates en los que, en múltiples ocasiones, ha llegado a estar en juego la propia vigencia y eficacia del Estado social y democrático de Derecho. Un ejemplo de estos encarnizados debates lo encontramos en la confrontación virulenta que algunos sectores académicos, políticos y sociales han planteado entre salud pública y protección de datos personales en términos reduccionistas, esgrimiendo una serie de argumentos tautológicos que abogaban por la defensa fervorosa de la salud pública en detrimento de los derechos fundamentales de la privacidad, los cuales, como hemos apuntado, no solo no pueden suspenderse en forma alguna mediante la declaración del estado de alarma, sino que constituyen el fundamento mismo del conjunto de derechos constitucionalmente reconocidos ante los crecientes procesos de digitalización y datificación de la sociedad.

En nuestra opinión, no es cierto que la protección de datos personales y su poderosa regulación presidida por el RGPD se presenten como elementos obstruccionistas, conducentes a dificultar la implementación y realización de tratamientos de datos personales necesarios para la adopción de medidas eficaces frente al COVID-19; nada más lejos de la realidad, lo que se persigue, y así lo hemos puesto de manifiesto en las páginas precedentes, es la correcta aplicación de una avanzada regulación de un derecho fundamental, la protección de datos, que, recordemos, contempla entre sus disposiciones la realización de actuaciones de tratamiento de datos personales en escenarios atípicos o sobrevenidos como en el que nos encontramos. Por tanto, desde nuestro punto de vista, impregnado quizá por el devenir histórico y el marcado carácter humanista del Estudio salmantino, es que el enfrentamiento entre salud pública y protección de datos no es tal, sino más bien todo lo contrario: ambas cuestiones son elementos indisolubles de una misma ecuación. En un contexto de emergencia como el que nos ha tocado vivir es imposible lograr una garantía cierta de la salud pública sin salvaguardar unos elevados estándares de protección de datos personales, derecho este último que, como ya hemos insistido, constituye el instituto básico para la plena eficacia y garantía del conjunto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, erigiéndose como piedra angular del Estado social y democrático de Derecho ante la (r)evolución digital.

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ  
Personal Investigador en Formación (FPU)  
Área de Derecho Administrativo  
[jldoal@usal.es](mailto:jldoal@usal.es)