



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES FRENTE A EMERGENCIAS SANITARIAS**

Autor: María Quiroga Sánchez del Campo

5º E-3 Analytics

Derecho Constitucional

Tutor: Borja Sánchez Barroso

Madrid | Junio 2022

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de datos

BD: Big Data

CE: Constitución Española

CEDH: Carta Europea de Derechos Humanos

LOPDGDD: Ley Orgánica, LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

LOAES: Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

OMS: Organización Mundial de la Salud

Orden SND/297/2020: Orden SND/297/2020 de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización y Transformación Digital el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

RD: Real Decreto

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/679, 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, aplicable desde el 25 de mayo de 2018

SEPD: Superior Europeo de Protección de datos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. CONTEXTO.....	1
2. OBJETIVO Y PREGUNTAS	7
3. METODOLOGÍA.....	8
CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO	9
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	9
1.1. Límites a los derechos fundamentales	9
1.2. El derecho fundamental a la protección de datos	12
1.2.1. <i>Marco normativo de la protección de datos</i>	12
1.2.2. <i>El derecho a la protección de datos de carácter personal</i>	16
1.2.3. <i>Derecho a la protección de datos de especial protección</i>	18
2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	20
3. DERECHO DE EXCEPCIÓN ANTE EMERGENCIAS SANITARIAS.....	22
3.1. Diferencia entre limitación y suspensión de derechos fundamentales. 24	
3.2. Encaje con la normativa de salud pública	25
4. CONTENIDO DE LA ORDEN SND/297/2020 DE 27 DE MARZO.....	26
CAPÍTULO II. MARCO PRACTICO	29
1. EL RD DE ESTADO DE ALARMA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	29
1.1. Incisos sobre el RD 463/2020 de 14 de marzo	30
1.2. Cómo afecta este RD al derecho a la protección de datos	31
2. ANÁLISIS CONCRETO DE LA ORDEN SND 27 MARZO	34
2.1. Cuestiones formales	34
2.2. Cuestiones materiales	35
2.2.1. <i>Data COVID</i>	36
2.2.2. <i>Asistencia COVID</i>	37
CONCLUSIÓN	45
BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN

Sin duda las grandes preguntas surgen en situaciones inesperadas y extremas. Es entonces cuando nos preguntamos si nuestra seguridad jurídica, que considerábamos hasta ese momento inviolable y perfectamente protegida, nos ofrece garantías reales para afrontar nuevos escenarios.

Es el momento de los matices y de las interpretaciones y es cuando se hace imprescindible la claridad en la definición de los conceptos. Son tiempos en los que todo puede cuestionarse ante la legitimidad de un bien común mal entendido.

El mundo acaba de vivir un periodo excepcional y totalmente imprevisible. Frente a las circunstancias derivadas de la pandemia generada por la epidemia del COVID-19, no parece que existiese ningún ordenamiento jurídico capaz de recoger de forma taxativa todas las necesidades de los gobiernos para controlar la situación.

Desde este punto de vista, considero que el análisis de hasta dónde llegan los límites de actuación de los poderes públicos frente a los derechos irrenunciables de los ciudadanos, la valoración del bien común frente al de los individuos o hasta dónde puede admitirse la excepcionalidad, son aspectos tan apasionantes como necesarios y por ello he decidido realizar este estudio centrando el debate en el uso de datos de carácter personal por parte de las autoridades públicas amparándose en la emergencia sanitaria. Esto cobra especial relevancia en un momento en que nuestro desarrollo tecnológico hace especialmente vulnerables esos detalles.

Y, por supuesto, no debemos de olvidar, que lo que hasta hace muy poco era inimaginable, quizás haya dejado de serlo. Posiblemente estemos en nuevos tiempos donde las distopías pueden convertirse en realidades.

1. CONTEXTO

Este análisis va a centrarse en el periodo de pandemia que comienza en el primer trimestre de 2020, pero para poder ubicar el objeto del estudio de forma clara, previamente es necesario dibujar cuál es en ese momento la situación con respecto al desarrollo

tecnológico, el tratamiento de datos de carácter personal y las principales tendencias al respecto, haremos aquí una aproximación que permita contar con un marco inicial suficiente para seguir la narrativa de este trabajo.

(i) *La sociedad de la información en esta década*

El desarrollo digital se ha convertido en el motor del cambio y del crecimiento económico y humano de nuestra sociedad. Es imposible imaginarnos procesos de innovación (en cualquier disciplina) que no estén impulsados por las tecnologías de la comunicación y la información. La tecnología, como forma de comunicación y de acceso a la información, también ha impregnado la forma en que se desenvuelve nuestra vida en los ámbitos más privados, ha generado una cultura de inmediatez y de contacto universal, pero también la apertura de datos personales que antes sólo se compartían de forma limitada. La competición entre empresa y países ya no se decide en otros términos que los del potencial tecnológico de cada uno de ellos y su correcta aplicación a la toma de decisiones y a los procesos productivos.

Una vez que hemos entrado en una nueva sociedad del conocimiento, nuestros datos personales se han convertido en una mercancía valiosa, no sólo por sí mismos, sino también por todo lo que pueden tener vinculado: nuestros gustos, nuestras elecciones y, sobre todo, nuestras necesidades.

Es importante entender el concepto de BD, tan relevante en el tema que estamos tratando, así como el potencial de su uso. Acudimos a dos empresas tecnológicas comprometidas en aportar a las empresas soluciones críticas en el tratamiento de la información para alcanzar resultados más eficaces en el mercado, SAS y ORACLE.

- SAS define BD como “la gran cantidad de datos, algunos estructurados y otros no, que inundan los negocios cada día. Pero no es la cantidad de datos lo verdaderamente relevante sino lo que las organizaciones hacen con ellos. Lo importante es poder analizarlos para orientar negocios y tomar decisiones estratégicas”¹.

¹SAS, “Big Data, what is it and why it matters” (disponible en: https://www.sas.com/en_us/insights/big-data/what-is-big-data.html; última consulta 11/01/2022).

- ORACLE lo define como “datos que contienen una mayor variedad, que llegan y aumentan de volumen y con más velocidad. Conocidas como las tres V: Variedad, Volumen, Velocidad”².

Para que tengamos una visión clara de cuál es la utilidad que todos esos datos pueden llegar a tener (y su valor en el mercado), así como la capacidad de una empresa que cuente con esa información a la hora de direccionar nuestra actividad, sólo hay que consultar el documento que la propia ORACLE publica en su página web y que ofrece 22 ejemplos de cómo las empresas están aprovechando los datos para mejorar la toma de decisiones, entrar en nuevos mercados y ofrecer mejores experiencias a los clientes³. Dentro de estos casos se incluyen ejemplos de la mayoría de los sectores: fabricación, retail, gas, etc. y por supuesto salud, y se hace referencia al uso de los mismos para ayudar a salvar vidas, pero también para mejorar la rentabilidad.

Por último, y sólo como referencia para que seamos conscientes de la gravedad de los temas que estamos tratando, recogemos la contundente afirmación que encontramos en un artículo publicado por el Instituto de Ingeniería de Conocimiento (IIC): “Todos los datos almacenados en la red son susceptibles de ser atacados, pues la seguridad absoluta en informática no existe”⁴.

Este nuevo escenario apareció en nuestras vidas antes de que verdaderamente hubiésemos sido conscientes de lo que iba a suponer en nuestro acontecer diario, provocando dos situaciones que podían convertirse en potencialmente peligrosas: (i) La pérdida de control de los datos de carácter personal por parte de sus propietarios y (ii) situaciones de injusta competencia desigual por parte de aquellas empresas con una mayor capacidad de

² ORACLE, “Top Big Data Analytics use cases”, (disponible en: https://www.oracle.com/a/ocom/docs/top-22-use-cases-for-big-data.pdf?source=:ad:pas:go:dg:a_emea:71700000087203748-58700007408046659p66451231814:RC_WWMK160727P00025C0004:&gclid=Cj0KCQjwpImTBhCmA RIsAKr58cx5NJ; última consulta 13/01/2022).

³ ORACLE, “Top Big Data Analytics use cases”, (disponible en: https://www.oracle.com/a/ocom/docs/top-22-use-cases-for-big-data.pdf?source=:ad:pas:go:dg:a_emea:71700000087203748-58700007408046659p66451231814:RC_WWMK160727P00025C0004:&gclid=Cj0KCQjwpImTBhCmA RIsAKr58cx5NJ; última consulta 14/01/2022).

⁴Instituto de Ingeniería del Conocimiento, “Seguridad en big data, privacidad y protección de datos”, (disponible en: <https://www.iic.uam.es/innovacion/seguridad-big-data/>; última consulta 17/01/2022).

inversión en las tecnologías adecuadas para obtener y explotar de forma conveniente información sensible.

Como tantas veces ha ocurrido en la historia de la humanidad, el reconocimiento y la consiguiente ordenación de los cambios llegará con retraso. Es cierto que el desarrollo digital ha sido de tal nivel en la última década que no era fácil estar preparado. De todas maneras, como posteriormente se desarrollará de forma más precisa en el capítulo correspondiente al estudio del marco teórico, apuntemos aquí que, en 2020 a las puertas de la pandemia, el derecho a la protección de datos de carácter personal, tanto a nivel europeo como nacional, estaba perfectamente reglado, si bien, sujeto a interpretaciones, lo que compondrá el núcleo principal de nuestro análisis.

(ii) *La pandemia ocasionada por el COVID-19*

En diciembre de 2019 comenzaron a manifestarse en China los primeros infectados por una enfermedad que pronto se conoció como la neumonía de Wuhan, dado que fue en esa ciudad donde se comunicaron los primeros casos. Emparentada en síntomas con una neumonía, sus efectos sin embargo eran mucho más devastadores y la velocidad de contagio infinitamente mayor⁵.

La situación se fue agravando y extendiendo a otros países. El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la definió como “emergencia de salud pública de importancia internacional”⁶. Esto suponía el primer reconocimiento de que la enfermedad iba a tener una afectación que posiblemente alcanzaría a todo el planeta.

Posteriormente, el 11 de marzo de 2020, el COVID-19 ya se reconocería oficialmente como pandemia⁷. En ese momento se habían identificado 4291 fallecidos por esta causa,

⁵ EFE, “Un estudio con infectados voluntariamente muestra rápida incubación de COVID”, Londres 2022 (disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/efefuturo/un-estudio-con-infectados-voluntariamente-muestra-rapida-incubacion-de-covid/50000905-4731253>; última consulta 18/01/2022).

⁶ OMS, “Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)”, Ginebra 2020 (disponible en: [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)); última consulta 18/01/2022).

⁷ Sandra Pulido, “¿Cuál es la diferencia entre brote, epidemia y pandemia?”, 2020 (disponible en: <https://gacetamedica.com/investigacion/cual-es-la-diferencia-entre-brote-epidemia-y-pandemia/>; última consulta 19/01/2022).

el número de contagios estaba por encima de los 118000, y llegaban a 114 los países que habían reportado un número de casos significativo⁸.

No existía vacuna ni un tratamiento claro por lo que la situación sólo era susceptible de empeorar, como finalmente ocurrió. En una comunicación pública del 13 de marzo, la OMS tuvo que admitir que nuestro continente se convertiría muy posiblemente en el centro de la epidemia. Tedros Adhanom Ghebreyesus, su director general, informó que el número de casos detectados en Europa en ese momento había pasado a ser superior a la suma de los del resto del mundo si exceptuamos China, y junto al recordatorio de la necesidad de actuar, citaba ejemplos de varios países asiáticos donde las medidas de confinamiento habían demostrado ser eficaces. Esta alocución era claramente una llamada de atención a los diferentes gobiernos europeos por su lentitud a la hora de actuar, y de forma clara se hablaba de detección previa, aislamiento y rastreo de contactos⁹.

La imprevisibilidad y la velocidad de crecimiento de los afectados hizo que la toma de decisiones fuese precipitada, la única forma de frenar esa propagación era restringiendo la circulación de las personas, lo que obligaba a una práctica jurídica impecable ya que se trataba de actuar sobre derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. Sin embargo, la inmediatez permitía poca reflexión, provocando en muchos casos medidas, cuanto menos, cuestionables.

En nuestro país, el confinamiento se inició el 14 de marzo de 2020 con la declaración del estado de alarma por RD 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-19¹⁰. Incluía a toda la población con las excepciones de las actividades de primera necesidad y de salidas autorizadas para adquirir alimentos, medicinas etc. A partir de ahí se suceden los siguientes hitos:

⁸OMS, “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS.”, 2020 (disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>; última consulta 19/01/2022).

⁹ Pablo Linde, “Europa se ha convertido en el epicentro de la pandemia del coronavirus”, *El País*, 13 de marzo de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-13/europa-se-ha-convertido-en-el-epicentro-de-la-pandemia-del-coronavirus.html>; última consulta 20/01/2022).

¹⁰ RD 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. (BOE, núm. 67, 14 de marzo de 2020).

- I. El 26 de marzo el Congreso aprobó la primera prórroga del estado de alarma¹¹, el 9 de abril, el Congreso autorizó la segunda prórroga hasta el 26 del mismo mes¹² y el 24 de abril se aprobó la tercera prórroga por parte del Congreso hasta el 9 de mayo¹³.
- II. El 28 de abril el Gobierno presenta un Plan de Desescalada en varias fases que tendrá una aplicación diferenciada en función de la afectación de las zonas, que se extendió entre seis y ocho semanas y comienza el 2 de mayo¹⁴.
- III. El 6 de mayo se aprobó la cuarta prórroga hasta el 24 de mayo¹⁵ y la quinta prórroga el 20 de mayo¹⁶, con plazo hasta el 7 de junio.
- IV. El 31 de mayo el Gobierno cedió a las Comunidades Autónomas la aplicación de la última fase de la desescalada. El 22 de junio, España entró en lo que se pasó a denominar “nueva normalidad”.
- V. Sin embargo, ante el retorno de índices graves de contagio, el 24 de octubre, el Gobierno dictó un nuevo estado de alarma extendido hasta el 9 de mayo de 2021¹⁷. A partir de ese momento se adoptan medidas de control, pero ya no se acude al confinamiento con carácter genérico.

Como podemos comprobar, nuestro país vivió durante un largo periodo una situación de estado de alarma que posibilitaba al ejecutivo a la adopción de medidas especiales. Sin

¹¹ RD 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 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. (BOE, núm. 86, 28 de marzo de 2020)

¹² RD 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 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. (BOE, núm. 101, 11 de abril 2020)

¹³ RD 492/2020, de 24 de abril, por el que prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 (BOE, núm. 115, 25 de abril de 2020).

¹⁴ Consejo de ministros, “El Gobierno aprueba un plan de desescalada que se prolongará hasta finales de junio”, *La Moncloa*, 28 de abril de 2020 (disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/280420consejo_ministros.aspx; última consulta 21/01/2022).

¹⁵ Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, del RD 463/2020 de 14 de marzo de 2020.

¹⁶ RD 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 (BOE, núm. 145, 23 de mayo de 2020)

¹⁷ RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. (BOE, núm. 291, 25 de octubre de 2020).

embargo, lo que analizaremos en el capítulo correspondiente al marco práctico es si ciertas medidas que se adoptaron eran acordes con esa figura y si el procedimiento por el que se llevaron a cabo se correspondía con las exigencias legales al respecto. En concreto analizaremos la Orden SND/297/2020 de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización y Transformación Digital el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante Orden SND/297/2020).

Para finalizar de este apartado, es muy adecuada la afirmación de Paloma Biglino, catedrática de derecho constitucional: “No me parece exagerado afirmar que, desde la entrada en vigor de la Constitución, ningún fenómeno ha tenido un impacto tan intenso sobre nuestro orden constitucional como el que ha generado la necesidad de hacer frente al COVID-19”¹⁸. Con esta frase queda perfectamente definida la extrema afectación que esta pandemia tuvo en nuestro cuerpo normativo.

2. OBJETIVO Y PREGUNTAS

En el contexto descrito, el objetivo de este trabajo es analizar hasta qué punto las medidas tomadas para proteger la salud de los ciudadanos, y que afectaban sin duda a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, vulneraron el derecho a la protección de datos de carácter personal. También si, al margen de suponer o no esa vulneración de la esencia del derecho, la forma procedimental de llevar a cabo su regulación fue la adecuada, es decir, la establecida por nuestro ordenamiento jurídico para garantizar las garantías impuestas por nuestra Constitución.

Al margen de que este episodio tiene que servirnos para actuar con previsión sobre lo impredecible, considero que el resultado será aplicable, con las particularidades pertinentes, no sólo al derecho a la protección de datos de carácter personal, sino a cualquier otro que pueda verse atacado bajo la aparente exigencia del bien común. Y en

¹⁸ Biglino Campos P. y Durán Alba J., “Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada”, *Fundación Manuel Giménez Abad*, Madrid, 2021.

puridad, esto representará ni más ni menos, que el respeto a la propia existencia del estado de derecho.

Estas son algunas de las preguntas que necesitan respuesta para poder llegar a una conclusión razonada:

- I. ¿Pueden los poderes públicos ampararse en una situación de emergencia para relativizar el respeto a los derechos fundamentales? ¿se cumple con el criterio de reserva de ley?
- II. ¿Pueden los poderes públicos en una situación de emergencia utilizar las nuevas tecnologías en el ámbito de la protección de datos de carácter personal más allá de lo que sería tolerable en otras situaciones? ¿cuáles serían las consecuencias posteriores?
- III. ¿Cumple la Orden SND 297/2020 de 27 de marzo con los criterios de constitucionalidad exigibles?
- IV. Y en caso de que se admitiese la recogida de datos ¿cuál es el uso que podría hacer la administración pública de los mismos?

Intentaremos dar respuesta a las mismas mediante una metodología ordenada que nos permita analizar las diferentes posiciones y aquellos matices que concluyen en apreciaciones totalmente diferentes y, a menudo, antagónicas.

3. METODOLOGÍA

En primer lugar, en el marco teórico haremos un recorrido por la normativa aplicable, comenzando por el derecho de “Normalidad”, tanto constitucional como legal, para acabar con el derecho de Excepción, explicando también a fondo en qué consistía la Orden SND 297/2000.

Posteriormente en el marco práctico, aplicaremos el material del punto anterior para responder a las preguntas que nos hemos planteado como objetivo de este trabajo. Esto nos permitirá alcanzar un conjunto de conclusiones con las que cerraremos este estudio.

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo vamos a construir el marco teórico de nuestra investigación, que aplicaremos posteriormente para resolver las cuestiones que hemos planteado. Para estructurar este capítulo de forma ordenada y facilitar su seguimiento vamos a comenzar por exponer las cuestiones relevantes de derecho ordinario y continuar con el derecho de excepción.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son la primera pieza para la construcción de nuestro marco teórico. Como afirma Tajadura Tejada “son el leit motiv del Estado Constitucional, son derechos que preexisten al legislador y lo vinculan”¹⁹. Se encuentran recogidos en el Título I de la CE bajo el nombre “Derechos y deberes fundamentales”.

Pérez Royo sintetiza las características principales de estos derechos ²⁰:

“Los derechos fundamentales son aquellos que desprenden una eficacia directa desde el reconocimiento constitucional y vinculan a los poderes públicos. Están sujetos a la reserva de ley del Art. 81 CE respecto su contenido esencial y son objeto de la protección prevista en el artículo 53 CE”

1.1. Límites a los derechos fundamentales

A pesar de lo expuesto, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden restringirse siempre que sea por interés general y que los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente especificados en la Ley y respeten el principio de proporcionalidad²¹. Esto ha sido reiterado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional:

“La Ley, y solo la Ley, puede fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses

¹⁹ Tajadura Tejada, J., “Los derechos fundamentales y sus garantías”, *Tirant to Blanch*, Valencia 2015

²⁰ Pérez Royo, J., “Curso de derecho Constitucional”, *Marcial Pons*, Madrid, 1997.

²¹ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. (BOE, núm. 151, 25 de junio de 2019)

constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F.J. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F.J. 2)”²².

Vamos a analizar de forma sucinta, cada uno de los requisitos mencionados:

- I. Que responda al interés general: pueden limitarse los derechos fundamentales bien cuando entran en conflicto con otros igualmente reconocidos o con un interés protegido por la Constitución; las limitaciones siempre deben estar justificadas con la protección de otros derechos o bienes constitucionales²³.
- II. Toda intervención estatal sobre los derechos fundamentales requiere habilitación legal²⁴: nos estamos refiriendo a la conocida reserva de Ley.
Corresponde al legislador la competencia exclusiva para regular los ámbitos relacionados con derechos fundamentales. Nuestra Constitución establece dos preceptos de reserva de ley; por una parte, la reserva de ley orgánica cuando se incide sobre el desarrollo de estos derechos (art. 81 CE), y por otro la reserva de ley ordinaria para regular su ejercicio (art. 53 CE).
Como dicta Rubio Llorente (catedrático de Derecho Constitucional, vicepresidente del Tribunal Constitucional y presidente del Consejo de Estado entre 2004 y 2012): “Los derechos fundamentales no solo son derechos de libertad, sino elementos fundamentales de derecho objetivo cuyo contenido de garantía prestacional ha de ser preservado por la ley”²⁵.
- III. Las medidas deben ser proporcionales al fin que persiguen²⁶. Existen numerosas referencias a este principio en la jurisprudencia del TC: “proporcionalidad de los sacrificios de los derechos” (STC 26/1981), “relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (STC 6/1984), “injerencia o restricción proporcionada de los derechos” (STC 178/1985), etc.; también está

²² STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (BOE, núm. 4, 4 de enero de 2001)

²³ STC 104/2000, de 13 de abril de 2000. (BOE, núm. 119, 18 de mayo de 2000)

²⁴ STC 44/1999 de 22 de marzo de 1999, FJ4. (BOE, núm. 100, 27 de abril de 1999)

²⁵ Rubio Llorente, F. “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, *Revista de administración pública*, 1983, no 100-102.

²⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (BOE, núm. 4, 4 de enero de 2001)

reflejado en algunas leyes como la Ley 40/2015. El TC establece los requisitos para hacer cumplir este principio:

“Para comprobar si la medida supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”²⁷.

Por último, el Tribunal Constitucional menciona el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Es aquel contenido del derecho indisponible para los poderes públicos, en palabras del Tribunal Constitucional constituye un núcleo irrenunciable²⁸, lo que significa definir hasta qué punto las autoridades públicas pueden hacer uso de los derechos.

“Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga”²⁹.

Existen autores como De Otto que ni siquiera están de acuerdo con esta teoría y consideran que en ningún caso se deberían limitar los derechos fundamentales. Consideran que puede provocar un debilitamiento de estos permitiendo así que el legislador los limite ante la más mínima justificación, afirman que el derecho acaba donde empieza la posibilidad de limitarlo³⁰. Si bien es cierto que como indica el catedrático Torres del Moral existen derechos que no son limitables como el derecho a la integridad

²⁷ STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996, FJ 5. (BOE, núm. 102, 27 de abril 1996)

²⁸ STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, FFJJ 7 y 8. (BOE, núm. 107, de 4 de mayo de 2000)
STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, FJ 4. (BOE, núm. 60, 11 de marzo de 2014)

²⁹ STC 11/1981, de 8 de abril de 1981. (BOE, núm. 99, 25 de abril de 1981)

³⁰ Martín-Retortillo, L. y De Otto, I. “Derechos fundamentales y Constitución”, *Ed. Civitas*, Madrid, España, 1988.

física y psíquica (ej. nadie puede ser sometido a tortura o tratos degradantes)³¹ existen suficientes pronunciamientos del TC para afirmar la posible limitación de algunos derechos, sin que deje de ser un tema sensible y tenga que ceñirse a la doctrina presentada por este Tribunal. El hecho de que haya autores que no aceptan esta limitación también nos demuestra que no es algo tan claro y consecuentemente se debería interpretar la teoría de forma restrictiva como factor de protección.

1.2. El derecho fundamental a la protección de datos

Uno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española es el derecho a la protección de datos personales, y es este derecho el que va a centrar nuestra investigación.

Artículo 18 CE: “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Se trata de un derecho fundamental, por lo que se desarrolla en Ley Orgánica, LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales³².

1.2.1. Marco normativo de la protección de datos

Vamos a hacer un breve recorrido por la normativa actual que rige este derecho. Contamos por una parte con una serie de tratados internacionales y por otra con un extenso desarrollo legislativo, tanto comunitario como nacional, recogido en el RGPD y la LOPDGDD.

No debemos olvidar que, como reitera la STC 292/2000: “los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional”.

³¹ Torres del Moral, A., “Principios de Derecho Constitucional Español”, *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, sexta edición, Madrid.

³² Vid. Falcón, J. P., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, no 34, p. 141-178.

Aunque a la luz del artículo 10.2 CE constituyen criterios de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la CE³³.

Los acuerdos internacionales ratificados por España son los siguientes:

1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 14 de noviembre de 1950.
2. El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, Estrasburgo, 28 de enero de 1981.
3. La Directiva 95/46/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos.

La protección de datos personales es también un derecho fundamental europeo³⁴. La norma de referencia de la UE es el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/679, 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, aplicable desde el 25 de mayo de 2018³⁵.

Uno de los principales objetivos de este reglamento es adecuar esa protección a la era digital para asegurar que el nuevo entorno no suponga una pérdida de garantías. También, para no focalizar el contenido de este sólo en los límites, pretende facilitar la actividad económica dejando claro cuáles son las normativas aplicables a empresas e instituciones. Cada país debería tener su propio organismo de control en esta materia.

La razón para elegir la forma de reglamento en lugar de directiva es la aplicabilidad directa; la directiva adoptada años antes creaba un "mosaico" de regulaciones cuando se

³³ STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (BOE, núm. 4, 4 de enero de 2001).

³⁴ Recogido en la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

³⁵ 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 (Diario Oficial, núm. L110, 4 de mayo de 2016, pp.1-88)

transponía en los diferentes estados miembros, y esto es lo que pretende eliminar esta nueva legislación, al tiempo que trata de adaptarse a las nuevas condiciones y desarrollos tecnológicos³⁶. Uno de sus principales valores es el de unificar criterios y evitar aplicaciones fragmentadas, que no tendrían sentido en el campo de las personas (los derechos deben tener el mismo valor y protección para cualquier ciudadano de la UE), y sería aún más anacrónico en el ámbito empresarial teniendo en cuenta la libre circulación de mercancías y la elevada cantidad de empresas multinacionales que operan en varios países dentro del continente.

Los derechos recogidos en el Reglamento tienen por sí mismos aplicabilidad directa, al no ser necesaria su transposición según el art. 288 del Tratado de la Unión europea (TFUE). Aunque, a pesar de no ser necesaria, es el propio reglamento el que incita a los Estados Miembros a desarrollar en su Derecho Interno sus disposiciones³⁷ y España decide adaptar su legislación a este reglamento y aprobar en el año 2018 la vigente LOPDGDD³⁸.

Otro elemento legislativo de referencia de la Unión Europea es el Reglamento 2018/1725, que incluye la normativa de aplicación en el tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones y organismos públicos.

En este caso, el organismo de supervisión es centralizado, creándose un Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), que deberá velar por el seguimiento y la aplicación de la legislación en materia de protección de datos en todos los países de la unión, y también asumirá la recepción e investigación de las denuncias que se presenten a este respecto.

³⁶ 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 (Diario Oficial, núm. L110, 4 de mayo de 2016, pp.1-88).

³⁷ Esto responde al principio de seguridad jurídica. Por un lado, su vertiente positiva implica que los Estados Miembros deben integrar en su ordenamiento interno las normas europeas de forma suficientemente clara y pública. Por otra parte, la vertiente negativa implica que los Estados deben evitar situaciones en las que la normativa nacional sea incompatible con la europea, creando así incertidumbre.

³⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE, núm. 294, 6 de diciembre de 2018).

Responde a la previsión del artículo 8.3 de la CEDH que establece que la supervisión del cumplimiento de la normativa de protección de datos “quedará sujeto al control de una autoridad independiente”³⁹.

Por otro lado, a nivel español, el organismo que aglutina esas funciones (y, por tanto, equiparable al SEPD) es la AEPD. No obstante, a diferencia del SEPD, la AEPD se rige por las previsiones del RGPD. Como se ha mencionado con anterioridad, este Reglamento impone la obligación de crear un organismo con características y funciones similares a las del SEPD a los estados miembros, obligación a la que la normativa española da cumplimiento mediante la LOPDGDD.

Asimismo, a efectos de este trabajo, conviene destacar la referencia común que, tanto el RGPD como la LOPDGDD hacen a la figura del responsable del tratamiento de los datos⁴⁰. El responsable del tratamiento se define como la persona que toma las decisiones sobre los medios y los fines del tratamiento de los datos personales y sobre la que se proyectan todas las obligaciones de protección de datos⁴¹.

El TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión en el asunto C-131/12, de 13 de mayo de 2014, confirmando que la categoría de responsable del tratamiento tiene un alcance muy amplio (a diferencia de la autoridad independiente que no cede ni varía según el caso) y subrayando que debe garantizar una protección efectiva y completa de los interesados, en particular su derecho al respeto de su vida privada⁴². El responsable debe así cumplir con el principio de responsabilidad proactiva, contemplado en el apartado 2 del artículo 5 del RGPD⁴³.

Por último, a nivel jurisprudencial debemos destacar dos sentencias del Tribunal Constitucional:

³⁹ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 octubre 2012.

⁴⁰ Durán Cardo, A.B., “Responsable del tratamiento (Comentario al artículo 4.7 RGPD)”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos ya la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p. 637-665.

⁴¹ Artículo 4 RGPD.

⁴² STJUE de 13 de mayo de 2014, Google España, C-131/12, EU:C:2014:317, apartado 88.

⁴³ Por otra parte, el encargado es aquel que trata los datos por cuenta del responsable del tratamiento.

- STC 254/1993 de 20 de julio: reconoce el Derecho a la Protección de Datos Personales como un derecho fundamental derivado del derecho a la intimidad, dotándolo de eficacia directa e indirecta⁴⁴.
- STC 292/2000 de 30 de noviembre: el TC lo erige como un derecho fundamental autónomo, y aumenta el objeto de este derecho no solo a los datos íntimos si no a cualquier dato de carácter personal⁴⁵.

1.2.2. *El derecho a la protección de datos de carácter personal- Rasgos generales*

Atendiendo a la doctrina y los diferentes pronunciamientos del TC vamos a clarificar una serie de conceptos fundamentales para nuestra investigación que pueden resultar confusos en vista a la legislación.

Comenzamos por definir este derecho como un derecho fundamental muy relacionado con la vida privada pero independiente de este ⁴⁶, tiene carácter universal y está ligado a la dignidad humana, es por tanto de titularidad de las personas físicas tanto nacionales como extranjeras⁴⁷.

Su objetivo es garantizar la libertad de autodeterminación de las personas en relación con el tratamiento de sus datos por parte de terceros y consiste en un conjunto de facultades, entre ellas la de exigir a terceros que realicen o dejen de realizar determinados actos, como el acceso, la rectificación, la supresión o la oposición⁴⁸.

El contenido esencial de este derecho es, por tanto, el derecho a disponer y controlar los datos personales⁴⁹, que se refleja en el contenido negativo, que impone a los poderes públicos y a los particulares la obligación de abstenerse de cualquier injerencia, y en el

⁴⁴ STC 254/1993 de 20 de julio de 1993. (BOE, núm. 197, 18 de agosto de 1993).

⁴⁵ STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000. (BOE, núm 4, 4 de enero de 2001)

⁴⁶ STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000, FJ 6. (BOE, núm 4, 4 de enero de 2001)

⁴⁷ STC 17/2013 de 31 de enero, FJ 4. (BOE, núm. 49, 26 febrero 2013)

⁴⁸ Preciado Doménech, C. H., “El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo: Adaptado al nuevo reglamento 679/2016”, *Navarra: Thomson Reuters Aranzadi*, 2017.

⁴⁹ Según el artículo 4 RGPD los datos personales son: “toda información sobre una persona física identificada o identificable, se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”

contenido positivo, que incluye el derecho a controlar los datos personales, también conocido como libertad de información⁵⁰.

Hay que destacar que estamos analizando la normativa de datos personales, es decir aquellos que son de personas identificadas o identificables. Esto supone un límite interno, por ejemplo, los datos anonimizados no entrarían dentro de la normativa, si no de otros reglamentos promulgados por la UE de datos no personales que ahora no nos interesan⁵¹, por no formar parte del derecho fundamental. En el tema de los datos anonimizados entraremos más en detalle en el marco práctico

En cuanto a los límites que encuentra este derecho podemos aplicar el marco general desarrollado en el apartado anterior. De acuerdo con el RGPD las limitaciones son “disponibles y no imponibles a las legislaciones nacionales”⁵². En el ámbito nacional como reza el Tribunal Constitucional: “el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”⁵³. Asimismo, existe multitud de jurisprudencia tanto europea como nacional que reitera los requisitos antes desarrollados para limitar los derechos fundamentales (STJCE de 17 de octubre de 2013, STJUE de 9 de noviembre de 2010).

Por otro lado, en lo referente a los principios ordenadores del tratamiento de los datos de carácter personal, los mismos se recogen en el artículo 5 del RGPD. Estos principios forman parte del contenido esencial de este derecho y, por tanto, se debe velar por el cumplimiento de los mismos en todo momento⁵⁴.

⁵⁰ STC 254/1993, de 20 de julio de 1993. (BOE, 197, 18 de agosto de 1993)

STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (BOE, núm. 4, 4 de enero, 2001)

⁵¹ *Vid.* Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

⁵² STJUE de 13 noviembre 2013. Google España, C-131/12, EU:C:2014:317, apartado 88.

⁵³ STC 39/2016, de 3 marzo de 2016, FJ 3. (BOE, núm. 85, 8 de abril de 2016)

⁵⁴ Entre ellos destacan el tratamiento lícito, leal y transparente, la limitación de la finalidad, la minimización de datos y exactitud.

1.2.3. Derecho a la protección de datos de especial protección

Si bien todos los datos personales son merecedores de protección como se refleja en la Constitución, la LOPDPGDD y el RGPD recogen una serie de datos que son especialmente sensibles. Como explican el catedrático Lucrecio Rebollo⁵⁵ y el profesor⁵⁶ Roberto Toniatti⁵⁷ estos se pueden concretar desde un punto de vista tanto material como formal. Desde un punto de vista material son aquellos derechos que reflejan características con una estrecha relación a la dignidad de las personas; lo que tiene reflejo en el punto de vista formal, necesitando garantías especiales y reforzadas.

Por lo tanto, estos datos a los que tanto el RGPD como la LOPDPGDD denominan “categorías especiales de datos personales” cuentan con una especial protección, que sin embargo cede ante determinados supuestos. Entre estos datos especialmente sensibles se encuentran los datos relativos a la salud, incluyendo todas las informaciones relativas a un individuo que puedan afectar a su situación de salud presente, pasada o futura⁵⁸.

Esta especial protección toma forma en el apartado 1 del artículo 9 RGPD, donde se establece la prohibición de tratar esta categoría de datos⁵⁹. No obstante, en el apartado siguiente se ofrecen una serie de excepciones a esta prohibición.

Es interesante destacar el diferente tratamiento otorgado a este tipo de datos en el RGPD y la LOPDPGDD, consistente en la mayor protección dada a los mismos en esta última, que no contempla la posibilidad de levantar la prohibición por el mero consentimiento del afectado (posibilidad que sí recoge el RGPD). Con todo, ambas normas sí coinciden en el resto de las excepciones a la prohibición de tratar estos datos, resultando interesantes

⁵⁵ Las condiciones del tratamiento de categorías especiales de datos, Lucrecio Rebollo Delgado

⁵⁶ Experto en derecho comparado de la UE

⁵⁷ Toniatti, R., “Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principio de legislación comparada”, *Anuario de jornadas 1989-1990: (Servicio de Estudios del IVAP)*, Instituto Vasco de Administración Pública = Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1991, p. 257-297.

⁵⁸ Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., “Datos sobre la salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España”, *Comares*, Granada 2004.

⁵⁹ 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 (Diario Oficial, núm. L110, 4 de mayo de 2016, pp.1-88)

a los efectos de este estudio, las causas de interés público⁶⁰ y salud pública⁶¹ (con la particularidad de que la LOPDPGDD obliga, en estos casos, a ampararse en una norma con rango de ley)⁶².

En línea con lo anterior, el principio de consentimiento se recoge en los artículos 7 y 8 del RGPD. Tanto este Reglamento como la LOPDPGDD desarrollan este principio como una declaración inequívoca y explícita de la intención de dar o no dar datos personales. En este sentido, recientemente ha surgido un conflicto sobre si realmente se cumple con la afirmación anterior, o, por el contrario, no se cumple con lo dispuesto en la normativa de aplicación.

Como defiende la doctora en derecho constitucional Isabel-Cecilia del Castillo Vázquez, en los últimos años se ha dificultado el reconocimiento y la obtención de declaraciones de consentimiento debido a los nuevos avances tecnológicos⁶³. Se ha tratado de dar solución a este problema mediante las políticas de privacidad en línea, esto es, acuerdos unilaterales y cuasicontractuales que se basan en el consentimiento de un individuo para el tratamiento de sus datos al aceptar dicho “contrato”⁶⁴.

⁶⁰ Art 9.2 RGPD “i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional”

⁶¹ Abellán-García Sánchez, F., “El tratamiento por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios” (Comentario al artículo 9.2. i) RGPD y al artículo 9.2 LOPDPGDD, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos ya la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p.p. 1201-1218.

⁶² Art. 9.2 LOPDPGDD: “Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad. En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte.”

⁶³ Del Castillo Vázquez, I., “El consentimiento en la actual normativa de protección de datos: nuevo panorama jurídico y nuevos requisitos”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Epoca*, 2020, vol. 23, no 2, p.p. 149-183.

⁶⁴ Del Castillo Vázquez, I., “Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal”, *Comentario al RGPD y LOPDPGDD*, Thomson Reuters, 2021.

Sin embargo, el consentimiento expreso del usuario es un reto que necesita un mayor desarrollo, ya que muchas personas no alcanzan a comprender los detalles de dicho consentimiento. Por ello, sería conveniente establecer algún mecanismo que permita a los usuarios cerciorarse de si sus datos serán transmitidos o no.

Uno de los remedios que se ha propuesto es la creación de un mercado para la privacidad, en el que los visitantes de cada sitio web puedan elegir si aceptan o no un pequeño pago a cambio de la pérdida de su privacidad, priorizando la economía por encima del Derecho. Esta idea de los micro pagos por la privacidad aún no se ha llevado a la práctica, y podría rozar los límites de la constitucionalidad⁶⁵.

2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En el contexto de pandemia, junto con la normativa general, entra en juego la normativa específica relacionada con la salud pública.

La salud pública se trata de un bien jurídicamente protegido por la norma constitucional. El artículo 43 CE establece que los poderes públicos tienen derecho a “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios” y es la ley la encargada de determinar los derechos y obligaciones de todas las personas al respecto⁶⁶.

Encontramos tres previsiones legales referentes a la salud pública:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS)
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP)

⁶⁵ Mcddonal A. y Faith Cranor L., “The Cost of Reading Privacy Plocies”. *Journal of Law and Poolicy of the Information Sociaty*, 2008, vol. 4, no3.

⁶⁶ Sarrión Esteve, J., “La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria” *Gaceta Sanitaria*, 2022, vol. 36, p. 37-40.

Todas ellas contienen cláusulas generales que permiten a las autoridades sanitarias tomar las “medidas necesarias para luchar contra estas emergencias”⁶⁷. Estas normas otorgan un amplio margen de actuación a favor de la Administración, ofreciéndole un poder de decisión muy significativo.

Estas cláusulas han generado una gran controversia situando a la doctrina en dos extremos opuestos. Por una parte, nos encontramos con aquellos que consideran que nos encontramos ante un marco regulador que resulta muy deficiente que genera inseguridad jurídica, ya que al acudir a conceptos jurídicos indeterminados deja en una posición indefensa a derechos y libertades fundamentales⁶⁸. Defensores de esta postura han llegado a manifestar la necesidad de reformar dicho artículo, concretando las medidas restrictivas que las Administraciones Públicas pueden adoptar para conseguir una mayor eficiencia y, seguridad jurídica⁶⁹. Desde la postura contraria, el doctor Gabriel Doménech Pascual defiende que, a pesar de tratarse de una habilitación chocante en nuestra legislación, esta se justifica en la necesidad de dotar a las Administraciones de la flexibilidad suficiente para dar una respuesta apropiada a las situaciones de urgente necesidad a las que corresponde su aplicación⁷⁰.

Podemos concluir este debate con la opinión del catedrático Cesar Cierco, quien por una parte critica la falta de detalle de estas normas al no incluir un régimen de garantías, ni un requisito “ni tan si quiera de duración”, pero por otro indica la necesidad de un cierto grado de flexibilidad para poder hacer frente a las situaciones a las que nos referimos⁷¹.

En lo que todos coinciden es que la cláusula general contenida en estas normas, (especialmente en la LOMESP al ser una ley orgánica) permite, a priori, adoptar las medidas necesarias para hacer frente a cualquier crisis de salud pública, por muy radicales

⁶⁷ Art. 26 LGS, Art. 54 LGSP y Art. 3 LOMESP

⁶⁸ Sarrión Esteve J., “Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*, Madrid: Dykinson, 2020.

⁶⁹ Alonso Timón, A.J., “La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19”, 2021.

⁷⁰ Doménech Pascual, G., “Competencia autonómica para adoptar medidas de contención”, *Derecho público del coronavirus*, Almacén del Derecho.

⁷¹ Cierco Seira, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”, *COVID-19 y derecho público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 25-77.

que estas sean⁷². Y es que incluso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se menciona la protección de la salud como causa de limitación de derechos fundamentales, lo que no debemos olvidar como llevamos reiterando durante nuestra exposición son los principios de legalidad y proporcionalidad.

Antonio Alonso Timón tras una discusión sobre pronunciamientos opuestos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de León llega a esta misma conclusión explicando la limitación de estas medidas:

“El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, habilita a las autoridades sanitarias a adoptar medidas de limitación de derechos fundamentales, el control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias debe quedar circunscrito a dos ámbitos: control de legalidad, referido a la cobertura legal de dichas medidas, y control de proporcionalidad, residenciado en el análisis de la necesidad, adecuación y razonabilidad de las medidas propuestas”⁷³.

Como afirma Fernando Abellán, especializado en derecho sanitario, nos encontramos ante normas que prevén la posibilidad de que la intervención administrativa pueda privar de derechos fundamentales a los ciudadanos en aras al interés de la colectividad. Por ello las medidas que se adopten deben respetar el criterio de proporcionalidad y estar debidamente motivadas⁷⁴.

3. DERECHO DE EXCEPCIÓN ANTE EMERGENCIAS SANITARIAS

En aras de realizar una correcta exposición del marco teórico de este trabajo, es imperativo destacar la normativa española en materia de Derecho de excepción, así como

⁷² Alonso Timón, A.J., “La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19”, 2021.

⁷³ Alonso Timón, A.J., “La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19”, 2021

⁷⁴ Abellán García Sánchez, F., “El tratamiento por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios” (Comentario al artículo 9.2. i) RGPD y al artículo 9.2 LOPDGDD, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos ya la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p.p. 1201-1218.

su aplicación práctica en el contexto de la crisis sanitaria del COVID-19. En este sentido, la norma española de referencia es la propia Constitución Española, que en su artículo 116 establece las figuras de los estados de alarma, excepción y sitio. Estos son desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES). Por su parte, del artículo 55 de la Constitución se desprende la posibilidad de suspender ciertos derechos fundamentales, bajo ciertas circunstancias.

Como es bien sabido, el 14 de marzo el gobierno de España aprobó el RD 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante RD 463/2020). Mediante este RD, así como los posteriores decretos de modificación y prórroga del mismo⁷⁵, se pretendía limitar el alcance de ciertos derechos fundamentales, como medida de choque frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19⁷⁶.

No es el objeto de este trabajo entrar a valorar la adecuación del Estado de alarma a la situación que vivimos o si por las medidas que se han tomado es más cercano al estado de excepción sobre lo que ya existen diferentes pronunciamientos, tanto de autores⁷⁷ como del propio TC en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Si no que vamos a basar nuestro análisis en las consecuencias que tiene la declaración del Estado de Alarma sobre los derechos fundamentales y la convivencia de este con las normas de salud pública mencionadas en el apartado anterior, que son las cuestiones que nos van a ayudar a solucionar las preguntas que planteamos.

⁷⁵ El RD 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el RD 463/2020.

⁷⁶ No debemos olvidar que como afirma la STC 83/2016 el decreto de estado de alarma es formalmente un RD, pero tiene rango o valor de ley

⁷⁷ *Vid.* Mateos Moro, A., “¿Estado de alarma o estado de excepción? Estudio de la situación jurídica de los derechos fundamentales durante el estado de alarma”, 2021.

De la Quadra – Salcedo, Tomás., “Límite y restricción, no suspensión”, *El País*, 2020, vol. 8, no 4.

3.1. Diferencia entre limitación y suspensión de derechos fundamentales

En primer lugar, como ya debemos tener claro, la Constitución española recoge como posibilidad la suspensión de derechos fundamentales en el estado de excepción y de sitio, mientras en el estado de alarma solo posibilita su limitación⁷⁸.

Por lo tanto, debemos dejar clara la diferencia entre la limitación de un derecho fundamental y la suspensión de este, lo que es un tema muy controvertido que ha llevado al TC a pronunciarse en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021⁷⁹ llegando a la declaración de inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del RD 463/2020 no sin dar lugar a diferentes opiniones que se ven reflejadas en los diferentes votos particulares.

El TC hace un recorrido por distintas definiciones de estos términos llegando a compararlos con la distinción entre restricciones y suspensión que encontramos en el CEDH, y afirma que la suspensión se configura como una cesación temporal del ejercicio de derechos y garantías, mientras que la limitación tiene más formas (podríamos decir que la suspensión es una limitación, pero no toda limitación llega a suponer una suspensión)⁸⁰. La limitación es parcial, mientras que la suspensión es completa.

Sin embargo, encontramos discrepancias en los votos particulares, hay quien considera que “las limitaciones de derechos pueden llegar a ser incluso más intensas que la suspensión”, basando su argumentación en que la diferencia entre la restricción y la suspensión no es una cuestión de grados, si no que se tratan de “técnicas distintas que se aplican a supuestos de hecho distintos”⁸¹.

Pero como afirma el catedrático Vicente Álvarez, no existe “ni en nuestra vigente Constitución ni en el conjunto del ordenamiento jurídico un apoyo sólido para ese argumento”⁸². La refutación es realmente lógica; la Constitución reserva las máximas limitaciones de derechos para las crisis más graves, es decir, las previstas en el estado de

⁷⁸ Artículo 55 CE

⁷⁹ Y más adelante STC 1837/2021, de 27 de octubre de 2021.

⁸⁰ STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 FJ 3 (BOE, núm. 182, 31 de julio de 2021)

⁸¹ Voto particular de la STC 148/2021, de 14 de julio de 2021

⁸² Álvarez García, V. J., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria” *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2020, no 86, p.p. 6-21

excepción y sitio, y por tanto permite las limitaciones más severas en esos casos, es decir, la suspensión de determinados derechos.

3.2. Encaje con la normativa de salud pública

Nuestro segundo foco se centra en la convivencia del Estado de Alarma con las medidas de salud pública mencionadas en el apartado anterior. Todas estas leyes estatales incluyen la cláusula general de habilitación antes expuesta, que el estado de alarma no recoge directamente.

Encontramos la respuesta en el art. 12 LOAES⁸³ que emplea la técnica de remisión en blanco al referirse a “las medidas establecidas a las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”, introduciendo así esta cláusula general. Por lo tanto, como indica Cesar Cierco, la normativa de salud pública adquiere un papel complementario⁸⁴.

Está claro que el objetivo de incluir las pandemias (probablemente impensables en nuestra sociedad cuando se redactó el artículo) dentro de los supuestos del derecho de excepción, se hace con el objetivo de aportar a la autoridad competente mayor poder de actuación. Sin embargo, al utilizar la medida de estado de alarma, se acepta un límite a las medidas no determinadas “la imposibilidad de suspender derechos fundamentales”.

Existen autores como el catedrático Vicente Álvarez García que consideran esta situación una paradoja: “La paradoja consiste en que la LOAES prevé que el sistema para luchar contra las epidemias es el estado de alarma, pero la Constitución no permite que este estado constitucional de emergencia sea realmente útil para hacer frente a estas crisis de salud pública más extremas, pues impide la adopción de medidas sanitarias útiles para esta lucha, como el confinamiento del conjunto de la población del país, pues supone la suspensión de un derecho fundamental no admitida por el art. 55.1 CE”⁸⁵.

⁸³ Artículo 12 LOAES: En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

⁸⁴ Cierco Seira, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”. En *COVID-19 y derecho público:(durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 25-77.

⁸⁵ Álvarez García, V.J., “Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2021, no 58,

Lo expuesto por el TC sintetiza las medidas que se pueden adoptar, siguiendo la “normativa en cascada” y combinando las normas que acabamos de analizar:

“Las restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los requisitos anteriores, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten”⁸⁶.

4. CONTENIDO DE LA ORDEN SND/297/2020 DE 27 DE MARZO

Para finalizar este marco teórico conviene recordar el escenario en el que nos encontramos. Durante la pandemia reinaba el desconcierto, la falta de soluciones y el colapso sanitario, dando lugar a dos situaciones que era necesario afrontar:

- Por un lado, se hacía necesario establecer un sistema de rastreo y seguimiento de los contagiados a efectos de evitar la propagación que podían producir los positivos si no se aislaban de forma conveniente, o los no detectados si finalmente habían sido objeto de contagio.
- Por otro, era muy difícil atender a todos los casos posibles que se comunicaban a los centros de salud y que, siendo ciertos en muchas ocasiones, también en muchos otros eran fruto de la alarma creada.

Las autoridades se encuentran por lo tanto ante la necesidad de plantear medidas que les aporten herramientas para poder tener un mapa claro de la situación actualizarlo de forma constante, y así actuar sobre la población para minimizar en la medida de lo posible la transmisión del virus.

Es ese momento, en pleno Estado de Alarma, cuando el Ministerio de Sanidad presenta la Orden SND de 27 de marzo. Esta norma es el “amago” del Estado Español de apoyarse

p.p. 1. (disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512411>; última consulta 13/02/2022)

⁸⁶ STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 FJ 3 (BOE, núm. 182, 31 de julio de 2021)

de las nuevas tecnologías para frenar la pandemia; incluye 4 soluciones tecnológicas, resultando dos de ellas especialmente sensibles para el derecho a la protección de datos:

En su artículo primero, potencia el autodiagnóstico a través de una aplicación informática que recoge los datos y aporta información, consejos prácticos y recomendaciones al usuario según el resultado de la evaluación. Pero lo más destacado en referencia al asunto de nuestro estudio es que literalmente incluye la siguiente posibilidad “La aplicación puede incluir dentro de sus contenidos enlaces con portales gestionados por terceros con el objeto de facilitar el acceso a información y servicios disponibles a través de internet”. Además, esta aplicación permite la geolocalización del usuario, aunque “a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma donde declara estar”⁸⁷.

En este primer caso la Orden designa como encargado del tratamiento al Ministerio de Sanidad.

La segunda y tercera medida que contempla son menos “escandalosas”. Se trata de un chatbox y una página web, ambas habilitadas para procurar información oficial.

En su segundo artículo, define DataCOVID-19 como una aplicación destinada a un estudio de la movilidad aplicado a la crisis sanitaria. Según se define esto implica “siguiendo el modelo emprendido por el Instituto Nacional de Estadística en su estudio de movilidad y a través del cruce de datos de los operadores móviles de manera agregada y anonimizada, el análisis de la movilidad de las personas en los días previos y durante el confinamiento”⁸⁸.

Es importante llegados a este punto, señalar que, no sólo estamos hablando de datos de carácter personal y relativos a la privacidad de las personas (relaciones, contactos, localización, etc.) sino también a datos especialmente sensibles, según lo explicado en el apartado 1.2.3. ya que se refieren a datos relativos la salud.

Si bien es cierto que medidas similares se pusieron en funcionamiento en otros países y resultaron efectivas, tampoco se puede negar que suponen un cierto riesgo para la

⁸⁷ Art. 1 Orden SND/297/2020, de 27 de marzo

⁸⁸ Art. 2 Orden SND/297/2020, de 27 de marzo

privacidad de las personas⁸⁹. Un ejemplo de ello es Noruega, que tuvo que paralizar su aplicación al considerar que esta violaba la protección de datos de sus ciudadanos por el uso del GPS⁹⁰.

Está claro que la situación no es sencilla, pero es especialmente relevante para un Estado democrático como el nuestro; es la propia orden la que en su artículo 4 establece su aplicación de acuerdo con la normativa de protección de datos, lo que analizaremos a continuación⁹¹.

⁸⁹ Piñas Mañas, J. L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, *COVID-19 y derecho público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 135-183.

⁹⁰ Suleng, K., “Noruega detiene la recopilación de datos de su “app” contra la Covid-19”, 2020 (disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2020-06-15/noruega-detiene-la-recopilacion-de-datos-de-su-app-contra-la-covid-19.html>; última consulta 18/02/2022)

⁹¹ Art. 4 Orden SND/297/2020, de 27 de marzo de 2020.

CAPÍTULO II. MARCO PRACTICO

El objetivo de este apartado es la aplicación de las normas y conclusiones descritas en el marco teórico, a la crisis provocada por el COVID-19, tomando como base de estudio el análisis de constitucionalidad realizado en la Orden SND de 27 de marzo, mencionada en el apartado anterior.

A estos efectos, se realizará un estudio sobre cómo en las circunstancias de la pandemia se ajusta la normativa mencionada a la esencia y objetivo de la misma: la protección de los derechos de carácter personal.

Entendiendo la gravedad de la situación, plantearemos dicho análisis siempre buscando el equilibrio necesario entre la seguridad de la población y la protección de los derechos, pero también con el límite de la posible afectación a la esencia de estos, en el presente y en el futuro.

1. EL RD DE ESTADO DE ALARMA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Antes de comenzar, conviene contextualizar la situación de alarma analizada y la aplicación de la normativa expuesta en el marco teórico. Como se ha mencionado el Estado de Alarma se declaró por el RD 463/2020 de 14 de marzo para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y debemos hacer mención a ciertas disposiciones recogidas en dicho RD.

Primero, todos tenemos clara la finalidad con la que se divulga este RD, en el preámbulo ya avisa de la introducción de medidas “imprescindibles” y “proporcionadas”, reiterando que bajo el artículo 55 no cabe la suspensión de derechos en el estado de alarma (después de lo expuesto en el marco teórico ha quedado clara la diferencia entre limitar y suspender), afirmación que sin embargo queda en entredicho tras el pronunciamiento del TC en la STC 148/2021, de 14 de julio de 2021⁹² por la que se declara la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de este RD, por lo que debemos analizar si

⁹² Y más adelante STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021

las medidas tomadas en relación con la protección de datos son verdaderamente “imprescindibles” y “proporcionadas”.

Debemos destacar que, si bien en los estados de sitio y de excepción es posible la suspensión de ciertos derechos, no es el caso del derecho a la protección de datos⁹³ lo que nos confirma la relevancia de este derecho y la imposibilidad de vaciarlo de contenido bajo ninguna circunstancia. Como defiende el catedrático Piñar Mañas el derecho a la protección de datos “no es un derecho que prohíba hacer cosas, si no que marca el camino de cómo deben hacerse”, por lo que no debería ser necesario suspenderlo en ningún caso⁹⁴.

1.1. Incisos sobre el RD 463/2020 de 14 de marzo

Es conveniente hacer mención a una serie de cuestiones relacionadas con el RD 463/2020 que podrían levantar ciertas dudas.

En primer lugar, en cuanto a la finalidad con la que se declara el estado de alarma podemos observar una discordancia entre el preámbulo y el art.1, ya que en el preámbulo solo se hace referencia al supuesto recogido en el art. 4 b) de la LOAES (gestión de crisis sanitarias), mientras que en el art. 1 RD hace también mención del apartado d) del mismo artículo referido a solventar una situación de desabastecimiento. Sin embargo, como explica el catedrático Vicente Álvarez esta diferencia se justifica con la urgencia derivada de la situación en la que nos encontramos sin poder darle una mayor importancia de la debe tener⁹⁵.

La segunda cuestión a la que nos referimos está relacionada con las competencias de las autoridades delegadas. Conforme al art. 7 de la LOAES el RD establece en su artículo 4 al gobierno como autoridad competente durante el estado de alarma, y 4 ministros como autoridades delegadas, entre los que se encuentra el de sanidad. Es importante destacar, que si bien las autoridades delegadas lo son exclusivamente en sus respectivas áreas al

⁹³ No se encuentra entre los supuestos recogidos en el art. 55 CE

⁹⁴ Blanquer, D., “COVID-19 y derecho público:(durante el estado de alarma y más allá)”, *COVID-19 y derecho público*, 2020, p. 1-507.

⁹⁵ Álvarez García, V.J., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2020, no 86, p. 6-21

ministro de sanidad le atribuye una competencia general⁹⁶. Siguiendo este artículo se autoriza a las autoridades delegadas que dicten órdenes para garantizar la protección de las personas.

Esto abre la posibilidad de que una orden ministerial limite derechos fundamentales (no es la primera vez que contemplamos esa posibilidad dentro de la normativa analizada, si bien sujeto a unos límites). Sin embargo, y continuando con la argumentación de Vicente Álvarez el texto solo hace remisión al art. 11 de la LOAES, el cual menciona una serie de medidas que, si bien limitan los derechos fundamentales, no mencionan en concreto nada relacionado con la protección de datos y en las cuales por tanto no nos vamos a detener⁹⁷. Lo sorprendente es que no exista remisión alguna al art. 12 de la LOAES, que como exponíamos en el marco teórico introduce las “cláusulas generales” contempladas en las medidas de salud pública. Este “error” sin embargo, no resulta trascendente a la hora de aceptar la entrada en funcionamiento de estas normas que, a pesar de que no se refiera a ellas en concreto, ya hemos visto que tampoco deben quedar desplazadas por la declaración del Estado de Alarma, al revés ambas normativas deberían complementarse⁹⁸.

Por último, sólo una referencia a las disposiciones declaradas inconstitucionales por la STC que no intervienen en nuestro análisis, al tratarse de disposiciones relacionadas principalmente con libertad de circulación, y no quedar derogado ningún artículo al que hacemos referencia en este texto⁹⁹.

1.2. Cómo afecta este RD al derecho a la protección de datos

Lo que en cualquier caso es obvio, es que durante esta situación se han tomado medidas, que si bien más adelante vamos a analizar hasta qué punto limitan el derecho a la protección de datos, es obvio que le afectan negativamente. Como afirma la letrada del

⁹⁶ Salvo para la defensa, los asuntos de interior y el transporte

⁹⁷ Álvarez García, V.J., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2020, no 86, p. 6-21

⁹⁸ Abellán-García Sánchez, F., “El tratamiento por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios” (Comentario al artículo 9.2. i) RGPD y al artículo 9.2 LOPDGDD, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos ya la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p.p. 1201-1218.

⁹⁹ STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 FJ 3 (BOE, núm. 182, 31 de julio de 2021).

Tribunal Supremo Marta Timón Herrero y como hemos expuesto anteriormente, la propia normativa contempla situaciones de emergencia como a la que nos enfrentamos, incluso en las que se levanta la prohibición del tratamiento de datos referidos a la salud sin requerir siquiera el consentimiento de los afectados¹⁰⁰.

Es reiterado por la AEPD que la propia normativa de protección de datos recoge medidas de protección con el objeto de no obstaculizar la posible utilización de los mismos en situaciones de emergencia, por lo tanto, no deberían de existir, como punto de partida, inconvenientes en la aplicación de la propia norma, suficiente a la hora de equilibrar las garantías y la flexibilidad¹⁰¹.

Por si todo esto fuera poco la AEPD y la UE se encargaron de redactar una serie de documentos para hacer más clara y facilitar la comprensión de la convivencia entre este derecho y las medidas necesarias para sobrellevar la situación de alarma; entre ellos son destacables: el informe 0017/2020 del Gabinete Jurídico de la AEPD¹⁰², Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del COVID¹⁰³ y 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto del COVID-19¹⁰⁴, etc. A los que hemos acudido para el desarrollo de este marco práctico.

Debemos dejar claro el contenido del núcleo esencial del derecho a la protección de datos, que es la parte de la que los poderes públicos en ningún caso pueden disponer, so pena de suspender el derecho. En este caso, el núcleo esencial se conforma, no solo por la

¹⁰⁰ Timón Herrero, M., “Protección de datos de carácter personal y crisis sanitaria (Covid-19)”, *ElDerecho.com*

¹⁰¹ Piñar Mañas, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, *COVID-19 y derecho público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 135-183.

¹⁰² Agencia Española de Protección de Datos (Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>)

¹⁰³ Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del brote de COVID-19 (Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_es.pdf)

¹⁰⁴ Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19 (Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_wi_th_annex_es.pdf)

definición del derecho, sino también los principios recogidos en el art. 5 RGPD y tampoco puede prescindirse de la supervisión por parte de la AEDP¹⁰⁵.

Como afirma el SEPD, Wojciech Wiewiorowski, en EU Digital Solidarity si bien la protección de datos no puede suponer un obstáculo para luchar contra la pandemia las medidas que se tomen deben en todo caso cumplir cuatro condiciones¹⁰⁶, garantizando así la supervivencia del derecho y evitando que su vulneración por circunstancias especiales pudiese llevar a una situación de debilitamiento del mismo.

Estas condiciones son:

- Temporales: siempre deberá de contar con un plazo o referirse a unas circunstancias concretas que determinen el plazo
- Para fines limitados: su uso no deberá de ser genérico.
- Acceso limitado a los datos: el acceso a los datos sólo deberá de ser posible para aquellos organismos o personas vinculadas directamente a la necesidad de su uso.
- Usuario debe conocer que se va a hacer con sus datos y con los resultados: es imprescindible que el usuario conozca el alcance de su derecho que se está limitando.

Hilando con las preguntas que tratamos de contestar en esta investigación¹⁰⁷, los poderes públicos no pueden ampararse en una situación de emergencia para relativizar el respeto a los derechos fundamentales. Es posible que el derecho fundamental ceda en ciertos aspectos, siempre que conserve su contenido esencial. Coincidimos con la afirmación reiterada en numerosas ocasiones por la AEPD recordando que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, y si bien no se puede vaciar de contenido, tampoco

¹⁰⁵ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012.

¹⁰⁶ Wiewiórowski, W., “EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic”, *European Data Protection Supervisor*, 2020, vol. 6.

¹⁰⁷ Primera pregunta: ¿Pueden los poderes públicos ampararse en una situación de emergencia para relativizar el respeto a los derechos fundamentales?

puede obstaculizar la lucha contra la pandemia¹⁰⁸, como defiende Piñar Mañas seguridad y privacidad no son contradictorias¹⁰⁹. Pero para asegurar que la afirmación anterior no supone una puerta trasera de vulneración, es imprescindible entre otras cosas asegurar que no se produzcan daños irreversibles y que estos tratamientos excepcionales finalicen al terminar el Estado de Alarma.

2. ANÁLISIS CONCRETO DE LA ORDEN SND 27 MARZO

Durante el Estado de Alarma se tomaron numerosas medidas relacionadas con el derecho a la protección de datos sobre las cuales se puede debatir, la toma de temperatura, el reconocimiento facial durante exámenes online etc. Las que más controversia ocasionaron fueron las recogidas en esta orden, cuyo alcance ya hemos explicado en el marco teórico.

No solo surgieron dudas en cuanto a su contenido, sino que también hubo cuestiones de carácter formal que no deberían ser consideradas menores.

2.1. Cuestiones formales

No nos vamos a detener mucho en estas cuestiones formales ya que el tema ha quedado expuesto en apartados anteriores. La principal duda se refiere a la reserva de ley, ¿puede limitarse un derecho fundamental a través de una orden ministerial?

En la orden en cuestión se invocan dos fuentes de legitimación: (i) El art.4 del RD de 463/2020, que como hemos mencionado, establece al ministro de sanidad como autoridad delegada competente para tomar medidas que para garanticen la protección de las personas y (ii) el art. 3 Ley MEMSP que, como hemos desarrollado en el marco teórico, es una de las cláusulas generales que dan un amplio poder de decisión a las autoridades sanitarias.

¹⁰⁸ DÍAZ, J., Foro de Seguridad y Protección de Datos: Apps y webs de autoevaluación del coronavirus, *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 2020, no 139, p.p. 64-65.

¹⁰⁹ Piñar Mañas, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, *COVID-19 y derecho público @durante el estado de alarma y más allá*, Tirant lo Blanch, 2020, p.p. 135-183.

En este caso se produce un supuesto de predeterminación de normativa en cascada (RD de estado de alarma establece a las autoridades delegadas y a su vez se remite a la normativa sanitaria)¹¹⁰ podemos por tanto concluir que, en estos supuestos excepcionales y amparándose en esas fuentes de legitimación, si se produce una excepción a la reserva de ley (aunque a pesar de que las medidas concretas se tomen por orden ministerial, la legitimación emana de leyes orgánicas).

Si bien es verdad que cabe plantearse un mayor detalle en la redacción de la orden ya que al tratarse de un tema tan sensible, como la limitación de derechos fundamentales es necesario acotar las medidas lo máximo posible, evitando generalizaciones (lo cual vamos a analizar en detalle en el siguiente apartado). Como manifiesta Sandra Pérez, experta en protección de datos, las propias aplicaciones de desarrollo de la orden ofrecen “información extensa y desarrollada” sobre el tratamiento de los datos¹¹¹.

En conclusión, a pesar de la falta de desarrollo de las medidas en la orden no nos encontramos ante problemas de magnitud suficiente para negar su constitucionalidad formal. Si que podemos afirmar que ante derecho de excepción ceden bastante los aspectos formales lo que se justifica con la urgencia derivada de la situación. Puede aceptarse por tanto como conforme a la Constitución por una cuestión de prioridades.

2.2. Cuestiones materiales

Lo primero que debemos tener en mente antes de comenzar con este apartado es que cualquier tratamiento debe respetar el núcleo esencial y con ello los principios recogidos en el artículo 5 RGPD, así como informar al interesado conforme los artículos 13 y 14 RGPD¹¹².

A continuación, citaremos las aplicaciones derivadas de esta orden que, como ha sido expuesto en el marco teórico, entendemos han tenido especial protagonismo en este

¹¹⁰ Martínez, R., Protección de datos y geolocalización en la Orden SND/297/2020. [Entrada de blog]. *Hay Derecho-Expansión* (disponible en: <https://www.hayderecho.com/2020/03/31/proteccion-de-datos-y-localizacion-en-la-orden-snd-297-2020/>; última consulta 8/05/2022)

¹¹¹ Pérez, S., “Orden ministerial y app asistencia COVID-19 geolocalización”, *PRODAT* (disponible en: <https://www.prodat.es/blog/orden-ministerial-y-app-asistenciacovid-19-geolocalizacion/>; última consulta 26/02/2022)

¹¹² Excepto las situaciones recogidas en los apartados 4 y 5 de esos mismos artículos

asunto, así como las principales líneas de debate que dejan abiertas y los aspectos más relevantes a tener en cuenta. Son Data COVID y Asistencia COVID que vamos a analizar por separado¹¹³.

2.2.1. Data COVID

Se trata de una aplicación que pretende la recopilación de datos de cara a realizar un estudio estadístico, donde el responsable del tratamiento es el INE y el encargado los operadores de telecomunicaciones.

Lo más destacado de esta previsión es que nos encontramos ante un tratamiento de datos anonimizados y agregados según se recoge en la orden, recordando el núm. 26 del RGPD la normativa de protección de datos no se aplica sobre datos anonimizados.

Se trata de un tema especialmente sensible que suscita numerosas confusiones. Como expone la AEPD no es lo mismo datos anonimizados y datos seudoanonimizados, sobre estos últimos si es aplicable la normativa. El límite entre ambos se encuentra en que los datos son anonimizados cuando “no exista una probabilidad razonable que cualquier persona pueda identificar a la persona física en el conjunto de datos. Dicha evaluación ha de tener en cuenta los costes, el tiempo requerido para llevar a cabo la reidentificación o los medios tecnológicos necesarios para conseguir la reversión de la anonimización, tanto los actuales como teniendo en cuenta los avances tecnológicos”¹¹⁴.

Ricard Martínez¹¹⁵ expone esta previsión recordando que es la anonimización irreversible la que se encuentra bajo las previsiones del núm. 26 RGPD, excluyendo así la aplicación de esta normativa “inclusive con fines estadísticos o de investigación” que es precisamente en el que nos encontramos¹¹⁶.

¹¹³ Es relevante señalar que al tratarse de iniciativas del sector público será plenamente aplicable el RD 3/2010, de 8 de enero, regulador del Esquema Nacional de Seguridad.

¹¹⁴ “Anonimización y seudoanonimización” *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, 6 de octubre de 2021 (disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/anonimizacion-yseudoanonimizacion> ; última consulta 26/05/2022)

¹¹⁵ Director de la cátedra de privacidad y transformación digital en la Universidad de Valencia y doctor en derecho constitucional

¹¹⁶ Martínez, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”, *Diario La Ley*, 2020, vol. 9, p. 30.

Cabe resaltar, como nos recuerda Sandra Pérez, experta en protección de datos, que no es la primera vez que se recogen datos para estudios estadísticos. En octubre del 2019 el Instituto Nacional de Estadística (INE) recopiló datos para un estudio relacionado con ciudades dormitorio, y pese a que también suscitó dudas, se comprobó que se trataba de un tratamiento de datos constitucional y de acuerdo con las garantías normativas¹¹⁷. Si bien es verdad que, en este caso, a diferencia del 2019 nos encontramos ante datos especialmente sensibles (datos sanitarios).

Además, como recuerda el SEPD incluso al tratarse de datos anonimizados se deben cumplir ciertas obligaciones de seguridad en cuanto a la información y confidencialidad¹¹⁸ de los mismos ya que la situación conlleva la intervención de terceros (operadores).

Por último, a pesar de ser de menor relevancia para nuestro trabajo al estar relacionado con la normativa de actividad estadística y no de protección de datos, es interesante mencionar el secreto estadístico recogido en la Ley 12/1989 de 9 de mayo y Reglamento 223/2009 de 11 de marzo que ofrece una protección y garantía adicional a los datos recogidos con estos fines¹¹⁹.

2.2.2. Asistencia COVID

Esta aplicación, conocida vulgarmente como RadarCovid, tiene como función principal rastrear contactos y emplea la localización para comprobar que el usuario se encontraba en la CCAA en la que declaraba estar, y analizar la movilidad en los días previos al confinamiento. El responsable del tratamiento era en este caso el Ministerio de Sanidad y el encargado la Secretaría General de Administración Digital. En esta aplicación intervienen tanto el sector público como el privado a través de la empresa de Google Alphabet.

¹¹⁷ Pérez, S., “Orden ministerial y app asistencia COVID-19 geolocalización”, *PRODAT* (disponible en <https://www.prodat.es/blog/orden-ministerial-y-app-asistenciacovid-19-geolocalizacion/>; última consulta 26/02/2022)

¹¹⁸ GIL, E. Big data, privacidad y protección de datos. *Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 2016 (disponible en: https://www.derechoinformatico.cl/catalogo/downloads/big_data2016.pdf; última consulta 15/05/2022)

¹¹⁹ Martínez, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”. *Diario La Ley*, 2020, vol. 9, p. 30.

En concreto busca lograr la detención de la pandemia aplicando dos métodos: (i) El análisis de los usuarios que han estado en contacto con personas contagiadas por COVID en los últimos 14 días. (ii) La comunicación a través de la aplicación de diagnósticos positivos.

Para cumplir con estas dos funciones, está claro que de una forma u otra es necesaria la geolocalización de los usuarios. La geolocalización es un tema especialmente sensible, lo que se ve reflejado en las cautelas recogidas en el Libro Blanco sobre Decentralized Privacy Preserving Proximity Tracing¹²⁰ preparado por numerosos investigadores europeos, y en numerosos trabajos de investigación como el de María Álvarez Caro¹²¹ que analiza a fondo la alianza de Google y Apple contra el COVID¹²².

Para analizar a fondo la aplicación lo primero que debemos hacer es tener un entendimiento básico del funcionamiento de la misma, sin entrar en cuestiones técnicas¹²³. Se trata de una herramienta digital que permite rastrear los contagios, el método elegido para ello es el “bluetooth” y como se recoge en la política de privacidad de la aplicación, esta no almacena datos de carácter personal, si no que intercambia códigos de bluetooth con teléfonos cercanos que tengan también descargada la herramienta¹²⁴.

En esta aplicación a diferencia de la anterior la anonimización no será completa y, por tanto, como defiende el catedrático de derecho constitucional Lorenzo Cotino Hueso,

¹²⁰ AA. VV., *Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing. White Paper*, versión 12/4/2020

¹²¹ Vid. ÁLVAREZ CARO, M., “Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital.” *Derecho al olvido en internet*, 2015, p. 1-144.

¹²² Si bien se trata de un trabajo sobre la iniciativa de dos empresas privadas y no del fomento por parte del gobierno de una herramienta, contiene numerosos análisis sobre el funcionamiento de este tipo de aplicaciones que nos van a ser útiles, ya que la aplicación Radar COVID se desarrolló bajo el protocolo de la herramienta diseñada por Apple y Google.

¹²³ Para entender a fondo su diseño vid. Domínguez Álvarez, J.L., “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”. *Revista de Comunicación y Salud*, 2020, vol. 10, no 2, p. 607-624.

¹²⁴ Gobierno de España (2020), “Política de Privacidad de la Aplicación Radar Covid”, España. (disponible en: <https://radarcovid.covid19.gob.es/terms-of-service/privacy-policy.html> ; última consulta: 01/03/2022)

debe respetar los principios y garantías recogidos en la normativa de protección de datos¹²⁵.

A lo largo de toda la narrativa hemos reiterado en numerosas ocasiones la importancia del principio de ponderación, y al encontrarnos con la medida más compleja de analizar de nuestro trabajo, no hay mejor manera de corroborar su constitucionalidad que aplicando este juicio¹²⁶. Como afirma el SEPD y reitera el propio RD de estado de alarma las medidas que se tomen deben ser proporcionadas citar. Al fin y al cabo, nos encontramos ante un conflicto entre el derecho a la protección de datos y el interés público que puede ser solucionado aplicando este juicio.

Siguiendo las directrices expuestas por el TC en numerosas ocasiones debemos plantearnos si esta aplicación responde a las tres preguntas mencionadas en el marco teórico y que analizaremos a continuación¹²⁷:

(i) *¿Eran las medidas susceptibles de conseguir los objetivos propuestos?*

Como ha quedado claro, el objetivo buscado con estas aplicaciones es frenar la pandemia y reducir los contagios, tanto el preámbulo como el articulado del RD 463/2020 establecen como finalidad del estado de alarma la gestión de la crisis sanitaria, que no es diferente a la buscada con esta aplicación. Para analizar si realmente con la aplicación y estas técnicas se podían reducir los contagios, basta con observar medidas similares tomadas más allá de nuestras fronteras.

Singapur fue uno de los primeros países en desarrollar un “sistema digital de rastreo” mediante Bluetooth con el objetivo de identificar contactos cercanos de contagiados por COVID-19. De forma que las autoridades pudieran entonces recomendar la cuarentena o la realización de pruebas a dichas personas, similar al método de la aplicación lanzada por España, que como hemos mencionado también empleaba la técnica de Bluetooth. Con

¹²⁵ Cotino Hueso, L., “Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la covid-19: Privacidad y protección de datos”, *IDP: revista de Internet, derecho y política= revista d'Internet, dret i política*, 2020, no 31, p. 1.

¹²⁶ Álvarez García, V. “Los Fundamentos Del Derecho De Necesidad En Tiempos De La Covid-19”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2021, vol. 2021, no 48

¹²⁷ STC 26/1981, de 13 de agosto de 1981. (BOE, núm. 193, 13 de agosto de 1981)
STC 6/1984, de 18 de febrero de 1984. (BOE, núm 42, 18 febrero de 1984)
STC 178/1985, de 15 de enero de 1986. (BOE, núm. 13, 15 de enero de 1985)

casi 6 millones de habitantes Singapur es uno de los países con menos infectados y fallecidos por COVID-19¹²⁸.

Otro país con una aplicación de rastreo potente fue Corea del Sur, donde las autoridades almacenan grandes cantidades de datos de los ciudadanos. Este país puso en marcha una aplicación que utiliza los datos de localización para analizar si el usuario se encuentra en focos o zonas donde han estado recientemente positivos de COVID-19¹²⁹. Esta aplicación supero el récord de descargas¹³⁰.

Si bien es cierto que estos países son solo algunos ejemplos donde se las medidas han tenido éxito, no podemos compararlos directamente con Europa ni por supuesto con nuestro país, por tratarse de países con bajos índices democráticos donde el respeto a los derechos fundamentales no es una prioridad, y menos cuando se enfrenta al bien común. Las referencias por tanto sólo son válidas desde el punto de vista técnico y de eficacia, pero en este sentido, sí arroja información importante.

Por lo que respecta a la Unión Europea, han surgido, por supuesto, iniciativas relacionadas con las nuevas tecnologías al servicio de la pandemia. Un ejemplo de ello es la divulgación de un “*Common EU Toolbox for Member States*” sobre aplicaciones móviles para apoyar la localización de contactos en la lucha de la UE contra el COVID-19¹³¹. Y algunos países siguiendo esta guía implantaron medidas de este tipo (Bélgica, Croacia, Chipre, Dinamarca, etc.)¹³². Es difícil cuantificar el éxito que tuvieron las aplicaciones en Europa, entre otras cosas porque se implantaron durante los últimos meses de pandemia, cuando el número de contagios ya estaba en retroceso por la

¹²⁸ Méndez, M.A., “La ingeniosa app de Singapur para frenar el coronavirus que España debería crear ya”, *El Confidencial*, 26 de marzo de 2020 (disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2020-03-26/singapur-app-coronavirus-covid19-smartphones_2516539/; última consulta 04/03/2022).

¹²⁹ “El uso de aplicaciones para contener el avance del Coronavirus en China, Corea y Singapur”, *Observatorio Parlamentario, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)*, 9 de abril de 2020 (disponible en: <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/vigilancia-sanitaria-coronavirus-china-corea-singapur>; última consulta 04/03/2022)

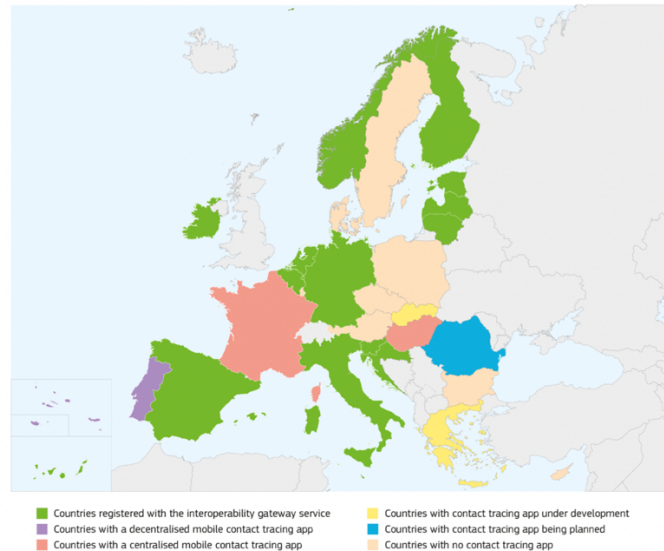
¹³⁰ Shendruck, A., “South Koreans are using smartphone apps to avoid the novel coronavirus”, *Quartz*, 29 de febrero de 2020 (disponible en: <https://qz.com/1810651/south-koreans-are-using-smartphone-apps-to-avoid-coronavirus/>; última consulta 04/03/2022)

¹³¹ Comisión Europea, “Mobile applications to support contact tracing in the EU’s fight against COVID-19”. (disponible en: https://ec.europa.eu/health/system/files/2020-04/covid-19_apps_en_0.pdf)

¹³² Comisión Europea, Aplicaciones móviles de rastreo de contactos en los Estados Miembros de la UE (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-06-15/noruega-detiene-la-recopilacion-de-datos-de-su-app-contrala-covid-19.html>; última consulta 07/03/2022)

aplicación de diferentes medidas. Sin embargo, lo importante para nuestro análisis es que podemos observar que fue una medida acogida y aceptada por muchos países, lo que nos demuestra que por lo menos en ese momento se consideraba efectiva para frenar la pandemia¹³³.

Ilustración 1: países de Europa en los que se ha promovido aplicaciones de rastreo contra el COVID



Fuente: Comisión Europea¹³⁴

Debemos tener presente que la existencia de ejemplos de éxito no permite que “todo valga” y que cualquier medida tomada en esa dirección sea aceptada por los estados. Un ejemplo de esto es Noruega, que tuvo que paralizar su aplicación al considerar que violaba la protección de datos de sus ciudadanos por el uso del GPS¹³⁵. Y es por ello por lo que debemos continuar nuestro juicio de proporcionalidad con los siguientes dos puntos.

¹³³Chumtong, J., “Rastreo de teléfonos móviles contra COVID-19. Con la tecnología digital contra un virus analógico. Análisis y argumentos”, *Kornrad Adenauer Stiftung*, nº386, abril de 2020 (disponible en: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Rastreo+de+teléfonos+móviles+contra+COVID-19.pdf/fd5a62bf-af8f-1650-e765-b36ea00d7b9a?version=1.0&t=1588165935403>; última consulta 11/03/2022)

¹³⁴ Recuperado de: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/travel-during-coronavirus-pandemic/how-tracing-and-warning-apps-can-help-during-pandemic_es

¹³⁵ “Noruega detiene el uso de su app contra la COVID-19 por conflicto en privacidad”, *Conversia*, 25 de junio de 2020 (disponible en: <https://www.conversia.es/noruega-detiene-el-uso-de-su-app-contra-la-covid-19-por-conflicto-en-privacidad/>; última consulta 14/03/2022).

Antes de pasar a las siguientes preguntas, hay que hacer una aclaración importante. Al margen de su adecuación legal, deberíamos conocer su efectividad real, como recuerda el investigador José Luis Domínguez, así como otros muchos expertos, para que esta aplicación realmente tenga el éxito es imprescindible que tenga un alcance suficiente, es decir, que el número de usuarios sea masivo. En la práctica el número de descargas no supuso más del 20% de la población, muchos de ellos sin comunicar positivos¹³⁶. Esto nos lleva a dejar abiertos dos aspectos para la reflexión.

- Si los esfuerzos no deberían haberse centrado en medidas más adecuadas
- El hecho de que, al margen de la vulneración efectiva que llegue a producirse, cualquier amenaza de vulneración por pequeña que sea, de un derecho fundamental, deberá cuestionarse, en aras de la protección del estado de derecho.

(ii) *¿Era una medida necesaria, o existían medidas más moderadas que logran la misma eficacia? Análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, ¿derivaban más beneficios para el interés general que perjuicio sobre la protección de datos?*

El contexto de pandemia en el que nos encontrábamos supuso la toma de muchas medidas “radicales”, el desconocimiento y saturación de los servicios sanitarios, llevó a situaciones de descontrol que exigieron medidas complementarias.

Como ya hemos mencionado en el marco teórico, se hace necesario por una parte el seguimiento de los contagiados para disminuir la propagación y por otra un sistema de registro de positivos que superara el colapso de los sistemas de salud. No cabe por tanto duda de la necesidad de implantar medidas de rastreo de contagios¹³⁷.

Ahora bien, debemos plantearnos si esa aplicación es la menos intrusiva, sin entrar en detalle sobre cuestiones técnicas, que no interesan al presente trabajo. Se han planteado dos formas de rastrear contactos (i) mediante GPS, que es el caso de app de Noruega o

¹³⁶ Gobierno de España, “Estadísticas Radar COVID. Contenido Cuadro de Mando Web”, 2022 (disponible en: <https://radarcovid.gob.es/estadisticas/descargas-radar> ; última consulta 01/06/2022)

¹³⁷ Rivero Ortega, R., “Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2020, no 55, p. 6.

(ii) mediante una tecnología de bluetooth, en la que se basa RadarCovid, empleando un software desarrollado por Apple y Google.

Está claro que como defiende María Álvarez Caro la tecnología de bluetooth es la menos intrusiva de las dos, y que fuera de estas dos técnicas, y del empleo de la tecnología era muy difícil afrontar el problema que se planteaba.

Además, de la política de privacidad de la aplicación¹³⁸ se desprende que no va a almacenar los datos, lo que reduce significativamente el impacto sobre el derecho a la protección de datos¹³⁹ y que todas las labores de tratamiento de datos se llevarán a cabo dentro de la Unión Europea.

Todo esto parece llevarnos a la conclusión de que se trató de emplear la técnica menos invasiva y respetar al máximo la protección de datos, sin embargo, existen una serie de puntos que merecen mención y que pueden generar cierta preocupación.

Si bien es verdad que se minimiza la vulneración de los datos personales mediante el uso de técnicas de bluetooth, la rapidez de implantación de estas aplicaciones genera una ausencia de información, de seguridad y de transparencia¹⁴⁰. La falta de seguridad se demostró en la brecha que sufrió esta aplicación que afectaba a los usuarios que confirmaban su positivo¹⁴¹.

En cuanto a la escasa transparencia, ha supuesto una inquietud para numerosos expertos que firmaron un documento en el que se exigía comunicar todos los parámetros técnicos que desarrollaban la aplicación y que estaban vinculados al uso de los datos, su tratamiento, código fuente, etc. Posiblemente lo que subyace en esa petición (asumiendo que la información que se recabase debería ser posteriormente analizada por expertos) es

¹³⁸ Gobierno de España (2020), “Política de Privacidad de la Aplicación Radar Covid, España. Radar Covid” (disponible en: <https://radarcovid.covid19.gob.es/terms-of-service/privacy-policy.html>); última consulta 20/03/2022).

¹³⁹ Y entra en aplicación el RD 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica

¹⁴⁰ Rodríguez-Prieto, R., “Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID. El caso de Radar COVID”, 2020.

¹⁴¹ Pérez Colomé, J., “La app Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento”, *El País*, 22 de octubre de 2020 (disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2020-10-22/la-app-radar-covid-ha-tenido-una-brecha-de-seguridad-desde-su-lanzamiento.html>); última consulta 21/03/2022).

que, sin un conocimiento detallado, no habría manera de asegurar al cien por cien la protección, dada la sofisticación y opacidad de estas tecnologías. Entre los firmantes se encontraban Ricardo Baeza-Yates, miembro del Consejo Nacional de la Inteligencia Artificial del Gobierno; Miguel Luengo-Oroz, jefe de datos de Global Pulse de Naciones Unidas o Carme Torras, profesora en el Instituto de Robótica del CSIC y también miembro del Consejo Nacional de Inteligencia Artificial¹⁴².

Además, no podemos dejar pasar que tanto Google como Apple no son precisamente conocidos por buenas prácticas con los derechos de los ciudadanos ni por respetar la competencia del mercado¹⁴³. Deberían existir por lo tanto controles y limitaciones desde el punto de vista técnico frente a la participación de estas compañías, pero también establecer una relación de obligaciones que derivase en consecuencias punibles de cara a asegurar su adecuado comportamiento y la protección de los derechos de los ciudadanos.

Como conclusión a este apartado, sí existen circunstancias suficientes para exponer el derecho fundamental que estamos tratando a una limitación, siempre dentro del método y condiciones establecidas para asegurar la pervivencia de su esencia, así como el hecho de que no se produzcan daños irreversibles y se asegure el retorno posterior a la normalidad.

La constitucionalidad es suficiente, pero esto no debe de llevar a rebajar controles y garantías. Y, sobre todo, en lo que respecta al uso de las aplicaciones, habrá que tener una cautela extrema ante la intervención de terceras empresas conocidas por su ambición y agresividad comercial.

¹⁴² Pérez Colomé, J. y G. García, J., “Un centenar de académicos reclama al gobierno más transparencia con la app Radar Covid”, *El País*, 5 de septiembre de 2020 (disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2020-09-05/un-centenar-de-academicos-reclama-al-gobierno-mas-transparencia-con-la-app-radar-covid.html>; última consulta 21/03/2022).

¹⁴³ Rodríguez-Pietro, R., “Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID. El caso de Radar COVID”, 2020.

CONCLUSIÓN

La inesperada irrupción de la pandemia del COVID 19, y la necesidad de detener un nivel de contagio que crecía de forma exponencial, generó una situación para la que, en lo que respecta la base regulatoria, ningún gobierno estaba realmente preparado. Ha sido necesario desarrollar medidas destinadas a facilitar el rastreo de afectados y garantizar que la esencia del derecho a la protección de datos de carácter individual no se vulneraba.

El objeto de este estudio ha sido precisamente, valorar el tratamiento de datos personales que se ha llevado a cabo durante el estado de alarma, entendiendo el equilibrio con el principio de seguridad de las personas y los principios procedimentales que regulan estas situaciones especiales. Centrado este análisis en la Orden SND/297/2020 de 27 de marzo y las medidas que contempla.

No es fácil cerrar este trabajo con afirmaciones concluyentes. De hecho, considero que siguen existiendo diferentes opiniones en función de los criterios que se utilicen para ponderar la importancia de los diferentes bienes jurídicos afectados. Están involucrados aspectos muy relevantes y epidérmicos. Por un lado, la salvaguarda de los derechos fundamentales (vulnerar un derecho fundamental implica la posibilidad de hacerlo con cualquier otro), algo que pone en juego nada menos que el estado de derecho, los principios que sostienen la estructura democrática de cualquier país. Por otro, la salud en un estado límite, casi de supervivencia, obligando a tomar decisiones intentando que estas no estén influidas por el miedo y el desconcierto.

Además, hay que tener en cuenta la ausencia de referencias y la falta de previsibilidad, con lo que se hacía necesario incluso asumir decisiones que podrían no llegar a ser lo efectivas que parecían. No pretendo que todo lo anterior se entienda como excusa ante posibles errores en las decisiones tomadas, sino como un ejercicio de definición del entorno necesario para entender el nacimiento del conflicto.

Desde el punto de vista formal sin duda no existe una caligrafía clara, sin embargo, entendemos que no nos encontramos aquí con efectos tan relevantes en lo que se refiere a lo procedimental, como para que se declare inconstitucional. Consideramos necesario tener en cuenta las especiales circunstancias que concurren y la gravedad de la situación,

aplicando así el principio de la proporcionalidad (sin que ello implique libertad y ausencia completa de requisitos).

En lo que se refiere a la afectación de la esencia del derecho, y tras estudiar muchas de las posiciones tomadas al respecto por diferentes eruditos, hemos optado por aplicar el principio de ponderación, que ha tenido un papel protagonista durante toda la redacción, y la conclusión es que, si bien no se ha vulnerado la esencia del derecho, sí se llegó al límite admisible en algunos casos al no estar claro que los controles y garantías propuestos sean suficientes, y siendo la transparencia escasa.

De hecho, sí es cierto que posiblemente se necesitaría más perspectiva, lo que quiere decir mayor distancia en el tiempo, a la hora de hacer un análisis completo. Pudiendo garantizar la derogación radical de las medidas, la vuelta a la normalidad de la situación y la demostración eficaz de que las autoridades públicas no han podido saltarse la anonimización de los datos, ni hacer una utilización inadecuada de estos. En cualquier caso, entendemos que lo positivo sería que el estudio pormenorizado de esta situación y los errores cometidos sirviese para generar doctrina.

La situación quizás no se repita en la dimensión que hemos sufrido con el COVID-19, pero la reciente aparición de la viruela del mono nos recuerda nuestra fragilidad. Y nunca deberíamos permitir que esa fragilidad afecte a nuestros derechos¹⁴⁴.

Desde el punto de vista tecnológico hemos aprendido lo suficiente para entender que los errores se deben, entre otras razones, a la falta de implementación de las herramientas tecnológicas. El desarrollo digital se ha visto tan impulsado por la situación, que nos lleva a pensar que en un futuro la permeabilidad de estas aplicaciones será mucho mayor. Entonces habrá que tener muy claro cuál es el punto de equilibrio a mantener entre la seguridad y la privacidad. La exposición de nuestra intimidad, con fines comerciales genera un rechazo extendido, pero ¿qué ocurre si lo que está en juego es la salud?

¹⁴⁴ Pérez Colomé, J., “Radar Covid no ha funcionado pero la tecnología que había detrás ya prepara la próxima pandemia”, *El País*, 17 de enero de 2022 (disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2022-01-17/radar-covid-no-ha-funcionado-pero-la-tecnologia-que-habia-detras-ya-prepara-la-proxima-pandemia.html> ; última consulta 22/03/2022).

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE, núm.102, 29 de abril de 1986)

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE, núm. 240, 5 de octubre de 2011)

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE, núm. 134, 5 de junio de 1981)

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE, núm. 102, 29 de abril de 1986)

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE, núm. 294, 6 de diciembre de 2018).

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 (BOE, núm. 86, 28 de marzo de 2020)

RD 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 (BOE, núm. 67, 14 de marzo de 2020).

RD 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 (BOE, núm. 73, 18 de marzo 2020)

RD 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 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 (BOE, núm. 86, 28 de marzo de 2020)

RD 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 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 (BOE, núm. 101, 11 de abril 2020)

RD 492/2020, de 24 de abril, por el que prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 (BOE, núm. 115, 25 de abril de 2020).

RD 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 (BOE, núm. 145, 23 de mayo de 2020)

RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE, núm. 291, 25 de octubre de 2020).

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 (Diario Oficial, núm. L110, 4 de mayo de 2016, pp.1-88)

Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (Diario Oficial, núm. L303, 28 de noviembre de 2018, pp.59-68)

Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo (BOE, núm. 129, 9 de mayo de 2020)

Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012.

2. JURISPRUDENCIA

STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (BOE, núm. 99, 25 de abril de 1981)

STC 26/1981, de 13 de agosto de 1981 (BOE, núm. 193, 13 de agosto de 1981)

STC 6/1984, de 18 de febrero de 1984 (BOE, núm. 42, 18 febrero de 1984)

STC 178/1985, de 15 de enero de 1986 (BOE, núm. 13, 15 de enero de 1985)

STC 254/1993 de 20 de julio de 1993 (BOE, núm. 197, 18 de agosto de 1993)

STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996 (BOE, núm. 102, 27 de abril 1996)

STC 44/1999 de 22 de marzo de 1999 (BOE, núm. 100, 27 de abril de 1999)

STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000 (BOE, núm. 107, de 4 de mayo de 2000)

STC 104/2000, de 13 de abril de 2000 (BOE, núm. 119, 18 de mayo de 2000)

STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (BOE, núm 4, 4 de enero de 2001)

STC 17/2013 de 31 de enero de 2013 de 2013 (BOE, núm. 49, 26 febrero 2013)

STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014 (BOE, núm. 60, 11 de marzo de 2014)

STC 39/2016, de 3 marzo de 2016 (BOE, núm. 85, 8 de abril de 2016)

STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019 (BOE, núm. 151, 25 de junio de 2019)

STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 (BOE, núm. 182, 31 de julio de 2021)

STJUE de 13 de mayo de 2014, Google España, C-131/12, EU:C:2014:317, apartado 88.

3. OBRAS DOCTRINALES

AA. VV., *Decentralized Privacy - Preserving Proximity Tracing. White Paper*, versión 12/4/2020

Abellán-García Sánchez, F., “El tratamiento por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios” (Comentario al artículo 9.2. i) RGPD y al artículo 9.2 LOPDGDD), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*. Aranzadi, 2021, p.p. 1201-1218.

Alonso Timón, A.J., “La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19”, 2021.

Álvarez García, V. J., “Los Fundamentos Del Derecho De Necesidad En Tiempos De La Covid-19”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2021, vol. 2021, no 48.

Álvarez García, V.J., “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2020, no 86, p.p. 6-21.

Biglino Campos P. y Durán Alba J., “Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada”, *Fundación Manuel Giménez Abad*, Madrid, 2021.

Cierco Seira, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”, *COVID-19 y derecho público: (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch, 2020, p.p. 25-77.

Cotino Hueso, L., “Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la covid-19: Privacidad y protección de datos”, *IDP: revista de Internet, derecho y política= revista d'Internet, dret i política*, 2020, no 31, p. 1.

De la Quadra – Salcedo, T., “Límite y restricción, no suspensión”, *El País*, 2020, vol. 8, no 4.

Del Castillo Vázquez, I., “El consentimiento en la actual normativa de protección de datos: nuevo panorama jurídico y nuevos requisitos”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 2020, vol. 23, no 2, p.p. 149-183.

Del Castillo Vázquez, I., “Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal”, *Comentario al RGPD y LOPDGDD*, Thomson Reuters.

Delgado, L.R., “Las condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos” (Comentario al artículo 9 RGPD y artículo 9 LOPDGDD), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p.p. 1013-1039.

Díaz, J., “Foro de Seguridad y Protección de Datos: Apps y webs de autoevaluación del coronavirus”, *I+ S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 2020, no 139, p.p. 64-65.

Domínguez Álvarez, J.L., “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”, *Revista de Comunicación y Salud*, 2020, vol. 10, no 2, p. 607-624.

Durán Cardo, A.B., “Responsable del tratamiento (Comentario al artículo 4.7 RGPD)”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi, 2021, p.p. 637-665.

Moreno Muñoz, M. “Privacidad y procesado automático de datos personales mediante aplicaciones y bots”, *Dilemata*, 24, 2017.

Falcón, J. P. “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, no 34, p.p. 141-178.

Martín-Retortillo, L. y De Otto, I. “Derechos fundamentales y Constitución”, *Ed. Civitas*, Madrid, España, 1988.

Martínez, R., “Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública”. *Diario La Ley*, 2020, vol. 9, p. 30.

Mateos Moro, A., “¿Estado de alarma o estado de excepción? Estudio de la situación jurídica de los derechos fundamentales durante el estado de alarma”, 2021.

McDonald A. y Faith Cranor L., “The Cost of Reading Privacy Policies”, *Journal of Law and Policy of the Information Society*, vol. 4, no3 (2008)

Pérez Royo, J., “Curso de derecho Constitucional”, *Marcial Pons*, Madrid, 1997.

Piñar Mañas, J.L., “Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19”, *COVID-19 y derecho público:(durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch, 2020, p.p. 135-183.

Preciado Doménech, C. H., “El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo: Adaptado al nuevo reglamento 679/2016”, 2017, *Navarra: Thomson Reuters Aranzadi*.

Rivero Ortega, R., “Rastreadores y Radar COVID: obligaciones de colaborar y garantías”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2020, no 55, p. 6.

Rodríguez-Prieto, R., “Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID”, *El caso de Radar COVID*, 2020.

Rubio Llorente, F. “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, *Revista de administración pública*, 1983, no 100-102.

Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., “Datos sobre la salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España”, *Comares*, Granada 2004.

Sarrión Esteve J., “Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson, 2020.

Sarrión Esteve, J., “La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria” *Gaceta Sanitaria*, 2022, vol. 36, p.p. 37-40.

Tajadura Tejada, J., “Los derechos fundamentales y sus garantías”, *Tirant to Blanch*, Valencia 2015.

Toniatti, R., “Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principio de legislación comparada”. En *Anuario de jornadas 1989-1990: (Servicio de Estudios del IVAP)*, Instituto Vasco de Administración Pública = Herri Ardulararitzaren Euskal Erakundea, 1991, p.p. 257-297.

Torres del Moral, A. “Principios de Derecho Constitucional Español” *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, sexta edición, Madrid.

Wiewiórowski, W. “EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic”. *European Data Protection Supervisor*, 2020, vol. 6.

4. RECURSOS DE INTERNET

“Anonimización y seudonimización” *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, 6 de octubre de 2021 (disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/anonimizacion-yseudonimizacion> ; última consulta 26/02/2022)

“El uso de aplicaciones para contener el avance del Coronavirus en China, Corea y Singapur”, *Observatorio Parlamentario, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN)*, 9 de abril de 2020 (disponible en: <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/vigilancia-sanitaria-coronavirus-china-corea-singapur> ; última consulta 04/03/2022)

“Noruega detiene el uso de su app contra la COVID-19 por conflicto en privacidad”, *Conversia*, 25 de junio de 2020 (disponible en: <https://www.conversia.es/noruega-detiene-el-uso-de-su-app-contra-la-covid-19-por-conflicto-en-privacidad/>; última consulta 14/03/2022)

Álvarez García, V.J., “Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura”, *Revista General de Derecho*

Administrativo, 2021, no 58, p. 1. (disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512411>)

Chumtong, J., “Rastreo de teléfonos móviles contra COVID-19. Con la tecnología digital contra un virus analógico. Análisis y argumentos”, *Kornrad Adenauer Stiftung*, nº386, abril de 2020 (disponible en: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Rastreo+de+teléfonos+móviles+contra+COVID-19.pdf/fd5a62bf-af8f-1650-e765-b36ea00d7b9a?version=1.0&t=1588165935403>; última consulta 11/03/2022)

Comisión Europea, Aplicaciones móviles de rastreo de contactos en los Estados Miembros de la UE (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-06-15/noruega-detiene-la-recopilacion-de-datos-de-su-app-contra-la-covid-19.html>; última consulta 07/03/2022)

Consejo de ministros, “El Gobierno aprueba un plan de desescalada que se prolongará hasta finales de junio”, *La Moncloa*, 28 de abril de 2020 (disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/resumenes/Paginas/2020/280420consejo_ministros.aspx; última consulta 21/01/2022)

Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del brote de COVID-19 (disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdata_scientificresearchcovid19_es.pdf; última consulta 18/01/2022)

Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19 (disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_es.pdf; última consulta 19/01/2022)

Doménech Pascual, G., “Competencia autonómica para adoptar medidas de contención”, *Derecho público del coronavirus*. Almacén del Derecho (disponible en: <https://almacendederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>)

EFE, “Un estudio con infectados voluntariamente muestra rápida incubación de COVID”, Londres 2022 (disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/efefuturo/un-estudio-con-infectados-voluntariamente-muestra-rapida-incubacion-de-covid/50000905-4731253> ; última consulta 18/01/2022).

Gil, E. “Big data, privacidad y protección de datos”. *Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 2016 (disponible en: https://www.derechoinformatico.cl/catalogo/downloads/big_data2016.pdf; última consulta 15/05/2022)

Gobierno de España (2020), “Política de Privacidad de la Aplicación Radar Covid”, España. (disponible en: <https://radarcovid.covid19.gob.es/terms-of-service/privacy-policy.html> ; última consulta: 01/03/2022)

Gobierno de España, “Estadísticas Radar COVID. Contenido Cuadro de Mando Web”, 2022 (disponible en: <https://radarcovid.gob.es/estadisticas/descargas-radar>; última consulta 01/06/2022)

Guillotín, V., Lavarde, C. y René- Paul Savary, M., “Crises sanitaires et outils numériques: répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés” En: *Rapport d'information n° 673 (2020-2021)*, Francia, 3 de junio de 2021 (disponible en: https://www.senat.fr/rap/r20-673/r20-673_mono.html ; última consulta 13/01/2022)

Instituto de Ingeniería del Conocimiento, “Seguridad en big data, privacidad y protección de datos”, (disponible en: <https://www.iic.uam.es/innovacion/seguridad-big-data/>; última consulta 17/01/2022)

Linde, P., “Europa se ha convertido en el epicentro de la pandemia del coronavirus”, *El País*, 13 de marzo de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-13/europa-se-ha-convertido-en-el-epicentro-de-la-pandemia-del-coronavirus.html>); última consulta 20/01/2022)

Martínez, R., Protección de datos y geolocalización en la Orden SND/297/2020. [Entrada de blog]. *Hay Derecho-Expansión* (disponible en:

<https://www.hayderecho.com/2020/03/31/proteccion-de-datos-y-localizacion-en-la-orden-snd-297-2020/>; última consulta 8/05/2022)

Méndez, M.A., “La ingeniosa app de Singapur para frenar el coronavirus que España debería crear ya”, *El Confidencial*, 26 de marzo de 2020 (disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2020-03-26/singapur-app-coronavirus-covid19-smartphones_2516539/ ;última consulta 04/03/2022)

OMS, “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS.”, 2020 (disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> ;última consulta 19/01/2022)

OMS, “Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)”, Ginebra 2020 (disponible en: [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))) ; última consulta 18/01/2022)

ORACLE, “Top Big Data Analytics use cases”, (disponible en: <https://www.oracle.com/a/ocom/docs/top-22-use-cases-for-big-data.pdf> ;última consulta 13/01/2022)

Pérez Colomé, J. y G. García, J., “Un centenar de académicos reclama al gobierno más transparencia con la app Radar Covid”, *El País*, 5 de septiembre de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-09-05/un-centenar-de-academicos-reclama-al-gobierno-mas-transparencia-con-la-app-radar-covid.html>; última consulta 21/03/2022).

Pérez Colomé, J., “La app Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento”, *El País*, 22 de octubre de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-10-22/la-app-radar-covid-ha-tenido-una-brecha-de-seguridad-desde-su-lanzamiento.html>; última consulta 21/03/2022).

Pérez Colomé, J., “Radar Covid no ha funcionado pero la tecnología que había detrás ya prepara la próxima pandemia”, *El País*, 17 de enero de 2022 (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2022-01-17/radar-covid-no-ha-funcionado-pero-la-tecnologia-que-habia-detras-ya-prepara-la-proxima-pandemia.html>; última consulta 22/03/2022).

Pérez, S., “Orden ministerial y aplicación asistencia COVID-19 geolocalización” *PRODAT* (disponible en: <https://www.prodat.es/blog/orden-ministerial-y-app-asistenciacovid-19-geolocalizacion/>; última consulta 26/02/2022)

SAS, “Big Data, what is it and why it matters” (disponible en: https://www.sas.com/en_us/insights/big-data/what-is-big-data.html; última consulta 11/01/2022)

Shendruck, A., “South Koreans are using smartphone apps to avoid the novel coronavirus”, *Quartz*, 29 de febrero de 2020 (disponible en: <https://qz.com/1810651/south-koreans-are-using-smartphone-apps-to-avoid-coronavirus/> última consulta 04/03/2022)

Suleng, K. “Noruega detiene la recopilación de datos de su “app” contra la Covid-19”, 2020 (disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-06-15/noruega-detiene-la-recopilacion-de-datos-de-su-app-contr-la-covid-19.html> ; última consulta 18/02/2022)

Timón Herrero, M., “Protección de datos de carácter personal y crisis sanitaria (Covid-19)”. *El Derecho*, 7 de agosto de 2020 (disponible en: <https://elderecho.com/proteccion-de-datos-de-caracter-personal-y-crisis-sanitaria-covid-19> ; última consulta 18/02/2022)