



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Libertad de circulación durante la pandemia de la COVID-19 y debates constitucionales derivados

Autor: Carlos Ortega García
5º, E-3 Analytics
Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid

Abril 2021

1. ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

DESARROLLO

CAPITULO I: DERECHO DE CIRCULACIÓN

1. LÍMITES AL DERECHO DE CIRCULACIÓN DURANTE EL ESTADO DE ALARMA (Real Decreto 463/2020)
2. LÍMITES AL DERECHO DE CIRCULACIÓN TRAS EL ESTADO DE ALARMA

CAPITULO II: Rastreo de datos ‘radar COVID’

1. RADAR COVID
2. PROPUESTAS SIMILARES EN OTROS PAISES

CAPÍTULO III: CERTIFICADO INMUNOLÓGICO

1. CONCEPTO
2. PROPUESTA INICIAL
 - 2.1 Concepto
 - 2.2 Objeciones médicas
 - 2.3 Objeciones éticas
3. PROPUESTA DE LA UE
 - 3.1 Concepto
 - 3.2 Propuesta de Reglamento de la UE
 - 3.3 Objeciones
 - 3.3.1 Médicas
 - 3.3.2 Éticas
 - 3.4 Filosofía política
 - 3.5 Virtudes de la propuesta
 - 3.5.1 Obligatoriedad de vacunación
4. PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

2. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

UE: Unión Europea

TC: Tribunal Constitucional

RDL: Real Decreto Ley

OMS: Organización Mundial de la Salud

BOE: Boletín Oficial del Estado

RAE: Diccionario de la Real Academia Española

CEPD: Comisión Europea de Protección de Datos

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

TFUE: Treaty on the Functioning of the European Union

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

3. INTRODUCCIÓN

Introducción a la pandemia del COVID-19 y debates jurídicos anexos

Este trabajo aborda cómo las distintas medidas que se han tomado a raíz de la pandemia provocada por el SARS CoV-2, han entrado en conflicto con distintos derechos recogidos en la Constitución. Concretamente se realizará un repaso de la situación jurídica que se dio lugar en España tras la declaración de pandemia por parte de la OMS, esto es, la declaración del Estado de Alarma y luego analizará la propuesta de certificado inmunológico presentada por la Unión Europea.

A finales de diciembre de 2019, las autoridades sanitarias de la ciudad de Wuhan informaron por primera vez de la existencia de una variante de coronavirus, especialmente contagiosa y que había desarrollado, ya en 27 casos, un síndrome respiratorio agudo severo. Esta cepa, descubierta en la capital de la provincia de Hubei, que se transmitía simplemente a través de la saliva que se expulsa al toser, estornudar o espirar; no tardó en propagarse por todo el mundo a un ritmo incontrolable. En los países occidentales, haciendo caso omiso de las noticias que recibíamos desde los países asiáticos, no se tomaron ningún tipo de medidas preventivas, con lo que la propagación de la enfermedad fue, estando ya prevenidos, del mayor de los niveles. No solo se abstuvieron de tomar medidas preventivas, sino que, en España, por ejemplo, estuvimos exportando reactivos necesarios para la realización de test rápidos hasta días antes de que dichos tests fueran una necesidad crítica para el control de la pandemia.

Inicialmente denominado 2019-nCoV, la tipología de coronavirus fue detectada por primera vez en Europa a finales de enero, en un ciudadano francés de avanzada edad que acabó falleciendo el 15 de febrero. Aunque el primer fallecimiento por COVID-19 en Europa se produjo en Valencia, España, el día 13 de ese mismo mes. Tras un gran brote en la región norte de Italia, del que se tuvo noticia el 21 de febrero, la Organización Mundial de la Salud acabó denominando el 11 de marzo de 2020 esta enfermedad como una pandemia. Dos días más tarde, la misma organización, declaró Europa como el nuevo epicentro de la pandemia, tras haber mejorado considerablemente la situación en China.

En relación a las medidas tomadas ante esta sucesión de hechos, en primer lugar, fue China la que, ante los ojos atónitos de todo Occidente, decretó un estricto confinamiento el 23 de febrero de 2020 con la intención de acabar con la propagación de este virus. Sin embargo, dicha medida no fue suficientemente premonitoria para que en Europa empezara a controlar la expansión del virus. Recordemos que el origen de la propagación fue China, y probablemente casi la totalidad de las exportaciones del virus fueron a través de transporte aéreo, por lo que amortiguar y controlar el impacto que estábamos a punto de sufrir, con la limitación de derechos que ello acarrearía, no era una empresa imposible. Sin embargo, ninguna medida se tomó, más aún si cabe desde instituciones gubernamentales se transmitió un mensaje de normalidad, llegando a permitirse e incluso a promoverse actos masivos en momentos en los que ya existían brotes importantes por Europa.

De esa manera, en España, a día 14 de marzo, el Consejo de Ministros aprobó el Estado Alarma a través del Real Decreto 463/2020, por el cual se limitaba la libertad de circulación de las personas en todo el territorio nacional, así como se suspendía la apertura al público de locales y otras 12 medidas recogidas en el mencionado Real Decreto. Fue la libertad de circulación aquella que se vio limitada de manera más drástica, resultando en 3 meses de completo confinamiento domiciliario durante el cual solo se podía salir a la calle bajo los siguientes supuestos:

- “a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.*
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.*
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.*
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.*
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.*
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.*
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.*
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.”¹*

Es por eso que algunos autores defienden, como explicaré en el primer capítulo de este trabajo, que en este caso no nos encontrábamos ante una limitación de dicho derecho, sino que *de facto* suponía una supresión de éste. Aunque dicho extremo solo se produjo durante la vigencia del primer Estado de Alarma, la limitación de este derecho de circulación ha seguido viéndose afectado, habiéndose delegado a las Comunidades Autónomas facultades restrictivas de derechos tras la declaración del segundo Estado de Alarma, como explicaré a continuación. Esto ha dado lugar a que las CCAA aprueben cercos

¹ Real Decreto 463/2020. Boletín Oficial del Estado

perimetrales, cierres de fronteras territoriales y confinamientos autonómicos; competencias éstas que dudosamente pertenecen a dichas Comunidades.

Por continuar con el relato cronológico de los acontecimientos, el primer Estado de Alarma se prorrogó hasta el 21 de junio de 2020, previa aplicación de un plan de desescalada que se realizó por fases. En este plan de desescalada, en función de la incidencia que cada Comunidad Autónoma tenía del virus y de la valoración por parte de un “Comité de Expertos” que luego resultó no haber existido (por lo que entendemos que la valoración era del Gobierno de España), se iban recuperando libertades de manera progresiva hasta en 4 distintos niveles. En ellas se empezaba a permitir la salida condicional a la calle, se empezaría a permitir la reunión de no convivientes, la apertura de la hostelería, así como de las fronteras provinciales. Todo esto, como digo, de manera progresiva y más permisiva conforme se aumentaba de fase, siendo la última la denominada por el Presidente del Gobierno como “nueva normalidad”, porque recordemos que ni en la más permisiva de las fases se restauraban por completo nuestras libertades.

Tras la finalización del primer Estado de Alarma, se vivió un verano con pocas restricciones que acabó costando una segunda ola de contagios a partir de septiembre. Durante esta segunda ola, que duró todo el último cuatrimestre de 2020, se popularizó la aplicación del “toque de queda” en todo el territorio nacional, primero por parte del Gobierno de España, pero que permitiría posteriormente ajustar a cada Comunidad Autónoma. Esta medida, que tuvo que verse respaldada por un segundo Estado de Alarma declarado el 25 de octubre de 2020 mediante el Real Decreto 926/2020. En este caso, a diferencia de aquel declarado en marzo, se delegaba competencias a las presidencias de las Comunidades Autónomas para limitar derechos, principalmente de circulación y reunión, cuestión que también se ha llevado a debate en relación a su constitucionalidad. Dicho estado de alarma ha sido prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021, sin previsión de que se vuelva a ampliar. En lo relativo a las olas de contagios, se sucedió posteriormente una tercera, a colación de las festividades navideñas y parece que surge una cuarta coincidiendo con la Semana Santa.

Estas medidas tan drásticas, dan y han dado lugar al debate, no solo sobre su impacto en cuanto a la protección de los derechos individuales se refiere, sino también acerca de las consecuencias económicas que unas medidas de este calibre tienen en una economía de mercado como es la española.

Es la limitación de esta libertad de circulación el eje central del trabajo que realizo, en el cual analizaré las medidas adoptadas con motivo de la declaración del Estado de Alarma el 14 de marzo de 2020 y cuya vigencia se prorrogó hasta el 21 de junio del mismo año. De la misma manera, trataré dos iniciativas que se han dado en el contexto de la pandemia a la que me refiero. En primer, lugar una app móvil cuya finalidad era el rastreo activo de los contagios a través de la recopilación de datos de diversa índole de los usuarios. En segundo lugar, las dos iniciativas que se han llevado a debate bajo el nombre de “certificado inmunológico”, con motivo de comenzar a desbloquear esa limitación de la circulación que lleva afectando al conjunto de Europa más de un año al día en el que escribo estas líneas. De mayor relevancia es la última propuesta de este certificado, por la cual la Unión Europea, a raíz de la campaña de vacunación que comenzó en diciembre

de 2020 y con motivo del periodo vacacional de 2021, propone crear un certificado de vacunación para permitir la reapertura del turismo entre los Estados Miembros.

4. DESARROLLO

CAPÍTULO I: DERECHO DE CIRCULACIÓN

1. LÍMITES AL DERECHO DE CIRCULACIÓN DURANTE EL ESTADO DE ALARMA (Real Decreto 463/2020)

Como se ha anticipado en la introducción de este trabajo, el 14 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Alarma por parte del Gobierno mediante la aprobación por parte del Consejo de Ministros del Real Decreto 463/2020. La afectación de esta norma sería a todo el territorio nacional y, como se establece en el artículo 116.2 CE, la duración inicial sería de 15 días tras los cuales, se necesitará la autorización del Congreso de los Diputados para su prórroga. La base jurídica para la adopción de este Estado de Alarma se encuentra en el mencionado artículo 116 de la Constitución Española, que dicta:

“El Estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”²

A su vez, debemos referirnos a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que viene a desarrollar el precepto constitucional sentando las bases de la declaración de estos estados de alarma, excepción y sitio en su primer artículo:

“Uno. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

Dos. Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.”³

Esta norma recoge, en su artículo 4, la posibilidad de declarar el Estado de Alarma en situaciones de “*crisis sanitarias, tales como pandemias*”⁴. Dentro de esta norma con

² Artículo 116.2. Constitución Española.

³ Artículo 1. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁴ Artículo 4. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

rango de ley, se desarrollan en el artículo 11 las medidas susceptibles de tomarse como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma, entre ellas se encuentra:

“a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.”⁵

Y en el artículo 12:

“Uno. 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 [..].”⁶

Permitiendo a las autoridades competentes, en este caso la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad, tomar no solo aquellas medidas recogidas en la Ley Orgánica 4/1981 sino cualquier otra medida necesaria para luchar contra la pandemia, si bien éstas deben estar recogidas en normas dictadas a tal efecto.

La idoneidad de la declaración de este Estado de Alarma ha sido, no obstante, discutida por varios autores, desde aquellos que defienden que la situación y las medidas adoptadas requerían la declaración de un estado de excepción o sitio, hasta los que tildan estas medidas de inconstitucionales. Ambas posturas serán comentadas al final de este apartado.

Comienzo el análisis entrando en el debate sugerido por autores como Juan Fernando Durán Alba, en el que defienden no solo la autonomía de los derechos de libertad personal (art. 17 CE) y libertad de circulación (art. 19 CE), sino también la importancia de distinguir en qué casos se ha visto afectado de manera esencial uno u otro derecho. Esta distinción debe hacerse sin perjuicio de que, por la naturaleza de ambos derechos, subsidiariamente el segundo también pueda verse mermado por la conexión que existe entre ambos. Por lo tanto, según el mencionado autor defiende que:

“las exigencias de previsión legal y proporcionalidad debieran ser analizadas desde la perspectiva de un canon diferente al requerido por el derecho a la libertad personal”⁷

Muchos de los conflictos entre derechos ocasionados por el Estado de Alarma decretado en marzo de 2020, parecen encajar según Durán Alba, más con el derecho a la libertad personal. Hablamos de las situaciones de confinamiento domiciliario, así como confinamientos en otros establecimientos, véase los casos de extranjeros en Tenerife a los que se les impuso una permanencia obligatoria en el hotel donde se hospedaban. Estas medidas fueron dictadas mediante Orden por la Consejería de Sanidad del Gobierno Canario y posteriormente ratificadas vía judicial. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se hizo mención de los derechos afectados más allá de unas genéricas apelaciones a la libertad u otros derechos fundamentales en los términos del artículo 8.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A su vez interesa comentar el

⁵ Artículo 11. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁶ Artículo 12. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁷ STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a)

caso sucedido en Palencia donde el Juzgado de Primera Instancia de Palencia, a instancia de la autoridad sanitaria, dicta un Auto resolviendo un caso en el que un paciente solicitaba el alta voluntaria tras haber dado positivo en un test de COVID-19. En este último caso, el Juzgado sí menciona expresamente como afectado el artículo 17.1 CE, además de los artículos 15 y 43 CE.

En estos confinamientos que he expuesto, donde los afectados se encontraban privados de la libertad deambulatoria, no se ve afectado el derecho de circulación de manera directa sino el de libertad personal. Aunque, sin duda alguna, la conexión que une a ambos derechos hace que el derecho a la circulación también se vea limitado a causa del primero, pero de manera indirecta. A estos efectos, estas restricciones de libertad deben tratarse bajo lo dispuesto en los tratados suscritos por nuestro ordenamiento. En concreto, el Convenio de Roma en el artículo 5.1, letra e), dispone que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

[...]

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”⁸

Estas actuaciones expuestas, se encuentran amparadas en la legislación sanitaria. Sin embargo, las disposiciones recogidas por el Real Decreto mediante el cual se establece el Estado de Alarma, se refieren expresamente a la libertad de circulación y eso analizo a continuación.

Como bien es sabido, a través del Real Decreto 463/2020, y concretamente recogido en el art. 7.1 del mismo, se estableció la limitación a la libre circulación de personas, condicionando dicho derecho de circulación a la realización de una limitada serie de actividades listadas en el artículo referido. De la misma manera, se autorizaba al Ministro del Interior al “*cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos*”⁹.

Como hemos visto al principio de esta sección, las situaciones en las que es preciso declarar un estado de alarma, así como la manera en la que debe realizarse, han sido debidamente detalladas por la Ley Orgánica 4/1981, en desarrollo del artículo 116 CE. De la misma manera, si recordamos la última situación, previa a la que se está tratando en este trabajo, en la que se declaró un Estado de Alarma, está fue en la crisis de los controladores aéreos del año 2010 dónde se cerró el espacio aéreo español. Sobre esa

⁸ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Boletín Oficial del Estado

⁹ Artículo 7.5. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

cuestión, tenemos un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la Sentencia 83/2016, dónde el Tribunal redacta dos fundamentos jurídicos que, en mi opinión, son aplicables a las medidas que se tomaron en marzo de 2020. En primer lugar, en el fundamento jurídico décimo argumentan que:

“La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado [...] ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. [...] La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar.”¹⁰

Mientras que en el fundamento octavo se pronuncian sobre los límites de este Estado de Alarma:

“A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.”¹¹

Parece, a la luz de lo expuesto en esta sección, que la declaración del Estado de Alarma que se ha analizado, fue conforme tanto a la legislación vigente como a la jurisprudencia del Alto Tribunal. Por supuesto, que este juicio está basado, y depende en su totalidad, de considerar que el Real Decreto 463/2020 no suspendió el derecho fundamental a la libertad de circulación si no que restringía su ejercicio, con carácter general, a la concurrencia de una causa sustancial, primordial o justificada, como apunta María Esther Marruecos.¹² Por lo tanto, y como apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada, el ejercicio de este derecho se condicionaba a una serie de requisitos, sin llegar a suspenderse.

Sin embargo, hay autores que defienden posturas contrarias a esta. El magistrado Norberto de la Mata, por ejemplo, defiende que estábamos materialmente en una suspensión de este derecho. Recordemos que tal suspensión solo tiene cabida bajo la declaración de un estado de excepción o de sitio, tal como indica el artículo 55.1 CE. De

¹⁰ STC 83/2016, de 28 de abril. Boletín Oficial del Estado

¹¹ STC 83/2016, de 28 de abril. Boletín Oficial del Estado

¹² Marruecos Rumí, María Ester (2020). Crisis del derecho fundamental a la libertad de circulación como consecuencia de la pandemia originada por el covid-19 en España.

la Mata afirma que “*aunque el Decreto aluda a “limitaciones de la libertad de circulación de personas” sin duda estamos ante algo más que eso*”¹³, y sigue diciendo que las únicas excepciones a las que se somete la limitación del derecho de circulación son aquellas obligadas por mera supervivencia. El autor acaba reiterando que “*no puede afirmarse que sólo se restringe un derecho cuando el mismo no permite desarrollar ni siquiera su contenido mínimo más esencial (y esto es doctrina constitucional reiterada)*”¹⁴. Esto abre el debate de si debería haberse decretado un estado de excepción o sitio en lugar del estado de alarma. En ese sentido, de la Mata, cuestiona la idoneidad de estas alternativas ya que la regulación es bastante precisa con qué estado corresponde aplicar cuando sucede una crisis sanitaria, en este caso una pandemia, y éste es el de alarma. Por lo tanto, habiéndose declarado correctamente el Estado de Alarma, el asunto en conflicto, en palabras de Norberto de la Mata, “*sería aplicar medidas consustanciales a éste*”¹⁵, esto es, una restricción y no una suspensión del derecho como sucedió en este caso.

Por otro lado, tenemos al jurista Guillermo Enríquez Malavé, quién va más allá en su crítica al Real Decreto 463/2020. Este Abogado del Estado, afirma que supone una inconstitucionalidad el hecho de que una ley como la LOEAES (Ley Orgánica 4/1981), en su artículo 11 antes mencionado, haga una remisión abstracta y general sobre la posibilidad de limitar el derecho de circulación sin precisar en qué pueden consistir dichos límites. Esto constituiría, según Enríquez Malavé, una omisión de la garantía establecida por el artículo 53.1 CE por la cual debe ser el legislador, mediante ley orgánica, quién establezca los límites de los derechos fundamentales y en ningún caso se justifica la delegación a normas infralegales. Es por ello, que la delimitación de este derecho por parte del Real Decreto 463/2020, constituiría una regulación independiente y no subordinada a la LOEAES y de esa manera se estaría incurriendo en una inconstitucionalidad en relación al art. 53.1 CE. Este autor, al igual que de la Mata, afirma que la supuesta limitación del derecho de circulación se trata materialmente de una suspensión de éste.

2. LÍMITES AL DERECHO DE CIRCULACIÓN TRAS EL ESTADO DE ALARMA

La vigencia de las medidas expuestas en la sección anterior, fue prorrogada por el Congreso de los Diputados hasta en 6 ocasiones, hasta que el 21 de junio de 2020 llegó a su fin el Estado de Alarma. Para evitar las posibles consecuencias de una drástica pérdida de vigencia de las normas adoptadas durante el periodo del Estado de Alarma, el 9 de junio se dicta un Real Decreto Ley 21/ 2020 de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En este Real Decreto Ley, se establecieron una serie de medidas de prevención, contención y coordinación mientras no se declarase definitivamente la finalización de la

¹³ De la Mata, Norberto J. (6 de abril de 2020). Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad.

¹⁴ De la Mata, Norberto J. (6 de abril de 2020). Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad.

¹⁵ De la Mata, Norberto J. (6 de abril de 2020). Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad.

situación de crisis sanitaria. En ninguna de estas medidas recogidas en el RDL, se estableció la limitación del derecho de circulación.

Durante ese periodo de tiempo en el que ya no se estaba en Estado de Alarma, sin embargo, algunas Comunidades Autónomas tomaron medidas limitantes de este derecho. Se conocen muchos casos, pero traigo el ejemplo de la Comunidad de Cataluña donde, a través de la Resolución de 12 de julio de 2020, se restringió no solo la entrada y salida del pueblo de Segriá, sino que llegó a producirse un confinamiento domiciliario. Estas medidas no fueron ratificadas judicialmente, considerándose contrarias a derecho ya que, tal y como se recoge en el Auto de 12 de julio, lo que trataban era de:

“eludir la aplicación de los derechos fundamentales, el art. 4º de la Ley Orgánica, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esa es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados. En todo caso, el Presidente de la Generalidad, de acuerdo el art. 5º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio «podrá solicitar del Gobierno la declaración del estado de alarma»”¹⁶

Dicho Auto no fue recurrido, pero el Presidente de la Generalitat de Catalunya dictó al día siguiente un Decreto Ley modificando la Ley 18/2009 de salud pública para establecer una serie de medidas a tomar a la hora de combatir una pandemia, entre las cuales se incluyó la limitación de desplazamiento sin necesidad de autorización judicial. Como dicta el artículo 81 CE, la materia de derechos fundamentales debe ser regulada mediante Ley Orgánica y no bajo un Decreto Ley autonómico. Esta no constituye la única injerencia de una Comunidad Autónoma en terrenos que no les son de su competencia, también participaron de esta manera de actuar las Comunidades de Galicia y Castilla y León cuando restringieron la salida y entrada de la comarca de A Mariña y de las poblaciones de Pedrajas de San Esteban o Íscar, respectivamente. Estas dos últimas situaciones han sido autorizadas judicialmente, sin embargo, el concepto al que se alude en dicha cuestión judicial para defender la actuación de dichas Comunidades Autónomas constituye sin duda alguna un concepto jurídicamente indeterminado. Me refiero a la construcción *“acciones preventivas generales”*¹⁷ al que se refiere la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en materia de Salud Pública aplicada al asunto. También la expresión *“medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”* puede ser objeto de interpretaciones variadas, ya que, bajo mi punto de vista, no parece referirse a la posibilidad de tomar medidas sobre personas que no estén enfermas o que no hayan estado en contacto con personas que lo estén. Siendo estos conceptos tan poco concretos, los tribunales tienen poco margen para denegar la autorización que se planteó en estos casos.

¹⁶ Auto de 12 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lleida sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias.

¹⁷ Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. Boletín Oficial del Estado.

CAPÍTULO II: Rastreo de datos ‘radar COVID’

1. RADAR COVID

En el marco de esta pandemia, y en relación a los debates jurídicos surgidos durante la existencia de ésta, es preciso tratar la puesta en marcha de una iniciativa conocida como “radar Covid”, cuya finalidad fue hacer un seguimiento de los contagios por parte del Gobierno de nuestro país. Esta aplicación móvil fue presentada por el Gobierno, en coordinación con la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y con el apoyo del Ministerio de Sanidad, en agosto del 2020.

Desde su origen causó debate, ya que desde el primer momento parecía incumplir el Reglamento Europeo de Protección de datos al no declarar ante el usuario la existencia de código externo, en este caso del software *Firebase* de la compañía americana Google. El catedrático de Sistemas de Computación en el Trinity College de Dublín afirma que las aplicaciones que contienen dicho software comparte la información, no solo con las autoridades sanitarias, sino también con la empresa madre, es decir, Google. Además este catedrático afirma:

“Además, en móviles Android, el uso de Firebase habilita Google Play Services, que comparten información con Google (email, número de teléfono, número de SIM) y hace que un móvil envíe mensajes frecuentes a servidores de Google. [...] Firebase no es la mejor práctica para una aplicación de rastreo de contagios que el Gobierno anima a toda la población a instalarse y que pretende proteger su privacidad”¹⁸

La Agencia Española de Protección de Datos aún no se ha pronunciado al respecto desde que en mayo de 2020 abriera un procedimiento relacionado con este hecho.

Fueron desarrolladores privados los que, tras subirse el código de desarrollo a la conocida plataforma GitHub, descubrieron que éste contenía líneas de código del software de la compañía Google y por ende demostraron que lo que se transmitía desde el Gobierno no era acorde a la realidad. Más aún, se advertía como se habían eliminado partes del código de este software pero, una vez más, no fueron lo rigurosos que deberían.

Otro tema candente durante fue el uso de datos de geolocalización, en ese sentido el Comité Europeo de Protección de Datos se pronunció en contra del uso de éstos en las “Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of COVID-19 outbreak”. En dicha guía, esta institución recordaba en su segundo apartado que:

“el tratamiento de los datos de localización obtenidos de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas está sujeto a los límites de los artículos 6 y 9 de la Directiva. Esto significa que esos datos solo pueden transmitirse a las autoridades o a terceros si han sido anonimizados por el

¹⁸ Pérez Colomé, Jordi (2020). La ‘app’ Radar Covid no advierte de todos los riesgos para la privacidad de sus usuarios.

proveedor o, en el caso de los datos que indican la posición geográfica del equipo terminal de un usuario, que no son datos de tráfico, si se cuenta con el consentimiento previo de los usuarios”¹⁹

La Directiva a la que el CEPD hace referencia, es la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. En el mismo documento, esta Comisión aclara:

“Para garantizar la rendición de cuentas, debe definirse con claridad quiénes son los responsables del tratamiento de datos en este tipo de aplicaciones. En opinión del CEPD, podrían serlo las autoridades sanitarias nacionales, aunque cabe prever también otras fórmulas. En todo caso, si el despliegue de aplicaciones de rastreo de contactos implica a diferentes agentes, es importante que sus funciones y responsabilidades estén claramente delimitadas desde el principio y que se expliquen a los usuarios. [...]

- *las aplicaciones de rastreo de contactos no requieren un seguimiento de la ubicación de los usuarios a título individual; en su lugar, deben utilizarse datos de proximidad;*
- *como se trata de aplicaciones que pueden funcionar sin la identificación directa de personas, conviene establecer medidas adecuadas para prevenir la reidentificación;*
- *la información recogida debe alojarse en el equipo terminal del usuario y solo debe recogerse la información pertinente cuando sea absolutamente necesario.”*

Por otro lado, la Comisión aclara que:

“El tratamiento de estos datos [sanitarios] está permitido cuando es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública y, por tanto, se cumplen las condiciones del artículo 9, apartado 2, letra i), del RGPD14, o para los fines de asistencia sanitaria descritos en su artículo 9, apartado 2, letra h)”

Por otro lado, también encontramos un informe de la Agencia Española de Protección de Datos donde avisa de los posibles riesgos de este tipo de aplicaciones:

“Estas apps podrían serlo si los fines que declaran no son tan altruistas como los que promueven o las prisas conducen a desarrollos sin garantías para la privacidad. No olvidemos que lo que se está cediendo a los servidores en Internet son datos de salud y localizaciones precisas.”

Aunque en este informe, la AEPD, es poco clara acerca de la idoneidad concreta de “radar Covid” dando unas advertencias muy generales y sin entrar realmente en materia.

Una cuestión a plantearse, y así lo hace el director de la Cátedra de Privacidad y Transformación Digital de la Universidad de Valencia, Ricard Martínez Martínez, es la necesidad de tal aplicación móvil. Tras la aparición a su vez de distintas aplicaciones, de

¹⁹ Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak. European Data Protection Board.

la misma naturaleza, en algunas CCAA, surgen las dudas sobre si el sacrificio de derecho a la privacidad es una medida necesaria para frenar la expansión de la enfermedad. En relación a una de estas aplicaciones autonómicas, Coronamadrid, la experta en privacidad Gemma Galdón apuntaba en Twitter que ni permite el uso anónimo de los datos, tampoco pide consentimiento ni establece un periodo retención de estos y comparte datos médicos no anonimizados.²⁰ En su artículo, Martínez Martínez, recoge la opinión de expertos cuya conclusión es que la medida necesaria para la detección y seguimiento de los contagios no era (y es) otra que la de hacer tests masivos. Estos expertos, principalmente Carissa véliz, apuntan a que no solo es más efectivo el seguimiento del virus mediante esta práctica de test masivos, sino que evitaríamos la intrusión que este tipo de aplicaciones causan en nuestra privacidad, cuestión que si no se hace acarreará importantes consecuencias negativas en el futuro.

A la luz del poco éxito de esta aplicación, el jurista Ricard Martínez evalúa en su artículo “¿En qué fallamos en radar COVID?” cuál era la seguridad con la que se iniciaba este proyecto. En primer lugar, apunta a que, a nivel normativo, ni la Directiva 2002/58/CE antes mencionada ni la legislación española habilitan específicamente dicho rastreo. Si bien es cierto que tampoco esta predisposición normativa existía para las medidas restrictivas de derechos aplicadas durante el Estado de Alarma a los derechos de libre circulación y reunión. “*Y sin embargo, distintos Tribunales Superiores de Justicia han ratificado este tipo de medidas con fundamento en la potestad de adoptar medidas control del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.*”²¹

En segundo lugar, trata la eficiencia del rastreo. Plantea si en lugar de tratar de rastrear un contacto próximo, algo imposible a través de una antena de telefonía, hubiese sido más idóneo tratar de rastrear de a una escala más agregada, esto es, fiestas, reuniones familiares, etc. En este sentido, se pregunta, sin llegar a ninguna respuesta, Ricard si hubiese sido posible usar el procedimiento del art. 7 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Preguntandose si la conjugación de los artículos 8.6 y 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa lo hubiese permitido. Y acaba resumiendo la reflexión que plantea “*¿podrían requerir datos de localización las autoridades sanitarias con ratificación judicial para un rastreo rápido de contactos? Y en caso afirmativo, ¿hubiera sido de ayuda esta medida?*”²²

Desde luego que esta aplicación terminó sirviendo únicamente para causar debate y revuelo jurídico, porque en la práctica podemos decir que frenó poco o nada el avance de la pandemia.

2. PROPUESTAS SIMILARES EN OTROS PAÍSES

²⁰ Gemma Galdón. @gemmagaldon. Twitter

²¹ Martínez Martínez, Ricard (18 enero 2021) ¿En qué fallamos con radar COVID?

²² Martínez Martínez, Ricard (18 enero 2021) ¿En qué fallamos con radar COVID?

Esta iniciativa que trato en el punto anterior no supone algo novedoso en el marco de medidas adoptadas por otros países. Una vez más, y como lleva sucediendo durante todo el transcurso de la pandemia, los países asiáticos, y concretamente China, han estado a la cabeza a la hora de imponer medidas que controlasen la expansión de este virus. En el caso de China, han ido un paso más allá, desde luego por la poca confrontación que puede tener cualquier decisión con su peculiar concepto de derechos fundamentales.

En este caso, y a través de las famosas aplicaciones de WeChat y AliPay, todo ciudadano chino tiene su teléfono móvil un programa que permite hacer un seguimiento sanitario exhaustivo, a través de información sanitaria pero también de geolocalización y aplicación de técnicas avanzadas de Inteligencia Artificial, para dar como resultado una puntuación de rojo, amarillo o verde en función de la exposición de ese individuo al virus. Este programa recoge información como informes médicos, compra de medicamentos, historial de desplazamientos, y toda la información que el internet de las cosas pueda facilitar (ritmo cardiaco, geolocalización, temperatura corporal, etc). Todo esto es procesado mediante la aplicación de técnicas de Big Data e Inteligencia Artificial, y finalmente otorga al usuario un riesgo de infección representado con los colores del semáforo. Esta información, es compartida con las autoridades policiales y se requiere un estado de salud “verde” para permitir la entrada en sitios públicos, lugares de trabajo, colegios o realizar viajes domésticos. En el caso de tener un código amarillo se aconseja permanecer durante 7 días en casa y en el caso de ser rojo, es obligatorio realizar una cuarentena de 15 días.

La materia del derecho a la privacidad sigue siendo una asignatura pendiente en el país del gigante asiático, y en este asunto no se han preocupado tampoco por la defensa de este derecho. Como relata el diario estadounidense en uno de sus artículos, la información es transferida de manera inmediata a la policía para poder hacer un seguimiento del estado de salud de cada ciudadano:

“The Times’s analysis found that as soon as a user grants the software access to personal data, a piece of the program labeled “reportInfoAndLocationToPolice” sends the person’s location, city name and an identifying code number to a server. The software does not make clear to users its connection to the police. But according to China’s state-run Xinhua news agency and an official police social media account, law enforcement authorities were a crucial partner in the system’s development.”²³

Dado que no se han hecho públicos los requisitos que hacen cambiar el color de estado de cada ciudadano, no son pocos los casos de éstos que, sin conocer el motivo, no consiguen que su estado cambie de color y por lo tanto se ven limitados a quedarse en casa. Las autoridades apuntan a que puede existir algún tipo de fallo del sistema, lo que sin duda hace agravar el problema que afecta a los derechos de la ciudadanía china. No solo se produce un alarmante ataque a la privacidad de éstos, sino que bajo ese escenario de sumisión total se produce una discriminación injustificada a manos de un software que toma decisiones sobre quién puede o no puede hacer qué, en base a unos parámetros desconocidos. Sin duda este país no deja de sorprender por su manera de entender los

²³ Paul Mozur. In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags. Diario New York Times

derechos individuales, si bien es cierto que su cultura siempre ha colocado en un lugar prioritario de la balanza el progreso de la sociedad como conjunto antes que la individualidad. La explicación de este fenómeno viene explicada por corrientes que, aunque no son jurídicas, están estrechamente relacionadas con el concepto que tienen de Estado y por ende la manera de entender el Derecho. Su herencia filosófica está, principalmente, basada en el confucianismo, que entiende la existencia humana como parte de un grupo que le trasciende, más que como la existencia aislada del ser humano. A partir de esa idea surge el Estado entendido como una entidad social superior a las aspiraciones o necesidades personales, visión ésta que se usa para evitar el respeto de los derechos individuales. La sumisión del ciudadano chino a las aspiraciones de control de su gobierno quizás exceda esta idea que tenía Confucio del grupo, aunque esto daría pie a un debate que se escapa del marco de este trabajo.

Pero no es China el único que ha tomado medidas con consecuencias serias para el derecho a la privacidad. En Corea del Sur, no solo han realizado pruebas masivas de coronavirus, más que en ningún otro país, sino que también han hecho públicos detalles muy específicos de ciudadanos infectados por el virus. Israel también planteó en un punto desplegar el servicio de inteligencia con el fin de vigilar a sus ciudadanos a través del teléfono móvil.

CAPÍTULO III: CERTIFICADO INMUNOLÓGICO

1. CONCEPTO

Otro de los temas de alto interés jurídico, especialmente candente en el momento en el que este trabajo es redactado, es el concepto de ‘pasaporte’ o certificado inmunitario. Me gustaría aclarar que el término ‘pasaporte’, aunque amplia y generosamente utilizado durante estos meses, no está bien empleado en relación a este documento al que nos referimos, pues realmente se trata de un certificado de vacunación y no de un pasaporte. Este certificado, estaría constituido por un documento que pruebe que ha sido superada la enfermedad del COVID-19 y serviría para poder viajar evitando tener que cumplir las restricciones establecidas actualmente por numerosos países para la entrada de extranjeros. Este certificado se ha planteado en base a dos fundamentos, separados cronológicamente y ambos serán tratados en este trabajo. En primer lugar, se propuso como un certificado del que dispondría cualquiera que hubiera superado esta enfermedad y que por lo tanto hubiese dado positivo en una prueba de anticuerpos. La segunda modalidad ha sido directamente propuesta por la Unión Europea a raíz de la puesta en marcha de la fase de vacunación, y consistiría en un documento que certifique que el sujeto en cuestión ha sido vacunado.

El concepto de certificado inmunitario, sin embargo, no es algo nuevo. Esta práctica de exigir inmunidad a través de la vacunación sobre ciertas enfermedades para permitir la entrada de viajeros, lleva tiempo siendo habitual en no pocos países. En concreto me refiero al Certificado Internacional de Vacunación, documento sanitario exigible a

viajeros que provengan de países endémicos de Fiebre Amarilla²⁴. Como requisitos se exige que la vacuna haya sido aprobada por la OMS y se haya realizado, la vacunación, en un centro designado por la administración sanitaria nacional correspondiente. Dicho Certificado se encuentra regulado en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), elaborado por la Organización Mundial de la Salud, cuyo Anexo 6 establece:

“2. Las personas a las que se administren vacunas u otros tratamientos profilácticos con arreglo al presente Reglamento recibirán un certificado internacional de vacunación o profilaxis (en adelante el «certificado»), conforme al modelo que figura en el presente anexo. Los certificados habrán de ajustarse en todo al modelo reproducido en este anexo.”²⁵

De la misma manera, en el artículo 31 del Reglamento se establece que:

1. No se exigirá un examen médico invasivo, la vacunación ni otras medidas profilácticas como condición para la entrada de viajeros en el territorio de un Estado Parte; no obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 32, 42 y 45, el presente Reglamento no impide que los Estados Partes exijan un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas, o certificado de vacunación [...]

2. Si un viajero al que un Estado Parte puede exigir un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo no da su consentimiento para tales medidas [...], el Estado Parte de que se trate podrá denegar, de conformidad con los artículos 32, 42 y 45, la entrada de ese viajero.”²⁶

Por lo tanto, como se desprende de este artículo, la OMS abre la posibilidad a cada Estado de condicionar la entrada de viajeros mediante la exigencia del comentado Certificado Internacional de Vacunación si así lo considera oportuno. En ese sentido, alrededor de una cuarentena de países exigen dicho requisito en relación a la vacunación de la Fiebre Amarilla, principalmente países de los continentes asiático, americano y africano. En España la única regulación que hay al respecto es la relativa a los centros sanitarios encomendados para la obtención del referido Certificado, en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional y a la Ley 14/1986, General de Sanidad, que en su artículo 39 dicta:

“Mediante las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, España colaborará con otros países y Organismos internacionales: En el control epidemiológico; en la lucha contra las enfermedades transmisibles [...] perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales [...] y en todas aquellas acciones que se acuerden por estimarse beneficiosas para las partes en el campo de la salud.”²⁷

²⁴ Preguntas y respuestas más habituales en un Servicio de Vacunación Internacional. Ministerio de Sanidad.

²⁵ Reglamento Sanitario Internacional (2005). Organización Mundial de la Salud.

²⁶ Reglamento Sanitario Internacional (2005). Organización Mundial de la Salud.

²⁷ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado.

Ambas propuestas expuestas al comienzo, han generado debate en distintos ámbitos: jurídico, de justicia social y médico. Comentaré y analizaré en este capítulo como de idóneas son ambas propuestas desde los enfoques mencionados.

2. PROPUESTA INICIAL

2.1 Concepto

Tras los primeros meses de pandemia, y a la luz del desastre económico que se avecinaba pero que ya estaba ocurriendo, se abrió el debate sobre la creación de un certificado inmunitario que permitiese reanudar el sector turístico, pero evitando fomentar la propagación del virus. De esta manera, se planteaba un certificado que acreditase la superación de la enfermedad COVID-19 a través de la existencia de anticuerpos en sangre. Mediante dicho certificado, los individuos supuestamente podrían reanudar una vida normalizada sin el riesgo de ayudar a transmitir el virus. Esto se traduciría en una reactivación del turismo, reincorporación al trabajo, reanudación de la contratación, etc.

Esta fue la primera propuesta que se planteó durante la pandemia, a falta de una vacuna efectiva, que durante esa época se hallaba aún en fases muy prematuras. Durante esta sección, al referirme al certificado de inmunidad, haré referencia a aquel cuya base sería la existencia de un test de anticuerpos positivo. Hasta principios del año 2021, no se comenzará a hablar, como propuesta real, de este certificado en relación a la efectiva vacunación, y ésta será analizada en la próxima sección.

2.2 Objeciones médicas

Este certificado inmunitario que se planteó con la intención de reactivar el sector turístico y con él la economía, no fue bien acogido ni por el mundo jurídico, así como tampoco por distintas instituciones internacionales, entre ellas la OMS. Consistía, como he adelantado, en un documento que probase la existencia de anticuerpos en el individuo y esto sirviese como argumento médico para la entrada y salida del país sin riesgo de propagar la enfermedad. Sin embargo, como el presidente del Comité Español de Bioética y profesor Federico de Montalvo apuntaba en uno de sus artículos²⁸, no existían en tal momento evidencias científicas que probasen la causalidad entre haber superado la enfermedad y dejar de ser sujeto de transmisión de ésta, ni tan siquiera de haber obtenido la inmunidad. Existía en ese momento un gran desconocimiento acerca de cómo actuaba el virus del SARS-CoV-2 y las consecuencias que tenía el haber vencido tal enfermedad en cuanto a inmunidad se refería. Había también un gran desconcierto a raíz de noticias llegadas de países asiáticos donde empezaban a hablar de personas que se habían infectado por segunda vez de este virus. A tal efecto, la Organización Mundial de la Salud, a fecha de 24 de abril de 2020, publicó un informe en el que afirmaba²⁹:

²⁸ De Montalvo Jääskeläinen, Federico (2 de marzo de 2021). Objeciones y virtudes del pasaporte de inmunidad. Diario El País.

²⁹ “Immunity passports” in the context of COVID-19. World Health Organization.

“Some governments have suggested that the detection of antibodies to the SARS-CoV-2, the virus that causes COVID-19, could serve as the basis for an “immunity passport” or “risk-free certificate” that would enable individuals to travel or to return to work assuming that they are protected against re-infection. There is currently no evidence that people who have recovered from COVID-19 and have antibodies are protected from a second infection.”

El proceso de inmunidad sobre un patógeno a través de una infección natural, está compuesta de varias etapas que cuya duración total suele aproximarse a 2 semanas. En la fase inicial, el cuerpo hace frente a la nueva infección vírica con una respuesta genérica que posteriormente va adaptando al virus en cuestión con la creación de anticuerpos específicos. La creación de estos anticuerpos, proteínas denominadas inmunoglobulinas, así como los linfocitos o células T, que detectan y eliminan células infectadas por el virus, tiene como función eliminar el virus del cuerpo y, si la respuesta ha sido suficientemente fuerte, el sujeto puede llegar a evitar reinfectarse en un futuro. En el estudio realizado por la OMS, se detectó que no siempre la superación de la enfermedad COVID-19 estaba relacionada con un nivel de anticuerpos en sangre suficiente como para evitar la reinfección de la misma persona.

También añade este informe:

“Laboratory tests that detect antibodies to SARS-CoV-2 in people, including rapid immunodiagnostic tests, need further validation to determine their accuracy and reliability. Inaccurate immunodiagnostic tests may falsely categorize people in two ways. The first is that they may falsely label people who have been infected as negative, and the second is that people who have not been infected are falsely labelled as positive. Both errors have serious consequences and will affect control efforts. These tests also need to accurately distinguish between past infections from SARS-CoV-2 and those caused by the known set of six human coronaviruses. Four of these viruses cause the common cold and circulate widely. The remaining two are the viruses that cause Middle East Respiratory Syndrome and Severe Acute Respiratory Syndrome. People infected by any one of these viruses may produce antibodies that cross-react with antibodies produced in response to infection with SARS-CoV-2”

En los mismos términos se manifestó el Premio Nobel de Medicina de 2018, Dr. Tasuku Honjo, afirmando: “Esto es peligroso”³⁰ al preguntársele acerca de la posibilidad de otorgar un certificado de inmunidad a personas que se hubiesen recuperado de COVID-19.

Por lo tanto, aquí nos encontramos con la primera de las objeciones a dicho certificado, pues si no puede ser probada dicha imposibilidad de seguir transmitiendo la enfermedad, carece de sentido que los individuos que hayan superado ésta reciban un trato preferente frente a los demás. Sin duda alguna esta propuesta perseguía fines cuyo impacto tanto en la sociedad como en la economía hubieran sido positivos, sin embargo, la realidad era y sigue siendo que la evidencia científica no avala esta idea.

³⁰ Entrevista en Antena 3. Doctor Tasuku Honjo. 25 de abril de 2020.

2.3 Objeciones éticas

En relación al trato diferenciado que supondría el uso de este certificado inicialmente propuesto, el profesor De Montalvo aprecia otras dos objeciones, en este caso de carácter ético.

En primer lugar, y en relación con el valor de Justicia, este certificado estaría obviando en su aplicación los motivos por los que una persona podía haber contraído la enfermedad, pudiendo darse el caso, y no de manera poco habitual, de que aquel que recibiera dicho certificado hubiese contraído la enfermedad por actuar de manera irresponsable. Es este un punto de reflexión, en el que debemos detenernos y plantearnos si realmente, aunque fuera cierto que aquel que supera la enfermedad queda inmunizado, esta medida estaría actuando acordemente con los principios éticos que rigen una sociedad avanzada. En esta situación, aquellos ciudadanos que, de manera comprometida con su salud, pero también con la sociedad en su conjunto, cumplen de manera responsable con las medidas establecidas por las autoridades sanitarias, estarían no solo viendo cómo no se recompensa su sacrificio, sino que se les estaría rebajando a una segunda clase en cuanto a privilegios. Esto, sin duda, sería un resultado injusto donde se hace caso omiso de la responsabilidad social para premiar un fin con una vista bastante simplista, no creo que debiéramos caer en actuaciones tan poco consideradas.

Relacionado con este argumento, encontramos otra objeción que parte de la misma premisa de la irresponsabilidad, en tanto en cuanto dicho certificado podría actuar como aliciente para contraer la enfermedad de manera intencionada, con los riesgos que tal conducta conlleva en términos de salud pública. Debemos recordar que este certificado se planteaba para actividades como, por ejemplo, la obtención de empleo o la posibilidad de desplazamiento, actividades que resultan necesarias o atractivas, respectivamente, para un gran número de individuos. Esto supondría prácticamente una incitación a la desobediencia para contraer la enfermedad lo antes posible, pues de ello depende que recuperes la libertad perdida. Parece que esta situación no es para nada deseable, y estas consecuencias deben tomarse en cuenta a la hora de valorar propuestas de este calado. Además, debemos recordar que contraer la enfermedad no te inhabilita como sujeto transmisor de la misma, por lo que el caos que pudiera ocasionar una medida de estas características puede causar una situación de descontrol bastante seria.

3. PROPUESTA DE LA UE

3.1 Concepto

El 1 de marzo de 2021, la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, anunció que se llevaría a la Comisión Europea la propuesta del “Digital Green Pass”. A través de un tweet, la presidenta expresó:

“We'll present this month a legislative proposal for a Digital Green Pass. The aim is to provide:

- *Proof that a person has been vaccinated*
- *Results of tests for those who couldn't get a vaccine yet*
- *Info on COVID19 recovery*

It will respect data protection, security & privacy”³¹

Desde el 27 de diciembre de 2020, las vacunas son una realidad y están siendo aplicadas por numerosos países de todo el mundo. En concreto, en la Unión Europea, al momento de escribir estas líneas, son 4 las farmacéuticas que cuentan con la autorización de la UE para su distribución y suministro. En concreto, las vacunas que han pasado el visto bueno de la Agencia Europea de Medicamentos y de la Unión Europea son: Pfizer, Moderna, Astrazeneca y Janssen, siendo esta última la autorizada más recientemente, a fecha de 11 de marzo. Sin embargo, el ritmo al que está avanzando la vacunación, en la mayoría de los casos influenciado por la escasez de vacunas, está haciendo que el objetivo de llegar al verano de 2021 con un porcentaje superior al 70% de ciudadanos vacunados, sea ya más un sueño utópico que una posibilidad real. A la vista de un más que probable segundo batacazo al sector turístico y a la economía de los países del sur, la Unión Europea ha decidido poner en marcha esta iniciativa del Pasaporte Sanitario Europeo, o “Digital Green Certificate”, con el que pretenden aliviar, aunque sea mínimamente, la economía de este sector. La intención de esta medida, es amortiguar lo que el Banco Central Europeo vaticina como una segunda y severa recesión.

Como hemos visto, la presidenta de la Comisión, anunciaba en su cuenta de Twitter el objetivo de este certificado, que recogería la información de: vacunación, resultados de pruebas para aquellos que no han podido vacunarse aún y por último información adicional relativa a la recuperación de la enfermedad. Von der Leyen afirma que la recopilación y manejo de estos datos se hará respetando en todo momento la privacidad de cada ciudadano.

Este documento, cuya finalidad es permitir abrir Europa y permitir que se pueda viajar libremente por ella, no ha sido bien recibido por el conjunto de los Estados miembros. En próximos puntos se expondrán las distintas objeciones que existen frente a esta propuesta del certificado inmunitario, una vez más, analizado desde varias perspectivas.

3.2 Propuesta de Reglamento de la UE

El pasado 17 de marzo, la Comisión Europea presentó la propuesta legislativa COM/2021/130 final³², cuya finalidad es establecer un marco jurídico que acoja el certificado “Green Digital Certificate”, nombre que recibe de manera oficial el anteriormente mencionado certificado inmunitario. Dicha propuesta, debe ser en primer

³¹ Tweet. @vonderleyen. Twitter.

³² Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Eur-lex COM/2021/130 final)

lugar aprobada por los embajadores de los Estados en el Consejo de la UE, presidido durante este semestre por el Estado luso, para posteriormente debatirse y aprobarse en el Parlamento Europeo. En este punto del trabajo, analizaré dicha propuesta de 17 de marzo, dado que por motivos cronológicos no tendré acceso al Reglamento resultante a tiempo.

En su primer artículo, se aclara que dicha propuesta establece la base jurídica para tratar los datos necesarios para la expedición y verificación del certificado en cuestión, estableciendo así un marco jurídico para la expedición, verificación y aceptación del mismo. Este artículo, además, menciona los tres casos en los que el certificado tendría utilidad que son la efectiva vacunación, resultar negativo de un test de COVID-19 así como la recuperación de dicha enfermedad. Dichas casuísticas quedan explicadas en detalle posteriormente en el artículo 3.1 de la presente propuesta.

El artículo tercero, establece que los certificados quedarán expedidos en formato digital y papel, evitando así problemas derivados de la falta de digitalización y ambos llevarán un código de barras, así como información tanto en el idioma del país expedidor como en lengua inglesa. De la misma manera, el coste del mismo será nulo, es decir, la expedición de dicho certificado será gratuito.

Se remarca la importancia de que el certificado cumpla criterios de veracidad, admitiendo de esa manera certificados emitidos por terceros países a ciudadanos europeos siempre que el sistema que se use sea interoperable con las exigencias que la propuesta del Reglamento establece, así como contenga la información requerida por la misma. Dicha información, establecida en los artículos 5,6 y 7 en sus segundos apartados, consiste en: identificación del titular, información relativa a la vacuna/test/infección y los metadatos del certificado consistentes en el emisor del certificado o el identificador único de éste. En lo relativo a la vacunación, de manera genérica serán válidas para la obtención del certificado aquellas vacunas aprobadas por la Unión Europea, sin embargo, cada Estado miembro podrá admitir la prueba de vacunación que estime oportuno, siendo en ese caso válido el certificado de dicha vacuna para el país en cuestión.

En relación al uso de los datos, dicta el artículo 9, que estos serán únicamente usados para verificar la autenticidad del certificado, así como para permitir el ejercicio del derecho a la circulación al que éste pretende dar acceso. Estos datos personales podrán ser tratados por las autoridades competentes del Estado miembro, así como por los operadores transfronterizos únicamente con los fines mencionados y éstos datos no podrán ser conservados por dichos agentes. De manera general, los datos no se conservarán más allá del tiempo en el que sea de uso el certificado para poder acceder al ejercicio del derecho de circulación.

El artículo 10, regula el supuesto en el que un Estado Miembro exija someterse a cuarentena, pruebas adicionales o incluso deniegue la entrada a un ciudadano titular del certificado. En tal caso, el Estado miembro deberá, previa aplicación de dichas medidas, notificar a los demás Estados Miembros y a la Comisión, la siguiente información sobre dichas restricciones:

- Motivación.
- Alcance.
- Fecha y duración.

De conformidad con el artículo 11, la Comisión podrá adoptar actos delegados sobre los artículos relativos a la información que debe incluir el certificado (art. 5.2, 6.2, 7.1, y 7.2 de la propuesta de Reglamento) así como del artículo 15, relativo a la entrada en vigor y aplicabilidad de la norma. La Comisión, deberá notificar dicho acto delegado al Parlamento Europeo y al Consejo, entrando en vigor si dichas instituciones no presentan objeciones, siendo el plazo para presentarlas 2 meses. Podrá no obstante recurrirse al procedimiento de urgencia para la entrada en vigor inmediata, artículo 12.

Una vez repasada la propuesta, es preciso aclarar que tiene tal naturaleza, la de propuesta, y lo que en ella se propone no se puede tomar como definitivo. Tanto es así, que, por ejemplo, el pasado 14 de abril los Estados Miembros acordaron pactar que el Reglamento en cuestión no podrá limitar la capacidad de los Estados de establecer aquellas restricciones que consideren oportunas. Es decir, se reservan la posibilidad de imponer medidas como la cuarentena, incluso para aquellos viajeros que porten el certificado inmunitario. Dicho acuerdo se ha materializado incluyéndose como parte de la propuesta.

No son un hecho aislado estas reacciones al potencial peligro que puede suponer el certificado a principios como el de no discriminación. Países como Estados Unidos o Reino Unido ya han rechazado elaborar un salvoconducto de estas características, en gran medida por la cuestión comentada relativa a la discriminación que supondría para los ciudadanos no vacunados, pero también por los motivos que expongo a continuación.

3.3 Objeciones

3.3.1 Médicas

La aparición de la vacuna, que sin duda ha significado un gran paso en la lucha contra esta enfermedad, abre el camino hacia esa ansiada inmunidad que no estaba llegando con la simple superación de la enfermedad, al menos tal resultado no estaba científicamente demostrado. Sin embargo, la inmunidad no es el único eje sobre el que depende la idoneidad de la propuesta de creación de un certificado inmunológico. En tanto en cuanto la consecuencia de tal certificado sería la posibilidad de desplazarse libremente entre territorios, así como otras actividades que por seguridad sanitaria tienen limitaciones en el momento en el que estamos, debemos tener la certeza de que aquellos individuos no van a suponer ningún peligro en cuanto a la propagación de la enfermedad se refiere.

Como hemos comentado, aquel que reciba la vacuna, en principio, obtendrá la inmunidad para esta enfermedad, sin perjuicio de la distinta eficacia que pueda tener el fármaco en función de su laboratorio de origen. Pero sigue siendo una incógnita, y lo será hasta que no se demuestre empíricamente, si la recepción de estas vacunas supone la imposibilidad de transmitir, que no de sufrir, dicha enfermedad. Es imprescindible, para que esta medida tenga sentido en la lucha contra la pandemia, que aquellos a los que se les conceda este privilegio, y sin perjuicio de posteriores consideraciones, no vayan a ser objeto de transmisión. Como el profesor Federico de Montalvo comenta en una de sus entrevistas al diario La Razón: *“la vacuna no ha demostrado que impida la transmisión, su objetivo*

*es que la persona en cuestión no desarrolle la enfermedad*³³. En la misma entrevista, al ser preguntado sobre la existencia de cepas frente a las cuales las vacunas podrían ser ineficaces, De Montalvo responde:

“Un pasaporte físico como el Documento Nacional de Identidad (DNI) quedaría desactualizado con cada mutación del virus y el formato digital plantea serias dudas sobre la posibilidad de hackeo. Creo que la viabilidad real de este pasaporte se determinará en función de cómo lleguemos al verano.”

Por su parte, el doctor en filosofía e investigador del Observatorio de Bioética y Derecho en la universidad de Barcelona Manuel López Baroni, hace la siguiente reflexión:

*“la propuesta del pasaporte inmunitario es trivial desde el punto de vista científico, ilegal desde el jurídico, e inmoral por suponer una injerencia injustificada en la intimidad de las personas proscrita por la bioética. Aunque quizá anticipe el mundo hacia el que vamos”*³⁴

En relación al campo científico, el que nos ocupa en este punto, este autor apunta a la trivialidad de la medida en tanto en cuanto el resultado que se lleva pretendiendo pretende durante los últimos meses, la propagación del virus, no es algo que pueda afirmarse que suceda tras la vacunación de un limitado número de individuos. Esto si sucederá sin embargo cuando se logre la inmunidad de rebaño. Por lo tanto, afirma López Baroni, el conocer si un individuo ha sido o no vacunado, a estos efectos y en este punto *“es una información innecesaria”*.

3.3.2 De justicia

Como hemos visto anteriormente con el debate que surgió acerca de un certificado basado únicamente en la prueba de anticuerpos, este tipo de medidas son complicadas en términos de justicia. En el caso actual, no solo Estados miembros sino también la OMS afirman que establecer como obligatoria la vacunación para poder viajar, supone una discriminación en tanto en cuanto el acceso a dichas vacunas aún no es universal. Y es que se han generado discrepancias entre los Estados Miembros en relación a esta propuesta del certificado inmunitario. Por un lado, se sitúan aquellos países cuyo PIB se compone en gran medida de la actividad turística, como España o Grecia, y por el otro lado países cuyo juicio no está sesgado por esa necesidad y optan por ser cautos, como pueden ser Alemania, Francia, Bélgica y Holanda.

Es una cuestión difícil de analizar, sin duda alguna supone un alivio económico en cierta medida para sectores muy impactados por el paso de esta pandemia. Sin embargo, supone también una situación de discriminación que, bajo mi punto de vista, no atiende a ningún argumento en conformidad con el principio de justicia.

De la misma manera, esta medida estaría afectando a uno de los pilares de la Unión Europea, la libre circulación de sus ciudadanos entre los Estados Miembros. Y dado que,

³³ De Montalvo Jääskeläinen, Federico (1 de marzo de 2021). El pasaporte covid será ético cuando la vacuna sea universal. Diario La Razón.

³⁴ López Baroni, Manuel (10 de agosto de 2020). El pasaporte inmunitario, según los expertos en bioética: ‘es una propuesta trivial, ilegal e inmoral’. Revista digital Hipertextual.

como remarca la ministra de Exteriores Sophie Wilmès “*la vacuna no es obligatoria y no se ha generalizado su uso*”. Por lo tanto, dicha afectación se aplicaría a ciudadanos cuya intención pueda ser la de vacunarse pero que por una imposibilidad material no puedan hacerlo. Esto supone una injusticia para estos ciudadanos, pues se les estará castigando por un hecho sobre el que ellos no tenían capacidad de decisión, o incluso peor, a aquellos que quieran recibir la vacuna y no se les esté dando la posibilidad de recibirla, en este caso la injusticia es de grado superior. El autor Federico de Montalvo, reflexiona sobre esta cuestión y apunta, en mi opinión, de manera acertada:

*“[...] el negar el acceso al certificado a quien no ha sido vacunado supondría, en términos metafóricos pero muy gráficos, un doble castigo. La persona que se vería despriorizada, además, se encontraría sin certificado. Por tanto, quizás esta sea la principal objeción en la medida que el estar o no vacunado no depende de la voluntad del individuo, sino de la decisión pública de priorización.”*³⁵

3.4 Filosofía política

Existe también otro enfoque, el filosófico-político, sobre el cual el doctor López Baroni hace algunas apreciaciones.

*“Desde la perspectiva de la filosofía política, se podría sostener que la pandemia ha obligado a las democracias liberales occidentales a restringir, limitar o incluso suspender derechos fundamentales”*³⁶

Este suceso, está legitimado bajo un interés colectivo que debe ser de un nivel mayor al interés individual, y no se discute de lleno que esto pueda haber sucedido durante la pandemia. Sin embargo, y es en este punto donde el autor quiere fijar la reflexión, se está convirtiendo en una práctica poco saludable el hecho de establecer restricciones que van más allá de lo permitido normativamente a través de instituciones o procedimientos que no están legitimados en tales materias. Es éste, el certificado inmunológico, una de esas situaciones, defiende López Baroni. Recordemos que bajo la aplicación de esta propuesta, hay varios derechos fundamentales que se verían afectados, como el derecho a la intimidad, no discriminación o incluso el de la dignidad, derechos sobre los cuales solo están permitidas las restricciones bajo razones concretas y a través de cauces formales de la misma naturaleza. Termina el autor diciendo que, en el caso de que esta situación se sostuviera en el tiempo, no sería de extrañar ver “*la creación de guetos para quienes no lo consigan, y también, por qué no, que los pasaportes coticen en bolsa o que aparezca un mercado negro*”. Bajo mi punto de vista, y aunque el autor pueda estar yéndose al extremo, creo que es preciso y para nada trivial no olvidar que todo este tipo de medidas

³⁵ De Montalvo Jääskeläinen, Federico (2 de marzo de 2021). Objeciones y virtudes del pasaporte de inmunidad. Diario El País.

³⁶ López Baroni, Manuel (10 de agosto de 2020). El pasaporte inmunitario, según los expertos en bioética: ‘es una propuesta trivial, ilegal e inmoral’. Revista digital Hipertextual.

están fuera de la normalidad normativa, pudiendo llegar a ser irremediablemente peligroso que asumamos este tipo de decisiones sin recelo alguno.

3.5 Virtudes de la propuesta

Frente a todo lo expuesto hasta ahora, cabe recordar que dicha propuesta persigue dos fines, ambos muy beneficiosos. En primer lugar, el socioeconómico, en ese sentido es importante no solo en cuanto a la salud de la sociedad se refiere sino también en el ámbito económico, es importante empezar a reactivar un turismo que se ha visto estancado sin previo aviso. Es importante recalcar la directa relación que existe entre la salud mental y la reinstauración de los derechos que se han visto restringidos durante este periodo, de la misma manera existe esta relación con la economía. La crisis económica que está atravesando Europa, pero concretamente países del sur como España, a causa de la pandemia, también ha jugado un papel crucial en el incremento en problemas de salud mental a raíz de la pérdida de empleo y cierre de negocios que ha propiciado la pandemia. Es tanto así, que la Organización Mundial de la Salud realizó un estudio acerca de los insuficientes recursos que los países estaban destinando a este problema sanitario.³⁷

En segundo lugar, y cómo tímidamente adelantaba en el anterior párrafo, esta medida trata de reinstaurar derechos fundamentales que llevan más de un año restringidos. Sin duda este tampoco es un tema menor y debe ser puesto en la balanza, como he comentado en otros puntos del trabajo, no debemos normalizar una situación de limitación de los derechos. Hacer tal cosa podría acarrear situaciones futuras de pérdida de logros democráticos que son pilares de nuestra sociedad. Recordemos que el artículo 21 TFUE establece como una de las bases de la Unión Europea el derecho de circulación.³⁸ De la misma manera la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 13 recoge que:

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”³⁹

Es por eso que debemos, primero, recordar cuál es la normalidad en cuestión de derechos fundamentales y en segundo lugar tratar de volver a ella siempre que pueda hacerse con garantías sanitarias. En palabras del ya mencionado jurista De Montalvo:

“Tal relevancia de la libertad de circulación deriva de su directa conexión con la libertad individual y la dignidad, siendo la circulación, la movilidad, elemento consustancial de la naturaleza humana. Somos seres que no solo nos comunicamos a través de un lenguaje muy preciso, sino seres que circulamos.”⁴⁰

³⁷ The impact of COVID-19 on mental, neurological and substance use services. Organización Mundial de la Salud.

³⁸ Artículo 21. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁹ Artículo 13. Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁰ De Montalvo Jääskeläinen, Federico (19 de marzo de 2021). No solo es la economía, es la libertad de circulación.

Debemos no tratar de juzgar dicha medida desde ninguna de las perspectivas mostradas únicamente, sino que debemos ponderar debidamente los derechos y consecuencias que están en juego. Como siempre en Derecho, no hay una respuesta binaria, sino que debemos tratar de encontrar los matices que hagan primar unos argumentos ante otros.

3.5.1 *Obligatoriedad de la vacuna*

Otro tema que merece ser tratado, tiene que ver con el debate sobre la obligatoriedad de las vacunas. ¿Deben estas ser administradas de manera obligatoria? ¿Se plantea tal escenario? ¿Qué otras alternativas hay, para evitar tal obligatoriedad?

Aunque el Comité de Bioética de España, el 19 de enero de 2016, abre la posibilidad de la vacunación obligatoria para casos en los que esté en riesgo la salud pública, el Ministerio de Sanidad no ha planteado en ningún momento esa posibilidad. Como obligatorio se entiende, y así lo recoge el DRAE: “*Dicho de una cosa: Que obliga a su cumplimiento y ejecución.*”, por lo tanto, en España no se contempla la opción de obligar activamente a la gente a vacunarse. Sin embargo, esta no es la única manera de hacer presión a favor de que la ciudadanía que, en un principio sea contrario a esta idea, decida finalmente vacunarse. Existen dos conceptos que el profesor y presidente del Comité Español de Bioética De Montalvo distingue en sus entrevistas, y son los conceptos de no obligatoriedad y de voluntariedad. En ese sentido, se hace necesario distinguir consecuencias jurídicas distinguibles entre ambos conceptos. Se concibe como no obligatoria y no como voluntaria por el importante matiz que hace no estar al mismo nivel ético aquel que se vacuna que el que no lo hace. De manera subsidiaria comentar que el hecho de no ser obligatoria reside en la necesidad de alcanzar un porcentaje de vacunación inferior al 100%, en este caso se habla de un 70-80%.

En relación a este posible tratamiento distintivo entre ciudadanos que decidan recibir la vacuna frente a los que no, encuentro relevante traer al debate el caso de Galicia. El parlamento gallego aprobó el 23 de febrero de 2021 una reforma de la Ley de Salud por la cual se permitirá imponer sanciones económicas para aquellos que cometan infracciones contra la salud pública, entre las que se encuentran la negativa injustificada a la vacunación. Esta medida sin duda entraría en el debate que se trata en el Capítulo I de este trabajo, sobre la competencia de CCAA sobre este tipo de materias, me remito a lo comentado en tal apartado.

4. PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS

El certificado inmunológico, o mal llamado pasaporte inmunológico, no solo plantea los ya tratados dilemas de justicia o médicos, sino que en relación a los derechos de privacidad y protección de datos también origina debates de interés. Recordemos que la exigencia de este certificado supone compartir datos privados del historial médico de los ciudadanos y con respecto a tal situación, hay autores que afirman que afectaría a la intimidad, y por ende a la protección de datos, mientras que otros autores defienden su uso como legítimo.

En primer lugar, debemos recordar que tanto la Constitución Española, en su artículo 18.4, como el Consejo de Europa en su Convenio 108/1981, se preocupan de limitar el control, a través de la tecnología, del Estado sobre los ciudadanos. El fin último de estas normas

tiene su base en la no discriminación en base a factores que forman parte de la intimidad individual de éstos. Sin embargo, como podemos derivar de la jurisprudencia histórica de nuestro Tribunal Constitucional, y generalmente de cualquier órgano Constitucional europeo, los derechos no son absolutos y en caso de conflictos pueden verse reducidos a su esencia para preservar el ejercicio de otros derechos superiores o preponderantes. En esa dirección, creo que es necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿cuán de poderoso, o prioritario si se prefiere, debe ser este derecho a la privacidad y hasta qué punto puede ser limitado en pro de la salud pública? En respuesta a esta pregunta, podemos encontrar varios autores que se han pronunciado al respecto. En primer lugar, comenta el profesor de Derecho Constitucional, Federico de Montalvo, en una entrevista con el Diario La Razón:

“Con este pasaporte no estás exponiendo un dato de salud, sino que se habla de haber pasado una enfermedad o haberse vacunado. Lo negativo es que las empresas empiecen a exigirlo para contratar a nuevo personal, es decir, no solo para el ocio y turismo. Este es el gran miedo y lo que podría generar graves problemas.”⁴¹

En la misma dirección, el autor Ricard Martínez, analiza las normas reguladoras del derecho a la privacidad para determinar bajo que supuestos es posible una limitación del mismo. En primer lugar, menciona al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que en su artículo 9.2.i establece la posibilidad de tratar datos relativos a la salud cuando *“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”⁴²*. Así también, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 8.2 establece que la injerencia en la vida privada de una persona no podrá suceder *“sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”⁴³* La cuestión, afirma Ricard Martínez, radicará en definir la finalidad de dicho certificado con la mayor precisión posible, para que éste pueda adaptarse al diseño normativo del RGPD. Dicho lo cual, continúa el autor, no deberemos de dejar de preguntarnos cómo va a ser tratada dicha información, quién va a tener acceso a ella, qué trazabilidad tendrán estos datos, cuál será la seguridad que llevarán incorporada, etcétera.⁴⁴ Finaliza advirtiendo que, a falta de una regulación concreta, este certificado podrá empezar a ser exigido en ámbitos ajenos a los desplazamientos internacionales y, como advertía también Federico de Montalvo, será un grave riesgo si se empieza a usar como elemento discriminatorio a la hora de buscar trabajo, acceder a lugares públicos, etc. Como advierte el socio de Propiedad Intelectual e Industrial, medios y protección de datos del despacho Cuatrecasas, Albert Agustino, es de vital importancia su regulación

⁴¹ De Montalvo Jääskeläinen, Federico (1 de marzo de 2021). El pasaporte Covid será ético cuando la vacuna sea universal. Diario la Razón.

⁴² 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. Artículo 9.

⁴³ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 8.

⁴⁴ Martínez Martínez, Ricard (2 de marzo de 2021). ¿Un pasaporte europeo de vacunación Covid?

a través de una ley para que el proyecto pueda salir adelante. Debe establecerse quién puede hacer uso de esa información, recordemos, tan sensible para establecer limitaciones que afecten a derechos fundamentales. Este uso debe regirse por la proporcionalidad y la necesidad, por lo tanto, en ningún caso debería ser exigido por restaurantes, teatros u otros establecimientos como condición para ser admitido en sus instalaciones. Además, apunta Agustinouy, *“el RGPD establece que con datos considerados muy sensibles, el consentimiento expreso del afectado no es respaldo legal suficiente”*. Este uso debe ser rechazado por ser sin duda discriminatorio, pero para ello hará falta un pronunciamiento claro por parte del poder legislativo.

En último lugar, y en consonancia con la postura de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Agencia Española de Protección de Datos alerta del riesgo que puede suponer, en términos de seguridad, la presencia de datos de salud en teléfonos móviles. Hace esto en su informe *“El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid19. Un análisis de costes y beneficios”* de mayo de 2020. En él aborda el tema de la privacidad en relación a la posible utilización de aplicaciones móviles para la utilización de dicho certificado inmunológico. La Agencia describe esta iniciativa como un posible primer paso hacia el documento de identidad digital, con los riesgos que eso lleva consigo: acceso por parte de hackers, agregación con datos de geolocalización o de otro tipo, lo cual incrementa exponencialmente el peligro sobre la privacidad, o incluso la realidad de que muchos ciudadanos no tienen acceso aún a teléfonos “smartphone”. Como comenta la Agencia Española de Protección de Datos⁴⁵, esta opción de digitalizar el certificado carece de sentido en esta situación. Podría ser lógico en situaciones en las que el ciudadano tiene que proporcionar información de manera remota o incluso si esta información cambiase rápidamente. Sin embargo, para demostrar que se ha superado la enfermedad, o concretamente, que se ha sido vacunado, un documento en soporte papel junto con el documento de identidad es ciertamente suficiente y más acorde en la protección de la privacidad.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han tratado varios temas relativos a la rama Constitucional del Derecho, y que han sucedido durante la pandemia del Covid-19. Estos, sin embargo, no han sido los únicos debates jurídicos que han surgido a causa de ésta, pero sí que, bajo mi juicio, han sido los más relevantes.

En el caso del Estado de Alarma, y en relación al nivel de afectación de las medidas adoptadas mediante el Real Decreto por el que se regulaba, muchos son los argumentos en las distintas direcciones que admite el debate. Sin embargo, no tendremos una respuesta que siente doctrina hasta que el Alto Tribunal no se pronuncie, lo cual no se espera que suceda en un corto espacio temporal. Bajo mi punto de vista, el nivel al que este Real Decreto 463/2020 “limitaba” los derechos de circulación y de libertad personal, parece estar más cerca de una supresión que de una verdadera limitación. Creo que estos derechos se vieron esencialmente suprimidos ya que las situaciones bajo las que se

⁴⁵ El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid19 (2020) Un análisis de costes y beneficios. Organización Mundial de la Salud.

condicionaba el ejercicio de dichos derechos afectaban, valga la redundancia, la esencia propia de este. No quiero decir con esto, que defienda la declaración de un estado de sitio o excepción en lugar del mencionado, pues creo la Ley Orgánica 4/1981, que viene a desarrollar el precepto constitucional recogido en el art. 116 CE, es bastante claro con las situaciones en las que debe ser declarado cada estado. Por lo tanto, y como puede inferirse, el problema radica en el alcance de las medidas adoptadas mediante dicho Real Decreto y no tanto en la declaración del Estado de Alarma.

En relación a la iniciativa del conocido como ‘Radar Covid’, sin duda es un peligro la falta rigurosidad con la que se planteó el proyecto. Falta una fuerte inversión en digitalización, aunque el atraso público en este ámbito es tan grande, que quizás el desarrollo de este tipo de aplicaciones que traten datos sensibles sin el uso de terceros (e.g. Google) queda más en el plano utópico. La ciudadanía está lejos de poder sentirse segura, más aún cuando desde el Gobierno no hay transparencia en cuanto al destino de los datos que se comparten, lo cual no solo incurre en desconfianza sino en un flagrante delito. Desde luego, si unos desarrolladores de software desde su salón pueden detectar inconsistencias en el código que sube el propio Gobierno, quizás, y más aún en los tiempos en los que vivimos, el avance tecnológico del sector público no es el que debiera.

Acabará este trabajo compartiendo algunas de las ideas que resumen mi parecer respecto al conocido certificado inmunológico.

Debemos recordar que, pese a que los certificados constituyan, como hemos podido ver, un tema controvertido, ello no obsta para que debemos reconocer que, a través de ellos, se persiguen fines muy plausibles. Pretenden garantizar valores esenciales, como el libre desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales, como son la libertad de movimiento, la libertad profesional y el derecho al trabajo, así como también reactivar nuestra economía, debiendo recordar una vez más que existe un vínculo inexcusable entre economía y salud, en la medida que uno de los principales determinantes de la salud de la población es el socioeconómico. De este modo, cuando a cuestiones tan complejas y debatidas nos enfrentamos, es bueno no olvidar que una sociedad con peor economía es harto probable que tenga peor salud. Este certificado, o ‘pasaporte’, pese a las objeciones comentadas, estarían, en definitiva, protegiendo la salud de la sociedad y no solo la economía. Más aún si cabe, estaríamos protegiendo la propia esencia del ser humano, que no solo es un ser social por naturaleza, sino que requiere de la circulación como medio para expresarse y ser.

De hecho, la objeción planteada como discriminatoria, que resulta la que mayor oposición plantea, podría repararse con la ya planteada como alternativa prueba PCR o similar. Es cierto que no soluciona de raíz la problemática, aunque creo que supone una solución-parche que en gran medida calma la irritación discriminatoria que dicha propuesta estaba propiciando.

La gran objeción que me queda plantear, es la ya comentada limitación del uso de dicho certificado. En el momento en el que sea posible la creación de burbujas dentro de la economía de las que solo se pueda beneficiar un individuo con vacunación, la propuesta pasará de perseguir fines beneficiosos a conseguir la verdadera discriminación de la que nos intentamos proteger. Esto sería así si para participar de ciertas actividades,

especialmente aquellas relativas a la obtención de empleo, se requiera la obtención de dicho certificado como requisito inexcusable.

Como Federico de Montalvo comparte en uno de sus artículos, no debemos de ser ingenuos pensando que esta propuesta nos va a salvar de todos los males, es simplemente un trato de remedio para aliviar esta situación tan difícil. Debemos ser en todo momento conscientes de que el estado natural de nuestros derechos no es el que hemos experimentado durante estos últimos meses, y con esa perspectiva debemos acercarnos a esta propuesta de reactivación de la circulación. Sin obviar, ciertamente, las carencias y conflictos médico-ético-legales que sin duda existen alrededor de ésta. Debemos ser conscientes de que debemos seguir persiguiendo la restauración de la normalidad en materia de derechos, pero siempre con la salud en el punto de mira y sin provocar situaciones que desestabilicen nuestros pilares democráticos.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Legislación

- Constitución Española. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE núm. 67, 14 de marzo de 2020).
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE núm. 134, 5 de junio de 1981).
- 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 de la Unión Europea 4 de junio de 2016).
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE núm. 243, 10 de octubre de 1979).

- Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE núm. 108, 6 de mayo de 1999).
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea 30 de marzo de 2010).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE núm. 102, 29 de abril de 1986).
- Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. (BOE num. 102, 29 de abril de 1986).
- Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Eur-lex COM/2021/130 final).
- Reglamento Sanitario Internacional (Organización Mundial de la Salud 2005)

6.2 Jurisprudencia

- Sentencia 169/2001, de 16 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2001).
- Auto de 12 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Lleida sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias.

6.3 Obras doctrinales

- Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (2020). Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada.

- Marruecos Rumí, M. E. (2020) Crisis del derecho fundamental a la libertad de circulación como consecuencia de la pandemia originada por el covid-19 en España.
- De la Mata Barranco, N. J. (2020). Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad.
- Durán Alba, J. F. (2020). AFECTACIONES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DERIVADAS DEL ESTADO DE ALARMA DECLARADO A CAUSA DE LA CRISIS “COVID-19”.
- Enríquez Malavé, G. (2020). Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Jieyu Wu, Xiaowei Xie, Le Yang, Xingyan Xu, Yingying Cai, Tinggui Wang y Xiaoxu Xie. (2020) Mobile health technology combats COVID-19 in China.
- European Data Protection Board (2020) Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak.
- Agencia Española de Protección de Datos (2020). EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS EN LA LUCHA CONTRA EL COVID19. UN ANÁLISIS DE COSTES Y BENEFICIOS.
- Organización Mundial de la Salud (2020). The impact of COVID-19 on mental, neurological and substance use services.
- Organización Mundial de la Salud (2020). “Immunity passports” in the context of COVID-19.

- Organización Mundial de la Salud (2020). El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid19. Un análisis de costes y beneficios.

6.4 Recursos de Internet

- Martínez, R. (18 de enero de 2021). ¿En qué fallamos con radar COVID? Obtenido el 06/04/2021 en: <http://lopdyseguridad.es/radar-covid/>
- El País (18 de septiembre de 2020). La ‘app’ Radar Covid no advierte de todos los riesgos para la privacidad de sus usuarios. Obtenido el 06/04/2021 en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-09-17/la-app-radar-covid-no-advierde-de-todos-los-riesgos-para-la-privacidad-de-sus-usuarios.html>
- Ministerio de Sanidad. Preguntas y respuestas más habituales en un Servicio de Vacunación Internacional. Obtenido el 30/03/2021 en: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/sanidadExterior/salud/faq.htm>
- De Montalvo Jääskeläinen, Federico (1 de marzo de 2021). El pasaporte covid será ético cuando la vacuna sea universal. Obtenido el 14/03/2021 en: <https://www.larazon.es/sociedad/20210301/ohl7e3mhsnf4bfrc6yj5jvt3eq.html>
- Mozur, Paul (2 de mayo de 2020). In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags. Obtenido el 13/04/2021 en: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>
- De la Mata, Norberto J. (6 de abril de 2020) Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad. Obtenido el 13/04/2021 en: <https://almacenederecho.org/pandemia-estado-de-alarma-y-suspension-de-libertad>
- Pérez Colomé, Jordi (2020). La ‘app’ Radar Covid no advierte de todos los riesgos para la privacidad de sus usuarios. Obtenido el 06/04/2021 en: <https://elpais.com/tecnologia/2020-09-17/la-app-radar-covid-no-advierde-de-todos-los-riesgos-para-la-privacidad-de-sus-usuarios.html>
- De Montalvo Jääskeläinen, Federico (2 de marzo de 2021). Objeciones y virtudes del pasaporte de inmunidad. Obtenido el 20/04/2021 en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1208623
- López Baroni, Manuel (10 de agosto de 2020). El pasaporte inmunitario, según los expertos en bioética: ‘es una propuesta trivial, ilegal e inmoral’. Obtenido el 14/03/2021 en: <https://hipertextual.com/2020/08/pasaporte-inmunitario>

- De Montalvo Jääskeläinen, Federico (19 de marzo de 2021). No solo es la economía, es la libertad de circulación. Obtenido el 20/03/2021 en:
https://www.abc.es/sociedad/abci-federico-montalvo-jaaskelainen-no-solo-economia-libertad-circulacion-202103180059_noticia.html
- Martínez Martínez, Ricard (2 de marzo de 2021). ¿Un pasaporte europeo de vacunación Covid? Obtenido el 15/03/2021 en:
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/01/legal/1614631211_386765.html
- Dr. Tasuku Honio (25 de abril de 2020). Entrevista en Antena 3 noticias
- Von der Leyen, U. (1 de marzo de 2021). Tweet. Twitter.
<https://twitter.com/vonderleyen/status/1366346729289904128?s=21>
- Galdón, G. (2020) Tweet. Twitter. <https://twitter.com/gemmagaldon?s=11>