

Nota urgent sobre la Proposta d'article a introduir en un Decret-Llei per a la comunicació de dades dels centres educatius al Departament de Salut

1. El Departament d'Educació tramet a aquesta Autoritat una proposta d'article a incloure en un Decret-Llei, per a la comunicació de dades dels centres educatius al Departament de Salut, per tal que se'n faci una valoració.

En concret, la redacció de la proposta d'article és la següent:

"Article (X)

1. Amb l'objecte de donar compliment i garantir l'efectivitat del conjunt de mesures de prevenció i protecció de la salut en els centres educatius del sistema educatiu de Catalunya per fer front a la pandèmia de la COVID-19, es faculta al Departament d'Educació a comunicar al Departament de Salut dades identificatives i de contacte de l'alumnat, personal d'administració educativa i personal extern d'empreses proveïdores de serveis als centres educatius, necessàries per dur a terme les activitats relacionades amb la gestió de l'emergència sanitària actual.

2. Les dades posades a disposició del Departament de Salut s'integren en el tractament "Cens Covid19 salut-escola", del qual n'és titular el Departament de Salut, amb la finalitat d'exercir les competències que en matèria de vigilància epidemiològica i de control de la salut pública que té atribuïdes com a autoritat sanitària.

3. Les dades personals a comunicar permetran localitzar la persona, o en cas d'alumnes menors d'edat, als seus pares, mares o tutors legals, a quin centre educatiu pertanyen, i a quin grup de convivència estable pertanyen, en el seu cas. La posada a disposició de les dades es farà de forma automatitzada, sempre que sigui possible.

4. Així mateix, el Departament de Salut en el marc de les funcions que té atribuïdes en la situació de pandèmia referida, comunicarà al responsable de l'escola mitjançant els sistemes d'informació establerts, les dades de salut corresponents als resultats de proves diagnòstiques de COVID-19 per tal que es puguin adoptar les mesures pertinents d'acord amb els protocols establerts. El responsable de l'escola haurà de mantenir el deure de secret i de confidencialitat sobre la informació a la qual tinguin accés, fins i tot un cop finalitzada la situació emergència sanitària.

5. El tractament de dades personals a què es refereixen els paràgrafs anteriors es realitza d'acord amb els apartats g, h i i de l'article 9 apartat 2, del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell de 27 d'abril de 2016, l'article 57 de la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública, així com la resta de normes i principis en matèria de protecció de dades personals. “

“Disposició addicional primera

Les previsions contingudes a l'article (X) d'aquest Decret llei estan vigents mentre restin vigents les mesures sanitàries d'intervenció i control de la pandèmia que s'acordin per gestionar la situació de crisi sanitària per la COVID-19.”

2. D'acord amb l'article 6 de l'RGPD, per tal de poder dur a terme un tractament de dades personals cal que concorri alguna de les bases jurídiques de l'article 6.1. Entre les bases jurídiques previstes, en el cas que ens ocupa concorreria la prevista a la lletra h), referida a aquells casos en que el tractament sigui necessari per a *“para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;”*. Per altra banda, el tractament de dades de salut amb finalitats d'assistència sanitària i de salut pública o per a la prevenció de riscos laborals podria estar autoritzat per les lletres h) i i) de l'article 9.2 RGPD.

D'acord amb el que preveuen aquests articles, la base jurídica ha d'estar establerta en el dret de l'estat membre que s'apliqui al responsable o el dret de la Unió Europea que, en qualsevol cas, ha de determinar la finalitat del tractament. Pel que fa a la qualitat d'aquesta norma, ha de complir un objectiu d'interès públic i ha de ser proporcional al fi perseguit (art. 6.3 i.f.).

Pel que fa al rang de la norma de dret intern, el mateix Considerant 41 estableix que *“Cuando el presente Reglamento hace referencia a una base jurídica o a una medida legislativa, esto no exige necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento, sin perjuicio de los requisitos de conformidad del ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate.”*.

Cal tenir en compte al respecte que, en el dret espanyol, la norma que estableixi el tractament ha de ser una norma amb rang de llei, tal com es desprèn de l'article 53 CE en la mesura que comporta la limitació d'un dret fonamental, i tal com ha vingut a reconèixer la jurisprudència constitucional (SSTC 292/2000 i 76/2019, entre d'altres), del Tribunal de justícia de la Unió Europea (STJUE 08.04.2014, Digital Rights Ireland, entre d'altres) i del Tribunal Europeu de Drets Humans (STEDH 07.06.2012, Cetro Europa 7 i Di Stefano vs. Itàlia, entre d'altres). En aquest sentit, l'article 8.2 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD) estableix que *“El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio*

de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.". En termes similars es pronuncia l'article 9 LOPDGDD respecte el tractament de dades de categories especials de dades, com ara les dades de salut.

El Decret-Llei constitueix una norma amb rang de llei, i si bé afecta un dret fonamental, com és el dret a la protecció de dades personals, la regulació analitzada no comporta la regulació essencial ni el desenvolupament directe del dret fonamental (qüestió ja feta per l'RGPD i la Llei orgànica 3/2018), per la qual cosa no aniria en contra de l'article 64 EAC. Per tant, un Decret-Llei és una norma apta per a habilitar un determinat tractament de dades personals.

3. Sens perjudici del que s'acaba d'exposar, la norma que s'aprovi ha de tenir en compte també la resta de principis establerts per la normativa de protecció de dades personals, en concret el principi de minimització de les dades, en virtut del qual les dades que es tractin han de ser adequades, pertinents i limitades al que és necessari en relació amb les finalitats per a les quals es tracten (art. 5.1.c) RGPD i art. 9 del Conveni 108 del Consell d'Europa, per a la protecció de les persones pel que fa al tractament automatitzat de dades de caràcter personal).

D'acord amb el Considerant 41 de l'RGPD, *"dicha base jurídica o medida legislativa debe ser clara y precisa y su aplicación previsible para sus destinatarios, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos."*

La introducció de l'habilitació per a dur a terme la comunicació prevista constitueix una limitació del dret fonamental a la protecció de dades que pot estar justificada. Però només ho estarà en la mesura que resulti proporcionada (art 6.3 RGPD). Tal com ha reconegut la STJUE 08.04.2014 (cas Digital Rights Ireland, entre d'altres) *"Con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ésta deberá ser establecida por la ley, respetar su contenido esencial y, dentro del respeto del **principio de proporcionalidad**, sólo podrán introducirse limitaciones a dichos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás."*. En el mateix sentit, les SSTC 292/2000 o 76/2019, entre d'altres.

D'acord amb reiterada jurisprudència (serveixi per totes la STC 66/1995) l'anàlisi del compliment del principi de proporcionalitat d'una determinada mesura, requereix el que es denomina com "test de proporcionalitat". Això implica una triple anàlisi:

- a) La idoneïtat de la mesura, és a dir, si la mesura és apta per assolir el resultat pretès.
- b) La necessitat de la mesura, és a dir, si existeixen altres mesures menys intrusives o més moderades per assolir el resultat pretès.
- c) L'anàlisi de la proporcionalitat en sentit estricte, és a dir, si de la mesura se'n deriven més beneficis per l'interès general que perjudicis sobre els altres béns jurídics o valors en conflicte.

Per tant, el tractament previst per la norma ha de resultar una mesura idònia, necessària i proporcionada en sentit estricte.

4. Tenint en compte el que s'ha exposat, s'ha de valorar positivament que a l'apartat 1 de la proposta s'indiqui expressament que les dades es limitaran a les dades "*necessàries per dur a terme les activitats relacionades amb la gestió de l'emergència sanitària actual.*". Igualment cal valorar com a proporcionada la revisió que, un cop identificada una persona contagiada o sospitosa d'estar-ho, es pugui requerir la col·laboració dels centres educatius per localitzar aquesta persona o els grups de persones que poden haver-hi estat en contacte.

Ara bé, del segon incís del primer punt de l'apartat 3, es pot deduir que la comunicació prevista no es limitaria a les dades que s'acaben de descriure, sinó que abastaria les dades identificatives i de contacte de tot l'alumnat, del personal del centre educatiu i de tot el personal extern d'empreses proveïdores de serveis als centres educatius, amb independència que hagin tingut o no algun tipus de contacte amb una persona contagiada. És a dir, afectaria centenars de milers d'alumnes, i de personal dels centres educatius o persones externes. I la majoria d'aquestes persones afectades són menors d'edat. De fet, el que es dedueix d'aquest incís és que la tramesa es faria de manera massiva i al marge que s'hagi detectat o no qualsevol situació de contagi, per tal que sigui el mateix Departament de Salut el que determini a quin centre educatiu pertanyen, i a quin grup de convivència estable pertanyen.

La justificació que acompanya la proposta d'article fa referència només a la necessitat de mantenir l'obertura dels centres educatius en la situació actual i als protocols elaborats per poder fer-ho de manera segura, però no ofereix una justificació de la necessitat d'aquesta tramesa massiva d'informació, més enllà d'afirmar que "*Per tal de permetre l'efectivitat de les mesures de contenció de la pandèmia, es fa necessari que el Departament de Salut disposi del cens d'alumnes, docents i personal extern que presta serveis en els centres educatius de Catalunya, distribuït per grups, amb les dades bàsiques de contacte.*"

El cert és però que, amb la informació disponible i a la llum del principi de proporcionalitat la mesura no sembla que es pugui considerar idònia, ni necessària, ni justificada des del punt de vista de la proporcionalitat en sentit estricte.

D'entrada no pot considerar-se idònia (és a dir, que no permet assolir el resultat pretès) atès que si bé és cert que aquestes dades podrien permetre que el Departament de Salut identifiqui l'escola i potser en alguns casos també el grup estable al qual està adscrit un alumne, no permeten saber amb precisió quins són els docents i personal administratiu que ha estat en contacte amb l'alumne ni, molt menys, quin es el personal extern que hi ha estat en contacte. A més, pel que fa als alumnes que pugui haver estat en contacte, per poder disposar d'una informació exacta, aspecte que ve obligat pel principi d'exactitud de les dades (art. 5.1.d) RGPD), convé tenir en compte no només el grup estable d'adscripció de l'alumne, sinó altres circumstàncies pròpies de la dinàmica del centre educatiu (grups partits, activitats extraescolars, baixes i substitucions de professors, canvis en els grups o en el personal que es puguin anar produint ...).

Per altra banda, es preveu que sigui el Departament d'Educació qui transmeti aquesta informació, però el Departament d'Educació no disposa d'informació sobre el personal de tots els centres (en principi afectaria tant els centres públics com els privats) o les empreses externes ni, probablement, sobre la composició dels grups estables.

Tampoc pot considerar-se necessària, perquè si bé resulta clarament necessari identificar els contactes d'una persona contagiada o sospitosa d'estar-ho i poder-los localitzar, el Departament de Salut disposa d'altres vies menys intrusives pel dret a la protecció de dades:

Així, en el cas que sigui l'escola qui comuniqui al Departament de Salut l'existència d'un contagi o d'una situació de risc, pot ser el propi centre el que comuniqui les dades d'identificació i de localització no només de la persona contagiada, sinó també la identificació i les dades que permetin la localització de les persones que hi han estat en contacte en l'àmbit escolar.

En el cas que sigui el mateix Departament de Salut qui detecti el contagi o el risc de contagi (per exemple en realitzar una prova de detecció) la mateixa persona afectada (o els seus representants legals si és menor de 14 anys) pot indicar l'escola a la qual assisteix. I a partir d'aquí el Departament de Salut pot en qualsevol cas adreçar-se al centre educatiu (o, si escau, al Departament d'Educació) perquè li comuniqui les dades d'identificació i localització dels membres del grup i de la resta de persones que hi hagin pogut estar en contacte. Això, és a dir, el fet que qui faci la identificació sigui el propi centre educatiu *a posteriori*, permetria una identificació més precisa, no només dels alumnes que hi han estat en contacte, sinó també del personal del centre i del personal extern que pot haver-hi estat en contacte i evitaria haver de comunicar massivament les dades identificatives i de localització de tots els alumnes i persones treballadores,

incloses les de molts alumnes o persones treballadores que no tenen cap relació amb cap episodi de contagi.

Per altra banda, tot i que és cert que aquesta possibilitat requereix la col·laboració dels centres educatius i que en determinades circumstàncies pot ser difícil d'obtenir, no és menys cert que l'Administració disposa de mitjans, fins i tot coercitius, per fer efectiva aquesta obligació dels centres i que per altra banda, aquesta col·laboració també seria necessària en el mecanisme previst a la proposta, atès que, tal com hem exposat, no sembla que el Departament d'Educació disposi de bona part de la informació que es preveu a la proposta.

Finalment, la mesura tampoc resulta justificada des del punt de vista de l'anàlisi de la proporcionalitat en sentit estricte. Això és, per una banda l'opció de la proposta comporta un gran nivell d'intrusió pel que fa al dret a la protecció de dades, no només per l'elevadíssim nombre de persones que es poden veure afectades per aquesta mesura (en principi tota la població entre els 3 i els 16 anys i també la que cursi estudis fora d'aquestes franges d'edat), sinó també pel fet que sovint es tractarà de dades de menors d'edat i que poden estar en situacions molt diverses que poden requerir una protecció especial (cal tenir en compte que la comunicació de la informació inclouria el centre al qual s'assisteix o dades de localització que poden generar, per exemple, riscos des del punt de vista de la seguretat dels propis menors o dels familiars que s'hi relacionen). També cal tenir en compte els riscos derivats de l'incompliment del principi d'exactitud, atès que com s'ha exposat, la identificació que pugui fer directament el Departament de Salut amb la informació tramesa *ex ante* no pot tenir en compte les circumstàncies reals i actualitzades en què s'ha desenvolupat l'activitat escolar.

Per altra banda, des del punt de vista dels beneficis que pugui aportar la mesura, a la justificació de la mesura no s'exposen tampoc beneficis addicionals als que es podrien obtenir si la tramesa de les dades es realitzés només respecte els col·lectius o persones concretes afectades per una situació de contagi.

Per això, i atès que en la justificació que s'acompanya a la proposta no s'ofereix cap justificació concreta de la necessitat que el Departament de Salut disposi massivament de les dades de tots aquests col·lectius, es proposa suprimir l'incís: "*a quin centre educatiu pertanyen, i a quin grup de convivència estable pertanyen, en el seu cas.*" de l'apartat 3 de la proposta. Amb això quedaria oberta la possibilitat que el Departament pugui requerir les dades que siguin necessàries per a la localització de persones afectades, quan sigui necessari.

O fins i tot es podria preveure l'obligació que quan els centres educatius tinguin coneixement d'una situació de contagi a l'àmbit escolar, hagin de trametre d'ofici, és a dir, sense requeriment previ per part del Departament de Salut, la informació necessària per identificar i localitzar les persones d'aquests col·lectius que hagin estat en contacte amb una persona contagiada o sospitosa d'estar-ho.

5. Finalment i pel que fa a l'apartat 5, cal fer notar que la comunicació de dades des dels centres educatius al Departament de salut podria emparar-se en l'article 6.1.e) RGPD, i pel que fa a les categories especials de dades (p. ex. dades de salut) en el supòsit previst a la lletra i) de l'article 9.2 RGPD (raons d'interès públic en l'àmbit de la salut pública) o el supòsit de la lletra h) del mateix article (tractament necessari per fins de medicina preventiva o laboral), pel que fa a les dades dels treballadors dels centres educatius. Ara bé, el fluxe informatiu concret que es preveu en la norma projectada, des dels centres educatius cap al Departament de Salut, no sembla que hagi de comportar la comunicació de dades de salut des del Departament d'Educació al Departament de Salut, per la qual cosa la referència a les lletres g) h) i i) de l'article 9.2 RGPD que es fa al darrer paràgraf pot resultar sobrera i generar confusió.

Barcelona, 6 de novembre de 2020