

Informe sobre la Proposta d'article a introduir en un Decret-Llei per a la comunicació de dades del personal de centres residencials al Departament de Salut.

El Departament de Salut demana a aquesta Autoritat l'emissió, amb caràcter urgent, d'un informe sobre una proposta d'un article i una disposició addicional a incloure en un Decret-Llei, per a la comunicació de dades de professionals que treballen a centres residencials o que hi col·laboren, al Departament de Salut.

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

"Article (X)

1. Per assegurar la protecció de les persones residents als serveis socials de caràcter residencial, llars residencials i llars amb suport de gent gran, de persones amb discapacitat física o intel·lectual o problemàtica derivada de la malaltia mental que formen part del sistema català de serveis socials, i garantir l'efectivitat del conjunt de mesures de prevenció i protecció de la salut en entorns altament vulnerables, les entitats titulars i les entitats gestores dels serveis socials abans esmentats han de posar a disposició del Departament de Salut les dades identificatives i de contacte necessàries del personal propi i extern que hi treballa o col·labora, per fer la gestió i seguiment de les proves de diagnòstic de la COVID-19 mitjançant els sistemes d'informació creats a l'efecte.

2. Les dades posades a disposició del Departament de Salut, d'acord amb el previst a l'apartat 1, s'integren en el tractament "web dades Covid", 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 te atribuïdes com autoritat sanitària.

3. Així mateix, el Departament de Salut en el marc de les funcions que té atribuïdes comunicarà al responsable del dispositiu residencial mitjançant els sistemes d'informació establerts, les dades de salut corresponents als resultats de proves de diagnòstic de la COVID-19 per tal que es puguin adoptar les mesures pertinents d'acord amb els protocols establerts. El responsable del dispositiu residencial 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."

"Disposició addicional primera

Les previsions contingudes a l'article (X) d'aquest Decret Llei estan vigents mentre es mantingui activitat el Pla d'actuació PROCICAT per emergències associades a malalties transmissibles emergents amb potencial alt risc."

Analtzada la proposta, que s'acompanya d'una justificació de la mesura, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto l'informe següent:

Fonaments Jurídics

I

(...)

II

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 e), 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 Considerant 41 RGPD 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 be 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, tal com s'ha reconegut

a la STC 139/2016, un Decret-llei és una norma apta per a habilitar un determinat tractament de dades personals.

III

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.*" En aquest sentit es manifesten, per exemple, les SSTEDH de 6 de setembre de 1978 (Klas vs. Alemanya), 2 d'agost de 1984 (Malone vs U.K.), 30 de juliol de 1998 (Valenzuela Contreras vs. Espanya) 18 de febrer de 2003 (Prado Bugallo vs. Espanya) o la STC 76/2019.

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 de 8 d'abril de 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.

IV

D'entrada la mesura proposada s'ha de considerar dotada de previsibilitat. Es defineix de manera clara tant el col·lectiu afectat (personal propi i extern que treballa o col·labora amb els serveis socials de caràcter residencial, llars residencials i llars amb suport de gent gran, de persones amb discapacitat física o intel·lectual o problemàtica derivada de la malaltia mental que formen part del sistema català de serveis socials), com les entitats que participarien en la comunicació de dades (entitats titulars i entitats gestores dels serveis socials abans esmentats, per una banda; i Departament de Salut per l'altra).

L'apartat 1 també defineix de manera clara la informació a la qual es pretén accedir (dades identificatives i de contacte necessàries per fer la gestió i seguiment de les proves de diagnòstic de la COVID-19).

No obstant això, la redacció de l'apartat tercer pot oferir algun dubte quant al col·lectiu afectat. Seria bo, per això, que en aquest apartat tercer, en línia amb el que s'explica a la justificació de la mesura, s'indiqui que es refereix al personal indicat a l'apartat primer.

Per altra banda, aquest apartat tercer fa referència al "responsable del dispositiu residencial". La utilització d'aquesta expressió pot resultar confusa atès que sembla al·ludir a l'existència d'un dispositiu residencial específic. Llevat que prèviament s'hagi previst la creació d'un "dispositiu residencial", pot ser recomanable referir-se al "responsable de la residència".

Per això es proposa introduir la modificació següent:

*"3. Així mateix, el Departament de Salut en el marc de les funcions que té atribuïdes comunicarà al responsable del dispositiu residencial mitjançant els sistemes d'informació establerts, les dades de salut **del personal a què es refereix l'apartat primer** corresponents als resultats de proves de diagnòstic de la COVID-19 per tal que es puguin adoptar les mesures pertinents d'acord amb els protocols establerts. El responsable **de la residència** 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."*

V

Més enllà d'això la mesura també s'ha de considerar proporcionada.

D'entrada pot considerar-se idònia. És a dir, permet assolir el resultat pretès. En la justificació de la mesura s'indica que l'objectiu de la mesura és detectar brots i monitorar la correcta freqüència de la realització dels cribratges entre els treballadors i col·laboradors, així com poder vincular el personal al centre residencial on presta serveis per poder fer la gestió i seguiment de les proves de diagnòstic de la COVID-19 per detectar les persones portadores del virus i poder trencar les cadenes de transmissió.

És evident que una mesura com la proposada permetrà als òrgans competents en matèria de vigilància de la salut poder controlar si el personal d'aquests establiments o que hi col·labora s'ha

sotmès a les proves de diagnòstic i també permet vincular-lo amb un establiment als efectes que, en cas de resultar portador del virus, es pugui controlar la cadena de transmissió.

La mesura també es pot considerar necessària. Tal com es recull a la justificació de la mesura, aquest personal és cabdal en l'atenció dels residents i atesa la seva interacció continuada cal poder fer un control de l'afectació del virus a aquest col·lectiu als efectes de trencar la cadena de transmissió on les persones que hi resideixen resulten especialment vulnerables. En aquest sentit, a la justificació s'indica que es considera necessària la realització de proves diagnòstiques periòdiques a aquests professionals. Per tant, i a manca de mesures alternatives més eficaces, es tracta d'un element essencial en l'estratègia de control del virus en l'àmbit d'elles residències que és precisament un dels àmbits en una situació de major vulnerabilitat.

Finalment, la mesura també es pot considerar justificada des del punt de vista de l'anàlisi de la proporcionalitat en sentit estricte.

Tot i que certament la mesura comporta una limitació del dret a la protecció de dades de les persones treballadores afectades, atès que es podrà produir una comunicació de dades, no només identificatives i professionals sinó també de dades de salut, s'ha de tenir en compte la situació d'alt risc existent en aquest context residencial, no només dels propi treballadors sinó, especialment, de les persones de les quals han de tenir cura (recordar en aquest sentit no només l'elevat nombre de persones afectades en aquests centres sinó, especialment l'elevada mortalitat associada al Covid-19 entre els col·lectius residents en aquests establiments).

Per altra banda, tal com s'ha exposat, la proposta ofereix altres garanties: les dades només es transmetran entre les residències i el Departament de Salut; la mesura es preveu amb caràcter temporal (només estaria vigent mentre es mantingui activat el Pla d'actuació PROCICAT per emergències associades a malalties transmissibles emergents amb potencial alt risc); i finalment es recorda el deure de secret i confidencialitat sobre la informació a la qual tingui accés el responsable residencial, fins i tot després que finalitzi la situació d'emergència sanitària.

Conclusions

La Proposta d'article examinada, a introduir en un Decret-Ilei, sobre la comunicació de dades de personal de centres residencials mentre es mantingui activat el Pla d'actuació PROCICAT per emergències associades a malalties transmissibles emergents amb potencial alt risc, s'adequaria a la normativa de protecció de dades personals. No obstant això, es recomana modificar el tercer apartat de l'article proposat, d'acord amb el que exposa al fonament jurídic IV d'aquest informe.

Barcelona, 29 de novembre de 2020