

Informe sobre el Projecte de Decret-Ilei pel qual es regula la utilització del certificat covid digital de la Unió Europea per a l'accés a la realització de determinades activitats en el marc de les mesures de prevenció i contenció establertes a Catalunya per a fer front a la crisi sanitària.

Antecedents

En data 16 de juliol es demana a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades que emeti un informe sobre un Projecte de Decret-Ilei pel qual es regula la utilització del certificat covid digital de la Unió Europea per a l'accés a la realització de determinades activitats en el marc de les mesures de prevenció i contenció establertes a Catalunya per a fer front a la crisi sanitària.

(...)

Analitzat el Projecte, que no s'acompanya de cap altra documentació, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto, amb caràcter d'urgència, l'informe següent:

Fonaments Jurídics

I

(...)

II

La comprovació de determinades circumstàncies contingudes al certificat digital Covid de la Unió Europea comporta , encara que no es recullin les dades, un tractament de dades personals, en concret de dades vinculades a la salut de les persones, que està subjecte a la normativa de protecció de dades personals.

Òbviament, una mesura com la proposada al projecte pot incidir no només en el dret a la protecció de dades personals sinó també en altres drets. Però atès el caràcter instrumental del dret a la protecció de dades per a la protecció d'altres drets (STC 292/2000), convé analitzar la justificació de la limitació del dret a la protecció de dades derivada de la comprovació d'aspectes relatius a la salut de les persones afectades, com a condició per a poder accedir a determinades activitats.

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, la regulació del tractament de dades de salut amb finalitats de salut pública pot trobar empara a la lletra 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 de l'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-lei 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.

Sobre aquesta qüestió cal tenir en compte que el Projecte regula la utilització d'informació que conté el certificat COVID digital de la UE regulat pel Reglament (UE) 2021/953 del Parlament Europeu i del Consell de 14 de juny de 2021 relatiu a un marc per a l'expedició, verificació i acceptació de certificats COVID-19 interoperables de vacunació, de prova diagnòstica i de recuperació per tal de facilitar la lliure circulació durant la pandèmia de COVID-19.

Al respecte, l'article 10 d'aquest Reglament estableix que *“A efectos del presente Reglamento, los datos personales contenidos en los certificados expedidos de conformidad con el presente Reglamento serán tratados únicamente con el fin de acceder a la información incluida en el certificado y verificarla, con el fin de facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión durante la pandemia de COVID-19.”*

No obstant això, el Considerant 48 de l'Exposició de motius del mateix Reglament 2021/953 es refereix també a la possibilitat que el dret dels estats membres pugui establir la utilització d'aquestes dades per a altres finalitats sempre que es compleixin determinades condicions:

“Los Estados miembros pueden tratar datos personales con otros fines si la base jurídica para su tratamiento con otros fines, incluidos los plazos de conservación correspondientes, está establecida en el Derecho nacional, que debe cumplir con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos y los principios de eficacia, necesidad y proporcionalidad, y debe incluir disposiciones específicas que determinen claramente el ámbito de aplicación y el alcance del tratamiento, la finalidad específica de que se trate, las categorías de entidades que puedan verificar el certificado, así como las salvaguardias pertinentes para evitar la discriminación y el abuso, teniendo en cuenta los riesgos para los derechos y las libertades de los interesados. Cuando el certificado se utilice con fines no médicos, los datos personales a los que se acceda durante el proceso de verificación no deben conservarse, según lo dispuesto en el presente Reglamento.”

Caldrà doncs que aquest projecte determini clarament :

- L'àmbit d'aplicació
- L'abast del tractament
- La finalitat específica
- Les categories d'entitats que poden verificar el certificat
- Les salvaguardies pertinents per evitar la discriminació i l'abús, tenint en compte els riscos per als drets i llibertats de les persones.

Per altra banda, la utilització de la informació que conté el certificat COVID digital de la UE en els termes del Projecte 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 continguda al Projecte s'ha de considerar dotada de previsibilitat, atès que en termes generals permet deduir tant la finalitat, com els subjectes implicats i les categories de dades tractades, tot i que la redacció seria susceptible de millora als efectes d'una major claredat. En aquest sentit, i per tal de dotar la norma d'una major claredat i precisió es poden fer les observacions següents:

- a) L'article 1 es refereix a “*les condicions establertes a l'article 2*”, i l'article 2 porta per encapçalament “*Condicions d'ús del certificat COVID digital de la UE*”, i el seu primer paràgraf inclou també una referència a “*les condicions d'ús del certificat*”.

En realitat, l'article 2 no regula les condicions d'ús del certificat, sinó que regula les circumstàncies que es poden acreditar a través de Certificat covid digital de la UE. Les condicions d'ús del certificat estan regulades a l'article 4.

Per això, es proposa modificar la redacció dels articles 1 i 2 en el sentit següent:

“Article 1. Objecte

Aquest Decret llei té per objecte habilitar l'ús del certificat COVID digital de la UE, per a l'accés a les activitats a que es refereix l'article 3, en les condicions establertes a l'article 4, quan ho estableixin les autoritats competents en el marc del Pla d'actuació del PROCICAT per a les emergències associades a malalties transmissibles emergents amb un alt potencial de risc, mitjançant les resolucions adoptades d'acord amb el procediment previst a l'article 55 bis de la Llei 18/2009, de 22 d'octubre, de salut pública.

L'ús del certificat COVID digital de la UE s'entén sense perjudici d'altres documents justificatius de proves diagnòstiques que es determinin com a vàlids per part de les autoritats competents.

Article 2. Circumstàncies acreditables amb el certificat COVID digital de la UE

Als efectes d'aquest Decret llei, l'ús del certificat COVID digital de la UE permet acreditar les circumstàncies següents:

- a) (...) Que a la persona titular se li ha administrat la pauta vacunal completa contra la COVID-19 d'alguna de les vacunes autoritzades (certificat de vacunació).*
- b) (...) Que la persona titular s'ha recuperat de la COVID-19 després d'un resultat positiu obtingut mitjançant una prova diagnòstica considerada vàlida per l'autoritat competent (certificat de recuperació).*
- c) (...) Que s'ha realitzat una prova diagnòstica (TAR o PCR) en relació amb la COVID-19 amb un resultat negatiu, en el període de validesa establert per l'autoritat competent (certificat de prova diagnòstica).*

b) Pel que fa a l'article 4 del Projecte, se suggereix la modificació del títol “Condicions d'accessibilitat” per “Condicions d'accés”, atès que el que es regula en aquest article no són condicions d'accessibilitat (en el sentit de la Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat) sinó condicions d'accés.

Per altra banda, també se suggereix suprimir l'expressió “d'elles” del paràgraf segon d'aquest article, atès que resulta redundant.

Si es tenen en compte les observacions que s'han fet, el projecte es pot considerar dotat de previsibilitat i concretaria tots els aspectes als quals es refereix el Considerant 48 a què ens hem referit més amunt:

- Àmbit d'aplicació: activitats que estableixin les autoritats competents en el marc d'actuació del Pla del PROCICAT, en les quals es donin les circumstàncies que recull aquest article.
- L'abast del tractament: aspectes relacionats a l'article 2 del Projecte
- La finalitat específica: evitar la propagació de la COVID-19 entre les persones assistents a aquestes activitats.
- Les categories d'entitats que poden verificar el certificat: persones designades per al control d'accessos per part del responsable de l'activitat.

V

Pel que fa a les garanties o salvaguardies pertinents per evitar la discriminació i l'abús, tenint en compte els riscos per als drets i llibertats de les persones, el projecte també ofereix garanties. S'han de valorar positivament les mesures previstes al projecte, sempre que es tinguin en compte les observacions que s'han fet.

D'entrada, i pel que fa al risc de discriminació, s'ha de tenir en compte, a banda del fet que la vacunació no s'ha establert com a obligatòria, que malgrat que un considerable percentatge de la població ja ha pogut seguir la pauta completa de vacunació, no existeix encara una lliure disponibilitat de les vacunes, per la qual cosa podria existir un risc de discriminació respecte aquells ciutadans que encara no han pogut vacunar-se.

Per altra banda, el Projecte de decret llei no concreta les activitats o sectors d'activitat afectats, sinó que es remet al que estableixi en el marc del Pla d'actuació del Procicat, en cada moment.

En aquesta anàlisi resultarà un element decisiu els tipus d'activitats respecte de les quals, en el marc del Pla d'actuació del Procicat, es vulgui implantar aquesta mesura. En aquest sentit, jugarà un paper molt important la justificació que es faci en la memòria o en l'informe justificatiu de les mesures que es prevegin per a cada sector en cada moment. El risc serà major en la mesura que es tracti d'activitats que afectin de manera significativa drets fonamentals, com ara la llibertat de circulació, la possibilitat de desenvolupar l'activitat laboral o activitats que es puguin considerar indispensables per a la vida diària.

Més enllà d'això, la regulació que conté el projecte no afectaria de manera absoluta totes les activitats respecte de les quals es pugui establir aquesta mesura, sinó només quan comportin un elevat nivell d'interacció social, sense que es pugui garantir en tot moment la distància de seguretat interpersonal mínima així com l'ús continuat de mascaretes.

En tercer lloc, el projecte no exclou la possibilitat d'emprar altres mitjans per acreditar la concurrència d'alguna d'aquestes circumstàncies (paràgraf segon de l'article 1). Això és especialment rellevant en un moment en el qual l'accés a proves diagnòstiques (en termes de cost i disponibilitat) s'ha vist molt millorat.

En quart lloc, l'accés es limita a una comprovació de les dades presentades, i es preveu expressament que no es poden conservar les dades que s'hi contenen, ni fer-ne ús per altres finalitats.

En aquest sentit el projecte està en línia amb l'article 10.1 i. f. del Reglament 2021/953 el qual estableix que *“no se conservarán los datos personales a los que se acceda con arreglo al presente apartado.”* I, en aquesta mateixa línia, amb el considerant 48 de l'Exposició de motius del Reglament 2021/953, el qual estableix que *“Cuando el certificado se utilice con fines no médicos, los datos personales a los que se acceda durante el proceso de verificación no deben conservarse, según lo dispuesto en el presente Reglamento.”*

En cinquè lloc, l'accés es limita a les persones designades per al control d'accessos per part del responsable de l'activitat.

Finalment, es preveu la limitació temporal de la vigència del Decret llei.

VI

Tenint en compte tots els elements que s'acaben d'exposar, la mesura també s'ha de considerar proporcionada.

D'entrada pot considerar-se idònia. És a dir, permet assolir el resultat pretès d'evitar la propagació de la COVID-19 entre les persones assistents a aquestes activitats.

La mesura també es pot considerar necessària. En aquest sentit, la greu situació sanitària en el moment en què es vol aprovar aquest Decret llei pot justificar la necessitat de la mesura. En qualsevol cas, la justificació de la necessitat de la mesura haurà de quedar documentada no només en la memòria que ha d'acompanyar al projecte de decret llei, sinó també en el moment en què les autoritats competents en el marc del Pla del Procicat, n'estableixin l'aplicació respecte d'alguna activitat o sector d'activitat. En qualsevol cas, les dades tractades i el tractament que se'n preveu fer, s'adeqüen al principi de minimització.

Finalment, la mesura també es pot considerar justificada des del punt de vista de l'anàlisi de la proporcionalitat en sentit estricte, si s'analitzen els costos i els beneficis de la mesura, des del punt de vista dels drets de les persones, en relació amb les alternatives possibles.

La mesura proposada comporta revelar informació sobre l'estat de salut de les persones afectades que vulguin assistir a aquestes activitats, en concret sobre la seva immunitat al coronavirus SARS-CoV-2. Això comporta la revelació d'una informació que, si en general ja és sensible, encara ho és més en un context com l'actual. Ara bé, cal tenir en compte que la revelació s'efectuaria només a les persones encarregades del control de l'accés a les activitats afectades, sense que es recullin les dades, i només respecte d'aquelles persones que optin per assistir a aquestes activitats. A més, tal com ja s'ha exposat, les persones afectades disposen d'altres vies per acreditar trobar-se en alguna de les situacions que permetrien accedir a aquestes activitats.

Per altra banda, la valoració dels beneficis i els perjudicis de la mesura, i en especial el risc de discriminació, s'ha de posar en relació amb els tipus d'activitats concretes a les quals s'apliqui la mesura, atès que la naturalesa de l'activitat condiciona el risc de discriminació. Com més rellevant sigui l'activitat a l'hora de poder exercir drets i llibertats fonamentals o per a

desenvolupar aspectes essencials de la vida diària de les persones, major serà el risc i la gravetat d'eventuals discriminacions. Per això, i més enllà de les consideracions que ja es contenen a l'Exposició de Motius del Projecte, esdevé essencial la justificació detallada que, des del punt de vista de la situació de salut pública i les circumstàncies que afectin cadascuna de les activitats, contingui la memòria del Projecte de Decret llei i la Memòria o els informes que acompanyin les eventuals resolucions que estableixin l'aplicació d'aquesta mesura a les diferents activitats a l'empara de la previsió de l'article 3 del Projecte.

En qualsevol cas, amb la informació de què es disposa, i tenint en compte els efectes no ja només per al dret a la protecció de dades, sinó també per altres drets i llibertats, tant dels assistents com de les persones promotores de les activitats afectades, la mesura proposada pot ser menys restrictiva que altres mesures com ara el tancament total de l'activitat.

Tenint en compte les garanties a les quals ja s'ha fet referència en el fonament jurídic precedent, i en la mesura que les previsions d'aquest Decret llei s'apliquin a sectors d'activitat on s'hagi constatat que pot existir un alt nivell de propagació del coronavirus SARS-CoV-2, en les quals no es puguin garantir les condicions a què es refereix l'article 3, l'establiment de la possibilitat d'emprar el certificat digital de la UE per acreditar alguna de les circumstàncies que s'hi contenen resulta una alternativa menys intrusiva pels drets de les persones que la limitació total d'aquestes activitats, o que la limitació de l'accés només a les persones que puguin acreditar aquestes circumstàncies per altres mitjans.

Sens perjudici que la concurrència de les circumstàncies que justifiquin la proporcionalitat d'aplicar aquesta mesura a una determinada activitat s'haurà d'avaluar en el moment en què s'acordi l'aplicació d'aquesta mesura a cada activitat o sector d'activitat, amb la informació de la qual es disposa en emetre aquest informe no sembla que hi hagin alternatives menys intrusives que resultin igualment eficaces.

Conclusions

El Projecte de Decret-lei pel qual es regula la utilització del certificat covid digital de la UE per a l'accés a la realització de determinades activitats en el marc de les mesures de prevenció i contenció establertes a Catalunya per a fer front a la crisi sanitària, s'adequa a la normativa de protecció de dades personals, sens perjudici de les observacions que es fan en aquest informe per a la millora del text.

Barcelona, 19 de juliol de 2021