

PD 8/2021

Informe sobre el Proyecto de Decreto-ley por el que se regula la utilización del certificado codivido digital de la Unión Europea para el acceso a la realización de determinadas actividades en el marco de las medidas de prevención y contención establecidas en Cataluña para afrontar la crisis sanitaria.

Antecedentes

En fecha 16 de julio se pide a la Autoridad Catalana de Protección de Datos que emita un informe sobre un Proyecto de Decreto-ley por el que se regula la utilización del certificado código digital de la Unión Europea para el acceso a la realización de determinadas actividades en el marco de las medidas de prevención y contención establecidas en Cataluña para afrontar la crisis sanitaria.

(...)

Analizado el Proyecto, que no se acompaña de ninguna otra documentación, teniendo en cuenta la normativa vigente aplicable, y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica emito, con carácter de urgencia, el siguiente informe:

Fundamentos Jurídicos

(...)

II

La comprobación de determinadas circunstancias contenidas en el certificado digital Covid de la Unión Europea comporta, aunque no se recojan los datos a partir de los cuales se está sujeto a una medida de protección de datos personales.

Obviamente, una medida como la propuesta en el proyecto puede incidir no sólo en el derecho a la protección de datos personales sino también en otros derechos. Pero dado el carácter instrumental del derecho a la protección de datos para la protección de otros derechos (STC 292/2000), conviene analizar la justificación de la limitación del derecho a la protección de datos derivada de la comprobación de aspectos relativos a la salud de las personas afectadas, como condición para poder acceder a determinadas actividades.

De acuerdo con el artículo 6 del RGPD, para poder llevar a cabo un tratamiento de datos personales es necesario que concurra alguna de las bases jurídicas del artículo 6.1. Entre las bases jurídicas previstas, en caso de que nos ocupa concurriría la prevista en la letra e), referida a aquellos casos en que el tratamiento sea necesario para “para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;”. Por otra parte, la regulación del tratamiento de datos de salud con fines de salud pública puede encontrar amparo en la letra i) del artículo 9.2 RGPD.

De acuerdo con lo que prevén estos artículos, la base jurídica debe estar establecida en el derecho del Estado miembro que se aplique al responsable o el derecho de la Unión Europea que, en cualquier caso, debe determinar la finalidad del tratamiento. En cuanto a la calidad de esta norma, debe cumplir un objetivo de interés público y debe ser proporcional al fin perseguido (art. 6.3 yf).

En cuanto al rango de la norma de derecho interno, el Considerante 41 del RGPD establece 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.”.

Hay que tener en cuenta al respecto que, en el derecho español, la norma que establezca el tratamiento debe ser una norma con rango de ley, tal y como se desprende del artículo 53 CE, en la medida en que conlleva la limitación de un derecho fundamental, y tal y como ha venido a reconocer la jurisprudencia constitucional (SSTC 292/2000 y 76/2019, entre otros), del Tribunal de justicia de la Unión Europea (STJUE 08.04.2014, Digital Rights Ireland, entre otros) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 07.06.2012, Cetro Europa 7 y Di Stefano vs. Italia, entre otros). En este sentido, el artículo 8.2 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) establece 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 términos similares se pronuncia el artículo 9 LOPDGDD respecto al tratamiento de datos de categorías especiales de datos, tales como los datos de salud.

El Decreto ley constituye una norma con rango de ley, y si bien afecta a un derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos personales, la regulación analizada no comporta la regulación esencial ni el desarrollo directo del derecho fundamental (cuestión ya hecha por el RGPD y la Ley orgánica 3/2018), por lo que no iría en contra del artículo 64 EAC. Por tanto, tal y como se ha reconocido en la STC 139/2016, un Decreto-ley es una norma apta para habilitar un determinado tratamiento de datos personales.

III

Sin perjuicio de lo que se acaba de exponer, la norma que se apruebe debe tener en cuenta también el resto de principios establecidos por la normativa de protección de datos personales, en concreto, el principio de minimización de los datos, en virtud del que los datos que se traten deben ser

adecuadas, pertinentes y limitadas a lo necesario en relación con las finalidades para las que se tratan (art. 5.1.c) RGPD y art. 9 del Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas en lo que se refiere al tratamiento automatizado de datos de carácter personal).

De acuerdo con el Considerante 41 del 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 este sentido se manifiestan, por ejemplo, las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 (Klas vs. Alemania), 2 de agosto de 1984 (Malone vs UK), 30 de julio de 1998 (Valenzuela Contreras vs. España) 18 de febrero de 2003 (Prado Bugallo vs. España) o la STC 76/2019.

A este respecto hay que tener en cuenta que el Proyecto regula la utilización de información contenida en el certificado COVID digital de la UE regulado por el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, prueba diagnóstica y recuperación para facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

Al respecto, el artículo 10 de este Reglamento establece 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, a fin de facilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión durante la pandemia de COVID-19.”

No obstante, el Considerante 48 de la Exposición de motivos del propio Reglamento 2021/953 se refiere también a la posibilidad de que el derecho de los Estados miembros pueda establecer la utilización de estos datos para otros fines siempre que se cumplan determinadas condiciones:

“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 correspondiente, está establecido en el Derecho nacional, que debe cumplir con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos y 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 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.”

Habrà pues que este proyecto determine claramente:

- El ámbito de aplicación
- El alcance del tratamiento
- La finalidad específica
- Las categorías de entidades que pueden verificar el certificado
- Las salvaguardias pertinentes para evitar la discriminación y el abuso, teniendo en cuenta los riesgos para los derechos y libertades de las personas.

Por otra parte, la utilización de la información contenida en el certificado COVID digital de la UE en los términos del Proyecto constituye una limitación del derecho fundamental a la protección de datos que puede estar justificada. Pero sólo lo estará en la medida en que resulte proporcionada (art. 6.3 RGPD). Tal y como ha reconocido la STJUE de 8 de abril de 2014 (caso Digital Rights Ireland, entre otros) “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 mismo sentido, las SSTC 292/2000 o 76/2019, entre otras.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia (sirva por todas la STC 66/1995) el análisis del cumplimiento del principio de proporcionalidad de una determinada medida, requiere lo que se denomina como “test de proporcionalidad”. Esto implica un triple análisis:

- a) La idoneidad de la medida, es decir, si la medida es apta para alcanzar el resultado pretendido.
- b) La necesidad de la medida, es decir, si existen otras medidas menos intrusivas o más moderadas para conseguir el resultado pretendido.
- c) El análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si de la medida se derivan mayores beneficios por el interés general que perjuicios sobre los demás bienes jurídicos o valores en conflicto.

Por tanto, el tratamiento previsto por la norma debe resultar una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

IV

De entrada, la medida contenida en el Proyecto debe considerarse dotada de previsibilidad, dado que en términos generales permite deducir tanto la finalidad, como los sujetos implicados y las categorías de datos tratados, aunque la redacción sería susceptible de mejora a los efectos de una mayor claridad. En este sentido, y para dotar a la norma de una mayor claridad y precisión se pueden realizar las siguientes observaciones:

- a) El artículo 1 se refiere a “las condiciones establecidas en el artículo 2”, y el artículo 2 lleva por encabezamiento “Condiciones de uso del certificado COVID digital de la UE”, y su primer párrafo incluye también una referencia a “las condiciones de uso del certificado”.

En realidad, el artículo 2 no regula las condiciones de uso del certificado, sino que regula las circunstancias que pueden acreditarse a través de Certificado cóvido digital de la UE. Las condiciones de uso del certificado están reguladas en el artículo 4.

Por ello, se propone modificar la redacción de los artículos 1 y 2 en el siguiente sentido:

“Artículo 1. Objeto

Este Decreto ley tiene por objeto habilitar el uso del certificado COVID digital de la UE, para el acceso a las actividades a que se refiere el artículo 3, en las condiciones establecidas en el artículo 4, cuando lo establezcan las autoridades competentes en el marco del Plan de actuación del PROCICAT para las emergencias asociadas a enfermedades transmisibles emergentes con alto potencial de riesgo, mediante las resoluciones adoptadas de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 55 bis de la Ley 18/2009 , de 22 de octubre, de salud pública.

El uso del certificado COVID digital de la UE se entiende sin perjuicio de otros documentos justificativos de pruebas diagnósticas que se determinen como válidos por parte de las autoridades competentes.

Artículo 2. Circunstancias acreditables con el certificado COVID digital de la UE

A efectos de este Decreto ley, el uso del certificado COVID digital de la UE permite acreditar las siguientes circunstancias:

- a) (...) Que a la persona titular se le ha administrado la pauta vacunal completa contra la COVID-19 de alguna de las vacunas autorizadas (certificado de vacunación).
- b) (...) Que la persona titular se ha recuperado de la COVID-19 después de un resultado positivo obtenido mediante una prueba diagnóstica considerada válida por la autoridad competente (certificado de recuperación).
- c) (...) Que se ha realizado una prueba diagnóstica (TAR o PCR) en relación con la COVID 19 con un resultado negativo, en el período de validez establecido por la autoridad competente (certificado de prueba diagnóstica).

b) En lo que concierne al artículo 4 del Proyecto, se sugiere la modificación del título “Condiciones de accesibilidad” por “Condiciones de acceso”, dado que lo que se regula en este artículo no son condiciones de accesibilidad (en el sentido de la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad) sino condiciones de acceso.

Por otra parte, también se sugiere suprimir la expresión "de ellas" del párrafo segundo de este artículo, dado que resulta redundante.

Si se tienen en cuenta las observaciones que se han hecho, el proyecto puede considerarse dotado de previsibilidad y concretaría todos los aspectos a que se refiere el Considerante 48 a que nos hemos referido más arriba:

- **Ámbito de aplicación:** actividades que establezcan las autoridades competentes en el marco de actuación del Plan del PROCICAT, en las que se den las circunstancias recogidas en este artículo.
- **El alcance del tratamiento:** aspectos relacionados en el artículo 2 del Proyecto
- **La finalidad específica:** evitar la propagación de la COVID-19 entre las personas asistentes a estas actividades.
- **Las categorías de entidades que pueden verificar el certificado:** personas designadas para el control de accesos por parte del responsable de la actividad.

V

Por lo que respecta a las garantías o salvaguardias pertinentes para evitar la discriminación y el abuso, teniendo en cuenta los riesgos para los derechos y libertades de las personas, el proyecto también ofrece garantías. Se deben valorar positivamente las medidas previstas en el proyecto, siempre que se tengan en cuenta las observaciones que se han hecho.

De entrada, y en cuanto al riesgo de discriminación, debe tenerse en cuenta, aparte del hecho de que la vacunación no se ha establecido como obligatoria, que a pesar de que un considerable porcentaje de la población ya ha podido seguir la pauta completa de vacunación, no existe todavía una libre disponibilidad de las vacunas, por lo que podría existir un riesgo de discriminación respecto a aquellos ciudadanos que todavía no han podido vacunarse.

Por otra parte, el Proyecto de Decreto-ley no concreta las actividades o sectores de actividad afectados, sino que se remite a lo que establezca en el marco del Plan de actuación del Procicat, en cada momento.

En este análisis resultará un elemento decisivo cuyos tipos de actividades respecto, en el marco del Plan de actuación del Procicat, se quiera implantar esta medida. En este sentido, jugará un papel muy importante la justificación que se realice en la memoria o en el informe justificativo de las medidas que se prevean para cada sector en cada momento. El riesgo será mayor en la medida en que se trate de actividades que afecten de forma significativa a derechos fundamentales, como la libertad de circulación, la posibilidad de desarrollar la actividad laboral o actividades que puedan considerarse indispensables para la vida diaria.

Más allá de ello, la regulación contenida en el proyecto no afectaría de manera absoluta a todas las actividades respecto de las cuales se pueda establecer esta medida, sino sólo cuando comporten un elevado nivel de interacción social, sin que se pueda garantizar en todo momento la distancia de seguridad interpersonal mínima así como el uso continuado de mascarillas.

En tercer lugar, el proyecto no excluye la posibilidad de utilizar otros medios para acreditar la concurrencia de alguna de estas circunstancias (párrafo segundo del artículo 1). Esto es especialmente relevante en un momento en el que el acceso a pruebas diagnósticas (en términos de coste y disponibilidad) se ha visto muy mejorado.

En cuarto lugar, el acceso se limita a una comprobación de los datos presentados, y se prevé expresamente que no se pueden conservar los datos contenidos en ellos, ni utilizarlos para otros fines.

En este sentido el proyecto está en línea con el artículo 10.1 yf del Reglamento 2021/953 el cual establece que “no se conservarán los datos personales a los que se acceda conforme a este apartado.” Y, en esta misma línea, con el considerante 48 de la Exposición de motivos del Reglamento 2021/953, el cual establece 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 quinto lugar, el acceso se limita a las personas designadas para el control de accesos por el responsable de la actividad.

Por último, se prevé la limitación temporal de la vigencia del Decreto ley.

VI

Teniendo en cuenta todos los elementos que se acaban de exponer, la medida también debe considerarse proporcionada.

De entrada puede considerarse idónea. Es decir, permite conseguir el resultado pretendido de evitar la propagación de la COVID-19 entre las personas asistentes a estas actividades.

La medida también puede considerarse necesaria. En este sentido, la grave situación sanitaria en el momento en que se desea aprobar este Decreto ley puede justificar la necesidad de la medida. En cualquier caso, la justificación de la necesidad de la medida deberá quedar documentada no sólo en la memoria que debe acompañar al proyecto de decreto ley, sino también en el momento en que las autoridades competentes en el marco del Plan del Procicat, establezcan su aplicación respecto de alguna actividad o sector de actividad. En cualquier caso, los datos tratados y el tratamiento que se prevé realizar, se adecuan al principio de minimización.

Por último, la medida también puede considerarse justificada desde el punto de vista del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, si se analizan los costes y beneficios de la medida, desde el punto de vista de los derechos de las personas, en relación con las alternativas posibles.

La medida propuesta comporta revelar información sobre el estado de salud de las personas afectadas que quieran asistir a estas actividades, en concreto sobre su inmunidad en el coronavirus SARS-CoV-2. Esto comporta la revelación de una información que, si por lo general ya es sensible, lo es aún más en un contexto como el actual. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la revelación se efectuaría sólo a las personas encargadas del control del acceso a las actividades afectadas, sin que se recojan los datos, y sólo respecto de aquellas personas que opten por asistir a estas actividades. Además, tal y como ya se ha expuesto, las personas afectadas disponen de otras vías para acreditar encontrarse en alguna de las situaciones que permitirían acceder a estas actividades.

Por otra parte, la valoración de los beneficios y perjuicios de la medida, y en especial el riesgo de discriminación, debe ponerse en relación con los tipos de actividades concretas a las que se aplique la medida, dado que la naturaleza de la actividad condiciona el riesgo de discriminación. Cuanto más relevante sea la actividad a la hora de poder ejercer derechos y libertades fundamentales o para

desarrollar aspectos esenciales de la vida diaria de las personas, mayor será el riesgo y la gravedad de eventuales discriminaciones. Por ello, y más allá de las consideraciones que ya se contienen en la Exposición de Motivos del Proyecto, resulta esencial la justificación detallada de que, desde el punto de vista de la situación de salud pública y las circunstancias que afecten a cada una de las actividades, contenga la memoria del Proyecto de Decreto ley y la Memoria o los informes que acompañen a las eventuales resoluciones que establezcan la aplicación de esta medida a las diferentes actividades al amparo de la previsión del artículo 3 del Proyecto.

En cualquier caso, con la información de que se dispone, y teniendo en cuenta sus efectos no ya sólo para el derecho a la protección de datos, sino también por otros derechos y libertades, tanto de los asistentes como de las personas promotoras de las actividades afectadas, la medida propuesta puede ser menos restrictiva que otras medidas como el cierre total de la actividad.

Teniendo en cuenta las garantías a las que ya se ha hecho referencia en el fundamento jurídico precedente, y en la medida en que las previsiones de este Decreto ley se apliquen a sectores de actividad donde se haya constatado que puede existir un alto nivel de propagación del coronavirus SARS-CoV-2, en las que no se puedan garantizar las condiciones a que se refiere el artículo 3, el establecimiento de la posibilidad de utilizar el certificado digital de la UE para acreditar alguna de las circunstancias que se contienen resulta una alternativa menos intrusiva por los derechos de las personas que la limitación total de estas actividades, o que la limitación del acceso sólo a las personas que pueda acreditar estas circunstancias por otros medios.

Sin perjuicio de que la concurrencia de las circunstancias que justifiquen la proporcionalidad de aplicar esta medida a una determinada actividad deberá evaluarse en el momento en que se acuerde la aplicación de esta medida a cada actividad o sector de actividad, con cuya información se dispone al emitir este informe no parece haber alternativas menos intrusivas que resulten igualmente eficaces.

Conclusiones

El Proyecto de Decreto-ley por el que se regula la utilización del certificado código digital de la UE para el acceso a la realización de determinadas actividades en el marco de las medidas de prevención y contención establecidas en Cataluña para hacer frente a la crisis sanitaria, se adecua a la normativa de protección de datos personales, sin perjuicio de las observaciones que se realizan en este informe para la mejora del texto.

Barcelona, 19 de julio de 2021