

Las medidas de contención de la COVID-19 frente al derecho a la protección de datos personales sanitarios de la CDFUE

Miguel Ángel Sevilla Duro
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de presentación: mayo de 2020
Fecha de aceptación: agosto de 2020
Fecha de publicación: enero de 2021

Resumen

El 31 de diciembre de 2019 se comunicó por vez primera la existencia de 27 casos de una neumonía de etiología desconocida, posteriormente denominada SARS-CoV-2 (COVID-19). Durante los primeros meses de 2020 la enfermedad se extendió hasta alcanzar la práctica totalidad de los Estados del mundo.

Para hacer frente a la pandemia, las instituciones europeas y los Estados miembros han adoptado medidas de diversa índole, especialmente sanitarias y económicas, que, en algunos casos, confrontan con lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Considerando el régimen jurídico de la Carta, a lo largo de este artículo se analizarán las modulaciones y limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos personales sanitarios (art. 8 CDFUE) provocadas por las medidas adoptadas ante la crisis sanitaria. El estudio, a la luz del ordenamiento y la jurisprudencia europeas, focaliza en las autoridades habilitadas, el procedimiento requerido, los requisitos de las medidas limitadoras y la problemática tanto del tratamiento individualizado de datos como del *big data*.

Palabras clave

coronavirus, protección de datos, *big data*, CDFUE, COVID-19

Measures to contain COVID-19 in view of the EU CFR right to the protection of personal data concerning health

Abstract

31 December 2019 saw the first communication referring to 27 existing cases of a pneumonia of unknown aetiology, later named SARS-CoV-2 (COVID-19). During the initial months of 2020, the illness spread to practically every country in the world.

To tackle the pandemic, European institutions and member states have adopted various kinds of measures, particularly concerning health and economics, which in some cases conflict with that which is set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In considering the legal framework of the Charter, throughout this article there will be an analysis of the modulations and limitations to the fundamental right to the protection of personal data concerning health (art. 8 of the CFR) brought about by the measures adopted in response to the health crisis. Examining European laws and jurisprudence, the study focuses on the relevant authorities, the necessary proceedings, the requirements of the restrictive measures and the problems of both personal data processing and Big Data.

Keywords

coronavirus, data protection, big data, EU CFR, COVID-19

Introducción: cronología de una pandemia

El 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud y Saneamiento de la ciudad de Wuhan (provincia de Hubei, China) comunicó la existencia de 27 casos, siete de ellos graves, de neumonía de etiología desconocida, cuyo foco de contagio inicial se atribuye a un mercado mayorista de mariscos, pescado y animales vivos en Wuhan¹. El 7 de enero de 2020 las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia *Coronaviridae*, posteriormente denominado como SARS-CoV-2. La enfermedad causada por este nuevo virus ha sido denominada por las autoridades internacionales «COVID-19». El 24 de enero Francia comunicó el primer caso en la UE, y el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), única autoridad habilitada para declarar alarmas sanitarias internacionales², elevó la emergencia de salud pública causada por la COVID-19 a pandemia internacional. A las puertas de la publicación de este artículo hay más de 33 millones de casos de contagio confirmados y más de un millón de fallecidos en todo el mundo³.

Para hacer frente a la pandemia, las instituciones europeas y los Estados miembros han adoptado medidas de diversa índole, especialmente sanitarias y económicas. Estas, en muchos casos, confrontan con lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE).

Considerando el régimen jurídico de la Carta, a lo largo de este artículo se realizará un análisis de las limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos personales sanitarios (art. 8 CDFUE) en el contexto de las medidas adoptadas ante la crisis sanitaria de la COVID-19.

1. La limitación de derechos a la luz de los arts. 51 y 52.1 CDFUE

Las instituciones y órganos de la UE y los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión reconocen y respetan los derechos, libertades y principios de la CDFUE, que, por virtud del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Ello se concretiza en el art. 51 CDFUE, que, sin ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión ni crear o modificar competencia alguna, especifica que tanto los Estados como las instituciones de la integración observarán y promoverán los derechos y libertades con arreglo a sus respectivas competencias y en los límites de lo atribuido por los tratados.

El art. 51.1 CDFUE proclama la existencia de un extenso catálogo de derechos fundamentales en un limitado ámbito de aplicación: el derecho de la Unión. Su naturaleza de *question préalable* conlleva que todas las demás vicisitudes relativas a la protección de derechos fundamentales partan de la determinación del ámbito y alcance de aplicación de la Carta⁴. El Tribunal de Justicia ha apuntado en numerosas ocasiones la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales definidos por el ordenamiento europeo únicamente cuando actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión⁵, no respecto del Derecho interno, lo que es aplicable tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales y locales y cualesquiera organismos públicos⁶. Por lo tanto, el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros determina la aplicación o no de las disposiciones de la Carta⁷.

La CDFUE no es un instrumento de protección de dere-

1. OMS (2020). *Pneumonia of unknown cause-China*.
2. VON AGUILAR, L. G. (2019). *Derecho y pandemias*. México: Tirant Lo Blanch, pág. 15.
3. Datos actualizados y desglosados por Estados en JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020). *COVID-19 Dashboard*.
4. SARMIENTO, D. (2013). «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe». *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 5, pág. 1.272.
5. Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, C-309/96, *Annibaldi*.
6. UNIÓN EUROPEA (2007). *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02)*, pág. 32.
7. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998, 249/96, *Grant*, párr. 45. La complejidad del reparto competencial genera numerosos conflictos resueltos por el TJUE mediante meticulosos exámenes sobre el ámbito de aplicación de la Carta. Un reciente ejemplo en la Sentencia de 19 de septiembre de 2019, C-467/18, *EP*, párrs. 67-68.

chos fundamentales de carácter autónomo y aplicación y eficacia directa general⁸, por lo que para aplicar sus preceptos debe realizarse una interpretación sistemática. Consiguientemente, la Carta solo es vinculante para los Estados miembros por medio de la legislación de la UE, esto es, resulta una consecuencia de la aplicación del ordenamiento europeo a un caso particular, pero no es su causa, pues no determina por sí misma la aplicabilidad del derecho de la Unión⁹. Así, dado que la Carta no crea derechos fundamentales autónomos que sustituyan a los de las Constituciones de los Estados miembros, el art. 51.1 CDFUE convierte la declaración de derechos en la «sombra» del derecho de la UE, y «una sombra no puede proyectar su propia sombra»¹⁰.

Esta necesaria ligazón de la Carta al resto del ordenamiento no permite, sin embargo, que cualquier norma pueda limitar el ejercicio de lo reconocido por la CDFUE. El art. 52.1 establece cuatro condiciones para admitir una limitación de algún derecho fundamental. En primer lugar, la limitación debe venir establecida por la ley¹¹ (dictada,

en función del reparto competencial, por la UE o los Estados miembros); en segunda instancia, debe respetarse el contenido esencial del derecho restringido¹²; en tercer lugar, ha de respetarse el principio de proporcionalidad¹³ por último, debe ser una restricción necesaria o bien para responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la UE o bien para proteger los derechos y libertades del resto de ciudadanos¹⁴.

Debe precisarse en este punto que el Tribunal de Justicia ha sido deferente con el legislador de la UE en la comprobación del principio de proporcionalidad. Es doctrina consolidada que en los ámbitos complejos en los que el legislador europeo dispone de una amplia facultad de apreciación «solo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en estos ámbitos, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad» de las medidas que adopte, siendo irrelevante si eran las únicas posibles o si existían otras que podrían haberse adoptado¹⁵. Sin embargo, ello no exime al legislador «de basar su elección

8. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Fransson*, párrs. 17-23.

9. PEREZ FERNANDES, S. (2018). «Fundamental rights at the crossroads of EU Constitutionalism». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 60, págs. 688-689. La viabilidad de relegar la CDFUE a un segundo plano en pro de los estándares nacionales fue negada en el célebre asunto *Melloni* (C-399/11) y, con matices, admitida en el asunto *Åkerberg Fransson* (C-617/10) por las particularidades del caso, recurriendo al «efecto útil» del Derecho de la UE, que no determinaba «totalmente» la acción de los Estados. En este ambiguo panorama deben precisarse con claridad las limitaciones al desplazamiento del estándar nacional en ausencia de margen de maniobra de los Estados miembros (ALONSO GARCÍA, R., [2014]. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, pág. 302).

10. Conclusiones del Abogado General Michael Bobek de 7 de septiembre de 2017, C-298/16, asunto *Ispas*, párr. 30. En un sentido similar, pero desde la doctrina, LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. (2014). The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice. En: PEERS, S. et al. (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, pág. 1.592.

11. La ambigüedad del sustantivo «ley» no es casual. Se utiliza para hacer referencia tanto a los actos legislativos europeos (reglamentos, directivas y decisiones) adoptados por codecisión cuanto a las leyes nacionales (TRIANTAFYLLOU, D. [2002]. «The European Charter of fundamental rights and the “rule of law”: restricting fundamental rights by reference». *Common Market Law Review*, vol. 39, núm. 1, págs. 60-62). La noción «establecida por ley» del art. 52 es igual que la de la CEDH (Conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard de 19 de julio de 2016, C-203/15 y C-698/15, asuntos *Tele2 y Watson*, párr. 140). A este respecto, debe considerarse también la «calidad de la ley» (Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón de 14 de abril de 2011, C-70/10, asunto *Scarlet Extended*, párr. 100).

12. Las limitaciones no pueden ser tan extensivas que eliminen el núcleo esencial y básico de un derecho, desnaturalizando y haciendo difícil o imposible su ejercicio. Ello se viene advirtiendo desde la Sentencia de 14 de mayo de 1974, 4/73, asunto *Nold*. Posteriormente es reseñable la Sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, asunto *Karlsson*, párr. 97. En una línea similar, STJUE de 6 de octubre de 2015, C-362/14, asunto *Schrems*.

13. Las limitaciones deben ser lo menos restrictivas posibles y las desventajas ocasionadas no han de exceder los objetivos perseguidos, algo establecido por el Tribunal de Justicia en el referido asunto *Nold*. Más recientemente, STJUE de 8 de abril de 2012, C-293/12 y C-594/12, asuntos acumulados *Digital Rights Ireland y Kärntner*, párrs. 38 y 40.

14. La mención a los intereses generales reconocidos abarca tanto a los objetivos de los arts. 2 y 3 TUE (valores y objetivos generales de la UE) cuanto a los específicos de los arts. 5, 26 y 41 TUE y 36, 39, 42.3, 45.3 y 346 TFUE (UNIÓN EUROPEA [2007]. Explicaciones sobre la Carta..., págs. 32-33).

15. Con gran claridad, Sentencia de 10 de enero de 2006, C-344/04, *International Air Transport Association*, párr. 80 y sigs. De igual modo, Sentencia de 12 de noviembre de 1996, C-84/94, *Reino Unido c. Consejo*, párr. 58 y Sentencia de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*, párr. 123.

en criterios objetivos»¹⁶. Esta flexibilización del requisito es mayor para el legislador europeo que para los Estados miembros, que inexcusablemente «deben recurrir a medios que, al tiempo que permitan alcanzar eficazmente tal objetivo, causen el menor menoscabo a los objetivos y principios establecidos por la legislación de la Unión»¹⁷.

No obstante, algunos de los derechos de la CDFUE, concretamente los ligados a la dignidad de los sujetos (prohibición de la tortura del art. 4 y prohibición de la esclavitud del art. 5), no pueden limitarse. Por contrapartida, la restante mayoría de derechos y libertades recogidos en el ordenamiento europeo, entre los que se incluye la protección de datos personales sanitarios, están condicionados, modulados y limitados por la legislación estatal y supraestatal.

2. La afección de la COVID-19 a la protección de datos personales sanitarios (art. 8 CDFUE)

El art. 8 CDFUE, en línea con el art. 16.1 TFUE, estipula que todos los ciudadanos de la UE tienen «derecho a la protección de los datos de carácter personal» y al tratamiento de los mismos de manera «leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley».

Las políticas adoptadas ante la pandemia de la COVID-19 requieren, en ocasiones, el procesamiento masivo de datos personales, muchos de ellos de tipo sanitario, para evaluar la situación de los territorios y aplicar medidas que permitan superar la coyuntura. A este respecto, el desarrollo del art. 8 CDFUE, concretamente el Reglamento Europeo de Protección de Datos (GDPR), en vigor desde mayo de 2018, trata de hacer compatible la plena garantía de la protección de los datos con la no

obstaculización de la prevención e investigación frente al virus. De la existencia del Reglamento se desprende el cumplimiento de lo expuesto en el art. 51.1 CDFUE sobre el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. Dado que la CDFUE se dirige a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, y puesto que la regulación de la protección de datos es competencia de la UE (art. 16.2 TFUE), las disposiciones de la CDFUE son aplicables a todas las medidas adoptadas frente a la COVID-19 que modulen o restrinjan el derecho a la protección de datos.

El GDPR considera que los datos sanitarios son de categoría especial (art. 9.1), por lo que prohíbe su uso en términos generales, exceptuando la posibilidad de utilizarlos si se da alguno de los supuestos expresamente tasados por el Reglamento. Entre estos supuestos se incluye el tratamiento de los datos «por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud» (art. 9.2.i). Este «interés público» engloba, de acuerdo con el considerando 46 GDPR, «el control de epidemias y su propagación», circunstancia que en la actualidad concurre tanto para el Derecho de la UE (*vid.* art. 168 TFUE) cuanto para otros organismos internacionales como la OMS, como se ha expuesto con anterioridad. A ello se suma que el art. 6.1.d GDPR considera el «interés vital» de un ciudadano como motivo suficiente para adoptar medidas limitadoras de la protección de los datos personales de otro ciudadano. Este hecho también concurre aunque el objetivo sea proteger a personas no identificables ajenas a aquel de quien se obtienen los datos¹⁸. De ambas cuestiones se extrae que el ordenamiento europeo permite modular y limitar el derecho a la protección de datos personales de tipo sanitario en el caso de epidemias o pandemias como la actual; algo también previsto por los ordenamientos de los Estados miembros¹⁹.

16. Sentencia de 8 de junio de 2010, C-58/08, *Vodafone*, párr. 53. De modo similar, el Protocolo núm. 3 anexo al TJUE exige la motivación ligada al principio de proporcionalidad en la adopción de los actos legislativos (arts. 1 y 5).

17. Sentencia de 26 de abril de 2018, C-81/17, *Zabrus Siret*, párr. 50. Con profundidad, CHANO REGAÑA, L. (2015). «Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales». *Revista Universitaria Europea*, núm. 23, pág. 165.

18. Así lo han entendido numerosas autoridades de protección de datos de Estados miembros. Por todas, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2020). *Informe 17/2020 sobre la protección de datos frente al COVID-19*, pág. 2.

19. COMISIÓN EUROPEA (2020). *Comunicación. Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de COVID-19 en lo referente a la protección de datos (2020/C 124 I/01)*, pág. 5.

Surge entonces la cuestión de qué órganos están legitimados para llevar a cabo esas restricciones. Las medidas limitadoras del art. 8 CDFUE son aquellas que determinen los responsables del tratamiento de los datos (art. 23.1 GDPR); así pues, la responsabilidad recaerá sobre la UE o los Estados en función de quién sea competente en la materia. En este caso, el motivo que justificaría la limitación de los datos es el «interés público general en el ámbito de la sanidad pública» (art. 23.1.d GDPR), cuestión que se enmarca indubitadamente en la materia de protección de la salud. De acuerdo con el reparto competencial del Tratado de Lisboa, esta materia corresponde a los Estados miembros, sin perjuicio de la armonización de estrategias y el complemento y apoyo de la UE (arts. 168 y 114 TFUE). Consecuentemente, las condiciones y el alcance de la limitación a la protección de datos se deben fijar en las normas promulgadas por cada Estado miembro, siempre en el marco del GDPR, el resto del Derecho de la Unión²⁰ y las directrices de las autoridades estatales de protección de datos y el Comité Europeo de Protección de Datos. A este respecto, todas las autoridades estatales de protección de datos han emitido directrices relacionadas con la recopilación y el tratamiento de datos sanitarios personales, algunas de las cuales han coincidido en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias o actos de emergencia (como República Checa, Polonia e Italia).

En todo caso, estas medidas extraordinarias no pueden modular el art. 8 CDFUE hasta el punto de suspender los derechos de transparencia, acceso, información, rectificación, supresión, limitación u oposición de los datos de los ciudadanos de la Unión (arts. 12 a 22 del GDPR), sino que solo pueden restringir funcionalmente algunos

de los mencionados en atención al art. 89 GDPR²¹. Dicha restricción debe realizarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que exige que cualesquiera limitaciones a la protección de datos se apliquen únicamente en la medida en que sean estrictamente necesarias ponderando los derechos fundamentales en juego²², puesto que el incorrecto uso de los datos sanitarios, entendidos en sentido amplio, puede tener graves y adversas repercusiones para los afectados²³. Esta difícil ponderación se agudiza por cuanto la recopilación y el tratamiento de los datos no solo se realiza a título individual, sino también mediante el *big data*. Así pues, podemos distinguir dos escenarios de limitación del derecho fundamental a la protección de datos: por un lado, la limitación en el caso del tratamiento de los datos de modo colectivo (*big data*); por otro, la limitación en el tratamiento de los datos de modo individual.

En primer lugar, en cuanto al tratamiento colectivo, el *big data* sanitario consiste en la acumulación masiva de datos médicos, estructurados o no estructurados, a través de un sistema informático que organice lo compilado y facilite la extracción de conclusiones a partir del examen de esas grandes cantidades de información²⁴. Ello facilita la adopción de decisiones en un período temporal muy reducido contrastando datos de una amplia muestra de población, lo que permite que se mejore no solo la asistencia sanitaria de los individuos cuyos datos son tratados sino también la del conjunto de la sociedad. Son muchos los sistemas de *big data* puestos en funcionamiento durante la crisis de la COVID-19; pueden destacarse el portal de datos lanzado por la Comisión para que los Estados miembros compartan secuencias de ADN, estructuras de proteínas, investigaciones preclínicas, ensayos clínicos y datos epidemiológicos²⁵

20. El art. 4.2 TUE obliga a la UE a respetar las funciones esenciales de los Estados, y por ende sus medidas de contención sanitaria, destinadas a «garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional», cuestiones amenazadas por la crisis sanitaria.

21. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2020). *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*, pág. 10.

22. Vid. Sentencia de 14 de febrero de 2019, C-345/17, asunto *Buivids*, párr. 64. Similarmente, Sentencia de 16 de diciembre de 2008, C-73/07, asunto *Satakunnan Markkinapörssi*, párr. 56.

23. STJUE de 9 de noviembre de 2010, C-92/09 y C-93/09, asuntos acumulados *Volker und Markus y Hartmut Eifert*, párr. 65 y sigs.

24. SERRANO PÉREZ, M. M. (2018). «La necesidad de una ley de protección de datos en salud». *Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 8, pág. 2. Junto a los datos estructurados (informes y registros informáticos, secuencias genéticas...), la recopilación masiva de datos no estructurados (recetas médicas, escaneos, archivos contables...) contribuye a realizar seguimientos individualizados a los pacientes y a la búsqueda de mecanismos colectivos contra la propagación del virus. A este respecto, y con especial énfasis en el proyecto VISC+ (*big data* del sistema sanitario de Cataluña), vid. SERRANO PÉREZ, M. M. (2015). «Big Data o la acumulación masiva de datos sanitarios. Derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital». *Derecho y salud*, vol. 25, núm. extra 1, especialmente págs. 52-55.

25. COMISIÓN EUROPEA (2020). *Big Data. COVID-19 Data Portal*.

y la base de datos creada por el Gobierno español a partir del análisis continuo de más de trece millones de líneas móviles para adoptar restricciones a la movilidad que minimicen el contagio²⁶.

En segundo lugar, en cuanto al tratamiento individualizado de los datos sanitarios, la COVID-19 ha generado conflictos especialmente en el ámbito laboral y la comunicación.

Por una parte, en relación con el ámbito del trabajo, algunos ordenamientos internos (Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Irlanda, Lituania y Polonia) permiten que los empleadores puedan solicitar a sus trabajadores información personal sobre síntomas y/o infecciones si se demuestra que dicha recopilación es necesaria (por ejemplo, para diseñar planes de contingencia en caso de contagio). Por contrapartida, otros ordenamientos lo prohíben salvo expresa y voluntaria aceptación de los trabajadores (Bélgica, Estonia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Países Bajos). Algo similar sucede con la recopilación de datos personales sobre viajes recientes de los empleados: mientras que unos consideran que se puede solicitar información a los trabajadores sobre sus estancias en «zonas de riesgo» (Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo y Polonia), otros solo permiten la recopilación de datos voluntariamente cedidos (Bélgica, Finlandia, Hungría, Italia y Países Bajos)²⁷.

Por otra parte, en el ámbito de la comunicación se producen dos situaciones conflictivas diferenciadas. La primera consiste en la divulgación de datos agregados sobre la afección de la COVID-19 en un territorio, lo cual no parece suponer una vulneración del art. 8 CDFUE, toda vez que contribuye al ejercicio de la libertad de información del art. 11 CDFUE. La segunda se basa en la divulgación de información personal sobre la infección o estado médico de un ciudadano sin su consentimiento, lo que, con independencia de la relevancia pública de este, parece contrario a la Carta. Así lo han recordado explícitamente autoridades de protección de datos como la chipriota²⁸.

3. Evaluación de las limitaciones al art. 8 CDFUE y consideraciones conclusivas

Por lo expuesto a lo largo de este breve trabajo puede afirmarse que en el marco de la crisis de la COVID-19 la limitación del derecho a la protección de datos personales de tipo sanitario (art. 8 de la CDFUE), por su especial y crítica naturaleza (9.1 GDPR), está supeditada al cumplimiento de cuatro condiciones, la última de las cuales se compone de varios requisitos.

En primer lugar, el art. 51.1 CDFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su desarrollo sostienen que las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea afectan a los Estados miembros únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión. Como la regulación de la protección de datos personales es competencia de la UE (art. 16.2 TFUE), la CDFUE se aplica a los Estados en la adopción de medidas frente a la COVID-19.

En segundo lugar, los arts. 52.1 CDFUE y 23.1 GDPR condicionan la validez de las medidas limitadoras de derechos, y por ende del art. 8 CDFUE, a que se amparen en un motivo suficiente. El motivo por el que se limita el derecho es la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, lo que, de acuerdo con los arts. 9.2.i y 23.1.d GDPR, es razón válida para la restricción. Así pues, las medidas adoptadas por los Estados miembros de la UE modulando el art. 8 CDFUE cumplen con esta condición²⁹.

En tercer lugar, de la lectura conjunta de los arts. 51 y 52.1 CDFUE y 23.1 GDPR se desprende que la protección de datos solo puede limitarse o por el Derecho de la Unión o por los Estados miembros, y ello en función de la materia en que se englobe el motivo justificador de la limitación. La crisis de la COVID-19 es de tipo sanitario y, de acuerdo

26. MINISTERIO DE TRANSPORTES DE ESPAÑA (2020). *Big Data. Análisis de la movilidad en España durante el Estado de Alarma*. Google también ha creado una base de datos similar por medio de la geolocalización de un número indeterminado de dispositivos, multimillonario en todo caso, de 130 Estados.

27. Un análisis detallado de las medidas adoptadas por las autoridades de protección de datos de los Estados miembros en EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2020). *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental rights implications*. Anexo, págs. 44-46.

28. *Ibid.*, pág. 42.

29. Las medidas objeto de estudio son las recopiladas en *ibid.*, págs. 41-42.

con el reparto competencial actual, la responsabilidad en la protección de la salud corresponde a los Estados miembros³⁰. Consecuentemente, son los legisladores de los Estados miembros quienes, en el marco del GDPR y su ordenamiento, pueden realizar la limitación. En apariencia, las normas promulgadas también cumplen con esta condición.

En cuarto lugar, de los arts. 51 y 52.1 CDFUE, en correlación con el conjunto del GDPR, se extrae que las medidas limitadoras del derecho a la protección de datos personales sanitarios están condicionadas al cumplimiento de cuatro requisitos para ser válidas: primero, deben estipularse en normas de rango legal; segundo, deben respetar el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales³¹; tercero, deben respetar el principio de proporcionalidad³²; y cuarto, deben responder al objetivo de interés general de protección frente a la COVID-19. Son estos los elementos clave para evaluar la correcta limitación del art. 8 CDFUE. Si bien se presume el cumplimiento del cuarto requisito y la fácil detección en caso de incumplimiento del primero, el respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad solo puede concluirse tras un análisis pormenorizado de cada concreta medida³³, para lo que es esencial diferenciar si la obtención y el tratamiento de los datos se prevé de modo individualizado o

colectivo. Es preciso tomar en consideración la doctrina del TJUE acerca del principio de proporcionalidad, deferente con el margen de apreciación del legislador de la UE en tanto estima que, salvo manifiesta inadecuación o arbitrariedad con los objetivos perseguidos, las medidas adoptadas serán legales; doctrina que matiza en el caso del legislador de los Estados miembros³⁴.

A este respecto, los datos personales compilados por las autoridades sanitarias deben ser procesados para la realización de tareas específicas y determinadas, nunca de modo genérico o abstracto; y los ciudadanos han de recibir información transparente sobre el tratamiento y período de almacenamiento de sus datos. Ello, en todo caso, se debe fijar de acuerdo con estrictas medidas de seguridad y confidencialidad que garanticen el anonimato y la prohibición de consulta por personas o entidades no autorizadas³⁵, lo que se torna especialmente crítico en el tratamiento colectivo de datos por medio del *big data*.

Considerando lo anterior, es posible concluir resaltando tres aspectos que tal vez debieran ser considerados para una mejor protección del art. 8 CDFUE en situaciones de excepcionalidad como la actual. En primer lugar, se requiere un refuerzo de los principios de transparencia

30. Elevando a una perspectiva supraestatal las reflexiones de NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2020). «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, págs. 29-30, cabe cuestionarse la efectividad de tener 27 políticas sanitarias de excepción diferentes en la UE, una por Estado, para combatir la pandemia. Debe reflexionarse sobre si una transferencia de competencias a la Unión en esta materia contribuiría a una mejor respuesta en el conjunto de la integración.
31. Del análisis de la jurisprudencia sobre el art. 8 la doctrina ha considerado que son dos los elementos esenciales del derecho: el respeto de los derechos del interesado y la independencia en el control de los datos recopilados (HUSTINX, P. [2013]. «EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation». *Collected courses of the European University Institute's Academy of European Law*).
32. En el ámbito de la protección de datos, el test de proporcionalidad debe realizarse en cuatro pasos: considerando la dimensión fáctica de la medida limitadora, identificando los derechos afectados, definiendo los objetivos de la medida y eligiendo la opción más efectiva y menos intrusiva (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD [2017]. *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data*). Una aplicación práctica, con variaciones, en las Sentencias de 30 de octubre de 1978, 209 a 215/78, asunto *Van Landewyck c. Comisión*, 26 de junio de 1980, 136/79, asunto *National Panasonic c. Comisión*, 21 de septiembre de 1989, 46/87, *Hoechst c. Comisión* y 22 de octubre de 2002, C-94/00, asunto *Roquette et frères* (MANGAS MARTÍN, A. [2008]. «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, págs. 834-835).
33. Sobre el cumplimiento de estos requisitos por las medidas adoptadas en España, *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2020). «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública». *Diario La Ley*, núm. 38. Con concreción respecto de las relativas a la geolocalización, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2020). «Protección de datos y geolocalización en la Orden SND/297/2020». *Hay Derecho*. Expansión, 31 de marzo.
34. *Vid. supra* notas 15, 16 y 17.
35. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2020). *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, pág. 2.

y proporcionalidad en el uso de datos personales en la investigación y transferencia de *big data* entre Estados de la UE y/o extracomunitarios³⁶. Por otro lado, parece necesaria una más concreta delimitación del alcance de las modulaciones y restricciones al art. 8 CDFUE, con especial énfasis en lo relativo a la geolocalización y difusión de la condición de contagiados de los ciudadanos. Finalmente, resultaría positivo elaborar protocolos específicos para la compartición de datos en toda la UE, lo que promovería una comprensión más global de la crisis a abordar y facilitaría la toma conjunta de decisiones de los Estados miembros.

Si la historia demuestra que la UE ha salido reforzada tras cada crisis que ha soportado, la superación de la pandemia de la COVID-19 parece esencial para el progreso de la integración. Solo la cooperación y el estricto respeto a los derechos fundamentales lo hará posible.

Si la historia demuestra que la UE ha salido reforzada tras cada crisis que ha soportado, la superación de la pandemia de la COVID-19 parece esencial para el progreso de la integración. Solo la cooperación y el estricto respeto a los derechos fundamentales lo hará posible.

36. Muestra de ello es la reciente STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/18, asunto *Schrems II*, que invalida el *Privacy Shield* y, consecuentemente, paraliza las transferencias de datos entre la UE y Estados Unidos basadas en la decisión de adecuación. Esta resolución se fundamenta en tanto el nivel de protección de datos estadounidense no alcanza lo exigido por el GDPR. En el futuro próximo y en ausencia de una decisión de adecuación, las transferencias de datos personales a países terceros deben adecuarse a lo exigido por el art. 49 GDPR (párrs. 198-201).

Referencias bibliográficas

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2020). *Informe 17/2020 sobre la protección de datos frente al COVID-19*. [en línea] <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- ALONSO GARCÍA, R. (2014). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. 4.ª ed. Madrid: Civitas.
- CHANO REGAÑA, L. (2015). «Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales». *Revista Universitaria Europea*, núm. 23, págs. 151-174.
- COMISIÓN EUROPEA (2020). *Comunicación. Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de COVID-19 en lo referente a la protección de datos*. (2020/C 124 I/01), págs. 1-9.
- COMISIÓN EUROPEA (2020). *Big Data. COVID-19 Data Portal* [en línea] <https://www.covid19dataportal.org/> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2017). *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data* [en línea] https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-01_necessity_toolkit_final_en_0.pdf [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2020). *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak* [en línea] https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (2020). *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak* [en línea] https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2020). *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental rights implications* [en línea] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- HUSTINX, P. (2013). «EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation». *Collected courses of the European University Institute's Academy of European Law*.
- JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020). *COVID-19 Dashboard* [en línea] <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. (2014). «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice». En: PEERS, S. et al. (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, págs. 1.600-1.637. https://doi.org/10.5771/9783845259055_1600 [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios». En: MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, págs. 826-851.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2020). «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública». *Diario La Ley*, núm. 38.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2020). «Protección de datos y geolocalización en la Orden SND/297/2020». *Hay Derecho. Expansión*, 31 de marzo [en línea] <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/31/proteccion-de-datos-y-localizacion-en-la-orden-snd-297-2020/> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- MINISTERIO DE TRANSPORTES DE ESPAÑA (2020). *Big Data. Análisis de la movilidad en España durante el Estado de Alarma* [en línea] <https://www.mitma.gob.es/ministerio/covid-19/evolucion-movilidad-big-data> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2020). «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, págs. 22-31.
- OMS (2020). *Pneumonia of unknown cause-China* [en línea] <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/es/> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- PEREZ FERNANDES, S. (2018). «Fundamental rights at the crossroads of EU Constitutionalism». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 60, págs. 677-715 [en línea] <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.60.06> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- SARMIENTO, D. (2013). «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe». *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 5, págs. 1.267-1.304.
- SERRANO PÉREZ, M. M. (2015). «Big Data o la acumulación masiva de datos sanitarios. Derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital». *Derecho y salud*, vol. 25, núm. extra 1, págs. 51-64.
- SERRANO PÉREZ, M. M. (2018). «La necesidad de una ley de protección de datos en salud». *Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 8, págs. 1-6 [en línea] <https://doi.org/10.6018/bioderecho.389951> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- TRIANAFYLLOU, D. (2002). «The European Charter of fundamental rights and the "rule of law": restricting fundamental rights by reference». *Common Market Law Review*, vol. 39, núm. 1, págs. 53-64. <https://doi.org/10.1023/A:1014517214935> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].
- UNIÓN EUROPEA (2007). *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02)*, págs. 17-35.
- VON AGUILAR, L. G. (2019). *Derecho y Pandemias*. México: Tirant Lo Blanch.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia de 14 de mayo de 1974, 4/73, *Nold*.
- Sentencias de 30 de octubre de 1978, 209 a 215/78 y 218/78, *Van Landewyck*.
- Sentencia de 26 de junio de 1980, 136/79, *National Panasonic*.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1989, 46/87, *Hoechst*.
- Sentencia de 12 de noviembre de 1996, C-84/94, *Reino Unido c. Consejo*.
- Sentencia de 18 de diciembre de 1997, C-309/96, *Annibaldi*.
- Sentencia de 17 de febrero de 1998, C-249/96, *Grant*.
- Sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, *Karlsson*.
- Sentencia de 22 de octubre de 2002, C-94/00, *Roquette et frères*.

- Sentencia de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*.
- Sentencia de 10 de enero de 2006, C-344/04, *International Air Transport Association*.
- Sentencia de 8 de junio de 2010, C-58/08, *Vodafone*.
- Sentencia de 16 de diciembre de 2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi*.
- Sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus y Hartmut Eifert*.
- Sentencia de 24 de noviembre de 2011, C-70/10, *Scarlet Extended*.
- Sentencia de 26 de febrero de 2013, C-617/10, *Åklagaren*.
- Sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *Melloni*.
- Sentencia de 7 de mayo de 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*.
- Sentencia de 8 de abril de 2012, C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Kärntner*.
- Sentencia de 6 de octubre de 2015, C-362/14, *Schrems*.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2016, C-203/15 y C-698/15, *Tele2 y Watson*.
- Sentencia de 9 de noviembre de 2017, C-298/16, *Ispas*.
- Sentencia de 14 de febrero de 2019, C-345/17, *Buivids*.
- Sentencia de 19 de septiembre de 2019, C-467/18, *EP*.
- Sentencia de 16 de julio de 2020, C-311/18, *Schrems II*.

Cita recomendada

SEVILLA DURO, Miguel Ángel (2020). «Las medidas de contención de la COVID-19 frente al derecho a la protección de datos personales sanitarios de la CDFUE», IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 32. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <https://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i32.373802>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Miguel Ángel Sevilla Duro
 MiguelAngel.Sevilla@alu.uclm.es
 Universidad de Castilla-La Mancha

Miguel Ángel Sevilla Duro (Albacete, España, 1997). Graduado en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) con Premio Extraordinario Fin de Grado al mejor expediente académico. Máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ministerio de la Presidencia del Gobierno de España). Doctorando (FPU) del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete (UCLM). E-mail: MiguelAngel.Sevilla@alu.uclm.es