

ALCANCE Y REPERCUSIONES DE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRIVACIDAD.

Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Profesora Asociada. Doctora en Derecho
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla
inmajcb@us.es

Sumario: I. Inquietud ante la realidad y consecuencias de la pandemia sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. II. La respuesta del Derecho. III. La sociedad digital: breves apuntes en relación a los riesgos sobre la privacidad. IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

I. Inquietud ante la realidad y consecuencias de la pandemia sobre el ejercicio de los derechos fundamentales.

A comienzos del mes de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó de pandemia internacional la situación de emergencia para la salud pública ocasionada por el COVID-19. "La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requirió la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Estas circunstancias extraordinarias constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados *como por el extraordinario riesgo para sus derechos*"(la cursiva es nuestra). Con estas palabras comienza el preámbulo del RD 463/2020 de 14 de marzo por el que se declaraba en nuestro país el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La vigencia del estado de alarma y la situación excepcional creada como consecuencia de la pandemia después, han desembocado en un cúmulo de interpretaciones restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales. En tal sentido, la declaración del estado de alarma de ámbito nacional por el RD 463/2020, supuso la adopción, mientras estuvo vigente, de medidas fuertemente limitativas al ejercicio de los derechos fundamentales. Así, se decretó el confinamiento domiciliario, definido como limitación de la libertad de

circulación de las personas (art. 7), y se tomaron medidas adicionales para restringir la circulación de medios de transporte colectivos con el fin de preservar la salud pública (art 14.5). Paralelamente, se suspendió la actividad educativa presencial, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades de formación impartidas en centros públicos o privados. También, se aprobaron medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, cultural, recreativa, de hostelería y restauración (art. 10). Y, asimismo, se incluyeron limitaciones en relación con la concentración de personas en lugares de culto y asistencia a ceremonias civiles y religiosas (artículo 11). Del mismo modo, los medios de comunicación social de titularidad pública y privada también quedaron obligados a emitir mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades delegadas competentes, así como las autonómicas y locales, consideraron necesario difundir (art.19). Y, finalmente, se suspendieron plazos procesales, administrativos y de prescripción y caducidad de acciones y derechos.

La segunda declaración del estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 se llevó a cabo por RD 926/2020, de 25 de octubre. A diferencia del anterior, contenía polémicas medidas descentralizadoras, pues designaba autoridades competentes delegadas en cada Comunidad o Ciudad autónoma, además de establecer una prórroga por un periodo de seis meses¹. Entre las limitaciones a los derechos fundamentales de las personas, el Real Decreto establecía la de circular por las vías o espacios de uso público entre las 23:00 y las 6:00 horas, salvo los supuestos exceptuados (art. 5), o la de entrar y salir del territorio de cada comunidad o ciudad autónoma, con excepciones debidamente acreditadas (art.6). Se restringían los grupos de personas en espacios públicos y privados a un máximo de seis personas, salvo que se tratase de convivientes (art.7) y se imponían aforos reducidos para reuniones, celebraciones y encuentros religiosos (art.8).

Una vez concluido el periodo del estado de alarma y sus prórrogas², algunas de estas medidas fueron impugnadas ante la justicia constitucional. En concreto, en la STC

¹ La Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el RD 926/2020 (“Boletín Oficial del Estado” núm. 291, de 4 de noviembre de 2020) y el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 (“Boletín Oficial del Estado” núm. 291, de 4 de noviembre de 2020).

² El estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 finalizó a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020. El Consejo de ministros aprobó el 3 de noviembre una prórroga del Estado de alarma

148/2021³, de 14 de julio, -con cinco votos particulares discrepantes-, el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de la prohibición general de circular por la vía pública impuesta durante el primer estado de alarma. Según el Alto Tribunal, esta restricción de la libertad deambulatoria (art.19 CE), que hacía recaer sobre los ciudadanos la obligación de justificar su presencia en estos espacios para no sufrir una sanción, salvo las excepciones que estaban expresamente tasadas, excedía de los límites del estado de alarma, contemplado en el artículo 116 CE y desarrollado en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES): se trataba de una suspensión del derecho fundamental. Asimismo, conllevaba una amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas incluso en la esfera doméstica⁴. En conclusión, la inconstitucionalidad no derivaba del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad se aceptaban para salvar vidas, sino del instrumento jurídico utilizado para la suspensión del derecho fundamental.

A este primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional relacionado con el primer estado de alarma, le han seguido dos más, el último relativo al segundo estado de alarma proclamado por RD 926/2020, de 25 de octubre y su prórroga de seis meses⁵. En relación al ejercicio de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia, la STC 168/2021, de 5 de octubre, dictada a consecuencia de la interposición de un recurso de amparo promovido por diputados del grupo parlamentario de Vox, constató la vulneración del derecho fundamental de participación política de los recurrentes (art.23 CE). El acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo de 2020 de suspender el cómputo de los plazos de tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias, sin prever excepciones, ni establecer límites temporales ni medidas

por un periodo de 6 meses desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021. *Vid.* <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>

³ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y otros que lo modificaron o lo prorrogaron. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). *Vid.* GARCIA MAJADO, P y PRESNO LINERA, M.A: La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma, en <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>

⁴ FJ 5 a) in fine, STC 148/2021.

⁵ STC 183/2021, de 27 de octubre.

alternativas, impidió el ejercicio de la función representativa y de la función de control al gobierno por su gestión⁶. Tampoco en este caso hubo unanimidad en el Tribunal. La sentencia cuenta con tres votos particulares que discrepan de la opinión de la mayoría, entendiendo que la decisión del órgano de dirección de la Cámara estaba justificada en el principio de proporcionalidad en aras a garantizar la integridad física de las personas y la protección de la salud.

Finalmente, en la STC 183/2021, de 27 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el RD 926/2021, de 25 de octubre que declaraba el segundo estado de alarma a nivel nacional, el Tribunal Constitucional se centró en tres cuestiones principales: la duración de la prórroga de seis meses, la rendición de cuentas al Congreso de los Diputados y la designación de las autoridades competentes delegadas. En cuanto a la pretensión de los recurrentes de que se declararan inconstitucionales determinadas medidas del RD de alarma que podían suponer una limitación a la libertad de circulación, al derecho de reunión o la libertad de culto, el Alto Tribunal desestimó tal pretensión entendiendo que las medidas limitativas de estos derechos fundamentales gozaban de la cobertura del artículo 116 CE y del artículo 11 LOAES y estaban ajustadas en términos de proporcionalidad a la finalidad de preservar la salud pública.

Aun hoy, la pandemia no nos ha abandonado y hemos asistido atónitos a nuevas olas provocadas por diversas variantes del virus que, lejos de poner fin al problema, lo que han hecho ha sido prolongarlo en el tiempo. Y sus efectos negativos no solo se han dejado sentir en el ámbito sanitario, sino que se han propagado a otros muchos campos: social, económico, político y jurídico. En el marco de los derechos fundamentales, el distanciamiento social ha provocado la restricción de aquellos derechos que exigen interacción social, como los de reunión y asociación. En relación con el derecho fundamental de reunión, durante la declaración del estado de alarma, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse. Sin entrar en el fondo del asunto, consideró que la medida

⁶ “Por tanto, en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar, haciéndolo a través de los instrumentos que le reconoce el Título V CE y mediante el procedimiento que establezca el Reglamento de la Cámara para cada caso.” (STC 168/2021, de 5 de octubre, FJ3 b).

restrictiva de una manifestación podía considerarse proporcionada (ATC 402/2020, de 30 de abril)⁷.

Igualmente, hemos asistido a la proliferación de *fake news* y a la falta de información antes y durante la pandemia⁸. Por otro lado, las consecuencias económicas han sido devastadoras y la destrucción de empleo ha puesto de manifiesto la situación de vulnerabilidad y riesgo de exclusión social de parte de la población que antes de la pandemia nunca había tenido dificultades económicas. Así, uno de los problemas sociales más acuciantes ha sido el impago de los préstamos hipotecarios y de los alquileres⁹. Como consecuencia de la pandemia se ha disparado el número de personas sin hogar y, paralelamente, la convivencia forzada ha provocado un incremento de los casos de violencia de género. Por no hablar de la situación de los menores, los discapacitados, las personas mayores, los internados en centros penitenciarios y los migrantes.

En medio de esta pandemia, en el ámbito político hemos asistido a una profunda crisis institucional. A su vez, los derechos de participación política también se vieron afectados (elecciones gallegas y vascas)¹⁰.

Y desde el punto de vista jurídico, una vez superado el estado excepcional y restaurada la nueva normalidad, se nos plantea la duda de si se pueden justificar las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en la protección de la salud pública y en la necesidad de evitar un riesgo grave de contagio.

II. La respuesta del Derecho.

La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 nos ha situado ante una realidad inconcebible, sin precedentes, de dimensión universal y de profundo calado por el

⁷ JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I: “ El estado de alarma como respuesta constitucional frente a la crisis sanitaria provocada por el coronavirus”, en AAVV: *Pandemia y Derecho una visión multidisciplinar*, Laborum, 2020, págs.52-54.

⁸ Vid. MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J: “Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm.86-87, 2020, págs.122-137.

⁹ RD 8/2020 de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente el impacto económico y social del COVID.

¹⁰ Así como sus repercusiones sobre las elecciones catalanas y en la Comunidad de Madrid. Vid. AZPITARTE SANCHEZ, M.: “Coronavirus y derecho constitucional. crónica política y legislativa del año 2020”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.121, 2021, pág.126.

riesgo para los bienes y derechos que se han visto afectados: la vida y la integridad física. La experiencia nos ha demostrado que las medidas para luchar contra una pandemia como la provocada por el coronavirus van a tener una amplia repercusión sobre el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. En tal sentido incidirán como mínimo, entre otros, sobre la libertad de circulación (art.19 CE), el derecho a la información (art.20 CE), el derecho a la educación (art.27 CE), la libertad religiosa (art.16 CE), el derecho de reunión (art.21 CE), el derecho de participación política (art.23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) o la libertad de empresa (art.38 CE).

Además, esta crisis sanitaria ha puesto en jaque a nuestro ordenamiento jurídico. Las respuestas del Derecho para regular la lucha contra el desarrollo de la pandemia han pasado por tres fases. En el primer momento se recurrió a la legislación ordinaria, en concreto la sanitaria, como fundamento jurídico de la adopción de medidas dirigidas a intentar impedir la propagación de los contagios por COVID. Esta solución, en ningún caso permitía la suspensión de derechos fundamentales. La segunda fase vino marcada por el derecho constitucional de excepción. Tratándose de una pandemia, el más indicado parecía el estado de alarma que sólo permite la limitación derechos fundamentales, mientras que el estado de excepción, pensado para crisis de orden público, permite la suspensión de los derechos fundamentales previstos en el artículo 55.1 CE. Y por último, la tercera etapa ha supuesto el restablecimiento de la normalidad, que conforme al diseño constitucional, supone que la competencia en materia sanitaria está compartida entre el Estado -al que le corresponde fijar las bases- y las Comunidades Autónomas en el marco de sus atribuciones estatutarias. Así pues, en este tercer periodo, se han adoptado medidas tales como los cierres perimetrales, restricciones en los transportes públicos, limitación de reuniones y aforos o la imposición de cuarentenas, sobre la base de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP). Estas decisiones deberán ser objeto de autorización o ratificación judicial. según la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, si implican privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Toda esta marea normativa ha tenido como nota común la falta de seguridad jurídica. La ciudadanía se ha visto asediada por multitud de normas de reducida

vigencia, en cortos espacios de tiempo y en ocasiones, contradictorias. Sin poner en duda la necesidad de estos instrumentos normativos, no es menos cierto que han generado dificultades de interpretación y problemas e incertidumbre en su aplicación práctica. Tal ha sido la producción normativa, que ha dado lugar a la aparición de varios Códigos del Boletín Oficial del Estado sobre Crisis sanitaria COVID-19.

Al propio tiempo, esta pandemia reclamaba respuestas inmediatas que viniesen a paliar sus consecuencias devastadoras, de ahí el recurso a normas teóricamente de emergencia, como el Real Decreto Ley. La pandemia ha sido la justificación de una parte importante de los Reales Decretos-Leyes que se dictaron en los años 2020 y 2021, mientras que en ese mismo periodo de tiempo se han aprobado muchas menos Leyes y Leyes orgánicas. Las Comunidades Autónomas dotadas de esta potestad normativa, de acuerdo con sus respectivos Estatutos, también han continuado con esta tendencia.

Ante la persistencia de los contagios, los poderes públicos han adoptado decisiones y aprobado normativas que limitan y restringen el ejercicio de derechos fundamentales. El único límite viene marcado por el respeto al principio de proporcionalidad. La paradoja es que ahora ya no se pueden adoptar bajo el paraguas del estado de alarma. La contradicción que ha puesto de manifiesto la STC 148/2021 consiste en que la LOAES contempla el estado de alarma como un instrumento adecuado para luchar contra las pandemias, pero el art.55.1 CE impide la adopción de medidas sanitarias útiles para esta lucha, como el confinamiento, ya que supone la suspensión de un derecho fundamental, concretamente del artículo 19 CE.

Entre estas decisiones ha estado la imposición del uso obligatorio de las mascarillas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que con esta medida no se viola ningún derecho fundamental, frente a los que alegaban una posible lesión de la libertad individual derivada del deber de usarlas, fundamentada en un supuesto derecho subjetivo a contagiarse por el virus, como libre opción personal amparada en el derecho fundamental a la vida mediante la inmunización natural¹¹.

¹¹ STS 1569/2020, de 20 de noviembre y STS 1796/2020 de 17 de diciembre llegan a la conclusión de que ningún derecho fundamental se ha visto vulnerado por el uso obligatorio de la mascarilla. *Vid.* SERRANO LASA, I.: “El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.120, 2021.

La otra cuestión relevante a estos efectos ha sido la vacunación. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las vacunas, al tratarse de intervenciones corporales, deben contar con el consentimiento de sus destinatarios. De lo contrario, estaríamos ante una injerencia en el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)¹². Según la jurisprudencia constitucional, en estos casos se exige concretar si el sacrificio de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable. A tal efecto, conviene recordar los requisitos que conforman la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos, hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante. La Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia establecía que era sancionable con multa “la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en esta ley”. Por tanto, abría la puerta a la vacunación obligatoria. Esta norma fue impugnada por el Gobierno mediante un recurso de inconstitucionalidad. El 20 de abril de 2021, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso y suspendió la ley temporalmente. El recurso entendía que la Xunta de Galicia había legislado sobre materias que eran de competencia estatal. Para formular la impugnación, el ejecutivo contó con un dictamen favorable del Consejo de Estado¹³. Sin embargo, ambos gobiernos acordaron convocar una comisión bilateral de cooperación para clarificar sus diferencias, que culminaron con la eliminación del artículo sobre la vacunación obligatoria y la retirada del recurso.

¹² *Vid.* STC 207/1996, FJ. 4.

¹³ Dictamen 213/2021 del Consejo de Estado.

En todo este tiempo y pese a que las CCAA y otras voces han demandado una solución jurídica, no se ha tramitado ninguna reforma de las leyes sanitarias,¹⁴ ni se ha propuesto una ley antipandemias. Una reforma que satisfaga los estándares de seguridad jurídica que permitan adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales sin recurrir al estado de alarma y que evite la necesaria ratificación judicial. En este sentido, el Consejo de Estado, en su Dictamen 213/2021, se permite sugerir que "el contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública".

III. La sociedad digital: breves apuntes en relación a los riesgos sobre la privacidad.

Gracias a la tecnología hemos podido responder al desafío de la pandemia de manera eficaz, si lo comparamos con amenazas similares ocurridas en el pasado. Las TIC han sido imprescindibles para paliar los efectos del forzoso aislamiento y otras limitaciones de derechos y libertades, facilitando las comunicaciones entre los ciudadanos y, a nivel global, entre gobiernos. Esto ha permitido afrontar esta crisis mundial a través de la realidad virtual y mitigar sus efectos, aun cuando la transición tecnológica ha abierto brechas digitales entre los países, en el uso de internet debido a la edad, género o nivel de ingresos de los usuarios, que implican un acceso desigual a la información, y a los servicios públicos esenciales en tiempos de pandemia.

Del mismo modo, los instrumentos tecnológicos empleados como consecuencia de la pandemia han supuesto importantes avances. La implementación de nuevas tecnologías basadas en el tratamiento de datos personales ha comportado innumerables beneficios en la lucha contra el COVID. El tratamiento de datos personales, en estos casos, goza además de especiales garantías al tratarse de datos sensibles por afectar a la

¹⁴ Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública, la ley General de salud pública 33/2011 de 4 de octubre y la ley 14/1986, de 25 de abril general de Sanidad. Si se modificó la ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, realizada por Real Decreto Ley 21/2020 de 9 de junio con variación del artículo 65 de aquella y el añadido del artículo 65 bis.

salud de sus titulares. En tal sentido, medidas como la localización de un teléfono móvil han encontrado su fundamento jurídico en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), concretamente, en el tratamiento de datos de geolocalización con fines epidemiológicos dirigidos a la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física (art. 6.2.c)), el cual puede resultar particularmente relevante desde el punto de vista del despliegue de las políticas públicas asociadas a la lucha contra COVID-19, ya sea para la ubicación y atención de enfermos, ya sea para la trazabilidad de estos y la prevención de posibles contagios o de la propia epidemia, en este caso mediante datos anonimizados¹⁵.

Con la finalidad de mitigar los efectos de la crisis sanitaria, la Comisión Europea introdujo el certificado COVID digital, también conocido como pasaporte COVID, para paliar la limitación al derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el territorio de la Unión, asegurando el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, la libre circulación y el derecho a la tutela judicial efectiva, dejando la puerta abierta para que los Estados miembros utilicen el pasaporte COVID para fines distintos¹⁶. Esta posibilidad es la que ha permitido que países como Francia, Alemania, Bélgica, entre otros, o algunas Comunidades Autónomas de España, hayan optado por ampliar la finalidad de este pasaporte COVID, empleándolo para regular el acceso a bares o restaurantes. En relación con esto, el Tribunal Supremo, en su sentencia 1412/2021, de 1 de diciembre, considera la medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad, necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos ni, desde luego, a la actividad que realizan; y proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras que incide tenuemente en los derechos a la igualdad y a la intimidad, sin afectar a otros de manera apreciable.

¹⁵ Vid. MARTINEZ MARTINEZ, R.: "Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19: un enfoque desde la salud pública", *Diario La Ley* núm.38, 2020; ARENAS RAMIRO, M.: "¿Rastrear o no rastrear? He ahí la cuestión. Las apps de rastreo de contactos y la protección de datos personales", *Diario La Ley*, núm.5, 2020.

¹⁶ Reglamento UE 2021/963, de 14 de junio *vid.* Considerando 62.

Asimismo, se han planteado otros usos para este certificado, como la posibilidad de requerirlo a los trabajadores como medida de garantía en el ámbito laboral o en los procesos de selección de personal. En este contexto, el consentimiento del titular de la información como base legitimadora del tratamiento de datos personales de esta naturaleza no resultaría válido, porque la relación jerárquica existente entre las partes vicia cualquier consentimiento que pudiera emitirse ante la amenaza de perjudicar la relación laboral o el proceso de selección¹⁷. De acuerdo con el RGPD, sería legítimo un tratamiento de datos con el fin de cumplir una obligación legal del responsable del tratamiento, en este caso el empleador, o el ejercicio de derechos específicos del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social¹⁸. El empresario, en virtud de la normativa de prevención de riesgos laborales, tiene el deber de garantizar la seguridad y salud de todos sus empleados. En tal sentido, cabría el tratamiento de datos de salud como controles de temperatura, test PCR, test de anticuerpos y en general, el manejo de información sobre contagios en el centro de trabajo en el marco de la prevención del riesgo de expansión del coronavirus. Lo que no podría en ningún caso es obligar a un empleado a vacunarse o discriminarlo en forma alguna por este motivo¹⁹. Siempre respetando, por tanto, el cumplimiento de los principios del tratamiento de los datos personales: licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización y exactitud, limitación del plazo de conservación e integridad y confidencialidad.

Todo este escenario nos lleva a apreciar los avances científicos y tecnológicos que contribuyen a dar una mayor calidad de vida, como el recurso al teletrabajo, pero que al propio tiempo han puesto de manifiesto los riesgos para la privacidad. La imposición masiva de la digitalización en el ámbito laboral ha entrañado dudas en cuanto a la privacidad de los trabajadores, fundamentalmente en relación a los derechos fundamentales a la protección de datos personales, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. El uso de dispositivos de trabajo en remoto, la monitorización del trabajo *on line*, el control del rendimiento o el acceso a las comunicaciones de los

¹⁷ PEREYRA, T y MIRALLES, J.L: "Nuevos usos del pasaporte COVID y RGPD", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 980/2021 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2021.

¹⁸ Artículos 6.1 c) , 9.2 b) y 9.2 h) RGPD y artículo 8 LOPDGDD.

¹⁹ RODRIGUEZ AYUSO, J.F.: "Estado de alarma y protección de la privacidad en tiempos de pandemia: licitud del tratamiento de categorías especiales de datos", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, UNED, 2021, pág. 310.

trabajadores por el empresario son algunos ejemplos. Se trata de perseguir un adecuado equilibrio entre la protección de la salud pública, derecho a la vida y derecho a la integridad física y el ejercicio de los demás derechos y libertades que deben respetarse también en el entorno *on line*. Atendiendo a esto, la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía derechos digitales (LOPDGDD) dedica su Título X a la garantía de los derechos digitales, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos o el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

Por último, el recurso a las nuevas tecnologías ha puesto en valor nuevos derechos, como el derecho a la desconexión digital, regulado en el artículo 88 de la LOPDGDD, que lo considera como parte del contenido esencial del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral, en su vertiente de derecho de libertad o autonomía, es decir, como límite frente al poder de dirección de la empresa o, si se quiere, como el deber empresarial de no interferir en la vida personal de los trabajadores fuera de su jornada laboral²⁰.

IV. A modo de conclusión.

Hemos asistido en estos últimos tres años a una crisis sanitaria sin precedentes por sus dimensiones a nivel mundial y por la magnitud de sus efectos sobre la vida y la integridad física de las personas. Nadie pone en duda la necesidad imperiosa de adoptar medidas para parar el vertiginoso avance de contagios que provocó el COVID-19, cuya capacidad de expansión era impensable. Por tanto, si algo hemos aprendido ha sido que la lucha contra una pandemia conlleva decisiones y medidas fuertemente restrictivas de derechos fundamentales. Ahora bien, necesitamos en el plano jurídico un equilibrio que permita la adopción de las medidas que sean adecuadas y necesarias para preservar la salud, la vida y la integridad física, sin menoscabar desproporcionadamente el ejercicio de los derechos fundamentales.

²⁰ RECHE TELLO, N: "El derecho a la desconexión digital como contenido del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral" en AAVV: *Finding Solutions to Societal Problems: Proceedings of the 2nd International Virtual SBRLab Conference*, Universidad Rovira y Virgili, Tarragona, 2018, pág.193-211.

De una parte, lo que nunca debería repetirse de cara al futuro es la situación de inseguridad jurídica en la que nos hemos visto envueltos. Partiendo de la base de que una crisis de estas dimensiones no era previsible, lo cierto es que las primeras reacciones por parte de los poderes públicos no fueron probablemente las más adecuadas, provocando desconcierto en un momento en que era indispensable crear confianza. El recurso a la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional entiendo que estaba justificado por la urgencia con la que tuvo que actuar el poder ejecutivo para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por una enfermedad altamente infecciosa. Lo cierto es que los instrumentos jurídicos para hacerle frente se habían quedado obsoletos. La LOAES no estaba pensada para luchar contra una pandemia de estas dimensiones, que exigiera restricciones tan intensísimas de derechos fundamentales, como el confinamiento domiciliario de la población indispensable para hacerle frente. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional tardó mucho en pronunciarse y cuando lo ha hecho tampoco ha venido a arrojar luz sobre un asunto de tan extraordinaria importancia. En el ATC 40/2020, de 30 de abril, dejó pasar la oportunidad de sentar doctrina sobre un tema de especial trascendencia constitucional como el de los límites del derecho de manifestación en tiempos de pandemia. Y en la STC 148/2021, de 14 de julio, aun admitiendo la necesidad de la medida tan drástica como la suspensión de la libertad de circulación (art.19 CE), considera que, de acuerdo a los límites constitucionales impuestos por el artículo 55.1 CE, el instrumento jurídico adecuado era la declaración del estado de excepción; lo que hace a la declaración del estado alarma inútil e ineficaz para hacer frente a una crisis de salud pública tan extrema. Pero tampoco la declaración del estado de excepción permitiría la suspensión de otros derechos fundamentales, como las reuniones privadas por razones familiares o de amistad (art.18.1 CE), cuya limitación extrema se ha hecho necesaria por razón de la pandemia. Tenemos que ser conscientes, por consiguiente, que no tenemos un Derecho adecuado para hacer frente a las pandemias, como tampoco lo tenemos para hacer frente a una guerra. Constituye una imperiosa necesidad elaborar una ley orgánica que proporcione un marco jurídico adecuado para afrontar futuras situaciones de riesgo para la salud pública.

De otro lado, gracias al uso de las nuevas tecnologías, hemos visto minimizados los efectos negativos del confinamiento y otras limitaciones de nuestros derechos y

libertades fundamentales. En esta línea, el tratamiento de datos personales sobre la salud ha resultado indispensable para la lucha contra el COVID-19. Sin poner en duda los riesgos que para la privacidad puede suponer el tratamiento de este tipo de datos, por ejemplo, en el ámbito laboral, hay que tener en cuenta que la razón última de la protección de las categorías especiales de datos, tanto en el RGPD como en la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de derechos digitales, es evitar la discriminación. El tratamiento de datos de salud para luchar contra la pandemia persigue como finalidad última la garantía de la vida, la salud y la dignidad humanas. En este sentido, como se ha puesto de manifiesto tanto por la Agencia Española de protección de Datos como, a nivel europeo, por el Comité Europeo de Protección de Datos, el respeto a la privacidad y los derechos fundamentales en que se sustenta no puede suponer un obstáculo a la toma de decisiones que impliquen el uso de datos sensibles, como los datos relativos a la salud de las personas para luchar contra una emergencia sanitaria como la actual.

V. Bibliografía.

ARENAS RAMIRO, M.: "¿Rastrear o no rastrear? He ahí la cuestión. Las apps de rastreo de contactos y la protección de datos personales", *Diario La Ley*, núm.5, 2020.

AZPITARTE SANCHEZ, M.: "Coronavirus y derecho constitucional. crónica política y legislativa del año 2020", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121, 2021.

GARCIA MAJADO, P. y PRESNO LINERA, M.A.: La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma, en <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I: " El estado de alarma como respuesta constitucional frente a la crisis sanitaria provocada por el coronavirus", en *AAVV: Pandemia y Derecho una visión multidisciplinar*, Laborum, 2020.

MARTINEZ MARTINEZ, R.: "Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19: un enfoque desde la salud pública", *Diario La Ley*, núm.38, 2020.

MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J: "Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet", *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm.86-87, 2020.

PEREYRA, T y MIRALLES, J.L: "Nuevos usos del pasaporte COVID y RGPD", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 980/2021 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021.

RECHE TELLO, N: "El derecho a la desconexión digital como contenido del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral" en AAVV: *Finding Solutions to Societal Problems: Proceedings of the 2nd International Virtual SBRLab Conference*, Universidad Rovira y Virgili, Tarragona, 2018.

RODRIGUEZ AYUSO, J.F.: "Estado de alarma y protección de la privacidad en tiempos de pandemia: licitud del tratamiento de categorías especiales de datos", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, UNED, 2021.

SERRANO LASA, I.: "El uso obligatorio de las mascarillas y su afectación a los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.120, 2021.