

## **Informe sobre la aplicabilidad de la normativa de Protección de datos durante el COVID-19**

### **Introducción**

La normativa sobre protección de datos no supone obstáculo alguno en la adopción de medidas contra la pandemia del coronavirus. La lucha contra las enfermedades contagiosas es un valioso objetivo que todas las naciones comparten y, por ello, la normativa europea contempla desde su promulgación la posibilidad de tratar datos de salud, por razones de interés público en situación de epidemias o pandemias, siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger datos personales y otros derechos fundamentales.

Por este motivo, incluso en estos tiempos excepcionales, el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales continúa siendo de obligado cumplimiento por los responsables del tratamiento, tanto Estados o Gobiernos, como Autoridades Sanitarias y empleadores o empresarios, quienes deben asegurar la aplicación de los principios legales de la protección de los datos personales de los individuos.

### **Normativa vigente sobre Protección de datos**

1. [REGLAMENTO \(UE\) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE \(Reglamento general de protección de datos\).](#)
2. [Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales \(LOPDGDD\).](#)
3. [Guidelines on consent under Regulation 2016/679, \(wp 259, rev.01\)](#)
4. [Opinion 03/2013 on purpose limitation, \(wp 203\)](#)

### **Bases Legitimadoras del tratamiento de datos personales relativos al COVID-19**

El Estado de Alarma es una situación legal recogida en la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, que permite restringir algunos derechos y libertades de manera proporcional y limitada al periodo de emergencia, entre otros motivos enumerados en el artículo 4 de la Ley 4/1981, en supuestos de crisis sanitarias y epidemias. El reconocimiento de la situación de crisis sanitaria lo realizó la Organización Mundial de la

Salud el día 11 de marzo de 2020 al declarar pandemia internacional la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19; tres días después, el Gobierno español aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En la actualidad, a punto de extinguirse los efectos de la última prórroga del estado de alarma, se hace necesario distinguir entre la expiración de las medidas limitativas de contención adoptadas durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas sucesivas para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, y la crisis sanitaria propiamente dicha, provocada por la pandemia, la cual subsiste, aunque notablemente atenuada en nuestro país, y cuya superación aún no ha sido oficialmente declarada ni en el ámbito nacional, ni en el internacional, por los organismos y autoridades competentes.

Esta distinción se hace necesaria en el marco de la aplicación de la normativa de datos personales por dos motivos:

- Porque el derecho a la protección de datos personales no se encuentra comprendido entre los derechos que pueden ser limitados por la declaración del estado de alarma,
- Porque el tratamiento de datos de salud necesario para controlar y prevenir la propagación de los contagios realizados fuera del ámbito de una estricta prestación sanitaria, por ejemplo datos de salud de los empleados o colaboradores y datos de clientes para acceder a los locales, siguen necesitando contar con una base legitimadora de entre las establecidas en el RGPD, en concreto, para los supuestos expresados, la base más adecuada sería bajo las actuales condiciones será la de “proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física” establecida en el artículo 6.1.d) y 9.2.c) del RGPD.

Otras bases legitimadoras para tratar dichos datos de salud quedan descartadas, como el caso del consentimiento del interesado o el supuesto del interés público en el ámbito de la salud pública, para la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, incluidos en los apartados 2.a) y 2.i), respectivamente, del citado artículo 9 del RGPD, el primero por no cumplir el requisito esencial para que el consentimiento prestado en dicha situación pueda ser considerado prestado libremente y el segundo, en la actualidad, a falta de un pronunciamiento expreso del Ministerio de Sanidad que indique exactamente qué datos de salud y en qué condiciones deben ser tratados por los responsables de los locales o negocios para permitir el acceso a los mismos.

## *Artículo 9 Tratamiento de categorías especiales de datos personales*

*1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.*

*2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:*

*a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;*

*b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;*

*c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;*

*.....*

*h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*

*i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o*

*de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,*

**¿Hay alguna excepción de aplicación de la normativa de protección de datos durante la pandemia o como consecuencia del tratamiento de datos con fines de gestión de la pandemia?**

No. Tanto el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) como la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) son de aplicación a cualquier actividad de tratamiento de datos personales que lleve a cabo todo Responsable del tratamiento, como son los colegiados respecto de los datos de los pacientes, acompañantes, proveedores, empleados y colaboradores, respecto de los datos de salud que se gestionen con la finalidad de controlar la propagación de los contagios.

**¿Pueden los dentistas tomar la temperatura a los trabajadores, pacientes y, en general, a cualquier persona que quiera acceder al centro sanitario?**

Los dentistas pueden tomar la temperatura, pero siempre cumpliendo con los requisitos, que se resumen a continuación:

La base legitimadora para tomar la temperatura a los pacientes, y en general a cualquier persona que quiera acceder a cualquier lugar cerrado, será la de proteger intereses vitales de las otras personas físicas que se encuentren en dicho espacio (artículo 6.1.b y 9.2.c del RGPD); pero esta finalidad requiere necesariamente que la toma de la temperatura sea un medio idóneo (adecuado y no excesivo) para lograr tal finalidad, algo que solo ocurre si se realiza dentro de un reconocimiento médico más amplio que incluya la consideración del resto de los síntomas enumerados en el artículo 5 de la orden SND/404.

*“Artículo 5. Detección de casos de COVID-19.*

*A efectos de lo establecido en esta orden, se considerará caso sospechoso de COVID-19 a cualquier persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de aparición súbita de cualquier gravedad que cursa, entre otros, con fiebre, tos o sensación de falta de aire. Otros síntomas atípicos como la odinofagia, anosmia, ageusia, dolores musculares, dolor torácico, diarreas o cefaleas, entre otros, podrán ser considerados también síntomas de sospecha de infección por SARS-CoV-2 según*

*critério clínico. Este critério podrá revisarse y adaptarse en función de los procedimientos aprobados en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Los criterios de confirmación de casos se establecerán asimismo en dichos procedimientos.*

*Los servicios de salud de las comunidades y ciudades autónomas garantizarán que en todos los niveles de la asistencia, y de forma especial en la atención primaria de salud, a todo caso sospechoso de COVID-19 se le realizará una prueba diagnóstica por PCR u otra técnica de diagnóstico molecular que se considere adecuada, en las primeras 24 horas desde el conocimiento de los síntomas.”*

Es decir, la toma de temperatura por sí sola no proporciona información suficientemente determinante que permita conocer si una persona en concreto presenta síntomas o no de padecer COVID, ya que como se establece en la propia norma del Ministerio de Sanidad, la fiebre es solo uno de muchos otros síntomas con que cursa la infección, por lo tanto, tomar la temperatura y basar en este único dato la decisión sobre permitir o denegar el acceso a un centro comercial, de trabajo, iría contra lo establecido en la letra c del apartado 1 del artículo 5 del RGPD:

*“Artículo 5 Principios relativos al tratamiento*

*1. Los datos personales serán:*

*...*

*c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)*

*...”*

### **¿Es necesario pedir el consentimiento de los pacientes, trabajadores o colaboradores para tomar la temperatura?**

No solo no es necesario, sino que es incorrecto, tal como ha explicado la AEPD en su [comunicado del día 30 de abril](#), que considera en síntesis lo siguiente:

"En el caso de la comprobación de la temperatura corporal como medida preventiva de la expansión de la COVID-19, esa base jurídica no podrá ser, con carácter general, el consentimiento de los interesados. Las personas afectadas no pueden negarse a someterse a la toma de temperatura sin perder, al mismo tiempo, la posibilidad de entrar en unos centros de trabajo, educativos o comerciales, o en los medios de transporte, a los

que están interesados en acceder. Por tanto, ese consentimiento no sería libre, uno de los requisitos necesarios para invocar esta base legitimadora."

**¿Qué requisitos adicionales debo tener en cuenta para tomar la temperatura a pacientes, empleados, colaboradores y en general a cualquier persona que quiera acceder al centro sanitario?**

Informar, limitar el uso, respetar la privacidad durante la toma y al dar el resultado, no conservar los datos más allá del plazo de la crisis sanitaria, documentar las decisiones.

- Informar, colocando un cartel informativo específico en la Consulta en el que se indique a partir de qué temperatura y qué otros síntomas se considerarán para determinar que existe riesgo de contagio por COVID-19, y otra información transparente sobre el tratamiento de los datos.

El cartel debe estar situado en la zona donde se realicen los reconocimientos médicos para determinar la presencia de síntomas.

- Respetar la privacidad de las personas a las que se realice el reconocimiento sobre la presencia o no de síntomas, hacerla en zona restringida, sin presencia de cámaras, etc.
- Eliminar los datos tras la finalización de la situación de crisis sanitaria, salvo que se trate de datos de pacientes que deban incorporarse a su Historia Clínica.
- Recordar al personal su obligación de comunicar de manera inmediata la sospecha de contagio o la presencia de síntomas. Durante este periodo, recuerda la importancia de mantenerte en contacto con tu empresa de prevención de riesgos laborales para que te orienten sobre la actualización de sus servicios en tu clínica.
- Establecer un protocolo, por escrito, sobre la manera en la que se va a realizar el triaje para valorar la presencia o no de síntomas:
  1. De uno en uno, en una estancia aparte (nunca en la sala de espera)
  2. Siguiendo un criterio sanitario
  3. Con un producto sanitario homologado
  4. No alzando la voz para dar el resultado de manera que otras personas puedan escuchar
  5. No habiendo cámaras en el lugar donde se realiza la medida de la temperatura

## Conclusión

Actualmente, a falta de una Ley o de un pronunciamiento expreso del Ministerio de Sanidad en el que se indique de manera determinante que la toma de temperatura por sí sola es un dato idóneo y suficiente para prevenir la propagación del virus, en opinión de la Delegada de Protección de Datos del COELP, Sirlene Alonso, solo en el marco de un reconocimiento médico más amplio, realizado bajo el paraguas de un criterio sanitario lo suficientemente fundado o bajo el ámbito de decisión del servicio de prevención de riesgos laborales, que establezca, tras la necesaria evaluación de los riesgos para los trabajadores de la empresa, la eficacia y necesidad de la toma de la temperatura, podría tratarse ese dato, ya que el tratamiento solo sería lícito en relación con la finalidad de proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, y siempre que la toma de temperatura se realice cumpliendo con el principio esencial de ser un dato “adecuado, pertinente y limitado a lo necesario”.