

Anàlisi de casos i novetats en l'àmbit de Protecció de Dades

CSC Consorci de Salut i Social de Catalunya



ANÀLISI DE PROCEDÈNCIA I COMPARATIU VERS LES POSICIONS DE L'AEPD I LA JUDICATURA SOBRE ELS CONTROLS DE TEMPERATURA

Des de l'Àrea de Protecció de dades del CSC s'ha estimat oportú, donades les últimes notícies i esdeveniments respecte a la realització de controls de temperatura a l'accedir a determinats llocs públics, fer una anàlisi de la procedència d'aquests tractaments de dades com a mesura per mitigar el risc de contagi de la població. Així com, les diferents postures que s'han adoptat sobre aquests controls per part de l'Autoritat Espanyola de Protecció de Dades, per un cantó, i diferents col·lectius representatius de la Judicatura Espanyola, per l'altre.

Començarem la present anàlisi situant-nos adequadament, és a dir, veure les implicacions que un control de temperatura pot tenir en l'esfera de la nostra privacitat, determinar quines són les exigències aplicables d'acord amb la normativa de protecció de dades, en sentit genèric. Seguidament, es procedirà a fer una diferenciació de l'entorn en què es realitzin aquests controls, donat que aquest fet és rellevant pel que fa a la legitimació d'aquests controls. Ens referim, per una banda, a la realització d'aquests controls en un entorn de treball i, per l'altre, en entorns en què actuem com a consumidors i usuaris o bé senzillament com a individus que pretenen accedir a un determinat espai públic. És en aquest últim apartat on procedirem a ressaltar les diferents postures adoptades per part de l'AEPD i alguns col·lectius representatius de la Judicatura Espanyola (integrats per *Asociación Judicial Francisco de Vitoria, Foro Judicial Independiente, Juezas y Jueces para la Democracia i Asociación Profesional de la Magistratura*).

S'ha de començar afirmant que aquests controls de temperatura impliquen un tractament de dades personals i, per tant, estan subjectes a les exigències marcades per la normativa de protecció de dades (LOPDGDD i RGPD). A més, no es pot obviar el fet que no són, només, dades de caràcter personal, sinó que integren categoria especial de dades. Ja que aquesta mediació tèrmica és capaç de brindar informació que permeti, directament o indirectament, conèixer l'estat de salut de l'individu. Sent així una dada personal de salut. Així doncs, un cop determinat quan es realitza un control de temperatura estem davant un tractament de dades personals de salut, anem a veure les implicacions de la normativa aplicable en la matèria per tal de reputar aquest tractament com a legítim.

Primerament i des d'un punt de vista genèric, tot tractament de dades personals ha de respectar els principis bàsics aplicables en la matèria (art. 5.1 RGPD), especialment al cas plantejat, pel que fa als de limitació de la finalitat, minimització de les dades i al d'exactitud. En aquest tractament, els controls de temperatura, la finalitat és la d'evitar risc de contagi derivat de l'accés en espais on es produeixen interaccions o contactes físics entre persones, tot, amb el fi de preservar la salut pública de la població. Per tant, serà fonamental que les dades obtingudes a partir dels mesuraments tèrmics siguin única i exclusivament utilitzats amb aquesta finalitat, quedant taxativament prohibida la utilització de les dades recollides per a altres finalitats. Quant al principi de minimització,



serà rellevant que el mesurament de temperatura es faci mantenint l'anonimat de l'individu, ja que a no ser que estigui correctament i suficientment justificat, s'entén que la dada aquí rellevant és la temperatura corporal de l'interessat sense necessitat d'identificar-lo juntament amb el mesurament tèrmic. Per últim, s'haurà de respectar també el principi d'exactitud de les dades tractades, és a dir, el control de temperatura s'haurà de realitzar mitjançant dispositius que garanteixin una valoració adequada dels intervals de temperatura corporal. Assegurant que el mesurament és suficientment precís per a acomplir amb la finalitat, com seria la de detectar casos de temperatura corporal elevada, que a falta d'evidència científica unànime, estan vinculats a una major probabilitat de què el subjecte estigui infectat pel virus SARS-CoV-2.

Dissenyat el tractament respectant els principis enumerats, caldrà veure quina base legitimadora és aplicable al control de temperatura que un determinat responsable del tractament pretengui realitzar sobre aquells qui accedeixin a les seves instal·lacions. Per tant, donat que la realització de controls de temperatura implica un tractament de categoria especial de dades (salut), s'ha de buscar una de les bases legitimadores contingudes en l'article 9.2 RGPD. És a dir, una de les previsions enumerades en aquest precepte que habiliten al responsable del tractament a realitzar un tractament de dades de salut. Si no es pot justificar la realització del tractament en cap de les bases, aquest no serà legítim i llavors contrari a les exigències que marca la normativa per a realitzar-lo. Analtzades les implicacions en matèria de protecció de dades, en termes generals, vinculades als controls de temperatura passem ara a valorar els diferents escenaris on aquests es puguin portar a terme i les diferents postures de l'AEPD i certs col·lectius representatius de la Judicatura Espanyola.

Pel que fa a la realització de controls en l'àmbit laboral, és a dir, quan el responsable del tractament actua també com a empresari i pretén realitzar aquest control sobre els seus treballadors, la postura de l'AEPD i la Judicatura és més pròxima. És a dir, tant l'autoritat de control com els col·lectius judicials entenen que la realització d'aquest tractament no implica grans problemes que permetin qüestionar la seva legitimació. Així doncs, aquí ambdós ens representatius de l'administració pública entenen que els ocupadors i responsables dels centres de treball han d'aplicar les mesures de control i seguiment adequades per tal d'evitar, o minimitzar, les situacions de risc que es puguin generar per als treballadors en el desenvolupament de l'activitat habitual, en compliment del que indica la Llei de Prevenció de Riscos Laborals (articles 14 i 22). D'aquesta manera, poden realitzar-se captures de la temperatura corporal als efectes de determinar si existeixen elements per determinar un possible contagi per SARS-Cov-2. Així doncs, en l'àmbit laboral, el tractament de dades que el control de temperatura implica es veuria legitimat pel compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament, qui com a empresari té l'obligació de prevenir riscos laboral en l'entorn de treball com ho seria el fet de que es produïssin contagis del virus en les seves instal·lacions. Concretament, el tractament estaria legitimat en virtut de l'article 9.2 b) RGPD, sent la font de l'obligació legal aplicable a l'empresari les regulacions contingudes en la Llei de Prevenció de Riscos Laborals.

A més, aquests tractaments de dades s'hi hauran de realitzar respectant i aplicant les disposicions normatives imperants en la matèria. Fins aquí, és on tant l'autoritat de control com la judicatura coincideixen pel que fa als controls de temperatura en el lloc de treball. Si més no, l'autoritat de control entén que s'ha d'anar una mica més enllà i és per això que ja fa unes setmanes va treure una sèrie de documents relatius a tractaments de dades personals durant la present pandèmia. Sent un d'ells específic per als tractaments de dades en àmbit laboral (FAQ respecte al coronavirus). A criteri de l'Agència, els tractaments de dades en matèria de vigilància de la salut, com el cas de l'obtenció de dades de temperatura corporal, ha de ser realitzat per personal mèdic assignat al servei de vigilància de la salut. No obstant, valorant la magnitud de la situació actual, i entenent





que aquesta mesura podria suposar un esforç desproporcionat, aquestes tasques poden ser delegades a altres figures. Així, per exemple, la presa de dades sobre temperatura corporal pot ser encomanada al personal de seguretat desplegat als accessos dels centres, sempre tenint en compte que aquesta mesura haurà de respondre a una excepcionalitat pròpia de cada situació.

Entrem ara a valorar el punt on apreciem major discòrdia entre les postures de l'AEPD i la judicatura, com ho és la realització de controls de temperatura fora de l'àmbit laboral, sinó personal, a l'accedir a comerços o altres espais oberts al públic general.

Els diferents col·lectius de la judicatura qui recentment s'han pronunciat sobre el tema, tenen una posició discrepant pel que fa a la de l'AEPD. Donat que els portaveus d'aquests col·lectius s'han pronunciat en el sentit que els controls de temperatura són legítims i han de recaure dins la voluntarietat de l'individu. És a dir, interpreten que aquí els drets enfrontats serien els de la privacitat de l'individu i la salut pública del col·lectiu de la societat. I, per tant, la privacitat dels individus qui es veuen obligats a passar un control de temperatura per accedir a un comerç es pondera en favor de l'interès general de preservar o, si més no, adoptar mesures tendents a preservar la salut pública. Així doncs, veiem que davant dos drets constitucionalment reconeguts com ho són la protecció de dades personals i el dret a la salut, aquest sector representatiu de la judicatura entén que el primer s'ha de modular en benefici del segon donada l'actual situació d'excepcionalitat. Remarquen clarament per això, que sempre que es fa una ponderació de drets s'ha de fer responnent a paràmetres de proporcionalitat i utilitat. I per aconseguir aquesta proporcionalitat, remarquen la importància d'anunciar correctament i clarament la realització d'aquests controls, la prohibició de conservar les dades recollides injustificadament, l'obligació de protegir l'anonimat de les persones sotmeses al control així com només realitzar-lo durant el temps en què aquest sigui necessari d'acord amb les instruccions de les autoritats sanitàries pel que fa a la pandèmia. Així mateix, coneixedors de què no hi ha evidència científica de què el fet de tenir una temperatura corporal elevada no és *per se* motiu suficient per a afirmar que una persona estigui infectada pel virus, remarquen la necessitat de què els centres on es realitzin tinguin formes per assegurar que la persona qui té febre pugui justificar altres raons que l'hagin pogut motivar.

A més, alguns d'aquests col·lectius van encara més enllà a l'entendre que el fet de què, per exemple, en un determinat comerç, es realitzi control de temperatura als clients pot ser interpretat com una extensió de l'obligació del responsable del tractament, qui actuant com a empresari, ha de preservar la salut dels seus treballadors. Especialment en aquells recintes en què els clients i els treballadors interactuïn en un mateix espai on el distanciament social sigui difícil. És a dir, la legitimació dels controls en aquests establiments estaria legitimat per l'obligació que recau sobre l'empresari, derivada de l'aplicació de les disposicions normatives contingudes en la legislació de prevenció de riscos laborals.

Així doncs, veiem com des de la judicatura sintetitzen profundament la controvèrsia que aquests controls poden implicar, en el sentit de què la redueixen a una ponderació de drets de què els individus de la societat són titulars. Modulant el dret a la privacitat en benefici de la salut pública, sempre que aquestes actuacions siguin proporcionals, necessàries, útils d'acord amb la finalitat perseguida i es brindin les garanties necessàries per a tractar les dades d'acord amb la normativa aplicable. De fet, en les seves declaracions, ha fet especial esment a la "voluntarietat" d'aquests controls, entenent que la persona sempre té l'última decisió de sotmetre's a aquests en cas de voler accedir al recinte on tal control se li requereixi. Amb tot, podem apreciar com el col·lectiu jurisdiccional, interpreta la situació des d'un punt de vista més pragmàtic i portant la qüestió de fons als principis més generals del nostre ordre jurídic. Analitzant la situació des d'una perspectiva constitucional, i aplicant la ponderació de drets corresponents. Donat que com és sabut,





en matèria de drets fonamentals cap d'ells és absolut, i per això quan dos d'ells resulten enfrontats, com seria la privacitat i la salut pública, cal ponderar quin preval sobre l'altre depenent del context analitzat i un cop realitzat un judici de proporcionalitat.

En canvi, l'AEPD qui també s'ha pronunciat últimament en diverses ocasions sobre la legitimitat dels controls de temperatura en llocs d'accés al públic, adopta un criteri més tècnic i restrictiu. Fent una anàlisi més detallat i subjecte a la normativa de protecció de dades, i no a l'ordenament jurídic en sentit extens. Fa uns dies, l'AEPD va publicar un comunicat per tal de determinar la seva posició envers aquesta qüestió, i de la seva anàlisi podem extreure les conclusions que en el que segueix s'exposaran.

En primer lloc, l'AEPD ha volgut deixar clara la necessitat que abans de què aquests controls es comencin a realitzar de forma autònoma i discrecional per part dels responsables del tractament d'aquests centres i llocs d'accés al públic, caldria que l'autoritat sanitària competent es pronunciï sobre la necessitat de realitzar aquests controls com a mesura per frenar el contagi del virus. És a dir, la necessitat de què el Ministeri de Salut decideixi sobre l'efectivitat d'aquesta mesura de control i sobre la necessitat de la seva implementació, per tal d'evitar, tal com s'està produint, discrecionalitats en la seva implementació. En la mateixa línia, també entenen que hauria de ser el Ministeri de Salut qui marqui els criteris en què aquests controls s'han de realitzar, com valorar les dades obtingudes, a partir de quin valor numèric de temperatura existeix un risc, en definitiva determinar una línia d'actuació conjunta per tal d'evitar discriminacions injustificades. És a dir, determinar qui els ha de realitzar, sota quines condicions i quins efectes poden tindre sobre la població.

En segon lloc, pel que fa a la base legitimadora que habiliti al tractament de dades, discrepen de què aquest pugui veure's com un acte de voluntarietat de les persones a qui es realitza. Donat que entenen que el consentiment en realitzar-se el control no és lliure, sinó que està condicionat, per exemple, amb la voluntat de la persona d'accedir a un determinat comerç. Per tant, com a tractament de dades de salut no seria legítim basar-lo en el consentiment dels interessats (art.9.2a RGPD), qui han d'acceptar el tractament per a accedir a un determinat local. Així doncs, el consentiment no seria vàlid com a base legitimadora per a que els responsables del tractament procedissin a realitzar controls de temperatura. A més, l'Agència entén que el compliment d'una obligació legal que recau sobre el responsable, la Llei de Prevenció de Riscos Laborals, no és d'entitat suficient per estendre's a l'esfera privada dels clients. És a dir, aprecien que no es pot afirmar de forma tan contundent que entre l'obligació de preservar la salut dels treballadors i la privacitat dels clients, s'hagi d'afavorir la primera. Així doncs, entenen que aquesta base tampoc seria aplicable pel fet que, un cop tercers qui no tenen una relació contractual amb el responsable del tractament entren en situació, la legitimació del tractament que el compliment d'una obligació legal referent als treballadors brinda, no és extensiva als clients i per tant la legitimació del tractament de les dades d'aquests es veuria diluïda. Tampoc veurien aplicable al cas la base legal continguda en l'article 9.2 i) RGPD, això és, justificar que el tractament de dades és necessari per a la consecució d'interessos generals, com ho podria ser la salut pública. Aquí l'argumental negatòria recau en la formalitat que el propi RGPD requereix per a l'aplicabilitat d'aquesta base legitimadora, com és la necessitat que una norma amb rang de llei de nivell estatal reculli aquest interès i aporti les garanties adequades i específiques per a protegir drets i llibertats dels interessats, fet que avui dia no s'ha produït. Per últim, en el comunicat afirmen la no viabilitat de realitzar aquests tractaments de dades d'acord amb l'interès legítim del responsable del tractament, no havent-hi discussió, tota vegada que no es troba recollida aquesta base en les previsions de l'article 9.2 RGPD.

A més, a diferència de la postura adoptada per l'AEPD vers a què el personal de seguretat pugui realitzar aquests controls de temperatura en l'àmbit laboral, obeint a raons de logística i proporcionalitat durant la difícil situació actual, afirma rotundament que en els





casos en què sortim de l'àmbit de treball qui realitzi aquests controls hauria de ser personal sanitari o si més no, personal idòniament capacitat per portar a terme aquesta tasca.

Per últim, s'han pronunciat també sobre l'especial preocupació que aquests controls es portin a terme mitjançant càmeres tèrmiques. Donat que aquests dispositius són tendents a conservar les dades enregistrades quan, com ja s'ha apuntat anteriorment, les dades no s'haurien de conservar donat que la seva finalitat s'exhaureix un cop es coneix la temperatura de l'individu en qüestió i valorar si aquesta implica risc o no. Per tant, L'AEPD fa menció expressa també al fet de què aquestes dades no s'han de conservar si no és per una raó justificada, com ho podria ser la derivació d'accions legals per part d'una persona a qui se li ha denegat l'accés. Alhora, aquestes càmeres impliquen una major intromissió tota vegada que el seu ús implica també el tractament de dades biomètriques dels interessats, fet que no passaria si s'utilitza un termòmetre digital.

Així doncs, s'aprecia clarament com l'AEPD no veu clara la legitimació dels controls de temperatura massius realitzats en comerços i altres espais públics com a mesura de prevenció enfront de la propagació del virus, o més ben dit, sense un pla d'actuació general recolzat per una decisió fundada en l'evidència científica per part del Ministeri de Salut del Govern Espanyol. Institució a qui des de l'AEPD se li ha realitzat una consulta formal per tal que es pronuncii sobre aquest tema i així, en cas de què es validi la viabilitat i eficàcia de la mesura, es realitzi de forma estandarditzada. Així doncs s'haurà d'estar atent a com es desenvolupen els fets un cop el Ministeri doni resposta a l'Agència, per veure quina posició unànime s'acaba adoptant des de l'administració. Però tot i així, podem afirmar que la discrepància entre l'autoritat de control i la judicatura és rellevant i, per tant, arribada una possible sanció podríem veure aquest diferent criteri en cas que el sancionat recorri la decisió als tribunals.

