



De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales

Matilde Vicente Díaz

Magistrada

<https://orcid.org/0000-0001-9033-0860>

Soraya Callejo Carrión

Magistrada

Doctora en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-9581-559X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

¿Está sirviendo el estado de alarma decretado por la crisis sanitaria del coronavirus para recortar derechos fundamentales de los ciudadanos en España? Aunque la respuesta fuera positiva, ¿está justificado el recorte de libertades al amparo del bien supremo que es la vida y la salud? ¿Debemos dejar en manos de «papá Estado» la protección de estos bienes tan preciados o, por el contrario, huir de planteamientos paternalistas y preservar por encima de todo el sistema de libertades con que nos dotó la Constitución de 1978? Puede que el uso de las nuevas tecnologías, antes de la crisis sanitaria, ya viniera cercenando ciertos derechos de un ciudadano atolondrado por el abanico de oportunidades que brindan estas, sin ser consciente del precio que se paga por estar conectado a todas horas, y sin embargo, hasta ahora no se haya suscitado el debate porque, por desgracia, también en esto se ven oportunidades políticas. O puede que a quienes propugnan una amenaza seria a las libertades les asista la razón.

Sea como fuere, el presente trabajo trata de asomarse a la nueva realidad jurídica que subyace tras ciertas normativas aprobadas en el seno del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con respecto a las cuales se ha cuestionado su constitucionalidad partiendo de la esencia conceptual de lo que es un estado de alarma.

Palabras clave: garantías; derechos; libertad; poderes públicos; responsabilidad.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2021). De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales. *Revista CEFLegal*, 241, 109-142.



On emergencies, geolocation and rights: An inquiry concerning an overtly dangerous regulation for fundamental rights

Matilde Vicente Díaz
Soraya Callejo Carrión

Abstract

Is the emergency declared because of the covid health crisis being used to curtail the citizens' fundamental rights? Even if there's an affirmative answer, would that curtailment be justified on behalf of the supreme good, i.e. life & health? Should we leave in the nanny state's hands the protection of those beloved goods or, on the contrary, run away from paternalistic approaches and preserve the liberties system provided in 1978 Constitution above all? The use of new technologies before the health crisis may have undermined certain rights of a citizen bedazzled by the wide range of opportunities displayed but unconscious of the price paid for unlimited connection, nevertheless, the discussion has not been brought on until now because, unfortunately, there is also a political bait in it. Or maybe the ones proclaiming a serious threat to liberties are right.

Whatever the answers may be, this paper aims at leaning out the new legal reality window lying beneath certain regulations passed while the state of alarm ordered in Royal Decree 463/2020, of 14 March, was in force, and whose constitutionality has been questioned regarding the essence of the state of alarm concept.

Keywords: guaranties; rights; liberty; public authorities; liability.

Citation: Vicente Díaz , M. y Callejo Carrión, S. (2021). De alarmas, geolocalizaciones y derechos: A propósito de una regulación más que peligrosa para los derechos fundamentales. *Revista CEFLegal*, 241, 109-142.





Sumario

1. Introducción
2. La normativa «sospechosa», o de cómo una orden puede dar al traste con algún que otro derecho fundamental
 - 2.1. Los diversos métodos de ayuda al control de la pandemia: bases para la preocupación
 - 2.2. La Orden SND/297/2020
 - 2.3. El estudio de movilidad
 - 2.4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos
 - 2.5. La Comisión Europea
3. Algunas consideraciones básicas sobre el estado de alarma
 - 3.1. Un estado excepcional para una pandemia excepcional
 - 3.2. De las garantías del estado de alarma
 - 3.2.1. Intervención del Congreso de los Diputados para autorizar prórrogas
 - 3.2.2. Disolución del Congreso
 - 3.2.3. Responsabilidad del Gobierno
 - 3.2.4. Imposibilidad de reforma constitucional durante la vigencia del estado de alarma
4. Alarma versus excepción y sitio
5. De derechos fundamentales o acaso no tan fundamentales: el marco perfecto, la pandemia que todo lo distrae
 - 5.1. El derecho a la vida
 - 5.2. El derecho a la salud
 - 5.3. El derecho a la libertad de circulación
 - 5.4. El derecho a la protección de datos
 - 5.5. El derecho a la intimidad
 - 5.6. La necesaria ponderación de derechos
6. ¿Sería aceptable una pérdida de derechos por el uso de las tecnologías en la lucha contra la covid-19?
 - 6.1. La geolocalización
 - 6.2. Las aplicaciones de autotest e información de contagios
 - 6.3. Las aplicaciones de seguimiento de contactos por Bluetooth
 - 6.4. Los pasaportes de inmunidad
 - 6.5. La lectura de la temperatura



7. ¿Hacia dónde vamos?

7.1. China

7.2. Corea del Sur

8. Conclusión

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Últimamente, debido a la pandemia de la covid-19 y sus letales efectos en todos los ámbitos, nos han asaltado de manera recurrente dos títulos literarios vitales en la historia contemporánea: *La peste* de Albert Camus y *1984* de George Orwell. Su relectura en días de confinamiento se antoja prácticamente obligada en un intento por entender hacia dónde vamos o, al menos, despejar desesperanzas y miedos, si es que se puede, dadas las circunstancias. Acaso las crisis sean cíclicas y los inventos no tanto. En cualquier caso, el empeño como poco es gratificante, literariamente hablando.

De la pandemia sabemos que saldremos colectivamente (más allá de los miles de personas que se han quedado en el camino al no poder superar la enfermedad), mejor o peor, tarde o temprano. Eso sí, distintos, muy distintos. De la regulación legal promulgada a consecuencia de la misma... esperemos que también, pero miedo da que tal regulación haya venido para quedarse. ¿Estamos ante una especie de gran hermano al modo que describía Orwell en su magnífica obra cumbre?

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE del 28) declaró el estado de alarma en nuestro país a consecuencia de la crisis sanitaria presentada por la covid-19 en todo el mundo, y es que nos encontramos ante la mayor pandemia de los últimos siglos a nivel mundial; todo el planeta está revolucionado, sin excepción. En este contexto, no es la primera vez que al amparo del artículo 116 del CE se decreta este anómalo estado en nuestro país, pero sí con consecuencias y alcance tan potentes¹. Jamás en la historia de la democracia española se había vivido algo semejante y quizás su alcance y consecuencias no podamos calibrarlo hasta mucho después de superada la situación en todo el país.

Al margen de la consternación y la zozobra colectiva desencadenada por la abrumadora realidad que se cierne sobre el mundo entero, en España se han sucedido una serie de regulaciones de urgencia promulgadas por el Gobierno, que más allá de su acierto o desacierto para frenar la cruel embestida de la enfermedad, ponen en entredicho algunos de

¹ La primera vez en nuestra historia reciente que se decretó el estado de alarma fue mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que se había visto sustancialmente alterado con motivo de la huelga de los controladores aéreos, al suponer una drástica interrupción del tráfico aéreo en momentos de puente nacional, anulando el derecho de los ciudadanos a circular libremente por todo el territorio nacional y fuera del mismo.

nuestros derechos como ciudadanos, incluso los fundamentales. Ciertamente es que el estado de alarma en su propia esencia es tan temporal como temporales deberían ser las normas dictadas bajo su manto, sin embargo, este tipo de estado excepcional, el menos grave de los tres que contempla el artículo 116 del CE y regula la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, no debería suponer una excusa perfecta para limitar derechos, más allá de los que sean inevitables para paliar la pandemia. Obviamente un obligado confinamiento implica una limitación a la libertad de los ciudadanos, pero ¿hasta dónde cabe llegar?, ¿dónde está el límite?

Una de las normas que genera inquietud entre los juristas es la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Entre tales actuaciones figura la creación de una aplicación informática que analice la movilidad de las personas. Dicha aplicación permitirá, al menos, realizar al usuario la autoevaluación con base en los síntomas médicos que comunique, acerca de la probabilidad de que esté infectado por el coronavirus, ofrecer información al usuario sobre el virus y proporcionar a este consejos prácticos y recomendaciones de acciones que seguir según la evaluación. Hasta ahí, nada demasiado llamativo. Todo sea por la salud pública. Ahora bien, la aplicación permitirá la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en que declara estar y puede incluir dentro de sus contenidos enlaces con portales gestionados por terceros, con el objeto de facilitar el acceso a información y servicios disponibles a través de internet. Es aquí donde se pueden encender todas las alarmas (nunca mejor dicho) en relación con derechos fundamentales como la libertad deambulatoria o la intimidad y protección de datos, pues un uso inadecuado o para otros fines a la postre podría desembocar en una vigilancia constante del ciudadano por parte de ese Gran Hermano que todo lo ve y al que podemos llamar Estado.

El presente trabajo no pretende hacer una crítica de la actuación de los dirigentes políticos, sino analizar desde una perspectiva jurídica adónde nos lleva tal regulación y qué puede suponer, si el estado de alarma justifica la promulgación de ciertas normas, si en un estado de alarma (que no de excepción o sitio) se pueden ver afectados determinados derechos y si esa regulación llega con vocación de temporalidad, como es de esperar en cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 116 de la CE, o, por el contrario, se ha colado en nuestra legislación para quedarse con el pretexto de la pandemia y con una ciudadanía anestesiada por las circunstancias y entretenida al gusto de los dirigentes.

El futuro es incierto, no obstante una cosa parece clara: todo lo que se hace o dice últimamente tiene como fundamento la Constitución de 1978, de la que unos se acuerdan para fulminarla directamente, otros para defenderla y algunos para atacarla mientras parece que la defienden. Estamos ante un punto de inflexión, de cómo lo superemos dependerá el mismo Estado democrático, social y de derecho previsto en el artículo 1.1 de la Carta Magna como uno de los valores esenciales de nuestro sistema. Ahí es nada.

2. La normativa «sospechosa», o de cómo una orden puede dar al traste con algún que otro derecho fundamental

2.1. Los diversos métodos de ayuda al control de la pandemia: bases para la preocupación

En España hay varias aplicaciones sobre el coronavirus creadas por particulares y por diversas autonomías. Un ejemplo de ellas es StopCovid19², de la Generalitat de Cataluña o Coronamadrid³. Todas ellas son de uso voluntario y rastrean a quien dé su permiso para hacerlo.

La Secretaría de Estado de digitalización e inteligencia artificial, además, participa en un proyecto europeo que nació en Alemania, llamado PEPP-PT (Rastreo paneuropeo de una proximidad para preservar la privacidad), y su objetivo en principio no es permitir la geolocalización del usuario, sino rastrear los contactos de los teléfonos para saber quién ha estado cerca de alguien que ha dado positivo por coronavirus. Funciona a través del Bluetooth, que recoge códigos de teléfonos cercanos cada 15 minutos. A su vez, emite a otros teléfonos cercanos. Si alguien da positivo, se comprueban los códigos recibidos para saber con quién ha estado en contacto y poder así comunicarle que podría haberse infectado. Los datos serán anónimos. Su finalidad es lograr la interoperabilidad entre países para garantizar el intercambio de datos anónimos en la lucha contra la covid-19.

Como este sistema solo puede tener éxito si los ciudadanos se descargan de forma voluntaria la aplicación, Apple y Google han anunciado que incorporarán las aplicaciones a los móviles cuando se actualicen sus sistemas operativos⁴, con lo que se conseguirá la descarga de forma prácticamente generalizada. Las dudas surgen porque se desconoce si este rastreo, que se usará para combatir la pandemia, se utilizará también para otros fines.

2.2. La Orden SND/297/2020

La Orden SND/297/2020, de 27 de marzo⁵ encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (perteneciente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) el desarrollo de soluciones tecnológicas para la recopilación de datos con objeto de mejorar la lucha contra la pandemia. Habla de tres cosas distintas:

² <<https://canalsalut.gencat.cat/ca/salut-a-z/c/coronavirus-2019-ncov/stop-covid19-cat/>>

³ <<https://www.coronamadrid.com/>>

⁴ <<https://www.apple.com/covid19/contacttracing/Privacy-Preserving-Contact-Tracing/>>

⁵ <<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4162.pdf>>. Orden SND/297/2020, de 27 de marzo.

- a) Una aplicación para móviles que sirve para hacerse una autoevaluación con base en los síntomas médicos que el ciudadano comunique, acerca de la probabilidad de estar infectado por el coronavirus; además se le puede ofrecer información sobre el virus y proporcionarle consejos y recomendaciones que seguir según la evaluación. No constituye un servicio de diagnóstico médico y, en principio, solo permitirá la geolocalización del usuario para verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en la que declara estar. El responsable del tratamiento de datos será el Ministerio de Sanidad, y de la aplicación, la Secretaría General de Administración Digital, que podrá recurrir a terceros para su ejecución. La aplicación que se ha desarrollado se llama Asistencia COVID-19.
- b) Un chatbot, para ser utilizado vía WhatsApp y otras aplicaciones de mensajería instantánea, que tiene que servir para proporcionar «información oficial ante las preguntas de la ciudadanía» y descongestionar las líneas telefónicas de atención.
- c) Un estudio de movilidad de desplazamientos de la población durante la emergencia sanitaria, denominado DataCOVID-19. Su finalidad es el análisis de la movilidad de las personas en los días previos y durante el confinamiento. El responsable del tratamiento de datos es el Instituto Nacional de Estadística (INE). El análisis debe hacerse a través del cruce de datos de los operadores móviles, de manera agregada y anonimizada, y la norma indica que se debe velar por el cumplimiento de lo establecido en la normativa de protección de datos y los criterios interpretativos establecidos por la Agencia Española de Protección de Datos. El responsable del tratamiento será el INE.

La norma permite a la agencia, además, la evaluación de cualquier propuesta tecnológica.

2.3. El estudio de movilidad

Según el Gobierno, para hacer el estudio de movilidad de desplazamientos de la población durante la emergencia sanitaria se ha creado el DataCOVID-19, que no rastrea movimientos individuales, sino que emplea datos de posicionamiento de los dispositivos móviles, anónimos y agregados, proporcionados directamente por los operadores, y eliminando cualquier información personal, sin identificar ni realizar seguimientos de números de teléfono o titulares de forma individual. La finalidad, según el Gobierno, es conocer si tras la entrada en vigor de las medidas de distanciamiento social aumentan o disminuyen los movimientos de la población entre territorios, si hay áreas con una mayor aglomeración o si hay zonas con una alta concentración de población en relación con su capacidad sanitaria. Pero la norma se dicta con efectos retroactivos, por lo que el rastreo se puede efectuar en días previos a la declaración del estado de alarma.

En la página web de Eleven Paths (Unidad de Ciberseguridad de Telefónica)⁶, se asegura que, desde hace muchos años, las empresas llevan utilizando el *big data* y la inteligencia de negocio para la toma de decisiones basadas en datos, por lo que considera digno de aplauso que también el Estado decida utilizar estas potentes herramientas para tomar decisiones eficaces basadas en los datos, sin riesgo alguno para nuestras libertades. Asegura que los operadores no facilitan datos individuales sobre números de teléfono, ni sobre los titulares de las líneas, por lo que en ningún caso el INE podrá rastrear la posición de ningún terminal, y explica cómo puede entonces el INE saber todo sobre el movimiento de la población en su conjunto. Dice lo siguiente: los teléfonos móviles se comunican con antenas que están situadas en celdas. Cada antena da servicio a todos los terminales que en cada momento caen dentro de su área de cobertura. En zonas densamente pobladas, las operadoras ubican muchas celdas y muy juntas para dar servicio a la gran cantidad de abonados que entran dentro de cada una, a distancias tan pequeñas como 400 metros, mientras que en áreas despobladas las antenas pueden distar hasta 8 km. A medida que un usuario de telefonía móvil se desplaza, va cambiando de una celda a otra. Para que la telefonía móvil funcione, tu operadora necesita saber en todo momento en qué celda te encuentras para hacerte llegar llamadas entrantes o permitirte llamar. Debido a que las celdas de la red celular cubren áreas que suelen oscilar entre los 800 y los 8.000 m², no es posible ubicar a un usuario con total precisión, como con un GPS. La posición conocida por la operadora es siempre aproximada, con un error típico de entre 400 y 8.000 m. Partiendo de este error, se puede saber en qué barrio se encuentra un terminal, pero no se puede determinar si está dentro de casa, en el parque o en el supermercado. Por tanto, las operadoras ceden al INE datos de posición anonimizados y aproximados, sin datos personales de ningún tipo. Los datos de posición aproximada de las tres grandes operadoras permiten disponer de una muestra de más de 40 millones de teléfonos móviles en toda España, dividiendo todo el territorio nacional en unas 3.200 áreas de movilidad. Los datos de ubicación no son extraídos de los terminales móviles, sino que se extraen de la red móvil y se asignan a nivel de distrito censal, que es la mínima unidad geográfica utilizada. Las operadoras evitan asimismo una reidentificación posterior de los terminales a través de varias medidas de protección extra de la privacidad: establecer áreas muy amplias en zonas poco pobladas, excluir áreas con menos de 5.000 abonados, etc. El estudio seguirá en marcha mientras dure la emergencia sanitaria y hasta que se restablezca la normalidad. Tras estas operaciones, el INE solo recibe información agregada que le permite sacar conclusiones del tipo, por ejemplo, que el 3,5 % de los habitantes de un determinado barrio salen a trabajar diariamente frente a un 17,9 % de otro barrio. Pero a partir de los datos entregados por las operadoras, ni el INE ni el Estado tienen forma de precisar si tú te quedas o no en casa. Los datos se encuentran disponibles en la página web del INE, en el que se indica que provienen del análisis de la posición de más del 80 % de los teléfonos móviles de toda España.

Si las cosas fueran así, este estudio es respetuoso con las leyes de protección de datos, pues no se utiliza ni proporciona ningún dato personal, ni cualquier otro que pudiera servir

⁶ <www.elevenpaths.com>

para identificar a usuarios. Pero el ministro del Interior ha explicado en rueda de prensa que no se descarta utilizar con fines policiales, es decir, de vigilancia, supervisión e incluso sanción, los datos de geolocalización, aunque sea necesario para ello la publicación de una ley para que le dé amparo legal. ¿A qué se refería el ministro? ¿A la geolocalización derivada de la aplicación Asistencia Covid19 o al estudio de movilidad? ¿Sus palabras indican que la geolocalización puede que no se haga de manera agregada y anonimizada, sino que se podrá identificar a la persona?

2.4. Posición de la Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española de Protección de Datos tuvo que lanzar un comunicado en fecha 26 de marzo de 2020 para precisar que los datos recabados solo pueden ser tratados para el control de la epidemia, que solo pueden ser facilitados por mayores de 16 años o menores con autorización de sus padres y que cabe la geolocalización de los ciudadanos que hayan dado positivo en la prueba de la covid-19 a través del teléfono móvil que hayan facilitado previamente, para hacer el seguimiento de su cuarentena.

Es muy probable que la mayor parte de los ciudadanos que se descarguen la aplicación y den todos sus datos desconozcan todos estos extremos y crean que solo se trata de una aplicación inocua para hacer la «autoevaluación» de su salud, pues se oferta como un servicio de ayuda para aconsejar al ciudadano en relación con el coronavirus. Nada se dice sobre el seguimiento que se le podrá hacer con base en las amplias competencias que en la situación excepcional de epidemia tienen las autoridades sanitarias, que alcanza incluso a limitar la libertad de circulación de las personas.

Sin embargo, la agencia ha debido recordar que la situación de emergencia no suspende el derecho fundamental a la protección de datos personales y recuerda que los criterios que deben aplicarse para que el tratamiento de los datos sea lícito son los siguientes:

- Deben ser necesarios para el interés público y deben garantizar los intereses vitales de los propios afectados o de terceros.
- Los datos solo pueden tratarse para el control de la epidemia.
- Debe limitarse a los datos necesarios.
- Solo podrán tratar los datos las autoridades públicas competentes.
- Las entidades privadas que colaboren no podrán utilizar los datos para fines distintos.

Con relación a la geolocalización, el único dato que debería facilitarse a los operadores de telecomunicaciones, según la agencia, es el número de teléfono que se tiene que geo-

localizar, salvo que el Ministerio de Sanidad entendiera imprescindible facilitar algún otro dato a los efectos del seguimiento de la enfermedad. Es evidente que esto permite la fácil obtención de la lista de infectados. Por ello la agencia ha advertido que, dada la proliferación de páginas web y aplicaciones móviles que ofrecen ayuda y servicios para autoevaluar y aconsejar en relación con el coronavirus, el ciudadano debía ser consciente de los riesgos que implica facilitar datos sensibles como son los de salud, incluso en aquellos casos en los que aparentemente esos datos no se asocian a la identidad del usuario.

2.5. La Comisión Europea

Cada país ha impuesto sus propias normas, pero estas normas pueden chocar o ser insuficientes en el seno de la Unión Europea. La ausencia de fronteras en el espacio común exige la colaboración entre los Estados. La Comisión Europea, quizá un poco tarde, emitió la Recomendación 2020/518, de 8 de abril (publicada el 14 de abril de 2020)⁷, relativa a la puesta en marcha de un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la covid-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados. La Comisión pone de relieve que la Unión y los Estados miembros se ven obligados a afrontar «un desafío sin precedentes para sus sistemas de asistencia sanitaria, forma de vida, estabilidad económica y valores», y considera que ningún Estado miembro puede tener éxito por sí solo en la lucha contra esta crisis. Considera asimismo que las tecnologías y los datos digitales tienen un valioso papel que desempeñar, ya que en Europa muchas personas se conectan a internet a través de dispositivos móviles, por lo que ofrecen una herramienta muy importante para informar al público y ayudar a las autoridades públicas en la contención de la propagación del virus y para permitir que las organizaciones sanitarias intercambien datos sobre la salud. Entiende que un enfoque fragmentado y descoordinado pone en peligro la eficacia de las medidas y daña tanto al mercado único como a los derechos y libertades fundamentales. Considera que el enfoque adecuado es proporcionar a las autoridades sanitarias y los responsables políticos datos suficientes y precisos para comprender la evolución y la propagación del virus, así como sus efectos, y añade que estas tecnologías también pueden empoderar a los ciudadanos para que adopten medidas eficaces y más selectivas de distanciamiento social, protegiendo a su vez los derechos y libertades fundamentales, en particular, el derecho de intimidad y a la protección de los datos personales. Afirma que las aplicaciones de alerta y seguimiento pueden desempeñar un papel importante en el rastreo de los contactos, y así limitar la propagación de la enfermedad e interrumpir las cadenas de transmisión, por lo que combinadas con estrategias adecuadas de realización de pruebas y con el seguimiento de los contactos, las

⁷ <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2020.114.01.0007.01.SPA&toc=OJ:L:2020:114:TO>

aplicaciones de móviles pueden ser esencialmente importantes a la hora de proporcionar información sobre el nivel de circulación del virus, evaluar la eficacia de las medidas de distanciamiento físico y confinamiento y orientar las estrategias de desescalada. Recuerda que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, establece las condiciones por las que se rige el tratamiento de los datos personales, incluidos los de carácter sanitario. Tales datos pueden tratarse, entre otras circunstancias, cuando el interesado dé su consentimiento explícito o cuando el tratamiento resulte en interés público, según lo especificado en el derecho de los Estados miembros o en el derecho de la Unión, en particular con fines de supervisión y de alerta o de prevención y control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud, pero considera que debe establecerse de forma clara y específica el propósito de los medios de tratamiento de los datos, qué datos deben tratarse y por quién.

Recuerda que el artículo 15, apartado 1 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece las normas aplicables a los datos de tráfico y de localización, así como al almacenamiento de información y a la obtención de acceso a la información almacenada en el equipo terminal, permite a los Estados miembros adoptar medidas legales para limitar el alcance de determinados derechos y obligaciones establecidos en la directiva cuando tal limitación constituya una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para alcanzar determinados objetivos. Afirma que el dictamen de los expertos apunta a que las aplicaciones destinadas a informar y advertir a los usuarios parecen ser «las más prometedoras a la hora de prevenir la propagación del virus, habida cuenta también de su impacto más limitado en la intimidad», y considera que algunas de estas aplicaciones móviles podrían considerarse productos sanitarios si están destinadas por el fabricante a ser utilizadas, entre otros fines, para el diagnóstico, la prevención, el seguimiento, la predicción, el pronóstico, el tratamiento o el alivio de una enfermedad.

Considera que las aplicaciones de alerta y seguimiento son útiles para que los Estados miembros efectúen el rastreo de los contactos y pueden desempeñar un papel importante en la contención en las situaciones posibles de desescalada. Además, pueden ser un valioso instrumento para que los ciudadanos mantengan un distanciamiento social eficaz y más selectivo. El seguimiento de los contactos implica que las autoridades de salud pública puedan detectar con rapidez a todos los contactos de un paciente confirmado de contagio, pedirles que practiquen el autoaislamiento y, en caso de desarrollar síntomas, realizarles pruebas y aislarlos de forma rápida. Además, los datos anonimizados y agregados derivados de dichas aplicaciones podrían utilizarse, junto con información sobre la incidencia de la enfermedad, para determinar la eficacia de las medidas de distanciamiento físico y comunitario. Con relación a las aplicaciones de autodiagnóstico y análisis de síntomas, considera que podrían proporcionar información pertinente sobre el número de casos que presentan síntomas compatibles con la covid-19, por edades y semanas, en zonas bien delimitadas donde la aplicación tenga una cobertura elevada. Considera que al tener que detectar los encuentros de proximidad entre usuarios de distintas aplicaciones de seguimiento de con-

tactos cuando atraviesen fronteras, es conveniente prever la interoperabilidad entre aplicaciones y, para hacer frente a las cadenas de transmisión transfronteriza, se requiere que las autoridades nacionales responsables de supervisar las cadenas de transmisión de contagios puedan intercambiar información interoperables sobre los usuarios que hayan dado positivo en otros Estados miembros.

Pone en evidencia que, dadas las funciones de las aplicaciones, su uso es susceptible de afectar al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. Asimismo, resalta que el problema es conseguir la adhesión de los ciudadanos a estos medios de control. Recomienda que el conjunto de instrumentos que se adopten debe:

1. Limitar estrictamente el tratamiento de datos personales a la lucha contra la crisis de la covid-19 y velar por que los datos personales no se utilicen para otros fines, como la coerción o con fines comerciales.
2. Garantizar la revisión periódica de la necesidad continuada del tratamiento de datos personales para la lucha contra la crisis de la COVID-19 y establecer cláusulas de extinción adecuadas, con el fin de velar por que el tratamiento no se extienda más allá de lo estrictamente necesario para dichos fines.
3. Adoptar medidas para garantizar que, una vez que el tratamiento ya no sea estrictamente necesario, se ponga realmente fin a éste y los datos personales correspondientes sean destruidos de forma irreversible, a menos que, en opinión de los consejos de ética y las autoridades de protección de datos, su valor científico al servicio del interés público sea mayor que la repercusión sobre los derechos en cuestión, sujeto a las salvaguardias adecuadas.

Por último, ofrece una serie de recomendaciones para tener en cuenta en el desarrollo de las distintas herramientas informáticas.

Los Estados miembros dispondrán hasta el 31 de mayo de 2020 para informar a la Comisión acerca de las medidas adoptadas con arreglo a esta recomendación.

Con posterioridad, se publica la Comunicación 2020/C 124 I/01, de 17 de abril⁸, mediante la cual la Comisión Europea hace públicas las Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de covid-19 en lo referente a la protección de datos y determina los requisitos que deben reunir las aplicaciones para asegurar el cumplimiento de la legislación comunitaria en materia de protección de la intimidad y de los datos personales (Reglamento general de protección de datos y Directiva sobre la privacidad y las co-

⁸ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0417%2808%29>>

municaciones electrónicas). Solo se refiere a las aplicaciones que tengan por objeto hacer cuestionarios de autoevaluación, recibir información sobre la enfermedad, foro de comunicación entre médicos y pacientes y rastreo de contactos y de alerta. Parte de la recomendación analizada antes y señala que para evitar la intrusión de las aplicaciones, deberían asumir las autoridades sanitarias la responsabilidad del tratamiento de datos; se debería garantizar que la persona mantenga el control de sus datos personales, por lo que entiende que la instalación de la aplicación en el dispositivo debe ser voluntaria y sin consecuencia negativa para quien decida no hacerlo; no deberían agruparse las distintas funcionalidades de la aplicación, con el fin de que las personas puedan dar su consentimiento específico para cada una de ellas; los datos de proximidad solo deberían compartirse con las autoridades sanitarias en el caso de que la persona lo autorice, y las aplicaciones deben poder desactivarse cuando se declare que la pandemia está controlada, sin necesidad de que el usuario desinstale la aplicación.

3. Algunas consideraciones básicas sobre el estado de alarma

Con carácter previo a la resolución del dilema que nos abruma, a saber, si hay gravemente comprometidos derechos fundamentales con esta regulación, vamos a efectuar una serie de consideraciones básicas en torno a la esencia y naturaleza del estado de alarma, en el entendimiento de que partiendo de su naturaleza será más fácil llegar a ciertas conclusiones, fijando, en definitiva, el marco jurídico-constitucional del que se debe partir.

3.1. Un estado excepcional para una pandemia excepcional

El estado de alarma es uno de los tres estados de excepción que se contemplan en el artículo 116 de la CE, el menos grave de los tres, pero parte, como los otros dos, de un principio esencial: solo puede decretarse ante situaciones de necesidad y siempre con las cautelas pertinentes, so riesgo de favorecer que al amparo de la excepcionalidad de la situación se produzcan instrumentalizaciones indeseables por parte del poder político, lo que históricamente, por otro lado, no sería ninguna novedad⁹. En definitiva, hay que evitar que al socaire de la necesidad se produzcan subrepticamente abusos que deriven en una limitación de las libertades y derechos.

⁹ Brage (2011, pp. 196-200) así nos lo recuerda cuando afirma que debemos partir de que solo es posible adoptarlos cuando el Estado no puede afrontar una situación determinada con los poderes constitucionales ordinarios. Y sin que pueda perderse de vista que precisamente la cláusula constitucional de la Constitución alemana de Weimar (1919), que regulaba, con relación al estado de necesidad, las facultades extraordinarias del presidente del Reich y la suspensión de libertades (art. 48), acabó siendo invocada y utilizada por Hitler para lograr el poder total en 1933.

Verdaderamente, el estado de alarma en sí mismo es negativo; es el tipo de estado *anormal*, entendida la anomalía como excepcionalidad que se decreta ante situaciones de emergencia. Pero como ya apuntábamos anteriormente, en principio y conceptualmente hablando, no implica (o no debería implicar) una suspensión de según qué derechos fundamentales, como sí suponen los estados de excepción y sitio. En este punto, el artículo 55 de la CE contempla expresamente la posibilidad de suspender determinados derechos únicamente en los estados de excepción y sitio (libertad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional, libertad de expresión y derecho a la información, prohibición de secuestro de publicaciones sin resolución judicial, reunión, huelga y derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo). Por lo tanto, si de entrada nos atuviéramos a esta declaración constitucional, podríamos llegar a concluir que el confinamiento impuesto por el reciente estado de alarma, más allá de que sanitariamente hablando sea una medida oportuna, supone una extralimitación en sí mismo desde el punto de vista jurídico. Ello no obstante, hay que acudir a la propia ley orgánica reguladora de los tres estados de excepción para corroborar que, precisamente, una de las medidas que permite el estado de alarma (art. 11) es la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos¹⁰.

A pesar de esto, entendemos que no puede cuestionarse la declaración del estado de alarma con motivo de la crisis sanitaria derivada de la covid-19, pues las emergencias o calamidades de este tipo entran de lleno en su órbita. Así se desprende de la Ley Orgánica 4/1981 cuando prevé los supuestos tasados en que cabe declarar el estado de alarma por el Gobierno en todo o parte del territorio nacional, entre los que se encuentran las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves¹¹. Dicho de otro

¹⁰ Las otras medidas que contempla el artículo 11 son: practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados. Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

¹¹ Según el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Por lo tanto, la dicción literal del precepto es clara, no basta con que se dé alguna de estas circunstancias calamitosas, sino que deben ser de tal envergadura que compelan a la adopción de medidas extraordinarias para paliarlas. En definitiva, a excepcional situación, excepcionales las medidas. En este contexto, es evidente que la pandemia mundial del coronavirus justificaba el estado de alarma, incluso que fuera de amplio espectro, si bien habrá que analizar si algunas de las normas promulgadas no han sido la coartada perfecta para limitar derechos innecesariamente. Eso es lo que se pretende clarificar en el presente trabajo.

modo, siguiendo a Cruz (1984, p. 52), el estado de alarma está «concebido sustancialmente frente a catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud».

De la dicción literal del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 se colige la propia excepcionalidad en lo que atañe al estado de alarma, pues no basta con que se dé alguna de las circunstancias calamitosas que describe, sino que deben ser de tal envergadura que compelan a la adopción de medidas extraordinarias para paliarlas. Dicha ley orgánica representa, según Fernández Segado (1981), una importancia paradójica, pues trata de configurar la normalidad de lo anormal.

En definitiva, a excepcional situación, excepcionales las medidas. En este contexto, es evidente que la pandemia mundial del coronavirus justificaba el estado de alarma, incluso que fuera de amplio espectro, si bien habrá que analizar si algunas de las normas promulgadas no han sido la coartada perfecta para limitar derechos innecesariamente. Eso es lo que se pretende clarificar en el presente trabajo, sin apasionamientos ideológicos y sin ánimo exhaustivo, porque un análisis pormenorizado de la prolija normativa aprobada bajo la vigencia del Real Decreto 463/2020 escaparía de los límites de un trabajo como este, de extensión limitada por exigencia de las bases; de ahí la necesidad de concentrarnos en solo un aspecto muy determinado como es el ya anunciado¹².

Sin perder de vista lo anterior, para finalizar, siguiendo a Sandoval, tal y como lo hemos definido, el estado de alarma forma parte, junto con el estado de excepción y sitio, de lo que se ha dado en llamar derecho de excepción, cuyas características más notables son esencialmente tres: se decretan para proteger el Estado social y democrático de derecho (lo que no deja de ser una paradoja, pues supone recurrir a la excepcionalidad para proteger la constitucionalidad «ordinaria»), implica un importante control por parte del Congreso de los Diputados y representa una pluralidad de estados excepcionales, pues no hay solo uno.

Ahora bien, aun cuando los tres tipos de estado a que venimos haciendo referencia forman parte de lo que se ha dado en llamar derecho de excepción, siguiendo a Bru Peral (1999, pp. 148-149), es importante subrayar que la naturaleza del estado de alarma es totalmente diferente a la de los estados de excepción y sitio, pues estos dos últimos presentan una naturaleza eminentemente política, mientras que el estado de alarma se perfila con naturaleza social, al obedecer a hechos naturales y a circunstancias sociales. Para este autor los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 4/1981 excluyen todo tipo de circunstancias de índole política, quedando reservado el estado analizado a supuestos excepcionales de

¹² Como dijo Fernández Segado (1981), estamos más bien ante una situación basada en la necesidad de proteger a la sociedad frente a una suma de riesgos, procedentes bien de hechos naturales, bien de circunstancias sociales, ante los que se encuentra en grave riesgo la seguridad o la vida de las personas, y se encuentra en dificultad el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la comunidad pueda desenvolver su vida colectiva normal.

orden natural o social, con lo que su valoración a efectos de su declaración será fácilmente fiscalizable en relación con su oportunidad.

Incluso, esta naturaleza marcadamente social del estado de alarma ha llevado a algunos autores, como Mateu-Ros (1988, p. 173), a sostener que este se perfila más bien como una urgencia administrativa.

En el caso particular del estado decretado al amparo de la crisis del coronavirus, gran parte de su legitimidad, en el marco del Estado democrático, social y de derecho que se ha de proteger, y que es valor superior de nuestro ordenamiento según el artículo 1.1 de la CE, entronca con el derecho a la salud, y ante la evidencia de que el mismo estaba en peligro, ha contado con la aquiescencia resignada de los ciudadanos, quizás no conscientes del todo de las implicaciones que muchas medidas adoptadas por el Gobierno puedan tener en el futuro, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

3.2. De las garantías del estado de alarma

Como es lógico, partimos de dos premisas básicas: no todo vale en el estado de alarma y todo lo que se haga durante el mismo deber tener una vigencia temporal. Es así por cuanto el incremento de competencias al poder ejecutivo durante el estado de alarma exige en compensación establecer límites que actúan como garantías para los ciudadanos.

En el caso concreto del reciente estado de alarma, el Real Decreto 463/2020, en su artículo 4, concentra todas las competencias en el Gobierno y establece, asimismo, que para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: la ministra de Defensa, el ministro del Interior, el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el ministro de Sanidad. Además, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministros indicados, será autoridad competente delegada el ministro de Sanidad. Por consiguiente, es indudable la gran absorción de competencias por parte del ejecutivo central, si bien tal absorción únicamente puede operar con carácter temporal, durante la vigencia del estado excepcional; se trata de evitar, en definitiva, de que se materialicen los peligros de los que hablaba Loewensein (1986) cuando alertaba de la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental¹³.

¹³ Loewensein afirmó: «El gobierno de crisis significa la sustitución temporal de la técnica que distribuye el poder entre varios detentadores dotados de mutuos controles por la concentración consciente del poder en manos del detentador gubernamental, así como la suspensión de los normales controles interorgánicos de la asamblea frente al ejecutivo durante la duración del periodo de excepción [...]». Asimismo, continuaba: «Cualquiera que sea la causa, las situaciones de crisis colocan al Estado democrático constitucional frente al más difícil de los problemas: ¿será posible enfrentarse contra sus peligros por medios constitu-

Por otro lado, cuáles sean las medidas a adoptar dependerá de la situación de emergencia concreta que hubiere determinado la declaración, pero siempre partiendo de un principio importante: su necesaria publicidad como medio de evitar oscurantismo por parte del poder ejecutivo. De hecho, tal y como exige el artículo segundo de la Ley Orgánica 4/1981, las medidas que se adopten se publicarán, no solo en el Boletín Oficial del Estado, sino que también se difundirán por los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen. Con una importante consecuencia: la entrada en vigor de las medidas se produce en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Cualquier otro tipo de actuaciones que se acuerden deberán ser difundidas por la autoridad competente.

Por otro lado, una vez que finalice el estado de alarma cesarán las competencias sancionadoras de las autoridades competentes, aquellas específicas que se hubiesen ejercido a consecuencia del mismo y para preservar las medidas adoptadas en su seno. Extrapolando lo anterior al ejemplo concreto del confinamiento impuesto por el estado de alarma reciente, podríamos decir que durante su vigencia un ciudadano puede ser sancionado por saltarse la prohibición de salir de casa en los términos impuestos, pero nadie podrá ser sancionado por la misma razón cuando ya no esté vigente dicho estado excepcional. Naturalmente, aquellas sanciones ya impuestas y que hubiesen devenido firmes, tendrán que cumplirse. A esta garantía alude el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981 cuando advierte textualmente:

Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

En este punto el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional establece que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Por su parte, el artículo 10 de esta última se remite a lo dispuesto en las leyes y establece, asimismo, la posibilidad de suspensión del cargo cuando la infracción es cometida por funcionarios o autoridades. Por lo tanto, debido a que la declaración del estado de alarma no suspende en ningún caso la aplicación del ordenamiento jurídico vigente, con el texto constitucional a la cabeza en cuanto primera ley en sentido formal, las normas que lo integran siguen siendo de perfecta aplicación.

Es así por cuanto la vigencia del principio de legalidad, recogido en el artículo 25 de la CE, no queda excepcionada; cierto que la declaración del estado de alarma tipifica, siquiera sea

cionales, creados para la situación política normal? Y si la respuesta es negativa, ¿cómo se podrá establecer un gobierno de crisis y cómo se le dejará funcionar de manera que posea suficiente libertad para superar la situación en cuestión, pero no demasiada con el fin de no caer en un autoritarismo sin límite?».

coyunturalmente, nuevas conductas susceptibles de sanción, a la sazón saltarse el confinamiento para otros fines que no sean estrictamente los permitidos por las diversas órdenes dictadas, pero al margen de lo anterior, no pueden crearse *ex novo* infracciones ni conductas delictivas, pues en este campo sigue siendo de perfecta aplicación el Código Penal.

Asimismo, existen otras garantías básicas en cuanto al estado de alarma y pueden sintetizarse en las siguientes:

3.2.1. Intervención del Congreso de los Diputados para autorizar prórrogas

La primera garantía a que apunta el propio artículo 116.2 de la CE es la que tiene que ver con la intervención del Congreso de los Diputados en el estado de alarma, por cuanto si bien el estado excepcional lo decreta el Gobierno en Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, corresponde a la Cámara Baja autorizar su prórroga o sucesivas prórrogas. La intervención del Senado en este punto es inexistente. La garantía tiene toda la lógica constitucional, pues la autorización del Congreso para prorrogar el estado de alarma más allá de los primeros 15 días opera como forma de control por parte del legislativo hacia el Gobierno, lo que confirma el principio de división de poderes diseñado por el texto constitucional, en el que cada uno de ellos tiene un papel muy definido, pero sin ser compartimentos estancos, de manera que están condenados a relacionarse, que no entenderse (visto lo visto); y en el caso concreto del ejecutivo y el legislativo, no nos olvidemos de que esa relación pasa por los distintos medios de control previstos en el título V de la CE¹⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el efecto de una eventual negativa por parte del Congreso a autorizar la prórroga del estado de alarma; *a priori*, la respuesta parece sencilla: fin del estado excepcional y recuperación de la normalidad previa al mismo. Las consecuencias políticas son otra historia.

3.2.2. Disolución del Congreso

El artículo 116.5 de la CE establece una limitación o garantía importante, consistente en prohibir la disolución del Congreso mientras estén declarados alguno de los estados de excepción, quedando automáticamente convocadas las cámaras, si no lo estuvieren en periodos de sesiones. El mismo precepto matiza que su funcionamiento y el de los demás poderes del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Debe quedar claro, y así quiso establecerlo la Ley Orgánica 4/1981, que la declaración del estado de alarma no supone una alteración en el funcionamiento de los poderes cons-

¹⁴ Comisiones, interpelaciones, preguntas, cuestión de confianza, moción de censura.

titucionales del Estado por cuanto no conlleva una alteración del régimen constitucional; dicho de otra manera, las instituciones siguen funcionando conforme a la ley y la Constitución, y en sí misma esta es una gran garantía para los ciudadanos. Tal garantía se encuentra recogida en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981. Sin embargo, algunos autores han puesto de manifiesto lo que a su juicio es una clara contradicción intrínseca en la previsión del artículo 116.5 de la CE entre, por un lado, la preservación del normal funcionamiento de los poderes constitucionales y, por otro, la prohibición de disolución del Congreso durante la vigencia del estado de alarma. El profesor Fernández Segado se refiere a la polémica suscitada entre este precepto y el artículo 116.5 de la Constitución, puesto que este último establece una excepción a la facultad presidencial de disolución del Congreso, de forma que contra lo dispuesto en el artículo 1.4 de la ley orgánica, se prevé una supuesta interrupción en el normal funcionamiento de un poder constitucional.

Sin embargo, en opinión de Lafuente Balle (1989, pp. 48-49) no existe tal contradicción entre ambos preceptos, pues, a su juicio, la exigencia de normal funcionamiento de los poderes constitucionales que establece el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981 se traduce en que estos sigan funcionando conforme a las normas y a la Constitución. Asimismo, este autor afirma que el poder presidencial de disolver las cámaras funcionará «normalmente» solo si cumple toda la normativa constitucional al respecto, y, por tanto, no solo el artículo 115, sino también el artículo 116.5. Y discrepando del profesor Cruz Villalón, entiende que el artículo 115 de la Constitución es aplicable al Senado que, en consecuencia, puede ser objeto de disolución durante la vigencia de algún estado excepcional; y ello en razón a que el «normal funcionamiento» de este «poder» implica su funcionamiento conforme a la norma, y esta norma –el artículo 116.5 de la CE– limita expresamente la excepción del artículo 115 al Congreso sin que quepa una aplicación analógica de este precepto al Senado.

En cualquier caso, parece lógica la prohibición impuesta en el artículo 116.5 del CE respecto de la disolución del Congreso; si es este órgano el encargado de autorizar eventuales prórrogas del estado de alarma, controlando de esta forma al poder ejecutivo, la limitación de disolución voluntaria por parte del presidente se impone, so riesgo de convertir este recurso constitucional en un instrumento autocrático al servicio del poder ejecutivo, sin control alguno por parte del poder legislativo.

3.2.3. Responsabilidad del Gobierno

Por su parte, el artículo 116.6 de la CE establece que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y las leyes. En este contexto, dado el silencio de la norma fundamental, primeramente, convendría delimitar a qué tipo de responsabilidad quiere aludir el precepto: a la puramente política o la penal o civil.

En un intento por responder al interrogante, cabría traer a colación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981, cuando se pronuncia en estos términos:

Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

Considerando lo anterior, y desde nuestro punto de vista, la responsabilidad a que alude el artículo 116.6 de la CE sería la penal y la civil, por cuanto la responsabilidad política cabe subsumirla en el artículo 113 a través del mecanismo de la moción de censura y la propia negativa a conceder eventuales autorizaciones para prorrogar el estado de alarma por parte del Congreso de los Diputados.

En este sentido, Lafuente Balle (1989, pp. 51-52) entiende que la solución contraria sería ilógica, porque en cualquiera de los tres estados de alarma, excepción y sitio, las Cortes Generales disponen de una alternativa más razonable, cual es la de denegar su aprobación a la declaración o prórroga de un estado excepcional para, a continuación, interponer la censura al Gobierno. El obstáculo que supone el que no se requiera aprobación parlamentaria para la declaración de un estado de alarma sería menor, puesto que, en tal caso, para manifestar su desconfianza al Gobierno, las Cortes (por el Congreso) se verían obligadas a dejar transcurrir un plazo tan solo de 15 días, pasado el cual habrían de denegar la prórroga que eventualmente solicitase el Gobierno antes de proceder a su censura.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista y salvo mejor entender, considerando que el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981 no hace sino desarrollar lo estipulado en el artículo 116.6 de la CE, procede concluir que, en efecto, se está pensando en la responsabilidad «judicial», tanto en su vertiente penal como civil, incluso contencioso-administrativa, lo que obliga, por un lado, a hablar de jurisdiccionalidad¹⁵, y por otro, de indemnidad frente a los daños y perjuicios sufridos por el ciudadano a consecuencia de actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de alarma. Lo anterior no deja de ser corolario de lo dispuesto, a su vez, en los artículos 102 y 106 de la CE. No obstante lo anterior, el profesor Serrano Alberca indica que el juez habrá de valorar que la ampliación de las facultades de la Administración en los estados excepcionales reduce el ámbito de lo ilegal y, por consiguiente, la responsabilidad de la Administración.

¹⁵ Bru Peral (1999, p. 147), para quien la responsabilidad de la que habla el artículo 116.6 es tanto la política como la penal y la civil, manifiesta que la jurisdicción aparece como guardián de las libertades frente al Estado, y esta intervención del poder judicial en tiempo de crisis es contraria a la creación de tribunales *ad hoc*, o excepcionales, prohibidos por el artículo 117 de la Constitución.

3.2.4. Imposibilidad de reforma constitucional durante la vigencia del estado de alarma

Mientras dure el estado de alarma, no puede iniciarse ninguno de los procedimientos de reforma constitucional diseñados en el título X de la norma fundamental. Lo prohíbe expresamente el artículo 169 de la CE.

4. Alarma versus excepción y sitio

A lo largo del presente trabajo, hemos venido identificando el estado de alarma con los estados de excepción¹⁶ y sitio¹⁷. Sin embargo, tal identificación únicamente puede circunscribirse a la categorización de todos ellos como estados de excepción, por lo que representan de anormalidad de la vida constitucional, con un matiz social en el caso del de alarma, y con un sesgo claramente político en los otros dos. Y esto conviene subrayarlo en lo atinente a la suspensión/limitación de derechos fundamentales. La propia Constitución en su artículo 55 contempla la posibilidad de suspender determinados derechos fundamentales en los estados de excepción y sitio, no así en el estado de alarma, dentro del cual como mucho se puede limitar el derecho a la libre circulación de personas y vehículos.

Si bien, Aba Catoira (2011, p 323) considera que en términos generales las previsiones constitucionales sobre los estados excepcionales son aceptables, en cuanto que establecen un camino para proteger la libertad y la Constitución frente a posibles alteraciones de diversa naturaleza, no faltan los autores que critican la inclusión de los tres estados en el mismo precepto constitucional por considerar que son situaciones cualitativamente distintas entre sí. De esta opinión es Santaolalla, para quien si realmente se pensó que el estado de alarma tuviese como supuestos de hecho los recogidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981 (catástrofes y calamidades públicas, crisis sanitarias, desabastecimientos de productos), nunca debió ser previsto en el mismo precepto constitucional que los estados de excepción y sitio, y nunca debió establecerse que una misma ley regularía estos tres estados. En efecto, los estados de excepción y sitio son *situaciones de anomalía estatal*, situaciones que afectan a la vida y seguridad del Estado, mientras que el estado de alarma,

¹⁶ Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción (art. 13 LO 4/1981).

¹⁷ Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.

en la forma regulada, no es más que una *situación de anomalía social*, que implica la existencia de unas alteraciones importantes en la colectividad, pero que no tienen trascendencia como para poner en peligro la vida del Estado. De ahí lo desafortunado de introducir en el mismo «saco» a los estados de excepción y sitio y al estado de alarma, dando a este último un alcance y una trascendencia que en modo alguno tiene (Santaolla López, p. 27).

Sin ánimo de profundizar en la naturaleza de los estados de excepción y sitio, lo único que pretendemos enfatizar en este momento es que les asiste una carácter indudablemente político y su gravedad lleva incluso a suspender determinados derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y seguridad del artículo 17 de la CE, la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones de los artículos 18.2 y 3, la libertad de residencia y circulación del 19, la libertad de expresión y residencia del 20.1 a) y d), el secuestro de las publicaciones, el derecho de reunión del artículo 21, el derecho a la huelga del artículo 28.2 y el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo del 37.2 de la CE.

A partir de esta previsión constitucional, y llegados este punto, la pregunta no debe demorarse más: ¿asistimos en el estado de alarma decretado por la crisis del coronavirus a una verdadera e indebida suspensión de derechos fundamentales? ¿Se están dictando normas que escapan del ámbito específico del estado de alarma? ¿Es la geolocalización de la Orden 297/2020 una de ellas?

5. De derechos fundamentales o acaso no tan fundamentales: el marco perfecto, la pandemia que todo lo distrae

5.1. El derecho a la vida

Está reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Junto con el derecho a la integridad física y moral, es el derecho más básico. Para el Tribunal Constitucional este derecho fundamental impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger ese bien frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 120/1990, de 28 de junio). No cabe duda de que en estos momentos de una pandemia que ha causado ya tantas muertes, las autoridades tienen la obligación de emplear todos los medios necesarios para proteger la vida de los ciudadanos. ¿Cabe bajo el paraguas de esta obligación que cedan todos los demás derechos?

5.2. El derecho a la salud

El derecho a la salud está también comprometido en estos momentos. Reconocido en el artículo 43.1 de la CE, no es un derecho fundamental sino un principio rector. El derecho a la salud está reconocido en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el

artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC 160/2007, de 2 de julio), que «el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (STC 5/2002, de 14 de febrero). La tutela del derecho a la protección de la salud se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2 CE). El artículo 43 de la CE se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el artículo 53.3 de la CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», estatales y autonómicos. En todo caso, como advierte la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8.º,

la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el artículo 43 de la CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del artículo 43.2 de la CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública (STC 118/2019, de 16 de octubre).

Por lo tanto, las autoridades tienen el deber de poner todos los medios precisos para proteger la salud de los ciudadanos. ¿Cuál es el límite de ello? ¿Puede forzarse hasta el punto de prohibir la deambulación de las personas confinándolas en sus domicilios? ¿Hasta el punto de no poder acompañar a un padre o un hijo enfermo en los últimos momentos de su vida? ¿Es admisible que la consecuencia de ello sea la pérdida de los pequeños negocios y la pobreza para algunas familias?

5.3. El derecho a la libertad de circulación

La libertad de circulación está recogida en el artículo 19 de la CE. Una de las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma y que más impacto han tenido en la población ha sido la limitación a la libertad de circulación. El artículo 7 indica que:

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.

- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Malavé Enríquez (2020) ha entendido que esta disposición es inconstitucional por cuanto la limitación de este derecho solo se puede hacer en virtud de ley orgánica y porque las limitaciones «sobrepasan de forma notoria su contenido esencial, constituyendo una suspensión absoluta de la libertad de circulación, nunca permitida en el estado de alarma». No obstante lo anterior, quizás convendría recordar que la propia ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio contempla expresamente para el primero la posibilidad de limitar, que no suspender, el derecho a la libre circulación, por lo tanto, si bien el real decreto no satisface la exigencia de rango, es evidente que este no hace sino incluir lo ya previsto en la ley orgánica, por lo que podría entenderse que existe cobertura normativa para ello; por otro lado, las circunstancias de urgencia y necesidad hubieran hecho inviable la compleja tramitación de leyes de este tipo para la ocasión. Ello sin perjuicio de la dificultad de obtener la mayoría cualificada que el artículo 81.2 de la CE exige, y que dado el nivel de «consenso» existente entre sus señorías, resulta prácticamente una entelequia para cualquier cuestión de que se trate.

5.4. El derecho a la protección de datos

Este derecho está comprometido por la utilización de medios tecnológicos para la lucha contra la covid-19. Está reconocido en el artículo 18.4 de la CE, que establece que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Por lo tanto, se trata de un derecho fundamental y tiene su regulación específica en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Su artículo primero indica que la ley tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones, por lo que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el reglamento indicado y en esta ley orgánica.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 76/2019, de 22 de mayo),

el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele... Como los demás derechos, el derecho fundamental a la protección de datos personales no tiene carácter absoluto. Puede ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad.

Por tanto, el derecho fundamental afectado es el de protección de datos personales, desde una doble perspectiva, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la intimidad.

Conforme el apartado 1 del artículo 9 del RGPD, está prohibido el tratamiento de datos relativos a la salud. No obstante, está permitido el tratamiento de esos datos en situaciones de emergencia sanitaria.

5.5. El derecho a la intimidad

El artículo 18.1 de la CE indica que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». El artículo 18.4 de la CE dice «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudada-

nos y el pleno ejercicio de sus derechos». El Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata de dos derechos independientes aunque estrechamente relacionados entre sí (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre). No obstante, el artículo 18.4 de la CE no solo «consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona» (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5.º; 96/2012, FJ 6.º, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7.º), sino también, como se desprende de su último inciso («para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos»), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, «un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos» (STC 292/2000, de 30 de septiembre, FJ 5.º). La posibilidad de que una persona sea geolocalizada puede incidir en su derecho a la intimidad. En ocasiones también el rastreo de contactos puede suponer una limitación de ese derecho.

5.6 La necesaria ponderación de derechos

Ningún derecho es absoluto. Cuando está en peligro la vida y la salud de las personas, el derecho de intimidad y el derecho a la protección de datos deben ceder. Sin embargo, la limitación de los derechos fundamentales exige una norma con rango de ley (art. 53.1 CE).

El 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, establece que:

El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.

El tratamiento de los datos se basa en el consentimiento del interesado, pero se permite el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos. En este sentido, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales indica lo siguiente:

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una

norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

Martínez Martínez (2020) considera que una interpretación sistemática de la normativa sobre protección de datos personales habilitaría para todos aquellos tratamientos que resulten necesarios para conseguir los objetivos de salud pública, relacionando lo siguiente:

- El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, por el que se atribuye competencias a los servicios sanitarios ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.
- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de marzo de 2020) que habilita para el control de los enfermos.
- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, que además de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos en su artículo 9, establece el deber de todas las personas de comunicar datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud.
- El párrafo segundo apartado c) de la disposición adicional decimoséptima sobre tratamientos de datos de salud de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, habilita al uso de datos con fines de investigación en salud pública sin consentimiento en circunstancias como una epidemia.

Considera el mencionado autor que:

Resulta sencillamente inadmisibles que 28 autoridades y centenares de funcionarios, sin contar con el talento jurídico en cada territorio, hayan sido incapaces de desarrollar un esfuerzo concertado que proporcionase el adecuado fundamento para la actuación de los servicios de salud y la investigación sanitaria. Para un enfoque que atienda al valor constitucional de la dignidad humana frente al derecho

a la salud y a la vida, nada puede prevalecer, porque, sin ellas, el propio derecho fundamental a la protección de datos carece de sentido.

6. ¿Sería aceptable una pérdida de derechos por el uso de las tecnologías en la lucha contra la covid-19?

El análisis de la utilización de medios tecnológicos solo puede efectuarse en relación con su finalidad y, en este caso, es la lucha contra la pandemia, que no solo se está llevando a cabo, sino que está poniendo en serio peligro la economía mundial. Con carácter general puede indicarse que las medidas previstas, a pesar de que puedan tener incidencia en la esfera íntima de las personas, están justificadas por un fin legítimo, como es la lucha contra la epidemia y por intereses superiores, como el derecho a la vida, la integridad física de las personas y el mantenimiento de la salud pública.

6.1 La geolocalización

La geolocalización anonimizada utilizada para ver los movimientos de población no supone, en principio, riesgo para los derechos de las personas y, sin embargo, puede resultar muy útil conocer los patrones de movilidad para efectuar el control de la epidemia. El riesgo, en realidad, está en su mal uso, en una fuga de seguridad y en la posibilidad de que la policía pidiera la identificación, aún amparada en la autoridad sanitaria. Supondría un ataque a la privacidad y a los derechos de intimidad personal y familiar.

6.2. Las aplicaciones de autotest e información de contagios

En estas aplicaciones el ciudadano está dando datos de salud y de localización con las que se puede disponer, una vez tratados los datos, del nivel de infección de zonas concretas, lo que puede ser muy útil para las autoridades sanitarias. Sin embargo, el problema puede venir de un uso malicioso con la finalidad de perjudicar a una población concreta, introduciendo datos falsos de forma masiva.

6.3. Las aplicaciones de seguimiento de contactos por Bluetooth

Parece una excelente idea que cuando una persona sabe que está infectada, pueda comunicar a todas las personas con las que ha estado en contacto la posibilidad de que se hayan contagiado también, para que puedan recibir una temprana asistencia sanitaria y pueden extremar sus cuidados para evitar a su vez contagiar a otros. Sin embargo, en este caso

también pueden surgir problemas, porque esta tecnología permite conocer las relaciones entre personas reidentificándolas y, además, permite tomar conocimiento de datos de salud.

6.4. Los pasaportes de inmunidad

En algunos países, como China, se está utilizando una aplicación que supone un salvoconducto, porque acredita un buen estado de salud. Se utiliza un código QR. El problema es la posibilidad localización y la incorporación de metadatos.

6.5. La lectura de la temperatura

Existen dos sistemas: el mero control por una persona hacia otra de la temperatura corporal mediante un termómetro y la utilización de cámaras de videovigilancia con reconocimiento facial que, además, toman la temperatura a las personas que transitan por un lugar o a las que van a entrar en algún lugar. El mayor problema se da por la implantación de estos sistemas, no solo por parte de la autoridad sanitaria, sino también por parte de cualquier persona, bien para controlar el acceso de los empleados a una empresa, o para controlar a los clientes que entren en un negocio, recogiendo datos sensibles de las personas. En el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial elaborado por la Comisión Europea, se hace una referencia al reconocimiento facial y se indica que entraña riesgos para los derechos fundamentales, por lo que solo puede ser utilizada cuando su uso sea debidamente justificado, proporcionado y sujeto a las salvaguardias adecuadas. Los derechos en riesgo son la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación y el derecho de intimidad y el miedo que genera es que se trate de vigilar activamente a las personas.

Con relación a la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emitió un comunicado el día 30 de abril de 2020 en el que expresaba su preocupación por este tipo de actuaciones, afirmando que se están realizando sin el criterio previo de las autoridades sanitarias. Indica que este tipo de operación supone un tratamiento de datos personales que, como tal, debe ajustarse a las previsiones de la legislación correspondiente. Considera que este tratamiento de toma de temperatura

supone una injerencia particularmente intensa en los derechos de los afectados. Por una parte, porque afecta a datos relativos a la salud de las personas, no solo porque el valor de la temperatura corporal es un dato de salud en sí mismo, sino también porque, a partir de él, se asume que una persona padece o no una concreta enfermedad. Por otro lado, los controles de temperatura se van a llevar a cabo con frecuencia en espacios públicos, de forma que una eventual denegación de acceso a un centro educativo, laboral o comercial estaría desvelando a terceros,

que no tienen ninguna justificación para conocerlo, que la persona afectada tiene una temperatura por encima de lo que se considere no relevante.

Los datos de fallecidos, contagiados y afectados por la covid-19 son estremecedores. La afectación a las personas en todos los aspectos ha sido generalizada. Todavía falta por determinar cuál va a ser la afectación económica, pero sin duda será de grandes dimensiones. Ante esta situación, existen voces que alertan de la improcedencia de poner freno a la utilización de los medios tecnológicos que, aun cuando puedan suponer una limitación de los derechos de las personas, pueden contribuir de un modo muy efectivo en el control de la epidemia, y consideran que es una discusión bizantina que obstaculizará y retrasará la vuelta a la normalidad. La protección de los datos personales no debe prevalecer en estos momentos en que por razones de protección de la salud debe actuarse de forma contundente y urgente. La AEPD ha declarado que la normativa de protección de datos no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades en la lucha contra la pandemia. La normativa de protección de datos permite adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar los intereses vitales de las personas físicas, el interés público esencial en el ámbito de la salud, la realización de diagnósticos médicos o el cumplimiento de obligaciones legales en el ámbito laboral, incluido el tratamiento de datos de salud sin necesidad de contar con el consentimiento explícito del afectado. En todo caso, el tratamiento de estos datos debe observar los principios establecidos en el Reglamento general de protección de datos, en particular los de minimización, limitación de la finalidad y minimización de la conservación.

Si bien es verdad que el derecho a la protección de datos, que deriva del artículo 18.4 de la CE, no puede ser suspendido ni siquiera en los estados de excepción y sitio y, por lo tanto, tampoco en el estado de alarma, debe tenerse en cuenta que dar una prevalencia absoluta al derecho a la protección de datos supone hacer un enfoque individualista del tema, sin tener en cuenta que la salud es un derecho comunitario y que la Constitución española también protege el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la seguridad (art. 17) y el derecho a la protección de la salud (art. 43). No cabe hacer un análisis del tema con base en unas reglas previstas para una situación de normalidad, dado que estamos ante una situación muy excepcional. Bastaría exigir que la finalidad fuera solo contener la propagación del coronavirus y no conservar los datos más tiempo del necesario para conseguirlo.

El análisis de datos se está efectuando a nivel mundial desde hace mucho tiempo con distintas finalidades y puede ser muy útil. El brote del coronavirus fue descubierto antes de que China y la OMS lo comunicaran. Una *startup* canadiense, llamada BlueDot, dedicada a la vigilancia de enfermedades, avisó el 31 de diciembre de 2019 del peligro existente en Wuhan. La aplicación HealthMap también captó el brote. Si la primera línea de defensa ante una pandemia es una alerta temprana, es posible que la solución solo pueda venir a través de la inteligencia artificial, lo que exigiría el acceso a un mayor número de datos, pues los datos que utilizaron fueron solamente los relativos al análisis de la frecuencia de frases como

«me encuentro mal», «estoy enfermo». La segunda línea de defensa consiste en el control de la enfermedad, y para ello es preciso conocer la rapidez con la que se puede propagar el virus y los lugares en los que se está propagando, para poder realizar intervenciones destinadas a reducir la movilidad, bien sea de individuos concretos, bien sea de núcleos de población. Para ello en China se utiliza el sistema de reconocimiento facial con detección de temperatura. En Corea del Sur se usa una aplicación que avisa al usuario a 100 metros de distancia si hay alguien infectado cerca. En Estados Unidos la aplicación Private Kit: Safe Paths, creada por el MIT, rastrea dónde se ha estado y los contactos habidos, compartiendo estos datos con otros usuarios, pero preservando la privacidad. Esto permite a los usuarios saber si han podido entrar en contacto con algún infectado, siempre que esta persona haya dado esta información. Lo que no se sabría es la identificación de las personas.

7. ¿Hacia dónde vamos?

Quizá haya que echar una mirada a otros países para ver qué métodos han empleado (al parecer de forma muy eficaz) en la lucha contra el coronavirus.

7.1. China

China contó con los medios de la mayor plataforma de comercio electrónico del mundo: Alibaba, que dispone de Alipay, un servicio de custodia de pagos en línea que representa la mitad de todas las transacciones de pago en línea en China, que se utiliza para todo tipo de pagos: compras, alquiler, impuestos, etc., lo que significa que ya disponía de mucha información personal en su gran base de datos. Alibaba utilizó esta aplicación y la adaptó para generar un código QR para cada usuario. Sin él no solo no se puede viajar por el país, sino que no se puede acceder a ningún lugar público ni privado abierto al público (supermercados, farmacias, etc.), por lo que bajarse la aplicación al móvil puede considerarse obligatorio y, una vez hecho, se usan los datos de geolocalización para saber si ha estado junto a una persona contagiada. El ciudadano, además de dar sus datos de identificación, debe contestar a un cuestionario de salud e indicar a qué lugares ha viajado. Una vez evaluada información, recibe en el móvil un código QR que puede ser de tres colores distintos: rojo, lo que significa que debe permanecer en cuarentena durante 14 días y dar datos regulares de su estado de salud. Amarillo, que significa que debe permanecer en cuarentena 7 días y, también dar datos regulares de su estado de salud. Verde, que es el que permite al ciudadano moverse libremente. Los códigos cambiarán de color en función de la situación de la persona. Uno de los datos fundamentales para determinar el color asignado es los lugares en los que haya estado y la temperatura corporal, que debe facilitar el ciudadano. Si ha estado en contacto con alguna persona con códigos amarillo o rojo, su QR pasará a amarillo y deberá quedarse confinado 7 días. De esta manera se controla que las personas que se desplazan no están contagiadas. Este código se puede obtener también a través de WeChat (equivale al WhatsApp).

7.2. Corea del Sur

Es un caso de éxito en la lucha contra el coronavirus. Después de convertirse en el mayor foco de infección fuera de China, consiguió frenar la curva de manera muy eficaz en dos semanas. Corea del Sur utilizó la aplicación «Self-quarantine safety protection». La aplicación tenía como primera finalidad realizar un diagnóstico masivo para evitar el colapso de los hospitales y la expansión de la covid-19. Se solicita al usuario sus datos personales y su estado de salud. Los médicos evalúan la situación y dan un diagnóstico, que puede incluir la solicitud de que acuda la persona a realizar el test, que se efectúa sin salir del vehículo. 24 horas más tarde, el ciudadano recibe los resultados en la aplicación y comenzará el confinamiento si ha dado positivo. La aplicación permite también la geolocalización, por lo que se controla al ciudadano para que no abandone su cuarentena y, si lo hace, recibe una alerta en el móvil, así como la policía, que impondrá una sanción al infractor. Durante la cuarentena se mantiene la información sobre la enfermedad. La aplicación permite conocer también los contactos con personas contagiadas, lo que supondrá iniciar un periodo de cuarentena obligatoria. La aplicación también alerta de los nuevos casos de contagio existentes en la zona.

8. Conclusión

Al concluir este trabajo, se está produciendo ya la lenta «desescalada», pero el virus sigue estando fuera, por lo que el peligro de rebrote está presente y no existe todavía ninguna aplicación de las que hemos hablado anteriormente. El Gobierno ha anunciado que establece una cuarentena de 14 días para todas las personas que entren en el país. No hay que decir que esto ha indignado al sector turístico, porque alegan que un turista no puede venir en estas condiciones. No obstante, ninguna medida de control se ha instaurado. Simplemente se le advierte a la persona de la obligación que tiene de no salir de su hotel. ¿Se va a cumplir? Para los españoles que llevamos dos meses confinados en nuestros domicilios y sin poder acudir a visitar a nuestros familiares, con los comercios cerrados, con restricciones de salario o con la pérdida total de ingresos, puede ser una broma de mal gusto ver como se pasean por nuestras calles y llenan nuestras playas gentes venidas de otros lugares que comportan un serio peligro de contagio, que puede volver a llevar al colapso nuestro sistema sanitario y económico. Se sabe ya que un rebrote que nos hiciera volver al punto de partida sería nefasto. Se sabe también que para evitarlo es fundamental la detección temprana de los nuevos casos de infectados para aislarlos, así como de las personas con las que han estado en contacto. Disponemos de los medios tecnológicos, pero no los hemos aplicado. Como hemos visto se han promulgado todo tipo de normas y recomendaciones, pero nada se ha hecho todavía, y ya vamos tarde. ¿Vamos a seguir hablando de las características que deben reunir las aplicaciones? Quizá la discusión no esté en el peligro de vulneración de derechos como la intimidad o la protección de datos, sino en si las autoridades (mundiales) están cumpliendo la obligación de adoptar los medios necesarios para la protección del derecho a la vida y a la salud de las personas. En definitiva, si los poderes públicos se erigen en garantes de la



vida y la salud, y ello lo pretenden a costa de un recorte de derechos, quizás lo mínimo que podríamos exigirles es que en verdad pongan en marcha todos los medios pertinentes para ofrecer una protección de la vida y la salud sin fisuras y sin escatimar medios. El ciudadano ha venido aceptando con resignación un recorte de sus derechos, es decir, el ciudadano ha cumplido su parte, veamos los demás y a que nos lleva la *nueva normalidad*...

Referencias bibliográficas

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, 28.
- Brage, J. (2011). Estado de alarma y Constitución. *Parte Geral, Doctrina Extrangeira*, 37.
- Bru Peral, E. (1999). Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- Cruz, P. (1984). *Estados de alarma y suspensión de garantías*.
- Fernández Segado, F. (1981). La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 11.
- Lafuente Balle, J. M.^a (1989). Los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, 30.
- Loewensein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Malavé Enríquez, G. (2020). Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-191. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 9620.
- Martínez Martínez, R. (2020). Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. *Diario La Ley*. Wolters Kluwer, 9604.
- Mateu-Ros (1988). Estados de Alarma, Excepción y Sitio. En *Gobierno y Administración en la Constitución*.
- Santaolla López, F. (1981). Crónica Parlamentaria. *REDC*, 1(18).