

COVID E INTIMIDAD¹

Francisco Javier Matia Portilla
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

Cómo citar este artículo / Citation: Matia Portilla, F.J. (2020). Covid e intimidad. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0008>

SUMARIO: I. INTENCIONES - II. LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL - 1. Delimitación de los intereses en juego - 2. Noticias en los medios concernientes a la salud de personas concretas, anónimas y conocidas - 3. Medidas sanitarias preventivas y seguimiento de los enfermos - III. MEDIDAS PREVENTIVAS SANITARIAS EN EL ÁMBITO LABORAL - 1. Delimitación de los intereses en juego - 2. La prevención de la pandemia en el ámbito laboral - 3. El teletrabajo y la intimidad - IV. LA EVENTUAL IMPOSICIÓN DE PRUEBAS DIAGNÓSTICAS EN OTROS ÁMBITOS - V. OTRAS EVENTUALES AFECTACIONES A LA INTIMIDAD – VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTENCIONES

La pandemia ha creado un auténtico Derecho de excepción en todos los órdenes. Se ha visto afectado desde el Derecho internacional (destacadamente, en el plano europeo, el acuerdo de *Schengen*), hasta las costuras básicas del Derecho constitucional (en particular los derechos fundamentales y el principio de separación de poderes).

¹ Esta investigación se inscribe en el Proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (30/12/2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación. El original se ha concluido el 5-08-2020, fecha en la que han verificado todos los hipervínculos que se facilitan en el mismo.

No resulta, pues, extraño, que se hayan generado interesantes polémicas en ambos frentes. Se ha debatido mucho sobre si procedía declarar el estado de alarma o de excepción², o sobre si su ejecución ha sido constitucionalmente adecuada. Y también sobre la afectación de la actuación de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales de los justiciables.

Nuestro propósito es centrarnos en el examen de la incidencia de las medidas adoptadas por los poderes públicos en el derecho a la intimidad personal y familiar constitucionalmente declarado en el artículo 18.1 CE.

Como es sabido, el alcance de esta noción, intimidad personal y familiar, no es pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia constitucional. En esta se parte de la premisa, bien conocida, de que la intimidad implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”³. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha optado por integrar en el derecho fundamental nuevas facultades⁴, que imponen obligaciones positivas a las administraciones públicas, y por descartar que otros contenidos formen parte del mismo. Así, por ejemplo, para el alto Tribunal, la adopción de medidas que permitan el contacto entre los miembros

² La dialéctica más rica se ha producido entre los profesores Aragón Reyes (*El País*, 10 de abril) y Cruz Villalón (*El País*, 17 de abril), disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197198), que continuó con una réplica del primero (a través de una carta a la Directora, *El País*, 18 de abril), pero han intervenido otros muchos colegas, ya sea respaldando las tesis del profesor Cruz (Mercedes Fuentes, *El Mundo*, 20 de abril, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197263&titulo=Estado%20de%20alarma&texto) o expresando reservas ante la declaración del estado de alarma (Jorge de Esteban, *El Mundo*, 18 de marzo, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1196099) y su prolongación en el tiempo (Jaime Nicolás Muñoz, *El Confidencial*, 6 de mayo) o pidiendo su cese (Daniel Berzosa, *ABC*, 4 de mayo, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197784). Otros autores han advertido, tempranamente, de las eventuales limitaciones de derechos fundamentales provocadas por las Comunidades Autónomas (por ejemplo, Agustín Ruiz Robledo, *El Español*, 14 de marzo, disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1195976).

³ STC 231/1988/3, de 23 de diciembre. Tesis reiterada en numerosas resoluciones, la más reciente en el momento de escribir estas líneas la 99/2019/4, de 18 de julio.

⁴ Por ejemplo, en relación con el derecho al silencio o la paz medioambiental, ver las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre. Estas resoluciones han sido criticadas por el autor de estas líneas en “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (2012), pp. 355 ss., disponible en <http://albergueweb.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2015/07/2012-Hay-un-DDFF-al-silencio-separata.pdf>.

de la familia (especialmente entre padres e hijos) (como es permitir el traslado de presos a establecimientos penitenciarios cercanos al domicilio de sus familiares, o impedir la expulsión de nuestro territorio nacional de personas que tienen hijos menores en nuestro país) inciden en la protección de la familia (artículo 39. CE), pero no en la intimidad familiar constitucionalmente garantizada⁵.

Por esta razón, algunas de las medidas que se han adoptado durante la pandemia, y cuya legitimidad se ha cuestionado, como es impedir el contacto presencial entre personas mayores que residen en residencias y sus familiares, o la inasistencia de éstos a los funerales de sus progenitores, no serán examinadas en esta contribución. También se ha visto dificultado en la práctica el derecho de visita a los hijos menores en supuestos de parejas separadas y divorciadas con hijos en común, o el ejercicio práctico de la custodia compartida⁶, especialmente cuando el municipio de residencia de los progenitores era diferente. Todas estas medidas afectan, a nuestro modesto entender, a la intimidad familiar⁷, pero, como ya se ha señalado con anterioridad, no comparte este parecer el Tribunal Constitucional.

Tampoco nos ocuparemos del eventual uso de las aplicaciones para el rastreo comunitario de la Covid-19. De un lado, porque el derecho fundamental que, en su caso, podría verse más involucrado es el derecho a la protección de datos de carácter personal. De otro, y este es el criterio decisivo, porque los poderes públicos no impondrán la utilización de la app patrocinada por el Gobierno español, Radar Covid⁸. Esto implica que será el usuario quién, libremente,

⁵ Un buen resumen de esta jurisprudencia se recoge en el ATC 40/2017, de 28 de febrero.

⁶ Ver https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1196238.

⁷ A juicio del autor de estas líneas, el Tribunal debería reinterpretar el alcance de la noción de la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, en línea con lo establecido en diversos tratados internacionales, porque tal extensión no altera la naturaleza del derecho en examen. Tesis defendida en “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”. En Matia Portilla, Francisco Javier & López de la Fuente, Graciela (dirs): *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 231 ss., disponible en http://albergueweb1.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2020/01/Intimidad_menores.pdf.

⁸ La estrategia del Gobierno en esta materia es sorprendente por varias razones. La primera es que se vincule la puesta en marcha de la app Radar Covid con la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en vez de vincularla con el Ministerio de Sanidad. La segunda es que se puede obtener noticias de esta app por diversos medios editoriales, pero la única referencia pública es la noticia de que “El Gobierno aprueba el desarrollo del piloto para una aplicación móvil de notificación de contactos de riesgo por COVID-19” (disponible en

decidirá instalar la app, autorizando compartir aquellos datos que sean necesarios para que funcione adecuadamente.

Sí que nos interesa examinar, por el contrario, si la difusión de que una persona ha enfermado de la Covid-19 afecta, y en qué medida, al derecho a la intimidad. También nos detendremos en la inclusión en el currículum de personas demandantes de empleo de ser inmunes o haber padecido la enfermedad. Y de las medidas laborales que se pueden imponer al trabajador, ya sea a través de obligarles a comunicar datos que tengan que ver con su estado de salud, o de someterles a pruebas médicas con el fin de que la empresa conozca su estado de salud (pruebas diagnósticas, mediante análisis de sangre o saliva, o de medios electrónicos -termómetro electrónicos-⁹). Todas estas hipótesis guardan relación con el acceso por parte de terceros a datos que atañen a la salud de una determinada persona.

Otro frente de interés tiene que ver con las medidas impuestas a muchos trabajadores en el contexto del teletrabajo y el uso de videocámaras. Muchos de nosotros hemos accedido durante la pandemia a las casas de muchos colegas y estudiantes, porque debíamos reunirnos por cuestiones laborales y la mejor forma posible de hacerlo era a través de una videoconferencia. ¿Puede comprometer la utilización de este medio los derechos fundamentales? Ya adelantó el Tribunal Constitucional en una vieja Sentencia que la inviolabilidad del domicilio pretende “vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos,

https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2020/200623_np_gomera.pdf), sin que se haga referencia alguna en el dossier sobre la Covid-19 del Ministerio de Sanidad. Ver, también, la Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020, relativa a 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.

⁹ Algunas de estas pruebas (análisis de sangre o saliva) podrían comprometer el derecho a la integridad física (ver, por todas, STC 207/1996/2b, de 16 de diciembre). Otras (como es el uso del termómetro electrónico) no. Lo que aquí interesa no es tanto el medio diagnóstico utilizado como determinar si la persona puede verse sometida obligatoriamente a un control sobre su salud y a que el resultado de este sea facilitado a un tercero, empleador (empresa, fábrica), empresa (comercios, supermercados) o autoridades (aeropuertos, estaciones de tren, etc.). Dicho con otras palabras, “las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3)” (STC 196/2004/5, de 15 de noviembre).

electrónicos u otros análogos”¹⁰. Los supuestos que se hayan dado en la práctica pueden haber sido más complejos, si, por ejemplo, la empresa ha debido acceder al ordenador personal del trabajador (para implementar certificados, programas, etc.), dado que este es, por su propia naturaleza, un contenedor de intimidad¹¹.

II. LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

1. Delimitación de los intereses en juego

Resulta indudable que los datos referidos a nuestro estado de salud deben ser considerados, en principio, íntimos¹². En efecto, dentro “de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada”¹³. Así que se ven directamente concernidos los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal, aunque solamente nos interese detenernos en el primero de ellos.

Con carácter general, “el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una

¹⁰ STC 22/1984/5, de 17 de febrero. Idea reiterada en las SSTC 10/2002/5, de 17 de enero; 22/2003/3, de 10 de febrero; 189/2004/3, de 2 de noviembre; y 176/2013/8, de 21 de octubre.

¹¹ Dado que a través de la observación del “cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional” por parte de terceros “pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano” (STC 173/2011/3, de 7 de noviembre).

¹² STC 202/1999/2, de 8 de noviembre, en la que se determina que una base de datos que recoge los partes de baja de los trabajadores de una empresa lesiona los derechos a la intimidad personal y a la protección de datos de carácter personal. La inexecución de esta Sentencia dio lugar a la STC 153/2004. Más interés presenta en esta investigación la relevante STC 196/2004, de 15 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional ampara a la trabajadora que se vio sometida, sin saberlo, a un examen médico de consumo de drogas (cuestión también íntima en sí misma considerada, FJ 10).

¹³ STC 70/2009/2, de 23 de marzo (ECLI:ES:TC:2009:70). Ver también las SSTC 202/1994/2, de 4 de julio; 62/2008/2, de 26 de mayo; y 159/2009/3, de 29 de junio.

publicidad no querida»¹⁴. El derecho a la vida privada, por su parte, está protegido en la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵ y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶), así como en otros textos internacionales¹⁷.

Cada persona tiene el derecho a establecer las medidas que considere oportunas para conocer el estado de su estado físico y psíquico, sin que nadie pueda, en principio, ni obligarla a realizarse exámenes médicos ni a difundir datos que afecten, en sentido amplio, a su salud. Esa especial relevancia de este tipo de datos encuentra natural reflejo en diversos frentes. En particular, respecto de la Administración sanitaria¹⁸ y del personal (asistencial y no asistencial)¹⁹ que se relaciona con él. Por otra parte, los datos relativos a la

¹⁴ STC 25/2019/4, de 26 de marzo, que tiene su origen en la STC 231/1988/3, de 2 de diciembre. De forma aún más clara el Tribunal Constitucional ha afirmado que “el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)” (STC 241/2012/3, de 17 de diciembre).

¹⁵ Conviene recordar que el artículo 8 de la Carta también garantiza el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Ver, en el plano jurisprudencial, las SSTJUE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, párrafo 112 (información sobre una lesión en el pie de una persona); de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294, apartados 73 a 75; de 5 de octubre de 1994, X. c. Comisión, C-404/92 P, ECLI:EU:C:1994:361, apartado 17. El Tribunal de la Función Pública recuerda que el derecho a la vida privada “comprende, en particular, el derecho a mantener secreto el estado de salud (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, X/Comisión, antes citada, apartado 17)” (STFP de 5 de julio de 2011, V. c. Parlamento Europeo, F-46/09, ECLI:EU:F:2011:101, apartado 111).

¹⁶ Ver las SSTEDH Z. c. Finlandia, 25 de febrero de 1997, 22009/93, § 95; AA contra Rusia, 23 de febrero de 2016, 40378/06, § 38; Surikov contra Ucrania, 26 de enero de 2017, 42788/06, § 70; y P.T. v. la República de Moldavia, de 26 de mayo de 2020, 1122/12, §§ 26 y 31. En esta última se cuestiona que en certificados públicos utilizados para fines ajenos figure que el recurrente ha sido excluido del servicio militar por padecer una concreta enfermedad grave.

¹⁷ Ver, también, en el plano internacional, el artículo 10.1 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997.

¹⁸ Artículo 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹⁹ Dado que el respeto de la intimidad debe orientar “toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica” (artículo 2.1

salud figuran entre los que se consideran especialmente sensibles (especiales, literalmente) en el artículo 9.1 del Reglamento General de Protección de Datos²⁰.

Sin embargo, este derecho subjetivo es, como todos, sin excepción, limitado. Se recuerda en el preámbulo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que la [hoy derogada] Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, ya “apunta la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente”. Y lo confirma nuestro Tribunal Constitucional cuando señala que el derecho a la intimidad puede ser legítimamente restringido, respetando su contenido esencial (STC 292/2000/9, de 30 de diciembre), cuando sea preciso preservar otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 156/2001/6, de 2 de julio; y 14/2003/5, de 28 de enero). “En todo caso las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora” (STC 159/2009/3b, de 29 de junio).

de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Y añade, en el apartado 7, que “La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida” (ver también el artículo 16.6). Y se insiste en esta idea en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo. La revelación de secretos se castiga en el artículo 199 del Código Penal, y en el mismo se prevé una condena superior para el profesional que incumpla su deber de sigilo o reserva. Ver, en el plano doctrinal, Romeo Casabona, C.M: “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”. *Derecho y salud* 1 (1993).

²⁰ Aludimos al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Ver el artículo 9 y 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. El Tribunal Constitucional español ha subrayado que los datos personales recopilados atinentes a la salud “son especialmente sensibles y, por tanto, dignos de especial protección para la garantía de los derechos fundamentales” (STC 76/2019/5, de 22 de mayo).

2. Noticias en los medios concernientes a la salud de personas concretas, anónimas y conocidas

Una buena parte de los eventuales problemas que se han podido producir es por las noticias aparecidas en los medios de comunicación de que diversos personajes, conocidos y no conocidos, han sufrido el virus de la Covid-19. Entre los primeros, empresarios, políticos, artistas. Entre los segundos, la difusión de la noticia suele estar vinculada con determinadas circunstancias específicas (el tiempo de hospitalización, la edad del paciente, su situación familiar, su profesión, el modo en el que contrajo la enfermedad, etc.). Aunque resulta imposible valorar apriorísticamente estas restricciones del derecho a la intimidad, se pueden avanzar algunas razones que permiten considerar que, por lo general, han sido legítimas.

Es muy probable que en muchas ocasiones las personas afectadas hayan mostrado su conformidad para aparecer en los medios de comunicación, por lo que no estamos, en puridad, ante una restricción de la intimidad por parte de terceros, sino que es el propio afectado quien decide, libremente, compartir datos relativos a su salud.

Pero es que, además, y en todo caso, estas noticias se han producido en el marco de la información de una pandemia que se ha sufrido en buena parte del mundo. Resulta claro que estas concretas informaciones se producen en el marco del seguimiento diario de la evolución de la enfermedad en el país, noticia que presenta evidente relevancia pública²¹ y que se enmarca, por ello, con naturalidad, en la libertad de información. Esta conclusión es si cabe más evidente cuando atañe a personajes públicos, porque esta información se inscribe en ese marco general de la evolución y los efectos de la Covid-19.

3. Medidas sanitarias preventivas y seguimiento de los enfermos

Ya se ha indicado el especial celo que han de observar tanto el médico que atiende al paciente de coronavirus (secreto profesional), como la administración sanitaria (deber de confidencialidad) para respetar su derecho a la intimidad.

²¹ Ver, entre otras muchas, la STC 25/2019/3, de 25 de febrero.

Sin embargo, no es esta la única cuestión que debe ser examinada en el presente subapartado.

Como es sabido, en casi todo el territorio nacional se han creado dos ambientes sanitarios separados en cada centro hospitalario público. Uno, covid, en el que las medidas de protección de los sanitarios y pacientes se han extremado todo lo posible, para evitar contagios. Y otro, no covid, en el que las cautelas son menores, aunque superiores a las habituales. Para que esta distinción sea efectiva, resulta preciso que las personas que van a ingresar en el hospital sean sometidas, siempre y en todo caso, a una prueba diagnóstica para determinar si padecen, o no, la infección. Esta medida es necesaria para saber en qué parte del hospital (covid o no covid) debe ser ingresada.

No es este el único supuesto en el que se prevé la realización de la prueba de la Covid-19 a una persona, sino que también se vincula con diversos tratamientos, aunque estos sean ajenos a la pandemia, como son los relacionados con cirugías, anestesia, realización de estudios endoscópicos, mujeres embarazadas, etc.²². También el personal sanitario debe realizarse una prueba PCR en el caso de que haya tenido la enfermedad como paso previo a su eventual reincorporación a la plantilla²³.

Aunque estas pruebas no inciden, por su forma de realización, en la intimidad corporal constitucionalmente protegida, su finalidad persigue conocer un dato

²² Centrándonos en nuestra Comunidad Autónoma, Castilla y León, pueden consultarse los documentos del Sacyl Indicaciones y procedimiento de utilización de test diagnósticos de infección Covid-19 (versión de 15 de abril de 2020), disponible en [https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1582147-](https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1582147-Indicaciones%20y%20procedimiento%20de%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20de%20infecci%C3%B3n%20COVID-19-ACTUALIZADO%20%2815%20abril%29.pdf)

[Indicaciones%20y%20procedimiento%20de%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20de%20infecci%C3%B3n%20COVID-19-ACTUALIZADO%20%2815%20abril%29.pdf](https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1599305-Guia%20breve%20para%20la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20en%20Infecci%C3%B3n%20por%20COVID%2019.pdf), p. 12 y Guía breve para la utilización de test diagnósticos para infección Covid-19 en Castilla y León, disponible en [https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1599305-](https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1599305-Guia%20breve%20para%20la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20en%20Infecci%C3%B3n%20por%20COVID%2019.pdf)

[Guia%20breve%20para%20la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20en%20Infecci%C3%B3n%20por%20COVID%2019.pdf](https://www.saludcastillayleon.es/es/covid-19/informacion-profesionales/atencion-hospitalaria.ficheros/1599305-Guia%20breve%20para%20la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20test%20diagn%C3%B3sticos%20en%20Infecci%C3%B3n%20por%20COVID%2019.pdf), p. 5. Esta exigencia de realización de test es muy superior a la que opera en otros lugares (centros salud, residencias de personas mayores, etc., como se aprecia en ibídem, p. 6).

²³ Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de Covid-19 (actualización 9 de julio de 2020), publicada por el Ministerio de Sanidad en colaboración con el Instituto de Salud Carlos III, disponible en https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf, p. 6.

íntimo de la persona afectada²⁴. Puede plantearse si, desde una perspectiva jurídica, dicha restricción es o no razonable en términos constitucionales.

Para responder a esta cuestión debemos partir de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Aunque en este ámbito también se garantiza el derecho a la intimidad del afectado (artículo 7), se contempla la posibilidad de realizar cribados orientados a la detección precoz de una enfermedad (artículo 20). También es relevante el papel que se confiere a la autoridad sanitaria estatal que podrá adoptar las “medidas de intervención especial” que “resulten precisas por razones sanitarias de urgencia o necesidad o ante circunstancias de carácter extraordinario que representen riesgo evidente para la salud de la población” (artículo 52.3), pudiendo contar, incluso, con el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículo 52.4). Resulta indudable que hay diversos elementos que debemos ponderar en el momento actual, como es la existencia de una pandemia global, y su afectación al personal sanitario que compromete el mismo funcionamiento del sistema de salud. Y en este sentido, debe tomarse también en consideración el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que permite a la autoridad sanitaria adoptar “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población”.

Aunque estas razones son poderosas, y explican que la prueba se realice de oficio, podría entenderse que existe una cierta contradicción con el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que impone que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”. Es discutible, hay que señalarlo también, que esta norma, pensada para los tratamientos médicos (ver apartado 4) sea aplicable a una prueba diagnóstica, que agota su eficacia en confirmar o descartar una concreta enfermedad y forma parte, por tanto, del diagnóstico previo. Puede también tomarse en consideración el deber de cooperación leal de pacientes y usuarios (contemplado en el apartado 5). Y resulta esencial, en este caso, la

²⁴ En realidad, tales pruebas sí afectan a la integridad corporal de la persona a la que se le practican, siendo su incidencia en tal derecho mayor o menor en atención al tipo de prueba realizada (mediante la obtención de muestras nasofaríngeas o de sangre).

habilitación que esta Ley ofrece a los facultativos para realizar las intervenciones clínicas indispensable sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado “cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”²⁵.

Vemos que el Derecho español no resulta claro en este punto. Si hay un principio general de que el afectado es libre de decidir sobre las pruebas que le afecten, se contempla también la hipótesis de que estas se impongan por motivos de salud pública. Sería oportuno (y urgente) dotar a nuestro ordenamiento jurídico de mayor precisión, señalando, por ejemplo, que en situaciones de pandemia la Administración sanitaria puede imponer la realización de pruebas diagnósticas en determinadas situaciones (como luego se verá) para evitar la propagación comunitaria de la enfermedad. Cuestión distinta, y que no se discute, es que la persona afectada o sus responsables puedan impugnar dicha medida ante los tribunales. Lo que planteamos, así, es alterar la regla general que opera y debe seguir operando en situaciones normales. Si en un momento determinado un médico considera que hay que realizar un tratamiento en un menor o incapaz que no aceptan sus progenitores o tutores, debe acudir para preservar la salud del afectado ante el órgano judicial, que resolverá²⁶. Ahora bien, si el facultativo estima que hay un serio problema de que una persona propague una pandemia, resulta razonable que su decisión de realizar la prueba no se vea paralizada por una tramitación judicial, salvo que el afectado decida impugnar tal decisión.

²⁵ Artículo 9.2.a) de Ley 4/2002. Es más problemática la afirmación de que, “una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

Sobre el uso de la historia clínica, ver el artículo 16.3 de esta misma Ley, que alude al peligro grave para la salud de la población como un supuesto en que se facilita el acceso a dicho historial, aunque siempre con garantías, y el artículo 41.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que permite el tratamiento y cesión a otras Administraciones públicas sanitarias de datos personales cuando “ello sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población”.

²⁶ Así ocurrió en uno de los hospitales en los que se trató al menor testigo de Jehová en el relato de hechos que se examina en la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002. De la jurisprudencia del Tribunal Europeo se puede deducir que los médicos pueden promover medidas sanitarias en relación con menores (entre las que se incluye poner fin a su vida, STEDH Gard y otros c. Reino Unido, de 27 de junio de 2013, rectificada el 3 de julio, demanda 39793/17, § 124), pero que si no cuentan con el respaldo de sus padres o tutores debe existir un previo pronunciamiento judicial en la materia (STEDH Glass c. Reino Unido, de 9 de marzo de 2004, demanda 61827/00, § 81).

Como nos falta esa norma específica, y con el fin de evitar incurrir en eventuales responsabilidades por parte del médico, lo más probable es que si una persona se niega a realizarse la prueba diagnóstica, el centro hospitalario opte por derivarlo, sin más trámite, a la zona covid del mismo. Esta medida resulta claramente perjudicial para la persona afectada, pero la misma se justificaría en la preservación de la salud de los restantes pacientes y del propio personal médico. Sería consecuencia, en buena medida, de su propia decisión.

III. MEDIDAS PREVENTIVAS SANITARIAS EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Delimitación de los intereses en juego

El derecho a la intimidad incluye el derecho a controlar el conocimiento ajeno sobre temas que son sensibles para nuestra persona, como ocurre con los relacionados con nuestra salud. Y este derecho no pierde vigencia, en principio, en el ámbito laboral. En efecto, “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal”²⁷.

Una de las manifestaciones de este derecho es que el trabajador no está obligado, en principio, a trasladarle información que tenga que ver con su estado de salud a su empleador. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional recuerda que una trabajadora no tiene la obligación de informar a su empresa de que está embarazada²⁸, en línea con lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹. Y lo mismo puede afirmarse de la existencia de enfermedades crónicas o que provocan rechazo social, como es el VIH³⁰.

²⁷ SSTC 98/2000/6, de 10 de abril; y 196/2004/3, de 15 de noviembre.

²⁸ STC 17/2003/6, de 30 de enero.

²⁹ Ver la STJUE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark A/S*, asunto C-109/00, ECLI:EU:C:2001:509, apartado 34.

³⁰ Si se despiden a un trabajador por ser portador del VIH se está produciendo, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, una discriminación en relación con la vida privada del afectado (STEDH I.B. c. Grecia, de 3 de octubre de 2013). Y también es claro que el solicitante de empleo o trabajador no está obligado a comunicar al empresario que padece esta enfermedad. Ver Arteaga, Juan Manuel; Costa, Marina; Dos Santos, Armanda; Maslub, César A. y Santamaría, Sara: *El VIH en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Universidad de Valencia. Valencia, 2017, disponible en <http://www.sidaburgos.com/wp-content/uploads/2017/04/Informe-TEDH.pdf>.

Pues bien, aunque la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) dispone que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo (artículo 22.1), precisa para ello del consentimiento del trabajador afectado (artículo 22.2). Así, “el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y a cuáles no” (STS 1199/2018/4.1, de 7 de marzo. ECLI: ES:TS:2018:1199). Ahora bien, puede excepcionarse esta voluntariedad en los supuestos legalmente previstos: (a) cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; (b) cuando se trate de verificar si el estado de salud del trabajador puede ser un peligro para sí mismo, para otros compañeros o para otras personas (ver artículo 25.1); y (c) cuando exista una previsión legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Es posible que se imponga la realización de exámenes médicos obligatorios para acceder a determinados puestos de trabajo³¹ o mantenerse en los mismos.

El Tribunal Constitucional ha avalado que se pueda imponer la obligatoriedad de reconocimientos médicos a los trabajadores en determinados supuestos cuando se acredite “la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del artículo 22.1 [de la Ley de Previsión de Riesgos Laborales]), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador”. “Consecuentemente, los límites legales (las

³¹ Artículo 21 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Lo que no resulta lícito es trasladar la información sobre la salud recabada en un proceso selectivo para la policía autonómica del País Vasco al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, en relación a otra oposición de policía local (ver STC 159/2009/4, de 29 de junio), decisión que vulnera, además, el secreto profesional.

excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el artículo 22.1, párrafo segundo, LPRL) quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (pues es obvio que existen empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo -ATC 272/1998, de 3 de diciembre)". Ahora bien, "la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión"³². En esta resolución se ampara a una trabajadora de Iberia que fue despedida por dar positivo en una prueba de droga que se realizó sin su consentimiento.

El Tribunal Supremo ha reiterado el carácter limitado del derecho a la intimidad personal en este campo³³ y ha determinado que algunos exámenes obligatorios son legítimos, como ocurre, por ejemplo, en relación con las personas que prestan servicios de seguridad privada (STS 1199/2018/4, de 7 de marzo. ECLI: ES:TS:2018:1199, FD 4.3) o de prevención o extinción de incendios (STS 3046/2015/3.C.a, ECLI: ES:TS:2015:3046).

³² STC 196/2004/6, de 15 de noviembre. Un buen resumen de la jurisprudencia ordinaria relacionada con el artículo 22 se recoge en el apartado 2 de la entrada del blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz "Covid-19 y reconocimiento médico de los trabajadores", de 15 de abril de 2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/04/15/covid-19-y-reconocimiento-medico-de-los-trabajadores/>. Podemos remitirnos, por todas, a la STS (Social. Sección Primera) 33/2019, de 21 de enero, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8667282&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>.

³³ STS 1199/2018/4, de 7 de marzo. ECLI: ES:TS:2018:1199, con invocación expresa de las SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994 de 9 de mayo; y 25/2005, de 14 de febrero. Recuerda el Tribunal Supremo que la limitación que haya de experimentar el derecho fundamental estará fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con su contenido esencial.

2. La prevención de la pandemia en el ámbito laboral

Examinada la problemática desde una perspectiva general, estamos en condiciones de examinar si en el contexto de la pandemia que vivimos, la prevención de la salud por parte de la empresa puede alcanzar a medidas suplementarias a las habituales. Podrían plantearse las siguientes preguntas: ¿existe obligación de comunicar la enfermedad al empresario por parte del trabajador? ¿pueden imponerse exámenes obligatorios a los trabajadores de una empresa?

Estas preguntas no admiten una respuesta sencilla. Aunque el artículo 33.2.h de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, permite a la autoridad sanitaria, de forma coordinada con la laboral, “establecer mecanismos de coordinación en caso de pandemias u otras crisis sanitarias, en especial para el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación” (artículo 33.2.h), estamos ante una norma excesivamente general y principialista para poder fundamentar, en la misma, restricciones de derechos fundamentales. Es una norma de naturaleza competencial. Por esta razón sería conveniente que el legislador pudiera contemplar la incorporación de medidas concretas relacionadas con la pandemia en el ámbito laboral español.

Es verdad que nuestra jurisprudencia actual vincula estas limitaciones con “la seguridad del Estado (STEDH caso Leander, de 26 de marzo de 1987), o la persecución de infracciones penales (mutatis mutandis, SSTEDH casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z, de 25 de febrero de 1997)”³⁴. Pero también debe tenerse en cuenta que caben otros límites que “respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)”³⁵. El artículo 8.2 CEDH consiente la legítima

³⁴ STC 196/2004/6, de 15 de noviembre.

³⁵ Idem. Así, por ejemplo, se ha avalado “la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, de 17 de enero FJ 3)” (ATC

restricción del derecho a la vida privada si resulta imprescindible para asegurar la protección de la salud, el bienestar económico del país y la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Debemos ahora volver a las cuestiones anteriormente planteadas. ¿Está el trabajador obligado a revelar a su empleador que padece la covid-19 o que presenta síntomas compatibles con esta enfermedad? Aunque así lo sostiene la Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal con base en la protección de la salud de los demás trabajadores de su centro de trabajo³⁶, es probable que esta eventual obligación, en el caso de existir, fuera desconocida por el trabajador (que siempre podría alegar desconocimiento). También resulta comprensible para la Agencia Española de Protección de Datos que la empresa pregunte sobre esta cuestión (no sobre otras) a sus trabajadores³⁷.

Cuestión distinta es que una persona declare voluntariamente en su currículum haber dado negativo en una prueba. Aunque esta afirmación tiene un limitado valor (ya que el grado de fiabilidad de las pruebas es muy desigual y, en el mejor de los casos, certifica un dato histórico), nada impide a una persona compartir un dato íntimo con otras personas.

Por otra parte, la protección de la salud, el bienestar económico del país y la protección de los derechos y libertades de los demás justificarían también que la Ley española contemplara expresamente la posibilidad de imponer exámenes de temperatura y de la covid-19 obligatorios en los centros de trabajo en los que conviven diariamente una pluralidad de trabajadores (de hecho, durante la primera oleada, se tramitó la baja laboral por este motivo sin que los enfermos fueran expresamente diagnosticados de esta dolencia).

398/2003/2, de 15 de diciembre). Ver también las SSTC 95/1999, de 31 de mayo; y 55/2001, de 26 de febrero.

³⁶ En un breve informe en relación con los tratamientos de datos resultantes de la actual situación derivada de la extensión de la COVID-19, pp. 3-4, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>, así como en sus preguntas frecuentes, p. 3, disponibles en https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf, entendiéndose que decae el derecho del trabajador a no comunicar el motivo de la baja. Es llamativo que no apele también a la salud de terceras personas, puesto que la transmisión de la enfermedad también se puede producir en los traslados y en el contacto en el centro del trabajo con personas ajenas a la empresa (clientes, proveedores, etc.).

³⁷ En sus preguntas frecuentes, pp. 1 y 2, disponibles en https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf.

La duda que puede plantearse es si esta medida debería anudarse, en el ámbito laboral (también, fuera del mismo), a presupuestos previos concretos que la activaran. Por ejemplo, se podría imponer la prueba en aquellas empresas en que se ha producido algún caso. O en aquellos sectores profesionales que, por el papel que ocupan, merecen especial protección (personal sanitario). Esta mayor concreción permitiría defender con más facilidad la justificación de las medidas.

El Estado podría optar por un enfoque más ambicioso, estableciendo el carácter obligatorio del control preventivo de salud en el ámbito empresarial siempre que exista un ámbito colectivo de trabajo. Esta medida no precisaría ya del consentimiento previo del trabajador y permitiría asimismo detectar eventuales enfermos asintomáticos.

Es obvio, en todo caso, que haría falta una regulación mucho más detallada y específica que la que se contempla en el “Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por Covid-19”³⁸ y de la prevista con anterioridad en el “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al Sars-CoV-2”³⁹. Esta última prevé el aislamiento preventivo de los casos sospechosos, hasta la realización de la prueba PCR⁴⁰. Es obvio que estas propuestas se quedan muy lejos de las medidas que se proponen en este trabajo⁴¹, que permitirían cribar los centros

³⁸ Elaborado por el Ministerio de Sanidad el 13 de julio de 2020 y consensuado con las Comunidades Autónomas tres días después. El texto, que sugiere “Intensificar las medidas de prevención y control” ante un nuevo brote (p. 50), se puede consultar en <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/13.07130720131534059.pdf>.

³⁹ Elaborado por el Ministerio de Sanidad, con otras instituciones, en su versión de 8 de junio de 2020, disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL_COVID-19.pdf.

⁴⁰ *Ibídem*, p. 11.

⁴¹ Además, se superarían las dudas que plantea el interrogante ¿puede un trabajador negarse a realizarse el test de detección de la Covid-19 planteado por la empresa? Mientras que José Manuel Gómez-Cobo estima que sí, con apoyo en una resolución judicial de un Juzgado de Orense (ver https://www.cope.es/emisoras/cataluna/barcelona-provincia/barcelona/herrera-a-cope-catalunya-i-andorra/noticias/puede-negarse-trabajador-que-empresa-haga-test-del-coronavirus-20200615_768864), Francisco Fernández entiende que “dicha medida es proporcional a la finalidad pretendida, ya que entraña una fiabilidad que no puede lograrse con otros medios (como pudieran ser test de preguntas al trabajador o toma de temperatura) y que redundaría en un mejor control de la enfermedad” (https://sevilla.abc.es/economia/sevi-coronavirus-andalucia-puede-trabajador-negarse-test-deteccion-covid-19-parte-empresa-202004232342_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.es%2F). En todo caso, la Agencia Estatal de Protección de Datos de Carácter Personal considera, en su Informe sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>, que, en el contexto de la pandemia, “el

de trabajo en los que se involucran muchas personas (sean trabajadores exclusivamente o trabajadores y terceras personas).

Por poner ejemplos concretos, sería razonable que en centros de tan distinta naturaleza como son los hospitales, las fábricas o los supermercados hubiera un control exhaustivo sobre la salud de los trabajadores por parte de la empresa, y que la legislación avalará la legitimidad de dichos controles.

3. El teletrabajo y la intimidad

Otro de los efectos de la pandemia ha sido la expansión del teletrabajo⁴². La opción de trabajar en casa puede afectar a la relación contractual en la medida en que condiciona algunos de sus elementos clásicos. Así, por ejemplo, el control de asistencia puede desaparecer o ser distinto. También se puede ver afectada la utilización de bienes del trabajador con fines profesionales (teléfonos privados, señal de internet, ordenadores y empresas particulares, etc.).

De todas estas medidas nos interesan las que pueden comprometer el derecho fundamental a la intimidad. Y estas se circunscriben, a nuestro modesto entender, a que la empresa obligue a instalar software de seguimiento en ordenadores personales⁴³ (a fin de controlar el cumplimiento del horario laboral⁴⁴, o de supervisar las actividades realizadas por el trabajador), de un

trabajador deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas” (pp. 3-4) y que la empresa no puede utilizar estos datos con otra finalidad que no sea preservar la salud de los trabajadores.

⁴² El teletrabajo está regulado en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, Lourdes López Cumbre explica, con criterios jurídicamente atendibles, que el teletrabajo no se limita a aquel que se realiza desde el domicilio o en un concreto lugar pactado, porque también puede ser realizado de forma móvil o itinerante (en Efectos laborales del coronavirus (II). Análisis Gómez-Acebo & Pombo. Marzo 2020, p. 2, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/Efectos-laborales-del-coronavirus-II.pdf>).

⁴³ Aunque es cierto que, en principio, el empresario debe facilitar el equipamiento técnico, las empresas y sus trabajadores han buscado soluciones ágiles ante el confinamiento decretado en el marco del estado de alarma.

⁴⁴ Aránzazu de las Heras García opina que “se mantendrá un sistema de registro de jornada para mantener el cumplimiento normativo” durante el teletrabajo, en “Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia”, disponible en <https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>. Ver el artículo 34.9 ET. Lourdes López Cumbre recuerda que el trabajador puede

lado, y, de otro, a tareas que comprometen aspectos íntimos del trabajador (como puede ocurrir con las videoconferencias), o que se deriven de la consideración del domicilio particular del trabajador como centro de trabajo⁴⁵.

Entrando en la primera cuestión apuntada, resulta claro que muchas de las reservas que puedan oponerse decaen si el ordenador utilizado es de la empresa, puesto que en ese caso se utilizará el software propio de la misma, sin que pueda verse afectado el derecho a la intimidad del trabajador que lo usará durante su jornada laboral⁴⁶ y para los fines propios de su empleo. En todo caso si de forma excepcional, aun en este supuesto, fuera precisa alguna medida que pudiera incidir en la intimidad, será necesario el consentimiento del trabajador. Esto puede ocurrir, por ejemplo, para accesos no previamente consentidos por el trabajador sobre la cámara o el micrófono del portátil.

Si el ordenador empleado fuera personal, resulta claro que el control empresarial debería ser mucho más limitado, sin que, por ejemplo, autorice un acceso remoto e indiscriminado a las carpetas del ordenador o permita la activación en cualquier momento de la cámara o el micrófono.

Finalmente, en lo que atañe al uso de las videoconferencias realizadas desde el domicilio en el ámbito laboral, no pretendemos abordar ahora la utilización de técnicas biométricas para el control de la jornada laboral, que será posteriormente examinada en relación con el control de asistencia a evaluaciones docentes. La cuestión que nos planteamos es la incidencia que las reuniones de trabajo a través de medios técnicos pueden representar en la intimidad domiciliaria. A nuestro juicio, esta incidencia no es especialmente relevante, ya que existen diversas formas de evitarla (no conectar la cámara) o minimizarla mucho (optando por un primer plano de nuestra cara, o eligiendo

prestar sus servicios *off line* (desconectado), *on way line* (comunicación unidireccional trabajador-empresa) u *on line* (comunicación bidireccional) (en Efectos..., cit., p. 5).

⁴⁵ Es probable que el delegado de prevención pueda comprobar que el lugar dedicado al trabajo cumple unas condiciones mínimas (Heras García, Aránzazu: Implantación..., cit.), y estaríamos entonces ante una restricción de la inviolabilidad del domicilio. Dado que el teletrabajo en el domicilio precisa del acuerdo previo del empresario y del trabajador, y que la legislación impone la supervisión del lugar en el que efectivamente se trabaja, podría entenderse que el trabajador que, libremente, pacta con la empresa prestar sus servicios en su domicilio asume la carga de permitir la entrada del delegado de prevención para el cumplimiento de sus funciones.

⁴⁶ Recordemos que el artículo 88.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dispone que “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido”, entre otros extremos, “su intimidad personal y familiar”.

un fondo neutro -ya sea natural o a través de los filtros que muchas aplicaciones de videoconferencia incorporan-). En todo caso no parece que vulnere la intimidad (la propia imagen) del trabajador que la empresa decida que las reuniones se celebraran con la cámara activada, como se haría en situaciones presenciales. Hay, claro, un peligro, y es que las mismas sean grabadas. Y en estos casos estaríamos, una vez más, en un supuesto en el que también deberían observarse las garantías relacionadas con el derecho a la protección de datos personales.

IV. LA EVENTUAL IMPOSICIÓN DE PRUEBAS DIAGNÓSTICAS EN OTROS ÁMBITOS

En el momento de escribir estas líneas, diversas autoridades están planteándose la posibilidad de imponer la realización de pruebas obligatorias de la covid-19 en determinados supuestos, como es en los aeropuertos⁴⁷. La cuestión es si tal medida puede ser impuesta. Y aunque esta posición está cada vez más extendida⁴⁸, y podría justificarse en la salud pública, lo cierto es que debería contar con algunas garantías⁴⁹. La primera, inexistente hoy por hoy en nuestra legislación sanitaria, como ya se ha indicado, es que la medida esté prevista en una norma legal de suficiente calidad normativa. Y la segunda, y más problemática, es si podría adoptarse una medida general ajena al poder judicial (más allá de que, obviamente, tal decisión administrativa podría ser impugnada) o si es el órgano judicial quién debe resolver sobre cada medida singular examinando su proporcionalidad en cada caso concreto. Aunque la intervención judicial resulta esencial, por lo general, para ponderar la legitimidad de las intervenciones en el derecho a la intimidad, resulta evidente que someter a su consideración, de forma individualizada, cada uno de los tests que se quieran realizar a todos o buena parte de los viajeros que llegan

⁴⁷ <https://www.dw.com/es/alemania-se-plantea-test-obligatorios-de-covid-19-para-viajeros-de-zonas-de-riesgo/a-54327156>.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Partamos de una premisa: “una intervención médica en contra de la voluntad del paciente supone una injerencia en el respeto de su vida privada, en particular, su derecho a la protección de la integridad física” (STEDH X. c. Finlandia, de 3 de julio de 2012, 40378/06, § 212), injerencia que deberá estar prevista por la ley, perseguir uno de los objetivos legítimos establecidos en el apartado 2 del artículo 8 CEDH y ser necesaria en una sociedad democrática (§ 213). Ver, también, la STEDH Gard y otros c. UK, de 27 de junio de 2013, rectificada el 3 de julio, demanda 39793/17.

diariamente a cada uno de los aeropuertos europeos sería imposible⁵⁰. Podría concluirse que si se quisiera establecer algún tipo de control sanitario obligatorio para combatir la pandemia sería necesario contemplar esta posibilidad en la Ley, estableciendo cautelas que respeten el derecho a la vida privada de las personas afectadas (decisión administrativa motivada, vía de recurso judicial) y que convivan con la propia efectividad de la medida (resolución sumaria de los recursos que se presenten, adopción de eventuales medidas cautelares –confinamiento para evitar la propagación del virus-).

Como ya se ha hecho notar, un supuesto de pruebas preventivas es el de someter a ellas a los viajeros que provengan de territorios donde la pandemia no está controlada. Acaso sea más operativo optar, en estos casos, por otros modelos que incentiven más la colaboración de los viajeros que imponerles la realización de la prueba. Y aquí caben muchas hipótesis. Una es imponer que el viajero solamente pueda utilizar un transporte público si previamente se ha realizado una prueba para descartar que sufra la enfermedad contagiosa⁵¹. Otra es permitir que la medida de cuarentena, impuesta con carácter general a las personas que provengan de determinados lugares, pueda no aplicarse a la persona cuando esta se somete voluntariamente al test y da negativo⁵². Ambas deberían verse acompañadas, es obvio decirlo, de pruebas gratuitas realizadas *in situ*, que impidan que se produzca una discriminación hacia las personas que cuenten con menos recursos.

⁵⁰ Este mismo razonamiento ha sido mantenido, con toda razón, por la Junta de Castilla y León en relación con las órdenes de confinamiento: “La Junta de Castilla y León reclama al Gobierno de España y al Ministerio de Sanidad que habilite «un instrumento legal» común para todas las comunidades que «permita un confinamiento ágil» por ciudades o barrios y una toma de decisiones «muy rápida» si los casos se disparan”. Y es que se pierde un tiempo precioso en identificar a las personas que viven en cada una de las viviendas afectadas por el rebrote, solicitar decisiones judiciales individualizadas para cada una de ellas, y su tramitación. Ver <https://www.eldiadevalladolid.com/Noticia/Z77D3C185-F077-FFC2-CEE511224D5AF150/202007/La-Junta-reclama-un-instrumento-legal-para-poder-confinar>.

⁵¹ Aunque diversos países (Reino Unido, Estados Unidos, Alemania, etc.; ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52377212>) y la Comunidad de Madrid (https://www.abc.es/espana/madrid/abci-madrid-mantiene-cartilla-covid-pesar-criticas-no-ningun-pasaporte-inmunidad-202007291431_noticia.html) han contemplado la posibilidad de implementar el pasaporte o la cartilla Covid-19, existen buenas razones científicas que permiten dudar de su utilidad práctica (<https://www.nature.com/articles/d41586-020-01451-0>), y de su puesta en marcha. Operaría así la prueba diagnóstica como una carga en sentido estricto, como sucede, por ejemplo, cuando una persona debe someterse a un examen médico para acceder a determinados procesos selectivos (ver, en relación con esta materia, la STC 159/2009, de 29 de junio).

⁵² Como ya está ocurriendo en Alemania (ver <https://www.dw.com/es/alemania-se-plantea-test-obligatorios-de-covid-19-para-viajeros-de-zonas-de-riesgo/a-54327156>).

Sin embargo, hay otros supuestos dónde las pruebas preventivas son esenciales para conseguir la contención de la pandemia. Resulta imprescindible, por ejemplo, incentivar los controles en los centros sanitarios que garanticen la salud del personal encargado de cuidar de todos. También generalizar las pruebas en aquellas instituciones (residencias de mayores, centros públicos o privados, etc.) en las que se ha producido un brote de la pandemia. Y también, cómo no, controlar el estado de salud de todas las personas que se han encontrado cerca de una persona que ya ha sido diagnosticada.

En todos estos casos resultaría lícito que el Estado pusiera medios eficientes para evitar la propagación de la pandemia. La única duda es si permitir que la persona afectada pudiera optar por el confinamiento voluntario que lograra el mismo fin, evitando así la realización de la prueba.

En todo caso, existen circunstancias sociales que conviene resaltar. Por un lado, las precarias condiciones de muchos trabajadores (por su escaso sueldo, por la dependencia de las comisiones añadidas a su salario base, por encuadrarse en la economía sumergida) explican que no quieran facilitar ninguna medida que pueda conllevar cesar en su actividad laboral. Por otra, el confinamiento es una medida fácil de decretar, pero muy difícil de controlar. Es relativamente fácil asegurarse del cumplimiento de esta medida en residencias de mayores, o si el rebrote se produce en un portal concreto, pero resulta imposible asegurar que todos los trabajadores y estudiantes que un día han estado en un campus universitario dónde se han dado x positivos no salgan de sus respectivas casas durante el tiempo de confinamiento. Si la eficacia de la Administración (artículo 103 CE) siempre es encomiable, lo es mucho más cuando se pretende superar una pandemia que compromete la salud pública y la economía nacional.

Por estas razones creemos que existen motivos suficientes para que se puedan imponer, en determinadas situaciones, la realización de pruebas obligatorias de la covid-19, con el fin de impedir la propagación de la pandemia. Siendo esta la finalidad, y no otra, no cabe duda de que la persona infectada podrá negarse a recibir tratamiento posterior para su curación, pero que también la Administración podrá adoptar medidas (confinamiento) que eviten la transmisión de la enfermedad a terceras personas.

V. OTRAS EVENTUALES AFECTACIONES A LA INTIMIDAD

Hay otras medidas preventivas que inciden en el derecho a la intimidad, como son las adoptadas por las autoridades sanitarias para permitir y controlar la entrada de personas en su Comunidad Autónoma o para realizar el seguimiento de los contactos habidos por quienes han sido diagnosticados de padecer la enfermedad.

Así, por ejemplo, la Xunta de Galicia impone que aquellas personas que provengan de un Estado o de una Comunidad Autónoma que haya tenido una alta incidencia epidemiológica (en un listado que se publicará quincenalmente) cumplimenten un formulario⁵³. El incumplimiento de esta obligación puede conllevar la imposición de una sanción administrativa.

Más incisivo en la intimidad es el papel de los rastreadores, encargados de investigar la existencia de contactos estrechos con la persona que ha sido diagnosticada como portador de la covid-19. Aunque resulte sorprendente, no hay ninguna referencia a la eventual incidencia del “estudio y seguimiento de los contactos estrechos”⁵⁴ en el derecho fundamental a la intimidad personal en los documentos elaborados por el Ministerio de Sanidad. Incidencia que se produce, al menos, en un doble nivel. De un lado, porque a una persona se le solicita que declare qué personas son sus contactos estrechos. De otro, porque otra recibirá una llamada en el que se le comunicará que una persona que conoce bien padece el coronavirus.

En relación con esta última cuestión, la Agencia Española de Protección de Datos sugiere que, en el ámbito laboral, no se identifique al trabajador enfermo, salvo que el objetivo perseguido no pueda obtenerse de esta manera o esta posibilidad sea desaconsejada por las autoridades competentes

⁵³ <https://www.sergas.es/A-nosa-organizacion/Benvida-viaxeirxs?idioma=es>.

⁵⁴ Incluido en la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la Covid-19, del Ministerio de Sanidad, pp. 7 ss. Una vez más estamos ante un documento de trabajo y no ante una norma que no tiene fuerza de ley ni posee la calidad exigible para restringir derechos fundamentales. Sí que reúne todos estos atributos el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que dispone que, “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

(especialmente, las sanitarias)⁵⁵. Este es un principio que debe extenderse por suponer una menor invasión en la intimidad de las personas afectadas. Aunque también se permite a la empresa que interroge sobre los lugares de procedencia o la sintomatología a trabajadores y terceras personas⁵⁶, no se aclara en este documento si estas personas están obligadas a responder a tales demandas.

También se han planteado otras medidas que afectan a la intimidad personal. Esto ocurre, por ejemplo, con la eventual utilización de control biométrico que asegure la identidad de los estudiantes universitarios que realizan las pruebas académicas online. Sin embargo, no tiene mucho sentido profundizar en esta materia, ya que ni la CRUE⁵⁷ ni la AEPD⁵⁸ consideran conveniente su utilización.

En todo caso, es oportuno reiterar, una vez más, antes de finalizar el presente estudio, que un buen número de las medidas examinadas en este trabajo (controles sanitarios, formularios, utilización de medios biométricos, fichas realizadas por los rastreadores, etc.) generarán unos ficheros que, por su contenido, deberán respetar también la legislación sobre la protección de datos de carácter personal.

⁵⁵ Respuesta a la pregunta ¿pueden transmitir esa información al personal de la empresa? En sus Preguntas frecuentes, p. 2, disponibles en https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁷ No se considera necesario para controlar la asistencia y participación del alumnado en actividades online, ni recomendable para su evaluación. Ver CRUE: Guía sobre la protección de datos personales en el ámbito universitario en tiempos de la Covid-19, versión 1.3 (24 de abril de 2020), pp. 10 y 13, respectivamente, disponible en <http://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Informes%20y%20Posicionamientos/Guia%20Crue%20Universidades%20Espa%C3%B1olas%20-%20Grupo%20DPD-%20FAQS%20COVID19.pdf>. Tampoco para controlar las entradas y salidas del personal universitario (*ibidem*, p. 29).

⁵⁸ Según la AEPD la utilización de técnicas de reconocimiento facial “debería quedar limitada a aquellas enseñanzas y asignaturas concretas que, por su importancia, complejidad u otras circunstancias de especial incidencia, no aconsejaron acudir a otras opciones, como la evaluación continua, o hicieran excesivamente gravoso la adopción de otros medios como el control por videocámara o la realización de exámenes orales”. En AEPD: Consulta sobre una serie de cuestiones relativas al uso de técnicas de reconocimiento facial en la realización de pruebas de evaluación continua, p. 35, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0036.pdf>. Las Universidades públicas de Castilla y León, en su guía de recomendaciones para la evaluación online en estas Universidades (versión 1.1, de 1 de mayo de 2020, p. 3, disponible en https://www.usal.es/files/20200501_Recomendaciones_evaluacion_online_para_las_Universidades_Publicas_de_Castilla_y_Leon_V1.1.pdf), no considera como primera opción la utilización de estas técnicas de control de asistencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

— ARTEAGA, J. M., COSTA, M., DOS SANTOS, A., MASLUB, César A. y SANTAMARÍA, S., *El VIH en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Universidad de Valencia. Valencia, 2017.

— MATIA PORTILLA, F. J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (2012).

- “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”. En Matia Portilla, Francisco Javier & López de la Fuente, Graciela (dirs.): *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020.

— ROMEO CASABONA, C.M., “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”. *Derecho y salud* 1 (1993).