

PASAPORTE COVID: ¿PASAPORTE HACIA UN EMPLEO¹?

COVID PASSPORT: PASSPORT TO A JOB?

Fernando PÉREZ DOMÍNGUEZ

Universidad de Huelva

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1727-9864>

fernando.perez@uhu.es

SUMARIO: 1. LOS HECHOS. 2. INICIATIVAS PREVIAS SIMILARES Y REACCIONES. 3. LA TRASCENDENCIA JURÍDICA DE UN MERO ANUNCIO. 4. LA CARTILLA COVID Y LA BÚSQUEDA DE EMPLEO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS HECHOS

El pasado 28 de agosto, la presidenta de la Comunidad de Madrid, daba a conocer la denominada “Estrategia frente al COVID-19 para que Madrid no se pare”. Ésta se traduciría en una serie de medidas preventivas a implantar con motivo de la llamada “desescalada” para seguir haciendo frente a la crisis sanitaria una vez finalizado el estado de alarma. Entre las diversas medidas anunciadas, llamó mucho la atención de la prensa en días posteriores la denominada “cartilla COVID-19”, también conocida como “pasaporte COVID”. Según se anunció, se trataba de un “proyecto experimental”, a promover por la Consejería de Salud a partir de septiembre, que “simule la cartilla internacional de vacunación” y que tenga su réplica en la tarjeta sanitaria virtual, con la idea de que quede reflejado si la persona ha pasado la epidemia, tiene

1. Artículo vinculado a los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

Recibido: 4-1-2021; Aceptado: 5-1-2021.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2 (2021) 255-266
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i2.08>

anticuerpos, se ha hecho PCR o ha tenido acceso a otras pruebas. La finalidad del instrumento –se decía– era evitar confinamientos, acceder con seguridad a establecimientos como los gimnasios, museos, cines y, en general, cualquier recinto cerrado, a partir de la identificación de “quiénes en estos momentos no pueden contagiar ni ser contagiados y pueden volver a la normalidad”. De esa forma, se pretendía concentrar esfuerzos en proteger al vulnerable y permitir al resto una vuelta a la vida normal, contribuyendo así a la reactivación económica².

Un día después, el 29 de agosto, se publicaba en el BOCM, la Orden 920/2020, de 28 de julio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid³. Ésta concretaba las medidas en que se traducían la llamada Estrategia “que Madrid no se pare”, pero nada decía acerca de la anunciada cartilla sobre la que, finalizado septiembre, tampoco se tenían mayores noticias ni precisiones. No ha sido hasta final de diciembre cuando la llamativa cartilla se ha puesto en práctica. Eso sí, lo ha hecho reformulada en términos más comedidos, a modo de mero registro de las pruebas diagnósticas de la COVID-19 a que se haya sometido cada paciente. Dicha información se integra en el historial de cada usuario y es accesible desde dispositivos móviles a través de una tarjeta sanitaria virtual⁴.

Con independencia de su reciente puesta en funcionamiento, el mero anuncio de la medida desencadenó de inmediato algunas expectativas, efectos y dinámicas de actuación preocupantes y cuestionables; en particular, por el uso que podría hacerse de esa información personal sobre la salud recogida en la llamada cartilla COVID. Al análisis de tales cuestiones se dedican estas líneas.

Es probable que los numerosos comentarios críticos con que fue contestado el mero anuncio de la medida hayan influido, de alguna forma, en la menor atención e impacto mediático que ha tenido el propio lanzamiento de la cartilla (integrada ahora en la tarjeta sanitaria). Asimismo, cabe pensar que la existencia de fundadas dudas sobre lo antijurídico de algunas de las funcionalidades que inicialmente se atribuyeron a la cartilla, explica ahora su configuración final más modesta y discreta; si bien la persistente ambigüedad sobre los usos⁵ a que puede destinarse la misma mantienen vigentes esas dudas de legalidad.

2. Véase el comunicado de la presidencia de la Comunidad de Madrid en: <https://www.comunidad.madrid/noticias/2020/07/28/diaz-ayuso-activa-estrategia-frente-covid-19-madrid-no-pare> [consulta: 04/01/2021].

3. BOCM n. 182, 29/07/2020, disponible en http://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2020/07/29/BOCM-20200729-1.PDF [consulta: 04/01/2021].

4. Véase <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/tarjeta-sanitaria> [consulta: 08/02/2021].

5. Según la información que ofrece la Comunidad de Madrid sobre la nueva funcionalidad ofrecida por su tarjeta sanitaria virtual en relación con los resultados de las pruebas diagnóstica de la COVID-19: “*En caso de considerarse necesario*, se podrán mostrar los resultados a un tercero mediante un código QR que le dirigirá a una página de verificación, donde el Servicio Madrileño de Salud validará

2. INICIATIVAS PREVIAS SIMILARES Y REACCIONES

Lo cierto es que la originalidad de la idea no puede atribuírsele a los dirigentes de la Comunidad de Madrid, aunque sí el atrevimiento y la imprudencia de anunciar una medida con fuerte impacto en diversos derechos fundamentales a falta de un diseño y configuración precisa de la misma. En efecto, ya en el mes de abril la consejera de Salud de Castilla y León planteó la misma medida, aunque su anuncio tuvo menor eco mediático⁶; y diversas informaciones periodísticas aseguran que la Comunidad de Cataluña también preparaba su propio pasaporte COVID⁷, si bien decidió “plegar velas” tras las reacciones contrarias al anuncio “experimental” de Madrid.

Fuera de nuestras fronteras, diversos países han barajado la implantación de cartillas o pasaportes dirigidos a identificar a las personas que han pasado la enfermedad o que acreditan en un determinado momento no estar contagiadas⁸. En términos generales, la finalidad que justifica la medida es la de hacer posible una movilidad segura de tales personas. Así, Dinamarca⁹ ha establecido un pasaporte COVID negativo¹⁰ que permite a los daneses, tras realizarse la prueba, desplazarse a otros países que mantienen sus fronteras abiertas y presentan escasa incidencia de la enfermedad; y en Chile, el desplazamiento interno hacia regiones con menor índice de contagios se condiciona a la presentación ante una “aduana sanitaria” de un “pasaporte sanitario” que adopta la forma de declaración responsable sobre los contactos y exposición previa del viajero al virus¹¹.

La directa conexión de la cartilla con una supuesta movilidad segura de personas explica que el sector turístico se erigiera en uno de los principales defensores de la medida ante el inicio de la temporada de verano¹². Sin embargo, a excepción de

que esa información es correcta. Dicho código *se visualizará de forma temporal con el objeto de garantizar la seguridad en el acceso*” (la cursiva se ha añadido).

6. A título ilustrativo, véase esta referencia en prensa: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-pasaporte-serologico-espana-sanidad-opinion-8348> [consulta: 04/01/2021].

7. V.gr. vid. <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/torra-asusta-guarda-cajon-pasaporte-covid-catalan-revuelo-madrid/20200729142845151034.html> [consulta: 04/01/2021].

8. Se destacan algunas iniciativas extranjeras en la siguiente información periodística: https://www.niusdiario.es/sociedad/sanidad/que-es-certificado-inmunidad-coronavirus-covid-19_18_2927145067.html [consulta: 04/01/2021].

9. Vid. <https://www.rfi.fr/es/europa/20200710-dinamarca-crea-un-pasaporte-covid-19-negativo-para-la-poblaci%C3%B3n> [consulta: 04/01/2021].

10. Véase la web desde la que se gestiona la solicitud y consulta del pasaporte: <https://www.sundhed.dk/borger/min-side/corona/covidpas/> [consulta: 04/01/2021].

11. Véanse la web informativa y el acceso a los formularios para prestar la declaración jurada en: <https://saludresponde.minsal.cl/pasaportesanitario/> y <https://www.c19.cl/> [consulta: 04/01/2021].

12. Véanse las contribuciones de Melgosa Arcos 2020, 16; Pérez Guerra 2020, 17 y García Ramos de Ayreflor 2020, 6-8 en el Informe elaborado por la Asociación Española de Expertos Científicos en Turismo (AECIT) 2020.

este sector y de los dirigentes políticos apuntados, el rechazo a los denominados “pasaportes epidemiológicos” o “certificados de inmunidad” ha sido generalizado desde diversos sectores y sobre la base de argumentos de variada naturaleza: médicos y científicos, éticos y jurídicos. En particular, destaca la oposición manifestada por la propia OMS en su nota científica de 24 de abril¹³, las 10 razones expuestas en la revista *Nature* el 21 de mayo¹⁴, el informe del Grupo de Trabajo Multidisciplinar del Ministerio de Ciencia e Innovación de 3 junio de 2020¹⁵, y los argumentos ofrecidos por diversos colectivos y expertos sanitarios y jurídicos de los que la prensa se ha hecho eco de forma detallada¹⁶.

3. LA TRASCENDENCIA JURÍDICA DE UN MERO ANUNCIO

La emisión por parte de las autoridades sanitarias de una cartilla o pasaporte de este tipo implica, en primer lugar, añadir una excepción a la excepción que ya supone vivir bajo restricciones de movilidad (variables en tiempo, espacio e intensidad) por causa de una emergencia sanitaria derivada de una pandemia. En segundo lugar, el carácter o efecto habilitante que se atribuye a la tenencia de esa cartilla o pasaporte COVID para poder ejercer plenamente determinadas actividades que en condiciones de verdadera normalidad se practicarían libremente, supone introducir una condición de ejercicio de muy diversos derechos fundamentales que da lugar a una clara diferenciación entre quienes puedan contar con un certificado acreditativo de haber pasado la enfermedad o de no estar contagiados en un momento o período determinado, y quienes no puedan contar con el mismo por el mero hecho de no haber caído enfermos o no poder costearse la prueba, entre otros posibles motivos.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, las medidas que suponen un trato jurídico diferente de unos colectivos respecto a otros deben superar un triple test, canon o juicio de validez. La primera cuestión es determinar si la medida diferenciadora adoptada responde a una finalidad legítima. Desde esta perspectiva, el pasaporte COVID pretende, en primer término, distinguir entre quienes han pasado la enfermedad

13. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331903/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Immunity_passport-2020.1-spa.pdf [consulta: 04/01/2021].

14. Kofler y Baylis 2020. DOI: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01451-0>.

15. Puede consultarse en: https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/gtm_pasaporte_inmunologico.pdf [consulta: 04/01/2021].

16. Una muestra de tales reacciones en: <https://www.newtral.es/pasaportes-inmunitarios-cartilla-covid-19-preguntas-y-respuestas/20200728/>; <https://www.isglobal.org/-/es-el-pasaporte-de-inmunidad-una-opcion-adeuada-para-la-estrategia-de-desconfinamiento->; https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/07/29/la_cartilla_covid_que_promueve_ayuso_ignora_meses_recomendaciones_comunidad_cientifica_109423_1012.html; <https://www.vacunas.org/la-organizacion-mundial-de-la-salud-y-el-pasaporte-inmunitario/> [consulta: 04/01/2021].

o, en su caso, cuentan con pruebas que acrediten no estar contagiados, por un lado, y quienes están enfermos, no la han sufrido aún o no cuentan con tales pruebas concluyentes, por otro lado. A partir de esa clasificación, se trataría de permitir a los primeros una vuelta a la normalidad de sus actividades recuperando el pleno ejercicio de sus derechos de movilidad (junto a otros asociados a ésta) y, con ello, contribuir a la reactivación económica; mientras los segundos mantendrían restringida su movilidad y otros derechos por razones de salud pública. En definitiva, levantar restricciones de derechos para quienes no hay ya justificación, reactivar la economía y velar por la salud pública son, en principio, y a falta de una definición más precisa de la medida, finalidades legítimas atribuibles a la idea del pasaporte COVID.

Seguidamente, se requiere que la medida cuestionada sea idónea o adecuada al fin perseguido. Es este filtro o control el que de forma más clara y objetiva no supera el pasaporte COVID, pues el limitado conocimiento que tiene la ciencia sobre el virus SARS-CoV-2 y la enfermedad que desencadena (COVID-19) no permite afirmar con suficiente certeza algunos de los presupuestos que la medida de la cartilla COVID toma como esenciales. Así, los estudios antes citados afirman que no cabe atribuir inmunidad permanente a quienes hayan pasado la enfermedad, se desconoce con certeza el tiempo de efectividad de los anticuerpos generados, la cantidad y calidad de anticuerpos puede variar de unas personas a otras haciendo posibles nuevos contagios, la precisión de los diversos tipos de test que se vienen realizando no es suficiente para garantizar una fiable identificación de personas inmunizadas o no y, finalmente, el volumen de test que se vienen realizando y el porcentaje de población que, a la luz de éstos, ha superado la enfermedad no son suficientes como para justificar medidas de levantamiento parcial de las restricciones a las personas supuestamente inmunes a partir de un pasaporte o certificado epidemiológico. En consecuencia, y desde este punto de vista, podría concluirse que tales pasaportes o certificados no son en sí mismas medidas antijurídicas pero, para el caso concreto de la enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2 y ante el estado actual de la pandemia y del conocimiento científico sobre la misma, resulta una medida injustificada por falta de idoneidad o utilidad a los objetivos que persigue. Sencillamente, un pasaporte COVID no nos garantiza, en las circunstancias concretas del caso, el logro de los fines u objetivos que, teóricamente, motivan o justifican esta medida.

Por último, toda medida que suponga un trato jurídico diferenciado debe resultar proporcional en sus efectos o resultados, de forma que éstos superen o compensen los costes que genera. Dichos costes se cifran en el grado de afectación que otros derechos o bienes jurídicos sufren como consecuencia de la medida adoptada. El pasaporte COVID incide, en primer lugar, en el derecho a la libre circulación de quienes no tengan acceso al mismo y, sobre la base de ello, en todos los demás derechos fundamentales que necesitan de la libertad de movimientos para su ejercicio efectivo: acudir a lugares de culto, celebrar reuniones familiares, participar en reuniones

o manifestaciones, asistir a clases, abrir el propio negocio o presentarse en el puesto de trabajo, entre otros muchos ejemplos.

En segundo lugar, la expedición y posterior uso del pasaporte COVID tiene incidencia directa sobre una parcela especialmente protegida de la intimidad personal como son los datos relativos a la salud de las personas, de forma que el pleno ejercicio de muchos derechos quedaría condicionado a la revelación de esos datos tan sensibles. Y finalmente, la cartilla COVID tiene un impacto de alcance transversal sobre todos los derechos que directa o indirectamente se vean afectados por la misma: la diferencia de trato jurídico que establece atiende a una cualidad personal —el estado de salud— que puede considerarse discriminatoria en determinados contextos en que no estaría justificado distinguir entre las personas con base en dicho argumento. En definitiva, la expedición de un pasaporte COVID constituye una medida con un impacto condicionante del ejercicio de otros derechos fundamentales potencialmente expansivo, a menos que se configure de una manera muy precisa y limitada en cuanto a sus usos.

4. LA CARTILLA COVID Y LA BÚSQUEDA DE EMPLEO

Las propias declaraciones de las autoridades públicas que lo han anunciado confirman dicho alcance expansivo más allá de la directa incidencia sobre la libertad de movimientos. Así, la presidenta Díaz Ayuso¹⁷, afirmaba que el pasaporte COVID permitiría disponer de un registro de todo el que se hubiere sometido a pruebas; una información útil “ante cualquier petición” pues no descartaba que “en el futuro saber tu inmunidad te ayude o sea necesario para empleos o para lo que sea”.

La amplia variedad de usos que puede darse a un instrumento como la cartilla COVID queda así evidenciada ante planteamientos tan abiertos como el expuesto, y su efecto desproporcionado lo confirman las conductas que se han desatado a raíz de su mero anuncio. Así ha ocurrido con el particularmente sensible ámbito de la búsqueda y acceso al empleo, que constituye una faceta o dimensión específica del derecho al trabajo. En efecto, la acreditación de una supuesta inmunidad ha empezado a introducirse como factor distorsionante en los procesos de búsqueda de empleo, selección de personal y contratación al influir en la conducta de: laboratorios privados que entregan un “pasaporte biológico-sanitario COVID-19” con los resultados de las pruebas a las que haya sido sometido el cliente, de demandantes de empleo que incluyen en sus currículums —y acreditan con tales pasaportes— el dato relativo a su supuesta inmunidad tras haber superado la enfermedad, y de empresarios que pueden

17. La prensa recoge tales declaraciones en: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2020/07/31/ayuso-defiende-la-cartilla-covid-no-descarto-que-en-el-futuro-saber-tu-inmunidad-sea-necesario-para-empleos-1388770.html> [consulta: 04/01/2021].

tomar dicho dato de salud como criterio decisivo para la contratación o mantenimiento (vía renovación) de personal.

Nuestra normativa laboral prohíbe la discriminación directa o indirecta para el empleo por muy diversas razones (art. 4.2 TRET). Entre tales razones no se contempla expresamente ni la enfermedad ni la salud. Tampoco lo hace el art. 14 CE si bien, es sabido, que tales relaciones de causas o criterios discriminatorios no tienen carácter taxativo y deben interpretarse *ex art.* 10.2 CE de conformidad con los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos suscritos por España. Entre ellos, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE contempla la prohibición de discriminación por razón de características genéticas (art. 21.1) y, si bien la Carta Social Europea en su versión original (suscrita por España) no alcanza a tales precisiones, la Carta Social Europea Revisada (de próxima ratificación por España) sí contempla expresamente la prohibición de discriminación basada en la salud (art. E).

Al margen de esas concretas apelaciones al estado de salud o, por extensión, a los datos biológicos de las personas, entre las causas de discriminación prohibidas expresamente por nuestra legislación laboral se encuentran otras que pueden verse afectadas por la práctica de requerir el llamado pasaporte COVID para optar a un empleo. En ese sentido, puede señalarse, de un lado, la condición social, por el efecto condicionante que tendría el coste de la prueba y la correspondiente cartilla para aquellos que no puedan justificar acudir al servicio público de salud y tengan que procurársela por cauces privados. Y de otro lado, merece particular consideración la discapacidad como causa de discriminación *siempre que* (las personas candidatas al empleo) *se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*; lo que impide –como regla general– la indagación del empresario sobre la salud del candidato ante cualquier tipo de discapacidad que éste pueda presentar, y la limita a los solos aspectos que pudieran resultar exigibles por las características de la concreta prestación laboral.

La información que pretende acreditar el pasaporte COVID –fundamentalmente, haber superado la enfermedad y ser inmune, supuestamente, a ella– plantea un peculiar encaje en las causas de discriminación apuntadas. Lo paradójico de la eventual exigencia de un pasaporte de inmunidad COVID-19 para ser contratado es que el hecho de no haber pasado la enfermedad, esto es, el hecho de estar y haber estado sano, se revelaría como un factor de salud discapacitante a los ojos del empresario contratante, que nada tiene que ver con los requerimientos técnicos o de cualificación de la labor a desarrollar. Y consiguientemente, el hecho de haber enfermado y, afortunadamente, superar la enfermedad aparece como una ventaja competitiva en el difícil trance de la búsqueda de empleo. Sea como fuere, el pasaporte COVID introduce claramente un criterio de selección en el momento de la contratación que atiende a un dato sobre el estado de salud de los candidatos: su exposición pasada y futura a una enfermedad concreta, de donde se deriva la preferencia

por aquellos considerados inmunes y la exclusión de aquellos que al no haber pasado la enfermedad serían considerados –exagerada y desproporcionadamente– no aptos para desempeñar el trabajo.

A partir de dicho análisis, el cálculo coste-beneficio para las partes implicadas resulta dantesco. El demandante de empleo puede llegar a considerar como asumible el riesgo de contagiarse deliberadamente para, una vez superada –con suerte– la enfermedad y obtenida su cartilla COVID, tener más opciones de ser contratado... Al fin y al cabo, la vida también depende de tener un empleo (dicho sea irónicamente, claro está). Por su parte, la exigencia del pasaporte COVID en procesos de contratación de personal garantizaría al empresario un ahorro de los costes asociados a las ausencias y bajas laborales relacionadas con el COVID-19 (donde se incluyen no sólo el contagio sino también los períodos de aislamientos preventivos derivados del contagio de contactos estrechos de un trabajador).

Salta a la vista que el hecho de no haber pasado una enfermedad a la que están expuestas todas las personas no puede aceptarse –por su excesiva generalidad– como un criterio válido determinante de la aptitud para desempeñar un empleo y, por tanto, de diferenciación entre candidatos aptos y no aptos. Estaríamos ante una diferencia de trato que no obedece a razones objetivas y razonables determinadas por las exigencias físicas y/o técnicas requeridas por el concreto tipo de actividad a realizar sino, más bien, a elementos subjetivos y aleatorios inasumibles jurídicamente por su efecto discriminatorio. Piénsese que una persona que no ha pasado la enfermedad derivada del SARS-CoV-2, y que quizá nunca resulte contagiada, quedaría sistemáticamente excluida del acceso a todo tipo de empleo por un mero cálculo de riesgos empresarial.

En el contexto del acceso al empleo, la prohibición de discriminación se proyecta no sólo sobre los empresarios sino, igualmente, sobre los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias privadas de colocación (art. 35 TRLE). Todos ellos deberán, por tanto, rechazar las ofertas de colocación en las que adviertan carácter discriminatorio, como ocurriría en este caso, no tanto por razón de discapacidad o enfermedad en sentido estricto, sino por razones de salud. Es por ello que la normativa de protección de datos es la que puede ofrecer obstáculos más efectivos a un uso perverso (discriminatorio) desde el lado empresarial de los datos de salud asociados al COVID-19 de los trabajadores candidatos, como ya ha advertido la Agencia Española de Protección de Datos¹⁸.

En efecto, los datos relativos a la salud, junto a los datos biométricos y genéticos, constituyen una categoría especial de datos que merecen mayor protección en

18. Véase el comunicado emitido por la AEPD el 18/06/2020, precisamente, sobre la información relativa a la tenencia de anticuerpos de la COVID-19 y la oferta y búsqueda de empleo: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo> [consulta: 04/01/2021].

términos de confidencialidad frente a su tratamiento, como se deriva, entre otros, del art. 7 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, del art. 9 de la LOPDP y del propio art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679. La normativa europea establece como principio general el de la prohibición de tratamiento de tales datos (art. 9.1 del Reglamento UE) para, a continuación, permitir determinadas excepciones. Así, es posible conocer y tratar los datos de salud de trabajadores cuando ello “es necesario para el cumplimiento de obligaciones (...) en el ámbito del Derecho laboral” o “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador...” (apartados b y h del art. 9.2 Reglamento UE 2016/679). Ahora bien, esta posibilidad de conocimiento de los datos de salud del trabajador o, en su caso, de los candidatos a serlo por parte del empresario está revestida de una serie de garantías y límites orientados a evitar su uso con fines discriminatorios.

En ese sentido, ya se ha indicado que la consecuencia de requerir la acreditación de inmunidad, que supuestamente supone haber pasado la enfermedad derivada del SARS-CoV-2, es considerar faltos de aptitud para el trabajo a aquellos que nunca se han contagiado; circunstancia ésta –estar y haber estado sano– que en ningún caso puede justificar una discriminación en el acceso al empleo (*ex art. 4.2.c ET*). Asimismo, desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores ya contratados, “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador” y, además, “el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador” (art. 22.4 LPRL). La observación de tales cautelas garantistas se ha mantenido incluso ante las particulares medidas preventivistas que han debido asumir los empresarios a causa del COVID-19¹⁹. Con todo ello, se trata de evitar que el empresario tenga un conocimiento excesivo o desproporcionado de los datos de salud de los trabajadores para el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, como podría ser el conocimiento detallado y directo de los datos de salud de trabajadores concretos que pudieran inspirar, por ejemplo, decisiones extintivas de contratos para ahorrar los costes de previsible bajas laborales.

En definitiva, éstas y otras disposiciones (v.gr. la obligación de secreto profesional a las que están sujetos los profesionales sanitarios) oponen numerosos obstáculos al potencial interés de los empresarios por conocer la exposición al COVID-19 de sus trabajadores y, más aún, de los candidatos a serlo en el marco de un proceso de selección de personal. Sin embargo, menos factible resulta limitar la posibilidad de que, particularmente, las personas que buscan empleo declaren voluntariamente

19. Sobre el particular, vid. Feria Basilio 2020 y el documento sobre preguntas frecuentes relacionadas con la gestión de datos y la COVID-19 elaborado por la AEPD 2020: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf [consulta: 04/01/2021].

haber superado la enfermedad y lo acrediten adjuntando a sus currículums los referidos pasaportes COVID. En este caso, el perverso efecto discriminatorio que se viene denunciado en estas líneas lo desencadenaría el propio demandante de empleo al revelar un dato de salud al empresario con la esperanza de resultar más atractivo y decidir a su favor el proceso de selección.

Como todo aspecto relativo a la intimidación personal, los datos de salud son disponibles por el titular de los mismos, de manera que si voluntariamente consiente en facilitarlos para su tratamiento con determinados fines o decide hacerlos manifiestamente públicos (art. 9.2.a y e Reglamento UE), pierden todo efecto las prohibiciones relativas a su obtención y tratamiento. A pesar de ello, el art. 9.2.a del Reglamento UE establece la posibilidad de que no baste el solo consentimiento del afectado para levantar la prohibición de tratamiento de determinados datos. El art. 9.1 de la LO-PDP así lo ha establecido para evitar el uso con fines discriminatorios de aquellos datos cuya finalidad principal sea identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico del afectado.

Los datos relativos a la salud no aparecen entre los superprotegidos por encima, incluso, del consentimiento del afectado. Sin embargo, de acuerdo con el art. 9.4 del Reglamento UE sería posible para los Estados Miembros “mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud”. En su virtud, nuestra legislación laboral —y desde luego la negociación colectiva— podría añadir a las previsiones ya citadas en materia de no discriminación en el acceso al empleo, medidas concretas dirigidas a prohibir o neutralizar la revelación voluntaria de datos sobre la salud del demandante en el contexto de los procesos de acceso al empleo para evitar prácticas discriminatorias, salvo en los casos en que dicho conocimiento sí esté justificado por el tipo de trabajo a desarrollar. De esa forma, podría impedirse a los propios candidatos la presentación de pasaportes COVID o certificados similares junto a sus currículums, más allá de la obligación de excluirlos o no considerar tal información por parte de empresarios, servicios de empleo, agencias de colocación y, en general, de los responsables de la selección de personal.

Ahora bien, cuestión distinta sería la efectividad de tales medidas pues, si el que busca empleo confía en que sus datos de salud pueden favorecerle de cara a ser seleccionado, no es descabellado pensar que concluirá que el fin justifica los medios. Por ello, se antoja difícil conseguir una reserva absoluta (y voluntaria) sobre tales datos más allá de los términos de la oferta de empleo y de la información requerida por el empresario, la agencia de selección o la facilitada formalmente por el demandante en su propio currículum de acuerdo con la normativa vigente en su caso. En efecto, resulta difícil de impedir que en el contexto de una entrevista de trabajo se confiese de forma espontánea (o inducida) el contagio o no por SARS-CoV-2; o bien que las

redes sociales del candidato den cuenta por sí mismas si éste contrajo la enfermedad previamente o no, o incluso del resultado de las pruebas practicadas.

Ante tales circunstancias en las que, sin requerirse formal y abiertamente información sobre la salud de los candidatos (discriminación patente), ésta puede resultar, de hecho, conocida y determinante de la decisión empresarial de contratar, la cuestión queda planteada en términos de una posible discriminación encubierta (SSTC 198/1996, 107/2000, 13/2001) en el acceso al empleo (STC 173/1994, FJ 3). Cuando ello ocurre, todo depende de una nada fácil labor probatoria del conocimiento empresarial de los datos de salud y de la motivación discriminatoria y no objetiva o técnica de la decisión empresarial que llevó a contratar a unos candidatos en lugar de a otros. La jurisprudencia constitucional ofrece ejemplos de la dificultad de acreditar indicios de discriminación suficientemente sólidos y la relativa flexibilidad con que pueden llegar a aceptarse como válidos los criterios empresariales justificativos de decisiones tan discrecionales como las relativas a la selección de personal (v.gr. SSTC 41/2002, 233/2007, 92/2008, 124/2009, 173/2013).

Ante ello, quizá sea más efectivo tomar conciencia de la importancia de nuestros datos personales de todo tipo y, especialmente, de los relativos a la salud; máxime cuando ni el estado actual de la ciencia permite un cálculo de riesgos fiable, si es que puede jugarse a ello tratándose de salud. Así, no es descartable que la arriesgada decisión de dar a conocer nuestra supuesta inmunidad por sobrevivir al COVID-19, pueda volverse en nuestra contra si, pasado un tiempo y superada la pandemia, se revela una alta probabilidad de secuelas de diverso tipo entre quienes superaron la enfermedad. Lo que hoy puede haber supuesto una ventaja en el competitivo –por escaso– mercado de trabajo, quizá mañana suponga la evidencia más cruel de una debilidad que, entonces, no queremos que inspire decisiones empresariales... Mejor no pensar en un mundo tan mezquino y ejercer nuestros derechos para lo que están: para protegernos. Por si acaso.

Asimismo, por su parte, convendría que nuestras autoridades públicas no contribuyeran –con sus ocurrencias y declaraciones– a promover, en un terreno tan sensible como el de la búsqueda de empleo, una revelación de nuestros datos de salud de dudosa utilidad e imprevisible alcance. La grave realidad de la pandemia obliga, desde luego, a tomar medidas de muy diverso tipo, pero no por ello deben dejar de observarse las obligadas cautelas cuando éstas afectan a derechos fundamentales. Es más, convendría evitar llevar a cabo “proyectos experimentales” con éstos y dejar tales procedimientos e iniciativas para el virus y los recintos seguros de los laboratorios.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AECIT: Asociación Española de Expertos Científicos en Turismo (2020), *Turismo Post COVID-19: El turismo después de la pandemia global: análisis, perspectivas y vías de recuperación*. Disponible en: <https://aecit.org/uploads/public/DOCUMENTO.covid-19%20y%20turismo.pdf> [consulta: 04/01/2021].
- AEPD (2020a), *Preguntas frecuentes relacionadas con el tratamiento de datos y la COVID-19*. Disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf [consulta: 04/01/2021].
- AEPD (2020b), *Comunicado sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo*, 18/06/2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo> [consulta: 04/01/2021].
- Feria Basilio, Iluminada (2020), “La prevención de riesgos laborales en tiempo de coronavirus”, en *Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. Disponible en: <http://grupo.us.es/iwpr/covid-19-y-derecho-social/la-prevencion-de-riesgos-laborales-en-tiempo-de-coronavirus/> [consulta: 04/01/2021].
- Kofler, Natalie y Baylis, Françoise (2020), “Ten reasons why immunity passports are a bad idea”, *Nature*, 581, 379-381. DOI: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01451-0>.
- Ministerio de Ciencia e Innovación (2020), *Informe del Grupo de Trabajo Multidisciplinar de 3 junio de 2020*. Disponible en: https://www.ciencia.gob.es/stffs/MICINN/Ministerio/FICHEROS/gtm_pasaporte_inmunologico.pdf [consulta: 04/01/2021].
- OMS (2020), “Pasaportes de inmunidad en el contexto de la COVID-19”, *Nota Científica*, 24/04/2020. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331903/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Immunity_passport-2020.1-spa.pdf [consulta: 04/01/2021].