

080/2023

El proyecto de Real Decreto tiene por objeto la modificación del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, con motivo del desarrollo que está experimentando la digitalización de los sistemas de información, y con la finalidad de regular la expedición de la tarjeta sanitaria individual con soporte no sólo físico, sino también en soporte virtual, de manera que se posibilite la adecuación técnica de las tarjetas sanitarias virtuales existentes (vid. Exposición de motivos del proyecto), las cuales habrán de ser válidas en todo el Sistema Nacional de Salud y permitir el acceso a los centros y servicios sanitarios del sistema en los términos previstos por la legislación vigente.

El proyecto modifica varios artículos del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, entre los que procede destacar el artículo 3 cuya denominación es “Datos Básicos comunes y especificaciones técnicas de la tarjeta sanitaria individual” en el que consta, fundamentalmente, información que ha de considerarse dato de carácter personal.

En consecuencia, de esta primera aproximación se deduce que se van a producir tratamientos de datos de carácter personal, que hacen que se aplique el marco jurídico actual en materia de protección de datos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que a la materia de protección de datos personales se refiere, la norma a la que debe ajustarse el proyecto de Orden sometido a consulta es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD en lo sucesivo) y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en lo sucesivo).

Con carácter previo debe recordarse el criterio de este Gabinete Jurídico sobre la necesidad de que, en aquellas regulaciones con especial incidencia en protección de datos personales, se incluya una regulación específica a tal efecto y se realice el correspondiente análisis de riesgos y evaluación de impacto en protección de datos y se incluya al menos en la Memoria de análisis de Impacto Normativo (MAIN).

En el presente caso estamos ante una regulación que, obviamente, tiene una notable incidencia en el tratamiento de datos personales, por cuanto se refiere a la inclusión de determinada información relacionada con personas físicas que las identifica unívocamente y que resulta esencial para poder ejercer su derecho a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Todo ello a través de un dispositivo, la tarjeta sanitaria, destinado a validarse en los diferentes sistemas de información sanitaria de las correspondientes Comunidades Autónomas.

Así, en el Informe de esta Agencia de 28/2023 se indicaba a este respecto que:

Esta Agencia viene recomendando repetidamente en sus informes que el prelegislador, en aquellos casos, como el presente, en que los tratamientos tienen como base jurídica el art. 6.1.c) o e) del RGPD (esto es, tratamientos cuya base es una obligación legal o una misión de interés público), y venga establecida por el Derecho de la Unión o el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento y tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, como es el caso de las operaciones de tratamiento que derivan del proyecto que se informa, haga uso de la posibilidad que establece el art. 35.10 RGPD de modo que sea el propio órgano proponente de la disposición general, en el curso del procedimiento de creación de la disposición de la norma (ley, real decreto etc.) quien realice un análisis de riesgos y en su caso una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica (esto es, que analice en la MAIN los impactos en materia de protección de datos junto con el resto de impactos a que normalmente se refiere la MAIN: por razón de género, en las familias etc.). Dicha EIPD habrá de incorporarse, como permite -casi debería decirse que lo impone, pero en cualquier caso no lo

prohíbe- el art. 2.1, letra g), del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Este precepto es, además, suficientemente expresivo de la voluntad del legislador de incluir en la MAIN, dentro del concepto “Otros impactos”, el análisis del “impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma”.

g) Otros impactos: La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y al impacto que tendrá para la ciudadanía y para la Administración el desarrollo o uso de los medios y servicios de la Administración digital que conlleve la norma

Dicho análisis de riesgos o la EIPD no se ha llevado a cabo por el órgano proponente del proyecto, ni la MAIN hace referencia, en su apartado de Análisis de Impactos, a Impactos por razón de protección de datos personales. Esta AEPD sugiere que se realice dicha EIPD y se incorpore a la MAIN de modo que se pueda establecer en el expediente el riesgo/impacto que supone para los interesados los tratamientos de datos personales en la materia regulada, y puedan preverse las medidas organizativas o de seguridad etc. necesarias para minorar los riesgos derivados de dichos tratamientos.

Sin embargo, y como también ha mantenido esta AEPD, en el momento en que se procede por una norma jurídica a regular tratamientos, los responsables o encargados de los tratamientos estarán obligados a aplicar dicha norma, por lo que previamente será necesario determinar que la misma es conforme con la normativa de protección de datos personales. La realización de los citados Análisis de riesgo, y en su caso EIPD, permitiría que los responsables o encargados del tratamiento no tendrían la obligación de realizar dicha evaluación de impacto de datos personales (EIPD) prescrita en el art. 35.1 RGPD (y que el Real Decreto del ENS ha considerado asimismo obligatoria) precisamente por haberse llevado ya a cabo en el seno del proceso de gestación de la norma de carácter general.

Por su parte, el artículo 3 del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, bajo la denominación *Sistemas de información que traten datos personales*, dispone lo siguiente:

1. Cuando un sistema de información trate datos personales le será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, o, en su caso, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, el resto de normativa de aplicación, así como los criterios que se establezcan por la Agencia Española de Protección de Datos o en su ámbito competencial, por las autoridades autonómicas de protección de datos, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el presente real decreto.

2. En estos supuestos, el responsable o el encargado del tratamiento, asesorado por el delegado de protección de datos, realizarán un análisis de riesgos conforme al artículo 24 del Reglamento General de Protección de Datos y, en los supuestos de su artículo 35, una evaluación de impacto en la protección de datos.

En relación con este aspecto, si bien la tarjeta sanitaria en si misma considerada, no la podemos entender como “sistema de información” al que se refiere la normativa que se acaba de citar, lo cierto es que sí que forma parte esencial del sistema de intercambio de información que proporciona la base de datos de población protegida por el Sistema Nacional de Salud.

A lo que hay que añadir, que, entre otras cuestiones, la norma proyectada propone la inclusión de determinada información en formato braille, como ya lo hacía, con otra redacción, el art. 3.4 del Real Decreto de 2004.

El proyecto dice que ha de constar en braille “las iniciales de Tarjeta Sanitaria Individual (TSI)”. Pero no resulta claro de la regulación proyectada si esa indicación es únicamente para las tarjetas cuyos titulares sean personas

con discapacidad visual o por el contrario sería una medida a aplicar a la generalidad de las tarjetas de los usuarios del sistema público de salud.

La diferencia no es baladí, pues si se optase por esta última posibilidad (que se incorporase la inscripción en braille en todas las tarjetas y no sólo en las de aquellas personas con discapacidad visual), no estaríamos ante un dato de salud, por cuanto no se podría individualizar al titular de la tarjeta como perteneciente a dicho colectivo, y se estaría protegiendo dicha información, siendo acorde con el principio de minimización y con el de confidencialidad.

Medida que, de adoptarse, este Gabinete Jurídico valoraría positivamente, estrictamente desde el punto de vista de la protección de datos personales, sin perjuicio de que se desconocen otras consecuencias que dicha medida tendría, como por ejemplo su coste económico, y cuya valoración corresponde a la administración competente.

En cambio sí únicamente se adoptara dicha medida para aquellas personas con discapacidad visual, sí que estaríamos ante el tratamiento de una categoría especial de datos, de acuerdo con los artículos 4.15 y 9 del RGPD, pues se identificaría al titular de la tarjeta como perteneciente a ese colectivo.

Y cuya consecuencia inmediata sería la necesidad de que dicho tratamiento de datos cumpliera con alguno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 9 RGPD, que levantan la prohibición de tratar dichos datos (art. 9.1 RGPD) y la necesidad de encontrar una norma con rango de ley que regulara expresamente dicho tratamiento (artículo 6.1 c) o e) del RGPD, y artículo 8 de la LOPDGDD), y ni del contenido de la norma proyectada, ni de la MAIN se establece referencia alguna en este sentido a una norma de rango de ley que levante dicha prohibición. Por tanto, sería necesario aclarar si dicha medida es para todas las tarjetas o sólo para aquellas personas con discapacidad visual, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto.

Por lo tanto, sería recomendable que se realizara un análisis de riesgos y se desarrollara está en una evaluación de impacto en materia de protección de datos, recogiendo en la MAIN junto con los aspectos que se acaban de indicar.

Dicho lo anterior, esta Agencia ya se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la normativa que regula la tarjeta sanitaria individual, la primera a través del Informe de 25 de enero de 2004 sobre el proyecto de real decreto que finalmente se aprobó como Real Decreto 183/2004 de 30 de enero, y la segunda en el Informe de 11 de septiembre de 2012 sobre la modificación del citado Real Decreto.

Pues bien, en atención a la norma hoy proyectada debe traerse a colación lo indicado en este último Informe 298/2012 de 11 de septiembre, por cuanto, sin perjuicio del objeto de la presente norma que se centra, fundamentalmente en la creación de una tarjeta sanitaria virtual, en lo referente al artículo 3.2 que aborda los datos básicos a incluir nada esencial se observa que haya cambiado -sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante en este Informe-, por lo que se transcribe lo que al respecto se indicó en aquella ocasión:

V

(...) Respecto de la primera categoría de datos, el artículo 3.2 del Real decreto 183/2004, en la redacción establecida en el Proyecto, prevé la adición entre los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta del dato relativo al código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud, que se añadiría a los de identificación asignada por la entidad emisora y nombre y apellidos que actualmente incluye el mencionado anverso “de forma visible” en la redacción actual del precepto.

El artículo 57.3 de la Ley 16/2003 establece que “con el objetivo de poder generar el código de identificación personal único, el Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollará una base de datos que recoja la información básica de asegurados del Sistema Nacional de Salud, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas”.

A su vez, el artículo 4.2 del Real decreto 183/2004 dispone que “el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud tendrá carácter irrepetible y será único a lo largo de la vida de cada persona,

independientemente de la Administración sanitaria competente en su atención sanitaria en cada momento”, añadiendo el artículo 4.3 que “dicho código de identificación facilitará la búsqueda de la información sanitaria de un paciente que pueda encontrarse dispersa en el Sistema Nacional de Salud, con el fin de que pueda ser localizada y consultada por los profesionales sanitarios, exclusivamente cuando ello redunde en la mejora de la atención sanitaria, con pleno respeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en 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, garantizando asimismo la confidencialidad e integridad de la información”.

De este modo, teniendo en cuenta que la Ley 16/2003 legitima la inclusión en la tarjeta de los datos básicos de identificación de su titular, debe considerarse que a la vista de la finalidad de la asignación del código único y de su inmutabilidad, su inclusión en la tarjeta se encuentra legitimada por el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, en conexión con el artículo 57.2 de la Ley 16/2003, siendo adecuada para la finalidad establecida para la propia tarjeta en la citada Ley.

III

Ahora bien, el apartado 3 del artículo 3 de la norma proyectada referido a otros datos a incluir al margen de los denominados básicos, se está volviendo a la situación anterior al citado informe de 2012.

En aquella ocasión, respecto de dichos datos que no se consideraban básicos, se utilizaba el término “*ocasionalmente*” para proceder a su inclusión y se propuso sustituir por el término “*En los supuestos en los que así lo autorice la ley*”, ya que debía justificarse cuál era la habilitación de las administraciones competentes para poder incluir esa información adicional, (y así se aprobó finalmente). Pues bien, a la vista del contenido propuesto en el presente proyecto normativo, se ha vuelto a eliminar dicha remisión legal y se sustituye por “adicionalmente”.

En efecto, en el Informe 298/2012 se da respuesta a la pretensión de incluir unos datos distintos de los denominados básicos respecto de lo que se indicó lo siguiente:

(...) A su vez, el Proyecto introduce un nuevo apartado 3, según el cual, la tarjeta podría incluir “opcionalmente” y “en función de las necesidades de gestión de las diferentes Comunidades Autónomas” los datos personales relativos al Documento Nacional de Identidad, Número de Afiliación a la Seguridad Social o fecha de caducidad para determinados colectivos, así como el código de modalidad de aportación a la prestación farmacéutica.

De este modo, se prevé un modelo normalizado con un contenido mínimo que podrá ser ampliado “opcionalmente”, en atención a las necesidades de gestión de las Comunidades Autónomas, habiendo desaparecido la mención que se contiene actualmente en el primer inciso del artículo 3.2 del Real Decreto 183/2004, en que se señala que la información adicional será incorporada en el supuesto en que la legislación aplicable lo autorice, por cuanto el contenido mínimo a incluir se entiende “sin perjuicio de la información que la ley autorice a incorporar a cada Administración competente”.

(...)

VIII

(...) el problema se plantea como consecuencia de que el Proyecto prevé, en la redacción dada por el artículo 3.3, que dicho dato pueda incorporarse a la tarjeta “ocasionalmente”, “en función de las necesidades de gestión de las diferentes Comunidades Autónomas”.

La solución a esta cuestión ya se desprende del anterior informe emitido por esta Agencia al texto actualmente vigente, cuando analizaba si la referencia efectuada por el Proyecto sometido a su parecer a la posibilidad de que la tarjeta pudiera incorporara la información adicional que determinase cada administración competente. En este punto, el citado informe de 25 de enero de 2004 recordaba que dicha previsión resultaba “incongruente con la exigencia establecida en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, toda vez que el mismo exige la existencia de una norma con rango de Ley habilitante del tratamiento, de modo que las administraciones competentes únicamente podrían incluir la

información que las normas con rango de Ley que hubieran sido aprobadas en su respectivo ámbito competencial establezcan”, por lo que se propuso por la Agencia modificar el precepto, reemplazando la citada remisión genérica por “sin perjuicio de la información que la Ley autorice incorporar a cada administración competente”, texto que finalmente fue incorporado al Real Decreto 183/2004 como primer inciso de su artículo 3.2.

Pues bien, a nuestro juicio, lo sostenido en el citado informe debe mantenerse en el presente momento, de forma que el contenido adicional de la tarjeta al que se refiere el nuevo artículo 3.3 previsto en el Proyecto sometido a informe únicamente se incorpore a la tarjeta cuando así lo autorice la legislación que resulte de aplicación a la correspondiente Administración autonómica, lo que exigiría modificar la redacción del primer inciso del artículo 3.3 en la redacción dada al mismo por el Proyecto.

(...)

IX

Teniendo en cuenta las consideraciones que se han venido efectuando, sería necesaria la introducción de determinadas modificaciones en el texto del Proyecto sometido a informe:

- En primer lugar, debería incorporarse un nuevo apartado 3 del artículo 3 del real decreto 183/2004, entre los apartados 2 y 3 contenidos en el Proyecto, en que se indique que “Asimismo la tarjeta sanitaria incluirá en su banda magnética, aunque no en el anverso, el código de aportación del titular a la prestación farmacéutica al que se refiere el artículo 5.1 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre”.*
- En segundo término, el apartado 3 del citado artículo 3 (que pasaría a ser el 4 conforme a lo que acaba de indicarse) debería redactarse en los siguientes términos: “En los supuestos en los que así lo autorice la Ley, atendidas las necesidades de gestión de las diferentes Comunidades Autónomas, podrán incorporarse además a la tarjeta sanitaria los datos correspondientes al*

Documento Nacional de Identidad de su titular, su Número de Afiliación a la Seguridad Social o su fecha de caducidad para determinados colectivos, todos ellos en formato normalizado”.

(...)

Llegados a este punto es preciso aclarar que el citado informe se emite bajo el anterior marco jurídico en protección de datos, concretado fundamentalmente en la Directiva 95/46 y en la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), de 13 de diciembre, y que, en la actualidad, los supuestos de legitimación para el tratamiento de datos se encuentran en el artículo 6 del RGPD, debiendo poner especial atención en el presente caso, a lo indicado en los apartados c) y e) a cuyo tenor:

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

Por su parte, la LOPDGDD indica en su artículo 8 bajo la denominación “Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos” lo siguiente:

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos

previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

Por tanto, cuando en el citado informe se indica que el tratamiento podría llevarse a cabo en la medida en una ley autorice, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6.2 LOPD, debe indicarse que hoy día se exigirá que o bien el tratamiento de esos datos adicionales a los básicos, se deban incluir porque así una ley obligue al responsable del tratamiento, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, o bien cuando dicho tratamiento este previsto en el ejercicio de las competencias que la ley atribuya a dicho responsable.

En este sentido, la necesidad de que la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos este prevista en una norma con rango de ley, ya sea por obligación que recae al responsable del tratamiento, ya sea porque el tratamiento responda al ejercicio de competencias, es el núcleo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional que este Gabinete Jurídico viene recordando a través de sus informes, por todos el Informe 89/2020:

*Por otro lado, debe tenerse igualmente en cuenta que, en el caso de que la obligación venga impuesta por una norma de derecho interno, la misma deberá tener rango de ley, por exigirlo el artículo 53.1 de la Constitución, tal y como expresamente recoge el artículo 8.1 de la LOPDGDD, añadiendo que “podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679” y deberá tenerse en cuenta la doctrina constitucional recogida, fundamentalmente, en las sentencias 292/2000 de 30 noviembre y 76/2019 de 22 de mayo, conforme a **la cual los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales deben establecerse por una norma con rango de ley, previa ponderación por el legislador de los intereses en pugna atendiendo al principio de proporcionalidad, definiendo todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora mediante reglas precisas, que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias, y estableciendo las garantías adecuadas, siendo la propia ley la que habrá de contener las garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales que autoriza.** El Tribunal Constitucional (TC) ha sido claro en cuanto a que la previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos*

*personales de que se trate. **Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado.** Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del artículo 53.1 CE (...). Es evidente que, si la norma incluyera una remisión para la integración de la ley con las garantías adecuadas establecidas en normas de rango inferior a la ley, sería considerada como una deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 53.1 CE, y, por este solo motivo, debería ser declarada inconstitucional y nula. (...). Se trata, en definitiva, de “garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental”. Tampoco sirve por ello que para el establecimiento de dichas garantías adecuadas y específicas la ley se remita al propio RGPD o a la LOPDGDD.*

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270] , F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6).”

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que

deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

*Pues bien, la **STJUE de 6 de octubre de 2020**, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:*

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C- 311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

*Igualmente, el apartado 65 de la **Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17)**, Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:*

Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice: Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos.

*Y en dicha **STJUE de 16 de julio de 2020**, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):*

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente

necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado

La ya citada STJUE de 6 de octubre de 2020, en el caso C-623/17, añade la mención de las categorías especiales de datos:

68 (...) Estas consideraciones son aplicables en particular cuando está en juego la protección de esa categoría particular de datos personales que son los datos sensibles [véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartados 54 y 55, y de 21 de diciembre de 2016, Tele2, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartado 117; dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 141].

En consecuencia, los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales deben establecerse por una norma con rango de ley, previa ponderación por el legislador de los intereses en pugna atendiendo al principio de proporcionalidad, definiendo todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora mediante reglas precisas, que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias, y estableciendo las garantías adecuadas.

(...)

Por tanto, es este sentido el que deberá tenerse en cuenta al interpretarse la expresión del texto “cuando así lo prevea la ley” que se propone en el presente informe.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la redacción que se propone en la norma proyectada consta como apartado 3, del artículo 3 lo siguiente:

3. Adicionalmente a los datos básicos, las administraciones sanitarias emisoras podrán incorporar a la tarjeta sanitaria los siguientes datos, velando porque en su configuración permitan la interoperabilidad:

- a. El número del Documento Nacional de Identidad de su titular o, en el caso de extranjeros, el número de identidad de extranjeros.*
- b. El número de la Seguridad Social.*
- c. La fecha de caducidad de la tarjeta para determinados colectivos.*
- d. El número de teléfono de atención de urgencias sanitarias, todos ellos en formato normalizado.*
- e. Una fotografía del titular de la tarjeta sanitaria.*

Siguiendo con el criterio mantenido en nuestros anteriores informes que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se acaba de citar, se propone que se modifique el texto del apartado 3 del artículo 3 eliminándose la palabra “adicionalmente” y sustituyéndola por la siguiente expresión:

3. En los supuestos en los que así lo prevea la ley, y con las medidas y garantías que dicha ley establezca, atendidas las necesidades de gestión de las diferentes administraciones sanitarias emisoras, estas podrán incorporar a la tarjeta sanitaria los datos que a continuación se enumeran, velando porque en su configuración permitan la interoperabilidad, y ello sin perjuicio del cumplimiento del resto de circunstancias y obligaciones que establece la normativa de protección de datos personales:

(...)

Respecto de las otras modificaciones que aborda la norma proyectada, debe indicarse que, en relación con la normativa de protección de datos personales cabe mencionar un supuesto que esta Agencia desea resaltar, y es que del texto debería de quedar claro que la emisión de la tarjeta virtual es una opción del titular del derecho a la asistencia sanitaria, no de la administración sanitaria. La injerencia en que consiste el tratamiento de datos personales mediante la emisión de una tarjeta virtual sería superior a la emisión de una tarjeta física, por lo que el titular ha de tener derecho a elegir si desea ese tratamiento de datos personales. Es más, del texto del proyecto podría deducirse que la Administración podría decidir emitir únicamente tarjetas sanitarias virtuales (según la expresión “y/o” que utiliza), respecto del cual se echa de menos, como se ha expuesto, un análisis de riesgos y en su caso una

EIPD que ponga de manifiesto los riesgos que derivarían de ello y las medidas que habría que adoptar para mitigar dichos riesgos. En cualquier caso, y además, esta Agencia sugeriría que el redactor del proyecto analizase si, como ya se ha planteado a esta Agencia para otros supuestos de identificación en los que se plantean una tarjeta física y otra virtual, la emisión de la tarjeta sanitaria virtual debería de realizarse sólo a quien ya tuviera una tarjeta sanitaria física y voluntariamente, una vez obtenida la física, solicite una tarjeta sanitaria virtual adicionalmente.

Igualmente, en el apartado 5 del art. 2 proyecto se hace referencia a un “chip” que, “como mínimo” se adecuará a los datos de la banda magnética. Esta Agencia no comparte que ese chip haya de contener “como mínimo” la misma información que la tarjeta, si ello supone que dicho chip podría contener datos personales por encima o más numerosos que los que haya de contener la banda magnética. Ello supondría una indefinición acerca de los datos personales que podrían ser tratados, ya que no se dice cuáles serían esos datos que podrían incluirse en el chip. Y como se ha dicho antes, supondría un tratamiento de datos que ha de estar previsto en una norma con rango de ley con los requisitos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido al efecto. De no ser así, sería contrario, tanto al principio de licitud y transparencia (art. 5.1.a), como al de limitación de la finalidad -ya que no se sabe cuáles tampoco se sabe para qué se podrían tratar- (art. 5.1.b), así como al principio de minimización de datos (art. 5.1.c), todos ellos del RGPD.