

Dictamen en relació amb la consulta d'un col·legi professional sobre la utilització de l'empremta digital per accedir a la biblioteca

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit de (...) en què se sol·licita el parer d'aquesta Autoritat sobre la utilització d'un sistema de control biomètric, basat en l'empremta digital, per accedir a llur biblioteca.

Analitzada la petició i vista la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto el següent dictamen

I

(...)

II

(...) manifesta, en el seu escrit de consulta, que, amb l'objectiu de modernitzar llurs serveis i instal·lacions, la Junta de Govern vol modificar el sistema d'accés a la biblioteca, establint un sistema de torniquet trípod o torn de mitja alçada que s'activi i, per tant, permeti l'accés de les persones col·legiades o de qualsevol altre usuari prèviament autoritzat mitjançant l'empremta digital.

Especifica, tot seguit, que l'accés a través de l'empremta digital seria optatiu per a les persones col·legiades i per a aquelles que estan inscrites en (...), les quals disposen del corresponent carnet que les identifica com a tals i que els permetria l'accés, mentre que per a la resta d'usuaris seria obligatori.

Dit això, (...) transcriu, en l'escrit de consulta, part del document tècnic del fabricant del sistema de control d'accés biomètric (del qual, malgrat afirmar-ho, no s'adjunta còpia), en què es posa de manifest que *"(...) els terminals d'empremta digital de punts de dades d'empremtes dactilars d'imatge en brut creen una plantilla a partir de les dades i no es manté la imatge en brut en el dispositiu. Per assegurar com es fa la plantilla, eines criptogràfiques i mètodes de xifrat, s'utilitzen 256 xifrats AES."*

Fetes aquestes manifestacions, (...) planteja si la utilització d'aquest sistema de control d'accés biomètric s'adequaria a la normativa de protecció de dades personals i, en cas afirmatiu, com s'hauria de recavar el consentiment dels afectats i quines mesures de seguretat caldria implementar.

Així mateix, planteja quina incidència pot tenir el Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD) a la consulta plantejada.

A aquestes qüestions ens referim en els apartats següents d'aquest dictamen.

III

D'entrada, convé assenyalar que aquesta Autoritat ha tingut l'ocasió d'examinar, en dictàmens anteriors (per exemple, CNS 17/2011, CNS 22/2009 o CSN 9/2009, disponibles al web <http://apdcat.gencat.cat/ca/inici/>), l'adequació a la normativa de protecció de dades personals dels sistemes de control d'accés basats en el tractament de dades biomètriques (com l'empremta digital), si bé aquest examen s'ha centrat en la seva utilització en un context estrictament de control laboral.

En aquests dictàmens l'Autoritat posava de manifest que les dades biomètriques poden identificar-se amb els trets fisiològics o de comportament d'una persona física, per la qual cosa tenen consideració de dades de caràcter personal, en els termes establerts pels articles 3.a) de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD) i 5.1 f) del Reglament de desplegament de l'LOPD, aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre (en endavant, RLOPD), resultant, per tant, d'aplicació al seu tractament els principis i obligacions de la normativa sobre protecció de dades personals.

Es puntualitzava, així mateix, que les dades biomètriques només tindrien la consideració de dades especialment protegides (article 7 LOPD) quan revelessin la ideologia, l'afiliació sindical, la religió, les creences, o fessin referència a l'origen racial, a la salut o a la vida sexual dels interessats.

Dit això, l'Autoritat feia avinent que les dades biomètriques només poden emprar-se de manera adequada, pertinent i no excessiva en relació amb l'àmbit i la finalitat determinada, explícita i legítima per a la qual s'han obtingut (article 4 LOPD), per la qual cosa, per tal de considerar el seu tractament adequat a la normativa de protecció de dades, cal fer una estricta valoració de la necessitat i proporcionalitat de les dades tractades per a l'assoliment de la finalitat pretesa en cada cas concret.

D'aquesta manera, si la finalitat perseguida en un determinat context pot ser assolida sense necessitat de dur a terme el tractament d'una determinada dada, sense veure's per això alterada o perjudicada aquesta finalitat, hauria d'optar-se necessàriament per aquesta possibilitat, atès que el tractament de dades de caràcter personal suposa, tal com consagra el Tribunal Constitucional en llur Sentència 292/2000, una limitació del dret de l'afectat a disposar de la informació referida a la seva persona.

Així, en l'àmbit laboral, i seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 2 de juliol de 2007) l'Autoritat ha vingut considerant, tal com queda palès en els dictàmens abans esmentats, que el tractament de l'empremta digital per controlar el compliment de l'horari laboral per part dels treballadors o empleats públics de llurs obligacions laborals resultaria conforme amb l'LOPD, en atenció a les circumstàncies concurrents en aquesta categoria d'afectats i a la dificultat d'establir altres procediments igual d'eficients i idonis per garantir l'efectiu compliment de les obligacions derivades del contracte de treball o de la relació estatutària que vincula a l'empleat públic amb l'Administració pública. És a dir, que el tractament de l'empremta digital amb la dita finalitat de control laboral resultaria proporcionat (article 4 LOPD).

Així mateix, ha vingut considerant en aquests casos que, en la mesura que la recollida de les dades dels treballadors públics es realitzaria dins d'una relació jurídica laboral o administrativa i tindria com a finalitat el control, precisament, del seu compliment, l'Administració podria tractar i recollir les dades biomètriques consistents en l'empremta digital o el patró biomètric dels seus treballadors sense necessitat de requerir el seu consentiment (article 6.2 LOPD).

Dit això, cal tenir present que el supòsit que planteja (...) en el seu escrit de consulta se centra en la utilització de dades biomètriques (l'empremta digital), no per al control del grau de compliment de les obligacions que pertocuen als seus treballadors –supòsit examinat en els dictàmens abans esmentats-, sinó per al control de pas de les persones que accedeixen a una dependència concreta de llurs instal·lacions, com és la biblioteca.

Per tant, com s'ha dit, cal valorar si en aquest cas concret el tractament de la informació biomètrica relativa a l'empremta digital dels possibles afectats (qualsevol persona usuària del servei de biblioteca) pot ser considerat necessari o proporcionat en atenció a la finalitat que el motiva (article 4 LOPD).

I en aquesta valoració cal tenir especialment en compte –com s'apunta en l'escrit de consulta- que, amb independència de quin és el marc normatiu actualment vigent (LOPD i RLOPD), la regulació del dret fonamental a la protecció de dades ha estat objecte d'una profunda reforma com a conseqüència de l'adopció de l'RGPD.

Si bé aquest Reglament no serà aplicable fins el proper 25 de maig de 2018 (article 99.2 RGPD), cal tenir present que qualsevol tractament de dades que es perllongui més enllà d'aquesta data (com és previsible que ocorri en aquest cas) haurà de satisfer les exigències de la nova regulació. Per tant, és convenient analitzar el cas que ens ocupa des de la perspectiva de la nova normativa.

Així mateix, fer avinent que actualment s'està elaborant una nova llei orgànica de protecció de dades personals que substituirà a l'actual LOPD, per tal d'adaptar l'ordenament jurídic espanyol a l'RGPD i complementar les seves disposicions (el text de l'Avantprojecte de llei orgànica es troba disponible al web del Ministeri de Justícia, <http://www.mjusticia.gob.es>).

IV

Dit això, als efectes que interessen en el present dictamen, cal tenir en compte que una de les novetats de l'RGPD vers la regulació vigent és que, a banda de definir específicament què s'ha d'entendre per dades biomètriques (article 4), el text les inclou, quan s'adrecen a la identificació de manera unívoca d'una persona, dins l'anomenada categoria especial de dades personals (article 9).

Així, d'acord amb l'article 4 de l'RGPD, són dades biomètriques *“los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”* (apartat 14).

El règim de les dades mereixedores d'especial protecció en l'RGPD resta sotmès a especials restriccions per al seu tractament, no sent possible, entre d'altres coses, dur-lo a terme sobre la mera base de l'interès legítim prevalent del responsable (article 6.1.f) de l'RGPD), ni emparar-lo directament en l'existència d'un relació jurídica entre l'afectat i el responsable del tractament (article 6.2 LOPD).

D'acord amb l'article 9.1 de l'RGPD, el tractament d'aquestes dades està d'entrada prohibit, llevat que concorri alguna de les circumstàncies previstes al seu apartat 2. Una d'aquestes circumstàncies és comptar amb el consentiment explícit de l'interessat, llevat que *“el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”* (apartat a)).

Per tant, cal tenir present que, a partir del proper 25 de maig, la norma general serà la prohibició de tractar dades mereixedores d'especial protecció, com ara les dades biomètriques adreçades a identificar de manera unívoca una persona (per exemple, l'empremta digital), llevat que, entre d'altres supòsits, es compti amb el consentiment explícit de l'afectat.

Tal com estableix el Grup de Treball de l'article 29 en el Dictamen 15/2011 sobre la definició del consentiment, jurídicament el terme "consentiment explícit" significa el mateix que "consentiment exprés" (apartat III.A.3). Amb caràcter general, aquest tipus de consentiment se sol donar per escrit, en paper o suport electrònic, però també pot ésser verbal. Ara bé, el consentiment explícit (o exprés) prestat verbalment pot ser difícil de demostrar, per la qual cosa a la pràctica és recomanable recollir-lo per escrit a efectes probatoris.

Assenyalar, en aquest punt, que l'obtenció d'aquest consentiment no legitimaria, en cap cas, el tractament de dades excessives o desproporcionades, en atenció a les previsions de l'article 4 de l'LOPD (i de l'article 5.1.c) de l'RGPD), i que només es podrà considerar vàlid si en el moment d'atorgar-lo s'informa l'afectat dels extrems establerts a l'article 13 de l'RGPD (que, en un context com l'ara examinat, també inclouria informar-lo sobre el funcionament i les característiques del sistema biomètric emprat).

Així mateix, cal tenir present que el tractament de dades mereixedores d'especial protecció pot implicar, d'acord amb l'RGPD, obligacions addicionals a les imposades amb caràcter general, com ara la realització d'avaluacions d'impacte en la protecció de dades personals o la implementació de mesures de seguretat reforçades.

Així, l'RGPD requereix fer una avaluació d'impacte sobre la privacitat "*cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas*" (article 35.1), particularment, "*en caso de tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1 (...)*" (article 35.3.b)).

Per tant, amb caràcter previ a l'adopció de qualsevol sistema de control d'accés biomètric, caldria dur a terme una avaluació de l'afectació que pot tenir el dit sistema per a la privacitat de les persones afectades (especialment en un cas com el descrit en l'escrit de consulta, en què es fa referència a una xifra elevada -40.000- de possibles persones afectades) i una anàlisi de les diferents alternatives disponibles per assolir la finalitat perseguida, de manera que es pugui optar per aquella que ofereixi més garanties per als drets de les persones.

A tal efecte, pot ser d'interès consultar la Guia sobre l'avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades a l'RGPD elaborada per aquesta Autoritat (disponible al web <http://apdcat.gencat.cat/ca/inici/>).

Pel que fa a la seguretat, fer avinent que l'RGPD configura un sistema de seguretat que no es basa en els nivells de seguretat bàsic, mitjà i alt previstos a l'LOPD i que segueixen temporalment vigents, sinó en determinar, arran d'una prèvia valoració dels riscos, quines mesures de seguretat són necessàries en cada cas (Considerant 83 i article 32).

Per tant, amb caràcter previ al tractament de dades mereixedores d'especial protecció (com les dades biomètriques), caldrà dur a terme aquesta anàlisi de riscos, als efectes

d'establir les mesures tècniques i organitzatives adients per garantir un nivell de seguretat adequat.

En aquest sentit, fer avinent que, si bé l'esquema de mesures de seguretat previst a l'RLOPD no seguirà sent vàlid de manera automàtica a partir del proper 25 de maig, en alguns supòsits es podran seguir aplicant aquestes mateixes mesures si de l'anàlisi de riscos previ es conclou que les mesures són realment les més adequades per oferir un nivell de seguretat adequat al cas concret, però pot ser necessari completar-les amb mesures addicionals.

En qualsevol cas, tractant-se d'informació mereixedora d'especial protecció, als efectes de mantenir un adequat nivell de seguretat i evitar que el seu tractament infringeixi l'RGPD, és sens dubte necessari adoptar mesures de seguretat reforçada en la recollida, l'emmagatzematge i la conservació de les dades, tals com el seu xifrat, no tractar i emmagatzemar l'empremta en brut, sinó només extreure'n una plantilla o patró específic per al sistema d'identificació i la seva transformació a través d'un algoritme.

V

La conseqüència de tot l'exposat fins ara és, atesa la naturalesa d'especial protecció de les dades biomètriques que serien objecte de tractament mitjançant la implantació d'un sistema de control d'accés com el que es descriu en l'escrit de consulta, la necessitat d'extremar les mesures que garanteixin que aquest tractament resulta conforme amb els principis establerts a la normativa de protecció de dades i que, per tant, no es veurà lesionat el dret fonamental a la protecció de dades de les possibles persones afectades (els usuaris de la biblioteca).

En aquest sentit, tal com s'ha indicat en l'apartat III d'aquest dictamen, revesteix especial importància valorar si en el supòsit plantejat es complirien els pressupòsits necessaris per apreciar l'existència de proporcionalitat en el tractament d'aquestes dades (article 4 LOPD).

Com ha posat de manifest reiterada jurisprudència (STEDH de 28 de gener de 2003, o les SSTC 37/1998, 98/2000, o 186/2000, entre d'altres), per tal de comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental respecte el principi de proporcionalitat caldrà que aquesta compleixi amb tres requisits: que sigui susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat); que sigui necessària, en el sentit que no existeixi una altra més moderada per a la consecució d'aquest propòsit amb la mateixa eficàcia (judici de necessitat); i, finalment, que sigui ponderada o equilibrada, en derivar-se més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte), és a dir, si la ingerència produïda per la dita mesura en el titular del dret objecte de restricció és la mínima per assolir el fi legítim pretès amb la seva adopció.

Tenint en compte que certament el tractament de dades biomètriques, com l'empremta digital, podria resultar una mesura idònia per aconseguir la finalitat pretesa de control d'accés a un determinat edifici o dependència (com en aquest cas la biblioteca de (...)), la qüestió resideix principalment en valorar si, en el cas concret examinat, és possible assolir la dita finalitat a través de mitjans menys intrusius en l'esfera íntima dels afectats amb igual eficàcia i si la seva utilització comporta un major benefici a l'interès general que el perjudici que eventualment pugui ocasionar-se a l'afectat.

Pel que fa a la valoració de la necessitat de la implementació del sistema de control biomètric, cal fer notar que en l'escrit de consulta només s'al·ludeix en aquest sentit a la voluntat de la mateixa institució de modernitzar els seus serveis i les seves

instal·lacions, pretensió que, òbviament des del punt de vista de la protecció de dades i, en particular, del judici de necessitat, no pot ésser admesa com a justificació de la ingerència pretesa en el dret fonamental a la protecció de dades de les possibles persones afectades.

No es conté cap referència a l'actual sistema de control d'accés a la biblioteca ni a les possibles deficiències detectades en aquest pel que fa a la seva eficàcia i eficiència per assolir la finalitat de control pretesa i que poguessin suposadament justificar la implementació d'un sistema de control d'accés basats en l'ús de dades biomètriques.

Al mateix temps, en l'escrit de consulta s'assenyala que l'accés a la biblioteca per a les persones col·legiades i per la resta de persones inscrites a (...) podrà efectuar-se mitjançant el seu carnet col·legial (la utilització de l'empremta digital només es preveu obligatòria per a la resta d'usuaris).

Aquest fet, per si sol, evidencia que la finalitat que es vol aconseguir –controlar l'accés a la biblioteca- sembla que podria assolir-se emprant mitjans menys intrusius per al dret a la protecció de dades dels afectats, com ara a través de la utilització d'un carnet, ja sigui el de col·legiat o bé el de persona autoritzada com a usuària del servei de biblioteca.

Per tant, en atenció a la informació de què es disposa, no sembla que el sistema de control d'accés proposat per (...) pugui considerar-se que s'ajusta a l'esmentat judici de necessitat i, per tant, conforme amb la normativa de protecció de dades.

Per altra banda, en el cas que s'acredités la necessitat de la seva implementació, encara caldria, als efectes de considerar la mesura proporcionada, que la ingerència produïda per la dita mesura en el titular del dret objecte de restricció fos la mínima per assolir el fi legítim pretès amb la seva adopció (judici de proporcionalitat en sentit estricte).

I és en aquest punt on novament hauria de portar-se a col·lació tot el que s'ha exposat en l'apartat anterior d'aquest dictamen sobre l'especial naturalesa que l'RGPD confereix a les dades biomètriques a partir del proper 25 de maig i que exigeix una especial atenció no només a la proporcionalitat de les dades tractades sinó a la mateixa minimització d'aquestes dades.

Cal tenir en compte que l'RGPD ha donat carta de naturalesa al principi de minimització, entès com l'exigència que només es tractin les dades en la mesura que aquestes resultin completament imprescindibles per al compliment de la finalitat pretesa (article 5.1.c)).

Segons l'RGPD, el principi de minimització no és una previsió genèrica, sinó que ha de formar part i integrar-se tant en el moment de determinar quins mitjans s'utilitzen per tractar dades, com en el moment de dur a terme el dit tractament. És a dir, el principi de minimització és un element intrínsec en la privacitat en el disseny, i en la privacitat per defecte (article 25.1).

Als efectes de dur a terme aquesta comprovació, caldria disposar d'informació adequada sobre el funcionament del sistema de control d'accés biomètric a implementar. Tal com s'avançava a l'inici d'aquest dictamen, no s'adjunta, malgrat fer-hi menció, el document tècnic en què s'exposen les característiques tècniques del dispositiu utilitzat. Només s'indica, en l'escrit de consulta, que l'empremta digital no seria tractada i emmagatzemada en el dispositiu en brut –s'elaboraria una plantilla biomètrica-, i que s'emprarien mecanismes de xifratge.

Tot i que aquests aspectes s'han de valorar positivament, tenint en compte que en l'escrit de consulta no s'aporta cap justificació pel que fa a la necessitat d'implementar el sistema de control d'accés biomètric proposat, i atesa l'existència d'altres mitjans menys intrusius en el dret a la protecció de dades personals dels afectats que a priori poden ser igualment eficaços per a controlar l'accés a la biblioteca de (...), el tractament de dades biomètriques (l'empremta digital) en el cas concret examinat no es pot considerar que s'adeqüi al principi de proporcionalitat.

D'acord amb les consideracions fetes fins ara en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

Conclusions

Des del punt de vista del dret a la protecció de dades de caràcter personal, el sistema de control d'accés biomètric descrit per (...) no s'adequaria al principi de proporcionalitat, per la qual cosa seria recomanable implantar un sistema alternatiu que doni resposta adequada a la finalitat pretesa sense posar en risc el correcte compliment dels principis i garanties de la normativa de protecció de dades personals.

Barcelona, 6 de setembre de 2017