

Informe en relació amb el Projecte d'ordre per la qual s'aprova el Catàleg de sistemes d'identificació i signatura electrònica

Es presenta a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades el Projecte d'ordre per la qual s'aprova el Catàleg de sistemes d'identificació i signatura electrònica.

El Projecte d'ordre s'estructura en 5 articles, una disposició derogatòria una disposició final i un annex.

Analitzat el Projecte, que s'acompanya de la memòria general de la disposició i tenint en compte la normativa vigent aplicable, d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, emeto l'informe següent.

Fonaments jurídics

I

(...)

II

El Projecte d'ordre té per objecte, d'acord amb el que preveu l'article 1, *“aprovar el Catàleg de sistemes d'identificació i signatura electrònica per efectuar els tràmits i procediments de les persones interessades amb l'Administració de la Generalitat”*.

L'article 2 determina l'àmbit subjectiu de l'Ordre, que s'aplica als departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, als organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents de l'Administració de la Generalitat i als consorcis adscrits a l'Administració de la Generalitat.

Cal fer avinent que la utilització d'aquests sistemes d'identificació i signatura en la tramitació administrativa comporta el tractament, per part dels subjectes sotmesos a l'àmbit d'aplicació de l'Ordre, de dades personals dels interessats que utilitzen aquests sistemes d'identificació i signatura, entenent com a dada personal, d'acord amb l'article 4.1 del RGPD, *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*.

L'article 5.1.a) de l'RGPD estableix que les dades personals recollides han de ser tractades de manera lícita, lleial i transparent en relació amb l'interessat. Per tal que aquest tractament sigui lícit cal que concorri alguna de les condicions previstes en l'article 6.1 RGPD i, en el cas que

es tracti de categories especials de dades, cal tenir en compte també les previsions de l'article 9 RGPD.

Amb caràcter general, el tractament de les dades personals per les administracions públiques en el procediment administratiu, ja sigui presencial o per mitjans electrònics, pot trobar la seva base jurídica a l'article 6.1.e) del RGPD, segons el qual existeix habilitació legal per al tractament de dades personals quan *“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”*.

Tal com es desprèn de l'article 6.3 de l'RGPD i recull expressament l'article 8 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant LOPGDD) el tractament de dades només pot considerar-se fonamentat en la base jurídica de l'article 6.1.e) de l'RGPD quan així ho estableixi una norma amb rang de llei.

Una primera conseqüència d'això és que l'ordre que s'analitza (igual que el Decret 76/2020, de 4 d'agost, d'Administració digital, que desenvolupa) no constitueix un instrument apte per a habilitar l'existència de nous tractaments. Ara bé, aquesta norma pot concretar les condicions en què es duen a terme tractaments que ja estan previstos amb normes amb rang de llei reguladores del procediment administratiu, com poden ser en el cas que ens ocupa les previsions dels articles 9 i 10 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, de Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC).

III

A l'exposició de motius del Projecte d'ordre es fa esment a que el *“Decret 76/2020, de 4 d'agost, desplega la potestat de les administracions per a la determinació de sistemes d'identificació i signatura propis, establint, per una banda, principis per a la creació de nous sistemes, basats en la simplicitat i facilitat del seu ús, i d'altra banda, l'impuls de mecanismes basats en elements biomètrics o en un registre previ (...)”* -

Si bé no sembla que cap dels sistemes inclosos en el catàleg que recull l'annex del Projecte d'ordre estigui basat en *“elements biomètrics”*, en la mesura que d'acord amb l'article 3.1.1.i 3.2.1 els sistemes reconeguts es poden ampliar a qualsevol altre sistema no criptogràfic amb registre previ, i que aquests sistemes (d'acord amb la voluntat manifestada en l'exposició de motius d'impuls de mecanismes basats en elements biomètrics) podrien comportar el tractament de dades biomètriques dels interessats, es considera oportú efectuar consideracions respecte al tractament d'aquestes dades, que han de ser tingudes en compte tant pel que fa al procediment de reconeixement d'aquests sistemes com per les administracions responsables del tractament d'aquestes dades dels interessats.

Convé puntualitzar que els sistemes d'identificació i signatura poden comportar el tractament de dades biomètriques dels interessats en el moment de la provisió del sistema a l'interessat (per exemple si s'utilitzen dades biomètriques per a identificar a l'interessat per a l'emissió d'un certificat o d'un sistema d'identificació) però la utilització posterior d'aquest mecanisme no comporta el tractament d'aquestes dades biomètriques. També poden haver-hi altres sistemes en els que el tractament de dades biomètriques s'efectua, a més de en el moment de la provisió, cada vegada que l'interessat utilitza el sistema d'identificació i signatura (per exemple un sistema basat en el reconeixement de la signatura en una tauleta per verificació dinàmica amb registre previ de la signatura o un sistema basat en reconeixement facial automatitzat).

D'acord amb l'article 4.14 de l'RGPD les dades biomètriques són *“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;”

L’RGPD inclou les dades biomètriques dins la categoria de dades que han de ser objecte d’especial protecció. En concret, l’article 9.1 de l’RGPD estableix que:

“1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.”

El considerant 51 de l’RGPD especifica que *“el tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física.”*

Tal com ja vam exposar en el dictamen [CNS 21/2020](#), que es pot consultar al web d’aquesta Autoritat, de la lectura conjunta d’aquestes previsions es desprèn que l’element clau a l’hora de considerar les dades relatives a les característiques físiques, fisiològiques o conductuals d’una persona física com a dades biomètriques és que aquestes dades es tractin amb mitjans tècnics específics amb la finalitat d’identificar o d’autenticar de manera unívoca la seva identitat. Quan això succeeix, ens trobem davant un tractament de categories especials de dades personals.

La prohibició del tractament de categories especials de dades de l’article 9.1 de l’RGPD, pot ser objecte d’excepció quan, si a més d’una base jurídica prevista a l’article 6.1 de l’RGPD, es dona també alguna de les excepcions establertes a l’article 9.2 de l’RGPD, entre les quals:

(...)

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando 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;

(...)

g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

(...)

Es pot descartar d’entrada que el tractament de les dades biomètriques dels interessats amb finalitat d’identificació o de signatura en la tramitació administrativa es pugui fonamentar en l’excepció prevista a l’article 9.2.g) de l’RGPD en la mesura que no sembla que el tractament es pugui fonamentar en l’existència d’un *“un interés público esencial sobre la base del dret de la Unió o dels Estats membres”* aplicable de manera generalitzada a qualsevol tipus de procediment, i que, en qualsevol cas, requeria l’existència d’una previsió al respecte en el dret de la Unió Europea o en una norma amb rang de llei.

A manca d’altra excepció de les previstes a l’article 9.2 RGPD, el consentiment dels interessats podria ser una base legítima que habilités als responsables del tractament que utilitzi sistemes d’identificació i/o signatura electrònica que es basin en la utilització de dades biomètriques,

sempre que aquest consentiment s'adeqüi als requisits establerts per la normativa de protecció de dades.

D'acord amb l'RGPD, el consentiment de l'interessat és: *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, (...), el tratamiento de datos personales que le conciernen;”*(article 4.11 RGPD). En el cas de les categories especials de dades, a més, el consentiment ha de ser explícit.

El considerant 42 de l'RGPD posa de manifest que *“El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”*. I el considerant 43 afegeix: *“Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular.”*. En conseqüència, atès el context de la relació desigual que es produeix entre l'administració pública i els ciutadans, el consentiment dels interessats en el procediment administratiu no es pot considerar, amb caràcter general, vàlidament atorgat. Únicament quan es garanteixi que la negativa a donar el consentiment no comporta al ciutadà algun tipus de conseqüència adversa o discriminatòria, per exemple si disposa d'alternatives fàcilment accessibles, es podria considerar vàlidament atorgat.

En conseqüència, per tal que es consideri vàlid el consentiment dels interessats per al tractament de les seves dades biomètriques, en la implementació de sistemes d'identificació i signatura electrònica que es basin en la utilització d'aquestes dades, els responsables del tractament han de garantir que el sistema sigui voluntari per a l'interessat i que se li ofereixen altres mecanismes d'identificació i signatura per a la realització dels tràmits que siguin igualment accessibles (algun dels sistemes d'identificació per mitjans electrònics previstos en el catàleg que no es basi en la utilització de categories especials de dades) de tal manera que la denegació del consentiment no li produeix perjudicis o situacions discriminatòries.

A més del principi de licitud, qualsevol tractament de dades s'ha d'adequar a la resta de principis que estableix l'RGPD. Entre aquests, els principis de finalitat i de minimització de dades segons els quals, les dades personals han de ser recollides per a finalitats determinades, explícites i legítimes (article 5.1.b) RGPD) i, han de ser adequades pertinents i limitades a allò necessari en relació amb les finalitats per a les quals son tractades (article 5.1.c))

Com ha posat de manifest el TC en reiterada jurisprudència, per totes la Sentència 39/2016, de 3 de març, *“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 tal 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, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8].”* (FD.5)

L'aplicació del principi de minimització de dades i el judici de proporcionalitat que comporta, haurà de tenir en consideració, en cada cas, el tràmit concret en el qual el sistema es vulgui implementar.

Per tant els responsables del tractament, en aquest cas les administracions sotmeses a l'àmbit d'aplicació del projecte d'ordre que vulguin implementar la utilització d'algun dels sistemes reconeguts en el catàleg que comportin el tractament de dades biomètriques, hauran d'analitzar-ne la proporcionalitat per a cada tràmit concret en el qual es pretengui aplicar el sistema, per determinar-ne l'adequació al principi de minimització de dades.

En aquest sentit, es valora positivament la previsió de l'article 3 del Projecte d'ordre segons la qual:

“Els sistemes d'identificació i signatura electrònica per acreditar la identitat d'usuaris i signataris per mitjans electrònics es determinarà en funció del subjecte i el grau de seguretat del tràmit corresponent.”

No obstant això, la determinació dels sistemes d'identificació i signatura s'ha d'efectuar en funció del subjecte i del grau de seguretat que requereix el tràmit corresponent, però a més, especialment en el cas que incorpori categories especials de dades, caldrà tenir en compte la proporcionalitat de la informació tractada.

Per aquest motiu es proposa modificar la redacció d'aquest article per recollir aquesta necessitat de tal manera que l'article quedaria redactat de la manera següent:

“Els sistemes d'identificació i signatura electrònica per acreditar la identitat d'usuaris i signataris per mitjans electrònics es determina en funció del subjecte, el grau de seguretat que requereixi el tràmit i el resultat del judici de proporcionalitat del sistema des del punt de vista de la normativa de protecció de dades. “

Escau recordar que, en funció dels riscos o la concurrència dels requisits previstos a l'article 35 de l'RGPD que es puguin generar en funció del tràmit que es tracti (al respecte tenir en compte [la llista](#) de tipus de tractaments de dades que requereixen avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades que ha publicat aquesta Autoritat a l'empara de l'article 35.4 RGPD), pot ser necessari fer una avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades (art. 35 RGPD) i, si escau, una consulta prèvia a l'Autoritat (art. 36 RGPD).

Per altra banda, el responsable del tractament també ha de tenir en consideració, pel que fa a la recollida, emmagatzemament, tractament i gestió de les dades biomètriques, l'obligació de donar compliment al que estableix l'apartat 3 dels articles 9 i 10 de la LPAC que preveu expressament que els recursos tècnics necessaris per a la recollida, emmagatzemament, tractament i gestió de categories especials de dades en els termes de l'RGPD han d'estar situats en territori espanyol, i que només es poden transferir a un tercer país o organització internacional quan hagin estat objecte d'una decisió d'adequació de la Comissió Europea o quan ho exigeixi el compliment d'elles obligacions internacionals assumides pel Regne d'Espanya.

Per tot això es fan les següents,

Conclusions

Examinat el Projecte d'ordre per la qual s'aprova el Catàleg de sistemes d'identificació i signatura electrònica, es considera adequat a les previsions establertes a la normativa sobre protecció de dades personals, sempre que es tinguin en compte les consideracions fetes en aquest informe.

Barcelona, 3 de març de 2022