

ECIJA

NOTA INFORMATIVA

La AEPD flexibiliza su criterio sobre el uso de datos biométricos en procesos de identificación remota

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, la "**AEPD**" o la "**Agencia**") ha publicado una respuesta a una consulta sobre el uso de sistemas de verificación 1:1 facial biométrica para la identificación remota de clientes. Este pronunciamiento, que anticipa algunos de los criterios que previsiblemente recogerá la futura guía de biometría de la Agencia, resulta especialmente relevante por la interpretación que realiza de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como por su análisis de la validez del consentimiento explícito como base legitimadora para el tratamiento de datos biométricos.



Puntos clave

- El hecho de que exista una alternativa menos intrusiva no significa automáticamente que el tratamiento biométrico sea innecesario.
- El juicio de necesidad exige analizar las alternativas desde una perspectiva funcional.
- El consentimiento explícito puede constituir una base válida para el tratamiento de datos biométricos en virtud de los artículos 6 y 9 del RGPD.
- La libertad de elección exige una alternativa no biométrica real y efectiva, aunque no necesariamente idéntica a la solución biométrica.
- Relevante mención a las alternativas previstas en el ordenamiento para la verificación de la identidad (Reglamento eIDAS, Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados...).

1. Antecedentes

La Agencia Española de Protección de Datos ha publicado su respuesta a una consulta relativa al uso de un sistema de verificación facial biométrica 1:1 para la identificación remota de clientes. La consulta, calificada por la Agencia como de alto nivel estratégico, anticipa algunos de los criterios que previsiblemente serán desarrollados en su futura guía sobre tratamiento biométricos y aporta una visión especialmente relevante sobre los juicios de necesidad y proporcionalidad, así como sobre las alternativas existentes y la validez del consentimiento como base legitimadora de este tipo de tratamientos.

En particular, resulta particularmente relevante porque analiza uno de los principales retos que plantea el uso de tecnologías biométricas desde la perspectiva del 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 (en adelante, el "**RGPD**"): la relación entre la libertad del consentimiento y el juicio de necesidad exigible en estos supuestos.

La consulta tiene su origen en el proyecto de una entidad para la implementación de un sistema de verificación facial biométrica 1:1 en su proceso de alta remota de cliente. Hasta ese momento, la identificación se realizaba mediante un procedimiento basado en la aportación de documentación identificativa, grabaciones de vídeo y comprobaciones visuales efectuadas por personal especializado.

Dado que la entidad pretendía basar el tratamiento biométrico en el consentimiento explícito de los interesados, planteó a la AEPD diversas cuestiones relacionadas con la validez de dicho consentimiento, la necesidad de ofrecer alternativas no biométricas y la forma en la que debían analizarse los juicios de necesidad y proporcionalidad por el RGPD.

2. La prohibición y los tres juicios que deben superarse para justificar el uso de la biometría

La consulta estructura su análisis en torno al levantamiento de la prohibición y los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, valorando la adecuación de la solución biométrica propuesta, la existencia de medidas alternativas y el equilibrio entre los beneficios perseguidos y el impacto sobre los derechos de los interesados.

2.1. Levantamiento de la prohibición establecida en el artículo 9.1. RGPD

La AEPD analiza la posibilidad de fundamentar el levantamiento de la prohibición de tratar datos biométricos en el consentimiento explícito del interesado. A estos efectos, acepta dicha base de legitimación siempre que el consentimiento pueda prestarse libremente.

En el contexto de la verificación de la identidad, la Agencia considera necesario que, junto con la opción presencial, se ofrezcan alternativas no biométricas a distancia, tales como mecanismos de identificación electrónica reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Partiendo de esta premisa, la AEPD distingue entre los juicios de libertad del consentimiento y necesidad del tratamiento. Así, una alternativa a la biometría puede ser suficiente para garantizar que el interesado pueda rechazar libremente el tratamiento biométrico, sin que ello implique necesariamente que dicha alternativa alcance un nivel de eficacia equivalente para la finalidad perseguida. En consecuencia, mientras que desde la perspectiva del consentimiento debe analizarse si el interesado dispone de una alternativa real que preserve su libertad de elección,

desde la perspectiva de la necesidad corresponde valorar si existe una medida menos intrusiva capaz de alcanzar razonablemente la misma finalidad con un grado de eficacia comparable al tratamiento biométrico.

2.2. Juicio de idoneidad: la biometría debe ser apta para alcanzar la finalidad perseguida

Si bien el juicio de idoneidad no constituye el aspecto más controvertido de la consulta, la Agencia considera que el sistema de verificación facial biométrica objeto de análisis supera este primer nivel de examen. En particular, la autoridad de control entiende que la tecnología propuesta resulta apta para verificar de forma remota la identidad de los clientes y contribuir a la prevención de riesgos de fraude documental y de suplantación de identidad, finalidades que justifican la implantación del sistema consultado.

Sobre esta base, la AEPD aprecia la existencia de una conexión objetiva entre la finalidad perseguida y el tratamiento biométrico propuesto, al considerar que la verificación facial uno a uno constituye una medida adecuada para comprobar que la persona que realiza el proceso de identificación es efectivamente quien afirma ser. En consecuencia, concluye que **el tratamiento supera el juicio de idoneidad.**

2.3. Juicio de necesidad: la mera existencia de una alternativa no excluye el uso de la biometría

La AEPD centra su análisis en el juicio de necesidad. Para ello, parte de la existencia de distintos mecanismos de identificación a disposición de la entidad consultante, así como aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico y examina si la incorporación de un sistema de verificación facial biométrica puede considerarse necesaria para alcanzar la finalidad perseguida.

En el caso analizado, la AEPD señala que la comparación entre alternativas debe realizarse desde una perspectiva funcional. Así, el hecho de que una medida sea menos intrusiva constituye un elemento relevante, pero no suficiente por sí mismo. La alternativa propuesta debe permitir alcanzar la misma finalidad con un nivel de eficacia equivalente al del tratamiento biométrico para poder cuestionar su necesidad.

Esto es, *la mera existencia de otro procedimiento posible no determina, por sí sola, que el tratamiento biométrico resulte innecesario*.

A continuación, se resumen las consideraciones realizadas por la Agencia:

- el juicio de necesidad exige comparar las medidas disponibles a la luz de la finalidad perseguida y de los riesgos concretos que el responsable pretende mitigar;
- la existencia de procedimientos alternativos, ya sean presenciales o remotos no biométricos, constituye un elemento relevante del análisis, pero no determina por sí sola el resultado del juicio de necesidad;
- la evaluación debe tener en cuenta el nivel de eficacia que ofrece cada medida frente a los riesgos identificados por el responsable del tratamiento;
- corresponde al responsable justificar, con base en elementos objetivos y de conformidad con el principio de responsabilidad proactiva, por qué considera que la solución propuesta responde adecuadamente a la necesidad identificada.

De esta forma, la Agencia sitúa el análisis en una comparación entre la eficacia práctica de las distintas alternativas disponibles, en lugar de limitarse a verificar si existe alguna medida menos intrusiva que permita alcanzar la misma finalidad.

2.4. Juicio de proporcionalidad: consentimiento explícito y libertad de elección

En relación con el juicio de proporcionalidad, la Agencia valora conjuntamente la finalidad perseguida por el tratamiento, los beneficios esperados de la medida y las garantías previstas para limitar su impacto sobre los derechos y libertades de los interesados. En particular, destaca que:

- el tratamiento persigue una finalidad legítima vinculada a la verificación remota de la identidad de los clientes y a la prevención del fraude;
- el consentimiento explícito puede constituir una base jurídica válida para el tratamiento de datos biométricos, tanto a efectos del artículo 6.1.a) RGPD como del artículo 9.2.a) RGPD;
- la libertad del consentimiento exige que el interesado disponga de alternativas no biométricas que le permitan acceder al servicio sin verse obligado a utilizar la solución biométrica.

A partir de estas consideraciones, la AEPD analiza las alternativas previstas por la entidad consultante para aquellos usuarios que no deseen someterse al tratamiento biométrico, incluyendo opciones presenciales y determinados mecanismos de identificación electrónica a distancia. La consulta aclara que, en términos generales, dichas alternativas no tienen que ser necesariamente equivalentes en términos de rapidez, comodidad o experiencia de usuario. Lo relevante es que permitan una elección real y que el interesado no sufra consecuencias desproporcionadas por optar por una vía distinta a la biométrica.

No obstante, en este caso concreto, la AEPD estima necesario que, junto a la identificación biométrica, se ofrezcan alternativas tanto presenciales como remotas no biométricas, utilizando mecanismos de identificación electrónica reconocidos legalmente.

Asimismo, la Agencia diferencia expresamente este análisis del juicio de necesidad, recordando que una alternativa puede ser suficiente para garantizar la libertad de elección sin ofrecer necesariamente la misma eficacia que la solución biométrica frente a los riesgos identificados.

3. Conclusiones

La consulta de la Agencia Española de Protección de Datos aporta criterios relevantes para evaluar la licitud de los tratamientos biométricos, **al confirmar que la mera existencia de alternativas menos intrusivas no excluye automáticamente el uso de la biometría** y que el análisis debe atender a la eficacia real de las medidas disponibles, la finalidad perseguida y los riesgos que se pretenden mitigar. Asimismo, **distingue claramente entre el juicio de necesidad del tratamiento y la valoración de la libertad del consentimiento.**

Sin constituir una autorización general para el uso de tecnologías biométricas, este pronunciamiento parece reflejar una aproximación más flexible que la percibida en criterios anteriores, especialmente al admitir expresamente que el consentimiento explícito puede constituir una base válida para el tratamiento de datos biométricos. En este contexto, resulta especialmente recomendable que las entidades que pretendan implantar este tipo de soluciones cuenten con asesoramiento especializado que les permita evaluar adecuadamente su encaje en los artículos 6 y 9 del RGPD y documentar el cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y responsabilidad proactiva.

Área de Protección de Datos de ECIJA

info@ecija.com

Telf: + 34 91.781.61.60