

## La protección de datos como freno de la personalización de los servicios públicos

Agustí Cerrillo i Martínez

### La elaboración de perfiles como base para la personalización en la prestación de los servicios públicos

A través de la elaboración de perfiles se persigue conocer las características que definen una persona o un grupo de personas para personalizar la información o los servicios que una Administración pública le puede ofrecer en función de sus necesidades o características o las del colectivo al que pertenece. La elaboración de perfiles es una tarea que tiene una larga trayectoria. Sin embargo, en los últimos años ha ido adquiriendo una mayor trascendencia a medida que la elaboración de perfiles es realizada por algoritmos que tienen en analizan grandes cantidades de datos. El uso de los datos masivos para la elaboración de perfiles magnifica tanto las posibilidades y la precisión de estos procesos como también sus riesgos. El uso de algoritmos también está permitiendo que los perfiles se elaboren de manera automatizada y puedan ser utilizados para la toma de decisiones automatizada.

Hoy en día, la inteligencia artificial está de moda (Asís Roig, 2018, 28); (Barocas & Selbst, 2016, 672). Una de las aplicaciones de la inteligencia artificial es la elaboración de perfiles. De este modo, algún autor se ha referido al carácter glamuroso de esta tecnología (Bosco, Creemers, Ferraris, Guagnin, & Koops, 2015). La elaboración de perfiles se está utilizando cada vez con mayor frecuencia y extensión, tanto en el sector privado como también en el público, para llevar a cabo una multitud de tareas con fines muy diversas (Malgieri, 2018); (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 5); (Gutwirth & De Hert, 2008); (Janssen, 2019). Los perfiles se utilizan en aplicaciones como la personalización de servicios, la búsqueda de trabajo, el otorgamiento de créditos, la diagnosis médica, la selección de tratamientos o la clasificación de reclusos (Desmoulin-Canselier & Métayer, 2019).

Desde el punto de vista de las Administraciones públicas quizás el ámbito en que la elaboración de perfiles ya ha sido objeto de una mayor atención es el relativo a la predicción policial (Lammerant & de Hert, 2016). La policía predictiva se ha ido extendiendo en los últimos años. Este es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos de América donde, como han observado De Hert y Lammerant, los algoritmos se están utilizando para predecir delitos, predecir delincuentes, identificar delincuentes o predecir víctimas de los delitos (De Hert & Lammerant, 2016).

A pesar de los beneficios que se pueden derivar de la elaboración de perfiles, este tratamiento también puede generar riesgos importantes para los derechos y las libertades de las personas lo que exige la adopción de medidas para conocerlos y evitarlos o, al menos, minimizarlos. Desde un punto de vista general, la elaboración de perfiles a través de algoritmos se enfrenta a los mismos riesgos a que debe dar respuesta el uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas (Cerrillo i Martínez, 2019).

Sin embargo, estos riesgos tienen unas manifestaciones específicas cuando hablamos de la elaboración de perfiles. El principal riesgo que puede generar la elaboración de perfiles radica en el hecho de que las personas no sean conscientes de que son o han sido objeto de la creación de un perfil. Un segundo riesgo es que no sepan cómo se ha llevado a cabo este proceso o no entiendan cuáles son sus fundamentos lo que en última instancia puede generar una falta de confianza en los algoritmos (Noto La Diega, 2018). Un tercer riesgo, que también es habitual, está vinculado con las discriminaciones y los sesgos que se pueden derivar de la elaboración de perfiles o de la inclusión de una persona en un determinado perfil. Un cuarto riesgo está relacionado con la limitación de la autonomía o la libertad de las personas.

Como se ha puesto de manifiesto, a través de la inclusión de una persona en un perfil se le puede limitar su libertad para escoger no dejando mucho margen para la autonomía y la libre determinación (Bosco et al., 2015) (por ejemplo, un libro o una serie bajo la sugerencia que otros usuarios como él han comprado ese libro o han visto aquella serie) (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018).

Un quinto riesgo que ha sido identificado es el estereotipación o la clasificación social de las personas que puede generar discriminaciones (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 6). Un sexto riesgo está estrechamente relacionado con los errores que pueden tener los algoritmos o los datos utilizados que puede llevar a resultados imprecisos o inexactas que hay que tener en cuenta (Gil González & de Hert, 2019). Un séptimo riesgo es que a través de la elaboración de perfiles se pueden inferir datos personales incluso especialmente sensibles a partir de datos que aparentemente no tienen ningún valor (por ejemplo, datos sobre la salud o la orientación sexual). En efecto, desde el punto de vista de los datos personales no podemos menospreciar el hecho de que en ocasiones "los perfiles cuando son atribuidos a una persona interesada pueden generar nuevos datos de carácter personal que no son aquellas que la persona interesada ha comunicado al responsable del tratamiento o que ella suponga razonablemente que conoce el responsable del tratamiento" (Consejo de Europa, 2010).

De hecho, como pone de manifiesto Privacy Internacional a la vista de distintos estudios, por ejemplo, a partir de los datos del comportamiento de una persona se puede generar información desconocida sobre su identidad, atributos, comportamiento, intereses o personalidad:

- Los rasgos de una persona como la extroversión, simpatía, meticulosidad, neurosis o apertura a la experiencia se pueden derivar de la información registrada en los teléfonos móviles como los registros de llamada o los contactos.
- Los ingresos de una persona se pueden conocer a partir de tweets que pueden permitir conocer su localización y a partir de aquí descubrir la renta media de aquel barrio, el coste de la vivienda u otras variables sociodemográficas como las opiniones políticas.
- El estatus socioeconómico de una persona se puede derivar del historial de uso de una persona de su teléfono móvil (registro de llamadas, contactos y localización).
- Los estados emocionales de una persona como la confianza, la preocupación, la tristeza o el cansancio pueden derivarse de los patrones de escritura en un teclado de ordenador.

De este modo, a pesar de las ventajas que se pueden derivar de la elaboración de perfiles no se pueden desconocer sus consecuencias incluso cuando son utilizados por los poderes públicos. Así hay que tener presente que, por ejemplo, en China se ha establecido un sistema de crédito social a nivel estatal con el fin de puntuar la honradez de los ciudadanos. A partir de aquí, el gobierno chino premia o sanciona a la gente en función de la puntuación obtenida.<sup>1</sup>

Como veremos a continuación, la elaboración de perfiles se basa en correlaciones. A pesar de las mejoras experimentadas en estas técnicas en los últimos años, las correlaciones pueden hacer que las personas sean clasificadas, identificadas o juzgadas incorrectamente al incluirlas en un determinado perfil (Privacy Internacional, 2017). De hecho, en la mayoría de las ocasiones las discriminaciones causadas por los algoritmos son indirectas, es decir, "ocurren cuando criterios, prácticas o procedimientos aparentemente neutrales, tienen un efecto discriminatorio en personas de un determinado grupo protegido" (Bosco et al., 2015). Como observa Hildebrandt, "desde el momento en que se toman decisiones basadas en estas presunciones erróneas, nos podemos encontrar en el reino de la discriminación ilegítima" (Hildebrandt, 2006).

<sup>1</sup> <https://foreignpolicy.com/2018/11/16/chinas-orwellian-social-credit-score-isnt-real/>

Finalmente, no podemos desconocer que la elaboración de perfiles es una tarea compleja que requiere unos conocimientos y una tecnología específica. Esto puede generar un desequilibrio entre los que disponen la tecnología para elaborar perfiles, a menudo grandes multinacionales, y aquellos que son objeto de perfiles que no tienen capacidad para conocer ni que han sido objeto de este proceso ni tampoco como se ha llevado a cabo (Hildebrandt, 2006). En las próximas páginas delimitamos el concepto de perfil y nos aproximamos a los procedimientos para su elaboración. Posteriormente, valoraremos qué impacto tienen desde el punto de vista jurídico y, en particular, analizamos el impacto de la elaboración de perfiles cuando este se basa en el tratamiento de datos personales.

### **¿Qué es un perfil?**

Un perfil es un conjunto de características, rasgos y atributos de una persona o grupo que permite distinguirlos de otras personas o grupos (De Hert & Lammerant, 2016). Un perfil es un conjunto de datos relacionados que representan a una persona o colectivo (Bosco et al., 2015). Desde un punto de vista jurídico podemos aportar dos definiciones de perfil aunque hay que advertir que ambas están estrechamente vinculadas al tratamiento de datos personales.

En primer lugar, el Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2010)13 define el perfil como "un conjunto de datos que caracterizan a una categoría de personas y que está destinada a ser aplicada a una persona". En segundo lugar, según 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) (en adelante RGPD) la elaboración de perfiles es " toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física" (artículo 4.1 RGPD).

Hay varios tipos de perfiles que se pueden clasificar en diferentes categorías (Vedder, 1999); (Hildebrandt, 2008). En primer lugar, podemos distinguir entre los perfiles individuales y los perfiles de grupo. Los perfiles individuales se centran en una persona concreta con el objetivo de identificar la a o de descubrir determinadas características sobre ella. Los perfiles de grupo se enfrentan a un conjunto de personas que comparten determinadas características. En ocasiones, la elaboración de perfiles persigue descubrir determinadas características desconocidas de un grupo. En otras ocasiones, a través de la elaboración de perfiles se descubre que un grupo de personas comparten alguna característica que no era conocida a partir de compartir algunos rasgos.

En segundo lugar, hay perfiles de grupo distributivos y perfiles no distributivos (Vedder, 1999). Por un lado, los perfiles distributivos son aquellos que "asignan ciertas propiedades a miembros de un grupo de manera que las características se manifiestan de manera incondicional a todos sus miembros, como si fueran un hecho. Se aplican a los miembros del grupo como si fueran perfiles individuales". Todos los miembros comparten los rasgos, "el perfil da una exacta representación de los rasgos o características de los miembros del grupo. En este caso, el perfil del grupo puede ser aplicado a sus miembros como si fuera un perfil personal" (De Hert & Lammerant, 2016). En el caso de los perfiles distributivos, las características del grupo son también las de todos los miembros del grupo (Hildebrandt, 2006).

Por otra parte, los perfiles no distributivos se elaboran en base a probabilidades y comparaciones entre los miembros del grupo y del grupo como conjunto respecto a otros grupos. Como resultado, aunque no todos los miembros del grupo presenten sus características, serán tratados como si fuera así".

Pero se debe observar que nos encontramos ante una relación estadística basada en probabilidades lo que significa que describen la posibilidad de que una persona forme parte de un grupo en función de lo observado en el pasado. Pero no hay ninguna relación causal que lo pueda confirmar (Hildebrandt, 2008). En tercer lugar, hay perfiles directos o indirectos. Los perfiles directos son aquellos que son resultado de la aportación de los datos por la persona o de la observación inmediata de ciertas características del grupo lo que sirve para inferir determinadas características o comportamientos futuros. En cambio, los perfiles indirectos se basan en los datos de grandes conjuntos de personas a partir de los que se extrapolan nuevas características de las personas que forman parte (por ejemplo, la recomendación de música o libros basado en el historial de compra de otros) (Tene & Polonetsky, 2012).

Los perfiles pueden ser utilizados como instrumento de selección para decidir qué personas o grupos requieren más atención para guiar los esfuerzos o los servicios de una Administración pública. También como instrumento en la toma de decisiones, donde las decisiones se toman sobre la base del perfil sin una ulterior comprobación. Asimismo, como instrumento de detección, para detectar si determinadas normas han sido incumplidas o quien las ha incumplido. Finalmente, los perfiles pueden ser útiles como instrumento de evaluación de prácticas e intervenciones.

### **¿Cómo se elabora un perfil?**

La elaboración de perfiles se basa en la recopilación de datos para predecir información sobre individuos y grupos. Según Clark, la elaboración de perfiles es "una técnica de dataveillance en la que un conjunto de características de un determinado tipo de persona se infiere de la experiencia pasada, y los sujetos son buscados a partir de aquí entre individuos con una relación estrecha con ese conjunto de características" (Clarke, 1993, 403). Bygrave considera que "la elaboración de perfiles es la inferencia de un conjunto de características (perfil) sobre un una persona o colectivo y el tratamiento subsiguiente de la persona o entidad u otras personas o entidades a la luz de estas características" (Bygrave, 2002, 301). Hildebrandt define la elaboración de perfiles como "el proceso de 'descubrir' patrones en los datos en las bases de datos que pueden ser usados para identificar o representar un sujeto humano o no humano (individuo o grupo) y/o la aplicación de perfiles (conjuntos de datos correlacionados) para individualizar o representar un individuo o para identificar un sujeto como miembro de un grupo (que puede ser una comunidad ya existente o una categoría descubierta)" (Hildebrandt, 2009, 275).

Para Bosco "la elaboración de perfiles es una técnica de procesamiento (parcialmente) automatizado de datos personales y/o no personales con el fin de producir conocimiento a partir de inferir correlaciones de los datos como perfiles que pueden posteriormente ser aplicados como base para la toma de decisiones. La construcción de perfiles es un proceso para descubrir patrones desconocidos entre los datos en grandes conjuntos de datos que pueden ser usadas para crear perfiles. La aplicación de perfiles es el proceso de identificar y representar un individuo o grupo concreto que cumple un proceso y tomando algún tipo de decisión basada en esta identificación y representación" (Bosco et al., 2015). Para Indra Spiecker Döhmman, "la elaboración de perfiles se puede describir como el proceso de recoger información y datos personales combinando la información individualizada con otros datos (por ejemplo, personales, basados en hechos o estadísticas) analizándola a través de algoritmos con el fin de predecir las condiciones, decisiones o comportamientos futuros de una persona" (Indra Spiecker Döhmman & Normann Witzleb, 2016). Desde un punto de vista general, Hildebrandt apunta que la elaboración de perfiles pueden ser no-automática, automática y autónoma. La elaboración automática es aquella que se basa en "funciones automatizadas que recogen y agregan datos" y se llevan a cabo en "tecnologías automáticas que pueden ir desde el consejo a la toma de decisiones". La elaboración autónoma de perfiles hace referencia a los procesos en los que la intervención humana es mínima y el proceso de toma de decisiones se lleva a cabo de manera completa por el ordenador (Hildebrandt, 2006, 2008). El interés que genera en la actualidad la elaboración de perfiles es que se hace de manera automatizada.

La elaboración de perfiles se hace a través de diferentes técnicas como el descubrimiento de conocimiento en las bases de datos (knowledge discovery in databases, kdd) o la minería de datos (data mining). El descubrimiento de conocimiento en las bases de datos persigue encontrar patrones útiles a los datos que pueden ser obtenidos de diferentes fuentes. La elaboración de perfiles sigue tres etapas (Gil González & de Hert, 2019); En primer lugar, la recolección de datos que pueden ser datos personales, datos codificados o anonimizados. En esta primera fase además de recoger y seleccionar los datos se preparan para su análisis.

En segundo lugar, el análisis de los datos se realiza a través de técnicas de minería de datos que buscan correlaciones entre los datos que permitan encontrar relaciones entre los individuos o nuevas características que permitan crear perfiles específicos. Hoy en día, este proceso se lleva a cabo a través de algoritmos que buscan patrones en los datos (Hildebrandt, 2006). Hay que poner de manifiesto que, en ocasiones, los patrones obtenidos pueden ser relevantes pero en otros casos pueden no tener ningún interés. Siguiendo a Janssen podemos identificar cuatro técnicas para el análisis de datos en la elaboración de perfiles: técnicas de clasificación, clustering, regresión y asociación (Janssen, 2019).

En tercer lugar, el uso de los perfiles creados para aplicarlos a otros individuos lo que los convierte en la base de la toma de decisiones automatizada. Como pone de manifiesto De Hert, esta fase consiste en aplicar el perfil elaborado a otros datos y comprobar qué personas, objetos o hechos coinciden con el perfil, adoptando decisiones basadas en estos resultados (De Hert & Lammerant, 2016). La elaboración de perfiles se basa habitualmente en el tratamiento de datos personales. En esta dirección, según el Consejo de Europa "la creación de perfiles es una técnica de tratamiento automatizado de datos que consiste en aplicar un 'perfil' a una persona física, en particular, con el fin de tomar decisiones sobre ella o de analizar o prever las sus preferencias, comportamientos y actitudes personales" (Consejo de Europa, 2010).

Asimismo, el RGPD incluye una definición específica vinculada a aquellos procesos de elaboración de perfiles que supongan el tratamiento de datos personales. En particular, el RGPD define la elaboración de perfiles como "toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física" (artículo 4.4 RGPD).

Si bien, esta definición es cercana a la recogida en la Recomendación CM/Rec (2010) 13 del Consejo de Europa, esta excluye todo tratamiento que no incluya inferencia. Como ha puesto de manifiesto el Grupo de trabajo del Artículo 29 "una simple clasificación de las personas basada en características conocidas como su edad, sexo y altura no da lugar necesariamente a una elaboración de perfil. Esto dependerá de la finalidad de la clasificación" (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018). Así pues, en el caso de la definición del RGPD nos encontramos ante un subconjunto respecto al conjunto más general indicado en el párrafo anterior.

## **1. La elaboración de perfiles y la protección de datos personales**

Un ámbito en el que la elaboración de perfiles ha sido objeto de una regulación específica es el relativo a la protección de datos personales. En efecto, como tendremos oportunidad de observar a lo largo de las próximas páginas cuando un perfil se elabora a partir del tratamiento de datos personales se somete a las previsiones que incorpora el RGPD y la normativa de desarrollo. Por el mismo motivo, cuando la elaboración de perfiles no utilice datos personales o se base en datos anonimizados no se someterá a los principios y obligaciones a que se hará referencia a continuación. De todos modos, ello no es obstáculo a que sí deba someterse a los principios que rigen la actuación de las Administraciones públicas y que se aplican a cualquier uso de la inteligencia artificial en las administraciones públicas (Almada, 2018).

En términos generales, la elaboración de perfiles debe basarse en el principio de transparencia que permita garantizar la visibilidad, la controlabilidad o la rendición de cuentas de los que la elaboran y la información, control y participación de los afectados (Gutwirth & De Hert). Pero también a los principios de igualdad e interdicción de la discriminación, de eficiencia o de responsabilidad (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 6). En las próximas páginas centramos nuestra atención en la elaboración de perfiles basados en datos personales.

### **1.1 Evolución de la regulación de la elaboración de perfiles basados en datos personales**

La regulación de la elaboración de perfiles que contienen datos personales encuentra su origen en la esfera regional tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea. El Consejo de Europa adoptó la Recomendación CM/Rec (2010) 13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles de 23 de noviembre de 2010 en la que se recomienda que los estados garanticen el respeto de las libertades y los derechos fundamentales, en particular del derecho a la vida privada y el principio de no discriminación, fomenten el diseño y la aplicación de procedimientos y sistemas que respeten la protección de la vida privada y de los datos desde la fase de planificación y adopten las condiciones para la recopilación y el tratamiento de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles (legalidad, calidad de los datos, datos delicados, información, derechos de las personas interesadas, seguridad). También dispone que se encomiende a una o varias autoridades independientes que velen por el cumplimiento de la legislación nacional aplicando los principios establecidos en la recomendación.

En cuanto a la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos ya incluyó una regulación de la elaboración de perfiles. A pesar de los avances que supuso, esta regulación fue fruto de su tiempo en el que empezaba la digitalización de las empresas e Internet estaba en un estadio muy temprano. En particular, el artículo 15 Directiva 95/46/CE únicamente previó que los estados miembros debían reconocer a las personas "el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc". Esta limitación podía verse superada si la decisión se adoptaba en el marco de la celebración o ejecución de un contrato o estaba autorizada por una ley que estableciera medidas que garanticen el interés legítimo del interesado. Además, también se reconocía el derecho a conocer la lógica que había detrás del tratamiento automatizado en el caso de las decisiones automatizadas (artículo 12). Sin embargo, se preveía que este derecho no podía menoscabar el secreto de los negocios ni la propiedad intelectual y, en particular, el derecho de autor que protegiese el programa informático (considerando 41).

Como se ha puesto de manifiesto por distintos autores, esta regulación fue poco conocida mientras estuvo vigente y no fue muy usada (Veale & Edwards, 2018); (Gil González, 2017). En la actualidad es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento 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 el que regula esta cuestión. La regulación incluida en el RGPD presenta algunas diferencias respecto a la Directiva 95/46/CE en cuanto al alcance de los tratamientos objeto de la regulación y respecto del derecho reconocido. De hecho, resulta lógico si se tiene en cuenta que el escenario ha cambiado significativamente en los últimos años. La extensión del big data y de la inteligencia artificial han facilitado que la elaboración de perfiles sea ahora un tema de interés. También que sea un tema discutido que ha dado lugar a diferentes interpretaciones divergentes.

La regulación de la elaboración de perfiles que recoge el RGPD permite que los Estados miembros puedan regular esta cuestión. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD) no lo ha hecho como sí ha sucedido en el caso de Francia y Hungría.

## **1.2 Principios generales relativos a la elaboración de perfiles que impliquen datos personales**

Como es bien conocido, un dato personal es toda información sobre una persona física identificada o identificable (artículo 4.1 RGPD). Cuando la elaboración de perfiles implique el tratamiento de datos personales, será necesario adoptar medidas específicas de protección (Roig Batalla, 2018). En efecto, cuando la elaboración de perfiles o la toma de decisiones automatizada implique el tratamiento de datos personales es necesario que se tengan presentes los principios relativos al tratamiento que define el RGPD que se aplican al tratamiento, total o parcialmente, automatizado de datos personales (artículo 2.1). Desde un punto de vista general, esto supone que la elaboración de perfiles se someterá a los siguientes principios:

En primer lugar, los principios de licitud, lealtad y transparencia (artículo 5.1.a RGPD). Es importante tener presente que cualquier tratamiento de elaboración de perfiles debe ser transparente. También hay que evitar que como consecuencia de la elaboración del perfil se pueda llegar a una discriminación que pueda considerarse como desleal. Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, es habitual que los afectados no conozcan que son o han sido objeto de un proceso de elaboración de un perfil. En otras ocasiones, a pesar de tener a su disposición esta información, no son capaces de comprenderla por la complejidad técnica que a menudo acompaña este proceso.

En segundo lugar, el principio de limitación de la finalidad (artículo 5.1.b RGPD). A menudo la elaboración de perfiles supone la utilización de datos personales que fueron recogidos por otros fines. Para que este tratamiento sea compatible con los fines originales, será necesario que la elaboración de perfiles sea compatible con las finalidades para las que se recogieron inicialmente los datos. Como prevé el RGPD, es necesario que el responsable del tratamiento "debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado basadas en su relación con el responsable en cuanto a su uso posterior, la naturaleza de los datos personales, las consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas tanto en la operación de tratamiento original como en la operación de tratamiento ulterior prevista" (considerando 50).

En tercer lugar, el principio de minimización de datos (artículo 5.1.c RGPD). La facilidad que existe en la actualidad para llevar a cabo tratamientos de elaboración de perfiles puede llevar a empresas o a Administraciones públicas a recoger más datos de los necesarios en orden a que estos puedan ser útiles en el futuro (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018). Es necesario que los datos sean adecuados, pertinentes y limitadas en relación a las finalidades para las que son tratadas.

En cuarto lugar, el principio de exactitud (artículo 5.1.d RGPD). Al elaborar perfiles, hay que garantizar la calidad de los datos utilizados. En efecto, es importante que tanto cuando se recogen los datos, cuando se analizan o cuando se aplica un perfil para tomar una decisión de manera automatizada, los datos sean exactos para evitar errores, sesgos o discriminaciones.

En quinto lugar, el principio de limitación temporal (artículo 5.1.e RGPD). A pesar de las oportunidades que puedan llegar a existir en un futuro en la elaboración de perfiles, se debe garantizar que los datos no se conservan durante más tiempo del necesario y proporcionalmente a los fines del tratamiento de los datos personales.

Cuando existan datos personales, además de respetar estos principios, es necesario que la elaboración de perfiles tenga una base jurídica suficiente que legitime dicho tratamiento de acuerdo con lo dispuesto en el RGPD. Esta base puede ser diferente en función de si la elaboración de perfiles se hace de manera automatizada o si hay intervención humana.

En cualquier caso, desde un punto de vista general, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha puesto de manifiesto que cuando la elaboración de perfiles incluya datos personales se deben tener en cuenta los siguientes aspectos (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018):

- el nivel de detalle del perfil más o menos genérico o específico;
- la exhaustividad del perfil relativo a un aspecto puntual del interesado o más exhaustiva;
- las consecuencias de la elaboración del perfil sobre el interesado; y
- las garantías destinadas a garantizar la lealtad, la no discriminación y la precisión del proceso de elaboración de perfiles.

En caso de que a partir de la elaboración de perfiles se infieran preferencias, características o datos que puedan ser consideradas como especiales, el responsable del tratamiento deberá garantizar las medidas que al efecto dispone el RGPD (artículo 9).

### **1.3 Bases jurídicas de la elaboración de perfiles**

Para que la elaboración de perfiles que suponga el tratamiento de datos personales sea lícita, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o de acuerdo con alguna otra base legítima establecida conforme a lo previsto en el RGPD. El RGPD prevé varias bases jurídicas para los tratamientos de datos personales.

Pero no todas ellas serán de aplicación en la elaboración de perfiles por las Administraciones públicas. Tampoco todas ellas serán aplicables para cualquier elaboración de perfiles. En efecto, como veremos posteriormente, cuando la elaboración de perfiles se haga a través de la toma de decisiones automatizadas, el RGPD limita las bases jurídicas que pueden ser utilizadas como fundamento del tratamiento.

Desde un punto de vista general, el tratamiento de datos personales para la elaboración de perfiles sólo será lícito si concurre alguna de las siguientes bases jurídicas (artículo 6.1 RGPD):

- el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. Como ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo del Artículo 29, esta base sólo debería aplicarse en aquellos casos en los que hay otra (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 15).
- el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- 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;
- el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Como reconoce el considerando 47 "tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable.

En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin". Así pues, el responsable del tratamiento debe llevar a cabo una ponderación para evaluar si los intereses legítimos prevalecen sobre el derecho del interesado (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 16); (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2014)

La lectura de estas causas permite observar que en el caso de que la elaboración de perfiles sea realizada por una Administración pública las bases jurídicas del tratamiento de los datos personales serán, principalmente, las previstas en las letras c), d) y e). Además, lógicamente también cuando el interesado haya manifestado su consentimiento.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, cuando la elaboración de perfiles se base en decisiones individuales automatizadas, las bases de legitimación del tratamiento presentan diversos matices y se reducen sensiblemente respecto al resto de tratamientos. Al respecto, no podemos desconocer que, como veremos con detalle posteriormente, el RGPD parte de la prohibición de realizar estos tratamientos al prever el derecho de los interesados a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de manera similar.

En particular, en este caso, únicamente cuando concurra alguna de las excepciones que dispone el artículo 22.2 se podrán elaborar los perfiles:

- es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o
- se basa en el consentimiento explícito del interesado.

#### **1.4 La elaboración de perfiles utilizando datos especialmente protegidos**

La elaboración de perfiles no puede basarse en datos especialmente protegidos a menos que se adopten las medidas adecuadas y el interesado haya dado su consentimiento explícito (artículo 9.2.a) o el tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros (art.9.2.g) Este debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar esencialmente el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

A pesar de ello, estas decisiones deberán tener una intervención humana significativa. En efecto, el RGPD reconoce que las decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados que produzcan efectos jurídicos en los interesados no podrán basarse en categorías especiales de datos incluso cuando concurren las causas previstas en el artículo 22.2 RGPD excepto que el interesado haya dado su consentimiento explícito o el tratamiento sea 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.

En ambos casos será necesario que el responsable de la elaboración de perfiles haya tomado las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado (artículo 22.4 RGPD).

Un aspecto específico relacionado con esta categoría de datos es que la elaboración de perfiles puede crear categorías de datos especialmente protegidos a partir de la inferencia obtenida de datos que no tienen esta naturaleza. En esta dirección el Grupo de Trabajo del Artículo 29 se refiere a un estudio que combinando los «me gusta» de Facebook con información procedente de encuestas encontró que los investigadores pudieron predecir con exactitud la orientación sexual en el 88% de los casos; el origen étnico en el 95% y su religión en el 82% de los casos (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 17).

En estos casos el responsable del tratamiento debe garantizar la compatibilidad del tratamiento con la finalidad original; la existencia de una base jurídica que legitime el tratamiento de estos datos y la información al interesado sobre el tratamiento.

### **1.5 La elaboración de perfiles utilizando datos de menores**

Como reconoce el considerando 38, "los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño".

En términos generales, el RGPD crea obligaciones adicionales para los responsables del tratamiento a la hora de tratar datos personales de niños. Sin embargo, en cuanto a la elaboración de perfiles a partir de la toma de decisiones automatizadas, el artículo 22 no hace ninguna distinción en función de si el tratamiento se refiere a niños o a adultos. De todos modos, no se puede desconocer que el considerando 71 que afirma que las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluido la elaboración de perfiles, con efectos jurídicos o significativamente similares no deben afectar a niños. De todos modos, como pone de manifiesto el Grupo de Trabajo del Artículo 29, "dado que esta formulación no está reflejada en el propio artículo, el GT29 no considera que esto represente una prohibición absoluta de este tipo de tratamiento en relación con los niños. No obstante, teniendo en cuenta este considerando, el GT29 recomienda que, por lo general, los responsables del tratamiento no se basen en las excepciones del artículo 22, apartado 2, para justificarlo"(Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 31). En cualquier caso, las medidas de garantía que se adopten deberán ser adecuadas para los niños.

### **1.6 La transparencia de la elaboración de perfiles**

El principio de transparencia debe guiar la elaboración de perfiles. Para garantizar la transparencia de la elaboración de perfiles es necesario que cualquier persona pueda acceder a su contenido de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 19/2014. El algoritmo utilizado para la elaboración de perfiles puede ser conocido a través del acceso a su código fuente pero también a través del acceso a la documentación que contenga una descripción del algoritmo, de los datos que utiliza, de cómo funciona, los modelos que utiliza y los resultados que produce y como los produce.

Esta información puede ser difundida de manera proactiva para las administraciones públicas (Cerrillo i Martínez, 2019 10928). También a través de la solicitud de acceso a la información que pueda formular cualquier persona. Así lo ha entendido la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP) en su resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las reclamaciones 123/2016 y 124/2016, donde pone de manifiesto que el algoritmo, aunque pueda encontrarse en lenguaje matemático o informático, no deja de ser un tipo de información que estando en poder de la Administración pública constituye información pública a los efectos del ejercicio del derecho de acceso que reconoce la legislación vigente.

Sin embargo, en determinadas circunstancias la transparencia de los algoritmos utilizados para la elaboración de perfiles puede limitarse cuando pueda suponer un perjuicio a diversos bienes y derechos identificados por el legislador como la seguridad nacional y la seguridad pública, los intereses comerciales, la propiedad intelectual e industrial o la confidencialidad o secreto en los procesos de toma de decisión. Además, no podemos desconocer que en ocasiones los algoritmos utilizados por las Administraciones públicas para elaborar perfiles habrán sido adquiridos de terceras personas que bien exigirán su confidencialidad bien simplemente no facilitarán ninguna información ni dato sobre el funcionamiento del algoritmo o su diseño.

En cualquier caso, difícilmente se podrá llegar a conocer cómo se ha elaborado el perfil ni cómo funciona el algoritmo. El acceso a los algoritmos es necesario pero no suficiente para garantizar su transparencia. El acceso al código fuente del algoritmo no lo hace necesariamente más transparente (Brauneis & Goodman, 2017, 130). Hay que garantizar también la comprensión de su funcionamiento. Para garantizar la comprensión del algoritmo que se utilice para la elaboración de perfiles, será útil que las Administraciones públicas faciliten una descripción en lenguaje natural.

Al respecto, se debe tener presente que la legislación de transparencia se refiere a que las Administraciones públicas han de difundir la información de manera clara y comprensible para la ciudadanía. Además, la información pública también debe ser comprensible. Para facilitar la comprensión de la información también será necesario que los destinatarios dispongan de las capacidades y el tiempo para poder comprender o analizar los algoritmos. En cualquier caso, "haciendo uso del principio del lenguaje sencillo sin tecnicismos, cabe pensar que el requisito de información en relación con el principio de transparencia podría cumplirse de manera más efectiva dando una información genérica, más fácilmente comprensible para el usuario medio" (Kuner et al, 2017, 2) citado en (Gil González, 2017).

La transparencia no debe ir únicamente orientada a garantizar que los destinatarios del proceso de elaboración de perfiles puedan conocer su funcionamiento. También es necesario que los mismos usuarios del algoritmo o aquellos que reciben sus resultados puedan conocer cómo funciona. En efecto, generalmente aquellos que elaboran los perfiles no serán los informáticos, programadores o ingenieros que habrán diseñado el algoritmo que se utilice. Como han puesto de manifiesto Desmoulin-Canselier y Metayer, "es importante para el paciente, el litigante o el demandante saber si el médico o el juez entiende los resultados producidos por el algoritmo (o como mínimo detecta sus limitaciones, y que pueden detectar los posibles sesgos en su funcionamiento)" (Desmoulin-Canselier & Métayer, 2019).

### **1.7 El derecho de información**

Desde el punto de vista de la elaboración de perfiles que impliquen el tratamiento de datos personales, debemos traer a colación algunos de los del interesado derechos previstos en el RGPD. En primer lugar, el derecho de información (artículos 13 y 14 RGPD). Desde un punto de vista general, el responsable de la elaboración de los perfiles debe facilitar información clara y sencilla (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2017).

Como recoge el considerando 60: "los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran".

Cuando el perfil se realice sobre la base de los datos personales obtenidos de la persona interesada, el responsable del tratamiento le facilitará diversa información como las finalidades del tratamiento al que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento. Además, para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente es necesario que el responsable del tratamiento informe al interesado de la elaboración de perfiles y de otras decisiones automatizadas (artículo 13.1 RGPD). En particular, es necesario que, como mínimo, se facilite información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de este tratamiento para el interesado (artículo 13.2.f RGPD).

Al respecto, la LOPDGDD dispone que "si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia. En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679" (artículo 11.2 LOPDGDD).

Cuando los datos personales no se hayan obtenidos del interesado, el responsable del tratamiento también le deberá facilitar información sobre la existencia de elaboraciones de perfiles y otras decisiones automatizadas y, al menos en estos casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de este tratamiento para el interesado (artículo 14.2.g RGPD). Como pone de manifiesto Wachter, este derecho sólo garantiza una transparencia ex ante y no una publicidad de las decisiones adoptadas a través de la elaboración de perfiles (Wachter, Mittelstadt, & Floridi, 2017). Por lo tanto, como pone de manifiesto Gil González, este derecho "excluye la posibilidad de informar, ni en términos genéricos, sobre aquellos datos nuevos obtenidos por el responsable mediante inferencia estadística, esto es, fruto de insertar el conjunto de información de una persona determinada en los parámetros de un algoritmo prediseñado para observar posibles correlaciones y extraer nuevos conocimientos sobre el individuo" (Gil González, 2017).

Con esta información, la persona afectada debe poder valorar si la elaboración de perfil es segura y puede acarrearle algún beneficio. En ambos casos, el responsable del tratamiento debe facilitar información significativa sobre la lógica aplicada y sobre la importancia y las consecuencias del tratamiento para el interesado. La interpretación del alcance de estos dos conceptos jurídicos ha sido un aspecto controvertido como veremos a continuación.

En primer lugar, por lo que respecta a la información significativa sobre la lógica aplicada, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, considera que lo previsto en los artículos 13 y 15 es una manera de facilitar una "forma más general de supervisión" más que un derecho de explicación sobre una determinada decisión. En la misma dirección Wachter.

En cambio, Veale & Edwards consideran que la información significativa sobre la lógica aplicada comprende la información de partida proporcionada por el interesado, información relevante aportada por terceras personas e información pública relevante utilizada en la decisión (Veale & Edwards, 2018). Noto pone de manifiesto que información significativa comprendería aquella información que el interesado, que generalmente no es un informático o no tiene conocimientos técnicos, puede estar interesado (Noto La Diega, 2018). Para Gil González, la información sobre lógica debería incluir "aspectos genéricos sobre el modelo o las variables a las que más peso otorga" (Gil González, 2017). En cualquier caso, la información facilitada debería ser suficientemente exhaustiva como para que el interesado entiendo los motivos de la decisión (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 28).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la información sobre la importancia y las consecuencias del tratamiento para el interesado, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 considera que “este término sugiere que debe facilitarse información sobre el tratamiento previsto o futuro, y sobre cómo puede afectar la decisión automatizada al interesado<sup>41</sup>. A fin de que esta información sea significativa y comprensible, deben ofrecerse ejemplos reales y tangibles del tipo de efectos posibles. En un contexto digital, los responsables del tratamiento podrían utilizar herramientas adicionales para ayudar a ilustrar estos efectos” (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 29).

### **1.8 El derecho de acceso**

El interesado tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en este caso, derecho de acceso a los datos personales y a diversa información entre la que destaca a nuestros efectos la información sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles y, al menos en estos casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de este tratamiento para el interesado (artículo 15.1.h RGPD).

Gil González considera que “el ejercicio de un derecho de acceso es la oportunidad perfecta para imponer al responsable del tratamiento la obligación de aportar información con el máximo nivel de transparencia, incluyendo de este modo conocimientos no disponibles en momentos anteriores, tales como aquellos datos obtenidos por medio de inferencia estadística que serán parte de los modelos algorítmicos y podrán influenciar el sentido de una decisión automatizada que cause efectos significativos al sujeto” (Gil González, 2017). Según esta autora “esto supondría, en la práctica, interpretar en un sentido más amplio el texto del art. 15.1 h) (derecho de acceso) que aquél de los arts. 13.2 f), 14.2 g) (información), a pesar de tener todos ellos una redacción idéntica, todo ello en atención al momento en el que se aplica cada disposición”.

Sin embargo, como pone de manifiesto el considerando 63 RGPD, “este derecho no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos. No obstante, estas consideraciones no deben tener como resultado la negativa a prestar toda la información al interesado. Si trata una gran cantidad de información relativa al interesado, el responsable del tratamiento debe estar facultado para solicitar que, antes de facilitarse la información, el interesado especifique la información o actividades de tratamiento a que se refiere la solicitud”.

### **1.9 El derecho de explicación**

El reconocimiento de un derecho a la explicación de los perfiles elaborados ha sido objeto de una amplia discusión académica. Esta ha venido determinada por la redacción tanto del artículo 22 RGPD como del considerando 71 del reglamento y, en particular por el hecho que el considerando 71 incluye algunos elementos clave que posteriormente no son recogidos en el artículo 22 (Edwards & Veale, 2018).

Por una parte, el considerando 71 hace referencia al derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado. Asimismo, también reconoce que en los casos en que se lleve a cabo, “dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”.

En cambio, el artículo 22 RGPD sólo regula el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado excepto que concurra alguna base jurídica que lo legitime, como veremos posteriormente. Para Noto de la lectura del RGPD se desprende el reconocimiento de un derecho a la explicación.

Según este autor "la referencia al derecho a la explicación en el considerando debe ser utilizado para interpretar el artículo 22 para reflejar el contexto de la previsión y la finalidad general del RGPD, que es incrementar la protección de los derechos de los interesados" (Noto La Diega, 2018). Según este autor, aunque una lectura literal del artículo 22 no llevaría a considerar que incorpora el derecho a la explicación, un análisis finalista sí lo haría.

En cambio, muchos otros autores no comparten esta opinión a la vista del carácter meramente interpretativo que tienen los considerandos (Wachter et al., 2017). Sin embargo, más allá de lo previsto en el RGPD algunos Estados miembros han reconocido a su legislación sobre protección de datos personales el derecho de los interesados en conocer el funcionamiento del algoritmo (Francia o Hungría). En Francia, la explicación debe hacer referencia no sólo a "las normas que definen el tratamiento de los datos" sino también a "las principales características de su implementación". En Hungría, el responsable del tratamiento debe informar al interesado sobre "los métodos y los criterios utilizados en el mecanismo de toma de decisiones". Como ya hemos avanzado anteriormente, la LOPDGDD no ha regulado este aspecto.

Los Estados miembros pueden establecer más garantías para la protección de los datos personales siempre y cuando esto no sea un obstáculo para conseguir los objetivos del RGPD y, en particular, "la libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales" (artículo 1.3 RGPD).

#### **1.10 El derecho a no ser objeto de una decisión automatizada como la elaboración de perfiles**

Como ya hemos apuntado anteriormente, la toma de decisiones automatizadas como la elaboración de perfiles puede generar diversos riesgos desde el punto de vista de la protección de los datos persona. Como ha destacado el Grupo de Trabajo del Artículo 29 "las decisiones automatizadas tienen un ámbito de aplicación distinto y pueden solaparse parcialmente con la elaboración de perfiles o derivarse de esta. Las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano" (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 8).

Para evitar estos riesgos, el RGPD toma una serie de precauciones. En particular, como ya hemos adelantado el artículo 22 RGPD reconoce que "todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar".

Así pues, a contrario, el RGPD dispone una prohibición general de llevar a cabo decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado. De hecho, esta norma reconoce como derecho no ser objeto de una decisión automatizada (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 21). Pero esta no sólo consiste en la elaboración de un perfil.

Como ha reconocido el Grupo de trabajo del artículo 29, el hecho de que el artículo 22 se refiera a un derecho no quiere decir que sólo se aplique "cuando se invoque de manera activa por parte del interesado" (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018). La elaboración de perfiles puede dar lugar o no a una decisión automatizada. Asimismo, la toma de decisiones automatizada puede basarse en un perfil pero no en cualquier caso. Sin embargo, ambas no son necesariamente actividades independientes (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018). Dados los riesgos que puede generar la toma de decisiones automatizadas, hay que valorar la oportunidad de llevar a cabo un análisis de su impacto y adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de datos.

Procedemos a continuación a describir los distintos elementos que configuran este derecho:

a) decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado

El RGPD no nos da ningún elemento para determinar qué es una decisión y cuando ésta se considera que se basa únicamente en el tratamiento automatizado (Edwards & Veale, 2018). Así, por ejemplo, ¿enviar a una persona información sobre las ayudas que puede pedir es una decisión? ¿o una decisión debe ser únicamente un acto administrativo? Por otra parte, debemos observar que el RGPD se refiere a las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado. ¿Qué se debe entender por únicamente? ¿Cuál es el grado de participación que debe tener una persona para que no se pueda considerar que el tratamiento ha sido realizado únicamente de manera automatizada? ¿La mera confirmación de la decisión automatizada permitiría superar esta prohibición? Según del Grupo de Trabajo del Artículo 29, el responsable del tratamiento no puede obviar las disposiciones del artículo 22 inventándose una participación humana. Es necesario que esta tenga una influencia real en la decisión lo que se puede concretar, por ejemplo, en que el responsable del tratamiento tenga capacidad de supervisión sobre la decisión o autoridad y competencia para cambiar la decisión (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 23).

b) decisiones que produzcan efectos jurídicos en el interesado o la afecten significativamente de manera similar

Nuevamente en este caso surge la duda a la hora de determinar cuándo se puede considerar que los efectos del afectan significativamente. Como observa Veale, "si bien los efectos legales están claramente restringidos a los casos en los que el estatus legal es alterado o se crean deberes legales (por ejemplo, valoración del estatus de inmigrante o la autenticación en un contacto), los efectos significativos son mucho más vagos "(Veale & Edwards, 2018). Por su parte, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 propone que las decisiones afecten "a los derechos jurídicos de las personas", por ejemplo, denegando el acceso a un país a una persona. Sin embargo, "incluso cuando no se produzca ningún cambio en sus obligaciones o derechos jurídicos, el interesado puede verse suficientemente afectado como para exigir protección en virtud de esta disposición". Así pues, para que el tratamiento de datos afecte significativamente a una persona, los efectos deben ser suficientemente importantes como para ser dignos de atención (Grupo de trabajo del Artículo 29, 2018, 23-24).

c) Las garantías de los interesados ante una decisión automatizada

Para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, el responsable del tratamiento puede adoptar distintas medidas como (artículo 22.3 RGPD):

- el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable. Según el Grupo de Trabajo del Artículo 29 "la intervención humana es un elemento clave. Toda revisión debe ser llevada a cabo por una persona con la autorización y capacidad adecuadas para modificar la decisión. El revisor debe llevar a cabo una evaluación completa de todos los datos pertinentes, incluida cualquier información adicional facilitada por el interesado" {Grupo de trabajo del artículo 29, 2018 #11051, 30}.
- el derecho a expresar su punto de vista;
- el derecho a impugnar la decisión.

Junto a estas medidas previstas en el RGPD, diversos autores han ido proponiendo otras como las auditorías o las certificaciones, la aprobación de códigos de conducta o la creación de comités de ética para analizar el impacto que puede tener la elaboración de perfiles en los derechos de los interesados. A pesar de todo ello, Roig considera que las garantías previstas en el RGPD pueden ser ineficaces cuando se lleven a cabo decisiones automatizadas (Roig Batalla, 2018). Según este autor, el derecho de información sólo es un primer paso hacia la protección efectiva respecto a los efectos de la toma de decisiones automatizadas. Asimismo, a su parecer, el derecho a la obtención de una intervención humana puede convertirse en un simple requisito formal sin efecto real en el procesamiento automatizado.

Finalmente, considera que el derecho a expresar su punto de vista también tendrá un efecto reducido si tenemos en cuenta la dificultad de refutar una decisión automatizada sin una clara explicación de cómo se ha obtenido la decisión y con los conocimientos técnicos que pueda tener la mayoría de las personas.

### **Bibliografía**

- Almada, M. (2018). Contesting Automated Decisions: Limits to the Right to Human Intervention in Automated Decision-Making.
- Asís Roig, R. d. (2018). Robótica, inteligencia artificial y derecho. *Revista de privacidad y derecho digital*, 3(10), 27-77.
- Barocas, S., & Selbst, A. D. (2016). Big data's disparate impact. *California Law Review*, 104, 671-732.
- Bosco, F., Creemers, N., Ferraris, V., Guagnin, D., & Koops, B.-J. (2015). Profiling technologies and fundamental rights and values: regulatory challenges and perspectives from European Data Protection Authorities Reforming European Data Protection Law (pp. 3-33): Springer.
- Brauneis, R., & Goodman, E. P. (2017). Algorithmic transparency for the smart city. *Yale Journal of Law & Technology*, 20, 104-176.
- Bygrave, L. A. (2002). *Data protection law: Approaching its rationale, logic and limits*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business.
- Cerrillo i Martínez, A. (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Clarke, R. (1993). Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. *Journal of Law and Information Science*, 4, 403.
- Consejo de Europa. (2010). Recomendación CM/Rec(2010)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles.
- De Hert, P., & Lammerant, H. (2016). 6 predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever? *Exploring the Boundaries of Big Data*, 145.
- Desmoulin-Canselier, S., & Métayer, D. L. (2019). Algorithmic Decision Systems in the Health and Justice Sectors: Certification and Explanations for Algorithms in European and French Law. *European Journal of Law and Technology*, 9(3).
- Edwards, L., & Veale, M. (2018). Enslaving the Algorithm: From a "Right to an Explanation" to a "Right to Better Decisions"? *IEEE Security & Privacy*, 16(3), 46-54.
- Gil González, E. (2017). Aproximación al estudio de las decisiones automatizadas en el seno del Reglamento General Europeo de Protección de Datos a la luz de las tecnologías big data y de aprendizaje computacional. *Revista española de la transparencia*, 5, 165-179.
- Gil González, E., & de Hert, P. (2019). Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles. *ERA Forum*. doi:10.1007/s12027-018-0546-z
- Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2014). Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE.
- Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2017). Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 adoptadas el 29 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 11 de abril de 2018.
- Grupo de trabajo del Artículo 29. (2018) Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679.
- Gutwirth, S., & De Hert, P. (2008). Regulating Profiling in a Democratic Constitutional State. En M. Hildebrandt & S. Gutwirth (Eds.), *Profiling the European Citizen* (pp. 271-302). Dordrecht: Springer.
- Hildebrandt, M. (2006). Profiling: From data to knowledge. *Datenschutz und Datensicherheit-DuD*, 30(9), 548-552.

- Hildebrandt, M. (2008). Defining Profiling: A New Type of Knowledge? En M. Hildebrandt & S. Gutwirth (Eds.), *Profiling the European Citizen*. Dordrecht: Springer.
- Hildebrandt, M. (2009). Profiling and AML. En K. Rannenberg, D. Royer, & A. Deuker (Eds.), *The future of identity in the information society: Challenges and opportunities*. Heidelberg: Springer Science & Business Media.
- Indra Spiecker Döhmann, O. T., Paul Bernal, Margaret Hu, Carlos Alberto Molinaro, Elsa Negre, Ingo Wolfgang Sarlet, Laura Schertel Mendes,, & Normann Witzleb, F. Y. (2016). The Regulation of Commercial Profiling – A Comparative Analysis. *European Data Protection Law Review*, 2(4).
- Janssen, J. H. N. (2019). The right to explanation: means for 'white-boxing' the black-box?
- Lammerant, H., & de Hert, P. (2016). Predictive profiling and its legal limits: Effectiveness gone forever. En v. d. Sloot, D. Broeders, & E. Schrijvers (Eds.), *Exploring the Boundaries of Big Data* (pp. 145-173). Amsterdam: Amsterdam University Press/WRR.
- Malgieri, G. (2018). Automated Decision-Making in the EU Member States Laws: The Right to Explanation and Other 'Suitable Safeguards'.
- Noto La Diega, G. (2018). Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 9(1).
- Privacy International. (2017). *Data Is Power: Profiling and Automated Decision-Making in GDPR*.
- Roig Batalla, A. (2018). Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR). *European Journal of Law and Technology*, 8(3).
- Tene, O., & Polonetsky, J. (2012). Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 11, xxvii.
- Veale, M., & Edwards, L. (2018). Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. *Computer Law & Security Review*, 34(2), 398-404. doi:<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.002>
- Vedder, A. (1999). KDD: The challenge to individualism. *Ethics and Information Technology*, 1(4), 275-281. doi:10.1023/A:1010016102284
- Wachter, S., Mittelstadt, B., & Floridi, L. (2017). Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*.

### Reseña biográfica

**Agustí Cerrillo i Martínez.** Catedrático de Derecho administrativo en la Universitat Oberta de Catalunya. Ha sido Director de sus Estudios de Derecho y Ciencia Política. En la actualidad es el Síndic de Greuges de la UOC. Es investigador principal del proyecto "Retos jurídicos del uso de datos masivos para el fomento de la innovación y la buena administración a través de la inteligencia artificial". Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (DER2017-85595-R) (2018-2020). Ha investigado y publicado artículos y monografías sobre la administración electrónica, transparencia pública y la difusión y la reutilización de información pública a través de Internet, la gobernanza de la cooperación al desarrollo y la integridad pública y la prevención de la corrupción entre las que destacan: Cerrillo i Martínez, Agustí. (2019). Com obrir les caixes negres de les Administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes. *Revista Catalana de Dret Públic*, 56. Cerrillo i Martínez, Agustí. (2019). Transparencia e integridad en la contratación pública. *Anuario del Gobierno Local*, 77-127. Cerrillo i Martínez, A. (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. Cerrillo i Martínez, A. El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción. 2ª ed. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi (2018). Casadesús de Mingo, A., & Cerrillo i Martínez, A. (2018). Improving records management to promote transparency and prevent corruption. *International Journal of Information Management*, 38(1); Cerrillo i Martínez, A., & Ponce Solé, J. (Eds.). Preventing corruption and promoting good government and public integrity. Bruxelles: Bruylant (2017);