

Decisiones automatizadas en el Reglamento General de Protección de Datos

Responsabilidad proactiva para la salvaguarda
de derechos individuales

Guillermo Lazcoz Moratinos

COMARES | editorial

DECISIONES AUTOMATIZADAS EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

GUILLERMO LAZCOZ MORATINOS

DECISIONES AUTOMATIZADAS
EN EL REGLAMENTO GENERAL
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Responsabilidad proactiva para la salvaguarda
de derechos individuales

Comares, 2026

DERECHO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

dirigida por:

Pedro Grimalt Servera (*Universidad de las Islas Baleares*)

Julián Valero Torrijos (*Universidad de Murcia*)

37

CONSEJO EDITORIAL

Henar Álvarez Cuesta	<i>Universidad de León</i>
Edoardo Celeste	<i>Dublin City University</i>
María Asunción Cebrián Salvat	<i>Universidad de Murcia</i>
Federico Bueno de Mata	<i>Universidad de Salamanca</i>
Pilar Nicolás Jiménez	<i>Universidad del País Vasco</i>
Petra Maria Thomàs Puig	<i>Universidad de las Islas Baleares</i>
Bernardo Olivares Olivares	<i>Universidad Complutense</i>
Diego Zegarra Valdivia	<i>Pontificia Universidad Católica del Perú</i>

Esta publicación ha recibido el 1^{er} accésit en investigación en protección de datos en la X edición de los Premios de la Agencia Vasca de Protección de Datos



Cofinanciado por
la Unión Europea



Esta publicación ha sido financiada por el Proyecto GODAS (Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos). PID2022-137140OB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

Maquetación:
Jose M. Padilla

© Guillermo Lazcoz Moratinos

© Editorial Comares, 2026

Polígono Juncaril • C/ Baza, parcela 208 • 18220 Albolote (Granada) España • Tlf.: 958 465 382
www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 979-13-7033-146-7 • Depósito legal: Gr. 1000/2026

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES

Sin la colaboración y los vínculos que he mantenido desde el inicio de mi carrera investigadora con la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano, este trabajo no habría sido posible. A Carlos Romeo, director de mi tesis y raíz del grupo, donde quiera que esté. A Pilar Nicolás y a Iñigo de Miguel, por haber recogido su testigo desde el respeto a su legado y con la determinación de hacerlo mejor, si cabe. Y a toda la Red, que rema entendiendo que la investigación es un trabajo de equipo.

Euskal Herriko Unibertsitateari baita ere. Nire etxea —guztiona—
beti izan eta izango delako.

Esta publicación se ha realizado también en el marco del proyecto de investigación «Herramientas algorítmicas para ciudadanos y administraciones públicas» (PID2021-126881OB-I00), en cuyo equipo de trabajo llevo involucrado desde septiembre de 2022. Me gustaría aprovechar la ocasión para agradecer su apoyo y todo el trabajo realizado en este proyecto a Alejandro, Gustavo, Diego y al resto del equipo de la Universidad de Oviedo.

No me puedo olvidar de todo lo que he aprendido estos años en IMPaCT-Genómica y en el CIBER. A Carmen Ayuso, que me ha hecho crecer como investigador y como persona. A Ángel Carracedo y al resto del equipo por la confianza que han depositado en mí. Os admiro y es impresionante lo que habéis (hemos) construido en este tiempo juntos.

A quienes me sostienen cada día, que no caben en estas líneas.

SUMARIO

PRÓLOGO	XI
<i>Pilar Nicolás</i>	

INTRODUCCIÓN

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADA: CLARIFICACIONES PREVIAS	XVII
2. UN ANÁLISIS DESDE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS: LA VIDA MÁS ALLÁ DEL REGLAMENTO SOBRE IA	XVIII
3. TRES CAPÍTULOS E INTERROGANTES POR RESOLVER	XXI

CAPÍTULO PRIMERO

TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADA EN EL ARTÍCULO 22 RGPD: DESDE SU ORIGEN HASTA SU CONTROVERTIDO PRESENTE

1. LA TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADA EN EL DEVENIR DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS	4
1.1. Database privacy problem	7
1.2. Antecedentes y disposiciones análogas en el ámbito normativo europeo	11
2. CONTEXTO Y CONTENIDO DEL ARTÍCULO 22 RGPD	15
2.1. Ubicación de la toma de decisiones automatizada y de la elaboración de perfiles en el RGPD	15
2.1.1. <i>Artículo 22 RGPD: la toma de decisiones automatizada</i>	16
2.1.2. <i>Artículo 4(4) RGPD: la elaboración de perfiles</i>	18
2.2. Dos prohibiciones y un sinfín de excepciones.	20
2.2.1. <i>Artículo 22(1) RGPD, ¿prohibición general o derecho a interponer por la persona interesada?</i>	26
2.2.2. <i>Rebatiendo la posición doctrinal minoritaria: no, no se trata de un derecho a interponer por la persona interesada</i>	27
2.2.3. <i>La consolidación de la posición mayoritaria en los tribunales: se trata de una prohibición general.</i>	31
2.3. Efectos jurídicos o de afectación significativa similar: un enfoque basado en el riesgo.	33
2.3.1. <i>El enfoque basado en el riesgo del artículo 22 RGPD</i>	33
2.3.2. <i>Descifrando los efectos jurídicos o de afectación significativa similar</i>	37

CAPÍTULO SEGUNDO

TRES PILARES SOBRE LOS QUE INTERPRETAR Y HACER EFECTIVA
LA REGULACIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES EN EL RGPD:
DERECHO A LA INTERVENCIÓN HUMANA, DERECHO A LA
INFORMACIÓN Y DERECHO A IMPUGNAR LA DECISIÓN

1.	DERECHO A LA INTERVENCIÓN HUMANA	46
1.1.	Dos mecanismos de intervención humana distintos en los tres tipos de decisiones automatizadas en torno al artículo 22	47
1.1.1.	<i>Intervención humana como componente esencial de la toma de decisiones automatizada en el RGPD: human in the loop</i>	50
1.1.2.	<i>Intervención humana como medida de salvaguarda bajo requerimiento del interesado: human out of the loop</i>	51
1.2.	Intervención humana significativa.	54
1.2.1.	<i>Una intervención formal o simbólica no es significativa</i>	55
1.2.2.	<i>Significativo según las directrices refrendadas por el Comité Europeo de Protección de Datos</i>	57
1.2.3.	<i>Significativo en los orígenes de la normativa europea de protección de datos</i>	60
1.2.3.1.	<i>Temor a la pérdida de control de las personas interesadas sobre las decisiones que les afectan</i>	61
1.2.3.2.	<i>Temor a la pérdida de control de los responsables del tratamiento sobre las decisiones que adoptan</i>	63
2.	DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADA	67
2.1.	Derechos de información sobre las inferencias algorítmicas o perfiles en el RGPD.	69
2.1.1.	<i>Inferencias algorítmicas o perfiles como datos de carácter personal</i>	70
2.1.2.	<i>Alcance de los derechos de información de las inferencias algorítmicas o perfiles</i>	72
2.1.3.	<i>Derecho a la información sobre la lógica aplicada, ¿sólo en el caso de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado?</i>	74
2.2.	Derecho a la información para las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, ¿derecho a una explicación?	76
2.2.1.	<i>Derecho a una explicación ex post sobre la concreta decisión adoptada</i>	77
2.2.2.	<i>Propuestas para determinar el contenido de las explicaciones: la información también debe ser «significativa»</i>	79
2.3.	Limitaciones de los derechos de información y acceso basados en el principio de transparencia.	82
2.3.1.	<i>Limitaciones de naturaleza normativa para el ejercicio de derechos del RGPD</i>	83
2.3.2.	<i>Limitaciones de naturaleza técnica para el ejercicio de derechos del RGPD</i>	85
2.3.3.	<i>Limitaciones de naturaleza mixta para el ejercicio de derechos del RGPD</i>	87
3.	DERECHO A IMPUGNAR LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS	89
3.1.	Derecho a rectificar las inferencias algorítmicas: ¿cuál es el alcance del principio de exactitud respecto de la elaboración de perfiles?	91
3.1.1.	<i>Solicitar la rectificación de una inferencia sin cuestionar el método algorítmico escogido por el responsable del tratamiento</i>	93
3.1.2.	<i>Solicitar la rectificación del método algorítmico escogido por el responsable del tratamiento</i>	95
3.2.	DERECHO A IMPUGNAR LAS DECISIONES BASADAS ÚNICAMENTE EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO.	97
3.2.1.	<i>Dos formas distintas de entender el derecho a impugnar decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado</i>	99
3.2.2.	<i>Limitaciones del derecho a contestar la decisión como procedimiento interno</i>	102

CAPÍTULO TERCERO

DECISIONES AUTOMATIZADAS, INTERVENCIÓN HUMANA
Y EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL TRATAMIENTO
DE DATOS PERSONALES: UN ENFOQUE BASADO EN LA EVIDENCIA
A TRAVÉS DE LA EIPD

1. ¿ES POSIBLE UNA INTERVENCIÓN HUMANA SIGNIFICATIVA?	108
1.1. Las críticas a la intervención humana como mecanismo de gobernanza	108
1.2. Hacia una intervención humana basada en la evidencia	112
2. ENFOQUE BASADO EN LA EVIDENCIA EN EL RGPD: EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PROACTIVA PARA DESPLAZAR LA CARGA DESDE LA PERSONA INTERESADA HACIA EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO	115
2.1. La responsabilidad como principio nuclear en el modelo normativo adoptado por el RGPD	117
2.2. Evaluación de impacto de protección de datos: la herramienta basada en la responsabilidad para tratamientos de alto riesgo	120
2.2.1. <i>La toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles como tratamiento de alto riesgo</i>	120
2.2.2. <i>Justificación de la toma de decisiones automatizada en la EIPD</i>	125
2.2.3. <i>La intervención humana como medida organizativa para mitigar los riesgos de la toma de decisiones automatizada en la EIPD</i>	130
2.2.4. <i>El diseño de procesos de toma de decisiones con intervención humana significativa y demostrable.</i>	133
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFÍA	155

PRÓLOGO

Redacto este prólogo con mucho orgullo, pero también con un poco de nostalgia. Lo primero porque es un privilegio presentar un trabajo de la calidad de este que firma Guillermo Lazcoz Moratinos. Lo segundo porque correspondía escribirlo al director de su tesis, Carlos María Romeo Casabona, que, como seguro que el lector sabe, falleció en agosto del año 2024.

El tema elegido no puede haber sido más oportuno cuando estamos presenciando la implantación de tecnologías disruptivas, que están cambiando los procesos de toma de decisiones impactando en los derechos e intereses de las personas y las sociedades. Las nuevas tecnologías afectan a cualquier ámbito cotidiano, desde decisiones diagnósticas en el contexto clínico hasta las que inciden en el acceso a distintos bienes y servicios, tanto en el ámbito privado como público, o incluso en el ámbito judicial.

Este nuevo escenario, caracterizado por la irrupción de la automatización y de la inteligencia artificial (IA), plantea interrogantes y retos jurídicos que han dado lugar a numerosas publicaciones académicas y de otro carácter. Entre ellas, es importante destacar la profusión, la profundidad y el rigor de ésta, en la que Guillermo demuestra una enorme madurez académica y un profundo conocimiento de la normativa, especialmente los Reglamentos europeos sobre protección de datos y sobre inteligencia artificial, que analiza desde una perspectiva crítica.

El autor desentraña las bases legales y los principios identificados para dirigir el desarrollo y la implantación de esta nueva tecnología basada en datos; y ofrece un análisis lúcido de la regulación de la automatización a partir del tratamiento de datos personales, que se comenzó a construir en las últimas décadas del siglo pasado y culminó con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

Pero además de motivos históricos, son varias las razones que hacen necesario el estudio jurídico de las decisiones automatizadas en el RGPD, más allá del foco de la IA.

La primera de ellas se encuentra en el propio texto del Reglamento de IA. Aunque finalmente incluyó obligaciones relativas a la fase de uso o implementación del producto, no podemos olvidar que se trata de una norma dirigida a establecer cómo los distintos sistemas deben llegar al mercado de consumidores europeos, es decir, está focalizado en el diseño y desarrollo previo a la comercialización. Esto se refleja de manera notoria en relación con la toma de decisiones, cuando se regulan las obligaciones en la fase de uso relativas a la supervisión humana de los sistemas de IA: las obligaciones de supervisión humana no afectarán a otras que el derecho nacional o de la Unión imponga a los responsables del despliegue (artículo 26 RIA), en una clara alusión a las obligaciones que impone el RGPD en esta materia.

La segunda razón se deduce de la aplicación del propio RGPD y los muchos interrogantes que ha suscitado la interpretación de su artículo 22, relativo a la toma automatizada de decisiones, que ha sido relegado como derecho de “segunda clase” dentro de este marco normativo, también por lo que respecta a la elaboración de perfiles: su deficiente redacción y falta de claridad, la ambigüedad de los términos y su escasa aplicación por los tribunales —aunque hay algunos pronunciamientos recientes del TJUE en los que se ve afectado—, han motivado esta consideración.

Viene al caso mencionar la sentencia del TJUE, de 7 de diciembre de 2023, en la que se examina la incidencia de este artículo, pero sin profundizar en la interpretación de los aspectos más controvertidos; y la propuesta de reforma del RGPD (propuesta de reglamento «**ómnibus digital**») que únicamente incide en un aspecto muy concreto del artículo 22, como es el requisito de necesidad de la decisión automatizada para la celebración o ejecución de contratos, sin entrar en las cuestiones generales más problemáticas: parece que el legislador europeo va a perder una buena oportunidad de solucionarlas.

Ante este panorama, la interpretación jurídica sistemática que proporciona Guillermo Lazcoz es de lectura imprescindible.

El trabajo parte de que la aplicación del RGPD en este ámbito se sostiene sobre tres pilares: el derecho a la intervención humana, el derecho a la información sobre las decisiones automatizadas y el derecho a su impugnación. Y propone un enfoque único en su análisis, hilvanando el derecho a las decisiones individuales automatizadas con el principio de responsabilidad proactiva o *accountability* del RGPD. Dado el papel central que este principio ocupa en el Reglamento, es necesario examinar la toma de decisiones automatizada y la intervención humana desde la óptica de los riesgos que conlleva el tratamiento y las medidas adoptadas por el responsable del tratamiento para salvaguardar los derechos de los interesados. Aunque parezca que este enfoque es irrenunciable, tanto la doctrina como la jurisprudencia han obviado esta interrelación y sus efectos en la aplicación del RGPD.

Finalmente, se propone una visión muy científica en el abordaje de la intervención humana en el RGPD: un enfoque basado en la evidencia, que lleva a sostener que el clásico método de ensayo y error —que puede apoyarse sobre la responsabilidad proactiva— es lo que permitirá determinar si la intervención humana como mecanismo de gobernanza es útil a los objetivos que se marca el RGPD para la salvaguarda de los derechos de los interesados ante la toma de decisiones automatizada.

La calidad y relevancia de esta publicación se deben a la sólida formación de Guillermo como jurista, a su capacidad para el análisis abstracto y a su proyección práctica hacia fenómenos transformadores, nuevos y complejos. Lo ha demostrado también en otras situaciones, como proyectos complicados en los que ha sido necesario dar respuestas operativas con muchas dosis de estudio y también de creatividad, en las que Guillermo ha conseguido la efectiva transferencia del conocimiento al servicio de la sociedad.

Esta fue la última tesis que dirigió Carlos, activo y en la vanguardia hasta el último momento, y con una gran visión para abrir caminos fructíferos en la carrera de las personas que formó. Sé que para él fue una enorme alegría cerrar así esta etapa, con la satisfacción de la excelencia, como se comprobará al leer el texto y como reconocieron los miembros del tribunal (profesores Iñigo de Miguel, Asier Urruela y Andrea Perin), que le otorgaron la calificación cum laude por unanimidad, y los revisores extranjeros (profesores Fruzsina Molnár-Gabor e Inês Fernandes Godinho), que apoyaron la mención internacional. El trabajo mereció también el premio extraordinario en el área de ciencias sociales y jurídicas del curso 2022/2023 en la Universidad del País Vasco y el 1er Accésit del Premio Investigación en la X edición de los Premios de Protección de Datos AVPD (2025). Además, Guillermo obtuvo el Premio AEPD de Investigación en protección de datos personales Emilio Aced (2022), por un trabajo vinculado a su tesis en el que estudió los «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos».

Guillermo sigue integrado en las iniciativas que impulsó Carlos Romeo hace más de treinta años. Su aportación desinteresada es fundamental en la continuidad de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano, donde todos le tenemos una enorme estima profesional y personal. Es muy fácil trabajar con él, tan exigente consigo mismo como comprensivo y generoso con sus colegas; jurista fino, con el que gusta discutir; firme en sus convicciones, pero no obcecado; que sabe distinguir lo importante de lo accesorio. Con estas cualidades (tomo prestada una frase con la que Carlos cerró cierto prólogo hace años), los augurios para su futuro académico y profesional no pueden ser mejores.

PILAR NICOLÁS

*Coordinadora de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano,
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Bilbao, abril 2026*

INTRODUCCIÓN

Nuestra sociedad es testigo y parte de un uso extensivo y ubicuo de cada vez más datos —a menudo personales, cuando no sensibles—; junto con una creciente dependencia de algoritmos para analizarlos con el fin de obtener predicciones o clasificaciones —también de carácter personal e incluso sensible—; para tomar decisiones que afectan a nuestra vida cotidiana.

Nuestros datos bancarios pueden utilizarse para evaluar nuestra solidez financiera y adoptar una decisión acerca de la concesión o no de un crédito. Los datos de salud e imágenes clínicas pueden servir para determinar la probabilidad de padecer una enfermedad y, en su caso, aplicar uno u otro tratamiento terapéutico. Puede también evaluarse nuestra actividad laboral para determinar nuestra productividad y reportarnos beneficios salariales o sanciones disciplinarias. O a partir de datos relativos a nuestra vida laboral y nuestras declaraciones de impuestos puede evaluarse nuestra aptitud para acceder a determinada prestación social.

Esos perfiles que clasifican o predicen la actividad humana esconden lógicas matemáticas de las que puede ser difícil escapar. Se trata de una lógica basada en datos. Datos que no siempre serán completos o exactos (aspectos sobre los que incide la normativa de protección de datos), pero los cuales tampoco pueden expresar todos los matices de nuestros entornos (¿acaso todo es cuantificable o podemos los seres humanos ser reducidos a ello?) y, además, únicamente pueden extraer patrones del pasado (¿acaso somos simplemente el reflejo de nuestro pasado?). Además, esos perfiles resultantes no son una mera fotografía de la realidad para clasificarnos o predecir nuestro comportamiento, esos perfiles tienen la capacidad de limitar nuestras opciones y cursos de acción en la sociedad y, además, muchas veces ni siquiera sabremos si esas predicciones resultaban ciertas o si, simplemente, determinaron previamente nuestro destino.

A este fenómeno le acompaña una reducción gradual de la participación humana e incluso de la supervisión, también humana, de muchos de estos procesos

de toma de decisiones, que plantean cuestiones apremiantes de equidad, responsabilidad y respeto de los derechos humanos, entre otras¹. Con la evolución y el aumento de la eficacia de las tecnologías de inteligencia artificial (IA en adelante), aumenta la dependencia de la delegación de tareas y, al mismo tiempo, se genera una expectativa de confianza sobre dicha delegación².

La irrupción del conjunto de tecnologías involucradas en estas transformaciones, que en los últimos años se han venido a conceptualizar como sistemas algorítmicos o de IA —y a regular como tales—, ha despertado un interés jurídico sin precedentes³. Muchas decisiones con importantes implicaciones individuales, colectivas y sociales que antes eran tomadas sólo por humanos —a menudo por personas expertas: agentes bancarios, médicas, personal de recursos humanos o funcionarios de carrera— ahora son tomadas directamente o asistidas por algoritmos o sistemas de IA⁴.

Esta investigación, desde una perspectiva jurídica, trata sobre la gobernanza y el rol humano en esta clase de decisiones y en las inferencias algorítmicas que sirven de sustento a las mismas.

Ahora bien, la investigación no se centra exclusivamente en las decisiones clave que se delegan a máquinas sin participación humana alguna y, en su caso, en cómo el ordenamiento jurídico responde a esta clase de decisiones y el rol que el ordenamiento otorga al ser humano en estas respuestas. Aunque presenciamos esta clase de automatización «completa» de la toma de decisiones, en la actualidad es aún más habitual que sean personas las que tengan el control «final» sobre la toma de decisiones, si bien con el apoyo o sustento de clasificaciones —aparentemente— empíricas de riesgo, cuya racionalidad no tienen forma de cuestionar⁵. Ello obliga no solo a prestar atención a la delegación de las decisiones en sí mismas, sino a cómo se delegan, a quién controlan y cómo influyen los sistemas automatizados en esa delegación⁶.

¹ FLORIDI y TADDEO, «What is data ethics?», 2.

² TADDEO, «Trusting Digital Technologies Correctly», 566.

³ Basta consultar el término «inteligencia artificial» para ciencias jurídicas en el portal bibliográfico Dialnet. Mientras que en la década 2000-2009 arroja un total de 13 resultados, la década 2010-2019 arroja 463. Desde 2020, a fecha 13 de abril de 2026, contiene ya 7.592 resultados. Este crecimiento exponencial pone de manifiesto ese interés jurídico sin precedentes, que se manifiesta también cuando se observa que en dicho portal las ciencias jurídicas son la disciplina que más resultados arroja, por encima de ciencias sociales, de psicología y educación o de tecnologías, entre otras.

⁴ Lepri *et al.*, «Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-making Processes».

⁵ Para McQUILLAN, la IA fomenta la irreflexividad en el sentido definido por Arendt, es decir, la incapacidad de criticar instrucciones, la falta de reflexión sobre sus consecuencias y el afán de creer que se está llevando a cabo una ordenación correcta. En este sentido, McQuillan considera que la IA es la burocracia del siglo XXI. McQuillan, «The Political Affinities of AI», 165.

⁶ DJEFFAL, «AI, Democracy and the Law», 277.

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADA: CLARIFICACIONES PREVIAS

La popularización de algunos términos como inteligencia artificial, algoritmos o *big data* ha generado desinformación y confusión sobre dichos conceptos y sus distintas prácticas⁷. Incluso en ámbitos estrictamente académicos, donde esta confusión ha contribuido a exagerar las capacidades y promesas de las tecnologías englobadas por dichos términos⁸. Por esta misma razón, resulta indispensable acotar en cierta medida la terminología que se utilizará en este trabajo.

En primer lugar, partiré de la siguiente definición de toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles: *«proceso de toma de decisiones en el que, a partir del resultado de un sistema algorítmico que realiza una inferencia, clasificación o evaluación sobre una persona física, se adopta una decisión parcial o totalmente automatizada que afecta a la misma»*.

Por un lado, el término «proceso» de toma de decisiones, frente a un «sistema», entiende la toma de decisiones como parte de un entorno social que precede y condiciona la introducción en el mismo de un sistema algorítmico⁹. Al mismo tiempo, el término «sistema algorítmico» permite abarcar distintas clases de tecnologías, más o menos punteras, y que puedan o no coincidir con lo que en distintos contextos se define como IA¹⁰.

Además, con «sistema» se pretende hacer referencia a todo el ciclo de vida del algoritmo, incluyendo desde sus fases de diseño y desarrollo a su despliegue e implementación. Esto es, el diseño y desarrollo del sistema algorítmico, a pesar de ubicarse fuera del propio proceso de toma de decisiones —puesto que se produce, por supuesto, con anterioridad a la utilización o implementación del sistema—, es un aspecto indisoluble del análisis jurídico de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles.

Por otro lado, hay una delegación total o parcial del proceso de toma de decisiones en una función automatizada.

⁷ McQUILLAN, «Data Science as Machinic Neoplatonism», 254. Para ver hasta qué punto son maleables estos términos e intercambiables entre sí en la actualidad, *vid.* KATZ, «Manufacturing an Artificial Intelligence Revolution».

⁸ HAGENDORFF y WEZEL, «15 challenges for AI: or what AI (currently) can't do», 355.

⁹ KRUIY, «A vulnerability analysis: Theorising the impact of artificial intelligence decision-making processes on individuals, society and human diversity from a social justice perspective», 4.

¹⁰ En la misma línea, AlgorithmWatch entiende que este término no resulta tan difuso como el de inteligencia artificial, que invoca connotaciones de autonomía e intencionalidad de tipo humano que no deben atribuirse a los procedimientos basados en máquinas y que, además, podría excluir de su definición algunos modelos algorítmicos que —siendo considerablemente simples— no dejan de tener un impacto notable para las personas. *Vid.* SPIELKAMP (Ed.), «Automating Society. Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU».

El «resultado» del sistema, es decir, la ejecución de la función automatizada delegada en el proceso de toma de decisiones, tiene por finalidad la evaluación, predicción o clasificación que afecte a una persona física, lo que podríamos denominar «elaboración de perfiles». Y esa delegación resulta total o parcial, lo que significa que no excluye del concepto «decisión automatizada» la posibilidad de una intervención humana mayor o menor en el proceso decisorio¹¹. Al contrario, permite entender de forma amplia el proceso decisorio en el que se produce una delegación —que puede ser de distinta clase— para la ejecución automática de determinadas acciones.

De esta forma, y en contra de lo que se ha entendido en gran parte de la literatura, la decisión automatizada no es equivalente a una automatización plena de la toma de decisiones¹² y comprende distintas posibilidades de intervención o supervisión humanas, desde el apoyo a los responsables de la toma de decisiones hasta los procesos de toma de decisiones *completamente* automatizados, en una gran variedad de contextos¹³.

Por último, si la ejecución de la función automática pone el foco en la finalidad de la misma sobre una persona física (inferencia, clasificación o evaluación), el proceso de toma de decisiones pone el foco sobre el efecto que produce el proceso en la persona física con la «afectación» a la misma. Es decir, la toma de decisiones no se concibe desde una posición que podríamos denominar «finalista» —¿hay una intención de tomar una decisión?—, sino desde el efecto «externo» que el proceso produce sobre la persona evaluada.

2. UN ANÁLISIS DESDE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS: LA VIDA MÁS ALLÁ DEL REGLAMENTO SOBRE IA

El análisis jurídico llevado a cabo en este trabajo versa sobre la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos.

El ámbito de aplicación de este instrumento normativo es transversal en lo que se refiere al tratamiento de datos personales que se produce en la toma de decisiones automatizada —para la fase de implementación o uso de los sistemas algorítmicos

¹¹ En este sentido, el informe de 2019 de AlgorithmWatch, en el cual justificaban por qué hablaban de toma de decisiones automatizada y no de IA, puede resultar muy clarificador: *Algorithmically controlled, automated decision-making or decision support systems are procedures in which decisions are initially —partially or completely— delegated to another person or corporate entity, who then in turn use automatically executed decision-making models to perform an action. This delegation —not of the decision itself, but of the execution— to a data-driven, algorithmically controlled system, is what needs our attention.* Spielkamp (Ed.).

¹² Si es que esa automatización «plena» puede existir hoy día. Sí se hará distinción jurídica posteriormente entre lo que el RGPD entiende por «decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado» y el resto de decisiones automatizadas que son objeto de regulación en su artículo 22.

¹³ Araujo et al., «In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence».

o de IA—, y por ello, la doctrina lo ha tomado como referencia para el estudio de los sistemas algorítmicos que realizan esta clase de tratamiento —tanto en derecho público como en derecho privado—. De esta forma, el artículo 22 del Reglamento que declara el derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, se convierte en protagonista ineludible de este trabajo monográfico, y sobre el que se examinará el conjunto de mecanismos de gobernanza basados en la responsabilidad sobre el tratamiento [responsabilidad], en la capacidad de la persona interesada para influir sobre el tratamiento [permeabilidad] y en la posibilidad de observar por parte de terceros que dicho tratamiento es permeable y responsable [transparencia].

Esta investigación contiene además un enfoque particular dedicado a la participación humana en el proceso de decisiones automatizadas, o supervisión humana de dichos procesos. Por el momento, resulta oportuno precisar que se exploran fundamentalmente las distintas formas en las que el RGPD normativiza esta participación o supervisión humana en la toma de decisiones automatizada, así como su relación con el principio de responsabilidad proactiva en el tratamiento de datos personales. De hecho, el RGPD exige una «intervención humana» sobre estos procesos de toma de decisiones. Y no de una única forma, como veremos, en el proceso de toma de decisiones automatizado el papel de la supervisión humana puede cumplir objetivos normativos muy diversos, pudiendo variar también la relación de esta interacción con la elaboración de perfiles y con el significado que el ordenamiento jurídico otorgue a dicha inferencia algorítmica o automatizada.

En cuanto a las limitaciones de este trabajo, es necesario admitir en primer lugar que el RGPD, a pesar de regular directamente la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles, es una norma de aplicación general que puede convivir y convive con normas que regulan de forma más específica dicha toma de decisiones, especialmente con normas de ámbito sectorial que pueden, o no, tener su origen en el propio desarrollo del Reglamento por los Estados miembros o por el Derecho de la Unión. Por tanto, este trabajo puede servir también de sustento para futuros trabajos que aborden alguna de esas regulaciones de carácter sectorial que convivan con la aplicación del RGPD.

Además, se excluye el análisis de la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles que está expresamente excluida de la aplicación del Reglamento. Esto es, la toma de decisiones que no incluya el tratamiento de datos de carácter personal, como pueden ser, en gran medida, las decisiones de drones o de coches autónomos. Así como el tratamiento de datos personales conforme a los fines de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, que cuenta también con una regulación específica de la toma de decisiones automatizada, expresamente excluido del ámbito de aplicación del RGPD conforme a su considerando decimonoveno.

Por último, debe aclararse igualmente la relación de este análisis y de la aplicación del RGPD con la aplicación del Reglamento (UE) 2024/1689 sobre Inte-

ligencia Artificial (RIA, en adelante). Aunque el RIA declara expresamente en su Considerando 10 que no pretende afectar a la aplicación del Derecho de la Unión vigente que regula el tratamiento de datos personales, es evidente que comparten «batalla» a la hora de garantizar un alto nivel de protección de los datos personales como derecho fundamental reconocido por la UE¹⁴.

Este Reglamento responde a una naturaleza mixta en la que convive, por un lado, una visión de normativa europea tradicional de seguridad y certificación de los productos de mercado con, por otro lado, el objetivo fundamental de la protección de los derechos fundamentales¹⁵. Esta segunda naturaleza, más próxima al RGPD, tuvo que hacerse hueco a lo largo del proceso legislativo, dado que la propuesta inicial de la Comisión estaba mucho más orientada a una regulación de productos para el mercado como atestiguan las distintas críticas del momento¹⁶.

El producto normativo final arroja un conjunto de obligaciones tanto para la fase de diseño y desarrollo de los sistemas de IA, como de la fase de implementación o despliegue que, evidentemente, tienen impacto en los procesos de toma de decisiones individuales automatizadas. En lo que se refiere a la fase de diseño —más inspirada en normativa UE de productos—, viene a reforzar el control sobre estos sistemas en una fase en la que el RGPD tiene una influencia más limitada. De paso, el RIA nos recuerda además que la IA ya estaba regulada en muchos sectores como programas informáticos que deben cumplir con determinadas obligaciones para su debida comercialización con un marcado CE —Anexo I RIA—. En la fase de despliegue, las obligaciones del RIA adquieren un carácter más complementario respecto de las del RGPD para la toma de decisiones automatizada, donde es más destacada la naturaleza de protección de derechos fundamentales y las similitudes entre ambos reglamentos. Por ejemplo, en el caso de la evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales (EIDF, en adelante) que parece la hermana de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD, en adelante). Aun cuando la obligación de realizar ambos confluye, parece que el rol predominante se ha otorgado a la hermana mayor (EIPD) que será complementada por la menor (EIDF)¹⁷.

El contenido del RIA y su relación con el RGPD exceden los objetivos del presente análisis, no obstante, al comentar los resultados de este trabajo se harán algunas observaciones relativas a las implicaciones que pueda tener el RIA en este

¹⁴ GONZÁLEZ FUSTER, «The AIA and the GDPR», 2-3.

¹⁵ Acerca de esta naturaleza mixta, *vid.* DE GREGORIO y ALMADA, «The Mixed Nature of the AI Act: Product Safety and Fundamental Rights Regulation».

¹⁶ VEALE y ZUIDERVEEN BORGESIU, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act - Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach».

¹⁷ GONZÁLEZ FUSTER, «The AIA and the GDPR», 14.

contexto. De esta forma, se pretende también abrir el camino a futuras líneas de investigación y trabajo jurídico.

3. TRES CAPÍTULOS E INTERROGANTES POR RESOLVER

Este trabajo monográfico sobre la regulación de la toma de decisiones automatizada en la normativa de protección de datos se estructura en un total de tres capítulos, de la siguiente manera.

En primer lugar, el análisis jurídico comienza por realizar un acercamiento a los orígenes de la regulación de la toma de decisiones automatizada y la elaboración de perfiles en la normativa de protección de datos y de su relación con la protección de los derechos a la vida privada y a la protección de datos, indagando también en los precedentes y disposiciones análogas del entorno normativo europeo a la vigente disposición kafkiana¹⁸: el artículo 22 RGPD. A continuación, se analiza la ubicación de esta disposición en el Reglamento y, desde unas líneas más bien generales, su problemático contenido. Este capítulo pondrá de manifiesto las dos notas características que hacen de esta disposición un derecho de segunda categoría: su falta de claridad y su escasa aplicación.

En segundo lugar, se propone una interpretación que ofrezca vías útiles para la aplicación del vilipendiado artículo 22 RGPD. Partiendo de desviar el foco del análisis doctrinal sobre los derechos de información y acceso y, en particular, la discusión relativa a la existencia o no de un derecho a una explicación para las decisiones automatizadas y su extensión. A través de los tres pilares interpretativos que se proponen, pretendo poner de relieve que el conjunto de mecanismos de gobernanza, *ex ante* y *ex post*, que pone a disposición de la persona interesada el RGPD en la regulación de la toma de decisiones —con especial atención sobre la intervención humana significativa exigida por el Reglamento— es más amplia de lo que muchos análisis jurídicos han propuesto hasta la fecha.

Por último, tratando de superar las limitaciones que arroja la propuesta interpretativa del capítulo anterior —centrada en el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por el RGPD—, se realiza un análisis de la regulación de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles desde la piedra angular del RGPD: la responsabilidad sobre el cumplimiento normativo y su demostración. Este capítulo parte de la constatación de las dificultades para garantizar una intervención humana significativa desde una perspectiva individual, para reclamar una intervención humana significativa y demostrable que encuentra su acomodo en una herramienta fundamental —partiendo del principio nuclear de la responsabilidad—

¹⁸ Sobre el origen de este sobrenombre que ha recibido esta disposición *vid.* Capítulo 1. Apartado 1. La toma de decisiones automatizada en el devenir del derecho a la vida privada y a la protección de datos

en la regulación de la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles: la evaluación de impacto de protección de datos.

Siguiendo esta estructura, este trabajo plantea y trata de responder algunos interrogantes como los que, sin ánimo de exhaustividad, se recogen a continuación.

¿Qué relación guardan la protección de la privacidad y la protección de datos con las inferencias personales y la toma de decisiones automatizada? ¿Por qué es el RGPD el cuerpo normativo de mayor interés para el estudio jurídico del objeto de investigación?

¿Es satisfactorio el modelo regulatorio del RGPD para la gobernanza de la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles? Teniendo en cuenta que el artículo 22 RGPD se erige como pieza fundamental para dicha gobernanza y que, sin embargo, su aplicación es escasa y errática, ¿podemos hablar de un fracaso normativo? ¿Qué han aportado las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en este contexto?

Para la interpretación de la regulación de la toma de decisiones automatizada en el RGPD, la doctrina ha tomado como referencia el principio de transparencia y los derechos de información y acceso, ¿es la transparencia el único fundamento normativo de este modelo de gobernanza, o es el fundamento más apropiado para la gobernanza de estos sistemas?

¿Cuáles son los distintos mecanismos de gobernanza basados en la intervención humana requeridos en la regulación de la toma de decisiones automatizada del RGPD? ¿Qué características y relevancia tiene cada uno de ellos en el ecosistema regulatorio del RGPD? ¿Cómo podemos entender la intervención humana significativa exigida en este contexto para los procesos de toma de decisiones automatizada?

¿Cuáles son las diferencias fundamentales de los remedios normativos previstos para la toma de decisiones basada únicamente en el tratamiento automatizado y la toma de decisiones no basada únicamente en el mismo? ¿Están justificadas estas diferencias y son apropiadas para asegurar la responsabilidad sobre el tratamiento automatizado, la posibilidad de observar el tratamiento de datos y sus efectos en virtud del principio de transparencia o la capacidad de la persona interesada para influir sobre el tratamiento o de contestar al mismo cuando no se ajusta al ordenamiento? ¿Para qué tipo de procesos de toma de decisiones automatizada basados en la elaboración de perfiles es obligatoria la realización de la evaluación de impacto de protección de datos?

¿En qué medida debe la evaluación de impacto de protección de datos analizar la inclusión y efectividad de la intervención humana en los procesos de toma de decisiones automatizada basados en la elaboración de perfiles?

¿Qué interés jurídico tiene entender la intervención humana conjuntamente como un mecanismo de gobernanza contenido en los derechos individuales reconocidos por el RGPD y como una medida organizativa exigida por el RGPD

como desarrollo de la responsabilidad de cumplir y demostrar el cumplimiento normativo?

Resulta evidente que la entrada en vigor del Reglamento sobre IA tiene un considerable impacto en el marco jurídico que regula el objeto de estudio de este trabajo, ¿cuál es el lugar que ocupará la normativa de protección de datos en este contexto tras la plena aplicación de esta novedosa regulación?

Colección

Derecho de la Sociedad de la Información

Cada vez es más habitual que se elaboren perfiles de carácter personal que nos clasifican o realizan predicciones sobre nosotros y que, en base a estos perfiles, se adopten decisiones automatizadas con un impacto significativo en nuestras vidas. Con la evolución de las tecnologías se produce una reducción gradual de la participación humana en los procesos de toma de decisiones. No obstante, el Derecho no parece querer renunciar a la supervisión humana de dichos procesos. Siguiendo esta misma lógica, el RGPD prohíbe en su artículo 22 la toma de decisiones, incluida la elaboración de perfiles, basada únicamente en el tratamiento automatizado, imponiendo la inclusión de intervención humana en el proceso decisorio para esquivar dicha prohibición. La disruptiva entrada en vigor del Reglamento sobre Inteligencia Artificial, no ha hecho más que reforzar la importancia de los mecanismos de gobernanza basados en la intervención humana del RGPD. Sin embargo, el escaso interés mostrado por la doctrina y la jurisprudencia ha generado una notoria falta de seguridad jurídica a la hora de interpretar qué clase de intervención humana es exigida por el RGPD y cómo puede implementarse en un proceso de toma de decisiones automatizada. Esta monografía trata de ser una aportación preliminar en esta línea a partir de un análisis del artículo 22 que orbita sobre el principio nuclear de la responsabilidad proactiva en el ecosistema normativo del RGPD. A la luz de este análisis jurídico, puede concluirse que el RGPD exige una intervención humana significativa y demostrable para la toma de decisiones automatizada basada en la elaboración de perfiles. Ahora bien, este optimismo debe contrarrestarse con una necesaria dosis de realismo: resulta indispensable —y urgente, si cabe, en tiempos de la inteligencia artificial— introducir reformas para hacer efectiva dicha intervención humana significativa y demostrable.

1^{er} accésit en la X edición de los Premios a la Protección de Datos de la AVPD.



COMARES
editorial

